



ADANA BAROSU DERGİSİ



ŞUBAT 2020 - SAYI : 13

ISSN : 1307 - 4202

Av. Talih UYAR

İHALENİN FESHİNE NEDEN
OLABİLECEK USULSÜZLÜKLER

Ar. Gör. Özgür ÇAKIN

TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU HUKUK
KURULLARININ YAPISI VE KARARLARININ
ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Selçuk KOCA

KAMU GÖREVİNİN USULSÜZ OLARAK
ÜSTLENİLMESİ SUÇU

Av. Abbas BİLGİLİ

İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU
ARABULUCULUĞA ELEŞTİREL
BİR BAKIŞ

Av. Ruhum Özgen CAN

ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER VE GETİRDİKLERİ

Ar. Gör. Mehmet İNANÇ

KAVRAMSAL İNCELEME: "KANUN
DEVLETİ"- "HUKUK DEVLETİ"-
"HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ"

Av. Ümit Arif ÖZSOY

İŞ KAZASINDA İŞVERENİN
HUKUKSAL SORUMLULUĞU

Av. Deniz Eylem COŞKUN DURMUŞ

ACENTELİKTE SÖZLEŞME SONRASI
REKABET YASAĞI ANLAŞMASI

Av. Bilge Kaan GÜNER

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ

Cumhuriyet Savcısı Hasan KAYA

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİ

Av. Safiye Vasviye ÖZER

ECZACININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Av. S. Murat KURU

VERGİ DENETİMİ YOLUYLA VERGİ
ALACAĞINA GÜVENCE OLUŞTURULMASI
YÖNTEMLERİ

Av. Ömür ÖZER

İLERİ TARİHLİ ÇEK VE UYGULAMADA
KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Av. Merve Dilara KOCACIK

BİR SAĞLIK HUKUKU KONUSU OLARAK
KASTRASYON İŞLEMİNİN HUKUKSAL
ÇERÇEVEDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

YARGITAY KARARLARI

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI



ADANA BAROSU DERGİSİ

Sahibi

Adana Barosu Adına
Baro Başkanı
Av. Veli KÜÇÜK

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi
Av. Ayşe Duygu ÖZGÜVEN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Yayın Kurulu Başkanı
Av. İsmail Oray AYHAN

Yayın Kurulu

Bşk. Yard. Av. Aykan ESER
Bşk. Yard. Av. Aytaç ER
Yazman Av. Çağla ÇINAR SEVİMLİ
Av. Mehmet Çetin BERKÖZ
Av. Yılmaz YURTTURU
Av. Tuğba KILIÇCI
Av. Seda ERTAN
Av. Hakan ÖZTÜRK
Av. Ahmet Gani KÜÇÜK
Av. Can ŞERBETÇİ
Av. Merve ERDEM ESER
Av. Özlem TURKUT ÖZESER
Av. Mustafa Onur KUTLAY
Av. Merve YEL
Av. Gamze DEVECİ
Av. Gizem SAHİP
Av. Maide İNCESoy
Av. Erdi BOLAT
Av. Ferah GÖKÇE
Av. Beyza YILMAZ
Av. Murat Kayahan AKSUNGUR
Av. Dilara TALAY
Av. Gökhan ER

Basın Danışmanı

Abdullah YANGIN

İletişim Adresi

Adana Barosu Adliye Sarayı Kat:6 P.K. 01120 Seyhan/ADANA
Tel.: 0 322 351 21 21 - Faks: 0 322 359 44 26
adanabarusu@adanabarusu.org.tr
www.adanabarusu.org.tr

Adana Barosu'nun Ücretsiz Yayımdır.

Yayın Kurulu gönderilen yazıları değiştirerek yayınlama hakkına sahiptir.
Yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır olup sorumluluk yazarlarına aittir.

Yapım



0 322 999 26 77 - 0 532 387 02 80
www.dgnmedya.com

/dgnmedya /dgnmedya



İÇİNDEKİLER

- 6- BAŞKANDAN
- 9- YAYIN KURULUNDAN
- 11- İHALENİN FESHİNE NEDEN OLABİLECEK
USULSÜZLÜKLER
Av. Talih UYAR
- 25- TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU HUKUK KURULLARININ
YAPISI VE KARARLARININ ADİL YARGILANMA HAKKI
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
Ar. Gör. Özgür ÇAKIN
- 47- KAMU GÖREVİNİN USULSÜZ OLARAK ÜSTLENİLMESİ SUÇU
Ar. Gör. Selçuk KOCA
- 63- İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞA ELEŞTİREL
BİR BAKIŞ
Av. Abbas BİLGİLİ
- 77- ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE
GETİRDİKLERİ
Av. Ruhum Özgen CAN
- 87- KAVRAMSAL İNCELEME: “KANUN DEVLETİ”-“HUKUK
DEVLETİ”- “HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ”
Ar. Gör. Mehmet İNANÇ
- 97- İŞ KAZASINDA İŞVERENİN HUKUKSAL SORUMLULUĞU
Av. Ümit Arif ÖZSOY
- 133- ACENTELİKTE SÖZLEŞME SONRASI REKABET YASAĞI
ANLAŞMASI
Av. Deniz Eylem COŞKUN DURMUŞ

- 143- AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ**
Av. Bilge Kaan GÜNER
- 161- CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİ**
Cumhuriyet Savcısı Hasan KAYA
- 191- ECZACININ HUKUKİ SORUMLULUĞU**
Av. Safiye Vasviye ÖZER
- 201- VERGİ DENETİMİ YOLUYLA VERGİ ALACAĞINA GÜVENCE OLUŞTURULMASI YÖNTEMLERİ**
Av. S. Murat KURU
- 217- İLERİ TARİHLİ ÇEK VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR**
Av. Ömür ÖZER
- 229- BİR SAĞLIK HUKUKU KONUSU OLARAK KASTASYON İŞLEMİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVEDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**
Av. Merve Dilara KOCACIK
- 235- YARGITAY KARARLARI**
- 270- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

BAŞKANDAN

Değerli Meslektaşlarım,

Baromuzun geleneksel hale getirdiği, Basın Yayın Komisyonumuzun ve siz değerli meslektaşlarımızın katkılarıyla sürdürdüğü basılı eserlerden birisi olan Baro Dergimizin 13. sayısını yayınlamaktan dolayı hem mutluluk, hem de gurur duymaktayız.

Elinizde bulunan dergide yer alan makalelerin ve yazıların tüm meslektaşlarımıza yararlı olacağını umuyor ve emeği geçenleri kutluyorum.

Türkiye’de bugün avukat sayısı 130 bini aşmak üzere ve 20 bin dolayında stajyer avukatımız bulunmaktadır. Yine ülkemizde 83 bin 500 hukuk fakültesi öğrencisi mevcuttur. Dört yıl sonra ülkemizde avukat sayısı 200-210 bin civarında tahmin edilmektedir. Yasalaşan birinci yargı paketinde kabul edilen hukuk alanındaki mesleklere kabul için ortak sınavın 2024’e kadar olmaması nedeniyle sayının daha kontrolsüz olarak artacağını öngörmek mümkündür. Böyle bir tabloda meslektaşlarımız adına yaşanan sorunların ancak belli bir alanda uzmanlaşarak ve farklılık yaratarak mümkün olabileceğini düşünmekteyim.

TBB Başkanı ve yönetim kurulu adına 2019 Adli Yıl Açılışındaki tartışmalar, diğer hukuksal ve ülke gündemine dair konulardaki duruş, söylem ve tavırlar nedeni ile ülkemiz avukatlarını temsiliyet ve meşruiyet sorunu oluşturmuştur. Bu güvensizlik ve tartışma ortamında 12 Baronun Yönetim Kurulu kararları ile Avukatlık Yasasını m.115/2 uyarınca olağanüstü genel kurulun toplanması talebinin TBB yönetimi tarafından kabul edilmemesi, kanunun emredici hükmüne aykırı davranılması avukatlar adına kabul edilemez bir durumdur. Baroların yasaya dayanan talebinin TBB Yönetim Kurulu tarafından kabul edilmemesi, hukuksuzluğun hukukçulardan gelmesi algısı ile toplum nezdinde TBB ve avukatlara olumsuz yansıtacağı ve ülkemizde yargıya olan güvensizliği arttıracığı kesindir.

Düşünce ve ifade özgürlüğünün her geçen gün kısıtlandığı, sosyal medya hesaplarının an be an takip edilerek adeta cadı avı yapıldığı, kadın cinayetlerinin ve çocuk istismarlarının toplumun kanayan yarası olmaya devam ettiği ülkemizde biz hukukçuların evrensel ilkeler üzerinden mücadele etme sorumluluğunu daha da arttırmaktadır.

Basın özgürlüğü yönünden, dünya basın özgürlüğü endeksine göre; 180 ülke arasında yapılan incelemede Türkiye 157. sıradadır. Çok değil 2002 yılında 99. sırada iken bu kadar kısa zamanda çok daha gerilere gidilmesi halkın bağımsız ve objektif gördüğü basın yayın kuruluşlarından haber alma hakkının ve basın özgürlüğünün ne kadar büyük ölçüde zedelendiğini ortaya koymaktadır.



2019 yılı Kasım ayı itibariyle cezaevinde olan gazeteci sayısı 139'dur. Yani bu sayılar Türkiye'nin insan hakları karnesinin ne kadar kötü olduğunu ortaya koyan verileridir. Bu olumsuz verilerin yarattığı bir ortamda hukukun üstünlüğü, yargı bağımsızlığı ve adalet kavramı kapsamında toplumsal barışın ve kenetlenmenin tecelli etmesi için büyük bir özveri ile görev yapan meslektaşlarıma ve yargı camiamızın tüm mensuplarına saygılarımı sunuyorum, yeni yılın hayırlı ve uğurlu olmasını diliyorum.

Av. Veli KÜÇÜK
Adana Barosu Başkanı



YAYIN KURULUNDAN

Değerli Meslektaşlarımız;

Adana Barosu Dergisi'nin 13. sayısını sizlere sunmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Baromuzun değer yaratan, takip edilen ve beklenen çalışmalarından biri olan dergimizin bu sayısında siz değerli meslektaşlarımızın ve akademisyenlerimizin makalelerine, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarına yer vermiş bulunmaktayız.

Yazılarıyla ve paylaştığı kararlarla dergimize katkı sunan tüm meslektaşlarımıza, akademisyenlerimize, hiçbir karşılık beklemeden ve özveriyle çalışan komisyon üyelerimize, dergimizin yayımlanması için gerekli iradeyi gösteren Baro Başkanımız Av. Veli Küçük ile Adana Barosu Yönetim Kurulu'na, süreci komisyonumuzla beraber takip eden ve taleplerimizin karşılık bulmasını sağlayan Koordinatör Yönetim Kurulu üyemiz Av. A. Duygu Özgüven'e teşekkür ederiz.

Yazılarınızı ve önemli gördüğünüz yüksek yargı kararlarını dergimize yayin@adanabarosus.org.tr e-posta adresinden ulaştırabilirsiniz.

Sizlerin desteği ve ilgisiyle kalitesini artıran dergimize ilginizin devamını diliyor, yeni çalışmalarda buluşmak üzere saygılar sunuyoruz.

Yayın Kurulu Adına
Av. İsmail Oray AYHAN



İHALENİN FESHİNE NEDEN OLABİLECEK USULSÜZLÜKLER

Av. Talih UYAR*

Doktrindeki¹ gruplandırmaya uyarak, “ihalenin bozulma nedenleri”ni;

- a) “İhaleye fesat karıştırılmış olması”,
- b) “Arttırmaya hazırlık aşamasındaki hatalı işlemlerle ilgili bozma nedenleri”,
- c) “İhalenin yapılması sırasında doğan -ihalenin yapılması sırasındaki hatalı işlemlerle ilgili- bozma nedenleri”,
- d) “Alıcının taşınmazın önemli nitelikleri hakkında hataya düşürülmüş olması” şeklinde sıralayabiliriz.

I- “Arttırmaya hazırlık aşamasında” en sık rastlanan fesih nedenleri usulsüz tebligatlarla ortaya çıkmaktadır.

Satış (artırma) ilanının “ilgili” sıfatıyla kimlere tebliğ edilmesi gerektiği İİK’nun 127. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, satış (artırma) ilanının birer örneğinin; **a- Borçluya, b- Alacaklıya, c- Taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı bulunan bütün ilgililerine tebliği gerekir.**

Satış ilanının bu kişilere usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiş olması *-satış günü, satış yerinde hazır bulunsalar dahi-*² başlı başına “ihalenin feshini” gerektirir.

“Taşınmazın tapu sicilinde kayıtlı bulunan **bütün ilgililerinden** maksat”;

- “**Taşınmazın paydaşları (hisse sahipleri)**”^{4 5 6}

*İzmir Barosu, (Yaşar Ün. Huk. Fak. Öğr. Grv.)

¹UYAR T./UYAR A/UYAR C., İİK Şerhi, C:2, 2014, 3. Baskı s:2335vd. – ARSLAN, R. İcra- İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 1984, s: 76 vd. – KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, 1990, C: 2, s: 1430 vd. – KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 701 vd. – POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1982, s: 521 vd. – ÜSTÜNDAĞ, S. İcra Hukukunun Esasları, 1994, 8.Baskı, s: 284 vd. – PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZKAN, M.Ş./ÖZEKES, M. İcra ve İflâs Hukuku, 2013, 11. Bası, s: 383 vd. – MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, 2013, C: 1, s: 862 vd. – KARANFİL, K. Son Yargı Paketleri ve En Yeni Yargıtay İçtihatları Işığında İhalenin Feshi, İpotek, Faiz ve Tebligat Hukuku Uygulamasında Pratik Bilgiler ve Sıkça Yapılan Hatalar, 2013, s:50vd.

²Bknz: 12. HD. 03.07.2001 T. 11478/12018; 04.02.1997 T. 561/1015 (www.e-uyar.com)

³Bknz: 12. HD. 07.03.2019 T. 13353/3801; 07.02.2017 T. 20438/1330; 13.11.2014 T. 26651/27114 25.05.2010 T. 720/12655; 14.12.2006 T. 18592/23757; 21.02.2006 T. 386/3116; 24.01.2006 T. 23425/215; 24.01.2006 T. 23602/250; 14.07.2005 T. 10849/15553; 24.10.2005 T. 16939/2066; 17.10.2005 T. 20469/19987 (www.e-uyar.com)

⁴Bknz: 12. HD. 22.12.2017 T. 8478/16001; 23.03.2017 T. 31117/4480; 27.09.2016 T. 24495/19908; 09.04.2015 T. 4722/9180; 19.03.2015 T. 2739/6443; 10.03.2015 T. 34349/5286; 06.11.2014 T. 27486/26403; 20.11.2014 T. 28021/27850; 28.10.2014 T. 26946/25147; 10.09.2014 T. 16798/20890; 10.10.2013 T. 25187/32181; 13.09.2012 T. 11692/26411; 14.05.2012 T. 2811/16719; 01.07.2011 T. 31565/13908; 12.07.2011 T. 96/15379; 25.05.2010 T. 868/12626; 27.10.2009 T. 12133/20562; 08.07.2008 T. 13953/14600; 21.02.2006 T. 386/3116; 24.01.2006 T. 23425/215; 07.03.2003 T. 1684/4544 (www.e-uyar.com)

⁵Paydaşın satıştan önce ölmesi halinde ise mirasçıları (Bknz: HGK. 30.03.2016 T. 12-816/439; 18.04.2001 T. 12-349/370; 12. HD. 25.05.2010 T. 720/12655; 23.03.2010 T. 24950/6680; 24.10.2000 T. 15021/15838; 10.11.2000 T. 15217/17157; 17.01.1985 T. 15097/279 (www.e-uyar.com))

⁶KURU, B. El Kitabı, s:650;713 – UYAR T./UYAR A/UYAR C., age. C.2, s:2229 – COŞKUN, M. Açıklamalı- İçtihatlı İcra İflâs Kanunu C.2, 5.Baskı, 2016,s.2576 – KARMIŞ,E. Satış, Satışın İptali, C:1, 2015, s.809,827 – RUHİ, A.C. İcra – İflâs Hukukuna Göre İhale ve İhalenin Feshi, 2009, s.203

- “Taşınmaz üzerine tapuda **aile konutu şerhi** koyduran kimseler”⁷,
- “**İpotekli alacaklılar**”⁸,
- “**Haciz kararları, satış kararından önce tapu kaydına işlenen haciz alacaklıları**”⁹,
- “**Satış vaadi sözleşmesini tapuya şerh ettirmiş olan alıcılar**”¹⁰,
- “**Kira aktini tapuya şerh ettirmiş olan kiracılar**”¹¹,
- “**Muhdesat sahipleri**”¹²,
- “**İrtifak hakkı ve intifa hakkı sahipleri**”¹³
- “**Borçlunun borcu için taşınmazını ipotek etmiş olan üçüncü kişiler**”¹⁴ olarak kabul edilmektedir...¹⁵

II- “Satış ilanı”nın, bütün “ilgililere” tebliğ edilebilmesi için, *ilgililerin adreslerinin* tapuda mevcut olması gerekir.^{16 17}

Adresin, tapuda yazılı olmaması halinde, “*varsa adres kayıt sistemindeki adresleri ‘tebligat adresi’ olarak kabul edilir*” bunun dışında ayrıca “*adres araştırması*” yapılmaz,¹⁸ gazetede “satış ilanı”¹⁹ veya “elektronik ortamdaki” “satış ilanı” “tebligat” yerine geçer. (İİK. mad. 127, c. 3).²⁰

İcra müdürlüğü, tapu sicilinde kayıtlı bulunan bütün ilgililerin adreslerini tapu müdürlüğünden ister^{21 22} ve tapu müdürlüğünün bildirdiği tüm adreslere²³ tebligat yapılır.

⁷Bknz: 12. HD. 04.03.2019 T. 13535/3440; 19.06.2016 T. 13469/16410; 04.10.2016 T. 25093/20438; 31.05.2016 T. 11089/15338; 12.05.2016 T. 6617/13986; 23.11.2015 T. 28368/28914; 24.10.2013 T. 22646/33351; 24.04.2014 T. 8016/12091 (www.e-uyar.com)

⁸Bknz: 12. HD. 08.12.2011 T. 9148/27198, 27.10.2011 T. 4096/20512; 27.10.2009 T. 12136/20563; 13.10.1997 T. 9613/10579; 24.03.1988 T. 6182/3629; İİD. 27.05.1953 T. 2491/2607 (www.e-uyar.com)

⁹Bknz: 12. HD. 18.04.2019 T. 6019/6816; 01.12.2016 T. 30616/24781; 29.04.2016 T. 6773/12703; 20.10.2015 T. 21019/25214; 05.03.2015 T. 34670/4866; 27.06.2006 T. 11934/14050 (www.e-uyar.com)

¹⁰Bknz: 12. HD. 09.06.2011 T. 30875/12105; 03.03.1999 T. 1761/2452; 12.03.1990 T. 8538/2283 (www.e-uyar.com)

¹¹Bknz: İİD. 2.03.1951 T. 973/1223 (www.e-uyar.com)

¹²Bknz: 12. HD. 28.03.2013 T. 3575/11788, 18.10.2012 T. 18602/30130, 26.04.1984 T. 2047/5066 (www.e-uyar.com)

¹³Bknz: 12. HD. 14.02.2013 T. 31655/4263; 09.06.2011 T. 30835/12105 (www.e-uyar.com)

¹⁴Bknz: 12. HD. 20.04.2016 T. 4479/11709; 28.06.2012 T. 9743/23021; 26.04.2012 T. 32635/13955 (www.e-uyar.com)

¹⁵“Taşınmazın tapu kaydına -taşınmazın cebri icra yolu ile de satılmaması konusunda- ihtiyati tedbir koymuş olan kişiler” konusunda ise farklı içtihatlar bulunmaktadır.

¹⁶Bknz: 12. HD. 29.04.2013 T. 11042/16273; 09.06.2011 T. 30835/12105; 07.03.2003 T. 1684/15021; 10.03.1986 T. 8984/2588 (www.e-uyar.com)

¹⁷**KURU, B** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 2016, s.305 – **MUŞUL, T** İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, 2016, s.99 – **YILMAZ, E** İcra ve İflâs Kanununun Şerhi, 2016, s.678

¹⁸Bknz: 12. HD. 07.03.2003 T. 1684/4544; 15.05.2001 T. 7743/8566; 3.07.1995 T. 9503/9976 (www.e-uyar.com)

¹⁹Bknz: 12. HD. 27.01.2000 T. 329/984; 31.01.1986 T. 845/1314 (www.e-uyar.com)

²⁰6352 s. Kanunla yapılan değişiklikte, satış ilanınin tebliğinde, satışa konu taşınmaz üzerinde hak sahibi olan ilgililerin adreslerinin tapuda kayıtlı olmaması durumunda, -6099 s K. ile 7201 s. Tebligat Kanunu’nda yapılan değişikliğe paralel olarak- “varsa adres kayıt sistemindeki adreslerin tebligat adresleri olarak kabul edileceği” hükme bağlanmış ve “bunların dışında ayrıca adres tahkiki yapılamayacağı, gazete veya elektronik ortamda yapılan satış ilamlarının tebligat yerine geçeceği” öngörülmüştür (Bknz: 12. HD. 08.10.2012 T. 17034/28605; 09.07.2012 T. 9382/24000; 25.06.2012 T. 5697/22149; 25.01.2012 T. 27624/2121 (www.e-uyar.com)

²¹Bknz: 12. HD. 08.03.2011 T. 1840/2956; 12.07.2011 T. 96/15379; 24.03.1983 T. 913/2217 (www.e-uyar.com)

²²RUHİ, A.C. age, s.203

²³Bknz: 12. HD. 16.04.1987 T. 14148/5377 (www.e-uyar.com)

Yüksek mahkeme de “*satış ilanının taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan alakadarların tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ olunacağını, adresin tapuda kayıtlı olmaması halinde, varsa adres kayıt sistemindeki adresleri tebliğat adresleri olarak kabul edileceğini, İİK.127 uyarınca, tapu sicilinde veya adres kayıt sisteminde adresi bulunan ilgiliye satış ilanının tebliğ edilmemesi ya da usulsüz tebliği başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğundan, mahkemece, şikâyetçinin tapuda kayıtlı adresi olup olmadığı, yok ise adres kayıt sisteminde adresinin bulunup bulunmadığı araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiğini*”^{24 25} bir çok kararında ifade etmiştir.

Hemen belirtelim ki, icra müdürü tarafından ‘ihale konusu taşınmazda ilgililerin tapuda mevcut adreslerinin bildirilmesinin istenilmesine’ rağmen, Tapu Sicil Müdürlüğü tarafından yalnızca tapu bilgilerinin gönderilmesi ve ilgililerin adresleri hakkında olumlu ya da olumsuz bir cevap verilmemesi, ancak ilgililere ait tapuda yer alan evraklarda ilgililerin adreslerinin mevcut olması durumunda da, ‘ihalenin feshi isteminin kabulüne’ karar verilmesi gerekir. Yani, icra mahkemesinin, icra müdürlüğüne ulaşan cevapla yetinmemesi, ihalenin feshi istemi üzerine, ilgili tapu müdürlüğünden bu konuda bilgi istemesi gerekir. Yüksek mahkeme de “...*İhale konusu satış dosyasında şikâyetçilerin tapu müdürlüğü tarafından bildirilmeyen ancak gerçekte tapuda var olan adreslerine tebliğat çıkartılmaması nedeniyle ihalenin feshine karar verilmesi... gerekirken...*” şeklindeki içtihadı²⁶ ile aynı görüşü savunmuştur.

III- “Satış ilanı”nın “ilgili”lere ne zaman -satış gününden ne kadar önce- tebliğ edilmesi gerekir? Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, bu tebliğ işleminin, *satıştan uygun bir süre önce* gerçekleşmesi gerekir ki, “ilgililer” satışı alıcı olarak **ihaleye katılmayı düşünenlere duyurabilsinler** veya **kendileri katılmaya hazırlana-bilsinler** ya da **“ilanın içeriğine, şekline” karşı şikâyet yoluna başvurup, satışı durdura-bilsinler.**²⁷

Yüksek mahkeme, ‘satış ilanının, ‘ihale tarihinden uygun bir süre önce tebliğ edil-memiş olmasının’,²⁸ “satış günü”²⁹ veya “satış gününden sonra tebliğ edilmiş olmasının”³⁰ ‘ihalenin feshine’ neden olacağını, örneğin, “ihaleden 6 gün önce yapılan şikâyetin, satışın makul süre önce öğrenildiğini ispat etmeyeceğini”³¹ belirtmiştir.

²⁴Bknz: 12. HD. 27.09.2016 T. 24495/19908; 04.10.2016 T. 25093/20438; 01.12.2016 T. 30616/24781; 19.06.2016 T. 13469/16410; 20.04.2016 T. 4479/11709; 12.05.2016 T. 6617/13986, 31.05.2016 T. 11089/15338; 23.11.2015 T. 28368/28914; 24.04.2014 T. 8016/12091; 22.01.2019 T. 9801/699 (www.e-uyar.com)

²⁵İhalenin feshi talebine konu takip işlemlerine 6352 s. K.’nin ilgili hükmünün yürürlüğünden önce başlanması durumunda ise, olaya değişiklikten önceki İİK.’nin 127. maddesinin uygulanması gerektiğinden, “satış ilanının, gayrimenkulün tapu siciline kayıtlı bulunan alakadarların tapuda kayıtlı adresleri varsa bu adreslerine tebliğ edileceği, adresin tapuda kayıtlı olmaması halinde ayrıca adres tahkiki yapılmayacağını ve bu durumda gazetede satış ilanının tebliğat yerine geçeceği” gözetilerek karar verilmesi gerekir (Bknz: 12. HD. 04.11.2013 T. 29153/34524; 14.05.2012 T. 2811/16719 (www.e-uyar.com)

²⁶Bknz: 12. HD. 10.10.2013 T. 25187/32181; 18.10.2012 T. 18602/30130; 27.10.2009 T. 12133/20562 (www.e-uyar.com) KARMIŞ, E age, C.1, s.809

²⁷Bknz: 12. HD. 09.02.2017 T. 23628/1650; 24.04.2014 T. 8016/12091; 14.02.2012 T. 17651/3673; 21.03.1994 T. 2963/3545 (www.e-uyar.com)

²⁸Bknz: 12. HD. 25.01.2013 T. 29472/2158; 04.05.2012 T. 1104/15133; 06.10.2011 T. 1981/18384; 16.04.1981 T. 2057/3811; 02.03.1981 T. 241/1950 (www.e-uyar.com)

²⁹Bknz: 12. HD. 03.03.1999 T. 1953/2477 (www.e-uyar.com)

³⁰Bknz: 12. HD. 18.04.2019 T. 6019/6816; 21.03.2016 T. 3637/8277 (www.e-uyar.com)

³¹Bknz: 12. HD. 18.04.2019 T. 6019/6816; 21.03.2016 T. 3637/8277 (www.e-uyar.com)

İhalede hazır bulunan kimse satış ilanı kendisine tebliğ edilmediğini (veya usulsüz tebliğ edildiğini) ileri sürebilir mi? **Yüksek mahkeme** bu konuda,

√ “İcra takibinin amacının alacağın tahsili olduğunu ve cebri satışın buna hizmet eden safhalardan biri olduğunu- İhaleye katılımın fazla olması ve yüksek bedelle ihale yapılmasının, alacaklının ve borçlunun yararına olduğunu ve bu nedenle **borçlunun ihale anında hazır bulunmasının, satış ilanı tebliği koşulunun gerçekleştiği sonucunu doğurmayacağını**”³²

√ “İİK.nun 127. maddesi gereğince taşınmaz satışlarında, satış ilanının bir örneğinin borçluya tebliğinin zorunlu olduğunu, çünkü borçlunun satışa hazırlanabilmesi, kendince gerekli duyuruları yapabilmesi ve daha fazla müşteri bulabilmesi için satış ilanının, satıştan makul bir süre önce borçluya tebliğ edilmesi gerekeceğini, **borçlunun ya da varsa vekilinin ihalede hazır bulunmasının dahi bu zorunluluğu ortadan kaldırmayacağını**”³³

√ “Borçluların satışın gerçekleştirildiği 2. artırma gününden haberdar olmalarının, tebligata ilişkin usulsüzlüğü ortadan kaldırmayacağını”³⁴

√ “Borçlunun temsilcisi **ihale anında hazır bulursa da, aynı tarihte satış gerçekleştiğinden, satışa hazırlanmak için makul süre olarak kabul edilemeyeceğini**”³⁵

√ “İhalenin bir bütün olduğu ve 1. artırma tarihinden önce satış ilanının usulüne uy-gun yapılması halinde borçlunun ihale katılımcısı temin edebileceğini, **tebligatın usulsüz ol-ması nedeni ile de böyle bir imkandan yoksun bırakıldığı** değerlendirildiğinde borçlunun satışın gerçekleştirildiği 2. artırma günü ihale salonunun kapısında hazır bulunması halinin usulsüzlüğü ortadan kaldırmayacağını”³⁶

√ “Borçlu (vekili) ilk **satışta hazır olsa da, borçlunun, satışa hazırlanabilmesi, kendince gerekli duyuruları yapabilmesi ve daha fazla müşteri bulabilmesi için satıştan makul bir süre önce haberdar olması gerektiğini- Satış ilanı tebligatının usulsüz yapılmasının başlı başına ihalenin feshi sebebi** olduğunu”³⁷

√ “Gayrimenkul ihalelerinde ilgililere satış ilanı tebliğ olunmamasının başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğu- **İpotek alacaklısının ihalenin feshini isteyebilecek ilgililerden olduğunu- Şikayetçinin ihale tarihinden önce satışı öğrenmiş olmasının, satış ilanı tebliği koşulunun gerçekleştiği sonucunu doğurmayacağını**”³⁸

√ “Mahkemece borçlu asilin 1. artırmada hazır bulunması nedeniyle, satışın 2. Artırma-ya kaldığını bu tarihte öğrendiği kabul edilse de, ihale konusu taşınmazın 1. açık artırımının yapıldığı tarihe göre, 1. artırmada **borçlunun hazır bulunması**

³²Bknz: HGK. 21.05.2019 T. 2009/587 (www.e-uyar.com)

³³Bknz: 12. HD. 08.12.2016 T. 20285/25082; 23.06.2016 T. 10244/17657; 02.07.2015 T. 14850/18827; 19.02.2015 T. 34800/3239 vb. (www.e-uyar.com)

³⁴Bknz: 12. HD. 27.04.2012 T. 26205/14216 (www.e-uyar.com)

³⁵Bknz: 12. HD. 15.06.2016 T. 14968/16943 (www.e-uyar.com)

³⁶Bknz: 12. HD. 12.03.2012 T. 23810/7388 (www.e-uyar.com)

³⁷Bknz: 12. HD. 01.10.2013 T. 22432/30852 (www.e-uyar.com)

³⁸Bknz: 12. HD. 27.10.2009 T. 12136/20563 (www.e-uyar.com)

satışa hazırlanmak için ma-kul süre olarak kabul edilemeyeceğini”³⁹

√ “...Süreklilik arzeden içtihatlarda da benimsendiği üzere; ... satış ilanının ilgisine tebliğ olunmamasının başlı başına ihalenin feshi nedeni olduğunu, **ihaleden 1 gün önce haberi olup, borçlunun ihaleye katılmış olmasının da bu kurala istisna teşkil etmeyeceğini, borçlunun satış ilanının tebliği ile müşteri temin edebileceği gibi, ihaleye katılımı artırıcı eylemlerde bulunacağıın kuşkusuz olduğunu**”⁴⁰

√ “Satış ilanının tebliğ edilmemesinin başlıbaşına ihalenin feshi nedeni olduğunu, **ilginin satış günü hazır bulunmasının satışla ilgili yeterli hazırlığı yapabileceği anlamına gelmediğini**”⁴¹

√ “Borçlu vekilinin adreste bulunmadığının tespiti yapılmadan çalışana yapılan tebligatın usulsüz olduğunu- Taşınmaz mal ihalesinde, ilgililere satış ilanının tebliğinin zorunlu olduğunu- **Borçlu vekilinin satış ilanından daha önce haberdar olduğu yazılı bir belge ile kanıtlanamadığına göre ihale sırasında hazır bulunmasının sadece ihaleyi o tarihte öğrendiği anlamına geleceğini ve ihaleyi geçerli hale getirmeyeceğini, satış ilanının borçluya, satışa hazırlanabilmesi, kendince gerekli duyuruları yapabilmesi ve daha fazla müşteri bulabilmesi için satıştan makul bir süre önce tebliğ edilmesi gerektiğini**”⁴² belirtmiş, buna karşın,⁴³

√ “Davacı-borçlu şirketin, haberdar olmadığını beyan ettiği tebligat gereğini yerine getirmek üzere işlemlere başladığı vekili aracılığıyla açtığı davalarda **satışın tedbiren durdurulmasını talep ettiği** görüldüğünden, vekilin de haberdar olduğu açık olan satış tarihinin tebliğ edilmediğinden bahisle tebligat yokluğuna dayanarak ihalenin feshinin talep edilmesinin açıkça (TMK 2) iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil edeceğini”⁴⁴ kabul etmiştir.

IV- İİK. mad. 127 gereğince “satış ilanı”nın “ilgili”lere hiç tebliğ edilmemesi⁴⁵ ya da Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı olarak tebliğ edilmesi yapılan ihalenin bozulmasına neden olur.

Yüksek mahkeme, satış ilanının tebliğ şekli (Tebligat Kanunu’na uygun olarak tebliğ edilmiş olup olmadığı) konusu ile ilgili olarak;

√ “Satış ilanının, İcra İflâs Kanunu’nun 127. maddesi uyarınca yapılması durumunda **öncelikle tapu sicilindeki kayıtlı adrese bakılacağını ve tebligatın bu adrese yapılacağını, tapuda kayıtlı adresin bulunmadığı durumda ise kayıt sistemindeki adresin, tebligat adresi kabul edileceğini; İİK hükümlerine göre yapılan satış ilanında, tapu sicilinde kayıtlı adresin olmaması durumunda kayıt sistemindeki adrese tebligat yapılması gerektiğinin açıkça belirtilmiş olduğunu**”⁴⁶

³⁹Bknz: 12. HD. 24.02.2015 T. 34388/3646 (www.e-uyar.com)

⁴⁰Bknz: 12. HD. 03.07.2001 T. 11478/12018 (www.e-uyar.com)

⁴¹Bknz: 12. HD. 04.02.1997 T. 561/1015 (www.e-uyar.com)

⁴²Bknz: 12. HD. 13.05.2013 T. 12824/18262 (www.e-uyar.com)

⁴³UYAR, A. Kendisine Satış İlanı Tebliğ Edilmemiş Olan İlginin, Bu Nedenle İhalenin Feshini İsteyebilmesinin Dürüstlük Kuralları (MK. 2) ile Bağdaşmadığı Bir Durum (İBD. Temmuz-Ağustos/2011, s:80-85)

⁴⁴Bknz: HGK. 06.07.2011 T. 12-108/505 (www.e-uyar.com)

⁴⁵Bknz: 12. HD. 17.06.2003 T. 10616/14489 (www.e-uyar.com)

⁴⁶Bknz: HGK. 30.03.2016 T. 12-816/439 (www.e-uyar.com)

√ “Şikayetçi şirketin tapu müdürlüğünde adres bilgileri bulunmasa da, ticaret sicil adresinin sorularak varsa bildirilecek adrese satış ilanının tebliğ edilmesi gerektiğini”⁴⁷

√ “Satış ilanı tebliğ edilecek **ilgililerin, ‘satış kararının verildiği tarih’** itibariyle be-lirleneceğini”⁴⁸

√ “Satış ilanının borçluya, alacaklıya ve tapudaki ilgililere tebliğ edilmemesi ya da usulsüz tebliğ ihalenin feshi nedeni olduğunu- Şikayetçi taşınmaz hissedarına satış ilanı tebliğ edilmediği gibi şikayetçi borçluya TK’nun 21/2’ye uygun meşruhat içermeyen tebligat gönderildiğinden ihalenin feshi isteminin kabul gerektiğini”⁴⁹

√ “Tapu siciline kayıtlı adresten anlaşılması gerekenin, ihaleye konu taşınmaz nedeniyle bildirilen adres olduğunu”⁵⁰

√ “Mahkemece ilgili konumunda şikâyetçinin (aile konutu şerhi koyduran eşin,⁵¹ muhdesat sahibinin⁵²) tapuda kayıtlı adresinin bulunup bulunmadığı araştırılarak, eğer kayıtlı adresi var ise, satış ilanı ilgiliye tebliğ edilmediğinden ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceğini”

√ “Satış ilanının bir suretinin **alakadarlara tebliği zorunlu olup; tebligatlar, Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı olarak yapıldığından, dolayısıyla bu durumda kıymet takdiri ve satış ilanı tebliği zorunluluğu yerine getirilmediğinden, bu hususun ihalenin feshi sebebi olacağını**”⁵³

√ “Şikayetçi hissedarın tapu sicilinde yazılı adresine çıkarılan tebligatın bila tebliğ dönmesi üzerine, daha önce bu adreste adı geçene usulüne uygun bir tebligat yapılmadığından, aynı adrese Tebligat Kanunu’nun 35. maddesine yapılan tebliğ işleminin usulsüz olduğu, yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekeceğini”⁵⁴

√ “Satış ilanı tebliğ evrakı üzerinde tebligat adresinin, **muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresi olduğuna ilişkin icra müdürlüğünce konulmuş bir kayıt bulunmadığından** Tebligat Kanunu’nun 21/2. maddesinin uygulama imkanı olmadığından borçluya yapılan satış ilanı tebliği işleminin usulsüz olduğunu; bu durumun ihalenin feshi nedeni olacağını”⁵⁵

√ “Satış ilanı tebligatının adı geçen ilgilinin tapuda geçen bu adresine TK. ’nun 35. maddesine göre tebligat yapılması gerektiği halde, bu husus yerine getirilmeksizin satışın yapılması İİK. mad. 127. hükmüne aykırı olduğundan mahkemece ihalenin

⁴⁷Bknz: 12. HD. 22.01.2019 T. 9801/699 (www.e-uyar.com)

⁴⁸Bknz: 12. HD. 18.04.2019 T. 6019/6816; 04.03.2019 T. 13535/3440; 06.04.2017 T. 1404/5536; 31.05.2012 T. 4376/18589 (www.e-uyar.com)

⁴⁹Bknz: 12. HD. 05.05.2016 T. 7165/13421 (www.e-uyar.com)

⁵⁰Bknz: 12. HD. 30.10.2013 T. 28202/33586 (www.e-uyar.com)

⁵¹Bknz: 12. HD. 04.10.2016 T. 25093/20438; 31.05.2016 T. 11089/15338; 12.05.2016 T. 6617/13986; 23.11.2015 T. 28368/28914; 24.04.2014 T. 8016/12091; 24.10.2013 T. 22646/33351 (www.e-uyar.com)

⁵²Bknz: 12. HD. 28.03.2013 T. 3575/11788 (www.e-uyar.com)

⁵³Bknz: 12. HD. 27.09.2012 T. 13221/28239 (www.e-uyar.com)

⁵⁴Bknz: 12. HD. 27.01.2014 T. 36215/1826 (www.e-uyar.com)

⁵⁵Bknz: 12. HD. 08.10.2012 T. 17034/28605 (www.e-uyar.com)

feshine karar verilmesi gerekeceğini”⁵⁶

√ “*Şikayetçinin yurt dışı adresine Berlin Başkonsolosluğu aracılığıyla 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun 25/a maddesine göre tebligat çıkartıldığına görüldüğü, Berlin Başkonsolosluğu’nun cevabi yazısında, bildirim formunun iadeli taahhütlü postayla gönderildiği ancak evde bulunmayan adı geçene posta idaresi tarafından mektubu bir hafta içinde postaneden almasını teminen yazılı davet bırakıldığına, süresi içinde alınmayan mektubun Başkonsolosluğa iade edildiğinin bildirildiği, şikayetçiye gönderilen bildirim formunun, tebliğ konusu, tebliğin hangi mercii tarafından çıkarıldığı bilgilerini içermediği ayrıca şikayetçinin imzasının da alınmadığı evrakın posta kutusuna bırakıldığı ve süresinde alınmadığından “süre doldu alınmadı” notu ile iade edildiği görüldüğünden satış ilanı tebligatının, Tebligat Kanunu’nun 25/a maddesi ve Tebligat Kanunu Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine uygun olarak yapılmadığından usulsüz olduğunu”⁵⁷*

√ “*Almanya’da bulunan borçlunun adresinin tespiti için yeterli araştırma yapılmadan satış ilanının “ilanen tebliğinin” yasaya aykırı ve geçersiz olacağını”⁵⁸*

√ “*Yapılan zabıta araştırmasında İngiltere’de olduğu anlaşılan borçluya ilan tebligat yapılamayacağını”⁵⁹ belirtmiştir.*

V- İİK.’nin 127. maddesi gereğince, kendisine satış ilanı tebliğ edilmesi gerektiği halde, tebligat yapılmamış olan kimseler, ihalenin bozulmasını şikâyet yolu ile isteyebilirler. Bu halde şikâyet “ihale tarihinden” değil, **“ihalenin yapıldığını öğrenme”** itibaren işlemeye başlar. Fakat, şikâyet hakkının kullanılması ihaleden itibaren bir seneyi geçemez (İİK. mad. 134/IV). **Yüksek mahkeme de “kendisine satış ilanı tebliği gerekip de satış ilanı tebliğ edilmeyen veya usulsüz tebliğ edilen ilgili açısından şikâyet süresinin ihaleyi öğrendiği tarihten başlayacağını”⁶⁰ “beyan edilen öğrenme tarihinin aksi tanık beyanıyla ispat edilemeyeceğini”⁶¹ belirtmektedir.**

VI- Kanuna ya da ahlaka (adaba) aykırı girişimlerle (tertiplerle) artırmaya yolsuzluk (dolan-hile-fesat) karıştırılmış olması (TBK. mad. 281)⁶² da, yapılan ihalenin feshine neden olur. *Artırmaya fesat karıştırılması’ndan anlaşılması gereken; “artırma öncesi yapılan işlemler veya artırma sırasında, artırmanın doğal akışını değiştiren (olumsuz yönde etkileyen) davranışlardır. Yani, artırmanın kanuna (usulüne) uygun yapılmasını ve ihale kararı verilmesini etkileyen tüm kural dışı (normal olmayan) davranış ve durumlar”⁶³ “yapılan özel anlaşmalar ile -arttırma gününden önce veya arttırma sırasında- arttırmanın satışa çıkarılan malın gerçek değerinin bulması için açık bir rekabetin oluşarak, ulaşılan en yüksek değer üzerinden ihalenin yapılması gayesinin gerçekleşmesine engel olunması”⁶⁴ “artırmaya katılmayı ya da artırmaya katılanların gerçek isteklerine uygun ve özgür iradelerini açıklamalarını hukuka veya ahlâka aykırı tertiplerle önlemek veya artırma sonunda*

⁵⁶Bknz: 12. HD. 13.02.2012 T. 9774/3239 (www.e-uyar.com)

⁵⁷Bknz: 12. HD. 28.03.2017 T. 950/4700 (www.e-uyar.com)

⁵⁸Bknz: 12. HD. 20.01.1995 T. 216/405 (www.e-uyar.com)

⁵⁹Bknz: 12. HD. 10.12.1992 T. 8958/15981 (www.e-uyar.com)

⁶⁰Bknz: 12. HD. 05.02.2019 T. 11092/1355; 29.11.2016 T. 19170/24503 (www.e-uyar.com)

⁶¹Bknz: 12. HD. 29.11.2016 T. 19170/24503 (www.e-uyar.com)

⁶²Bknz: 12. HD. 24.10.2013 T. 22759/3330; 27.10.2013 T. 22761/33329 (www.e-uyar.com)

⁶³ARSLAN, R. age, s: 137

⁶⁴ÜSTÜNDAĞ, S. age, s: 285

elde edilmesi amaç olan en elverişli bedelin ortaya çıkmasına engel olmak veya malın gerçek değerinden daha yüksek fiyat sağlamak amacıyla dürüstlük kurallarına aykırı olarak yapılan her türlü davranışlar”⁶⁵ artırmaya fesat karıştırmak olarak nitelendirilmektedir.

Fesat nedeni olarak ileri sürülen maddi vakıalar, *her türlü kanıtla* ispat edebilir.⁶⁶ İcra mahkemesi, **kamera kayıtlarını** da inceleyebilir.⁶⁷

Yüksek mahkemede de,

√ “*Kanuna veya ahlâka (adaba) aykırı şekilde ihaleye fesat karıştırılmış olması ihalenin feshi sebebi olduğunu, ihalenin amacına ulaşmasını ve malın gerçek değerine satılmasını, ihalenin sağlıklı ve normal şartlarda yapılmasını engelleyici, dürüstlük kuralları ile bağdaşmayan davranışlarda bulunulması ve ihaleye katılıma engel olunmasının ihaleye fesat karıştırılması niteliğinde olduğunu*”⁶⁸

√ “*İhaleye fesat karıştırıldığıının tespiti durumunda, ihalenin, malın tahmini bedelinin üzerinde satılması halinde dahi ihalenin feshi gerektiğini*”⁶⁹

√ “*İhaleye konu taşınmaza ilişkin olarak şikayetçinin tapudaki pay oranı ihale için öngörülen teminatı oldukça üzerinde olup, bu durumda şikayetçinin ihaleye katılması için teminat alınması gerekmediğinden, satış memurluğunca, şikayetçinin teminat yatırmaması nedeniyle ihaleye kabul edilmemesinin açıkça ihaleye fesat karıştırılması niteliğinde olduğunu*”⁷⁰

√ “*Taşınmazın ‘çocuk parkı olacağı’, ‘belediyece yıkılacağı’, ‘istimlak edileceği’ dedikodusunu yaymanın, ‘ihaleye fesat karıştırmak’ olduğunu*”⁷¹

√ “*Satışa çıkarılan taşınmazın nitelikleri üzerinde ihaleye katılmak isteyenleri tereddüde düşürecek beyanda bulunulmasının, ihaleye katılacakların tehdit edilmesinin, ihalenin feshine neden olacağını*”⁷²

√ “*Artırma sırasında ‘satılan taşınmazın mezarlık olduğu’ şeklinde bağırılmasının, ihalenin fesat nedeniyle feshine neden olacağını*”⁷³

√ “*Alacaklı banka ile üçüncü kişi arasında yapılan protokolün, ihalenin olağan akışına müdahale niyeti ve iradesini taşımadığını, aksine daha fazla pey süren kişilerin olabileceği ihtimalinin baştan kabul edildiği anlaşıldığından, mahkemenin fesat olgusuna ilişkin gerekçesinin doğru görülmediğini*”⁷⁴ belirtmiştir...

⁶⁵KURU, B. age, C: 2, s: 1440 – KURU, B. El Kitabı, s: 705

⁶⁶Bknz: 12. HD. 12.03.2018 T. 7247/2330; 11.12.2017 T. 8402/15360; 25.04.2017 T. 29221/6425; 10.11.2016 T. 18820/23279; 19.04.2016 T. 5460/11506; 12.10.2015 T. 20413/24013 (www.e-uyar.com)

⁶⁷Bknz: 12. HD. 06.04.2016 T. 4629/10250; 26.01.2016 T. 33136/2011; 12.10.2015 T. 20413/24013; 12.10.2015 T. 20414/24015 (www.e-uyar.com)

⁶⁸Bknz: 12. HD. 12.03.2018 T. 7247/2330; 11.12.2017 T. 8402/15360; 25.04.2017 T. 29221/6425; 06.04.2016 T. 4673/10255; 12.10.2015 T. 20413/24013 (www.e-uyar.com)

⁶⁹Bknz: 12. HD. 25.04.2017 T. 29221/6425; 10.11.2016 T. 18820/23279; 16.06.2015 T. 13263/16757 (www.e-uyar.com)

⁷⁰Bknz: 12. HD. 24.12.2012 T. 26920/39463 (www.e-uyar.com)

⁷¹Bknz: 12. HD. 03.05.1994 T. 5704/5796; 15.02.1990 T. 661/1275; İİD. 17.10.1963 T. 10674/11023 (www.e-uyar.com)

⁷²Bknz: 12. HD. 17.06.1985 T. 509/6011 (www.e-uyar.com)

⁷³Bknz: İİD. 25.02.1958 T. 1164/1110 (www.e-uyar.com)

⁷⁴Bknz: 12. HD. 20.11.2012 T. 21356/33771 (www.e-uyar.com)

*

Bir uyuşmazlıkta; davacı (paydaş) E.Ö vekili dava dilekçesinde özetle “..... İcra Müdürlüğü'nün Talimat sayılı dosyasından tarihinde yapılan ihalede, müvekkilinin %30 maliki ve hissedarı bulunduğu ili, İlçesi, Mahallesi, 218 ada, 3 parsel sayılı taşınmazın davalı H.O'ya ait %70'lik hissesinin satıldığını, ihalenin yapılmasından 5 dakika önce satışı yapılmak istenen taşınmazla ilgili olarak Belediye Başkanlığınca verilen yıkım kararı ve yine aynı belediye tarafından verilen 100.000,00 TL tutarında idari para cezası olduğuna dair belge sunulduğunu, bu kararın tellal tarafından yüksek sesle okunduğunu, kararın mahiyeti ve idari para cezasından kimin sorumlu tutulacağı belirtilmediği için müvekkilinin 600.000,00 TL'den sonra fiyatı artramadığını, teminat yatırarak ihaleye katılan E.Ö isimli kişinin bu nedenle hiç pey sürmeden ihaleden çekildiğini, yıkım kararı ve para cezasına ilişkin bu hususun satış ilanında yer almadığını, satış ilanın tebliğ edildiği tarihte müvekkilinin yurt dışında olması sebebiyle işleminin usulsüz olduğunu, icra müdürlüğünün yaptığı düzeltme ilanlarının süresinin denetlenmesi gerektiğini, taşınmaz üzerinde bulunan evin değerinin çelişkili olduğunu, ihalenin feshine karar verilmesi gerektiğini” belirtmiştir.

Davalı (alacaklılar) E.Ş, vekili cevap dilekçesinde özetle “ihale konusu taşınmazda hissedar olan davacının bu davayı açmakta hukuki menfaatinin olmadığını, ihaleye katılmış olduğundan usulsüz tebligat ve diğer ihalenin feshi nedenlerinin dinlenmemesi gerektiğinden” davanın reddini talep etmiştir.

Davalı (borçlu) H.O vekili de özetle “... ihale konusu taşınmazın arsa vasfında olmasına karşın kıymet takdiri ve satışın tarla vasfıyla yapıldığını, taşınmazın imar durumunun yanlış gösterildiğini ve bu nedenle ihaleye katılım az olduğunu, yetkisiz kişilerin ihaleden pey sürdüğünü, ihalenin feshi gerektiğini...” ileri sürmüştür.

Yerel mahkeme olan İcra Hukuk Mahkemesi, özetle “...ihale konusu taşınmazın son imar durumunun satış ilanında eksik veya yanlış gösterildiği, taşınmazın son durumunu yansıtmadığı, muhammen bedelin yanlış belirlendiği...” gerekçeleriyle “ihalenin feshine” karar vermiştir.

Yerel mahkemenin bu kararını istinaf eden davalı (alacaklılar) E.Ş vekili istinaf dilekçelerinde özetle “...davacının taşınmazı istediği fiyattan alamamasının ihalenin feshi gerekçesi olamayacağını, kesinleşen kıymet takdirinin yok sayıldığını, taşınmaza ederinden yüksek pey sürülmesinin ihalenin feshi nedeni olamayacağını...” belirterek “ilk derece mahkemesinin kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmesini” talep etmiştir.

Davalı (alıcı) Ç.İ istinaf dilekçesinde özetle “...kıymet takdirinin itiraz edilmeksizin kesinleştiğini, satışın da kesinleşen kıymet üzerinden yapıldığını, ihalenin feshine karar verilmeyeceğini...” ifade etmiştir.

İstinaf başvurusu üzerine, Bölge Adliye Mahkemesi 8..... HD.'nin

..... T. s. kararında “...Satışa hazırlık işlemlerinden kaynaklanan nedenlerle ihalenin feshi isteminde bulunulabilmesi için, usulsüz olduğu ileri sürülen hususun önceden şikâyetçi tarafından öğrenilmemiş olması, öğrenilmiş ise İİK.’nun 16/1. maddesinde öngörülen yasal yedi günlük sürede icra mahkemesi nezdinde şikâyet konusu yapılmış olması gerekir. Şikâyetçi, fesih nedeni olarak ileri sürdüğü ihaleye hazırlık dönemine ilişkin bir durumu yasal sürede icra mahkemesine ileri sürmez ise, daha sonra aynı nedene dayalı olarak ihalenin feshini iste-yemez. Satışa hazırlık işlemlerine yönelik şikâyet üzerine mahkemece verilecek kararlar kesin olmakla beraber, süresinde şikâyet hakkının kullanıldığı hallerde icra mahkemesi kararının, ihalenin feshi aşamasında incelenmesi mümkündür. Ancak, yasanın öngördüğü bu olanağı kullanmayanlar, aynı şikâyet nedenleri ile ihalenin feshini talep edemezler.

Davacı dava dilekçesinde diğer iddialarının yanında, ‘SATIŞ İLANININ KENDİSİNE USULÜNE UYGUN OLARAK TEBLİĞ EDİLMEDİĞİNİ’ ileri sürmüş, ilk derece mahkemesince bu husus incelenmemiştir. Mahkemece davacıya satış ilanı tebliğinin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı denetlendikten sonra, davacının iddialarının satışa hazırlık işlemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu hususta hiç değerlendirme yapılmaması isabetli değildir...” şeklinde hüküm kurarak davanın yeniden görülmesi için dosyanın İcra Hukuk Mahkemesi’ne gönderilmesine karar vermiştir...

Davacı (paydaş) E.Ö tarafımıza yapmış olduğu başvuruda “20 yıldır Almanya’da yaşadığını, Türkiye’ye gelip gittiğini,’da bulunan dava konusu 24 dönümlük arazinin %30 hissedarı olduğunu, yapılan ihalede bir çok usulsüzlük olduğunu, ihaleden kendisinin haberdar edilmediğini, satış ilanın usulsüz olduğunu” belirterek ihalenin feshine ilişkin yerel mahkeme kararını, bölge adliye mahkemesi kararını, taraf dilekçelerini diğer evraklar ile birlikte talebimiz üzerine, kendisinin hissedarı olduğu taşınmazın kayıtlı olduğu Tapu Müdürlüğü’nde yer alan adres bilgilerini içeren tapu resmi senedini sunmuştur.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği gibi, ihale konusu taşınmazda %30 hissesi olan “paydaş” konumundaki şikâyetçi E.Ö, tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerden olduğundan, satış ilanının kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi gerekirdi (İİK mad. 127).

..... Tapu Sicil Müdürlüğü’nden temin edilerek tarafımıza sunulmuş olan belgede görüldüğü üzere, şikâyetçi E.Ö’nün tapuda kayıtlı adresi şu aşağıdaki gibidir:

“..... Berlin, Almanya”

Yüksek mahkemenin kararlarında açıkça belirtildiği gibi, satış ilanının taşınmazda hissesi olan ilgilinin tapuda kayıtlı olan adresine gönderilmesi gerekir. İlgilinin tapuda kayıtlı adresi varsa, Mernis adresine tebligat yapılamaz. Mernis adresine, ancak ilgilinin tapuda kayıtlı bir adresi bulunmaması durumunda tebligat yapılır.

İcra dairesince yukarıda belirtilen Almanya adresine bir tebligat çıkarılmadığı görüldü-ğünden, satış ilanına ilişkin tebligatın usulsüz olduğu açıktır.

Kaldı ki, şikayetçi paydaş E.Ö, tebligatların yapıldığı tarihte yurt dışında olduğunu da belgelemiştir.

Türkiye'deki adresine yapılan tebligat kendisinin (muhatabın) Almanya'da olmaması sebebiyle iade edilmiştir.

Ankara adresine yapılan tebligat ise her ne kadar *çalışanına* yapılmış gözükse de, gerek muhatabın o tarihlerde yurt dışında olduğunu kanıtlaması, gerekse de tebligatın teslim edildiği kişinin çalışmanı olmaması ve tebliğ memuru tarafından muhatabın ne zaman çarşıdan döneceğinin sorulmaması nedenleriyle usulsüzdür.

Taşınmaz satışlarında, borçluya, alacaklıya ve taşınmazın tapu siciline kayıtlı bulunan ilgililerine satış ilanının tebliğ edilmemiş olmasının veya usulsüz tebliğ edilmesinin; başlı başına ihalenin feshi sebebi olduğundan, E.Ö' ye usulsüz satış ilanı tebliğ edilmiş olması da ihaleyi sakatlamaktadır. Kanımızca, şikayetçi E.Ö' nün ihalede pey sürmesi de bu usulsüzlüğü dayanılmasına engel teşkil etmez. Çünkü kendisine satış ilanı tebliğ edilmemiş olan şikayetçiye ihaleye hazırlanma imkânı tanınmamıştır.

*Bunun yanında, şikayetçi, "ihaleden önce, tellalın 'ihaleye konu taşınmaza ilişkin olarak yıkım kararı alındığını, Belediye'nin idari para cezasının söz konusu olduğunu' okuduğunu, pey sürmek üzere orada yer alan kimselerin bunun üzerine pey sürmekten çekindiğini, kendisinin de ancak belli bir rakama kadar pey sürebildiğini, söz konusu para cezasının kimden tahsil edileceğinin anlaşılmadığını" ileri sürmüş ve "bu iddialarının kamera kayıtları incelendiğinde ortaya çıkacağını" belirtmiştir. İhale tutanağından da tellalın Belediye yıkım kararını okuduğu anlaşılmaktadır. **Satış ilanında ise, yıkım kararı ve para cezasına ilişkin bir ibare yer almamakta olup ruhsatın iptal edildiği bilgisine yer verilmiştir.***

Satış ilanında yer almayan "yıkım kararı" ve "para cezasına" ilişkin olguların ihale-den önce tellal tarafından okunması ihaleye katılacak olanlarda tereddüte yol açacağından ihalenin sağlıklı bir ortamda gerçekleştirilmediği kabul edilemez. Şikayetçinin ileri sürdüğü bu hususların tespiti halinde, "ihaleye fesat karıştırılmış olduğunu kabulü" gerekecektir.

Bunun dışında satış ilanı (ve kıymet takdiri) kendisine usulüne uygun tebliğ edilmediğinden, şikayetçi "ihaleye konu ... üzerindeki taşınmazın hatalı olarak tespit edildiğini" de ileri sürebilir. Benzer şekilde kendisine satış ilanı tebliğ edilmemiş olan ilgili, satışa hazırlık aşamasına ilişkin şikayet sebeplerini ileri sürebilir. Çünkü bu konuda şikayet süresi henüz başlamamıştır. Şikayet konusu ihalede, şikayetçi için bu süre ihale tarihinde başlamaktadır. Bu nedenle, şikayetçi "taşınmazın son imar durumuna uygun olarak satışa çıkarılmadığı" iddiasında da bulunabilir.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi; ihale konusu taşınmazda 3/10 hissesi bulunan şikayetçinin, diğer paydaşın hissesinin (7/10) ihaleye konu edilmesi halinde, tapudaki ilgililerden sayılacağı, kendisine satış ilanının tebliğ edilmemesinin başlı başına ihalenin feshi sebebi olduğu, ihaleye katılmış olmasının da bu usulsüzlüğü ortadan kaldırmayacağı, çünkü kendi hissesi satılmasa da, satış ilanı kendisine tebliğ edilmemiş olduğundan, ihaleye hazırlanma, ihale şartlarını inceleme imkanının kendisine tanınmamış olduğu, kaldı ki, ihaleye konu taşınmaza ilişkin şartnamede sadece kaçak yapıdan bahsedilmiş olmasına karşın, ihaleden hemen önce tellalın yıkım kararı ve idari para cezasına ilişkin kararı okuduğu gözetildiğinde, *ihalenin sağlıklı bir ortamda yapıldığından bahsedilemeyeceği, idari para cezasının ihale alıcısından tahsil edilip edilmeyeceğinin anlaşılmadığı, bu nedenle şikayetçinin de 'daha yüksek pey sürmekten kaçındığını' ileri sürdüğü gözetildiğinde ihalenin feshine karar verilmesi gerektiği*, aksi görüşte olunması durumunda ise, şikayetçiye usulüne uygun satış ilanı tebliğ edilmediğinden, hazırlık aşamasındaki usulsüzlüklere dayalı olarak ihalenin feshini isteyebileceği de gözetilerek, kıymet takdiri ve imar durumuna ilişkin usulsüzlere dayalı olarak ihalenin feshini de isteyebileceğinden bu şikayet nedenlerinin de incelenmesi gerekmektedir.





TÜRKİYE FUTBOL FEDERASYONU HUKUK KURULLARININ YAPISI VE KARARLARININ ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar. Gör. Özgür ÇAKIN*

Türkiye Futbol Federasyonu'nun teşkilatı içerisinde çeşitli futbol yargılamalarını yapmak adına hukuk kurulları oluşturulmuştur. Bu kurullardan bazılarının yaptıkları işler yargılama faaliyeti iken, bazılarının sadece idari nitelikte karar verdiğini düşünüyoruz. Bu çalışmanın amacı TFF Statüsünde ve özel talimatlarında düzenlenen bu kurulların yapılarının ve vermiş oldukları kararların temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirip, olması gereken hakkında fikir beyan etmektir.

Anahtar Kelimeler: Futbol hukuku, Türkiye futbol federasyonu, tahkim kurulu, disiplin kurulları,

AN ESSAY FOR EVALUATING THE LAW BOARDS' STRUCTURES AND DECISIONS OF TURKISH FOOTBALL FEDERATION ACCORDING TO THE FAIR TRIAL

There are few law assemblies in Turkish Football Federation for judging in football. We think that some of them doing work of judgment, but some of them doing only work of administration. In this essay, we try to evaluate these law assemblies' structures and decisions according to the fair trial and also specify the ideal situations for football trial system.

Key words: football law, turkish football federation, arbitration board, discipline boards,

*Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

I. GİRİŞ

Spor son çeyrek asırda tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de giderek artan bir ilgiyle takip edilir hale gelmiştir. Eskiden daha çok amatör bir uğraş olarak görülen; zevk, hobi veya boş zaman aktivitesi olan spor, profesyonel düzeyde icra edilir hale geldikten ve teknolojiyle beraber küresel halde izlenmeye başlandıktan sonra kitleleri bir fenomen olarak etkilemiş ve bununla paralel olarak büyük bir ekonominin oluşmasını da sağlayan endüstriyel bir faaliyet alanı oluşturmuştur. Sadece futbol özelinde değil, diğer tüm şubelerde sponsorluk, yayın geliri, maç hâsılatı, forma ve lisanslı ürün satışı, menajerlik ücreti, yetiştirme tazminatı gibi daha önce spor dünyasında olmayan yeni ekonomik kalemler ortaya çıkmıştır. Hal böyle olunca da oluşan ekonominin bir düzene oturtulması, profesyonel icra edilen sporun disipline edilmesi ve hatta amatör sporda dahi birtakım kuralların koyulup sporun yeknesak olarak düzene girmesi için çeşitli çalışmalar yapılması zorunlu hale geldi.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, spor anayasal bir insan hakkıdır. Bu bağlamda düşünülünce spor yapmak, sportif müsabakaları izlemek, sportif yarışmalara oyuncu, hakem, çalıştırıcı veya yönetici olarak katılmak her Türk vatandaşının hakkıdır. Hatta devletin bu alanda geliştirici birtakım tedbirleri alması lazım geldiğinden pozitif statü haklarından. Bunun yanında insanların bu güzel aktivitesinin suiistimale uğramaması için Devletin birtakım tedbirler alması ve kanunla düzenleyici ve kontrol altında tutucu yapıları oluşturması da gerekir. Ülkemizde de bu iş bağımsız şekilde dernek statüsü ile kurulan spor federasyonları marifetiyle yerine getirilmektedir. Her ne kadar bağımsız federasyonlar desek de, en nihayetinde futbol dışında ki tüm spor federasyonları Gençlik ve spor Bakanlığı Spor Genel Müdürlüğü'ne bağlıdır.¹

Şurası inkâr edilemez bir gerçek ki; futbol çağımızın en çok sevilen ve takip edilen sporudur. Doğal olarak yarattığı kamuoyu ve ekonomide buna paralel olarak diğer spor türleri arasında daha üst seviyededir. Hatta bir futbol takımı taraftarı olmanın ve aidiyet hissetmenin dahi kitleleri adeta bir sosyal bağ olarak etkilediği; bir takımın borsada işlem gören hisselerinin ekonomik yatırım aracı olarak kullanıldığı ve adalet duygusunun dahi aidiyet duyulan takımına yapılanlarla değişebildiği zamanları yaşamaktayız. Bunun sonucu olarak da futbolun diğer şubelerden ayrılıp özelleştirilerek ve her türlü etkiden arındırılarak yönetilmesi de çok doğaldır. Öyle ki bu sporun üstünde devletin dahi etkisinin olmaması için Türkiye Futbol Federasyonu özerk bir şekilde yapılandırılmış ve diğer federasyonların aksine Spor Genel Müdürlüğü bünyesinden çıkarılarak özel hukuk hükümlerine tabi kendine has bir idari otorite olması sağlanmıştır.

Ülkemizde futbolun yegâne patronu TFF'dir.² Bu tekel öyle bir hal almıştır ki; futboldan doğan ihtilafların dahi futbolun kendi ilke ve kuralları ve kendine has özellikleri ile futbol ailesi içinde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple TFF bünyesinde ihtilafları çözmek adına çeşitli hukuk kurulları oluşturulmuştur.³ Çalışmamızın konusu da bu hukuk kurullarının oluşumu ve kararlarının niteliğinin

¹EKŞİ Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 2015, İstanbul, s. 165.

²TFF'nin hukuki niteliği hakkında çeşitli görüşler mevcuttur. Bu tartışmaların ayrıntıları için bkz. AYANOĞLU Taner, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği, TBBD 2008, S. 74, s. 52-53; AĞAR Serkan, Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi, TBBD 2006, Mart-Nisan, s. 306.

³TÜRKKAN Adnan, Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu İsmail İnan Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013, s. 757.

adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü ile ne kadar bağdaştığını tespit edip, olumsuz görüntü verenler bakımından olması gerekeni belirtmektir. Zira toplum üzerinde etkisi bu kadar büyük olan bir sporun yönetimindeki adalet ve düzen de bununla orantılı olarak hassas ve dengeli olmalıdır.

Çalışmamızda önce İlk derece hukuk kurulları olarak nitelendirilen Disiplin Kurulları, Etik Kurulu ve Kulüp Lisans Kurulundan bahsettikten sonra üst derece hukuk kurulu olan Tahkim Kurulunun oluşumundan ve çok tartışılan nihai ve kesin karar verme yetkisini irdeleyeceğiz. Daha sonra ise Tahkim Kurulunun TFF içinde yapılanmasını tartışacağız.

II. TFF İLK DERECE HUKUK KURULLARI

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ilk derece hukuk kurulları başlıklı 5. Maddesine göre TFF'nin ilk derece hukuk kurulları şu kurullardan oluşmaktadır: a)Uyuşmazlık Çözüm kurulu b)Disiplin Kurulları c)Kulüp Lisans Kurulu ç) Etik Kurulu. Böylece bahsi geçen kurulların yasal dayanakları oluşturulmuştur.

Yine aynı maddenin diğer fıkralarında ilk derece hukuk kurullarıyla alakalı çeşitli hükümler düzenlenmiştir. Buna göre maddenin ikinci fıkrasında *“ilk derece hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir.”* Maddenin 3. Fıkrasında *“TFF talimatları ilgili talimatın yayımından, ilk derece hukuk kurulları tarafından alınan kararlar ise ilgili kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşir. İlk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaz.”* demek suretiyle bu kurulların alanlarına giren konularda münhasır yetkili olduğu ve bu konularda ve kurulların vermiş olduğu kararlara karşı yargı yoluna gidilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bahis ileride yeri geldiğinde ele alınacaktır.

Maddenin 4. Fıkrasında *“İlk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir kurulun usul kurulları TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda düzenlenir.”* denilmiştir. Maddenin 5. Fıkrasında da ilk derece hukuk kurullarının üyelerinin seçilmesi usulünün TFF Statüsünde düzenleneceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere kurulların ayrıntılı olarak düzenlenmesi TFF Statüsü yanında, TFF tarafından çıkarılacak talimatlarla yapılacaktır.

Maddenin 6. Fıkrasında ise hukuk kurullarında görev yapan üyelerin tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde olmasını sağlamak adına üyelerin TFF'nin veya bağlı kulüp veya özel hukuk tüzel kişilerinin herhangi bir organında görev yapamayacağı belirtilmiştir. Bu durum her bir kurul için yapılacak özel açıklamaların altında değerlendirilecektir.

TFF Statüsünün Yargı Kurulları başlıklı bölümünde 54-64. Maddeler arasında ilk derece hukuk kurulları yanında Tahkim Kurulu ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) da düzenlenmiştir. Ancak Kanun hukuk kurulları derken, TFF Statüsünün içindekiler kısmı Yargı Kurulları tabirini kullanmış, bölüm başlığında tekrar Hukuk Kurulları ifadesi kullanılmıştır.⁴ Öncelikle Kanun ile Statü arasındaki bu karışıklık giderilip bir yeknesaklık sağlanmalıdır.

A) DİSİPLİN KURULLARI

Disiplin kurulları, Futbol Disiplin Talimatı çerçevesinde her türlü disiplin ihlalini ve sportmenlik dışı davranışları inceleyip karara bağlama ve disiplin cezalarını verme hususunda yetkili kılınmış kurullardır.⁵ 5894 Sayılı Kanunda disiplin kurulları TFF'nin ilk derece hukuk kurulları arasında sayılmış ve TFF Statüsünün 57. Maddesinde de bu kurullar üçe ayrılmıştır: il disiplin kurulları, Amatör Futbol Disiplin Kurulu (AFDK), Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu(PFDK). Konunun genişlememesi adına bahsimizde il disiplin kurullarını pas geçip, Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurullarının oluşumu ve kararlarının niteliği üzerinde duracağız.

1) Disiplin Kurullarının Yapısı

TFF Statüsünün 57. maddesi şu şekildedir:

1. Disiplin Kurulları:

a) İl Disiplin Kurulları;

b) Amatör Futbol Disiplin Kurulu;

c) Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'ndan ibarettir.

2. Amatör Futbol Disiplin Kurulu ile Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu; Federasyon Başkanının teklifi üzerine Yönetim Kurulu tarafından, İl Disiplin Kurulları ise Federasyon Başkanı tarafından atanır.

3. (29.06.2011 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurulları birer Başkan ve altışar üyeden; İl Disiplin Kurulu ise bir başkan ve illerin sportif faaliyetlerine göre en az iki en fazla dört üyeden oluşur. Kurullara asıl üye kadar yedek üye atanır.

4. Disiplin kurulları, TFF Yönetim Kurulunun görevde kaldığı süre ile sınırlı olarak görev yaparlar.

5. Atanacak asıl ve yedek üyelerin fakülte veya yüksek okul mezunu olmaları şarttır. Başkan, başkanvekili ve raportör olarak görev yapacak olanların ise hukuk fakültesi mezunu olması zorunludur.

⁴EKSİ, s. 227.

⁵TÜRKKAN, s. 759.

6. Disiplin kurullarının çalışma usul ve esasları Yönetim Kurulu tarafından çıkarılacak talimatla belirlenir.

7. Üyeliğin askıya alınması ve ihraç ile ilgili hususlardaki Yönetim Kurulunun ve Genel Kurulun yetkileri saklıdır.

Görüldüğü üzere, amatör ve profesyonel disiplin kurulları, birer başkan ve altı asil ve altı yedek üyeden meydana geliyor. Burada üzerinde durulması gereken husus, disiplin kurullarının başkanı ve üyelerinin, TFF Başkanının teklifi üzerine yönetim kurulu tarafından atanmasıdır. Şöyle ki; TFF Yönetim Kurulu üyelerinin işlemiş olduğu disiplin suçları dahi Futbol Disiplin Talimatı'nın 64. maddesine göre, disiplin yargılaması bakımından PFDK'nın yetkisi dâhilindedir.⁶ Hal böyle olunca, ileride yönetim kurulu üyelerinin veya Başkanın işleyebileceği muhtemel disiplin suçlarını yargılamak üzere yine kendileri tarafından üye atanması adil yargılanma hakkı bakımından uygun olmayan bir durum oluşturur. Nitekim yakın zamanda da TFF Yönetim Kurulu üyesi ve Başkanvekili şahsın PFDK'ya sevkinden sonra Kurul tarafından 1 yıl 6 ay hak mahrumiyeti cezası aldığı görülmüştür.⁷ Her ne kadar ilgili örnekte şahıs ceza alsa da, bir yönetim kurulu üyesinin adına açılan soruşturmada, PFDK üyeleri ile arasında işveren-işçi tarzında bir ilişki varsayımı yapıldığından bahisle ceza almadığı da olabilir. Bu tarz olayların önüne geçmek adına disiplin Kurullarına üye tayini işini TFF Genel Kurulunun yapması, kanaatimizce, daha doğru ve yerinde olacaktır.

Disiplin Kurulu başkan ve üyelerinin görev süresinin Yönetim Kurulunun görev süresi ile sınırlı olması, kanaatimizce, anlamsız bir kuraldır. Diğer tüm hukuk kurullarında bu yönde bir ifade olduğu için bu mesele bir bütün olarak ileride Tahkim Kurulunun oluşumu hakkındaki bölümde ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

Kurul üyelerinin fakülte veya yüksekokul mezunu olma şartı, üyelerin genel entelektüel durumlarının yüksek tutulması açısından pozitif bir uygulama olsa da; yargılama işi yapan bir kurulun sadece başkan, başkan yardımcıları ve rapörtörü bakımından hukuk fakültesi mezunu olmak şartını aramak yanlıştır. Kurul mahiyeti gereği disiplin yargılaması işiyle uğraşmaktadır ve bu bakımdan disiplin kurullarında görev yapan tüm üyeleri hukukçular arasından seçmek adil yargılanma hakkı bakımından daha isabetli bir durum oluşturacaktır. Ayrıca TFF'nin diğer hukuk kurulları bakımından üye olma şartı deneyimli hukukçu olmak iken, burada sadece hukuk fakültesi mezunu olmanın yeterli görülmesi, talimatlarda yeknesaklık oluşturmak açısından olumsuz bir görüntü vermektedir.

2) Disiplin Kurullarının Kararları

Disiplin Kuruluna yansıyan disiplin süreci, disiplin müfettişleri tarafından başlatılmaktadır.⁸ Olayın Disiplin kuruluna sevkinden sonra AFDK veya PFDK

⁶Futbol Disiplin Talimatı madde 64: "Profesyonel futbol faaliyetlerinde bulunan kulüp, futbolcu, teknik adam, yönetici, müsabaka görevlileri ve profesyonel futbolda görevli diğer kişilerin fiillerinden doğan disiplin ihlallerini karara bağlar."

⁷Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'nun 03.11.2015 tarih ve 27 sayılı toplantısı karar no: 1 : "Türkiye Futbol Federasyonu yönetim kurulu üyesi ve başkanvekili İBRAHİM USTA'nın, hakem soyunma odası koridorlarındaki sportmenliğe aykırı hareketi ve hakareti nedeniyle takdiren 1 YIL 6 AY HAK MAHRUMİYETİ CEZASI ile cezalandırılmasına, (oyçokluğu)"

(www.tff.org)

⁸EKŞİ, s. 245.

tarafından Futbol Müsabaka Talimatı'nda açıkça belirtilen çalışma usulleri esasına göre bir karara varılır (FDT m. 65)⁹ Daha sonra ilgili kişiler bu kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde Tahkim Kuruluna itirazda bulunabilirler.¹⁰ Aynı şekilde soruşturma mercileri de cezanın artırılması veya azaltılması talebiyle Tahkim Kuruluna başvurabilmektedir. Diğer yandan sürekli hak mahrumiyeti cezaları da itiraz konusu yapılmassa dahi Tahkim Kurulu tarafından re'sen incelenir.

AFDK ve PFDK'nın vermiş oldukları disiplin cezalarına karşı iki dereceli yargılama uygulamak adına Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilmesi olumlu bir uygulamadır. Futbolun kendi doğasına uygun olarak itiraz süresinin de kısa tutulması (yedi gün), adil yargılamaya zeval getirecek bir durum değildir. Zira disiplin kararları bir an evvel sonuca ulaşabilsin ki lig veya yarışmada adaletli mücadele sağlanabilin.

Olağanüstü temyiz usulü olarak FDT m. 91'de disiplin yargılamasının iadesi kurumu düzenlenmiştir. Buna göre: *“Disiplin Kurullarının, kesinleşen bir kararında dayanılan delillerin gerçeğe aykırı oldukları veya kararı etkileyecek yeni bir delilin meydana çıktığı veya kararın yerine getirilmesi tamamlanmadan önce mevzuatta ilgililer lehine bir değişiklik yapıldığı takdirde; ilgili kişi veya kulüpler ile soruşturma mercileri, kararı veren Disiplin Kurulu'ndan yargılamanın iadesini talep edebilirler. Bu talep üzerine ilgili Disiplin Kurulu, inceleme sonucuna göre, önceki kararın değiştirilmesine yer olmadığına karar verebileceği gibi yeni bir karar da verebilir.”* Disiplin Kurullarının disiplin yargılamasında sonucu vereceği kararlar açısından böyle bir kurumun ihdas edilmesi olumlu olsa da, futbolun kendine has özelliklerinden dolayı bu kurumun nasıl uygulanacağı da açık değildir. Örneğin kendisine müsabakadan men cezası verilen bir sporcunun karar icra edildikten sonra, kararı etkileyecek yeni bir delil meydana çıktığı takdirde disiplin yargılamasının iadesinin bir manası kalmayacaktır.

B) ETİK KURULU

Etik Kurulu 5894 sayılı Kanun'un 5(1)/ç maddesinde, ilk derece hukuk kurulları arasında sayılmış ve TFF Statüsünün Hukuk Kurulları bölümünün 60. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca bu kurulun çalışma usul ve esaslarını belirlemek için TFF tarafından 2009 yılında yayınlanan ve 2014 yılında tadil edilen¹¹ bir Etik Kurulu Talimatı çıkarılmıştır.

Etik Kurulunun amacı Türk futbolunun etik değerlerini ve saygınlığını korumak olarak belirtilmiştir.

⁹TFF Statüsü madde 58 Disiplin Cezaları 1. Futbol müsabakaları ve organizasyonlar sırasında kulüpler ve bireyler tarafından işlenen tüm disiplin ihlalleri ve sportmenlik dışı davranışlar ve bu gibi kulüp ve kişilere uygulanacak disiplin cezaları TFF Yönetim Kurulu tarafından, genel kabul görmüş ulusal ve uluslararası uygulamalar ile FIFA ve UEFA Disiplin Talimatları doğrultusunda çıkarılacak TFF Disiplin Talimatı'nda düzenlenir. 2. Disiplin Kurulları, kulüpler ve kişiler tarafından sergilenen tüm disiplin ihlalleri veya sportmenlik dışı davranışları ele alır ve karara bağlar. 3. Bu gibi disiplin ihlalleri veya sportmenlik dışı davranış ve tutumlarına uygulanacak disiplin cezaları esas olarak şunlardır: 32/42 1) Gerçek ve tüzel kişiler için: a) İhtar; b) Kınama; c) Para cezası; d) Ödüllerin iadesi. 2) Gerçek kişiler için: a) İhtar; b) İhraç; c) Müsabakadan men; d) Soyunma odası ve/veya yedek kulübesine giriş yasağı; e) Stadyuma giriş yasağı; f) Hak mahrumiyeti(Futbola ilgili her türlü faaliyetten men edilme); g) Lisansın askıya alınması. 3) Tüzel kişiler için: a) Transfer yasağı; b) Seyircisiz oynama; c) Tarafsız sahada oynama; d) Saha kapatma (Belirli bir sahada oynamama); e) Belirli bir tribünün veya bölümün boş bırakılması; f) Müsabaka sonucunun iptali; g) İhraç; h) Hükmen mağlubiyet; i) Puan tenzili; j) Bir alt lige düşürme.

¹⁰Futbol Disiplin Talimatı m. 63(2): *“Bu talimatın 67. Maddesine göre İl Disiplin Kurulları tarafından verilen ve talimatın 87. Maddesi ile belirlenen sınırları aşan cezalara, ilgili kulüp ve kişilerce yapılan itirazları, itiraz merci sıfatıyla inceler ve karara bağlar.”* Görüldüğü üzere AFDK, İl Disiplin Kurulu tarafından verilen cezalar için itiraz mercii olarak da görev yapmaktadır.

¹¹EKŞİ, s. 232.

1) Etik Kurulunun Yapısı

TFF Statüsü m. 60 şu şekildedir:

“1. Etik Kurulu, TFF Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile seçilecek bir Başkan ve dört (4) asıl ve dört (4) yedek üyeden oluşur. Üyelerin tamamının 5 (beş) yıllık hukukçu olması zorunludur. Etik Kurulu, Türk futbolunun etik değerleri ve marka değerinin korunması ve toplumdaki saygınlığının zedelenmesinin önüne geçilmesi konusunda gerekli hukuki denetimleri yapar.

2. Etik Kurulunun görev süresi dört (4) yıldır. Bununla birlikte, TFF Yönetim Kurulunun görev süresi ile sınırlıdır.

3. Etik Kurulunun hiçbir üyesinin yerine, istifa etmediği veya çekilmiş sayılmadıkça yenisi atanamaz.

4. Etik Kurulu toplantı yeter sayısı üçtür. Kararlar toplantıda hazır bulunan üyelerin salt çoğunluğuyla alınır.

5. Etik Kurulu üyeleri üyelikleri süresince Genel Kurul delegesi olamazlar ve herhangi bir TFF kurul veya organında görev alamazlar. Etik Kurulu üyelerinin yeniden atanmaları mümkündür.

6. Etik Kurulu, çalışma usul ve esasları TFF Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan Etik Kurulu Talimatında belirlenir.”

2009 yılında çıkarılan Etik Kurulu Talimatı'nın 3. Maddesinde kurulun oluşumu aynı şekilde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, etik kurulunun oluşumunda da, TFF Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı etkilidir. Hal böyle olunca disiplin kurullarının oluşumunda değindiğimiz nokta, Etik Kurulu için de geçerli olacaktır. Yukarıda Etik Kurulunun görevleri arasında sayılan fiilleri, TFF Başkanı veya Yönetim Kurulu üyelerinden birisinin işlediği durumlarda, seçen kişinin yargılamasını seçilen kişi yapacağından, adil bir yargılama bakımından sakıncalı bir durum söz konusu olacaktır. Yine aynı şekilde bu durumun önüne geçmek adına Etik Kurulu üyelerinin ve başkanının TFF Genel Kurul tarafından seçilmesi daha doğru ve yerinde bir uygulama olacaktır. Kurul üyelerinin görev süreleri de böylece yönetim kurulunun görev süresiyle sınırlı olmayacak, belirlenen takvime göre yeni seçimler yapılabilir.

Öte yandan Etik Kurulu üyelerinin hepsinin en az 5 yıllık deneyimi bulunan hukukçu olması şartı, yargılama işi yapan bir Kurul açısından doğru bir uygulamadır. Öncelikle buradaki hukukçu olma şartını hukuk fakültesi mezunu olmak olarak algılıyoruz. Zira bir kişiye hukukçu olma vasfını veren bu lisans eğitimi olarak hukuk fakültelerinden mezun olmasıdır. Örneğin işletme mezunu bir emekli idari hâkimin Etik Kuruluna üye olamaması gerekir. Yine aynı şekilde hukuk fakültesinden mezun olsa bile beş yıllık meslek deneyimi olmayan kişiler de üye seçilemezler. Bu şartı sağlaması içinde kişinin hukukçu kimliğini kullandığı bir meslekte 5 yıl deneyimi olması gerekir. Hukuk fakültesinden mezun olma şartıyla; avukat, hâkim-savcı,

akademisyen, bürokrat vb. mesleklerde 5 yıllık deneyim Etik Kuruluna üye olma şartını yerine getirmek için yeterlidir.

TFF Statüsü m. 60'da üyelerin sadece üyelikleri süresince TFF Genel Kurul üyesi olamayacağı veya TFF'nin diğer kurullarında görev alamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında üyelerin TFF Kanunu m. 5(6) hükmüne göre TFF'ye bağlı herhangi bir kulüp bünyesinde de görev alamazlar. Kanunda belirtilen bu ifadenin TFF Statüsüne de eklenmesi, Kanun ve Statünün uyumu açısından daha uygun olacaktır.

2) Etik Kurulu Kararları

Etik Kurulu Talimatı m. 4'te Kurul'un görevleri şu şekilde sayılmıştır:

"a) İşbu Talimat'ın 2. maddesinin (h) bendindeki kişilerin Futbol Disiplin Talimatı uyarınca işlem yapılmayan ve işbu Talimat kapsamına giren ihlallerini incelemek,

b) Şike ve teşvik primi iddialarını incelemek;

c) Türk futbolunun etik değerleri ve marka değerinin korunması ve toplumdaki saygınlığının zedelenmemesi için gerekli hukuki denetimleri yapmak, bu bağlamda Türk futbolunu ahlaki açıdan tehdit eden risklere karşı bağımsız ve tarafsız bir şekilde danışmanlık faaliyetinde bulunmak,

d) Futbol camiasının uyması gereken etik davranış ilkelerinin ihlâl edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları incelemek, araştırmak ve karara bağlamak,

e) Etik davranış ilkeleri konusunda uygulamada karşılaşılan sorunlara yönelik olarak, istendiğinde, TFF Başkanlığına ve futbolla ilgili tüzel kişilere görüş bildirmek,

f) Kararlarıyla ilgili olarak bülten yayımlamak ile görevli ve yetkilidir."

Etik Kurulu Talimatı'nın İhlallerin İncelenmesi başlıklı üçüncü bölümünde, Etik Kurulu kararları *"etik davranış ilkesi ihlali"* ve *"şike ve teşvik primi iddialarının incelenmesi"* olmak üzere ikiye ayrılarak düzenlenmiştir.

Etik davranış ilkesi ihlali durumunda Kurula sevkler disiplin müfettişlerinin ilk incelemesinden sonra yapılır.¹² Kurul incelemesi sırasında da yargı yoluna gidildiği veya Disiplin veya Tahkim Kurulu tarafından işleme alındığı tespit edilirse, Kurul incelemeyi durdurur.¹³ Kurul olayla ilgili incelemesini bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır ve ilgililer kararın kendilerine tebliğinden itibaren 7 gün içinde Tahkim Kuruluna başvurabilirler.

Şike ve teşvik primi iddialarının incelenmesi durumunda ise incelenmesi istenen olayı TFF Yönetim Kurulu, Etik Kurulu'na intikal ettirir. Kurul, olayda tüm delilleri

¹²Etik Kurulu Talimatı m.5(3),(4).

¹³Etik Kurulu Talimatı m.6(4)

serbestçe değerlendirdikten sonra konuyla ilgili Yönetim Kurulu'na rapor verir. Yönetim Kurulu ise Etik Kurulunun raporunu değerlendikten sonra gerekli gördüğü takdirde Disiplin Kurullarına sevk eder.¹⁴ Bir müsabakada şike veya teşvik primi verme olaylarının yargılama yetkisi son tahlile disiplin kurullarındadır.¹⁵ Görüldüğü üzere, Etik Kurulunun buradaki raporu Yönetim Kurulunu bağlayıcı nitelikte değildir. Sadece tavsiye veya bilirkişi raporu mahiyetindedir. Bu sebeple, kanaatimizce, Kurulun buradaki işi, bir yargılama işlemi değildir. Keza ilgili maddenin devamında Kurulun raporunun ancak ilgili Disiplin Kurulu kararıyla birlikte Tahkim Kuruluna götürülebileceği de belirtilmiştir.

Sonuç olarak kanaatimizce Kurulun biri yargılama biri rapor hazırlamak olmak üzere iki ayrı görevi vardır. Etik değerlerin ihlali incelemesi bakımından yargılama işi yaparken, şike ve teşvik primi bakımından Kurulun görevi yargılama işi değildir.

C. KULÜP LİSANS KURULU (KLK)

TFF Kulüp Lisans Kurulu, TFF Kulüp Lisans Talimatı doğrultusunda başvuru sahibi bir kulübe lisans verilip verilmeyeceğine veya verilen lisansın geri alınıp alınmayacağına karar veren kuruldur.¹⁶ 5894 Sayılı Kanun'da ilk derece hukuk kurulları arasında sayılmıştır ve TFF Statüsünün 59. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“1. (29.06.2011 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Kulüp Lisans Kurulu, lisans için başvuran kulüplerin sunduğu bilgi ve belgeler çerçevesinde ve TFF kulüp lisans talimatı doğrultusunda başvuru sahibi bir kulübe lisans verilip verilmemesine, lisansın geri alınmasına ve kulüp lisans talimatında öngörülen cezaların uygulanıp uygulanmamasına karar verir.

2. Kulüp Lisans Kurulu değerlendirmelerini sportif, alt yapı, personel ve idari, hukuki ve mali kriterlere dayandırılır.

3. (29.06.2011 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Kulüp Lisans Kurulu, TFF Başkanının teklifi üzerine Yönetim Kurulu tarafından atanacak bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı ve üç 33/42 (3) asıl ve dört (4) yedek üyeden oluşur. Kulüp Lisans Kurulu üyelerinden en az bir tanesinin asgari beş (5) yıllık mesleki deneyime sahip hukukçu olması, bir tanesinin de işletme veya ekonomi alanında en az beş (5) yıllık mesleki deneyime sahip üniversite mezunu olması şarttır.

4. Kulüp Lisans Kurulunun görev süresi dört (4) yıldır. Bununla birlikte, TFF Yönetim Kurulunun görev süresi ile sınırlıdır.

5. Kulüp Lisans Kurulunun hiçbir üyesinin yerine, istifa etmediği veya çekilmiş sayılmadıkça yenisi atanamaz.

¹⁴Etik Kurulu Talimatı m. 6(6)

¹⁵Bazı yazarlara göre daha önceki düzenlemelere göre bu yetki TFF Yönetim Kurulun'daydı. **TUZCUOĞLU** Engin, “Şike ve Teşvikte Yetki”, www.sporhukuku.org.tr (Erişim Tarihi: 27.3.2016) . Yetkinin hukukçulardan oluşan bir kurul olmayan TFF Yönetim Kurulunda değil de hukukçulardan oluşan disiplin kurullarında olduğu yönündeki yorum daha doğrudur. **KÖSE** Hüseyin Alpay, “TFF'nin Şike ve Teşvik Primi Soruşturmasında Vereceği Muhtemel Kararlar ve Sonuçları, www.sporhukuku.org.tr, s. 5, Erişim Tarihi: 27.3.2016).

¹⁶**EKŞİ**, s. 236.

6. Kulüp Lisans Kurulu toplantı yeter sayısı üçtür. Kararlar toplantıda hazır bulunan üyelerin salt çoğunluğuyla alınır.

7. Kulüp Lisans Kurulu üyeleri üyelikleri süresince Genel Kurul delegesi olamazlar ve herhangi bir TFF kurul veya organında görev alamazlar. Kulüp Lisans Kurulu üyelerinin yeniden atanmaları mümkündür.

8. Kulüp Lisans Kurulu, çalışma usul ve esasları TFF Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan Kulüp Lisans Talimatında belirlenir.”

1) Kulüp Lisans Kurulunun Yapısı

Kulüp Lisans Kurulu başkan ve üyeleri de tıpkı diğer ilk derece kurul üyeleri gibi Federasyon Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile seçilir. Ancak diğer kurulların aksine, KLK üyelerinin Yönetim Kurulu tarafından seçilmesini adil yargılama bakımından sakıncalı bulmadığımızı belirtelim. Burada öncelikle tespit edilmesi gereken nokta, KLK'nın yaptığı işin bir yargılama işlevi olup olmadığıdır. Kanaatimizce KLK'nın görevleri arasında sayılan lisans adayı kulüplerin başvurularını incelemek ve ilgili kulübe lisans verilip verilmemesine karar vermek ve dahi kriter ihlalleriyle ilgili yaptırım kararlarını vermek, yargısal bir iş değil; idari bir iştir. Herhangi bir kulübün TFF'nin herhangi bir organına talebini bildirmesi ve bu talebin idari olarak reddedilmesi ile KLK tarafından bir kulübün lisans başvurusunun reddedilmesi arasında fark yoktur. Öte yandan KLK tarafından verilen kararın Tahkim Kuruluna götürülmesi sonrası, Tahkim Kurulu tarafından yapılan iş ise yargılama işidir. Hal böyle olunca Tahkim Kurulu bu kararlar bakımından, kanaatimizce, ilk derece yargı organı konumundadır. Ulaştığımız bu sonuca göre idari bir işlem tesis eden KLK'nın oluşumunda Yönetim Kurulunun söz sahibi olmasının adil yargılanma bakımından herhangi bir sakıncası da yoktur.

Kurul üyelerinin niteliklerine baktığımızda da; en az bir tanesinin beş yıllık deneyime sahip hukukçu olması gerektiği ve en az bir tanesinin de işletme veya ekonomi alanında en az beş yıllık deneyime sahip ve üniversite mezunu olması gerektiği belirtilmiştir. Yukarıdaki düşüncemize göre idari bir işlem tesis eden Kurulun üyelerinin nitelikleri de önemsizleşiyor. Ancak yine de yerinde karar verme adına en az bir tanesinin deneyimli hukukçu olması ve en az bir tanesinin deneyimli işletmeci veya ekonomi ile alakalı olması yerinde gözükmektedir. Dahası Kurul üyelerinin hepsinin hukukçulardan değil de, aralarından bazılarının hukukçu olmayan kimseler arasından seçilmesi de; KLK'nın bir yargı kurulu olmadığı savımızı da güçlendirir niteliktedir.

Kulüp Lisans ve Finansal Fair-Play Talimatının, Kulüp Lisans Kurulu Toplantıları, Kararları ve Üyelerinin Yükümlülükleri başlıklı 11. Maddesinin 6. Fıkrasında üyelerin nitelikleri sayılırken, Kanuna ve Statüye uygun olarak üyelikleri süresince Genel Kurul delegesi olamayacakları ve herhangi bir TFF kurul veya organında görev alamayacakları belirtilmiştir.¹⁷ Bunun yanında ek olarak TFF'ye

¹⁷Kulüp Lisans ve Finansal Fair Play Talimatı madde 11/6: “Üyeler, üyelikleri süresince Genel Kurul delegesi olamazlar ve herhangi bir TFF kurul veya organında görev alamazlar; görevleri sırasında TFF'ye bağlı herhangi bir üye veya kulüp için çalışamazlar. Üyeler, görevleri ile ilgili sorumluluklarını yerine getirirken tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde çalışmakta yükümlüdürler. Üyelerin; kendileri, eşleri, anneleri, babaları, çocukları veya kan ve kayın ikinci derece hisimleri, lisans adayının; üyesi, hissedarı, iş ortağı, sponsoru, danışmanı ise veya her ne suretle olursa olsun lisans adayı ile bir çıkar ilişkisi söz konusuysa o üye müzakere ve oylamadan çekilmek zorundadır.”

bağlı herhangi bir üye veya kulüp için çalışmayacakları yönünde bir yükümlülükte getirilmiştir.

2) Kulüp Lisans Kurulunun Kararları

Kulüp Lisans Kurulu kararlarını üye tam sayısının salt çoğunluğu karar alır ve eşitlik durumunda Başkanın oyu belirleyici olur. Herhangi bir üyenin çıkar çatışması veya bağımsızlığının yitirildiği gerekçesiyle reddi oylamasında da aynı usul takip edilir.

Kurulun kararlarına karşı 7 gün içinde Tahkim Kurulu'na itirazda bulunulabilir. İtiraz etme hakkı lisans adayı, lisansı Kurul tarafından geri alınan lisans sahibi veya TFF Hukuk Müşavirliği'ndedir. Aynı şekilde üye red talepleriyle ilgili verilecek olan kararlar dahi Tahkim Kuruluna götürülebilir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, biz, Tahkim Kurulunu KLK'nın kararlarına karşı bir temyiz mercii değil, ilk derece yargı merci olarak görüyoruz.

D) UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM KURULU

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu TFF Kanunu'na, FİFA'nın 2005 yılından itibaren başlattığı, ulusal federasyonların FIFA kurallarıyla uyumlu hale getirilmesi çalışmasının etkileri ile 2007 yılında yapılan bir değişiklikle eklenmiştir.¹⁸ Buna göre Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, 5719 sayılı Kanun ile 3813 sayılı TFFKGHK'na eklenen 12A maddesinde düzenlenmiştir ve kulüpler ile kulüpler; kulüpler ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, masörler ve müsabaka organizatörleri ve oyuncu temsilcileri ile futbolcular, teknik direktörler, antrenörler arasında sözleşmelerden doğan ve futbolla ilgili olan uyuşmazlıkları tarafların başvurusu üzerine münhasıran yetkili olarak incelemeye ve karara bağlamaya yetkiliydi ve Kurulun kararlarına karşı Tahkim Kuruluna başvurulabiliyordu.

Bu düzenlemeden önce sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıkları TFF yönetim kurulu karara bağlıyordu ve bu kararlara karşı TFF tahkim kuruluna itiraz ediliyordu.¹⁹ Ancak yönetim kurulu, genellikle futbol kulüplerinin temsilcilerinden oluştuğu ve hukukçu olma şartı olmadığı için yargısal nitelikteki bir işi karara bağlaması ve dahası hem icra hem yargı organı sıfatının yönetim kurulunda birleşmesi adil yargılanma hakkı bakımından uygun değildi.²⁰ Bu sebeple uluslararası yapıldakine benzer şekilde sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları çözmek için ayrı bir kurul ihdası olumlu bir gelişme olmuştur.²¹

TFF bünyesine 2007 yılında giren UÇK'nın macerasını üç bölüme ayırabiliriz. UÇK, 2007-2011 yılları arasında sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları çözmek için münhasıran yetkili kurul haline gelmişti ve bu süreçte bu tip uyuşmazlıklar için

¹⁸ÜNLÜ Taner, Futbol Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Ömer Remzi Anıkan Armağanı Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013, s. 815.

¹⁹HÜRMÜZ Peyman, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Yolu, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Akın Ataksoy Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2015, s. 513. GÜRTEN Kadir/BAŞTÜRK Faruk, Futbolda Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mercii Sorunu, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu İsmail İnan Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013, s. 402,403. TÜRKKAN, s. 773.

²⁰ÜNLÜ, s. 816.

²¹EKŞİ, s. 247; ÜNLÜ, s. 816.

mahkemelerde dava açmak mümkün değildi.²² Bundan sonra da 2011 yılında TFF Statüsü'nün 55. Ve 56. maddelerinde değişiklik yapılmış ve daha önce UÇK'nın münhasır olan yetkisi ikiye bölünmüş ve UÇK 2011- 2015 döneminde bazı konular için zorunlu tahkim niteliği taşıırken, bazı konular için de ihtiyari tahkim niteliğinde bir kurul haline gelmiştir. UÇK bu dönemde, sportif cezalarla yetiştirme tazminatından doğan uyuşmazlıklar bakımından hala münhasır yetkili iken; diğer bütün sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından tarafların yetkisini kabul edip etmemesinde göre ihtiyari nitelik taşıyan bir tahkim niteliği görmüştür.²³ Bu dönemde tarafların UÇK'nın yetkisini kabul etmesi ihtilaftan sonra yazılı olarak kabul etmesi arandığı için, sportif sözleşme uyuşmazlıkları daha çok adli yargıya taşınmıştır.²⁴

UÇK'nın son duruma baktığımızda ise, 25.6.2015 tarihli TFF Genel Kurul kararı ile değiştirilen TFF Statüsü 55 ve 56. Maddeler ile buna paralel olarak yürürlüğe konan 1.8.2015 tarihli Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı²⁵ ile 2011 yılından önceki durumuna geri döndüğünü söyleyebiliriz.

1) Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yapısı

TFF Statüsününün 55. Maddesine göre:

“1. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu;

a) TFF Yönetim Kurulu'nun belirlediği beş (5) kişilik Başkanlar Kurulu ile

b) Kulüpler Birliği Vakfı'nın, Profesyonel Futbolcular Derneği'nin ve Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği'nin bildireceği ve TFF Yönetim Kurulu'nun kabul edeceği hakemlerden oluşur. Kulüpler Birliği Vakfı, Profesyonel Futbolcular Derneği ve Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği, en fazla yirmi beşer (25'er) hakem adayı bildirebilir;

2. Başkanlar Kurulu, TFF Başkanı'nın teklifi ve TFF Yönetim Kurulu'nun onayı ile atanacak beş (5) asıl ve beş (5) yedek üyeden oluşur. Ölüm, istifa ve başka nedenlerle oluşan boşalmalarda boşalan görev için TFF Yönetim Kurulu, aynı usulle atama yapabilir.

3. Başkanlar Kurulu ile hakemlerin, en az beş (5) yıllık mesleki deneyime sahip hukukçu olmaları zorunludur.

4. Başkanlar Kurulu ve hakemlerin görev süresi; TFF Yönetim Kurulu'nun görev süresi ile sınırlıdır.

5. Başkanlar Kurulu ve hakemler görevlerinde bağımsızdır. TFF Yönetim Kurulu, Denetleme Kurulu ile diğer kurul ve yan kurullarında görev yapanlar veya futbol kulüplerinde aktif görevde bulunanlar (profesyonel futbol kulüplerinin seçilmiş

²²EKŞİ, s. 247.

²³UÇK'nun 2011-2015 yılları arasındaki yapısı hakkında geniş bilgi için bkz. EKŞİ, s. 246-328.

²⁴TÜRKKAN, s. 773.

²⁵İlgili talimata iptal davası açılmış ve yürürlüğü durdurulduktan sonra davadan feragat edilmiştir. EKŞİ, s. 330.

veya atanmış kurullarında görev alanlar da dâhil olmak üzere) ile profesyonel futbolcular, teknik adamlar, sağlık ekibi, futbol menajerleri, müsabaka organizatörleri Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Başkanlar Kurulu üyeliği yapamaz veya hakem listesinde yer alamazlar.

6. TFF Yönetim Kurulu; FIFA, UEFA ve TFF'nin talimat ve düzenlemelerini ihlal eden veya TFF'nin saygınlığını zedeleyen Başkanın veya hakemin, süreli veya süresiz olarak görevden alınmasına karar verebilir.”

Görüldüğü üzere Uyuşmazlık Çözüm Kurulu asıl olarak iki başlı bir tahkim merciidir. TFF Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulu'nun onayı ile 5 asıl ve 5 yedek üyeden oluşan bir başkanlar kurulu ile birlikte, çeşitli kurumların seçtiği hakem heyetinden oluşmaktadır. Öncelikle hakemlerin futbolun değişik aktörlerinin kurmuş oldukları sivil toplum örgütleri tarafından seçilmesi(Kulüpler Birliği Vakfı, Profesyonel Futbolcular Derneği, Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği) çeşitlilik ve adaleti sağlamak amacıyla olumlu bir tutumdur. Ancak, UÇK'nun görevlerinin sayıldığı maddede, uyuşmazlık konusu sözleşmelerin özneleri arasında, sadece bu dernek veya vakıfların temsil ettiği spor adamları veya kulüpler değil, aynı zamanda futbolcu veya antrenör menajerleri de bulunmaktadır. Bu bağlamda ilgili kişileri temsil eden topluluklar tarafından seçilen hakemlere de yer verilmesi daha olumlu olacaktır.²⁶

Başkanlar Kurulu asil ve yedek üyeleri ile toplam 10 kişiden oluşabilecek ve hakem listesinde her bir kurumun seçeceği en fazla 25 hakem olabilecektir. Görüldüğü üzere UÇK en fazla 85 kişiden oluşan bir sistemdir. Bu kişilerin mesleklerinde en az 5 yıllık deneyime sahip hukukçulardan oluşması olumlu bir özelliktir. Burada hukukçu vasfının elde edilmesi için, hukuk fakültelerinden mezun olmuş olması gerektiğini düşünmekteyiz. Örnek vermek gerekirse işletme mezunu bir idari hâkimin hukukçu sıfatını kazanamayacağını ve dolayısıyla beş yıllık tecrübesi olsa dahi UÇK Başkanlar Kurulu'na veya hakem listesine seçilemeyeceğini düşünmekteyiz. Diğer yandan beş yıllık tecrübe kıstasına göre kişinin avukat, hâkim-savcı, akademisyen, bürokrat veya hukukla ilgili bir meslekte sırf hukukçu kimliğine haiz olduğu için çalışması gerekmektedir. Yani kişi hukuk fakültesi mezunu olsa ve hukukçu sıfatını kullanmadan bir meslekte beş yıl veya daha fazla tecrübesi olsa dahi, seçilme kıstaslarını yerine getirmiş sayılmayacaktır.

Başkanlar Kurulu ve hakemlerin görev süresinin yönetim kurulunun görev süresiyle sona ermesi, kanaatimizce, yanlış bir uygulamadır. Düşünce olarak yönetim kurulu ile diğer kurulun yeknesaklık içinde çalışması öngörülse bile, bu adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı bir durum oluşturur. Zira değişen yönetimlerin hukuk kurullarını da kendisiyle beraber değiştirmesi ve aralarında seçilen- seçen ilişkisinin doğuracağı bir tutumun oluşması dahi tehlikelidir. Kaldı ki, sadece başkanlar kurulunu yönetim belirlemekte, diğer hakem listesini kurumlar oluşturmaktadır. Hal böyle olunca kurumların zaten seçmiş oldukları hakemleri, her yönetim kuruluyla değiştirmeleri abesle iştigaldir. Bunun yerine her üyenin veya genel olarak uyuşmazlık çözüm kurulunun belirli bir görev süresi olacağını ve bu

²⁶Önceki düzenlemede UÇK'nın hakem heyetini belirlemede yetkili olan kuruluşlar şunlardır: Süper Lig Kulüpler Birliği Vakfı, Tüzel Kişiliğe Sahip 1. Lig, 2. Lig, ve 3. Lig Kulüp Birlikleri, Profesyonel Futbolcular Derneği, Türkiye Futbol Antrenörleri Derneği, Barolar, Üniversitelerin Hukuk Fakülteleri.

sürenin sonunda yeniden seçilme veya atama yapılacağını belirlemek daha doğru bir uygulamadır.

2) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararları

2015 değişikliğinden sonra Uyuşmazlık Çözüm Kurulu 2011'den önceki durumuna geri dönmüş ve futbolla alakalı sözleşmelerden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığı çözmek için münhasıran yetkili hale gelmiştir. TFF Statüsü'nün Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Görev ve Yetkileri başlıklı 56 maddesi şu şekildedir:

“1. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.

a) Kulüpler,

b) Kulüpler ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, futbol menajerleri, futbol menajerleri ile futbolcular, profesyonel teknik adamlar, antrenörler, arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceler ve karara bağlar. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Hakem Heyeti tarafından verilen kararlar, Tahkim Kurulu'na itiraz edilmemesi ya daitiraz üzerine verilen Tahkim Kurulu kararı ile kesinleşir

2. Uyuşmazlıklar, tarafların seçeceği veya seçilmiş sayılacağı iki hakem ile Başkanlar Kurulu'ndan bir Başkan'dan oluşan Hakem Heyeti tarafından incelenip karara bağlanır. Hakem Heyeti, uyuşmazlıkta haklı olan tarafın varsa vekili için, resmi ücret tarifesine göre Asliye Mahkemelerinde takip edilen davalar için uygulanan maktu avukatlık ücreti kadar vekâlet ücretine hükmeder.

3. Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına ilişkin hususlar Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan talimat ile belirlenir.”

2011-2015 arasında uygulanan sistemin aksine, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu bundan sonra zorunlu tahkim haline getirilmiştir. Böyle bir uygulamanın amacı uluslararası futbol otoritelerinin benimsediği futbolla ilgili sorunların futbol ailesi içinde çözülmesi anlayışıdır.²⁷ Ancak biz bu düzenlemenin Anayasa'nın 59. Maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.²⁸ Zira Anayasa'nın 59. Maddesinde sadece sporun yönetimine ve disiplinine ilişkin kararların zorunlu tahkim yoluyla çözümleneceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla zorunlu tahkime götürülebilecek konular açıkça belirtilmiştir. Sözleşmelerin bir düzen ve intizam içinde bulunması bir yönüyle sporun disiplinine ilişkin olabilir. Ancak bu sözleşme serbestisi ve hak arama özgürlüğü yanında çok küçük kalan bir detaydır. Sözleşmelerle alakalı uyuşmazlıklarda zorunlu tahkimin mecbur kılınması ve kişinin hakkını genel adli mercilerde aramasının önüne geçilmesinin, sporun yönetimi, disiplini veya kendine has özellikleriyle ilgisi yoktur. Diğer yandan kişilerin adil yargılanma hakkının da kısıtlanması manasına gelir.

Sonuç olarak Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun zorunlu tahkim uygulaması

²⁷GÜRTEN/BAŞTÜRK, s. 402.

²⁸Benzer görüş için bkz. EKŞİ, s. 339.

ve Kurulun kararlarına karşı sadece Tahkim Kuruluna gidilebilmesi ve adli yargı mercilerine gitme imkânının kapatılması kişilerin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bakımından uygun değildir. Kanaatimizce Kurulun yetkisi ihtiyari olmalıdır ve yargı yetkisi tarafların iradelerine bırakılmalıdır.

Son olarak profesyonel hakemlik uygulamasına geçtiğimiz bu günlerde, sözleşmeli bir profesyonel hakem ile TFF veya MHK arasında sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıkları çözmek de Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun görevleri arasında sayılmalıdır.

III. TAHKİM KURULU

Tahkim, tarafların anlaşması ile Devletin elinde bulunan yargı tekelinin özel kişilere verilmesi ve bu uyuşmazlıkların özel kişilerce çözümlenmesidir.²⁹ Spor yargılamasında hem uluslararası hem de ulusal olarak başvuru olan tahkim, mecburi hale getirildiğinde zorunlu tahkim; mecburi değil de tarafların rızalarına bırakılırsa ihtiyari tahkim olur. Ülkemizde de sporun yönetimine ve disiplinine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkim usulü hem futbol hem de diğer sporlar bakımından zorunlu tahkimdir.

5894 sayılı Kanununun 6. Maddesinde düzenlenen Tahkim Kurulu TFF'nin en üst düzey hukuk kuruldur. Tahkim Kurulu, ilk derece hukuk kurullarının verdiği kararları ve diğer TFF organlarının hukuki sonuç doğuran kararlarını üzerinde temyiz incelemesi yapan kuruldur.³⁰ Tahkim Kurulu kararlarının kesin ve nihai olması ve Kurulun Federasyon içindeki konumu eleştirilen konular arasındadır.

A. Tahkim Kurulunun Yapısı

TFF Statüsünün Tahkim Kurulunun düzenleyen 61. Maddesi şu şekildedir:

“1. Tahkim Kurulu, Federasyon Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile en az beş yıllık meslekî tecrübeye sahip hukukçular arasından seçilecek bir Başkan ve altı asil ve altı yedek üyeden oluşur. Üyelerin belirlenmesinde FIFA ve UEFA'nın kuralları esas alınır.

2. Tahkim Kurulunun görev süresi, Federasyon Yönetim Kurulunun görev süresi kadardır. Üyeler kendi aralarından bir başkan vekili ve bir raportör seçer.

3. (29.06.2011 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Spor federasyonlarının veya spor kulüplerinin kurullarında görev alanlar bu görevlerinden istifa etmedikçe ve ceza veya disiplin kurullarınca altı aydan fazla ceza alanlar Tahkim Kurulu üyeliği yapamazlar.

4. Kurul, görevinde bağımsızdır. Üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yeni üye görevlendirilemez. Herhangi bir nedenle boşalan asil üyeliğe, yedek üyeler sırasıyla görevlendirilmiş sayılır. Bu fıkra

²⁹TÜRKKAN, s. 776.

³⁰AYANOĞLU, s. 58.

uyarınca seçilen yedek üyeler, kalan süre kadar görev yapar.

5. Kurulun toplantı yeter sayısı beştir. Kararlar toplantıda hazır bulunan üyelerin oy çokluğu ile alınır. Oyların eşitliği hâlinde Başkanın oyu belirleyicidir.

6. Tahkim Kurulu, kendisine intikal eden konular hakkında ilgililerden görüş, bilgi ve belge ister; gerekli delilleri toplar. Lüzum gördüğü takdirde, ilgilileri davet ederek dinleyebilir.

7. Tahkim Kurulu, çalışmalarını, TFF Statüsü hükümleri ile FIFA ve UEFA kurallarına ve yargılamaya ilişkin kanunların ilgili hükümlerine göre yapar ve inceleme sonunda başvuru konusu talebin kısmen veya tamamen kabulü veya reddi ya da değiştirilerek kabulüne karar verir.

8. Kararlar Federasyon Başkanı ve Genel Sekreter tarafından uygulanır.

9. Tahkim Kurulunun çalışma esas ve usulleri Yönetim Kurulu tarafından çıkarılacak bir talimatla belirlenir.”

TFF Tahkim Kurulu Talimatı 2008’in 3. Maddesi de paralel şekilde düzenlenmiştir. Buna göre Tahkim Kurulunun üyeleri de diğer hukuk kurulunun üyelerini olduğu gibi Başkanın teklifi üzerine TFF Yönetim Kurulu tarafından seçilir. Seçilen üyelerin en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçular olması gerekir. Burada da hukukçuluk kelimesinden anlaşılması gereken, tıpkı diğer hukuk kurullarında olduğu gibi, hukuk fakültesi mezunu olmuş olmaktır.³¹ Beş yıllık tecrübe ise hukukçuluk vasfının kullanıldığı herhangi bir meslekte icra edilirken geçirilen süre olması gerekir.³² Diğer yandan Tahkim Kurulu Talimatı m. 3/1’de “beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukuk fakültesi mezunları” ibaresi geçmektedir.³³ Statü ve talimatlar arasındaki bu farkın her hukuk kurulu için ortadan kaldırılması ve toptan bir yeknesaklık sağlanması gerekir.

Kurulun görev süresi Yönetim Kurulunun görev süresiyle sınırlıdır. Yani Yönetim Kurulunun görev süresinin bitimiyle Kurulun görevi de otomatikman sona erecektir. Diğer hukuk kurullarının oluşumunu anlatırken yaptığımız açıklamalarda da olduğu gibi, bu sınırlamanın manasız olduğunu düşünüyoruz. Yönetim Kurulu ile diğer idari kurulların uyumlu bir şekilde çalışması düşünülebilir ve yan kurullar için böyle bir sınırlama getirilmesi anlaşılabilir. Ancak yargı işlevi gören hukuk kurullarının üyeleri için böyle bir sınırlama getirmek hem anlamlı değil, hem de adil yargılanma hakkını zedeleyen bir durumdur. Zira bu kurullar yeri geldiğinde Yönetim Kurulu üyeleri hakkında dahi kararlar verebilir. Dolayısıyla uyumlu çalışma gibi bir durumun söz konusu olmaması gerekir. Sonuç olarak tüm hukuk kurulları için geçerli olacak şekilde, üyelerin görev sürelerinin Yönetim Kurulunun görev süresi ile sınırlı

³¹Aksi görüş için bkz. ARTUÇ Mustafa, Spor Tahkim Kurulları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 872. Yazar, hukuk fakültesi mezunu olmadığı halde idari yargı hâkimliği yapan bir kimsenin hukukçu sayılması gerektiğini düşünmektedir.

³²TFF Tahkim Kurulunun aksine, Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulunda hukukçuların yanı sıra spor alanında bilimsel çalışma yapmış kişiler de üye seçilebiliyor. Biz bu durumun yargılama yapan bir kurum için doğru olmadığı kanısındayız.

³³Tahkim Kurulu Talimatı madde 3/1: “Tahkim Kurulu, Federasyon Başkanının teklifi ve Yönetim Kurulunun kararı ile en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip Hukuk Fakültesi mezunları arasından seçilecek bir Başkan ile altı asıl, altı yedek üyeden oluşur. Kurul, ilk toplantısında asıl üyeler arasından bir Başkan Vekili ve bir Raportör seçer. Başkan ve Başkan vekilinin yokluğu halinde, kurula en yaşlı üye Başkanlık eder.”

tutulmasını doğru bulmuyoruz. Kaldı ki maddenin diğer bir fıkrasında da, Kurulun çalışmasında bağımsız olduğunu ve hiçbir üyenin yerine, kendisi çekilmediği ya da çekilmiş sayılmadığı sürece yeni bir üyenin atanamayacağı belirtilmiştir. Görev süresi illaki sınırlandırılmak isteniyorsa da, bu belli bir yıl olarak düzenlenmeli ve Yönetim Kurulu ile alakası olmamalıdır.

Spor federasyonları veya spor kulübü üyesi olan kişilerin kurullarında görev alanların bu görevlerinden istifa etmedikçe Tahkim Kurulu üyeliği yapamazlar şeklinde hüküm olumlu olsa da eksiktir. Amaçlanan belli ki, Tahkim Kurulunun tarafsızlığını sağlamaktır. Ancak daha önce herhangi bir spor kulübünün kurullarında görev almış, bir futbol takımına aidiyeti ile bile bilinen bir kimsenin, kendi kulübünden istifa etmesi durumunda Tahkim Kuruluna üye seçilebilmesi, kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Bu durum daha önce görev aldığı kulübün disiplin veya uyuşmazlık dosyası önüne gelecek olan Kurul üyesinin tarafsızlığına açık bir şekilde gölge düşürecektir. Tahkim Kurulu üyeleri ve ilk derece hukuk kurulları üyeleri belirlenirken daha önce hiçbir kulüple organik bağı olmayan hukukçular tercih edilmelidir. Hatta konuyu biraz daha ileri taşımak adına, kamuoyuna mal olmuş bazı sportif davalara avukat olarak katılan kimselerin dahi bu tip üyeliklere seçilmemesi gerekir. Aksi bir tutum sadece ilgili kurulun değil TFF'nin tarafsızlığına gölge düşürecektir. Seksenden fazla hukuk fakültesinde sahip ülkemizde, bu niteliklere sahip birkaç tane hukukçu bulmak herhalde zor olmasa gerekir. Ancak ülkemizde spor hukuku dünyası hala çok küçük ve halen beklenen ilgiyi tam olarak görmediği için, aynı kişilerin sürekli spor federasyonlarında ve kurullarında ve spor kulüplerinde görev alması da kaçınılmaz oluyor.

Tahkim Kurulunun kendisine intikal eden dosyalar hakkında her türlü görüş bilgi, belge ve gerekli delilleri istemesi ve lüzum görmesi halinde ilgilileri davet ederek dinlemesi, yargılama işi yapan bir Kurul için olumlu bir durumdur.

B) Tahkim Kurulunun Hukuki Statüsü

Tahkim Kurulunun hukuki statüsünün ne olduğu yönünde doktrinde birkaç farklı görüş mevcuttur. Bu görüşler Kurulunun bir yargı mercii mi yoksa idari mercii mi olduğu tartışması etrafındadır. Baskın görüşe göre, Tahkim Kurulu bir yargılama merciidir ve verdiği kararlar da yargı kararı niteliğindedir. Zira Tahkim Kurulu kararları kesindir ve aleyhinde hiçbir yargı veya idari merciiye başvurulamaz. Bu Anayasanın 59. Maddesinde ve ilgili Kanunlarda da sabittir.³⁴

Aksi görüşlere göre ise Tahkim Kurulunun TFF içerisindeki yapılanması ve oluşumu onun bir idari mercii olduğunu gösterir. TFF yurt içi ve yurt dışında teşkilatlanmış bir yapı ve hukuk kurullarının da bu idari teşkilat içinde yapıldığı belirtilmektedir. Hâlbuki yargılama işi Anayasamıza göre bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilir. Diğer yandan Tahkim Kurulunun Yönetim Kurulu tarafından seçilmesi ve görev süresinin dahi Yönetim Kurulunun görev süresiyle sınırlı olması da onun bağımsız bir yapısı olmadığı ve Federasyon idari teşkilatlanmasının

³⁴KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2001/2, s. 142. AKİL Cenk, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Niteliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3 s. 392-396.

bir parçası olduğunu gösterir.³⁵ Ayrıca Tahkim Kurulu kararlarının kesin olduğu ve aleyhinde herhangi bir yargı yoluna gidilemeyeceği hükmü de Tahkim Kuruluna yargısal organ niteliği kazandırmaz. Zira her kesin karar yargı kararı değildir. Tahkim Kurulu kararlarının kesin olmasını idari kesinlik olarak anlamak gerekir ve yargı yoluna da gidilebilmelidir.³⁶

Diğer bir görüşe göre spor federasyonlarının disiplin ve yönetime ilişkin verdikleri kararları yargılamak için kurulan tahkim kurullarının teknik anlamda tahkim ile hiçbir ilgisi yoktur. Tahkimin en önemli unsuru olan “iradilik” unsuru zorunlu tahkime uygulamasında bulunmuyor. Ayrıca tahkim usulünde uyuşmazlığın “özel kişilerce çözümlenmesi” özelliği de spor tahkim kurullarının gerçek anlamda tahkim olmadığını ve yargılama faaliyetinde bulunmadığını gösteriyor.³⁷

Biz spor tahkim kurullarının görevlerinin bir yargılama faaliyeti olduğunu ve niteliklerinin de yargı organı niteliğini taşıdığını düşünüyoruz. Anayasa m. 59’da sporun disiplinine ve yönetimine ilişkin verilen kararların aleyhine karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulacağı belirtilmiştir ve ilgili kanunlarda da aynı yönde hükümler bulunur. Görüldüğü üzere anayasa koyucu tarafından bu tip uyuşmazlıklar bakımından tahkim kurulları yargılama merci olarak düşünülmüştür. Ayrıca tahkim kurullarının idari teşkilat içinde yer alması onların kararlarının niteliğini illaki de idari karar olarak nitelendirmeye bir gerekçe değildir. Sonuç olarak tahkim kurullarının görevi ortada bulunan bir uyuşmazlığı çözüp karara bağlamaktır ve kararları da hukuki sonuç doğurur.³⁸

Şurası kesindir ki, TFF Tahkim Kurulunun seçim usulü bir yargı organında kabul edilemeyecek bir usuldür. Yukarıda da değinildiği üzere muhtemel faillerin kendi hâkimlerini seçmesi gibi bir durum yargılama hukukunda kabul edilemeyecek ağırlıkta bir hatadır. Ancak bu Tahkim Kurulunun bağımsız bir şekilde yapılanmamasından kaynaklanıyor. Bizim bu konudaki önerimiz; Türk spor hukukundaki iki tahkim kurulunun birleştirilip, hakemlerinin seçilme usulünde objektif kıstasların uygulanması, bütçesinin federasyonlardan veya Spor Genel Müdürlüğünden tamamen ayrı olması ve kalem ve sekretarya hizmetlerinin de kendi personeli tarafından yapılması şeklinde yeni bir hakem mahkemesi kurulmasıdır.³⁹ Uluslararası Spor Tahkim Mahkemesinin (CAS/TAS) yapılanmasına benzer şekilde olacak olan bu Tahkim Mahkemesi, tahkim kurullarının şu anki pozisyonundan çok daha adil ve objektif kararlar verecek nitelikte olacaktır. Adil yargılanma hakkı bakımından da daha uygun olacağı su götürmez bir gerçektir.

C) Tahkim Kurulu Kararları

TFF Statüsününün 62. Maddesinde Tahkim Kurulu’nun görevleri şu şekilde sayılmıştır:

“1. Tahkim Kurulu, aşağıdaki karar ve düzenlemelere ilişkin uyuşmazlıkları ilgililerinin başvurusu üzerine inceleyerek kesin olarak karara bağlar:

³⁵AYANOĞLU, s. 57.

³⁶AYANOĞLU, s. 66.

³⁷ÖZTÜRK Burak, İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011, s. 621.

³⁸Aynı yönde bkz. AKİL, s. 393.

³⁹KÖSE Hüseyin Alpay, Türk Spor Tahkim Mahkemesi (Projesi), www.sporhukuku.org (Erişim Tarihi: 28.3.2016)

- a) *Federasyon ile kulüpler, hakemler, futbolcular, teknik direktörler, antrenörler, oyuncu temsilcileri, sağlık personelleri ve diğer yetkililer hakkında Yönetim Kurulu tarafından verilen kararları,*
- b) *(29.06.2011 tarihli Genel Kurul kararı ile değişik) Amatör ve Profesyonel Futbol Disiplin Kurullarının kararları,*
- c) *Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları,*
- d) *Kulüp Lisans Kurulu kararları,*
- e) *Etik Kurulu kararları,*
- f) *Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ve talimatları uyarınca nihai karar verme yetkisine sahip diğer kurulların verdikleri hukuki sonuç doğuran kararları,*
- g) *Yönetim Kurulu tarafından çıkarılan talimatları.*

2. *Yukarıda sayılan hususlar hakkında Tahkim Kurulu'na başvuruda bulunmak isteyen taraf, ilgili kararın kendisine tebliğini veya talimatın yayımını takip eden yedi gün içinde yazılı olarak başvurusunu gerçekleştirmek zorundadır.*

3. *Tahkim Kurulu kararları kesin ve nihaidir. İdari veya yargısal makamların onayına tabi olmadığı gibi, bu kararlara karşı idari veya yargısal makamlara başvurulamaz.*

TFF Tahkim Kurulu Talimatının 2. maddesi de Kurulun görevlerini buna paralel olarak tekrarlamıştır. Kurul başvuru ve itirazın kısmen veya tamamen kabulüne veya reddine ya da başvuru veya itiraz konusu kararın değiştirilerek karara bağlanmasına hükmedebilir.⁴⁰

Anayasanın 59. Maddesinde değişiklik yapılmadan önceki süreçte, 5894 sayılı Kanun'un m. 6/4 hükmünde Tahkim Kurulunun vermiş olduğu kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı düzenlenmişti. Ancak ilgili hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.2011 tarihli kararıyla Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Kararda özet olarak Tahkim Kurulunun kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı yönündeki hükmün, hak arama özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olduğundan bahsedilmiştir.⁴¹ Daha sonra 17.3.2011 tarihinde Anayasa'nın 59. maddesine 6214 sayılı Kanunun birinci maddesiyle şu fıkra eklenmiştir: "*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*" Görüldüğü üzere Tahkim Kurullarının sporun yönetimine ve disiplinine yönelik olarak vermiş oldukları kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı anayasal bir zemine oturtulmuş⁴² ve bu yöndeki tartışmaları kesin olarak bitirmiştir.

⁴⁰AKİL, s. 387.

⁴¹AYM, E. 2010/61, K. 2011/7, T. 6.1.2011.

⁴²ARTUÇ, s. 869.

Sonuç olarak spor tahkim kurullarının sporun disiplinine ve yönetimine yönelik vermiş olduğu kararlar kesin ve nihaidir.

Spor müsabakalarının sağlıklı ve adaletli bir şekilde yapılması ve organizasyonların askıda kalmaması adına, sporcuların disiplin yargılamaları hızlı bir şekilde yapılmalıdır. Aynı şekilde sporun yönetimine ilişkin verilen kararların müsabakalara ve ilgili sporun geneline uygulanması da sürat isteyen bir durumdur. Bu sporun kendine has durumundan kaynaklanmaktadır ve Anayasa m. 59'da spor yargılamaları için münhasıran öngörülen tahkim usulü de bu hız ve sürati, olağan yargılama mercilerine göre daha iyi sağlamaktadır. Dolayısıyla biz Anayasanın ilgili maddesini ve genel olarak sporun yönetimi ve disiplini için tahkime başvurma usulünü, kişilerin adli veya idari yargı yerlerinde dava açma ve hak arama özgürlüğünü engellediğini düşünmemekteyiz. Ancak diğer taraftan futbolda sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun kararlarına karşı temyiz incelemesi yapan Tahkim Kurulunun, bu yetkisinin münhasır ve kesin olmasını adil yargılanma hakkı bakımından kabul etmek mümkün değildir. Zira futbolcu sözleşmelerinin diğer hukuk sözleşmelerinden bir farkı yoktur ve bu uyuşmazlıkların sporun yönetimi ve disiplini gereğinden olduğu savıyla zorunlu tahkime tabi tutmak hak arama özgürlüğünün ihlali olur.

IV. SONUÇ

Türkiye Futbol Federasyonu hukuk kurulları futbolun hukukunu ve adaletini sağlamak adına önemli görevleri yerine getiren kurullardır. Bu kurulların oluşumunun adil yargılanma bakımından gözden geçirilip objektif ve tarafsızlık özelliği ön plana çıkacak şekilde yeniden tasarlanmalı ve futbol kamuoyundaki etkili veya etkisiz tüm figürlerin içine sinecek şekilde yeniden yapılandırılmalıdır. Kurullar üzerindeki büyük kulüpler hegemonyasına son verilmeli tam bir tarafsızlık sağlanarak üye atamaları yapılmalıdır. Özellikle üst derece hukuk kurulu olan Tahkim Kurulu için bu durum çok daha hassas bir nitelik taşır. Bu nedenle Tahkim Kurulunun Federasyonun örgütlenmesi içinden çıkarılıp tamamen idari, yargısal ve ekonomik bağımsızlığa kavuşturulması gerekir.

İlk derece hukuk kurullarının sporun yönetimi ve disiplinine yönelik kararları bakımından Tahkim Kuruluna yapılan başvurular sonucunda verilen Tahkim Kurulu kararlarının kesin olması anayasal bir gerekliliktir. Bu kural; Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 35. maddesi ve uluslararası bir insan hakkı olarak adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6) ile eşit seviyededir. Bu nedenle anayasa koyucunun takdir yetkisinde olan bu kuralın genel olarak futbol dünyasının menfaatine olduğu ve bu sebeple adil yargılanma hakkıyla bir çatışma içerisinde olmadığını düşünüyoruz. Anayasanın lafzına bu kadar takılı kalmak aşırı pozitivistlik olarak eleştirilse de, bu konudaki çok net ve açık olan hükümler karşılığında başka türlü yorum yapmak çok doğru değildir.

KAYNAKÇA

AĞAR Serkan, Türk Spor İdaresinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun Yeri ve İşlevi, TBBD 2006, Mart-Nisan, s. 306.

AKİL Cenk, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Niteliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 3.

ARTUÇ Mustafa, Spor Tahkim Kurulları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, Ekim 2014.

AYANOĞLU Taner, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği, TBBD 2008, S. 74.

EKŞİ Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 2015, İstanbul.

GÜRTEN Kadir/BAŞTÜRK Faruk, Futbolda Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mercii Sorunu, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu İsmail İnan Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013.

HÜRMÜZ Peyman, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargı Yolu, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. Akın Ataksoy Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2015.

KÖSE Hüseyin Alpay, "TFF'nin Şike ve Teşvik Primi Soruşturmasında Vereceği Muhtemel Kararlar ve Sonuçları, www.sporhukuku.org.tr, s. 5, Erişim Tarihi: 27.3.2016).

KÖSE Hüseyin Alpay, Türk Spor Tahkim Mahkemesi (Projesi), www.sporhukuku.org (Erişim Tarihi: 28.3.2016)

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2001/2.

ÖZTÜRK Burak, İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011

TUZCUOĞLU Engin, "Şike ve Teşvikte Yetki", www.sporhukuku.org.tr (Erişim Tarihi: 27.3.2016)

TÜRKKAN Adnan, Türkiye Futbol Federasyonu Hukuk Kurulları (Disiplin, Uyuşmazlık ve Tahkim Kurulları), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu İsmail İnan Armağanı, Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013

ÜNLÜ Taner, Futbol Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözümü, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu, Ömer Remzi Arıkan Armağanı Editör: Tacar Çağlar, Ankara 2013.



KAMU GÖREVİNİN USULSÜZ OLARAK ÜSTLENİLMESİ SUÇU

Ar. Gör. Selçuk KOCA*

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu “Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu”dur. Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabı’nın “Milletle ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısım’ında yer alan Birinci Bölüm’deki “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” arasında düzenlenmiştir. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile kamusal kurumların düzenli olarak işleyişi ve itibarına veya idari faaliyetleri yerine getiren süljelerin özgürlüğüne, itibarına, dürüstlüğüne, sadakatine ve tarafsızlığına yahut idarenin topluma sağladığı hizmetlere veya idarenin amaçlarına ulaşmak için kullandığı şeylere ilişkin ve devlete ait menfaatler korunmaktadır.¹ Bir başka ifadeyle bu suçlarla, sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyetleri değil, devlet, yasama, yargılama ve yürütme faaliyetiyle bir bütün olarak korunmuş, devletin faaliyetlerine zarar veren zaafa uğratan fiiller suç sayılmıştır.²

Kamu görevinin kurulup örgütlenmesi ve görevlilerin atama yöntemlerinin yasaya dayanması zorunludur (Anayasa m. 123/1, 128/2).³ Kamu görevlerine atama yapma ve unvan verme hakkı devlete ait bir ayrıcalık olduğundan bu görevlerin kanun ve nizamlara aykırı olarak gasbı ona karşı işlenmiş suçlardan birini oluşturur.⁴ Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi de bu doğrultuda suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır.

I. GENEL BİLGİLER

Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu, TCK m. 262’de tek fıkra halinde yer almaktadır. Söz konusu maddede, bir kamu görevini, kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Suç, mülga 765 sayılı kanunun 252. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmişti.⁵ Kanun, 765 sayılı kanundaki birinci ve ikinci fıkrayı aynı müeyyide hükmü altında tek fıkrada birleştirmiştir.⁶

*Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 274.

²SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, s. 730.

³YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 7938. GERÇEKER Hasan; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:2, s. 2813.

⁴ARTUK M. Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1095.

⁵765 sayılı TCK m. 252/1) Her kim mülki ve askeri memuriyetlerden birini hilafı nizam ifa veya ifaya teşebbüs eyerse üç aydan iki seneye kadar hapis ile mücazat olunur. 2) Aynı ceza memuriyetini terk ve tatil emri kendisine resmen bildirilmiş olduğu halde yine memuriyetinde devam eden memur hakkında üç aydan iki seneye kadar memuriyetten mahrumiyet cezasıyla birlikte hükümlenir. 3) Mahkeme bu baptağı ilam hülasasının masarifi mahkumdan alınmak şartıyla cürmün vukubulduğu veya mahkumun ikamet eylediği vilayet ceridelerinden biriyle neşir ve ilanını emredebilir.

⁶HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Milletle ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 104.

Mülga 765 sayılı kanundaki düzenleme, Zanardelli Kanunu'nun 185. maddesinin kısmen tekrarı niteliğindedir.⁷ İtalyan Ceza Kanunu suçu 347. maddede üç fıkra halinde düzenlemiş olup teknik olarak Zanardelli Kanunu'nun bir tekrarıdır diyebiliriz. Her iki kanun da bir kamu görevinin haksız olarak ele geçirilmesini, gasp edilmesini veya bırakılması emredilmiş olmasına rağmen devam edilmesini suç saymaktadır.⁸ Mülga kanun düzenlemesindeki ilk suç, kaynak kanundan ayrılarak, hilafı nizam "ifa eylemek" veya "ifaya teşebbüs eylemek" olarak ifade edilmiş, suçun hem tamamlanmış hem teşebbüs aşamasında kalmış hali aynı yaptırımı bağlanmıştır. Mevcut düzenlemede ise "yerine getirmeye teşebbüs etmek" denilmek suretiyle suçun tamamlanmasına gerek olmaksızın teşebbüs hali doğrudan yaptırımı bağlanmıştır. Bir Yargıtay kararında da, "suç, hukuka aykırı olarak, kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmek suretiyle oluşmaktadır" ve "suçun oluşması için göz önünde bulundurulması gereken husus, kişinin kamu görevinin verdiği yetkileri kullanmaya teşebbüs etmesidir" denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır.⁹

Mülga 765 sayılı kanunda "mülki ve askeri memuriyetlerden biri" denilirken mevcut düzenlemede "kamu görevi" ifadesi kullanılmış ve suçun kapsamı genişletilmiştir.¹⁰ TCK 6. maddede kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamadığı için tüm kamusal faaliyetlerin kaynağı kanundur ve bir kamu görevi ancak kanun ve nizamlara uygun olarak üstlenilebilir.¹¹ Aksi davranışlar hukuk düzeni tarafından korunmadığı gibi TCK m. 262 kapsamında cezai yaptırımı bağlanmıştır. İdare hukuku ile ceza hukuku kapsamında kamu görevlisi kavramları birbirinden ayrılırlar. İdare hukukundaki kamu görevlisi kural olarak bir kadroya atanarak devamlı çalışan ve hizmeti karşılığında devletten ücret alan kimse iken, ceza hukukunda kamu görevlisi kavramı daha geniştir, ücretli, ücretsiz, geçici veya sürekli, ihtiyari veya mecburi olması önem taşımaz.¹²

5237 sayılı kanun 262. maddesinde, kamu görevini kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs ile terk emri bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme fiilleri yaptırımı bağlanmıştır. İki fiilden birinin işlenmesi ile suç oluşur yani seçimlik hareketli bir suçtur.¹³ Terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme olarak ifade edilen işlenme şekli, teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı bir suç değildir. Bu nedenle kanunda tek fıkrada düzenlenmesine ve "veya" ifadesi kullanılmasına rağmen suçun seçimlik hareketli bir suç değil nitelikleri farklı iki suç olarak düzenlendiği de savunulmaktadır.¹⁴

⁷HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 104.

⁸HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 104.

⁹Yargıtay 4. CD. 10.06.2009 tarihli 2007/12574 E, 2009/11628 K sayılı kararı.

¹⁰"Bu hüküm, mülki veya askeri, ücretli veya ücretsiz resmi memuriyetlerin tamamına ilişkindir yani kanun hükümete bağlı tüm memuriyetleri kastetmiştir." MAJNO, Luigi; Ceza Kanunu Şerhi, C:2, Yargıtay Yayınları No:4, Ankara 1978, Sevinç Matbaası, s. 197. MALKOÇ İsmail; Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C:2, 2008, Malkoç Kitabevi, s. 2415. Kamu görevlisi tanımı hakkında tartışmalar için bkz. ERMAN, Sahir; "Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur", SBOD, 1947, C. 2, s. 235-276. OKUYUCU ERGÜN, Güneş; "Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C:3, İstanbul 2010, s. 527-542.

¹¹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 105.

¹²SOYASLAN; s. 732.

¹³ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1095. PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer; Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C:4, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008, s. 3806.

¹⁴HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 105.

Memuriyetin gasp ve memuriyete haksız devamın süresi, aleni olup olmaması, gasp edilen memuriyete ait unvan, rütbe vesairelerin kullanılmış olup olmaması suçun oluşması açısından etkili değildir.¹⁵ Suçun konusu memuriyettir, sadece memurluk haklarından istifade etmek suçun oluşması için yeterli değildir.¹⁶

II. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusunun tespiti açısından kanun koyucunun suçu ceza kanununda düzenlediği bölüm önem taşımaktadır. Bu doğrultuda 262. maddedeki suçun hukuki konusu da, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişini sağlamak için, kamu görevlerinin üstlenilmesinde kanuna ve nizamla uyulması zorunluluğuna ilişkin kamusal yarardır.¹⁷ Kamu idaresine karşı suçlarda hukuki himayenin konusu genel olarak devlet hizmetinin düzenli bir şekilde yürütülmesi aynı zamanda devletin ve kamu kurumlarının prestijidir.¹⁸ Memuriyetin bir itimat mevkii olması sebebiyle kanunun, memuriyetin gaspını cezalandırması bu itimadı koruma amacından kaynaklanır.¹⁹ Ayrıca kamu görevlerinin yerine getirilmesi, kamu görevlilerine özgülenmek suretiyle idarenin faaliyetlerinin iyi ve doğru yapılması hedeflenmektedir.²⁰ Kanun ve nizam hilafına resmi memuriyetin üstlenilmesi içtimai teşkilata büyük bir darbe oluşturur.²¹ Yetkisiz kişiler tarafından kamu görevinin üstlenilmeye çalışılması ve idarenin disiplin ve hiyerarşisi içinde verilen yasal emrin yerine getirilmeyerek görevin sürdürülmesi idarenin işleyiş ve otoritesini bozar.²² Yasaların yetki vermediği kişilerin kamu görevini üstlenmesi veya sürdürmesi kişilerin ve toplumun zarar görme tehlikesini de içermektedir ancak kanun koyucu suçu düzenlediği bölüm itibarıyla idarenin yararını korumaya öncelik tanımıştır.²³

Suçun düzenlenmesiyle korunması amaçlanan hukuki menfaat; kamu otoritesinin disiplininin ve itibarının sağlanması, vatandaşın idareye ve kamu görevlilerine olan güveninin korunmasıdır.²⁴ Görevi terk emri kendisine bildirilmesine rağmen görevini sürdüren kimsenin hukuka aykırı olarak taşımaya devam ettiği kamu görevlisi sıfatıyla bir takım eylem ve işlemler yapması, bu suretle kamunun veya vatandaşların zararına hukuka aykırı davranışlar içerisinde bulunması, suç işlemesi de mümkündür.²⁵

262. maddede yer bulan bir kamu görevini, kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etmek olarak ifade edilen suç, kamu görevlisi olsun veya olmasın herkes işleyebilir.²⁶ Bu suç bakımından failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği kamu görevini yapmaya yetkili ve görevli olmayan bir kamu görevlisi olması gerekir.²⁷ Bir zabıta memurunun bir maliye memuriyetini ifa etmesi

¹⁵EREM Faruk; Türk Ceza Hukuku, C:2 Hususi Hükümler, AÜHF Yayınları No:198, Ankara 1965, s. 404.

¹⁶EREM; s. 404.

¹⁷HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 106.

¹⁸SOYASLAN; s. 731.

¹⁹EREM; s. 403.

²⁰HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 106.

²¹MAJNO; s. 196.

²²YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2813.

²³YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2813.

²⁴ARSLAN Çetin, AZİZAĞAOĞLU Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004, s. 1065. PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3806.

²⁵ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1096.

²⁶HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 105. MAJNO; s. 197. ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1095. ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU; s. 1066. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2813.

²⁷YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7939.

gibi durumlarda da fail kamu görevlisi olmasına rağmen suç oluşur.²⁸

Suçun diğer işleniş biçimi olan kamu görevini terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde sürdürmede ise fail sadece kamu görevlisi olabilir. Bu suç özgü suçtur.²⁹ Fail, kamu görevinden uzaklaştırıldığı kendisine bildirilen yani kamu görevi sona eren bu statüyü kaybeden biri de olabilir.³⁰

IV. MAĞDUR

Doktrinde suçun mağduru konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre mağdur, suçtan zarar görme tehlikesi altındaki toplumdur, fiil ile idarenin işleyişi ve güvenilirliği ihlal edildiğinden kamu idaresi suçtan zarar görendir.³¹ Bir diğer görüşe göre ise kanun ve nizamlara aykırı olarak gasp edilen veya terk emri bildirilmesine rağmen sürdürülen kamu görevi hangi kamu kurum ve kuruluşuyla ilgiliyse suçun mağduru da o kamu kurum ve kuruluşudur.³² Suç ilk işleniş şeklinde teşebbüs suçu-tamamlanması öne alınmış bir suç olarak düzenlenmesine rağmen tamamlanmış ve maddi zarar oluşmuşsa bu durumda da mağdur ve suçtan zarar gören aynı kamu idaresidir.³³

V. SUÇUN MADDİ UNSURU

A. Kamu Görevini Kanuna ve Nizamlara Aykırı Olarak Yerine Getirmeye Teşebbüs

5237 sayılı TCK 262. maddesinin 1. cümlesindeki suçun oluşması için ortada yapılması gereken bir kamu görevi bulunmalı ve fail bu görevi, görev mevzuatına aykırı biçimde üstlenip yerine getirmeye teşebbüs etmelidir. Kamu görevini yerine getirmeye çalışma fiilinin neticeye ulaşması, yani üstlenilen görevin tamamlanmış olması gerekmekte ve teşebbüs aşamasında kalmakla suç tamamlanmaktadır. Failin bir kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs ettiğinin saptanması durumunda suçun tamamlandığı kabul edilmelidir. Bu suç bakımından failin kamu görevlisi olmaması veya üstlenmek istediği kamu görevini yapmaya yetkili ve görevli bulunmayan bir kamu görevlisi olması gerekir. Suç memuriyet sıfatını değil kamu görevini üstlenmeye (yerine getirmeye) teşebbüs edilmesi halinde oluşur. Başka bir deyişle failin kendisine memur süsü vermesi yetmemekte görevin yapılmasına kalkışması gerekmektedir.³⁴ Kamu görevinin yerine getirilmesi, o görevle ilgili olarak bir eylem veya işlemde bulunulması anlamına gelmektedir. Suçun oluşması için failin bu yönde bir eylem veya işlem yapması veya yapmaya kalkışması zorunludur. Fakat failin bu eylem sonucunda bir yarar elde edip etmemesi ya da fiilin bir zarara neden olup olmaması önemli değildir. Yapılmaya kalkışılan kamu görevinin önemi, yapılan işlemin sayısı veya devam süresi suçun varlığı bakımından önemsizdir.³⁵

²⁸MAJNO; s. 197.

²⁹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 105. ARSLAN, AZIZAĞAOĞLU; s. 1066. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2813.

³⁰ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1095. MALKOÇ; s. 2416.

³¹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7939.

³²HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 106.

³³HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 106.

³⁴Yargıtay CGK. 23.12.1935 tarihli 179/158 sayılı kararı. Yargıtay 11. CD. 14.6.2013 tarihli 2012/1112 E 2013/10139 K sayılı kararı.

³⁵YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7941.

Mülga düzenlemede mülki veya askeri memuriyetlerden biri denilirken mevcut düzenlemede kamu görevi terimi kullanılarak suçun kapsamı genişletilmiştir. Bu durumda yerine getirilmeye çalışılan kamu görevinin idari, adli veya askeri bir kamu görevi olması mümkündür.³⁶ Ancak burada kamu görevinin tanımı hususunda tartışmalar mevcuttur.

TCK m. 6 göz önüne alındığında, bir kimsenin ceza kanunlarının uygulanması yönünden kamu görevlisi sayılabilmesi ve kamu görevlisi tarafından işlenebilen suçları işleyebilmesi için o kimsenin yaptığı işin kamusal faaliyet olması aranmaktadır ve dolayısıyla devlet ile bir istihdam ilişkisi içerisinde olup olmaması, atama veya seçim yoluyla göreve gelmesi, sürekli veya geçici bir faaliyette bulunması önem taşımamaktadır.³⁷ Bu durumda kimlerin kamu görevlisi olduğunun belirlenmesi kamusal faaliyet kavramının belirlenmesine bağlanmaktadır.³⁸ Kamu görevi, daha çok kamu gücü ya da başka bir deyişle devlete ait iktidar ve yetkinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyet olarak ifade edilmektedir.³⁹ Ayrıca sadece bir hukuki tasarrufu gerçekleştiren asıl devlet organının faaliyetini tamamlayanların faaliyeti değil bunlara kamu hukuku usulleri uyarınca yardım ve iştirak edenlerin faaliyeti de kamu görevi sayılır.⁴⁰ Bir kimsenin memur sayılması veya yaptığı kamu hizmeti olarak kabulü bu durumun memuriyet sayılmasına yeterli değildir, bu yüzden hakkı olmadığı halde noterlik veya avukatlık yapanların memuriyeti gasptan cezalandırılmayacağına dair görüşler bulunmaktadır (bu yönde İtalyan Temyiz Mahkemesi kararları da mevcuttur).⁴¹ Buna rağmen suçu düzenleyen maddeye dayanarak gerek niteliği itibarıyla kamu görevi olduğu kabul edilen gerekse özel kanunlarında kamu görevi olduğuna dair hükümler bulunan görevleri de bu nitelikte kabul etmek gerektiği de iddia edilmektedir.⁴² Yargıtay 2015 yılında verdiği bir kararında, sosyal güvenlik kurumunda emeklilik işlemlerini gerçekleştireceğinden bahisle avukat olmadığı halde avukatmış gibi vekaletname alan failin kamu görevinin usulsüz işlenilmesi suçunu işlediğine hükmetmiştir.⁴³

Kanun ve nizama aykırılıktan, kamuda atanma ve seçilme usul ve esaslarını düzenleyen kanuna, tüzüğe ve yönetmeliklere aykırılık anlaşılması gerekir.⁴⁴ Bu durumu kısaca failin hukuken dayanaksız ve haksız olarak bir kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmesi şeklinde ifade etmek mümkündür.

Kanun, kamu görevinin kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirilmesiyle beraber buna teşebbüs edilmesini aynı yaptırımla cezalandırmıştır. Bu duruma sebep olarak, kamu görevinin usulsüz üstlenilip yerine getirilmesi halinde telafisi imkânsız zararlar doğabileceği düşüncesiyle, görevi yerine getirme eyleminin hazırlık hareketleri olan davranışları da tamamlanmış bir suç gibi cezai yaptırıma bağladığı dolayısıyla bir “kalkışma suçu” düzenlendiği gösterilmektedir.⁴⁵ Diğer yandan suçun kalkışma suçu değil tamamlanması öne alınmış suç olduğu da savunulmaktadır.⁴⁶

³⁶YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7939.

³⁷TOROSLU; s. 275.

³⁸OKUYUCU ERGÜN; s. 535.

³⁹OKUYUCU ERGÜN; s. 536.

⁴⁰ERMAN, Sahir; “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD, 1947, C. 2, s. 251.

⁴¹EREM; s. 404.

⁴²MALKOÇ; s. 2415.

⁴³Yargıtay 23. CD. 2015/1757 E. 2015/4242 K. sayılı kararı.

⁴⁴HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 107.

⁴⁵YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938-7942.

⁴⁶HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 104.

Ayrıca suçun teşebbüsle kalmaması göreve ait bir takım yetkilerin kullanılması durumunda yaptırım açısından TCK m. 61 uyarınca alt sınırdan ayrılmak gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁷

Teşebbüsün tamamlanmış suç gibi yaptırma bağlanması çeşitli eleştirilere sebep olmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu ve Zanardelli Kanunu'nda suç, kamu görevinin hukuka aykırı olarak yerine getirilmesiyle oluşmakta yani icra edildiği yer ve zamanda işlenmiş kabul edilmektedir.⁴⁸ Mülga 765 sayılı TCK söz konusu kanunlardan ayrılarak “ifaya teşebbüsü” de yaptırma bağlamıştır. Ancak doktrinde, teşebbüsü icra başlangıcı dışında anlamak mümkün olmadığından suçun icrasına başlanması haliyle tamamlanması halinin aynı yaptırma bağlandığı ifade edilmektedir.⁴⁹ HAFIZOĞULLARI ise, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağına dair ceza hukukun temel kurallarından birine istisna getirilmesinin düşüncüyü ve düşüncenin ifadesini yasaklamak anlamına geleceğini ve ayrıca İHAS 9. ve 10. maddelere de aykırılık teşkil edeceğini savunmaktadır.⁵⁰ Yazar, bu durumda kanundaki düzenlemeden hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması, icra hareketlerinin cezalandırılması olarak anlaşılması gerektiğini iddia etmekte ve düzenlemenin “bir kamu görevini... ifa etmek” veya “...yerine getirmek” olarak değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵¹

Failin belirli bir kamu görevlisi olduğunu söyledikten sonra yapmaya çalıştığı şey, o kamu görevlisinin yasal olarak yapma yetkisi bulunmayan bir işlem olursa ya da başka bir kamu görevlisinin yapabileceği bir görevi yapmaya kalkışırsa maddedeki suç oluşmayacaktır. Başka bir ifadeyle fail üstlendiği kamu göreviyle bağlantılı bir eylem yapmaya kalkışması ile bu suç oluşacaktır.⁵² Yargıtay bir kararında bu doğrultuda, Emniyet Müdürlüğü'ne giderek kendisini Yargıtay Cumhuriyet Savcısı olarak tanıtıp, buna dair kimlik gösteren failin, kardeşini darp eden kişilerin ifadesini almak ve bu konuda kendisine yardımcı olunmasını istediği bir olayda, Yargıtay Cumhuriyet Savcısının devam eden bir soruşturma nedeniyle kişilerin ifadelerini alma yetkisinin bulunmadığı, dolayısıyla üstlenilen memuriyete ait bir görevin yapılmaya kalkışılmadığı anlaşıldığından, kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçunun oluşmayacağı şeklinde karar vermiştir.⁵³ Kamu görevini usulsüz üstlenme teşebbüsü inandırıcı bir nitelik taşımaları, teşebbüs edilen işlem görevin normal işlemlerinden biri olmalıdır.⁵⁴ Failin belirli bir kamu görevlisi olduğunu söyledikten sonra yapmaya çalıştığı şey, o kamu görevlisinin yasal olarak yapma yetkisi bulunmayan bir işlem olursa ya da başka bir kamu görevlisinin yapabileceği bir görevi yapmaya kalkışırsa bu suç oluşmayacaktır.⁵⁵ Yargıtay bir kararında sanığın alkollü bir şekilde kendisinin MİT'çi, istihbaratçı olduğunu, denetleme ve alkol muayenesi yapacağını söylemesinden ibaret eyleminde memuriyete ait bir görevi yapmaya girişmemiş

⁴⁷MALKOÇ; s. 2416.

⁴⁸HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 107.

⁴⁹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 107.

⁵⁰HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 108.

⁵¹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 108.

⁵²Yargıtay 11. CD. 14.6.2013 tarihli 2012/1112 E 2013/10139 K sayılı kararı.

⁵³Yargıtay 11. CD. 14.6.2013 tarihli 2012/1112 E 2013/10139 K sayılı kararı.

⁵⁴“sanığın 6.30 sıralarında alkollü bir şekilde eve giderken arkasından gelen yakınını görünce takip edildiğini düşünerek herhangi bir kimlik göstermeden (neden beni takip ediyorsun, ben polisim, çıkar kimliğini) biçimindeki inandırıcılık yönü bulunmayan sözleri üzerine, sanıktan alkollü olması sebebiyle korkan yakınanın içinde kimlik bulunan cüzdanını uzatıp kaçması biçimindeki eyleminde yasal öğeleri oluşmayan suçtan sanığın beraati yerine” Yargıtay 6. CD. 4.10.2005 tarihli 11566/8591 sayılı kararı.

⁵⁵YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7941.

bulunması sebebiyle suçun oluşmadığına hükmetmiştir.⁵⁶ Ancak bu tespit uygulama açısından sıkıntılar doğurabilmektedir. Bahsedilen olayda olduğu gibi bir istihbarat görevlisinin görev ve yetkilerinin vatandaşlar tarafından ayrıntılı olarak bilinmesini beklemek pek makul değildir.

Bir kimsenin sadece kendisinin memur olduğunu söylemesi, hiçbir işlemde bulunmaksızın kendisine memur süsü vermesi dolandırıcılık suçuna sebep olabilmekle birlikte konumuz suçu oluşturmaz.⁵⁷ Suçun oluşabilmesi için kanun ve nizamla aykırı olarak üstlendiği kamu görevinin gereği olan bazı idari eylem ve işlemlere başlamış olması veya yapmış olması gerekir.⁵⁸ Yargıtay bir kararında, sanığın daha ucuza televizyon alabilmek amacıyla bazı kişilere polis olduğunu söylemesi ancak polislikle ilgili herhangi bir işlem veya eylemde bulunmaması sebebiyle bu suçun oluşmadığına hükmetmiştir.⁵⁹ İtalyan Yüksek Mahkemesi, dolandırıcılık yapmak amacıyla kendisine orman memuru süsü veren ancak hiçbir işlemde bulunmayan failin eyleminin bu suçu oluşturmadığına, üniversite mezunu olduğunu belirterek ortaokulda öğretmenlik yapan kişinin eyleminin ise bu suç kapsamında değerlendirileceğine yönelik kararları vardır.⁶⁰

Bir memur dahi, gerek görev gerek rütbe bakımından yetkisini kasten aşarsa bu suçu işlemiş sayılmalıdır ancak sadece yer bakımından yetkisiz bir memurun işlemi bu kapsamda değerlendirilmemelidir.⁶¹ Bu halde konumuz suçtan ziyade “görevi kötüye kullanma” (TCK m. 257) suçunun oluşabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.⁶² Yetkisini kasten aşarak daha yüksek derecedeki bir kamu görevinin yetkisine giren muameleyi yapan kamu görevlisi de somut olayın koşullarına göre bu suçu işlemiş olabilir.⁶³ Bazı durumlarda daha alt derecedeki veya kesin yetki ve görev ayrımları bulunmasına rağmen aynı derecedeki bir görevi yapmaya teşebbüs etmekle de suçun oluşabileceği savunulmaktadır.⁶⁴

Yargıtay eski tarihli bir kararında, kendilerini polis olarak tanıtan sanıkların, müdahale ait zeytinlerin kaçak olduğundan bahisle yasal işlem yapmak üzere depoya götüreceklerini söyleyerek bazı evraklar gösterdikleri, telefonda karakolla konuşuyormuş gibi yaptıkları ve bu suretle zeytinleri aldıkları sabit olmasına rağmen bu fiillerin sadece dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.⁶⁵ Ancak bu karar doktrinde eleştirilere sebep olmakta, sanıklar polis olduklarını söylemekle kalmayıp kamu görevine ilişkin yetkiyi de usulsüz kullandıkları için eylemin kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmektedir. Burada faillerin kendilerini kamu görevlisi olarak tanıtmalarını dolandırıcılık suçunun hile ögesi içerisinde değerlendirip sadece dolandırıcılık suçundan hüküm verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay bir kararında, faillerin polis olduğundan bahisle mağdureye kimlik gösterip arkasından direndiği gerekçesiyle karakola götüreceğiz diyerek arabaya bindiren sanıklar hakkında sadece kaçırma suçundan

⁵⁶Yargıtay 4. CD. 14.2.2005 tarihli 14912/971 sayılı kararı.

⁵⁷EREM; s. 404.

⁵⁸HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 108.

⁵⁹Yargıtay 4. CD. 8.6.2015 tarihli 2015/7076 E 2015/7076 K sayılı kararı.

⁶⁰HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 108.

⁶¹EREM; s. 405.

⁶²HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 109.

⁶³ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1099.

⁶⁴MALKOÇ; s. 2415.

⁶⁵Yargıtay 6. CD. 9.4.1985 tarihli 342/2897 sayılı kararı.

hüküm kurarken,⁶⁶ bir başka kararında da failin polis arkadaşına ait polis kimliğini göstererek müştekiyi arabasına bindirmesi eyleminde kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suçu bulunduğu karar vermiştir.⁶⁷ Bir başka olayda ise Yargıtay, faillerin yakınlarının evine polis kimliği göstererek girip pasaport kontrolü yapması arkasından yabancı uyruklu yakınlarından sınır dışı edilmemeleri için para almaları olayında kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunun işlendiğine hükmetmiştir.⁶⁸ Yargıtay diğer bir kararında faillerin, müştekileri yol üzerinde durdurup polis kimliği göstererek cüzdanlarını almaları sonrasında telefon ve paralarını alıp gitmeleri olayında hem yağma hem kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu işlendiğine hükmetmiştir.⁶⁹

Kendisini polis olarak tanıtip suç ihbarı var sizi arayacağım diyen failin eylemi bu suçu oluşturur. Üstlenilmeye çalışılan kamu görevinin yasal şartlarının gerçekleşmemesi suçun oluşmasını engellemez.⁷⁰ Bahsettiğimiz örnekte olduğu gibi kendisini polis olarak tanıtan kişinin arama yapmak için gerekli şartlar bulunmadığı halde arama yapmaya kalkışması halinde de suç oluşur.⁷¹

Polis olduğunu bildiren karakola götürmeye çalışmak bu suçu oluştururken polis olduğunu bildirip rüşvet almaya çalışmak maddedeki suçu oluşturmaz.⁷² Çünkü kamu görevlisine suç işlemek yetkisi verilmediği gibi yasadışı bir görev yapanın normal bir görev yaptığı, yetki kullandığı da söylenemez.⁷³ Kamu görevlisi olduğunu söyleyerek bir işin yapılacağından bahisle para istemek kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunu değil dolandırıcılık suçunu oluştururken failin kendisini orman muhafaza memuru olarak tanıtip vatandaştan kontrol etmek üzere ruhsatname istemesi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçuna sebebiyet verir.⁷⁴ İrtikap suçu, görevin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanmak suretiyle işlenir ve bu suçta her halükarda görevin veya sıfatın elde edilmiş biçimi meşru olmalıdır. Bu durumda kamu görevlisi sıfat veya unvanını gasb eden kişi irtikap suçunun faili olamaz, kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçuyla beraber yerine göre yağma veya dolandırıcılık suçunu işlemiş olur.⁷⁵

Yargıtay, sanığın, okul bahçesinde bulunan katılan ve arkadaşlarına kendisini uzman çavuş olarak tanıtip ardından da muhtelif talimatlar verip uyguladığı, sonra katılan ile yalnız kalan sanığın bu aşamadan önce ve sonrasında uzman çavuş mesleği ve görevi ile ilgili işlem ve eylemler niteliğinde bulunmayan söz ve fiili davranışlarda bulunup katılan üzerinde baskı kurduğu böylece sanığın kamu görevlisi sıfatından söz etmek suretiyle katılana karşı yasaya aykırı başka eylemlere vasıta kıldığı olayda kamu görevini usulsüz üstlenme suçu değil eylemlere uyan diğer suçların oluşacağına karar vermiştir.⁷⁶

⁶⁶Yargıtay 5. CD. 1.5.1992 tarihli 1063/2283 sayılı kararı.

⁶⁷Yargıtay 4. CD. 9.3.1983 tarihli 602/1179 sayılı kararı.

⁶⁸Yargıtay 6. CD. 2015/8993 E. 2016/1317 K. sayılı kararı.

⁶⁹Yargıtay 6. CD. 2015/6185 E. 2016/958 K. sayılı kararı.

⁷⁰YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7940.

⁷¹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7940.

⁷²MALKOÇ; s. 2416.

⁷³MALKOÇ; s. 2416.

⁷⁴ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1098.

⁷⁵TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, ÖNOK R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013, s. 916.

⁷⁶Yargıtay 6. CD. 2012/18386 E. 2015/40156 K. sayılı kararı.

Yargıtay bir kararında, mahkum olduğu kısa süreli hapis cezası kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine çevrilen sanığın, cezasının infazı nedeniyle Sivas Cumhuriyet Başsavcılığı'nda çalıştığı sırada, kamu görevlilerine ait herhangi bir unvan veya yetki kullanmaya teşebbüs etmeden, müracaat eden şahısları Cumhuriyet Savcılarına yönlendirme ve sorulduğunda adliyede çalıştığını söylemekten ibaret eyleminde kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunun yasal unsurları oluşmadığına hükmetmiştir.⁷⁷ Yargıtay başka bir kararında, avukat kâtabi olan sanığın bir icra dosyasındaki alacağı tahsil etmek üzere yapılan haciz işlemi esnasında haciz tutanağındaki alacaklı-vekili-temsilcisi ibaresinin altına herhangi bir unvan içermeyecek şekilde hazırun olarak sadece adını yazdığı ve imza attığı; tutanakta da alacaklı vekili olan avukatın adının yer aldığı olayda suçun oluşmadığına karar vermiştir.⁷⁸

Yargıtay, sanığın, boşandığı ve aralarındaki sorunlar nedeniyle bir süredir rahatsız ettiği katılanın telefonlarına çıkmaması üzerine, çalıştığı işyerini arayarak kendisini polis memuru olarak tanıtip irtibat kurmaya çalıştığı olayda, unsurları itibarı ile kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçunun yasal unsurları oluşmadığına hükmetmiştir. Yargıtay, emniyet müdürlüğünü, savcılığı ve mahkemeleri arayıp kendisini Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulunda görevli başmüfettiş olarak tanıtip bazı dosyalar hakkında bilgi almaya çalışan sanığın eylemlerini ise bu suç kapsamında değerlendirmemiştir.⁸⁰

B. Terk Emri Bildirildiği Halde Kamu Görevini Sürdürmek

TCK m. 262'de suçun bir diğer işleniş şekli olarak failin, terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürmesi gösterilmiştir. Gerekçede, suçun görevi sürdürmeye çalışmak suretiyle oluştuğu belirtilmiştir. Failin, görevine giren bir yetkiyi kullanmaksızın sadece gidip gelmesi bu suçu oluşturmaz, suçun oluşması için göreve ilişkin işlemlerden hiç olmazsa bir tanesinin yapılması gerekir.⁸¹ Mülga 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın bu yönde kararları mevcuttur.⁸²

Suç, failin yetkili merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emre uymaması, görevi bırakmayarak devam etmesidir. Burada belirtmekte yarar var ki görevi terk emri hukuka uygun olmalıdır zira failin hukuka aykırı emre uyma yükümlülüğü yoktur.⁸³ Konusu suç teşkil eden emir de hiçbir surette yerine getirilemeyeceğinden ortada geçerli bir terk emri bulunmaması durumunda suç oluşmaz. Ayrıca terk emrinin faile resmen yani usulüne uygun olarak bildirilmiş, tebliğ edilmiş olması gerekir.⁸⁴ Örneğin TRT Genel Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı Danıştay'ca iptal edilen sanığa, idare tarafından bu yolda resmi bir bildirim yapılmadığında, durumdan haricen haberdar olmak suçun oluşması için yeterli değildir.⁸⁵

⁷⁷Yargıtay 5. CD. 2013/16074 E. , 2016/1452 K. sayılı kararı.

⁷⁸Yargıtay 5. CD. 2013/15315 E. 2015/17849 K. sayılı kararı.

⁷⁹Yargıtay 18. CD. 2015/1133 E. 2015/687 K. sayılı kararı.

⁸⁰Yargıtay 9. CD. 2014/5227 E. 2014/10114 K. sayılı kararı.

⁸¹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 110. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7942.

⁸²"İsten el çekirildiği muhtarlık vazifesine ait bir muamele yaptığı tespit edilemeyen sanığın kendisinden zabıta marifetiyle cebren alınması kabul olan mühür ve defterleri vermemesinde suç unsuru bulunmadığından." Yargıtay 4. CD. 29.4.1952 tarihli, 4550/4550 sayılı karar.

⁸³EREM; s. 406. HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 110.

⁸⁴MAJNO; s. 198. EREM; s. 406.

⁸⁵Yargıtay CGK. 19.2.1979 tarihli 4-10/81 sayılı kararı.

Bu emir başka yere atanma, başka yere veya göreve nakil, emekliye ayrılma, istifa, işten el çektirme, azletme, memuriyete engel bir hükmün kesinleşmesi gibi nedenlere dayanabilir.⁸⁶ Son halde hükmün infazı için gerekli olan tebliğ, bahse konu suçta belirtilen bildirim yerine geçer.⁸⁷ Terk emrinin, bir üst merci veya yargı yeri tarafından iptal edilmesinden sonra yapılan eylemlerin suç oluşturmayacağı açıktır.⁸⁸ Görevi terk emri aleyhine iptal istemiyle dava açılıp dava sonunda terk emri iptal edilirse hukuken geçerli ve uyulması gereken bir emir olmayacağından emrin bildirim ile iptali arasındaki süreçte yapılan işlemler suç oluşturmaz.⁸⁹

Bir görüşe göre suçun bu işleniş biçimi bakımından görevi sürdürmeye teşebbüs edilmesi durumunda fiil tamamlanmış olmaz, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir çünkü suçun tamamlanmış olması için terk emrine rağmen görevin sürdürülmüş olması gerekir.⁹⁰

Suçun iki işleniş biçimi de ani suç ve sırf hareket suçu niteliğindedir ancak suçun tamamlanmasından itibaren görevin devamı veya terk etmeme eylemi mütemadi suç haline dönüşmektedir.⁹¹

VI. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suçun iki işleniş biçimi de kasten işlenebilir. Failin fiili işlemekteki saiki manevi unsur yönünden önem taşımaz.⁹² Suçun ilk halinde kast, failin kanun ve nizamlara aykırı olduğunu bilmesine rağmen, bir kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs ettiğini veya yerine getirdiğini bilme ve isteme iradesidir.⁹³ Hata mümkündür ve kastı kaldırır.⁹⁴ Örneğin, atanma bekleyen kimsenin atandığını sanarak ancak atanmadığı halde bir kamu görevini yerine getirmeye teşebbüs etmesi veya yerine getirmesi, fiilde hataya düşmesidir. Fail, hakkında hatalı olarak yapılmış olan atama işlemine dayanarak kamu görevini yerine getirmeye başlamışsa ve hatanın varlığını bilmiyorsa sorumlu olmaz.⁹⁵

Suçun diğer işleniş biçiminde ise kast, failin terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde, görevi bilerek ve isteyerek terk etmemesi, sürdürmesidir.⁹⁶ Bu durumda da emir konusunda fiili hata mümkündür ve kastı kaldırır.

Suçun işlenmesi için failin belirli bir niyet ve maksadının bulunması gerekli değildir yani genel kast yeterlidir.⁹⁷ Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında muhtar şehirde iken ve vekalet bırakmadığı halde ihtiyar heyeti üyesi olan failin, evlenme için

⁸⁶MALKOÇ; s. 2417. İlgili düzenleme için bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 63 ve 95.

⁸⁷MALKOÇ; s. 2417.

⁸⁸MALKOÇ; s. 2418.

⁸⁹MALKOÇ; s. 2418.

⁹⁰YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7941.

⁹¹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2814.

⁹²ARTUK, GÖKCAN, YENİDÜNYA; s. 1100. ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU; s. 1066.

⁹³HAFİZOĞULLARI, ÖZEN; s. 109.

⁹⁴MAJNO; s. 198.

⁹⁵HAFİZOĞULLARI, ÖZEN; s. 110.

⁹⁶HAFİZOĞULLARI, ÖZEN; s. 110.

⁹⁷"Kamu görev ve hizmetine ilişkin bir işlemin haksız olarak yapılması eyleminin (mülga TCK) 252/1 maddesine gireceği gözetilmeden genel kastla işlenen suçta özel kasıt arayan" Yargıtay 4. CD. 4.5.1998 tarihli 4121/4598 sayılı kararı. YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7942.

başvuran bir çifti evlendirmesi fiilinde failde özel kastının bulunup bulunmadığını araştırmamasını istemiştir.⁹⁸

VII. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Bazı durumlarda kanun, kamu görevlisi olmayan kişileri kamusal bir faaliyetin yürütülmesinde yetkilendirmektedir. Örneğin suçüstü hallerinde (CMK m. 2/1-j) herkesin faili yakalama yetkisi bulunmaktadır (CMK m. 90) ve bu fiil TCK m. 262 kapsamında değerlendirilemez. Kamu görevine atama işleminde eksiklik bulunması, görevin üstlenilmesinin haksız olduğunun tespiti ve suçun oluşması açısından yeterli olmaz.⁹⁹

Suçun diğer işleniş biçimi olan terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdürme durumunda ise bir memur terk ve tatil emrini aldıktan sonra memuriyetine dair bir işi aceleciliğine binaen yapmışsa bu suçun oluşmadığı kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Bu durumda haksızlık yanılığının varlığı sebebiyle suçun oluşmadığı savunulmaktadır.¹⁰¹

VIII. SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

Bu suça özgü herhangi bir ağırlatıcı veya hafifletici sebep öngörülmemiştir.¹⁰²

IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçuna teşebbüs mümkün değildir¹⁰³ çünkü suçun tarifinde teşebbüs edenin cezalandırılacağı açıkça yazılıdır. Suç, sırf hareket suçu niteliğinde olduğundan ve kamu görevini üstlenmeye teşebbüs oluşturan fiil icra edildiği anda suç tamamlandığından teşebbüs mümkün değildir.¹⁰⁴ Fail icra hareketlerine başladığı anda suç gerçekleşir, herhangi bir nedenle icra hareketlerinin tamamlanamaması teşebbüs hükümlerinin tatbikine sebep olmaz.¹⁰⁵ Yargıtay da bir kararında, sağlık ocağına gelerek yeni atanan pratisyen hekim olduğunu söyleyen ve fakat henüz göreve ilişkin bir işlem veya eylem yapmaya kalkışmadan gerçeği açıklayan failin 262. madde ile cezalandırılmayacağını kabul etmiş ve teşebbüs hükümlerini uygulamamıştır.¹⁰⁶ Ceza hukukunda suça teşebbüsün, tamamlanmış suç gibi cezalandırıldığı hallere “teşebbüs-kalkışma suçları” denilmektedir.¹⁰⁷

⁹⁸Yargıtay 6. CD. 8.10.1964 tarihli 3370/4851 sayılı kararı.

⁹⁹HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; s. 109.

¹⁰⁰MAJNO; s. 198. ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1100.

¹⁰¹TCK m. 30/4: İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

¹⁰²PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3806.

¹⁰³PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3808.

¹⁰⁴YAŞAR Osman, GÖKCEN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 20014, s. 7943.

¹⁰⁵ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1101.

¹⁰⁶Yargıtay 4. CD. 10.6.2009 tarihli 2007/12754 E, 2209/11628 K sayılı kararı.

¹⁰⁷ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA; s. 1101.

Terk emrine rağmen görevi sürdürme şeklinde işlenen suç ise göreve ilişkin bir yetkinin kullanılmasıyla oluştuğundan niteliği itibariyle teşebbüse elverişli değildir.¹⁰⁸ Teorik olarak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğu da savunulmaktadır.¹⁰⁹

B. İştirak

Bu suçta iştirake ilişkin özel bir düzenleme yoktur, genel hükümler (TCK m. 37-40) uygulanır.¹¹⁰ Bu suçta iştirakin her hali mümkündür.¹¹¹ Suçun ilk işleniş biçiminde suça iştirak, azmettirme, yardım etme mümkündür.¹¹² Suçun ikinci işleniş biçiminde özgü suç koşullarında suça iştirak mümkündür. Terk emrine rağmen görevin sürdürülmesi, yalnızca kamu görevlisince işlenebilen özgü suç niteliğinde olduğundan, bu suçta kamu görevlisi olmayanların iştiraki, bağlılık kuralı gereği TCK m. 40/2 uyarınca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla olabilir.¹¹³

C. İçtima

Bu suç için içtima kurallarına dair özel bir hüküm öngörülmediğinden suçların içtimasına ilişkin genel hükümler uygulanır (TCK m. 42-44). Biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı nedeni olan suçlar bileşik suç olarak adlandırılır ve bu durumda tek fiil var sayılarak o unsur veya ağırlatıcı nedeni barındıran suçtan ceza verilir. Bu doğrultuda kamu görevinin usulsüz üstlenilmesinin işlenmesi sırasında başka bir suçun işlenmesi durumunda, bu suçlardan birinin diğerinin unsurunu ya da ağırlatıcı sebebini oluşturduğu hallerde bileşik suç hükümleri uygulanır (TCK m. 42). Failin, yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak hırsızlık yapılması durumu hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak TCK m. 142/2-f’de düzenlenmiştir. Bu durumda yaptırımını daha ağır olan suç nitelikli hırsızlık olduğu için ceza 142. maddeye göre belirlenir.¹¹⁴

Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi işlenen diğer suçun ögesi veya ağırlatıcı nedeni olmayabilir ve bu durumda iki suç da gerçekleşir.¹¹⁵ Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi gibi durumlarda iki ayrı suçun işlendiğine dair görüşler bulunmaktadır.¹¹⁶ Ancak bu durumda kendisine memur süsü verme dolandırıcılık suçunun ağırlatıcı sebebi olarak düzenlendiğinden sadece nitelikli dolandırıcılıktan hüküm kurulması gerekmektedir.¹¹⁷ Yargıtay bir kararında, sanığın kendisini SSK müfettişi olarak tanıtip kimlik gösterip sigortalıların belgelerini inceledikten sonra belgelerde eksiklik olduğundan bahisle ceza kesmesi gerektiğini söylemesi ardından da ceza kesmemek için para istemesi, yakalanacağını anlayınca da parayı almadan kaçması olayında eylemlerin (mülga TCK) m. 252/1, 503 (dolandırıcılık) ve 61 (teşebbüs) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine

¹⁰⁸ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU; s. 3808.

¹⁰⁹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7943. ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1101.

¹¹⁰YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7943. ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU; s. 1067.

¹¹¹HAFİZOĞULLARI, ÖZEN; s. 109. ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1101.

¹¹²HAFİZOĞULLARI, ÖZEN; s. 109.

¹¹³YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7943.

¹¹⁴Fikri İçtima TCK m. 44: İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Aynı yönde bkz. PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3806.

¹¹⁵YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7943.

¹¹⁶PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3808.

¹¹⁷YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7944.

hükmetmiştir.¹¹⁸

Failin bir kamu görevini usulsüz üstlenmeye kalkışmadan sadece kamu görevlisi olduğunu söyleyerek veya kendisine memur süsü vererek hile ile çıkar sağlaması durumunda 262. maddedeki suçun görevi yerine getirmeye teşebbüs ögesi gerçekleşmediğinden, eylem yalnızca dolandırıcılık suçunu oluşturur.¹¹⁹ Yargıtay da bir kararında failin kendisini avukat olarak tanıtır, mağdurun idare mahkemesinde açtığı davayı kazanabileceğini söyleyerek para alması olayında failin kendisine görevli süsü vermesi ve fakat avukatlık göreviyle ilgili bir işi yapmaya kalkışmaması sebebiyle eylemi basit dolandırıcılık olarak kabul etmiştir.¹²⁰

Yargıtay bir kararında, sanığın kendisine polis süsü vermesinin kaçırma suçunun hile unsuru oluşturduğu gerekçesiyle kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçundan hüküm kurmamıştır.¹²¹ Bu karar eleştirilere neden olmaktadır. Kendisini polis olarak tanıtan failin, mağduru karakola götürüleceğinden bahisle kamu görevini yerine getirmeye kalkışıp bir araca bindirip kaçırması durumunda polisin görevini yerine getirmeye kalkışması kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru olarak değerlendirilmemektedir.¹²² Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK 109/2 de hile kullanılması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu görüşe göre kişinin kendisine memur süsü vermesi hile unsuru içerisinde değerlendirilebilirken, bir kamu görevinin yerine getirilmeye kalkışılması ayrı bir eylemdir ve 262. maddedeki suçun da olduğu kabul edilmelidir.¹²³

X. BENZER SUÇLARDAN FARKI

TCK m. 264’de “özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma” suçu düzenlenmiştir. Bu maddede, bir rütbe veya kamu görevinin veya mesleğin, resmi elbisesini yetkisi olmaksızın alenen ve başkalarını yanıltacak şekilde giyen veya hakkı olmayan nişan veya madalyaları takan kimsenin üç aydan bir yıla kadar cezalandırılacağı belirtilmiştir. Fail, yetkisi olmaksızın resmi üniforma giyip aynı zamanda bu üniforma ile temsil edilen kamu görevine ilişkin bir iş ya da işlem yapmaya teşebbüs ederse hem 264. hem de 262. maddeler uyarınca cezalandırılır. Örneğin polis üniformasıyla dolaşan failin eylemi TCK 264’deki suçu oluştururken, failin polis olduğunu söyleyerek veya söylemeyerek kimlik kontrolü yapmaya başlaması insanları karakola gelmeye davet etmesi veya zorlaması TCK m. 262’deki suçu oluşturur.¹²⁴ Fail ayrıca resmi elbisenin sağlayacağı kolaylıktan yararlanarak bir başka suç işlerse 264/1’deki yaptırımını üçte bir oranında da arttırılacaktır (TCK m. 264/2).¹²⁵ Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi, özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçları hem kamu görevlileri hem de özel şahıslar tarafından işlenebilmektedir.¹²⁶

Kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu, “Milli Savunmaya Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenen “Askeri Komutanlıkların Gasbı” başlıklı TCK m. 317’de

¹¹⁸Yargıtay 6. CD. 304.1992 tarihli 3096/3575 sayılı kararı.

¹¹⁹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7943.

¹²⁰Yargıtay 11. CD. 2.7.2007 tarihli, 2006/6746 E 2007/4559 K sayılı kararı.

¹²¹Yargıtay 5. CD. 5.5.1997 tarihli, 1406/1591 sayılı kararı.

¹²²YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7944.

¹²³YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7944.

¹²⁴ARSLAN, AZİZAĞAOĞLU; s. 1066.

¹²⁵ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1096. MALKOÇ; s. 2415.

¹²⁶SOYASLAN; s. 730.

nazaran genel bir hükümdür.¹²⁷ Dolayısıyla unsurlar gerçekleşmesi durumunda TCK m. 317 uygulama alanı bulur.

XI. KOVUŞTURMA, YAPTIRIM VE GÖREVLİ MAHKEME

Suçun her iki işleniş biçiminin de yaptırımı üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Suç şikâyete bağlı değildir, resen soruşturulur. Fail kamu görevlisi olsa dahi, bir kamu görevini kanun ve nizamla aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs etme fiili, görev nedeniyle işlenen bir suç olmadığından fail hakkında 4483 sayılı kanun uyarınca izin alınmasına gerek yoktur.¹²⁸ Terk emrine rağmen görevin sürdürülmesi ise görev nedeniyle işlenen bir suç olduğundan 4483 sayılı kanun uyarınca yetkili idari merciden izin istenilmesi gerekir.¹²⁹ Görevli mahkeme, Asliye Ceza Mahkemesidir ancak failin görev ve sıfatı sebebiyle özel bir düzenleme varsa bu duruma dikkate alınmalıdır. TCK m. 66/1-e uyarınca bu suçun dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

SONUÇ

Kamu görevlisi olmamasına rağmen kanuna aykırı olarak kamu görevini ifaya teşebbüs eden kimse, toplumdaki kamu görevlilerinin vazifelerini yapmaları sırasında kendilerine şüphe ile bakılmasına sebep olurlar, diğer bir ifadeyle kamu idaresinin güvenilirliğini etkileyen bir fiil gerçekleştirirler.¹³⁰ Bu sebeple kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi fiili kanunda suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nın uygulaması ve konumuz suçun tatbik edilmesi bakımından kamu görevi kavramının tanımının doğru ve anlaşılır bir şekilde yapılması gerekmektedir. TCK düzenlemesi mülga kanundaki kamu görevine ilişkin düzenlemeyi kaldırırken tartışmalara son vermek açısından pek de başarılı olamamıştır. Yukarıda bahsettiğimiz Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere mahkemenin birbiriyle çelişen, tartışmaya açık çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan suç bakımından tartışmalı bir diğer husus da suçların içtimasında kendisini göstermektedir. Özellikle kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suretiyle dolandırıcılık yapılması durumunda görüş ayrılıkları kendisini göstermektedir. Failin kamu görevini üstlenerek dolandırıcılık yapması haliyle ilgili olarak, dolandırıcılık suçunun nitelikli halini ifade eden maddeye eklenen yeni düzenleme ile durum açıklığa kavuşturulmuştur.¹³¹ Bu durumda kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi fiili, dolandırıcılık suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilip sadece nitelikli dolandırıcılıktan hüküm kurmak yerinde olacaktır. Söz konusu düzenleme getirilmeden önce de kamu görevinin usulsüz üstlenilmesini dolandırıcılık suçunun hile unsuru içerisinde değerlendirmek mümkündür.

¹²⁷TCK m. 317/1) Kanunen yetkili olmadıkları veya Devlet tarafından memur edilmedikleri halde, bir asker kıtasının veya donanmasının veya savaş gemisinin veya savaş hava filosunun veya bir kale veya müstahkem mevkiin veya bir askerî üssün veya tesisin, bir liman veya şehrin komutasını alanlara müebbet hapis cezası verilir. 2) Kanunen yetkili olmaları veya Devlet tarafından görevlendirilmeleri suretiyle yukarıda gösterilen yerlerin komutanı bulunanlardan, yetkili makamlarca komutanlığı terk etmeleri için verilen emirlerle uymayanlara da aynı ceza verilir. Aynı yönde bkz. PARLAR, HATİPOĞLU; s. 3806.

¹²⁸YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2814.

¹²⁹YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ; s. 7938. GERÇEKER; s. 2814.

¹³⁰ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA; s. 1096.

¹³¹TCK m. 158/1: "Kişinin, kendisini kamu görevlisi veya banka, sigorta ya da kredi kurumlarının çalışanı olarak tanıtmaması veya bu kurum ve kuruluşlarla ilişkili olduğunu söylemesi suretiyle".

KAYNAKÇA

ARSLAN Çetin, AZİZAĞAOĞLU Bahattin; Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004.

ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

EREM Faruk; Türk Ceza Hukuku, C:2 Hususi Hükümler, AÜHF Yayınları No:198, Ankara 1965.

ERMAN, Sahir; “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, SBOD, 1947, C. 2, s. 235-276.

GERÇEKER Hasan; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:2.

HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2016.

MAJNO Luigi; Ceza Kanunu Şerhi, C:2, Yargıtay Yayınları No:4, Ankara 1978.

MALKOÇ İsmail; Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C:2, 2008, Malkoç Kitabevi.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş; “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C:3, İstanbul 2010, s. 527-542.

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Muzaffer; Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C:4, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

SOYASLAN Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi.

TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, ÖNOK R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013.

TOROSLU Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.

YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:6, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 20014.



İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Av. Abbas BİLGİLİ

1. GİRİŞ

25 Ekim 2017 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile hukuk dünyamız “**zorunlu arabuluculuk**” uygulaması ile tanışmış oldu. Anılan kanunun 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 3’üncü maddesi ile iş uyuşmazlıklarının tamamına yakını için arabuluculuk zorunlu yani “**dava şartı**” haline getirilmiştir. Bugün için konuyu düzenleyen başlıca mevzuatı; 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun¹ 3’üncü maddesi, 4857 sayılı İş Kanununun² 20 ve 21’inci maddeleri, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³ ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği⁴ olarak sayabiliriz.

Zorunlu arabuluculuğa tabi olan iş uyuşmazlıklarının 7036 sayılı kanunda işçi alacak ve tazminatları, işveren alacak ve tazminatları ile işe iade talepleri olduğu belirtilmiş (md. 3/1) olup, bu uyuşmazlıkların iş davalarının büyük bir kısmını kapsadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. İş kazası ve meslek hastalıklarından doğan maddi ve manevi tazminat davaları ile bunlarla ilgili tespit ve rücu davalarının kapsam dışı tutulduğu (md. 3/3) görülmektedir, ancak maddi ve manevi tazminat davalarının neden dışarda bırakıldığına bugüne kadar tatmin edici bir açıklaması yapılmamıştır.

2. Doğru Kavram “Dava Şartı” mı “Zorunlu Arabuluculuk” mu?

Arabuluculuktan övgü ile bahsedenler, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesini “**dava şartı olarak arabuluculuk**” kavramı ile izah etmeye çalışırken, “**zorunlu arabuluculuk**” kavramının kullanılmasını istemediklerini görüyoruz. Zaten iş uyuşmazlıklarındaki zorunlu arabuluculuğu düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun 3’üncü maddesinin başlığı da “**Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**”tur. Esasen kavramların ikisinde de sorun olmadığını söyleyebiliriz, ancak ısrarla “**zorunlu arabuluculuk**” kavramını değil de “**dava şartı olarak arabuluculuk**” kavramının kullanılmasını isteyenlerin, “**zorunluluğu**” kamufle etmek istedikleri dikkatlerden kaçmıyor. “**Dava şartı olarak arabuluculuk**” kavramının kullanılmasını isteyenler, savunmalarında arabuluculukta mutlaka anlaşma zorunluluğu olmadığını, tarafların isterlerse uzlaşmaya varmadan da arabuluculuk görüşmesinden kalkabileceklerini, bu nedenle de “**zorunlu arabuluculuk**” denilmemesi gerektiğini ileri sürüyorlar. Bu gerekçenin tutarlı olduğu söylenemez, çünkü tarafların arabuluculukta mutlaka anlaşmaları gerektiği şeklindeki bir hukuk sistemi zaten olamaz, olursa ona da hukuk denemez. Hukuk sisteminin onaylamayacağı bir sistem üzerinden gerekçe üretmenin tutarsızlığı ortadadır. Bu nedenle iş uyuşmazlıklarında arabulucuya müracaat etmenin zorunlu hale getirilmiş olmasının

¹Resmi Gazete; 25.10.2017/30221

²Resmi Gazete; 10.06.2003/25134

³Resmi Gazete; 22.06.2012/28331

⁴Resmi Gazete; 02.06.2018/30439

“zorunlu arabuluculuk” olarak ifade edilmesinde hiçbir yanlışlık olmadığı gibi, gayet isabetli bir ifade olduğunu da rahatlıkla söyleyebiliriz. Arabulucuya gitmenin zorunlu hale getirilmesini “zorunlu” kavramı ile ifade etmekten kaçınmayı, aşırı bir gayretkeşlik olarak değerlendiriyoruz. Ortada bir zorunluluk var ve bu zorunluluğu “zorunluluk” kavramı ile değil de başka bir kavramla (dava şartı olarak arabuluculuk) ifade etmek, zorunluluğu gizlemeye ve kamufle etmeye yöneliktir kanaatindeyiz.

Kaldı ki, “zorunlu” kavramını kullanmayanların, arabuluculuğa gitmenin zorunlu olmadığı durum için “ihtiyarî arabuluculuk” kavramını rahatlıkla kullandıkları görülüyor. Bunlara “ihtiyarî” kavramının “zorunlu” kavramının zıddı olduğunu hatırlatmak lâzım. Arabuluculuğa gitmenin serbest olduğu durum için “ihtiyarî” diyenlerin, arabuluculuğa gitmenin zorunlu olduğu durum için “zorunlu”yu kullanmaktan kaçınmasının bir çelişki olduğu da çok açık. Ayrıca belirtmekte yarar var; “zorunlu arabuluculuk” kavramı öğretide de yaygın olarak kullanılmaktadır.

Hatırlatalım ki, kamuoyu ile ilk paylaşılan metinde de “zorunlu arabuluculuk” kavramı kullanılmıştı. Daha sonra bu metinde bazı değişiklikler yapıldı ve “zorunlu” yerine “dava şartı” getirildi, ancak arabulucuya gitmenin zorunlu hale getirilmesi konusunda ilk metinle son metin arasında içerik olarak hiçbir fark yoktur.⁵ İçerik değişmediği halde, isminin değiştirilmesi oldukça manidardır. Zorla güzellik olmayacağını yasa koyucu ve arkasındaki siyasi güç de biliyor olmalı ki, “zorunluluk” kavramını kullanmaktan kaçınıp, daha hukuksal imiş gibi görünen “dava şartı” kavramını piyasaya sürerek, sundukları ürünü kabul ettirmeye çalışıyorlar.

3. Zorunlu Arabuluculuk Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Aykırı mı?

İş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesini düzenleyen İş Mahkemeleri Kanununun 3/1’inci maddesindeki “dava şartı”nın Anayasanın 36’ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6’ncı maddesine aykırı olduğu yönünde ciddi eleştiriler mevcuttur. Ancak bu konuda görüş birliği mevcut olmayıp, aykırı olduğunu savunanlar olduğu gibi, aksini düşünenler de var. Anayasaya aykırılık kanun koyucunun da aklına gelmiş olmalı ki, genel gerekçede zorunlu arabuluculuğun Anayasanın 36’ncı maddesine aykırı olmadığını vurgulanmasına ihtiyaç duyulduğu dikkat çekmektedir. Ancak gerekçede belirtilmiş olması, düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığı anlamına gelmez. Esasen gerekçeler, ilgili kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını değil, o kanuna neden ihtiyaç duyulduğunu izah eder ve yorumlanmasına yardımcı olur. Gerekçeye böyle bir cümle koymuş olmakla hem gerekçenin dışına çıkmış ve hem de amacını aşar şekilde gayretkeşlik yapılmıştır ki, bu da Anayasa Mahkemesi’nin görev alanına müdahale niteliğindedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 11.07.2018 tarih, E.2017/178, K.2018/82 sayılı kararında zorunlu arabuluculuğun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁶ Anayasa Mahkemesinin bu kararı ne yazık ki, ciddi ve ayrıntılı bir içerik ve

⁵Ersin Erdoğan, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, İSGHD, Yıl: 2017, Sayı: 55, s. 1211 - 1242

⁶Resmî Gazete: 11.12.2018/30622

gerekçeden yoksundur. Özellikle iş hukukuna özgü güç eşitsizliği üzerinde yeterince durulmamış, iş hukukunda zorunlu arabuluculuğun iş hukukunun doğasına aykırı olduğu hususu göz ardı edilmiştir. Bu karar üzerinde daha ayrıntılı bir değerlendirmeyi ayrıca yapmak gerekir. Öyle tahmin ediyoruz ki, Anayasa Mahkemesinin bu kararı ileride ayrıntılı inceleme konusu olacaktır. Şimdilik bu karar yayınlanmadan önce konunun Anayasaya aykırılığı üzerinde duran bazı çalışmalardan kısaca bahsetmek isteriz.

Anayasanın 36'ncı maddesi **“Hak Arama Hürriyeti”** başlığını taşımakta ve maddede **“Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”** (Anayasa, md. 36/1) denilmektedir.

AİHS'nin **“Adil Yargılanma Hakkı”** başlığını taşıyan 6'ncı maddesinde de **“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir”** düzenlemesi mevcuttur.

Arbuluculuğun iş uyuşmazlıkları yönünden zorunlu hale getirilmesinin **“hak arama özgürlüğü”** ya da **“adil yargılanma hakkı”** açısından tartışılması ve irdelenmesi gerekir. Bu konuda bir incelemesi yayınlanan usul hukukçusu **Erdoğan**, Anayasa Mahkemesi kararlarından, AİHM kararlarından ve başka ülke mahkemelerinin kararlarından örnekler vererek, zorunlu arabuluculuğun Anayasanın 36 ve AİHS'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır.⁷ Aynı yazar makalesinde İş Mahkemeleri Kanununun 3/12'nci maddesindeki **“Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez”** hükmünü de aynı kriterler açısından inceleyerek, Anayasaya ve AİHS'ne aykırılık olmadığını belirtmektedir.⁸

Aynı konuyu kamuoyuna ilk açıklanan taslak üzerinden ve Anayasaya aykırılık yönünden inceleyen iş hukukçusu Güzel ise Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bazı kararlardan da hareket ederek, zorunlu arabuluculuğun Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmaktadır.⁹

Usul hukukçusu Erdoğan'ın incelemesinde iş hukukunun kendine özgü özelliklerinden ve özellikle de ülkemizdeki iş hukuku sorunlarından bahsedilmeden, soyut olarak zorunlu arabuluculuğun incelendiği görülmektedir. İş hukukçusu Güzel ise iş hukukunun kendine özgü özelliklerini ve ülkemizdeki çalışma ilişkilerindeki sorunları da dikkate alarak inceleme yapmıştır. Özellikle de iş sözleşmesinin tarafları olan işçi ile işverenin eşitsizliğine vurgu yaparak, konuyu bu boyutuyla da incelemiş olması oldukça isabetlidir. Eşit olmayan iki tarafın arabuluculuk masasındaki

⁷Erdoğan, 1211 - 1242

⁸Erdoğan, 1211 - 1242

⁹Ali Güzel, “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum, Sayı: 50, 2016/3, sh. 1131 - 1146

pazarlıkta (yanlarında avukatları dahi olsa) adil sonuçlara ulaşmasının mümkün olmayacağını düşündüğümüzden zorunlu arabuluculuğun “hak arama özgürlüğü”ne kısıtlama getirdiğini ve Anayasaya aykırılık teşkil edeceğini düşünmüyoruz. Zorunlu arabuluculuğun dava şartı olması dava hakkını sınırlayıcı özellik taşıyor. Bu da Anayasaya, uluslararası normlara ve işçinin korunması ve eşitlik ilkesine aykırıdır.¹⁰

4. Zorunlu Arabuluculuk İş Hukukundaki Emredici Hükümleri Bertaraf Edebilir mi?

Arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuk liberal düşüncenin bir ürünüdür. Tarafların bir araya gelerek, aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmeye konusunda özgür iradelerini ortaya koymaları esasına dayanır. Bu nedenle, bizde sözleşme özgürlüğünü esas alan Ticaret Hukuku gibi alanlarda arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesinde önemli bir sıkıntı olmaz ve bu alanlardaki zorunlu arabuluculuk liberal düşünceye de uygun düşer. İş Hukuku, liberal bir alan değildir, sosyal bir alandır. Liberal bir ürün olan arabuluculuğun, liberal olmayan (sosyal) alana monte edilmesi doku uyuşmazlığına neden olacağı açıktır. Doku uyuşmazlığından dolayı da eğreti durması ve zorlamalarla uyumlu hale getirilmeye çalışılması adil olmayan sonuçlara neden olacaktır.

İş sözleşmesinin taraflarında çok ciddi bir güç dengesizliğinin olduğu inkar edilemeyecek kadar büyük bir gerçektir. Esasen 19’uncu yüzyıl vahşi kapitalizminin işçilere dayattığı çalışma koşullarının¹¹ İş Hukuku sayesinde giderek ehlileşmeye doğru evrildiği gerçeğini de unutmamak lâzım. İş Hukukunun çalışma koşullarında ve ücret konusunda işçiyi korumak amacıyla geliştirdiği ve getirdiği nispî ve mutlak emredici hükümler, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan, daha doğrusu sözleşme özgürlüğüne müdahaleyi gerekli kılan düzenlemelerdir. İş Hukuku alanında sözleşme özgürlüğü kuralı geçerli değildir. İşçileri diğer taraf olan sermaye (işveren) karşısında korumak amaçlı nispî ve mutlak emredici hükümler sözleşme ile bertaraf edilemez. Oysa zorunlu arabuluculuk uygulaması ile bu emredici hükümler bir kenara itilmek istenmektedir. Nitekim iş hukukunda uzmanlık eğitimi için hazırlanan ve Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Dairesi’nin İnternet sitesinde yayınlanan bir kitapta **“Arabuluculuk süreci bir yargılama süreci olmadığı için yargılama sürecinde dikkate alınması gereken maddi hukuktaki emredici hükümler arabuluculuk süreci bakımından bağlayıcı olmayacaktır”** denilmektedir.¹² Arabuluculuk uygulamasında da zaten iş hukukundaki nispî ve mutlak emredici hükümlere uyulmamaktadır. Hukukun tarihsel süreçteki evrimi ideal hukuka doğru olması gereken bir süreçtir. Ondokuzuncu yüzyıl vahşi kapitalizminden bu yana emekten yana gelişen ve evrimleşen hukuk, özellikle demokrasiden sapıldığı askeri darbeler ve olağanüstü hal dönemlerinde geriye doğru gitmiştir. İş hukukundaki zorunlu arabuluculuğun da bu geriye gidişteki somut bir adım olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü emek hukuku açısından çok önemli ileri adımlar ve kazanımlar olan emredici hükümler zorunlu arabuluculuk uygulamasında yok sayılmıştır. Bunun iş hukukunda emek adına çok ciddi bir geriye gidiş olduğu açıktır. Bazı örnekleri ileri sürerek, işçilerin bu işten

¹⁰Mustafa Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Bilge Yayınevi, Ankara 2018, sh. 648

¹¹Ondokuzuncu yüzyılda Avrupa’daki çalışma koşulları konusunda bak; **Ahmet Uzun**, “Sanayi Devrimi Esnasında Çalışma Koşulları”, Prof. Dr. Nusret Ekin’e Armağan, Ankara 2000, sh. 203-2018; **Friedrich Engels**, İngiltere’de Emekçi Sınıfın Durumu, Sol Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2010, sh. 185-242

¹²**Talat Canbolat** (editör), İş Hukukunda Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, sh. 12 (<http://www.adb.adalet.gov.tr/ishukukundauzmanlikegitim.pdf>, erişim, 05.02.2018)

daha avantajlı çıktıkları iddia edilebilir ise de, tarihsel süreçteki gelişme ve işçileri koruyan hükümlerin uygulama dışına itilmesinin doğuracağı sonucun işçilerden yana olmayacağı çok açıktır. İşçileri koruyan hükümlerin olmadığı alan, her türlü istismara ve güçlünden yana sonuç doğurmaya müsaittir.

Zorunlu arabuluculuğu savunanlar, işçinin de arabuluculuk görüşmelerine avukatı ile katılabileceğini ve avukatın da bu görüşmelerde işçiyi koruyacağını ileri sürmekte ve istedikleri anda arabuluculuk görüşmelerinden çekilebileceğini belirtmektedirler. Bu argümanın ilk bakışta sıkıntıları giderici gibi görüldüğü söylenebilir de, dikkatlice düşünüldüğünde tatmin edici bir argüman olmadığı görülecektir. Şöyle ki, işçi arabuluculuk görüşmelerine avukatı ile katılacaksa, işine son verilmiş işçinin avukat masrafına katlanacağı gerçeği de ortaya çıkacaktır. Avukatı ile katılsa dahi, işine son verilmiş bir işçinin evine ekmek götürme sorumluluğu, bankalara olan kredi borcunu ödeme yükümlülüğü, çocuklarının okul masrafı, zorunlu giderlerin karşılanması gibi gerçekler karşısında, işverenin teklif edeceği daha az ödemeyi kabul etmek gibi bir “**kerhen kabul**” ile sonuçlanması çok büyük ihtimaldir. Uygulama da bu yönde işlemektedir. Buradaki “**kerhen kabul**” bir özgür irade değil, işçi açısından koşulların ve imkânsızlıkların dayatmasıdır. Böyle bir arabuluculuk sürecinin adil olduğu söylenemez. Esasen öğretide de taraflar arasındaki güç dengesizliğinin doğuracağı adaletsizliğe hukukçular tarafından vurgu yapılarak ciddi eleştiriler getirilmiştir.¹³

John Steinbeck'in *Fareler ve İnsanlar*'ını okuyanlar hatırlayacaktır; iri yarı, güçlü kuvvetli bir tarım işçisi olan Lennie, akılcı noksan ve saf bir adamdır. Fare yavrusunu ve köpek yavrusunu sevmek isterken, okşayarak öldürmekte, daha doğrusu ölümüne sebep olmaktadır. Aynı şekilde çiftlik sahibinin gelini olan kadını da okşarken, boğazını sıkarak öldürür. Aslında Lennie'nin öldürmek gibi bir kastı yoktur, ama kadının ölümüne sebep olmuştur. Zorunlu arabuluculuk sahnesinin de, işçilerin “okşanarak” sevilmesi şeklinde gerçekleşeceği endişesi bir çok kişide mevcuttur. Örneğin asgari ücretten az ücret ödemek kamu düzenini ihlal anlamına gelmektedir, ancak zorunlu arabuluculukta işçinin asgari ücretten daha az bir ücrete razı olma ihtimali (içinde bulunduğu koşullar nedeniyle) her zaman mevcuttur ve bu durum adil bir sonuç değildir.

5. Zorunlu Arabuluculuk Görüşmelerinde İşçi Gerçek Anlamda Özgür müdür?

Arabuluculuk görüşmeleri tarafsız olan arabulucunun nezaretinde ve görünüşte özgür bir ortamda yapılmaktadır. Özgür olan taraflar, taleplerini karşı tarafa doğrudan veya arabulucu vasıtasıyla iletirler. Karşı taraf da bu talebi, kendi özgür iradesi ile kabul eder veya reddeder. Her iki taraf da teklifler üzerinde düşünmek ve danışmak için süre de isteyebilir. Bütün bu gelişmeler görünüşteki özgür ortamda cereyan eder. Ancak sürekli olarak vurguladığımız üzere, tarafların ekonomik güçleri eşit değildir. Taraflardan birisi emeği ile geçinen ya da geçinmeye çalışan bir işçi, diğer taraf ise elinde sermayeyi bulunduran işverendir. İşçinin geçimini temin etmek, zorunlu ihtiyaçlarını giderebilmek için acil paraya ihtiyacı vardır.

¹³Necdet Okcan, “İş Mahkemesi Kanunu Değerlendirmesi”, Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2017, Sayı: 167, s. 12- 15

Zorunlu ihtiyaçları için acil paraya ihtiyacı olan bir işçinin, hakkı olan gerçek miktardan daha az bir miktara razı olması mümkündür ve uygulamada da bu durum görülmektedir. Az da olsa, parasını bir an önce almak düşüncesi, zorunlu ihtiyaçların bir dayatmasıdır. Böyle bir dayatmanın olduğu yerde var olduğu söylenen özgürlük, sadece görünüşteki özgürlüktür. Böyle bir müzakerede gerçek anlamda özgürlük yoktur. Elbette, bu şekilde teklif edilen daha az paraya her işçinin razı olduğunu söyleyemeyiz. Acil ihtiyaç içinde olmayanlar ya da işi sonuna kadar götürmeye niyetli olanlar zaman baskısına dayanmayı tercih etmektedir. Ancak önemli bir işçi kesiminin, acil ihtiyaç dayatması karşısında hakkından daha azına razı olmak zorunda kaldığı da biliniyor ki, bu da işçinin ekonomik özgürlüğünün olmadığı anlamına gelmektedir. Bu durumda arabuluculuk görüşmelerindeki özgürlüğün görünüşte özgürlük olduğunu söyleyebiliriz.

Esasen liberal bir ürün olan arabuluculuğun, liberal olmayan (sosyal) bünyeye monte edilmesi doku uyumsuzluğuna neden olmakta ve iş hukukunda eğreti durmaktadır. Üstad **Cemil Meriç**'in liberal özgürlükle ilgili tespit ve benzetmesini hatırlayalım. Üstada göre, liberalizmin göklere çıkardığı özgürlük, özgür bir küme, özgür bir tilkinin özgürlüğüdür.¹⁴ Böyle bir küme tavukların ne kadar özgür olduklarını düşünürsek, zorunlu arabuluculukta da işçinin ne kadar özgür olduğunun belki farkına varmış oluruz. **George Orwell**'in despot yönetimlerin mizahi eleştirisi olan *Hayvan Çiftliği*'nden esinlenen **Uğur Mumcu**'nun Liberal Çiftlik isimli eserindeki Büyük Reis Domuz'un konuşmasındaki **“Dün gece bir düş gördüm, size bu düşü anlatmak istiyorum. (...) Öyle bir düş ki, dünyada her şey serbest, her şey pazarlığa bağlı, hiç müdahale yok, hiç engel yok”**¹⁵ demesine benzer şekilde, zorunlu arabuluculuk da esasında işçinin alacağı için işverenle parasal pazarlık yapmasından başka bir şey değildir. Her şeyin pazarlığa indirildiği zorunlu arabuluculuk düzeninde zayıf olan işçiye, “mahkemeye gidersen davan üç sene sürer, sen de üç sene sürünürsün” denilerek tehdit altında “zorunlu barış” anlaşmasına gidilmesi öngörülmektedir.

6. Avukatı İşçinin Hakkını Koruyabilir mi?

Arbuluculuk görüşmelerinde tarafların güç dengesizliğinden dolayı işçilerin zarar göreceği eleştirisine cevap vermeye çalışanların karşı argümanı “işçinin avukatı ile görüşmelere katılması halinde, avukatın işçiyi koruyacağı” şeklindedir. İşine son verilmiş işçiye avukat masrafı yüklemek anlamına gelen bu argümanın aslında çok da yanlış olduğu söylenemez. Çünkü arabuluculuk görüşmesi yapmaya zorlanan işçi, vahşi hayvanlara dolu bir ormandaki (av sahasındaki) zavallı bir av hayvanından başka bir şey değildir. Ondokuzuncu yüzyılın vahşi kapitalizmi, iş hukukunun emredici kuralları ile ehlileştirilmiş ve işçiler korumaya alınmıştı. Arabuluculuk müessesesi ile bu koruma kuralları bir yana itildiğinden, işçi av sahasında korumasız kalmıştır. İşte korumasız işçinin arabuluculuk masasında yem olmaktan kurtulmasının tek ümidi avukatıdır. Burada avukatın vicdanı da çok önem arz etmektedir. Vicdanının sesini dinleyen avukat, temsil ettiği işçinin tek kuruluşunun yenmesine izin vermemelidir. İşçinin parasal alacağı üzerinde eksiltme şeklindeki bir pazarlığa girmemeli, ya tamamını ya da daha fazlasını istemelidir. Zaten zorunlu

¹⁴Cemil Meriç, Mağaradakiler, 28. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, sh. 227

¹⁵Uğur Mumcu, Liberal Çiftlik, Umag Yayını, 27. Baskı, Ankara 2014, sh. 5

arabuluculuğu savunanlar, verdikleri örnekte, işçinin 8 bin lira istediğini, işverenin 10 bin lira verdiğini, bu şekilde anlaşarak mutlu mesut el sıkışarak ayrıldıklarını anlatıyorlar. Her ne kadar bu örnek Türkiye gerçeği ile örtüşmüyor olsa da, böyle bir anlaşma ülke gerçekleri karşısında yüzde birden daha az ihtimalde olsa da, işçinin avukatı bu örnekteki gibi, işçinin hakkını tam olarak ya da daha fazlası ile almalıdır.

İşçi ile işverenin bulunduğu arabuluculuk masasında işçinin acil paraya ihtiyacı olduğu gerçeği karşısında, işverenin daha az para ile pazarlık etmesi karşısında, işçinin avukatı temsil ettiği kişinin hakkını korumalı ve işçinin elinin mahkemelerde daha güçlü olduğunu işverene hatırlatmalıdır. Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların istedikleri an masadan kalkma hakları olduğunun bilinci içinde hareket edilmeli, masadan kalkma konusunda çekingen davranmamalıdır. İşçinin avukatından beklenen vicdani sorumluluğun aynısını arabulucudan da beklemek gerekir, aynı vicdani sorumluluk arabulucu için de geçerlidir.

Burada önemle hatırlatmak istediğimiz bir husus daha var; işçinin, avukatı olmadan ya da avukatını dışlayarak arabulucu ile görüşmemesinde büyük yarar vardır. Çünkü avukatının yokluğunda, işçinin acil paraya ihtiyacı vurgulanarak çabuk ikna edilmesi mümkündür. Oysa yanında avukatı olursa, ya da sadece avukatı görüşmeyi yaparsa, işçinin mahkemede elinin daha güçlü olduğu vurgulanacaktır. Bu nedenle de işçinin hakkının yenmesi engellenmiş olacaktır. Esasen arabulucuların, “anlaşma sağlamayı” başarı olarak kabul ettiklerini görüyoruz. Anlaşma sağlamak başarı değildir, işçinin hakkının tam ya da daha fazlası ile alınması başarıdır. Arabuluculuk görüşmelerinde avukatın da arabulucunun da vicdanının sesini dinlemesini, işçinin alacağını kurtlar sofrasında pazarlık konusu yaparak eksik ödemeye sebep olmamaları gerektiğini özellikle ve önemle vurgulamak isteriz.

7. Taraflar Masayı İstedikleri An Terk Edebilir mi?

Arabuluculuk görüşmeleri esnasında tarafların görüşmeyi istedikleri anda bırakmak, masayı istedikleri anda terk etmek gibi bir haklarının olduğu bir gerçektir. Zorunlu arabuluculuğu savunanalar da “işçinin bu görüşmelerden zararlı çıkacağı” eleştirisi karşısında, hemen bu argümanı dile getirip, işçinin isterse hemen anlaşma masasını terk edebileceğini söylüyorlar. İşçinin anlaşmak zorunda olmadığı, isterse hemen görüşmeyi kesebileceği sürekli olarak dile getiriliyor. Bu iddia doğru olmakla birlikte, işçinin işine son verilmiş olduğu bir ortamda, ailesini geçindirmek, evine ekmek götürmek gibi bir önemli sorumluluğu olduğu unutuluyor. Böyle bir sorumluluk altında bulunan işçinin görüşmeyi kolayca bırakabileceği görüşü gerçekçi görünmüyor.

Hemen belirtelim ki, işçinin görüşme masasından hemen kalkabileceğini savunanlar, ilk toplantıda anlaşma sağlanamamış olmasından da rahatsızlık duyarak, işçinin hemen kalkması halinde görüşmenin hemen bitirilmemesini, daha sonraki görüşmelerin mutlaka yapılmasını önerdikleri görülmektedir. Bu da “işçinin masadan hemen kalkabileceği” argümanında da samimi olmadıklarını göstermektedir. Esasen görüşmeleri uzatmanın tek amacı, işçinin alacağı üzerinde pazarlık yaparken,

¹³Necdet Okcan, “İş Mahkemesi Kanunu Değerlendirmesi”, Güncel Hukuk Dergisi, Kasım 2017, Sayı: 167, s. 12- 15

işçiyi yumuşatma sürecine almaktır. Oysa işçi isterse ilk görüşmeden ve ilk görüşmenin ilk dakikalarında dahi görüşmeyi bırakabilir. İşçiyi daha sonraki görüşmelere zorlamamak gerektiğini düşünüyoruz.

8. Zorunlu Arabuluculuğu Hangi Taraf İstiyor?

Zorunlu arabuluculukla ilgili yasanın gerekçesinde, buna neden ihtiyaç duyulduğu izah edilirken, yargının yükünün azaltılması ve davaların uzun sürmesi gibi sebeplerden bahsedilmektedir. Yargılama ve adaleti temin etmek devletin asli görevlerindedir ve bu gerekçeler, işçinin alacak hakkı üzerinde pazarlık yapılmasından başka bir şey olmayan zorunlu arabuluculuğun gerekçesi olamaz.

Buradaki gerçek amaç, bir işveren temsilcisinin basına yansıyan açıklamasında çok açık ve somut şekilde görülmektedir. Mersin’de Ticaret ve Sanayi Odası, bir arabuluculuk ofisi açtı ve açılıшта TOBB Başkanı Rıfat Hisarcıkıoğlu; **“iş mahkemelerindeki davaların yüzde 99’u işveren aleyhine sonuçlanıyor. Bu durumda insanın aklına şu soru geliyor. Bu ülkede işverenlerin, müteşebbislerin hepsi mi haksız? Bu nedenle devrim niteliğindeki arabuluculuk uygulaması bu soruna da çözüm üretecektir”** dediğini görüyoruz.¹⁶ Görüldüğü üzere bir işveren temsilcisi, iş mahkemelerinde davaların yüzde 99’unu kaybettiklerini söylüyor ve **“devrim niteliğinde”** dediği arabuluculuğun sorunlarını çözeceğini belirtiyor. Hisarcıkıoğlu, TOBB’un 74’üncü Genel Kurulunda yaptığı konuşmada daha da açık konuşarak, iş davalarında zorunlu arabuluculuğun getirilmesini kendilerinin sağladığını ifade etmiştir. Konuşmasında aynen şöyle demiştir; **“Büyük sıkıntı yaşadığımız bir başka alan, yargı sistemiydi. Özellikle iş mahkemelerindeki davalarda, işveren yüzde 99 haksız çıkıyordu. Bunu değiştirmek üzere, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya alınmasını sağladık. Aylar, hatta yıllar süren davalar, artık günler-haftalar içinde çözülüyor.”**¹⁷ Açıkça anlaşılıyor ki, iş hukukunda zorunlu arabuluculuk işveren lobisinin isteği ile getirilmiştir. Bu durum aslında konunun sınıfsal temelini de bariz göstergesidir. İşçi sınıfı işverenlerin isteği ile pazarlık masasına zorla getirilip, zorla razı edilmeye çalışılmaktadır. Anlaşılıyor ki, konuyu arabulucuya götürmenin gerçek amacı, iş uyuşmazlıklarını haksız çıktıkları mahkemelerden kaçırmaktır. Arabulucu önüne gelen konunun özü, işçinin alacağı üzerinde eksiltme yoluyla pazarlık yapmaktan ibarettir ve bu pazarlıktan işverenlerin kazançlı çıkacaklarını Hisarcıkıoğlu’nun söylediklerinden anlıyoruz.

9. Zorunlu Arabuluculukta Tarafsızlık Ne Kadar Mevcut?

Yasal olarak arabulucunun tarafsız olması ve tarafgirliği gösteren davranışlardan kaçınması gerekir. Nitekim Arabuluculuk Yasasında da tarafsızlığa vurgu yapılmaktadır (md. 9). Arabuluculuk eğitimlerinde sürekli olarak arabulucunun tarafsız olması vurgulanmaktadır. Hatta müzakerelerin mümkünse, tarafsızlığı simgeleyen yuvarlak masada yapılmasından da bahsedilmektedir. Nitekim Arabuluculuk Daire Başkanlığının bastırıldığı kitaplarda da tarafsızlığın simgesi olan yuvarlak masanın tercih edilmesi öneriliyor.¹⁸ Yine Bakanlığın yayınlarında

¹⁶[http://www.hurriyet.com.tr/hisarcikioğlu-mahkemelerin-is-yuku-cok-fazla-40777421](http://www.hurriyet.com.tr/hisarcikioглу-mahkemelerin-is-yuku-cok-fazla-40777421) erişim 23.04.2018

¹⁷<http://www.diken.com.tr/tobb-baskani-engel-kaldirmis-davalarda-haksiz-cikiyorduk-arabuluculuğu-getirdik/> erişim 17.12.2018

¹⁸Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı El Kitabı, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Kasım 2017, sh. 114

arabuluculuk görüşmelerinin tarafların kendi mekanlarında da yapılabileceği belirtilmekle birlikte, **“Her durumda, arabulucu tarafların tarafsız bir yerde buluşmalarını tercih edecektir”** deniyor ve tarafların, istemediği bir yere gitmeye zorlanmaması gerektiğinden bahsediliyor.¹⁹ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın hazırladığı Türkiye **Arabulucular Etik Kuralları**'nın **“Tarafsızlık”** başlıklı 3. Maddesinin son cümlesi **“Arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk sürecini arabuluculuğa uygun tarafsız bir yerde yürütmelidir”** şeklindedir.²⁰

Tarafsızlık bu şekilde izah edilirken, uygulamada işveren kuruluşlarının arabuluculuk bürosu açtığını ve Adalet Bakanlığı bürokratlarının da açılış kurdelesini kestiğini görüyoruz. Mersin'da Ticaret ve Sanayi Odası'nın arabuluculuk ofisi açmasının, arabuluculuk görüşmesi için işçiyi ayaklarına çağırılmaktan başka ne anlama geldiğini kim nasıl izah edebilir? İşçi – işveren uyumsuzluğunda zayıf olan işçinin, işverenin kuruluşuna çağırılmasının adı **“deplasmanda oynamak”** anlamına gelmez mi? Böyle bir mekanda işçi nasıl bir psikolojide olur? Taraflara çay kahve getiren eleman da işverenin çalışanı ise durumu nasıl değerlendireceksiniz? Böyle bir müzakerenin tarafsız yürütülebildiği söylenebilir mi? Bu durum karşısında, zorunlu arabuluculuğun işçiye kurulmuş bir pusu olduğunu söylersek sanırım abartmış sayılmayız.

10. Arabuluculuk Sürecinde İş Yargısı Neden Dışlandı?

Türkiye'deki arabuluculuk pratiği, işçileri koruyan emredici hükümleri dışlamakla kalmadı, iş yargısının konuya müdahil olmasını da bilinçli bir tavırla engelledi. İş davalarının iş mahkemelerinde değil, öncelikle ve zorunlu olarak arabulucuda görüşülmesi isteği tamamen işveren kesiminin isteğidir. İşverenler, siyasal iktidara olan yakınlıklarını kullanarak iş uyuşmazlıklarında iş mahkemelerini devre dışı bırakma arzularını arabuluculuk sayesinde sağlamışlardır. Bu amaçlarını kamuoyundan gizleme gereği dahi duymamışlar, bazı platformlarda net şekilde ifade ve itiraf etmişlerdir. Patronlar kulübünün Başkanı olarak bilinen Rifat Hisarcıkıoğlu'nun konuşmasına yeniden göz atalım:

“Büyük sıkıntı yaşadığımız bir başka alan, yargı sistemiydi. Özellikle İş Mahkemelerindeki davalarda, işveren yüzde 99 haksız çıkıyordu. Bunu değiştirmek üzere, zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulamaya alınmasını sağladık. Aylar, hatta yıllar süren davalar, artık günler-haftalar içinde çözülüyor. Bu vesileyle, bizlere her zaman destek olan Sayın Cumhurbaşkanımıza, Başbakanımıza, Bakanlarımıza ve Meclisimize, bizimle birlikte çalışan, emek veren bürokratlarımıza, camiamız adına teşekkür ediyorum.”²¹

Sayın Hisarcıkıoğlu'nun bu beyanları, bir gerçeğin ifadesi olduğu kadar bir gerçeğin itirafıdır. Bu ifadeler sahada iyi niyetle arabuluculuk yapan arabulucuları üzdüğü gibi töhmet altında da bırakmıştır. Burada açıkça **“iş mahkemelerinde haksız çıkıyorduk, bunun için arabuluculuğu biz istedik ve getirilmesini biz sağladık”** diyor. Bu ifadelerde, mahkemede haksız çıktıkları uyuşmazlıkları, mahkeme önünden

¹⁹Andrew Goodman, Arabuluculukta Etkili Taraf Vekilliği, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Temmuz 2017, sh. 98

²⁰http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html

²¹<https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=23358&lst=MansetListesi> erişim 01.07.2018

kaçırarak arabulucunun önüne getirilmesini sağladıkları anlamı çıkmaktadır. Arabulucuları töhmet altında bırakan bu ifadeler karşısında Adalet Bakanlığında ve arabuluculuğu topluma empoze etmek misyonunu üslenmiş olan Arabuluculuk Daire Başkanlığından hiçbir ses çıkmamıştır. Esasen Daire Başkanının Hisarcıklioğlu ile birlikte işverenlerin açtığı arabuluculuk ofisinin açılışında kurdele kesme merasimlerine katıldığı görüldüğünden, kendisinden Hisarcıklioğlu'na ses çıkarması da beklenmemektedir. İşverenler, siyasal iktidardan iş davalarında zorunlu arabuluculuğun getirilmesini istediler, siyasal iktidar da bu isteklerini yerine getirdi.

İş yargısının devre dışı bırakılmasını, icra edilebilirlik şerhi konusunda da çok net olarak görmekteyiz. İş uyuşmazlıkları ile ilgili anlaşma tutanaklarının icra edilebilirlik şerhinin iş mahkemelerine verilmesi gerektiği izaha dahi muhtaç olmayacak kadar açık bir konudur. Nitekim 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun ilk halinde, 18'inci maddenin 2'nci fıkrasının ikinci cümlesi "*Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir*" şeklinde idi.²² Yani bu yasa hükmüne göre iş uyuşmazlıklarına ilişkin icra edilebilirlik şerhi iş mahkemesinden, tüketici uyuşmazlıklarında tüketici mahkemesinden, ticari uyuşmazlıklarda ticaret mahkemesinden talep edilecekti ve olması gereken de zaten bu idi.

Ancak, çok vakit geçmeden işverenlerin arabuluculuğu kötüye kullandığı ve işçileri tuzağa düşürdükleri görüldü. Bazı işverenlerin işçilere her zaman yaptıkları gibi okutmadan belge imzalattığı, bu belgelerin içinde arabuluculuk tutanağının da olduğunu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi fark etti. Yargıtay kararına konu olan olayda işçinin işverenin muhasebecisinin yanına çağrıldığını ve tanımadığı bir kişinin de orada olduğunu, okumasına izin verilmeden bir kısım belgeler imzalatıldığı, arabulucunun kendisine soru sormadığını, tutanağın bir nüshasının da kendisine verilmediğini beyan ettiği, bu olayla ilgili icra edilebilirlik şerhine konu davanın Yargıtay 9. HD'nin önüne geldiği ve şu şekilde karar verildiği görülmektedir;

"6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır. Şukadarki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir." hükmü düzenlenmiştir. Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında "...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür." düzenlemesine yer verilmiştir. 6098 sayılı TBK.'un bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda

²²Resmi Gazete: 22.06.2012/28331

uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriğı itibari ile arabuluculuğa ve niteliğı itibari ile de cebri icraya elverişli değildir.”²³

Yargıtay’ın bu kararı işverenlerin işçiye kurduğı tuzağı ortaya çıkarmıştı. Bu tuzağın Yargıtay 9. HD tarafından afişe edilmesi Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığını telaşlandırdı, çünkü övgü ile anlattıkları arabuluculuk müzakerelerinin işçi açısından bir tuzak olduğı bu şekilde sürekli olarak Yargıtay kararlarına konu olursa, makyajladıkları arabuluculuğun makyajı silinmiş olacak ve gerçek çehre ortaya çıkacaktı. Buna engel olunmalı idi. Hemen girişimde bulundular ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18’inci maddesinin değiştirilmesini sağladılar. Daha önceki düzenlemede icra edilebilirlik şerhini “asıl uyuşmazlıktaki görevli ve yetkili mahkeme” verirken, bu defa ilgisiz ve bilgisiz bir mahkeme olan sulh hukuk mahkemesine görev verdiler. Bu değişiklikle iş uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri ve Yargıtay’ın iş daireleri sürecin dışında tutulmuş oldu. Sulh hukuk mahkemelerinin çalışma ilişkisi konusunda bilgi ve deneyimi olmadığı, işçilere okutulmadan bir takım belgeler imzalatıldığı ve bu belgeler arasında arabuluculuk tutanaklarının da olabileceğı gibi ülke gerçeklerinden habersiz olduğı da düşünüldüğünde, iş mahkemelerinin ve Yargıtay’ın İş Dairelerinin dışlanmış olmasının amacı daha iyi anlaşılmaktadır.

²³(Yargıtay 9. HD, 08.12.2016, E.2016/25300, K.2016/21744) <http://kazanci.com.tr/gunluk/9hd-2016-25300.htm>, erişim 09.01.2018

SONUÇ

Zorunlu arabuluculuğun yargının yükünü azalttığı ve uyuşmazlıkları kısa sürede sonuçlandığı görüşü doğru olmakla birlikte, yargının alternatifi olarak düşünülmesi özellikle iş hukuku açısından adil sonuçlar doğurmamaktadır. Yargının yükünü azaltmak ve kısa sürede “çözüm” üretmek için işçinin hakkının pazarlık konusu edildiği bir gerçektir. Liberal hukuk alanı olan Ticaret, Borçlar, Tüketici Hukuku gibi alanlarda uygulanmasında sakınca olmayabilir, ancak iş hukukunun yüzyıllarca süren evrimi sonucunda kazanılmış kurallarını bertaraf ederek, işçi alacaklarını parasal pazarlığa indirgemekten başka anlamı olmayan zorunlu arabuluculuğun, iş hukuku alanından çıkartılması, adil olmanın bir gereğidir. Çünkü zorunlu arabuluculuk iş hukukunun doğasına aykırıdır. İş hukukunda zorunlu arabuluculuk, hukukun olumlu evrimi değil, geriye gidiştir. Çünkü yüzyılların kazanımı olan, emek mücadelesi sonucunda elde edilmiş bir çok hak, zorunlu arabuluculuk ile yok sayılmıştır. Arabuluculuğun çok başarılı olduğu yönünden göz boyamaya yönelik bazı istatistikler yayınlanmaktadır. Adalet Bakanlığı'nın bu istatistikleri gerçeği gizlemektedir. Anlaşmayla sonuçlanan görüşmelerin yüzde kaçında işçinin gerçek hakkını aldığı yönünde bir tek istatistik yayınlanmamıştır, yayınlanamaz da. Çünkü arabuluculuk görüşmelerinde “gizlilik” denilen bir kural vardır ve gizliliğin ihlali halinde hukuki ve cezai yaptırım söz konusudur. Tuzaklarla dolu av sahasına sürülen işçinin hakkı sadece vicdan sahibi taraf vekilleri ve vicdan sahibi arabulucunun insafına kalmıştır. Kaç kişi bu vicdana sahiptir bilemiyoruz. Sahadaki uygulamalardan biliyoruz ki, kolundan tutulan işçileri bazı arabuluculuk ofislerine sürüklenmekte ve bazı belgeler imzalatılmaktadır. Bu belgeler arasında arabuluculuk anlaşma tutanakları da mevcuttur. Bu şekilde işçilerin hakları gasp edilmektedir. Sendikaların ve işçi kesiminin bu sorunu ayrıntılı şekilde dile getirmesi gerekir. İleride büyük sıkıntılara neden olacak bu uygulamanın bir an önce gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi gerekir.

Belirtelim ki, bu makalemizde sadece iş hukukunda zorunlu arabuluculuğu eleştirdik, buradan hareketle iş hukukunda ihtiyari arabuluculuğa taraftar olduğumuz anlamı çıkartılmasın. Zira iş uyuşmazlıklarında ihtiyari arabuluculuk çok daha tehlikeli olarak kullanılmaktadır. İşçiye bunun ihtiyari olduğu dahi söylenmeden tutanaklar imzalatılmaktadır. Ancak bu konu ayrı bir yazı konusu olacak kadar önemli, geniş ve dramatiktir.





ÇEK KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE GETİRDİKLERİ

Av. Ruhum Özgen CAN

Ticari hayatımızın olmazsa olmazı haline gelen çek, özellikle ülkemizde tüzel ve gerçek kişiler yönünden ticari alışverişlerde sıklıkla kullanılan enstrümanların başında gelmektedir.

Hal böyle olunca bu yöndeki yoğun talebe bağlı olarak da çek ile ilgili olarak zaman içerisinde çeşitli yasal düzenlemeler yapılmış olup bunların sonuncusu da Torba Kanun olarak tarif edilen YATIRIM ORTAMININ İYİLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN [Kanun Numarası: 6728 Kabul Tarihi: 15/7/2016 Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 9/8/2016 Sayı: 29796] ile hayatımıza girmiştir.

Önemle belirtmek isteriz ki, gerek ticari gerekse de günlük hayatımızda ödeme aracı olarak önemli bir yere sahip olan çek ile ilgili düzenlemenin Torba Kanun olarak değil de bunlardan bağımsız bir şekilde ve üzerinde titizlikle çalışılarak, uygulayıcılardan da görüş ve teklifler alarak, bir oldu bittiye getirilmeden çıkarılmasıydı. Maalesef ülkemizde uzun bir süredir yasal düzenlemelerin Torba Kanun şeklinde çıkarılması beraberinde bir dizi sorunları da getirmekte olup yazımızın ilerleyen aşamalarında bu hususlara etraflıca değinilecektir.

Mezkur yasal düzenleme ile 5941 sayılı Çek Kanununda önemli değişiklikler yapılmış olup bunlar içinde en önemlisi ise pek tabii ki “Ekonomik suça ekonomik ceza” ilkesinden sarfınazar edilerek yeniden hapis cezası yolunu açan düzenlemenin getirilmiş olmasıdır. Nitekim değişiklikten sonra ki 5941 sayılı Yasa'nın 5/1.md.si şu halini almıştır.

Ceza sorumluluğu, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı

(1) MADDE 5 – (1) (Değişik: 15/7/2016-6728/63 md.) Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, [çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticari işlerde temerrüt faizi oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile takip ve yargılama gideri toplamından] az olamaz. [İPTAL AYM,E.2016/191-K.2017/131-26.07.2017/RG.Yayın Tarihi:10.10.2017] Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder. Yargılama sırasında da resen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek

düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı, çek hesabı sahibi gerçek veya tüzel kişi, bu tüzel kişi adına çek keşide edenler ve karşılıksız çekin bir sermaye şirketi adına düzenlenmesi durumunda ayrıca yönetim organı ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkilileri hakkında uygulanır. Koruma tedbiri olarak verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yapılan itirazlar bakımından 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 353 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanır. Bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353 üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. Bu davalar çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesinde görülür.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere çekin kanuni ibraz süresi içerisinde muhatap bankaya ibraz edilip “**KARŞILIKSIZDIR**” işlemi yapılması neticesinde buna sebebiyet veren çek hesap sahibi olan gerçek veya tüzel kişi yetkilisi/yetkilileri hakkında, *1- Çekin yazıldığı yer 2- Müştekinin yerleşim yeri 3-Hesap sahibin yerleşim yeri 4-Muhatap banka şubesinin bulunduğu yer* İcra Ceza Mahkemesince [ANKARA BAM 9.CD-E.2016/92-K.2016/99,T.22.11.2016,İZMİR BAM 11.CD.,07.04.2017 T.,2017/871 E.-2017/572 K.]“, şikâyet dilekçesinde şirket yetkilisi ve yetkililerinin açık kimlik bilgilerinin de belirtilmesi kaydı şartıyla hamilin şikâyeti” üzerine 1.500,00 güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

Çek hesap sahibi hakkında verilecek Adli Para Cezası, madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere çekin karşılıksız kalan kısmı, ibraz tarihinden itibaren karşılıksız kalan kısma işleyecek ticari temerrüt faizi ile icra takibi başlatılmış ise icra takip gideri ile yargılama giderleri toplamından az olamayacaktır. Eğer müşteki hamil tarafından suça konu çek ile ilgili olarak herhangi bir icra takibi başlatılmamış ise verilecek adli para cezasının belirlenmesinde takip gideri kalemi dışındaki diğer kalemler toplamından az olmayacak şekilde hüküm tesis edilecektir. Ancak 5/1.md.nin ikinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi tarafından, E.2016/191-K.2017/131-26.07.2017/RG.Yayın Tarihi:10.10.2017 kararı uyarınca icra/iflas takip ve yargılama giderleri ile işleyecek ticari temerrüt faizinin önceden belirlenmesinin mümkün olmadığı, sanık yönünden belirlilik içermediği ve cezanın miktar bakımından öngörülemeyen olduğu gerekçeleri ile Anayasa 38.md.sine aykırılıktan iptal etmiştir. **BUNA GÖRE ARTIK İCRA CEZA MAHKEMELERİNCE SADECE ÇEKİN KARŞILIKSIZ KALAN MİKTARI ÜZERİNDEN SANIK HAKKINDA ADLİ PARA CEZASINA HÜKMEDİLECEKTİR.**

AYM'nin vermiş olduğu kısmen iptal kararına ilişkin eleştirilecek pek çok yön bulunmaktadır. Ticari temerrüt faizinin hangi tarihe kadar işleyeceği konusunda kanun metninde netlik olmadığı yönündeki tespit tartışılabilir olmakla birlikte icra takip ve yargılama giderlerinin belirsiz olduğu yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Özellikle icra takip dosyası açılan çekler ile ilgili olarak bilirkişi incelemesine bile gerek kalmaksızın ilgili icra dairesinde Dosya Kapak Hesabı UYAP sistemi üzerinden kolaylıkla temin edilebilmektedir.Yine yargılama giderleri olarak

yapılan masraflar ile hükmedilecek vekalet ücreti yönünden de bir öngörülemezlik ve/veya belirsizlikten bahsetmek mümkün değildir. Görünen o ki, AYM'nin vermiş olduğu işbu karar önümüzdeki günlerde de tartışılmaya devam edecektir.

Çek hesap sahibinin tüzel kişi olması halinde, önceki düzenlemelerden farklı olarak ÇEKİN MUHATAP BANKAYA İBRAS EDİLDİĞİ TARİH İTİBARIYLA ticari işletmenin mali işlerini yürütmekle görevlendirilen yönetim organının üyesi, böyle bir belirleme yapılmamışsa yönetim organını oluşturan gerçek kişi veya kişiler hakkında adli para cezasına hükmedilecektir. Hal böyle olunca, örnek vermek gerekirse çeki 90 gün vadeli keşide eden şirket yetkilisi, çekin keşide tarihi gelmeden önce şirket yetkilisi sıfatını kaybetmesi halinde çeki imzalayan bu kişi değil, ibraz tarihinde şirketin yetkilisi olan kişinin/kişilerin sorumluluğuna gidilecektir. Sadece koruma tedbiri olarak “çek düzenleme ve çek hesap açma yasağı” verilirken hesap sahipleri dışında çeki keşide edenin farklı kişi olması halinde ayrıca bu kişi hakkında da işbu yasaklama talep halinde veya Mahkemece re’sen tatbik edilecektir. Yine ticari şirketin birden fazla imzaya yetkili temsilcisi olması halinde de *çeki sadece imzalayan keşideci şirket yetkilisi/temsilci değil diğer yetkililer/temsilciler hakkında da ibraz tarihinde çek bedelini çek hesabında bulundurmamaktan dolayı mahkumiyet hükmü tesisi edilecektir.* Ayrıca önceki düzenlemelerden farklı olarak hakkında Çek düzenleme ve çek hesap açma yasağı kararı verilen gerçek kişinin yetkilisi olduğu başka bir tüzel kişiye de banka tarafından çek defteri artık verilmeyecektir. [Madde 2/4] İşbu düzenleme gayet yerinde olmuştur. Nitekim uygulamada, yasak kapsamına giren şirket yetkilisi, hemen yeni bir şirket kurup bankalardan çek defteri alabilmekte ve ticari hayatına kaldığı yerden devam edebilmekteydi. Artık bu düzenleme ile birlikte kötüniyetli hareket eden kişilerin önü kısmen de olsa kapatılmıştır. Kısmen diyoruz çünkü madde metnine “yönetim organında görev yaptığı veya yetkilisi olduğu” ibaresi yanına “ortağı olduğu” ibaresi de eklenmiş olsaydı çok daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi, Madde 5/1 ikinci cümleyi iptal etmesine rağmen işbu kısım ile doğrudan bağlantılı olan Madde 6/1 ile ilgili bir tasarruf yapmamıştır. **5941 sayılı Yasa'nın (1) MADDE 6 – (Değişik: 15/7/2016-6728/64 md.)** “(1) Karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında, a) Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, b) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına, karar verilir” hükmedilmiştir.

Madde 6 metninden de anlaşılacağı üzere yargılama devam ederken çek hesap sahibinin çekin ibraz tarihinden fiilen ödeme tarihine kadar hesaplanacak ticari işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödenmesi halinde davanın düşmesine, mahkumiyet kararının kesinleşmesinden sonraki infaz devresinde tamamen ödenmesi halinde hükmün bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkmasına karar verilecektir. Mahkumiyet ilamının kesinleşip infaza girmesi halinde ise eğer icra takip dosyası varsa oradan alacağı Tahsilat Makbuzunu

[çekin karşılıksız kalan kısmı ile ödeme tarihine kadar işleyecek ticari temerrüt faizi ile birlikte] kararı veren ilgili İcra Ceza Mahkemesi kalemine ibraz edip infazın bütün sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılmasını sağlayacak; hesap sahibi sanık hakkında yakalama varsa derhal kaldırılacak ve yine koruma tedbiri olarak verilen Çek hesap açma ve düzenleme yasağı kararları da 5/8.md.deki usullere göre MERSIS ile Risk Merkezi aracılığıyla kaldırılacaktır. İcra takibi olmaması halinde ise yine çekin karşılıksız kalan kısmının ibraz tarihinden ödeme tarihine kadar işleyecek ticari temerrüt faizi ile birlikte müşteki hamile ödeyip, şikayetten vazgeçme [Madde 6/2] yolu ile hükmün bütün sonuçları ile ortadan kalkmasını sağlamaktır. Aksi durumda hesap sahibinin hapis tehdidinden kurtulması için İnfaz Savcılığı tarafından gönderilen Ödeme Emri ile talep edilen Adli Para Cezasını Maliye Veznesine ödemesi gerekecek, işbu durumda ise çek hesap sahibinin hamile olan borcu aynen devam edecektir. Burada dikkat çeken nokta ise İnfaz Savcılığından gönderilen Ödeme Emrinde sadece ilamda hükmedilen Adli Para Cezası talep edilecek olup Madde 6/1.deki işleyecek ticari temerrüt faizi hesaba katılmayacaktır. Şu durumda hükümlü açısından sadece anaparayı ödeyip hapis cezası müeyyidesinden kurtulmak mümkün olacaksa da yukarıda da belirttiğimiz üzere takip alacaklarına olan borcundan her hangi bir eksilme olmayacak ödenen para Maliye Hazinesi hesaplarına intikal edecektir. Şöyle ki, mahkumiyet ilamının kesinleşip infaza girmesi halinde, hükümlüye öncelikle İnfaz Savcılığı İcra Ceza İlamat Bürosundan CGTİHK'nun 20/3.md.si uyarınca ilamda belirtilen adresine ödeme emri tebliğ edilerek [bila tebliğ iade halinde yapılmış sayılacak ise de uygulamada Teb.Kan.21/2.md.si Mernis işletilmektedir] öncelikle hükümde belirtilen taksitler uyarınca; hükümde, adli para cezası taksidinde bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini Maliye Veznesine ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilecektir. İlk taksidin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci taksidinde ilişkin izin hükümsüz kalacaktır.Madde 5/11.md.si uyarınca hükmedilen Adli Para Cezası CGTİHK'nun 106/3.md.sinde yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan 5237 sayılı TCK.52/4,5275 sayılı CGTİHK'nun 106/7.md.si ve CGTİ Tüzüğü 56.md.si uyarınca günlüğü 100,00 TL'den hapse çevrilmekte ancak Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçmeyecek; birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkumiyet halinde ise bu süre 5 yılı geçmeyecektir. Üstelik CGTİHK.106/9 (Değişik fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.) uyarınca “Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz” hükmü uyarınca şartlar daha da zorlaştırılmıştır. Yine Madde 5/(10) (Değişik:15/7/2016-6728/63 md.) uyarınca, işbu suçtan dolayı ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Neticede Adli Para Cezasından Çevrilen Hapis Cezasına Mahsus Çağrı Kağıdına [Örn.11] 10 gün içinde uymayan mahkum hakkında 5275 sayılı Yasa'nın 19/1 md.si uyarınca yakalama müzakeresi çıkarılacak, belirlenen hapis cezası Açık Cezaevi İnfaz Kurumunda infaz edilecektir.

Hal böyle olunca çek hesap sahibi açısından yapılması en makul ödeme, müşteki ve/veya vekili ile irtibata geçip belirlenecek meblağı ödeyip şikayetten vazgeçme prosedürünü işletmek veya duruma göre icra dairesine ödeme yapıp mahkumiyetin

tüm hukuki sonuçlarından kurtulmaktadır.

Görüldüğü üzere karşılıksız kalan çekler ile ilgili getirilen cezai yaptırımlar, yazımızın başında da belirttiğimiz üzere, üzerinden uzun uzadıya kafa yorulmadan ve herşeyden önce uygulayıcılardan görüş alınmadan gerçekleştirilmiştir. Hal böyle olunca da kafa karışıklığına sebebiyet veren durumlar göze çarpmaya başlamıştır. Halbuki, Bakanlığın kamuoyuna sunduğu ilk Tasarıda karşılıksız kalan çekler ile ilgili olarak İİK.340 md. “Borçlunun ödeme şartını ihlali halinde ceza”, İİK.341 md.“Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası”, İİK.343.md. “30 ve 31 inci maddeler hükmüne muhalefet edenlerin cezası”, İİK.344.md. “Nafakaya ilişkin kararlara uymayanların cezası” sayılan suçlara verilen TAZYİK HAPSİNE paralel bir düzenleme yapmaktı. Yasal düzenleme bu şekilde hayata geçseydi, Kanunun tatbikinde bu kadar sorun ile karşılaşılmayacağı gibi Yargı organlarının zaten yoğun olan iş yükü kısmen de olsa hafiflemiş olacaktı. *Nitekim verilen Adli Para Cezalarına karşı 5/1.md.sinin atfi ile tatbiki gereken İİK.353/2.md.si uyarınca İSTİNAF yolu açık olup sadece verilen çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararlarına karşı yine 5/1.md.si hükmü gereği İİK.353/1.md.si uyarınca İTİRAZ yolu açık bırakılmıştır.* Hal böyle olunca da, ülkemizdeki kullanılan çek sayısı dikkate alındığında istinaf incelemesi yapacak olan Bölge Adliye Mahkemelerinin ilgili Ceza Dairelerindeki dosya yükü oldukça artacak, bu da beraberinde başkaca sorunları getirecektir. Belirttiğimiz gibi maalesef yine uygulayıcılardan görüş alınmadan, Torba Kanun ile kanun tekniğine özen gösterilmeden alelade çıkarılan, tabiri caizse “BEN YAPTIM OLDU” mantığı ile getirilen yasal düzenlemelerin cezasını ülke olarak hep birlikte önümüzdeki yıllarda çekmeye devam edeceğiz.

Yasanın yürürlüğe girdiği 09.08.2016 tarihinden itibaren tatbikatta karşılaşılan bir diğer konuda çeki muhatap bankaya ibraz eden son ciranta dışındaki diğer cirantaların da hamil sıfatına haiz olup şikayet hakkının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktaydı.

MADDE 5/(1) (Değişik: 15/7/2016-6728/63 md.) “Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, **HAMİLİN ŞİKÂYETİ ÜZERİNE**, her bir çekle ilgili olarak, binbeşyüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.” hükmedilmiştir.

Kanun maddesi yoruma sebebiyet vermeyecek kadar açık olmasına ve yine 6102 sayılı TTK.790.md.sinde hamilin tanımı çok net bir şekilde yapılmış olmasına rağmen maalesef özellikle Ceza Hukukçularının “hamil” kavramını bir yana bırakıp “mağdur” kavramı üzerinden yaptıkları yanlış yorumlar neticesinde birçok şikayet DÜŞME KARARI ile sonuçlanıp kesinleşmiştir.

Nitekim İstinaf Daireleri arasındaki işbu içtihat uyuşmazlığını giderebilmek amacı ile 21.07.2017 tarihinde yapmış olduğumuz başvuru nihayet sonuç vermiş ve **YARGITAY 19.CD.,10.05.2018 T.,2018/3072 E.-2018/5874 K. sayılı “KARAR UYUŞMAZLIĞININ GİDERİLMESİ”** kararı ile cirantanın da hamil olup şartların

oluşması halinde şikayet hakkı olduğuna karar vermiştir.

Bu konuya ilişkin gözden kaçırmamız gereken bir diğer husus da şikayet süresine ilişkindir. Nitekim Madde 5/1.md.si yollamasıyla İİK.347.m.dsi uyarınca “Madde 347 – (Değişik: 31/5/2005 - 5358/19 md.) Bu Bapta yer alan fiillerden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer.” hükmedilmiş olup çeki muhatap bankaya ibraz edip çekin arkasını yazdıran hamil yönünden şikayet süresi derhal başlamakta; cirantalar yönünden ise bu süre karşılıksız kalan çekin rücuu kendisine gelmesinden itibaren 3 aylık şikayet süresi başlamaktadır. İttıla tarihinin tespiti yönünden şikayetçi cirantanın beyanı önem taşımakta olup sanık tarafından ise işbu beyanın aksi her daim yazılı olarak kanıtlanması mümkündür. Ancak madde metninden de anlaşılacağı üzere her halde bu süre fiilin işlendiği/çekin arkasının yazıldığı tarihten itibaren 1 yılı geçmeyecektir. Hal böyle olunca 10.10.2016 tarihinde yazılan bir çeki birbirini takip eden cirantaların başvurusu sonucu rücuu ödemesi halinde eline en son 10.09.2017 geçiren örneğin lehtar/ciranta için şikayet süresi artık 3 ay değil, 1 yıllık sürenin son günü olan 10.10.2017 tarihi olup dolayısıyla 1 aydır. [İSTANBUL BAM 15.CD.,22.06.2017 T.,2017/2320 E.-2017/1865 K.,ANKARA BAM 9.CD.,12.09.2017 T.,2017/2846 E.-2017/2644 K.]

Bir başka husus da, Madde 5/3 uyarınca, Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemeyecek; gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukukî ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine ait olacaktır. İşbu nedenle vekaleten keşide edilen ve hesap sahibini gerçek kişi olduğu çeklerle ilgili *İcra Ceza Mahkemesine yapılacak şikayetlerde vekilin değil hesap sahibi gerçek kişinin sanık sıfatı ile şikayet dilekçesinde gösterilmesi* gerekmektedir.

Çek hesap sahibinin tüzel kişi olması halinde suçun oluştuğu yani çekin muhatap bankaya ibraz edilip karşılıksız işlemine tabi tutulduğu an şirketin yetkilisi veya yetkililerinin kimler olduğunu tespit edip ŞAHSİ DAVA DİLEKÇESİNE MUTLAK SURETTE BELİRTİLMESİDİR. Nitekim sadece tüzel kişinin ünvanının belirtilmesi veya “şirket yetkilisi” ibarelerinin yer alması halinde yetkili İcra Ceza Mahkemesince DİLEÇENİN REDDİNE karar verilecektir. [İSTANBUL BAM 15.CD., 2017/2792 E.-2017/2106 K.] Her ne kadar bazı İstinaf Daireleri kısmen müşteki lehine yorum geliştirerek, dilekçe EK’indeki imza sirkülerinden veya duruşma gününe kadar dosyaya gelen evraklardan şirket yetkilisi veya yetkililerinin kimler olduğunun tespitinin mümkün olması halinde yargılamaya devam edilmesi gerektiğini içtihat etmiş iseler de şikayet süresinin çok kısa olması sebebiyle meslektaşların hiçbir şekilde riske girmeyerek doğru yetkiliyi/yetkilileri tespit edip şahsi dava dilekçesinde göstermeleridir. Nitekim ilk duruşma gününe kadar 3 aylık şikayet süresi kuvvetle muhtemel geçmekte ve işbu durum telafisi imkansız zararlara yol açabilmektedir. Neticede çek hesap sahibinin tüzel kişi olup tek bir yetkili olması halinde o kişi hakkında tüzel kişinin birden fazla yetkilisi olması halinde ise her bir yetkili için AYRI AYRI ADLİ PARA CEZASINA HÜKMEDİLMEKTEDİR.

Tatbikatta sıkça karşılaşılan bir diğer durum ise çek hesap sahibi olan keşidecinin karşılıksız işlemine tabi tutulan çeki ileri tarihli keşide edip Yasa'nın yürürlüğe girdiği 09.08.2016 tarihinde önce tedavüle çıkardığını çek teslim bordrosu gibi yazılı bir belge ile kanıtlaması halidir. 5941 sayılı Yasa'nın 5/1.md.sinde de belirtildiği üzere suç "*karşılıksız çek keşide etme*" suçu olmayıp "*üzerinde yazılı düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içerisinde ibrazında çekle ilgili olarak karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme*" suçu olup ibraz tarihi(suç tarihi) itibariyle mezkur Yasa yürürlükte ise yani ileri tarihli keşide edilmiş olsa dahi çekin ibraz tarihi Yasa'nın yürürlüğe girdiği 09.08.2017 tarihinden sonraki tarih ise suç oluşacak ve hesapta karşılığını bulundurmayan çek hesap sahibi hakkında mahkumiyet hükmü tesis edilecektir.[İZMİR BAM 11.CD.,2017/1473 E.-2017/1380 K.;GAZİANTEP BAM 12.CD.,2017/1867 E.-2017/1223 K.]

Karşılıksız çeklere gelen cezai yaptırım neticesinde kötünietli çek hesap sahipleri tarafından çekin yazılmasının önüne geçip cezai takibattan kurtulmak adına çekteki keşideci imzasının inkarı yoluna gidilmekte veya Ödemeden Men Yasağı kararı alınmaktadır. Her iki halde de usulüne uygun olarak karşılıksız işlemi gerçekleştirilmemiş olduğundan suçun yasal unsurları oluşmadığından 5941 sayılı Yasa'nın 5/1.md.sine muhalefetten ceza tayinine gidilememektedir. .[İSTANBUL BAM 16.CD.,T.14.03.2018,E:2017/3427 E.-2018/869 K.]

Açılan bir Menfi Tespit Davası ile karşılıksız kalan çek iptal edilmediği sürece bu şekilde çekin yazılmasının önüne geçmeye çalışan kötünietli çek hesap sahipleri hakkında 5237 sayılı Yasa'nın 158/1-f/h ve 204/1.md.si uyarınca C.Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmalıdır.

Son olarak da belirtmek isteriz ki, özellikle son zamanlarda sıklıkla başvuru KORKORDATO talepleri neticesinde Mahkemelerce gerçek/tüzel kişilere Geçici/ Kesin Mühlet verilmekte olup işbu mühlet dönemlerinde yazılan çeklerin hukuki durumu konusunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun Madde 286- (Değişik: 28/2/2018-7101/14 md.) uyarınca konkordato talebinde bulunan ve istemi kabul edilerek mühlet verilen borçlu aynı Yasa'nın Madde 297- (Değişik: 28/2/2018-7101/25 md.) uyarınca komiser nezaretinde işlerine devam etme hakkına haiz olup Şu kadar ki, Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır

Görüldüğü üzere mühlet kararı alan Gerçek/Tüzel kişinin yasaklı işleri sınırlı olarak sayılmış olup bir alışveriş karşılığında çek keşide edilmesi bu batıl tasarruflardan olmadığı gibi aksine İVAZLI TASARRUFTUR. İşbu nedenle verilen mühlet içerisinde çek keşide edilme işlemi hukuka uygun olduğu gibi hesap sahibi açısından çekin karşılığının bulundurma sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. [YARGITAY 10.CD.,25.06.1996 T.,E:7331-K:7636-Gaziantep BAM 12.CD-

19/10/2018, 2018/2826 E, 2018/2390 K., Gaziantep BAM 11.CD, 05/10/2018-2018/3300 E.-2018/2542 K.]

Ancak işbu durum ile ilgili olarak farklı BAM İstinaf Ceza Daireleri arasında görüş farklılığı ortaya çıkmış olup uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla konu bir kez daha Yargıtay 19. Ceza Dairesi'ne intikal etmiş; neticede YARGITAY 19.CD.'nin 10.06.2019 T. ve 2019/23974 E.-2019/9339 K. sayılı BAM Ceza Daireleri arasındaki Karar Uyuşmazlığının giderilmesine dair KARAR uyarınca;

Çekin, çek hesap sahibi tarafından alınmış Geçici Mühlet kararından önce muhatap bankaya ibraz edilmesi halinde suç oluşacak ve İcra Ceza Mahkemesince yargılmasına devam olunacak; suçun unsurlarının sabit olması halinde ise ceza tayinine gidilecektir.

Çekin Geçici Mühlet kararından Konkordato yargılaması sonucuna kadarki süre içerisinde muhatap bankaya ibraz edilip karşılıksızdır işlemine tabi tutulması halinde ise Geçici Mühlet kararı veren Mahkeme dosyası İcra Ceza Mahkemesince CMK.218/1.md.si gereği BEKLETİCİ MESELE yapılacak; sonuç itibariyle de çek hesap sahibi tarafından yapılan Konkordato başvurusu ilgili Mahkemesince kabul görüp Konkordato Projesinin tasdiki halinde yeni bir ödeme rejimine geçileceğinden İcra Ceza Mahkemelerindeki bekletici mesele yapılan dosyalar ile ilgili olarak suç oluşmayacağından DÜŞME kararı verilecek;

Çek hesap sahibi tarafından yapılan Konkordato başvurusun reddi halinde ise; İİK:297.md.si uyarınca şirkete komiser atanması şirket yetkilisi ve/veya yetkililerinin temsil yetkisini sona erdirmediğinden ilgili Mahkemesince çek hesabı yönetimi, bu hesaba para aktarma, çek hesabı üzerinde tasarruf etme gibi yetkilerinin şirket yönetiminden alınarak komisere verilmesi halinde ceza tayinine gidilmeyecek aksi durumda ise 5941 sayılı Yasa'nın 5/1.md.sine muhalefetten çek hesap sahipleri hakkında ceza tayinine gidilecektir.

Uygulamada ise Mahkemelerce bu konuda komiserlere ayrıca ve açıkça bir yetkilendirme yapılmadığı düşünüldüğünde konkordato başvurusun reddi halinde çek hesap sahipleri hakkında ceza tayinine gidileceği kuşkusuzdur.

Sonuç olarak genel bir değerlendirme yapmak gerekir ise, getirilen işbu düzenleme çek hesap sahipleri yönünden caydırıcılık etkisinden uzak olduğu gibi çek hamilleri yönünden de maalesef adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Hükmedilen Adli Para Cezası, sanık/lar tarafından taksitler halinde Maliye Veznesine ödenmek ile hapis cezasından kurtulmakta (- ancak icra borcu devam etmekte), malını satan veya hizmet veren çek hamili işbu meblağı tahsil edememektedir. Bir bakıma çek bedeli yetkili hamilden Maliye Hazinesine geçmiş olup işbu durumun hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurduğu ise tartışmadan varestedir. Bu nedenle çek hesap sahipleri ile çek hamilleri açısından en uygun çözüm Bakanlığın ilk tasarısında olduğu gibi karşılıksız çekler ile ilgili Tazyik Hapsi yaptırımını öngören düzenlemenin bir an önce hayata geçirilmesi olacaktır.





KAVRAMSAL İNCELEME: “KANUN DEVLETİ”- “HUKUK DEVLETİ”- “HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ”

Ar. Gör. Mehmet İNANÇ*

GİRİŞ

Bu çalışmamızda, kanun devleti hukuk devleti ve de hukukun üstünlüğü kavramları incelenerek, bu kavramlar arasındaki benzerlik ya da farklılıklar incelenmeye çalışılmıştır. Bu suretle öncelikle bu kavramların kısaca ne anlama geldiği belirtilmiş, aralarında farklar olup olmadığı varsa bu farkların neler olduğu ve neden kaynaklandığı ile doktrinde ve yargı kararlarında kavramlar arasındaki farkların dikkate alınma durumu gibi hususlar üzerinde durulmuştur.

Bir tanıma göre, hukuk devleti, devlet tarafından vazedilmiş kurallara uyan devlettir. Bu yönüyle bütün devletler hukuk devletidir ve bu “*hukuk devleti*” terimi bir itnab olmaktadır.¹ Ancak, burada dikkat etmemiz gereken husus, az önce tanımlanan terimin aslında hukuk devletini değil kanun devletini anlatmasıdır. “*Kanun devleti*” terimi ile anlatılmak istenen, pozitif olarak konulmuş ve devletin yaptırım gücü ile desteklenmiş kurallar sistemine dayanan devlet anlayışıdır.² Bu anlayışın “*hukuk devleti*” anlayışı ile ilgisi tartışmasız olarak kabul edilmekle birlikte, iki kavramın ilişkisinin ne şekilde olduğuna dair farklı görüşler hakimdir. Mesela, Dworkin’in, kuralların içeriğiyle ilgilenmeyen, sadece kanunda yer alan kurallara itaati önemseyen kanun devleti anlayışının, hukuk devletine ilişkin iki temel yaklaşımından birisi olarak kabul edildiğinden bahsettiği bilinmektedir.³ Diğer yandan, hukuk devletinin kanun devleti olmadığına dair yaklaşımın sıklıkla tekrarlandığına ilişkin bir görüş de bulunmaktadır.⁴

Bu görüşe göre, kanun devleti, hukuk devletini önceleyen bir anlayış olarak değer görmektedir. Hukuk devleti yalnızca yasalara uymak değildir. Devletin yasalara bütünüyle uyması hukuk devletinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için yeterli değildir. Yasalara uyma adı altında devlet her şeyi yapabildiği zaman, haksızlığa da meşruluk kılıfına girebilme şansı tanınmış olur. Hukuk devletinin asıl ruhu ise maddi hakkaniyettir.⁵ Diğer yandan, hukukun üstünlüğü (primaute du droit-supremacy of the law), hukukun devlet otoritesini sınırlaması yani, “*yasama ve yürütme işlemleri karşısında son sözü, hukukun söylemesi, başka bir deyişle devletin hukukla sınırlı olmasıdır*”.⁶ Milletlerarası Hukukçular Komisyonu’nun 1959’da Yeni Delhi Konferansında, hukukun üstünlüğü kavramının dünyanın çeşitli yerlerindeki gelenek ve tecrübelerine dayanılarak, “*ferdi, keyfi hükümete karşı korumak ve*

*Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹Kelsen’e atıfta bulunan GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s.178-179.

²ÖZKAN, Gürsel, “*Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yorumu*”, **TAAD**, S.1, Ankara, 2010, s. 84, ÇOBAN, a.g.e., s. 352.

³Bkz. UYGUR, Gülriş, “*Adalet Ve Hukuk Devleti*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3, C.53, Ankara, 2004, s.32.

⁴KARAYALÇIN, “*Hukukun Üstünlüğü*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.47, S.3, Ankara, 1992, s.203.

⁵ÇEÇEN, Anıl, “*Hukuk devleti ve yönetimi*”, **Prof. Dr. Bülent Esen’e Armağan**, Ankara, 1977, s.117.

⁶ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “*Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 2001, s.30.

insanlık haysiyetinden faydalanmasını sağlamak için gerekli oldukları tartışılmayan prensipler, müesseseler ve usuller” olarak tanımlanması söz konusu olmuştur. Hiç şüphesiz bu tanımla, hukukun üstünlüğü kavramı bireyin özgürlüklerini odağına almaktadır. Bu özelliğiyle de hukuk devleti kavramından ayrışıp ayrışmadığı bir soru işareti oluşturmakla birlikte şimdilik, bu kavramın ülkemizde çoğunlukla hukuk devletiyle aynı mahiyette görüldüğünü söyleyebiliriz.

I. HUKUK DEVLETİ VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ KAVRAMLARINA İLİŞKİN ANALİTİK YAKLAŞIM

Kanun devleti, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarına ilişkin yapılacak incelemelerin etkili sonuçlar verebilmesi belki de söz konusu bu kavramlara ilişkin analitik bir yaklaşımla mümkün olacaktır. Özellikle bu ayrımların pratik sonuçlarının olduğu durumlarda, kavramların benzeyen veya ayrışan taraflarının netleştirilmesi büyük önem arz eder. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde yapacağımız analitik çözümlenmeye başlamak adına 2007 yılında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk ve İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan, “*The principle of the Rule of Law*” raporunda⁷ yer alan ifadelerden bahsedebiliriz. Çünkü, bu raporda, özellikle yukarıda bahsettiğimiz kavramların, kavramsal benzerlik ve farkları değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Söz konusu raporda özellikle, “*rechtsstaat*”, “*état de droit*” ve “*rule of the law*” terimleri üzerinde durulmakla birlikte, bu terimler benzer başkaca terimlerle de karşılaştırılmaktadır. Mesela, “*estado de derecho*”, “*stato di diritto*”, “*pravovoye gosudarstvo*”, “*rättstat, rechtsstaat*” bunlardan bazılarıdır. Rapora göre, bu terimlerin tümü “*rule of law*” teriminden farklı olarak devlet bazlı bir kavramı ifade etmek bakımından benzerdir. Ayrıca, slav dillerinde bulunan ekstra bir problem de hukuk ile kanun kavramları aynı terimle ifade edilmesi olarak karşımıza çıkabiliyor. Raporda bu hususu da belirtilerek, kavramların doğru bir şekilde iç hukuka aktarılıp aktarılmadığı hususunda çeşitli değerlendirmeler yapılmıştır.

İç hukuka bakınca, Almanya’da gerek yargı kararlarında gerekse mevzu düzenlemelerde “*rechtstaat*” terimine yer verildiği ve bu kavramın 1949 Alman Temel Yasasından sonra yargının egemenliğinde bir hukuk anlayışıyla oldukça gelişmiş bir anlama sahip olduğu sonucuna ulaşıyor. Aynı şekilde, Fransa açısından durum değerlendirildiğinde, 1958 Anayasasında mevzu karşılığı olmayan “*état de droit*” teriminin doktrinde geliştiği, artık yalnızca hiyerarşik bir hukuk sisteminin varlığına değil aynı zamanda bireysel özgürlükleri garanti eden bir içeriğe de sahip olduğu belirtilmiştir. İngiltere’ye bakılınca, “*rule of law*” terimiyle benzersiz olarak “*devlet*” vurgusu yapılmamaktadır. Bu terim, hem “*hukuk*” hem de “*kanun*” anlamlarını barındırırmaktaysa da bu terim en genel anlamıyla, “*régne du droit*” kelimesinin karşılığı görünümündedir. Yine raporda belirtildiği üzere, İngiliz hukukçuları, “*rule of law*” terimiyle siyasi gücü sınırlama derindedir. Onlar, bu terimi liberalizmin ve demokrasinin temel ilkeleri olan, güçler ayrılığı ilkesi, yasallık ilkesi, bireysel özgürlük ve eşitliklerin tanınması ilkesi, yargısal denetim ve hukuk-ahlak ilişkisi ile tanımlamaktadır. Bu kavram İngiliz Anayasasının yokluğunda, uluslararası hukukun olanaklarının da kullanılmasıyla son zamanlarda yasa koyucunun keyfi müdahalelerini sınırlamak adına kullanılmıştır. Gözlemlenebilir ki,

⁷ECPA, “The principle of the Rule of Law Report”, Committee on Legal Affairs and Human Rights, D.11343, 06.07.2017.

rule of law, temel insan haklarından özellikle bireyin özerkliği ve insan onuruna vurgu yapmaktadır. Yine bu kavram çerçevesinde, yargı denetimi fikri ve insan haklarının yargı eliyle korunabilmesi mahkemeler için büyük önem arz etmektedir. Öyle ki rule of law kavramı, hak ve özgürlüklerin korunması adına itiraz edilen, West Minster Parlamentosunun mutlak takdiri yetkisinin sorgulanmasında bolca anılmıştır. Ancak, yine de belirtilmelidir ki, rule of law terimi ile ifade edilen prensipler, terimin formel yorumlanmasına ya da demokrasiye daha içeriksel ve niteliksel yaklaşımın benimsenerek yorumlanmasına göre anlam farklılığı göstermektedir.

Buraya kadar ulusal deneyimler değerlendirildiğinde değerlendirildiğinde, üç kavram arasında semantik farklılıklar gözlemlenmiş ve İngilizlerin, “*rule of law*” teriminin, “*state*” ve “*law*” sözcükleri bir araya getirilmeden yapılmakla farklılık arz ettiği belirtilmiş, yalnızca “*rechtsstaat*” teriminin pozitif anayasal bir düzenleme olduğu görülmüş ve bu farklılıklara rağmen, genel olarak *rechtsstaat*, *etat de droit* ve *rule of law* kavramlarının, esasen, bireysel özgürlükleri korumak ve insanları egemen kılmak yoluyla devlete sınırlı bir güç bırakarak, gücü sınırlama fikri temelinde var olduğu gözlemlenmiştir.

Bu üç kavram Avrupa düzeyinde irdelendiği zaman raporda kısaca ulaşılan sonuçlara değinecek olursak şunları söyleyebiliriz:

1. Londra Statüsünde, Avrupa Konseyi Statüsünde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde geçen “*rule of law*” teriminin Fransızca tercümesi hep “*prééminence du droit*” olarak yapılmıştır.

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise bazı kararlarında “*etats de droit*” bazı kararlarında ise “*prééminence du droit*” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Ancak, sayısal olarak bakılınca içinde “*etats de droit*” terimi geçen 30 karardan (2005’e kadar) bahsedilebilirken, içinde “*prééminence du droit*” terimi geçen 100 civarı karara rastlanmıştır. Niteliksel olarak bakılınca “*etats de droit*” terimini geçtiği kararlar için bu terimin açıklanması gerekmeyen ikincil nitelikli bir konumu olduğu görülmekle birlikte, içinde “*prééminence du droit*” terimi geçen kararların ekseriyetinde terimin kavramsal içeriği kurucu nitelik taşımıştır. Raporda buna ilişkin örnekler var. Mesela, Malone V. UK kararında “*prééminence du droit*” ilkesinin sonucu olarak, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki kesinliğin önem arz ettiğinden bahsedilmiştir. Tabi burada, madalyonun öteki yüzünü de çevirmek gerekir. Mesela, *etat de droit* geçen kararlarda bu terim yerine İngilizceye tercüme edilen terim, *law-governed state*, *state based on rule of law*, *state subject to the rule of law*, *state governed by the rule of law* veya çok az kararda görüldüğü üzere *rule of law* olmuştur.

3. Strasbourg yargıçları *principle of the rule of law* teriminin sistematik olarak *Principe de l’etat de droit* olarak çevrilmesine, mahkemenin geliştirmeye çalıştığı insan hakları anlayışına işaret ediyor görünen “*prééminence du droit*” kavramıyla aradaki farkı da göstererek direnmektedirler.

Raporun sonunda ise, ülke deneyimlerinin de izlenmesiyle, Sovyetler Birliğinin rule of law kavramını vazedilmiş kuralların üstünlüğü olarak yanlış biçimde anladığı belirtilerek, Meclis'e yapılan öneriye göre, kafa karışıklığını önlemek adına rule of law terimine karşılık olarak tam anlamıyla karşılığı olmayan rechtstaat veya état de droit yerine prééminence du droit terimini seçilmesidir.

Bu raporun üzerine şunu söyleyebiliriz ki; aslında “sosyalist kanunilik ilkesinin”, rule of law ilkesinden ayırt edilmesi bugüne has bir yenilik değildir. 1957 yılından 1961 yılına kadar çeşitli ülkelerde yapılan toplantılarda hukukun üstünlüğü ilkesi tartışılmış ve özellikle Milletlerarası Hukuk Komitesinin 1959 yılı kararlarında ortak bir formül belirlenmiştir.⁸ Buna göre, hukukun üstünlüğü teriminden anlaşılması gereken kavramın, dünyanın çeşitli yerlerinde benzerlik gösteren gelenek ve tecrübelerle göre, bireyi keyfi hükümete karşı korumak ve insanlık onurundan faydalanmasını sağlamak için gerekli olduğu tartışmasız olan “prensipler, müesseseler ve usuller” olarak anlaşılmasında uzlaşmıştır.

II. KONUYA DOKTRİNEL YAKLAŞIM

Hukuk devletine ilişkin bir inceleme yapılacaksa antik yunandaki sofistlerin düşüncelerinden ve özellikle Aristo ile Platonun eserlerinden bahsederek başlamanın gerektiği düşünebilir. Zira, yasa ile düzen kurma düşüncesi ve iktidarın koyduğu yasalara bağlılığı mevzuu bir o kadar eski başlangıca sahip bir tartışmadır. Ancak, konumuza etkisinin oldukça zayıf olması sebebiyle bu tartışmalara girmeden başlangıç noktamızı modern devlet sonrası olarak belirlememiz daha uygun görülmüştür. Ve yaygın olarak kabul edilen başlama noktası da rechtsstaat teriminin icadıdır.

İlk olarak 1860 yılında Almanya hukukçular tarafından geliştirilen rechtstaat teorisinin,⁹ pozitivizm eleştirisi ve eksikliği üzerinden gelişen état de droit ve rule of law kavramlarını tarihsel olarak öncelemesi söz konusudur. Etat de droit kavramı, Fransa'da güçlü devlet öğretisinin parçası olan egemenlik anlayışının sorgulanmasında kullanılmış, Rule of law anlayışını doğuran süreçte ise İngiltere'de birey hakları öğretisi olmadan rechtstaat'ın mümkün olamayacağı ileri sürülmüştür.¹⁰ Buraya kadar anlattıklarımız tarihsel başlangıcın nasıl olduğuna ilişkin sınırlı bir fikir vermiş olsa da yeterli olan bu enformasyonun ötesinde kavramın tarihsel gelişimi hakkında bilgi alabilmek için Prof. Dr. Mithat Sancar'ın “Devlet Akli Kısılcığında Hukuk Devleti” adlı eserinden yararlanılabileceğini belirterek doktrinde yapılan karşılaştırmalarla devam etmek uygun görülmüştür.

Bir görüşe göre hukuk devleti hukukun üstünlüğünü sağlamaya yönelik yönetim biçimidir.¹¹ Bu görüş çerçevesinde, hukuk devleti, hukukun devleti sınırlamasının yanı sıra kişilere hukuksal güvence sağlanmasını da içerir.¹² Bu sebeple, hukuk devletinden anlaşılması gerekenin, hukukun üstünlüğü devleti olduğuna dair bir

⁸ESEN, Bülent Nuri, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970, s. 309 vd.

⁹YÜZBAŞIOĞLU, Neci, TANÖR, Bülent, *1982 anayasasına göre: Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s.39.

¹⁰KABOĞLU, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.16.

¹¹ALİEFENDİOĞLU, a.g.e., s. 31.

¹²ERDOĞAN, Mustafa, “Hikmet-i Hükümet'ten hukuk devletine yok var mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, S.13(Kasım-Ocak 2000-2001), FSK Yayınları, Ankara, 2001, s.53.

düşünce vardır.¹³

Ancak, yerleşik siyasi ve idari kültürle birlikte düşünülünce hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları arasında farklar olabileceği de haklı bir önermedir. Özellikle “*hukuk devleti*” kavramının Fransa ve Almanya’daki uygulamalarına bakılınca, devletin her yerde nazır olduğu, özellikle belirsiz kamu yararı ve yönetimin geniş takdir hakkının sağlandığı daha devletçi bir yaklaşımın esas olduğu, hukukun devletin kendi ihtiyaçlarına göre özel hukuktan ayrı formüle edildiği ve “*sonuçta toplum ve hukukun devletin vesayetinde*” olduğu bir yapı görülmüştür.¹⁴

Hukukun üstünlüğü terimi hukukumuzda Prof. Dr. Faruk EREM’in başkanlık döneminde, TBB’nin çabalarıyla girmiştir. Prof. Dr. Faruk EREM’e göre mülk devletten, polis devlete oradan da hukuk devletine geline sürecin devamında gelişim durmayarak hukukun üstünlüğüne inanan devlet fikrine ulaşılmıştır. Yani, hukukun üstünlüğü kavramı hukuk devleti kavramından farklı görülmüştür.¹⁵

Benzer yönde bir görüş Bangkok’da 1965 yılında Milletlerarası Hukukçular Komisyonunun yaptığı toplantı raporlarına da geçmiştir. Bu raporda hukukun üstünlüğünün, pozitif hukuk kuralları karşısı olarak en geniş adalet kavramlarını kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Doktrinde İngiltere’nin siyaset kültürü ve idari kültürünü göz önüne alarak aynı yönde verilen bir görüşe göre; devlet değil özerk birey merkezli, her türlü idari-adli uyuşmazlıkların aynı yargı düzeninde çözen, eşitliğe dayanan, ekonomik Pazar ve sivil toplumun egemen olduğu, daha çok sözleşmecî olan Anglo-Sakson geleneğinin¹⁶ bir ürünü olan hukukun üstünlüğü, hukuk devletinden öte bir kavram olarak aksettirilmiştir.

Amerika’da da “*supremacy of law*” ile kastedilen hukukun üstünlüğü anlayışı özerk bireyin özgürlükleri bağlamında devleti kayıtlar. Amerikalı düşünür Kauper’e göre hukukun üstünlüğü herşeyden önce mahrem hayatın hukuk kurallarına konu edilmemiş olmasıdır.¹⁷

III. DEĞERLENDİRME

Buraya kadar ki incelemelerimizde, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti terimlerinin ya aynı anlamda kullanıldığı ya da farklı anlamlara gelebileceğine dair çeşitli görüşlere yer vermiş olduk. Bu görüşler, semantik, tarihsel ya da kavramların ortaya çıktığı dönem ve yerlerle ilgili kültürel bazı gerekçelere dayanmaktadır. Buradaki esas problem gerekçelerin özgül örneklerden çıkarım yoluyla elde edilmesi sonucu yanlış genellemelere de ulaşabilme ihtimali ile ilgili görünmektedir. Oysa, kavramların içlemine değerlendiren bir yaklaşım belki de daha sorunsuz bir analize ulaştırabilir. Yani, her ne kadar bir kavramın ortaya çıkma anlamında bir başlangıç noktası bulunsa da, kavramlar arasındaki benzerlik ya da farklılıkların, devlet geleneklerinden ve devletlerin münferit özelliklerinden bağımsız olarak, kullanıldığı yere ve zamana göre taşıdığı anlamlarıyla değerlendirilmesi daha doğru sonuçlara ulaştırabilir. Nitekim, canlı olan hukuksal kavramların dinamik yorumlanması gereği

¹³ESEN, a.g.e., s.314.

¹⁴SELÇUK, Sami, *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000, s.540.

¹⁵KARAYALÇIN, a.g.e., s. 203.

¹⁶SELÇUK, a.g.e., s.541.

¹⁷ESEN, a.g.e., s. 307.

sarihtir. Ancak, bu görüş, kavramların tarihsel olarak ortaya çıktıkları dönemlerde sahip oldukları anlamların hiçbir önemi olmadığı şeklinde algılanmamalıdır. Zira bu manaların terimsel kargaşanın önlenmesi açısından değeri vardır. Örneğin, teorik anlamda hukuk devleti anlayışı olarak isimlendirilen bir anlayış hukukun üstünlüğüne anlayışına tekabül ediyor olabilir. Özellikle, hukuk devletinin siyasal bir ideal veya hukuki bir ilke olarak farklı biçimleriyle kullanıldığı durumlar söylemek istediğimizi daha etkili olarak ifade edebilecektir. Mesela, liberalizm ve demokrasi ilkelerine sıkı sıkıya bağlı bir hukuk devleti olsa olsa rule of law terimi ya da péég sdf droit terimiyle ifade edilebilirken, çalışmanın bütünü değerlendirildiğinde bu terimlerin Türkçe karşılığı olarak “hukukun üstünlüğünün” seçilmesi uygun olacaktır. Diğer yandan hukuki bir ilke olarak hukuk devletinden bahsediyorsak, artık hukuk devletine siyasal bir ideal tanımlayamadığımız daha pozitivist bir yaklaşımla, hukukun üstünlüğü anlayışından uzaklaşmamız söz konusu olacaktır.¹⁸ Peki bu defa rule of law teriminin karşılığı hukuk devleti mi olacaktır? Yoksa bu defa rule of law isimlendirmesi hatalı mı olmuştur? Bu sorulara net yanıt verebilmek için hiç şüphesiz kavramların net bir biçimde ve pozitif olarak tanımlanmış olması gerekmektedir. Ancak, gördüğümüz üzere, rule of law, rechtsstaat ya da état de droit kavramları, halen ulusal niteliklerinden ve tarihsel bağlarından soyutlanarak tanımlanması başırlanamamış kavramlardır. Bu da yapılan terimler arası karşılaştırmayı kısa ömürlü kılabilmektedir. Mesela, Carré Malberg’in çalışmaları sonucu kurumsallaştığı düşünülen, état de droit kavramının, 1958 öncesinde rule of law ilkesinden en önemli farkının, Fransa’da İngiltere’nin aksine yasamanın işlemlerinin denetleme dışında kalması sayesinde devlet merkezli olduğu şeklinde ifade edilmekteyken, 1958 sonrası Fransız Anayasa Konseyi’nin kurulmasının ardından bu ayırım kriteri geçerliliğini yitirmiştir. Dolayısıyla, hukuk devleti kavramı içerik yönünden, yargısal denetim lehine önemli bir gelişme yaşamıştır. Bununla birlikte, yıllar yılı EC ve BM gibi uluslararası örgütlerin çalışmaları sonucu temel hak ve hürriyetleri korunması hususunda yaşanan gelişmelerle gitgide “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” anlayışının silikleştiği görülmüştür. Hatta, aralarında çeviri dışında hiçbir fark olmadığı doktrinde çeşitli yazarlar tarafından ifade edilmiştir.¹⁹ Ancak, terörizm sorununun s.238, üstesinden gelebilmek adına özellikle 2001 sonrasında pek çok ülkede hükümetler tarafından bireysel özgürlükleri hukuka aykırı olarak sınırlandıran önlemler alınmasıyla ve bazı devlet faaliyetlerinin yargısal denetiminin tarafsızca gerçekleştirilememesi gibi problemlerin nedenine ilişkin sorgulamalar ve hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü arasındaki farkın tekrar bir tartışma konusu olmasına yol açmıştır. Bu defa, hikmet-i hükümet anlayışının bireysel özgürlüklerin ve bağımsız-tarafsız yargının önüne geçebilip geçememesi ayırımın turnusol kağıdı haline gelmiştir. Sorulan soru ise, neden İngiltere’de durum böyle değildir? Bu sorunun hukuk dışında cevaplarının aranabilmesinin yüksek olasılığı ve bu sebeple ayrı bir çalışmaya konu olmaya değer görülmesi burada bizi bir cevap aramaktan uzak tutmuş, bu sorunun cevabı başka bir çalışmaya bırakılmıştır.

¹⁸Burada Raz’ın hukuk devletine ilişkin görüşlerini hatırlayabiliriz. 2 önemli husus söz konusuydu, 1.kural olacak ki öngörülebilirlik için, 2. İnsanlar buna uyacak. Yani, liberalizm ve demokrasiyle bağı çok zayıf.

¹⁹Bkz. S.1-5.

SONUÇ

Hukuk devleti hiç şüphesiz kanun devleti değildir,²⁰ kanun devleti kavramını aşar niteliktedir. Bu anlamda hukuk devletinden ayrılmaktadır. Hukukun üstünlüğü ise bir siyasal idealdir. Bir siyasal ideal olma anlamında hukuk devletinden bahsediyorsak, bu kavramın hukukun üstünlüğü ile örtüştüğünü düşünebiliriz. Yaptığımız incelemeler sonucu, Türkiye’deki hukuk devleti anlayışının Türk yargısı tarafından da bir siyasal ideal olarak demokratik ilkelerle bütünleşmiş bir görünüm arz etmekle hukukun üstünlüğü anlayışına yakınlaştığı görülmüştür.

Ancak, doktrinde hukuk devleti kavramının konumunun sabit olmadığını da hatırlamamız gerekir. Bu sebeple, rule of law yani hukukun üstünlüğü ilkesi etat de droit ve rechtsstaat terimlerinden daha farklı bir görünüme sahiptir. Nitekim, bu farklılık icabı, 1949 Avrupa Konseyi Statüsü’nde geçen rule of law terimi rechtsstaat değil Vorherrschaft des Rechts olarak tercüme edilmiştir. Buna benzer olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin de tercihi de hukukun üstünlüğüne vurgu yapmak yönündedir. Sözlerimi bitirmeden önce aslında hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü ya da Demirel’in söylemiyle “*kanunu egemen kılmak*” gibi ifadelerin tam olarak neyi ifade ettiği önemsiz olmamakla birlikte bu anlayışların nasıl icra edildiği asıl önemli olandır. Anayasamızda hangi isimlendirmeyi yaptığının değil, Anayasanın bütününde temel hak ve hürriyetleri nasıl güvence altına aldığınız, yargı denetimini nereye kadar egemen kıldığınız ve en önemlisi bu kurallara ne kadar riayet ettiğiniz önem arz etmektedir.

Konu ile ilgili son olarak, bir milletvekilinin (Murat Bozlak) Genel Kurulda yaptığı konuşmada Bülent Nuri Esen hocamızdan alıntı yaparak kullandığı ifadeleri paylaşmak istiyorum:” Çocuklar, her dilde, her devlette kanun vardır, hukuk devletinde de kanun vardır, kanun devletinde de kanun vardır ancak kanun devletinde hak ve özgürlükler yoktur. Kanun devletinde insan haklarını, demokrasiyi aramayın. Orada kuvvetler ayrılığı ilkesi de yoktur, devlet erki tek elde toplanmıştır, rejim totaliter, baskıcı ve faşizandır. Hukuk devletinde ise esas olan, kutsal olan devlet değil insandır. Hukuk devletinde yurttaşların hak ve özgürlükleri vardır, demokrasi vardır, insan haklarına dayalı hukuk düzeni vardır, kuvvetler ayrılığı ilkesi vardır. Hukuk devletinde yargı bağımsız ve tarafsızdır, rejim demokratiktir.” Bu sözlerle anlatılmak istenen siyasal bir ideal olarak hukuk devleti olmakla beraber kanımızca hukukun üstünlüğü kavramına tekabül etmektedir.

²⁰SABUNCU, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, 15. Bastı, Ankara, 2012, s. 84.



KISALTMALAR

- A.g.e.** : Adı geçen eser
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
D. : Dosya
ECPA : Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi
s. : sayfa
S. : Sayı
TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “*Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 2001.

ÇEÇEN, Anıl, “*Hukuk devleti ve yönetimi*”, **Prof. Dr. Bülent Esen’e Armağan**, Ankara, 1977.

ECPA, “The principle of the Rule of Law Report”, Committee on Legal Affairs and Human Rights, D.11343, 06.07.2017.

ERDOĞAN, Mustafa, “*Hikmet-i Hükümet’ten hukuk devletine yok var mı?*”, **Doğu Batı Dergisi**, S.13(Kasım-Ocak 2000-2001), FSK Yayınları, Ankara, 2001.

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2000.

KABOĞLU, İbrahim Özden, **Anayasa Hukuku Dersleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.

KARAYALÇIN, “*Hukukun Üstünlüğü*”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.47, S.3, Ankara, 1992.

ÖZKAN, Gürsel, “*Anayasa Mahkemesine Göre Hukuk Devletinin Anlamı ve Yorumu*”, **TAAD**, S.1, Ankara, 2010.

SABUNCU, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, 15. Bası, Ankara, 2012.

SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000.

UYGUR, Gülriz, “*Adalet Ve Hukuk Devleti*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.3, C.53, Ankara, 2004.

YÜZBAŞIOĞLU, Neci, TANÖR, Bülent, **1982 anayasasına göre: Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s.39.



İŞ KAZASINDA İŞVERENİN HUKUKSAL SORUMLULUĞU

Av. Ümit Arif ÖZSOY

1. GİRİŞ

Küreselleşme sermayenin sınır tanımaksızın tüm ülkelere yayılabildiği ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal bir süreçtir. Belirtilen süreçte, gelişmiş ülkeler, teknolojik üstünlüğü korumak, kar getirici faaliyetlerin önünü açmak ve sermayenin ülkeler arasında dolaşımı kolaylaştırmakta ve sermayenin güvenliğini sağlamaktadır. Gelişmekte olan ülkeler ise, mal ve finans piyasalarında serbesti sağlayarak, serbest bölgeler kurarak, yüksek faizler uygulayarak, özelleştirmeler yaparak, sermayenin aralarını arttırabilmesi için ücretleri baskılayarak sermaye girişini kolaylaştırmaya çalışmaktadırlar.¹

Küreselleşme iş sağlığı ve güvenliği açısından gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeleri farklı boyutlarda etkilemektedir. Gelişmiş ülkelerde ölümlü iş kazaları oranları düşükken, gelişmekte olan ülkelere ölümlü iş kazalarının yüksek olduğu görülmektedir. Küreselleşme, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatını ve uygulanmasını yakından etkileyen en önemli unsurlardan birisidir. Küresel düzende ağır ve tehlikeli işler başta olmak üzere, üretim merkez ülkelerden çevre ülkelere kaymaktadır. Merkez ülkelerde güvenceli çalışan işgücü ağırlıklı olarak araştırma geliştirme, pazarlama faaliyetlerinde çalışırken, üretimin ağır ve tehlikeli olan tarafı çevre ülkelere güvencesiz, düşük ücretli işçiler tarafından yerine getirilmektedir.² Gelişmiş ülkeler ağır sanayi ve tehlikeli iş gücünü dışarıdan satın alırken kendi ülkelerinde yoğun rekabet koşullarının performans baskısı, geçici istihdam, işsizliğin yarattığı stres, diyabet, obezite vb. sorunlarla karşı karşıyadır.

Son yıllarda uluslararası kuruluşların tüm iyi niyetli çalışmalarına rağmen, küreselleşmenin iş sağlığı ve güvenliği üzerine olumsuz etkisi çok uluslu şirketler aracılığı ile devam etmektedir. Bunun önlenmesi için ise, çokuluslu şirketlerin geldikleri ülkelerdeki iş sağlığı ve güvenliği koşullarının aynen yatırım yaptıkları ülkelerde de uygulanması önerilmektedir. Bununla beraber yetersiz tasarruf yatırım ikileminde, hızlı nüfus artışı, köyden kente göç, niteliksiz işgücü, işsizlik ve yoksulluk sorunuyla boğuşan az gelişmiş ülkelerin, ülkelere yabancı sermayeyi çekmek ve istihdamı arttırmak adına, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülükler konusunda isteksiz davranabilme olasılıklarının yüksek olduğu göz ardı edilmemelidir.³

Ülkemiz iş kazalarının kamuoyunun gündeminden eksik olmadığı ülkelere biridir. Tarımdan geçinme olanaklarının kalmaması daha iyi bir yaşam umuduyla kırsal kesimden kentlere yaşanan hızlı göç sonucu çarpık büyüme, eğitim seviyesi, işçilerin iş güvenliği önlemi alınmayan işlerde çalıştırılması, yüksek kar hesabıyla bir maliyet olarak görülen iş güvenliği tedbirlerinden kaçınılması,taşeronlaşma, işçi

¹(KORAY 2001)

²(KARADENİZ 2016)

³(KARADENİZ 2016)

sınıfının örgütsüzlüğü, yetersiz ve etkin olmayan iş denetimi gibi nedenler iş kazaları ve meslek hastalıkları sayısının artmasına neden olmaktadır.

Türkiye’de kayıt dışı istihdamın oranı, iş denetiminde yetersizlik, iş kazası bilincinin düşük olması ve örgütsüzlük, iş kazaları ve meslek hastalıkları ile ilgili resmi oranların, tahmin edilenden çok daha yüksek olduğunu düşündürmektedir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre Türkiye’de her gün 172 iş kazası meydana geliyor. Bu kazalar her gün ortalama 4 işçinin hayatına mal olurken, 6 işçi ise sürekli iş göremez hale geliyor.

Çalışma hayatındaki bu olumsuz tablo, Türkiye’nin Avrupa’da iş kazaları ve işçi ölümlerinde 1. sıradaki yerini korumasına da neden oluyor. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) verilerine göre El Salvador ve Cezayir’in ardından işçi ölümlerinde üçüncü sırada olan Türkiye’de her yıl ölen işçi sayısı bin kişinin üzerinde. ILO verilerine göre ölümle sonuçlanan iş kazası oranları Türkiye’de çok yüksek. Türkiye’de ölümle sonuçlanan iş kazası oranları ‘100 binde 20,5’ iken bu oran Norveç, İsveç, İsviçre ve Danimarka gibi ülkelerde ‘100 binde 2’ oranının altında.

“İş kazalarının yüzde 56’sı işyerlerinin yüzde 68’sini oluşturan ve 1-49 arası çalışanı olan İşyeri Sağlık ve Güvenlik Birimi ile işyeri hekimi, iş güvenliği mühendisi, işyeri hemşiresi veya sağlık memuru istihdam zorunluluğu bulunmayan işyerlerinde gerçekleşmektedir. İş kazalarının % 20’si işyerlerinin % 11’ini oluşturan ve 50–99 işçi çalıştıran işyerlerinde, yüzde 11’i işyerlerinin yüzde 11’ini oluşturan ve 100–499 arası işçi çalıştıran işyerlerinde, yüzde 13’ü de işyerlerinin yüzde 10’unu oluşturan ve 500+ işçi çalıştıran işletmelerde gerçekleşmektedir. Kısaca iş kazaları işyeri ölçeği küçüldükçe artmaktadır. İş kazalarının yüzde 76’sı 1-99 işçi çalıştıran işyerlerinde, yüzde 24’ü de 100 ve üzeri işçi çalıştıran işletmelerde gerçekleşmektedir. Esnek/fason üretim, esnek istihdamın yaygınlaşması ve çalışma saatlerinin artması, iş kazalarında önemli bir etkidir. Bedenin haddinden fazla yıpranması, uzun vadede kalıcı meslek hastalıklarına neden olmaktadır.”⁴

Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Araştırma Enstitüsü (DİSK-AR), Türkiye’de yaşanan iş kazaları ve cinayete dönüşen işçi ölümleri ve işçi sağlığı ve iş güvenliği alanında yaşanan sorunları ortaya koyan bir araştırma hazırladı.⁵ Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve Avrupa Birliği İstatistik Örgütü’nün (Eurostat) verilerinin kullanıldığı araştırmada çarpıcı sonuçlara ulaşıldığı gözlenmekte. Raporla göre Türkiye’de her saat 80 ve yılda toplam 706 bin işçi iş kazası gerçeği ile yüzleşiyor ve her on iş kazasından yalnızca bir tanesi SGK kayıtlarına yansıyor. Son yayınlanan SGK istatistiklerinde 2012 yılı için iş kazası sayısı sadece 74 bin 871 iken TÜİK 2013 verilerine göre bu rakam 706 bin olarak görülüyor. İki veri arasında zamansal uyumsuzluk bulunsu da aradaki devasa fark kayıt dışı iş kazalarının ne kadar yüksek olduğunu ortaya koyuyor.

Bu araştırmada TÜİK verilerine göre iş kazalarının sayısı SGK verilerinin yaklaşık 9.5 katı. Aynı veriye göre her 100 kayıtlı iş kazasının yaklaşık 1’i ölümlü

⁴(Ekber 2016)

⁵(DİSK 2014)

olarak gerçekleşiyor. Söz konusu oran TÜİK verilerine yansıtıldığında 2002 yılı için iş cinayetinde kaybettiklerimizin olası sayısı 7 bine kadar ulaşıyor. 2002-2005 yıllarında ortalama kayıtlı iş cinayeti sayısı 898 iken 2006-2012 yıllarında bu sayı 3'te 1 artarak bin 223'e ulaştı. Bu veriler son 10 yılda 11 bin 282 kişinin iş kazalarında öldüklerini gösteriyor. Raporda yer alan verilere göre, Türkiye'de taş kömürü üretimi başına düşen ölüm sayısı Çin'den 6 kat, ABD'den ise 361 kat daha fazla düzeyde bulunuyor. Sektörde iş kazası oranı 2002-2012 döneminde 2.5 kat artış gösterdi. İş kazalarında madencilik sektörünün payı, 2002-2008 döneminde yüzde 8 düzeyindeyken, 2009-2012 döneminde bu oran yüzde 13'e yükseldi. Türkiye AB ülkeleri ile karşılaştırıldığında ölümlü iş kazalarında açık ara öndedir. AB üyesi 27 ülke için ortalama ölümlü iş cinayeti oranı istihdam edilen 100 bin kişi başına 2.1 düzeyindeyken, Türkiye'de bu oran 14.3 ile yedi katını bulmaktadır.

2- BİREYSEL İŞ HUKUKU ANLAMINDA İŞ KAZASI

2.1.Tanım

İş kazası konusunda, değişik kurum ve kuruluşlar tarafından yapılmış bazı tanımlamalar mevcuttur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) iş kazasını; *“Belirli bir zarara ya da yaralanmaya neden olan, beklenmeyen ve önceden planlanmamış bir olaydır.”* şeklinde tanımlamaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) iş kazasını; *“Önceden planlanmamış, çoğu kez kişisel yaralanmalara, makinelerin, araç ve gereçlerin zarara uğramasına, üretimin bir süre durmasına yol açan bir olaydır.”* şeklinde tanımlayarak, iş kazasının ekonomik boyutuna daha fazla vurgu yapmaktadır. Avrupa İstatistik Ofisi (EUROSTAT) ise iş kazasını, *“İş sürecindeki fiziksel ve ruhsal yönden zarara sebep olan olaylardır.”* şeklinde tanımlamaktadır. İş kazası konusundaki tanımlamaları çoğaltabilmek mümkündür. Bununla birlikte, tanımlardan da anlaşılacağı üzere iş kazası denildiğinde ne anlaşılması gerektiği konusundaki hususlar aşağı yukarı benzerdir.⁶

İş kazası kavramı Alman Hukukunda bedeni etkileyen, ani, prensip olarak alışılmışın dışında, dıştan gelen zorlayıcı etkilerle meydana gelen (harici) zarar verici bir olay olarak tanımlanmaktadır.⁷

Dış etken yoksa, iç etkene bağlı bir hastalık söz konusudur. İstisnaen iç etkene bağlı olaylar da iş kazası kapsamında değerlendirilebilmektedir. Zarar bedeni, ruhi veya zihni olabilir. Anilik unsuru olayın sınırlı bir zaman parçası içinde meydana gelmesini anlatmaktadır. Sınırlı zaman ise, en fazla bir günlük çalışma süresi olarak kabul edilmektedir. Bu süre aşıldığında zarar verici etki meslek hastalığının doğumuna sebep olur. Ancak tüberküloz gibi her iki halde de gerçekleşebilecek iş göremezlik durumları mevcuttur. Tanımı ve özellikleri yukarıdaki gibi belirlenmiş olan bu kavramın sınırları Alman Sosyal Sigortalar Kanununda belirlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, bir çalışma aracı ile meşgul iken doğan kaza, sigortalı hesabına işverence yatırılan paranın, para ödeyen ilgili kurumdan çekilmesi sırasında doğan kaza, yol

⁶(BOLOĞLU 2016)

⁷(SÖZER 1997, s.408.)

kazaları, iş göremezliğin telafisi için yapılan sağlık tedavileri ve mesleki yardım faaliyetleri sırasında doğan kazalar iş kazası sayılmaktadır.⁸

Sorumluluk Hukuku Yönünden iki ayrı iş kazası kavramı vardır.1 Sosyal Sigortalar ve Genel sağlık Sigortası Kanunu anlamında iş kazası 2-Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazası. Bireysel iş hukuku kavramında iş kazası işverenin işçiye karşı sorumlu olacağı iş kazalarını tanımlamak için kullanılır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununu anlamında iş kazası ise sigortalı işçiye karşı sigorta yardımlarının yapılması sonuçlarını doğurur.⁹ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel sağlık Sigortası Kanunu anlamında iş kazası kavramı ve doğurduğu sonuçlar farklıdır. Bizim inceleme konumuz bireysel iş hukuku anlamında iş kazası kavramıdır.

Mevzuatımızda işçinin korunması ile ilgili çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Her şeyden önce, işçinin korunmasına yönelik düzenlemelerin temellerinin Anayasa'da yer aldığı söylemek mümkündür. Anayasanın 2., 12., 17., 50. ve 60. Maddeleri buna örnek gösterilebilir. İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili taraf olduğumuz pek çok ILO Sözleşmesinin yanı sıra, ulusal mevzuatımızda; Medeni Kanun'un kişiliğin korunmasına yönelik maddeleri, Türk Borçlar Kanunu'nu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun işçilerin çalışma şartlarıyla ilgili 173.-180. maddeleri, Belediye Kanunu'nun¹⁰ gayrisihhi müesseselerle ilgili 15. maddesi gibi düzenlemeler işçilerin korunması amacıyla hizmet eden düzenlemelerdir. mevzuatımızda işçiyi koruyucu hükümler içeren kanunların yanı sıra, iş sağlığı ve güvenliği alanında çıkarılmış pek çok tüzük ve yönetmelik de bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer alan işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülükleri ise çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren önemli düzenlemelerdir.

TBK'da işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü "İşçinin kişiliğinin korunması" kenar başlıklı 417. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; "işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmaya yükümlüdür". 6098 sayılı TBK'nın m. 417/II düzenlemesi, 818 sayılı BK'nun 332/I düzenlemesinin karşılığı olmakla birlikte, TBK'da işverenin iş sağlığı ve güvenliği alma yükümlülüğünün kapsamı BK m. 332'den daha geniş tutulmuştur. BK m. 332/I'de, işverenin "akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri" almakla yükümlü olduğu öngörülmüş iken; TBK m. 417/II'de, işverenin "iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

İş kazası konusunda, değişik kurum ve kuruluşlar tarafından yapılmış bazı tanımlamalar mevcuttur. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) iş kazasını; "Belirli bir zarara ya da yaralanmaya neden olan, beklenmeyen ve önceden planlanmamış bir olaydır." şeklinde tanımlamaktadır. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) iş kazasını; "Önceden planlanmamış, çoğu kez kişisel yaralanmalara, makinelerin, araç ve gereçlerin zarara uğramasına, üretimin bir süre durmasına yol açan bir

⁸(SÖZER 1997, s.408.)

⁹(GÜNEREN 2011)

¹⁰(GÜNEREN 2011)

¹¹(BOLOĞLU 2016)

olaydır.” şeklinde tanımlayarak, iş kazasının ekonomik boyutuna daha fazla vurgu yapmaktadır.¹¹

5510 Sayılı m. 13’e göre, iş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.

Bir kazanın 5510 sayılı Kanun uyarınca iş kazası olarak kabul edilebilmesi için, kazaya uğrayan kimsenin 5510 sayılı Kanun bakımından sigortalı sayılması, meydana gelen kazanın 5510 sayılı Kanunun bahse konu 13 üncü maddesinde sayılan durumlardan birinde meydana gelmiş olması, kaza sonucunda bedensel (veya ruhsal) zarar ya da ölüm şeklinde bir zararın ortaya çıkması ve kaza ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağının olması gerekmektedir.¹²

İşçi ile işveren arasında yapılan hizmet sözleşmesi uyarınca işveren iş tehlikelerine karşı işçiyi korumak, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcunun yasal dayanakları İş Kanunu ve Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

TBK 417/II ve III “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.”

Yukarıda belirtildiği gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda 818 sayılı Borçlar Kanunundan daha ayrıntılı düzenlemiştir. İş kanununun 77. Maddesi 1. Fıkrasında “İşverenlerin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak”la yükümlü oldukları hükmü öngörülmüştür. Bu hükümlerle, işverene iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlemi sınırsız olarak almak zorunluluğu getirilmiştir.¹³

İş kazasının genel olarak tanımı konusunda dört görüş bulunmaktadır.¹⁴ Bir görüşe göre “iş yapılırken veya işin yapılması dolayısıyla meydana gelen kaza iş kazasıdır”. Bu görüş iş kazasını oldukça dar bir çerçeve içine sokmaktadır. “İşçinin, iş sözleşmesinin yerine getirilmesi amacıyla günlük yaşantısı içinde bulunduğu sırada meydana gelen kazaların tümü iş kazasıdır” şeklinde tanımlayan görüş ise, iş kazasının çerçevesini aşırı genişletmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, “işçinin,

¹²(BOLOĞLU 2016)

¹³(GÜNEREN 2011)

¹⁴ATABEK Reşat, İş Kazası ve Sigortası, İstanbul 1978, s.49-50.

işverenin otoritesi altında bulunduğu süre içinde meydana gelen kazalar iş kazasıdır”. İşverenin otoritesinin nerede başlayıp nerede bittiğinin tam olarak belirlenememesi bu görüşün zayıf noktasını oluşturmaktadır. “Otorite” teriminden, işverenin emir ve talimatı bulunması da anlaşılabilir. Böyle olduğunda, işçinin işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi durumunda geçen boş zamanında, sözgelimi sinemaya gittiğinde veya lokantada yemek yerken ya da işverene ait malı kurtarmak amacıyla denize dalması sonucunda veya kadın sigortalının çocuğuna süt verdiği sırada bir kazada ölmesi olaylarında, işverenin ne gibi otoritesinin veya emir ve talimatının bulunduğu sorusu akla gelecektir.¹⁵ Bu bakımdan “otorite” kıstasını çok mutlak anlamda anlamamak yerinde olacaktır. Kazaya uğranıldığı sırada görülmekte olan işin işverenin çıkarlarına (ya da işletme amaçlarına) hizmet ettiği hallerde sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğunu kabul etmek gerekir.¹⁶

“İşin yarattığı rizikoların neden olduğu tüm kazalar iş kazasıdır”. Şeklinde iş kazasını tanımlayan görüşün ise, iş kazasını genel olarak en iyi tanımlayan görüş olduğu söylenebilir.¹⁷

Bu tanımdan yararlanarak bireysel iş hukuku anlamında iş kazasının unsurlarını şu şekilde açıklayabiliriz;

- 1-Kazaya uğrayan kişinin sigortalı olması,
- 2-Sigortalının dıştan gelen, istenilmeyen ani bir kazaya uğraması,
- 3-Sigortalının işyerinde uğradığı kaza sonucu zarara uğraması,
- 4-Zarar ile kaza ve yapılan iş ile kaza arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır.¹⁸

2.2. İş Kazasının Unsurları

2.2.1.Kazaya Uğrayan Kişinin 5510 Sayılı Yasa Kapsamında Sigortalı Sayılması;

Bireysel iş hukuk anlamında iş kazasının ilk unsuru, kazaya uğrayan kişinin 5510 sayılı yasanın 4.maddesi 1.fıkrası a) bendi kapsamında sigortalı olmasıdır. Anılan madde hükmüne göre hizmet sözleşmesiyle bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar kısa vadeli sigorta kolu yönünden sigortalı sayılırlar.¹⁹

Kimlerin sigortalı sayılacağı Kanunun 2. maddesinde belirlenmiştir.²⁰ Bu maddede öngörülen koşulları yerine getirenler, işe alınmalarıyla kendiliğinden²¹ sigortalı sayılacaklarından (SSK.6); bunların işveren tarafından Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmemiş olması, bu niteliklerini ortadan kaldırmaz. Yani, hizmet sözleşmesine dayanılarak¹⁶ bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar, Kuruma bildirilmeden bir kazaya uğrasalar dahi yine uğradıkları kaza iş kazası sayılacaktır.¹⁷ Aynı şekilde iş kazasının varlığı için, sigortalı olma dışında başka koşulların,

¹⁵TAŞKENT, s.1952.

¹⁶TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.240.

¹⁷TAŞKENT, s.1952.

¹⁸(GÜNEREN 2011)

¹⁹(GÜNEREN 2011)

-belli bir süre sigortalılık ya da belli bir süre prim ödemiş olma- gerçekleşmesi aranmayacaktır. Buna göre diyebiliriz ki işe girdikten birkaç saat sonra uğranılan kaza iş kazası olarak kabul edilecek, yine sigortalının yaşının küçük olması, olayın iş kazası sayılmasını engellemeyecektir¹⁸

Yukarıdaki açıklamalar karşısında, bir işverenin kendi işyerinde kazaya uğramasında olduğu gibi bir kimse işyerine arkadaşını ziyaret amacıyla geldiği sırada bir kaza geçirdiğinde, sigortalı olmadığı için, bu olay da iş kazası olarak nitelendirilemez.²² Kuşkusuz sigortalılık niteliğinin varlığını daha önce de belirtildiği gibi yargıç belirler. Nitekim, Yargıtay, piyasa hamalı sayılmayan bir kimsenin haftada üç gün işverenin direktifi altında çalışmasını, sigortalı sayılmanın “zaman” ve “bağımlılık” unsurlarının oluşması bakımından yeterli bulmuş ve bu kişinin uğramış olduğu kazayı iş kazası olarak nitelendirmiştir.²³ Yine Yargıtay’a göre, işveren çağırıldıkça işbaşı yapan, piyasa hamalı olmayıp sadece bir işverene bağımlı olarak iş gören hamal işçi sayılır; günün tüm iş saatinde sürekli çalışmıyor olmak iş sözleşmesinin varlığını ortadan kaldırmaz. Olayda kısmi (part-time) çalışma söz konusudur. Dolayısıyla, uğranılan kaza iş kazasıdır.²⁴

Sigorta ilişkisini doğuran iş sözleşmesinin yasanın emredici kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılması durumunda, sigortalılık ilişkisi de geçmişe etkili olarak değil, ileriye yönelik olarak sona ermiş sayılacaktır. Bir başka deyişle, iş sözleşmesinin geçersizliği öne sürülene kadar geçen sigortalılık süresi – iş sözleşmesinin kendisi gibi- geçerli kabul edilecektir.²⁵

2.2.2.Sigortalının Dıştan Gelen , İstenilmeyen Ani Bir Kazaya Uğraması;

2.2.2.1.Genel Olarak Kaza Kavramı

Borçlar hukuku açısından kaza, borçlunun kusur iradesi dışında meydana gelen, önceden görülemeyen, kaçınılması mümkün olmayan zarar doğuran ve borçluyu sorumluluktan kurtaran herhangi bir olaydır.

Sigortalıyı bedence veya ruhça arızaya uğratan yahut ölümüne neden olan olayın, dıştan gelen bir etkenle meydana gelmiş olması gerekir. Şu halde bir kazanın varlığından bahsedebilmek için kişinin bedeni varlığının arızalı olmasından ileri gelen bir zarara maruz kalmamış olması gerekir.²⁶

²²Y21.HD., 20.11.1997, 7353/7596; Yargıtay önüne gelen başka bir olayda, “... kazaya uğrayan ile Orman Bakanlığı arasında bir hizmet akdi ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle kazanın iş kazası olarak nitelendirilemeyeceğine, giderek davaya iş mahkemesinde bakılmayacağına karar vermiştir (Y21HD., 21.9.2000, 5602/5932, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000, Ankara 2002, s.203).

²³Y10.HD., 15.5.1990, 3404/4587, GÜZEL Ali, Sosyal Sigortalar, Tebliğ, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1990, İstanbul 1992, s.176.

²⁴Y10.HD., 8.6.1995, 5048/5358, Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları, 1990-1995, Kamu-İş, Ankara 1996, s.704,705.

²⁵Y10.HD., 20.5.1997, 3965/3791, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s.283,284.

²⁶(BULUT Mehmet 2013)

Sözlük anlamı bakımından kaza, “can ve mal kaybına veya zararına sebep olan kötü olay”dır. Hukuki açıdan ise kaza kavramının biri geniş, öbürü dar olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Ani bir şekilde ve istenilmeyerek bir zararın doğumuna amil olan sebepler kompleksinin bütününe geniş anlamda kaza adı verilir.²⁷ Bu anlamdaki kaza kavramına, vücut bütünlüğünün ihlali (cismani zarar) ve ölüm dahil olduğu gibi, eşyaya ilişkin zarar da dahildir. Buna karşılık, dar anlamdaki kaza kavramı ise, insan vücudunun zarar görmesi, yani ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlalidir. İş kazaları açısından bu dar anlamdaki kaza kavramı önem taşır; eşyaya ilişkin zararlar iş kazası olarak nitelendirilemezler.²⁸ Borçlar Hukuku açısından kaza (ya da olağanüstü hal), borçlunun kusur ve iradesi dışında meydana gelen, önceden öngörülemeyen, kaçınılması mümkün olmayan, zarar doğuran ve borçluyu sorumluluktan kurtaran herhangi bir olaydır.²⁹

2.2.2.2. Unsurları

2.2.2.2.1 Dıştan Gelen Bir Olay

Sigortalıyı bedenen ya da ruhça zarara uğratan yahut ölümüne neden olan olayın dıştan gelen bir etkenle meydana gelmiş olmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinadaki bir görüşe göre,³⁰ kaza, mağdurun vücut bütünlüğüne, organik yapısına yabancı, harici bir etken, dış bir olay sonucu meydana gelmelidir. İşyerinde patlama, bir maddenin çarpması, düşmesi, havadan zehirlenme, elektrik cereyanına kapılma, yüksekten düşme, güneş çarpması gibi. Buna karşılık işyerinde meydana gelmiş olsa dahi sigortalının kronik kalp yetmezliği veya beyin anevrizması sonucu ölümü dışarıdan gelen bir etkenle bir ölüm şekli olmadığı halde bu konudaki görüş farklılığı dolayısıyla tartışmalıdır.³¹

2.2.2.2.2. İstenilmeyen Bir Olay

Meydana gelen olayın sigortalı tarafından istenilmemiş, arzu edilmemiş olmasının gerekip gerekmediği konusunda da doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, sigortalının kendi kusuru sonucu uğradığı kaza da iş kazası sayılır. Sigortalının kastı, bir olayın iş kazası sayılmasına engel değildir. Gerçekten, SSK.110³’da, kastı yüzünden iş kazasına uğrayan sigortalıdan söz edilmekte ve böylece sigortalı tarafından istenerek gerçekleştirilen bir olayın, iş kazası sayılmasını engellemeyeceği açıkça ifade edilmektedir.

Sigortalının kastı, maddede belirtildiği üzere sadece Kurumca yapılacak parasal yardımların kapsamını etkilemekte; sağlık yardımları açısından olumsuz bir sonuç doğurmamaktadır.³² Sigortalının kastı olayın iş kazası olarak nitelendirilmesine engel görünse idi, sağlık yardımlarının yapılması söz konusu olmazdı.³³ Belirtilen nedenle

²⁸GÜZEL/ OKUR, s.228; EREN, s.6.

²⁹TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. B., İstanbul 1993, s.1000.

³⁰EREN, s.9; GÜZEL/ OKUR, s.229; TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.238.

³¹TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.238.

³²GÜZEL/ OKUR, s.203; ÇENBERCİ, s.117; TAŞKENT, s.1954.

³³TAŞKENT, s.1955; GÜZEL/ OKUR, s.229.

Yargıtay da, sigortalının işyerinde intihar etmesini iş kazası olarak kabul etmiştir. Yargıtay'a göre, "... intihar eylemi eğer işyerinde gerçekleşmiş ise, olayın salt işyerinde meydana gelmesi durumunda bile, intihar eden sigortalının gördüğü işle ilgili ve işverenin kusurundan kaynaklanmamış olmasına rağmen 506 sayılı Yasanın 110. maddesi açıklığı gereği olay yine iş kazasıdır"³⁴⁻³⁵ Bu örnek, iş kazasında zarar verici olayın mutlaka dıştan gelmesinin gerekmediğini, sigortalı tarafından istenerek gerçekleşebileceğini göstermektedir.³⁶ Ne var ki, SSK.110'da belirtildiği üzere, sigortalının kastı kurum tarafından sağlanacak yardımların kapsamını etkileyecektir.³⁷

Diğer bir görüşe göre ise, dıştan gelen etkenin sigortalı tarafından istenilmemiş, arzu edilmemiş olması gerekir. Sigortalının kazanın oluşumunda kastının bulunması halinde artık iş kazasından söz edilemez.³⁸ Söz konusu madde (SSK.110), sigortalının kasıtlı fiillerini de iş kazası sayan değil, kasıtlı davranan sigortalıyı bazı yardımlardan yoksun bırakmak suretiyle adeta cezalandıran bir hükümdür. Kasıtlı fiil sonucunda da olsa, vücutça zarara uğrayan sigortalıya sağlık yardımı yapılmasını öngören insancıl bir düşüncenin ifadesidir. Bu nedenle SSK.110 hükmüne ters bir anlam vererek işyerinde intiharı dahi iş kazası olarak değerlendirmek iş kazası kavramını sonu belirsiz boyutlara kadar genişletmek olur. Çünkü intihar olayında olayın nedeni, yapılan iş olmayıp, sigortalının iradesidir. Diğer bir anlatımla kaza iradi olamaz. Bu nedenle işyerinde meydana gelse dahi iş kazası sayılmaz. Buna karşılık işyerinde, kendini öldürme kastı olmadığı halde, yanlış bir hareket sonucu ya da bilmeden kendi ölümüne sebep olan sigortalı intihar etmiş değil iş kazası sonucunda ölmüş sayılır.³⁹

2.2.2.2.3. Ani Bir olay

Müdahalenin meydana gelmeden evvel bilinmesi, beklenmesi ve suretle önlenmesi mümkün olmamalıdır.⁴⁰ İş kazası, aniden veya çok kısa bir zaman aralığı içinde meydana gelen bir nedenle ortaya çıkan bir olaydır. Oysa meslek hastalığı uzun bir zaman parçası içinde tekrarlanan olaylar sonucu doğmaktadır. İş kazasının âni bir olay sonucu meydana gelmiş olması onu meslek hastalığından ayıran en önemli unsurdur.⁴¹

2.2.3 Sigortalının İşyerinde Uğradığı Kaza Sonucu Zarara Uğraması

İş kazasından söz edebilmek için işçinin bedensel bir zarara uğramış olması gerekmektedir. Burada söz konusu olan zararların özellikle iş kazası nedeniyle işçinin sürekli iş görmezliğe uğramasından kaynaklanan zararlar oldukları genelde hem öğretilerde hem de uygulamada kabul edildiği görülmektedir. İş Hukukunda ve 506 sayılı Yasa'da "**sürekli işgöremezlik**" olarak adlandırılan bedensel zararlara "**kalıcı sakatlık**" denildiği gibi, Yargıtay kararlarında ve Adli Tıp Kurumu raporlarında

³⁴Y10HD., 5.7.2004, 4465/6425, Toprak İşveren, S.63, Eylül 2004, s.12-13; Aynı yönde, Y10HD.,

³⁵3.1979, 8413/2759, YKD., Ağustos 1979, s.1167.

³⁶TAŞKENT, s.1955.

³⁷ÇENBERCİ, s.117,118.

³⁸EREN, s.10; TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.238.

³⁹TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.238-239.

⁴⁰TURAN Güngör, Bağ-Kur Kanunu Açısından İş Kazası Kavramı ve Hukuki Sorunlar, Kamu-İş, C.3, S.4, Temmuz 1994, s.115.

⁴¹TUNCAY, Sosyal Güvenlik, s.239; GÜZEL/ OKUR, s.229.

“**beden gücü kaybı**” veya “**çalışma gücü kaybı**” ya da “**meslekte kazanma gücü kaybı**” da denilmektedir.⁴²

Bireysel iş hukuku anlamında iş kazasının neden olduğu maddi zarar SSGSSK anlamındaki iş kazasına oranla daha kapsamlıdır. Gerçekten sosyal sigortalar anlamında iş kazasında zarar, kurumca sağlanan yardımların karşılamaya çalıştığı sadece sigortalının sağlık harcamaları ve kazanç kayıplarına ilişkindir. Buna karşılık bireysel iş hukuku anlamında iş kazası, zararı tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, kazanç kaybı olmak üzere çok geniş kapsamlıdır.⁴³

TBK.54. maddesine göre; zarar gören şunların hepsini talep edebilir.

- 1) **Geçici iş göremezlik** nedeniyle iş ve kazanç kaybı
- 2) **Sürekli iş göremezlik** nedeniyle çalışma gücü ve kazanç kaybı
- 3) **Tedavi giderleri** ve tüm iyileşme sürecinde yapılan her türlü masraflar.
- 4) **Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar**

2.2.4. Zarar İle Kaza ile Yapılan İş Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Hukuki sorumluluğu doğuran şartlar arasında illiyet bağı büyük bir önem taşır. İlliyet bağı, sorumluluğun aslı şartı, tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülür. Bu şart olmaksızın bir şahsın sorumluluğu düşünülemez. İlliyet kavramı, zararlı sonuçla sorumluluğu doğuran davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağıının bulunmasını gerektirir. Hukukta, gerçekleşen zararlarla sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denilmektedir.

Nedensellik bağı, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen türden zararlı bir sonucu meydana getirmeye elverişli ya da böyle bir sonucun gerçekleşmesini kolaylaştıran sebeple sonuç arasındaki bağı ifade eder.⁴⁴

Bireysel iş hukuku anlamında gerçekleşen bir iş kazasından işverenin sorumlu tutulmasını sağlayan, kazanın işverenin işiyle olan ilgisidir. Buna göre, iş kazası sonucu ortaya çıkan zararın işverenin yürüttüğü işle uygun nedensellik bağı içinde bulunması halinde işveren, işçinin uğradığı zararı karşılamak zorundadır. Yürütülen işle bağlantılı olan faaliyetin mutlaka işyerinde sürdürülmesi gerekmez. İşçinin işyeri dışında devam eden ve yürütülen işin doğal uzantısı olarak görülebilecek filleri de bu kapsama dahil edilmelidir.⁴⁵

Kaza ile sigortalının uğramış olduğu bedensel ve ruhsal arıza arasında bir ilişkinin bulunması şarttır. Yargıtayın hiç sapma göstermeyen uygulamasına göre, sigortalıda saptanan sürekli iş görmezliğin, uğradığı iş kazasının sonucu olup olmadığı, eş anlatımla; kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunup bulunmadığının

⁴²(ÇELİK 2016)

⁴³(GÜNEREN 2011)

⁴⁴(EREN 1974)

⁴⁵(AKIN 2011 Mart)

yönteminde araştırma yapılarak belirlenmesi gerekmektedir.

İşverenin sorumluluğu için varlığı gerekli olan, kaza ile nedensellik bağı içinde bulunması gereken iş kavramı, gerek yargısal kararlarda gerekse öğretide değişik şekillerde ifade edilmiştir.

İşverenin yürüttüğü iş ile kaza arasında uygun nedensellik bağının kurulabildiği hallerde varlığından söz edilebilen işverenin sorumluluğu, bu nedensellik bağının sağlamadığı ya da kesildiği hallerde ortadan kalkar. Bu gibi durumlarda kazaya uğrayan işçi, bireysel iş hukuku anlamında iş kazasının oluşmaması nedeniyle yalnız sigorta yardımlarından yararlanabilir. İşverene maddi tazminat davası açamaz.⁴⁶

Uygun nedensellik bağı kesen nedenlerden ilki kazaya uğrayan işçinin kusurunun ağırlığıdır. Buna göre işçi kendi davranışı sonucunda iş kazasına uğradıysa ve anılan davranışı kazanın iş ile olan uygun nedensellik bağı ortadan kaldırıyorsa işverenin sorumluluğuna gidilemez. Sözü edilen sonucu doğabilmesi, işçinin eyleminin iş ile kaza arasındaki uygun nedensellik bağı ikinci plana itebilecek yoğunluğa ulaşmasına bağlıdır.⁴⁷

5510 sayılı Kanununun 13.maddesine göre, kazanın “sigortalının işyerinde bulunduğu sırada” bedence veya ruhça bir arızaya uğraması iş kazası olarak nitelendirilmektedir. Bahsedilen kanununun 13. maddesinde, sigortalıların işlerini yaptıkları yerler olarak tanımlanmış ve işin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitim yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılmış bulunmaktadır.⁴⁸

Bu duruma göre, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,⁴⁹ örneğin avluda koşarken düşmesi sonucu bedence sakatlanması veya yemekhanede kavga etmesi sonucu yaralanması yahut dinlenme yerinde, herhangi bir şahıs tarafından tabanca ile vurulması veya “işyerinde intihar etmesi” veya işyeri sınırları içerisinde bulunan havuz gibi yerlerde boğulma sebebiyle ölüm halleri iş kazası sayılmaktadır.⁵⁰

Kanundaki düzenleme biçimi, ortaya çıkabilecek kazaların büyük bir bölümünü iş kazası olarak kabul etmekte ve sigortalıya geniş bir koruma sağlamaktadır. Sigortalının hangi nedenle olursa olsun, işyerinde bulunduğu sırada uğradığı her kaza, diğer unsurlar da mevcutsa, iş kazası olarak kabul edilecektir. İşçi, işyerine ayak bastığı andan, işyerini terk edeceği ana kadar, çalışır durumda olsun olmasın, işverenin otoritesi altında olup olmadığı tartışma konusu yapılmaksızın ve bu hususun araştırılmasına mahal vermeden korunmaktadır. İşçinin uğradığı kazanın mutlaka iş saatleri içinde meydana gelmesi de gerekli değildir. İşyerinde meydana gelen olay ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunması iş kazası açısından yeterlidir; bunun için başka bir unsur aramaya gerek yoktur.⁵¹

⁴⁶(AKIN 2011 Mart)

⁴⁷(AKIN 2011 Mart)

⁴⁸CAN Mehmet, Açıklamalı- İctihadi Sosyal Sigortalar Uygulaması, Ankara 1995, s.172.

⁴⁹Y21HD., 1.7.2004, 6433/6503, Çalışma ve Toplum, Birleşik Metal-İş Ekonomi ve Hukuk Dergisi, 2004/3, s.257-260.

⁵⁰YELEKÇİ Memduh, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1993, s.136; CAN, s.172.

⁵¹(BULUT Mehmet 2013)

Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin geçmiş tarihli bir kararında, sigortalının mezbahane işyerinde kesim yaparken bıçağı bacağına kaçırıp kan kaybından ölmesi olayını, “sarhoş vaziyette kesim yaptığınan” iş kazası saymayan iş mahkemesi kararını bozmuştur. Yargıtay, “...sigortalının işyerinde çalışırken ve işverenin işini yaparken öldüğü sabit olduğuna göre, ölümün iş kazası sonucu meydana geldiğinin kabulü yerine, işyerinde sarhoş çalışırken öldüğünü göz önüne alıp olayın iş kazası sayılmayacağına karar vermesi”ni isabetsiz bulmuş ve aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁵² Yargıtay’ın bu kararı Kanundaki iş kazası tanımına tamamen uygundur. Olay işyerinde meydana geldiğine ve zarar bu olay sonucunda gerçekleştiğine göre, bunun için başka bir unsurun aranmasına gerek yoktur.⁵³

Yargıtay bir başka kararında da, işveren tarafından temin edilen otelin tuvaletinde iş saatleri içinde meydana gelen kazayı iş kazası saymıştır. Karara konu olan olayda, davacılar murislerinin iş kazası sonucu öldüğünü öne sürerek kurumdan gelir bağlanmasını istemişler; mahkemenin talebi reddetmesi üzerine de Yargıtay’a başvurmuşlardır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, murisin davalının işyerinde hizmet akdi ile çalıştığını, olayın işverenin temin ettiği otel tuvaletinde mesai saatleri içinde meydana geldiğini, SSK.5 ve SSK.11/A-a,b fıkralarına göre, kazanın işyerinde ve işin yürütümü sırasında meydana gelmiş olması karşısında, ayrıca illiyet bağının aranmasının gerekmediği sonucuna vararak mahkemenin kararını bozmuştur.⁵⁴

Buna karşılık, davacı şoförün davalı şirkete ait kamyonla bir şehre mal götürürken, yolda aracı park edip, şoför mahallinde içki alemi yaptığı sırada aynı araçta muavinlik yapan çocuğa sarkıntılık yapması üzerine muavin tarafından yaralanması, yerel mahkemece iş kazası olarak değerlendirilmemiş; Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, zararlandırıcı sigorta olayı kamyonun şoför mahallinde, dolayısıyla işyerinde meydana gelmiş olduğu gerekçesiyle, kararı usul ve yasaya aykırı bulmuş; ancak Hukuk Genel Kurulu “Kanun koyucunun amacı, olayın vuku bulduğu yer ve zaman ile davacının davranışı hep birlikte değerlendirildiğinde, davalıların sorumluluk koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez” diyerek yerel mahkemenin bu olayı bir iş kazası olarak görmeyen direnme kararını onamıştır.⁵⁵

Yargıtay bir kararında, “davalı işverene ait inşaat işyerinde çalışan sigortalının işyerinde yatıp kalkmadığı, olay günü iş saati sona erdikten sonra saat 21.00’e kadar inşaatın önünde arkadaşlarıyla içki içtiği ve tuvalet ihtiyacını gidermek üzere inşaatın birinci katına çıktığı sırada düşerek öldüğü” belirtildikten sonra, “... dosyadaki bilgi ve belgelere göre kaza ile görülen iş arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığı, kazanın sigortalının gördüğü işin bir sonucu olmadığı görülmektedir. Gerçekten kazanın işverenin otoritesi altında meydana gelmediği, günlük çalışma saati sona erdikten sonra işin görülmesi ile ilgili olmayan bir nedenle cereyan eden olayın iş kazası olarak nitelendirilmemesi gerekir” sonucuna ulaşmıştır.⁵⁶

⁵²Y10HD., 23.3.1992, 1991-12579/ 1992-3624.

⁵³TAŞKENT, s.1957; Karşı görüşte, TUNCA, s.240 vd.; Ayrıca, TUNCA, A. Can, Sosyal Sigortalar, Tebliğ, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, s.155-156.

⁵⁴Y10HD., 14.9.1994, 11128/16216, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, s.139.

⁵⁵YHGK., 15.4.1987, 644/ 330, OKUR Ali Rıza, Sosyal Sigorta Türleri Açısından Yargıtayın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Tebliğ, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1987, İstanbul 1989, s.209.

⁵⁶Y10HD., 22.11.2001, 5874/8059, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s.289.

Kararda belirtilen olayın iş kazası olup olmadığı araştırılırken yanlış anlamalara yol açmamak için ikili bir ayrıma gitmek doğru olabilir. Her şeyden önce olayın işyerinde meydana gelmesi Sosyal Sigortalar Hukuku yönünden iş kazası sayılma için yeterlidir. Ancak, olayı işverenin sorumluluğuna yol açacak bir iş kazası olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü bu bağlamda iş kazasından söz edebilmek için, kaza ile zarar arasındaki illiyet bağının yanında, yapılan iş ile kaza olayı arasında da uygun illiyet bağının bulunması gerekir.⁵⁷

Sigortalının uğradığı bedensel veya ruhsal zararlar dışındaki mal kaybına neden olan olaylar iş kazası değildir.

2.2.4 Zarar ile Kaza ve Yapılan İş ile Kaza Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunması

İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında nedensellik bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni, mantık yasalarına göre mevcut olmayan bir nedensellik yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir.

Sorumluluklar konusunda yapılan bu ayrıma paralel olarak, uygun nedensellik bağının belirlenmesinde de, SGK ve işverenin sorumlulukları açısından ikili bir ayrıma gidilebilir. Bunlardan ilki, sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazasının oluşumunda aranan nedensellik bağıdır. İkincisi ise, bireysel iş hukuku anlamında iş kazasını, yani işverenin kişisel sorumluluğunu doğuran iş kazasını oluşturacak olan nedensellik bağıdır.⁵⁸

Gerçekleşen olayın bireysel iş hukuku anlamında iş kazası sayılması ve işverenin sorumluluğunun doğabilmesi için, çalışanın uğradığı zararın ortaya çıkan kazanın uygun bir sonucu olması gerekir. Sadece kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının (neden sonuç ilişkisinin) bulunması, işverenin sorumluluğu için yeterli olmaz. Kazanın ayrıca işverenin yürüttüğü iş ile de uygun illiyet bağı içinde bulunması gerekir. Kaza ile illiyet bağı içinde bulunması gereken unsur, işçinin işi, yapılan iş ya da işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma ödevine aykırı hareketidir. İş kazası sonucu ortaya çıkan zararın işverenin yürüttüğü işle uygun illiyet bağı içinde bulunması halinde işveren, işçinin uğradığı zararı karşılamak zorundadır.

Bireysel iş hukuku anlamında gerçekleşen bir iş kazasından işverenin sorumlu tutulmasını sağlayan, kazanın işverenin işiyle olan ilgisidir. Buna göre, iş kazası sonucu ortaya çıkan zararın işverenin yürüttüğü işle uygun nedensellik bağı içinde bulunması halinde işveren, işçinin uğradığı zararı karşılamak zorundadır. Yürütülen işle bağlantılı olan faaliyetin mutlaka işyerinde sürdürülmesi gerekmez. İşçinin işyeri dışında devam eden ve yürütülen işin doğal uzantısı olarak görülebilecek filleri de bu

⁵⁷BAŞTERZİ Süleyman, Sosyal Sigorta Türleri, Tebliğ, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s.289-292.

⁵⁸(AKIN 2011 Mart)

kapsama dahil edilmelidir. Bununla birlikte, incelememize konu olan türden tazminat davalarında, sadece kaza ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması, işverenin sorumluluğu için yeterli değildir. Söz konusu sorumluluk için, kaza ile iş arasında da uygun nedensellik bağı gereklidir.⁵⁹

Kazanın, işverenin işiyle ilgili olup olmadığının tespitinde bir takım karinelere dayanılır. Bu karinelerin bulunduğu durumlarda aksi ispatlanmadığı sürece oluşan iş kazasının işle ilgili olduğunu düşünmek mümkündür.

2.2.4.1. İşveren Tarafından Yürütülen İşin Yapılması Sırasında Meydana Gelmişse

İşveren tarafından yürütülen işin yapımı sırasında gerçekleşen kazaların işle ilgili olduğu kabul edilir. Yani, işçi çalışma sırasında, işini yaparken bir kazaya uğraması durumunda kaza ile iş arasında uygun illiyet bağının bulunduğu, dolayısıyla olayın Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazası olduğu kanısına varılır.

2.2.4.2. İşveren İş Güvenliği Önlemlerine Aykırı Davranmışsa

Oluşan iş kazası, işverenin işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerini alma yükümlüğüne aykırı davranışından kaynaklanmıyorsa gerçekleşen zarardan işveren sorumlu tutulabilir. Yani, işyerinde yasa, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen sağlık ve güvenlik önlemleri ile teknolojik gelişmelerin gerektirdiği önlemler alınmamışsa ve bu nedenle bir kaza meydana gelmişse bu olay Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazası sayılmakta ve işverenin sorumluluğu aranmaktadır.

2.2.4.3. İş Süresi İçinde Meydana Gelmişse

Çalışanların uğradıkları kazaların işle ilgili olan ilgisinin kurulabilmesi için yararlanabilecek belirtilerden biri de, olayın iş süresi içinde gerçekleşmesidir. İşverence görevli olarak gönderilen işçinin yolda geçirdiği süre de iş süresine dahildir. Bu nedenle yolculuk sırasında uğradığı kaza işle ilgili kabul edilerek, işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi ve tazminat davası açılması mümkündür.

2.2.4.4. İşverenin Yürüttüğü İşin Tehlikesinin Sonucu İse

Yürütülen işin yarattığı tehlikedir. İşçinin uğradığı kaza işverenin yürüttüğü işin doğrudan ya da dolaylı olarak yarattığı tehlikenin sonucu ise, olan işle uygun illiyet bağı içinde olduğu kabul edilir.

2.2.4.5. Nedensellik Bağının Kesilmesi

İşverenin yürüttüğü iş ile kaza arasında uygun illiyet bağının kurulabildiği hallerde varlığından söz edilebilen işverenin sorumluluğu, anılan illiyet bağının sağlanmadığı ya da kesildiği hallerde ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak işveren,

⁵⁹(AKIN 2011 Mart)

ölen işçinin ve üçüncü kişilerin kusuru sonucu uğranılan zararın tazmininden sorumlu tutulamaz. İşverenin kusursuz sorumluluk hallerinde dahi uygun illiyet bağının gerçekleşmesi ve kesilmemiş olması gerekir. İşverenin sorumluluğunu ortadan kaldıran ve uygun illiyet bağını kesen nedenler aşağıda belirtilmiştir.

2.2.4.5.1. Kazaya Uğrayan İşçinin Kusuru:

İş kazasının gerçekleşmesinde işçinin ağır kusuru varsa, uygun illiyet bağı kesilir ve işverenin sorumluluğu aranmaz. İş kazasında ölen işçi tam kusurlu ise işverene sorumluluk yüklenemeyeceği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir. Örneğin; işçinin işyerinde intihar etmesi halinde olay işyerinde gerçekleşmesi nedeniyle SSK anlamında iş kazası sayılsa bile, işle olan uygun illiyet bağı işçinin kastı ile kesilmiş olduğundan Bireysel İş Hukuku anlamında iş kazası sayılmaz. Borçlar Yasasının 44. Maddesine göre, yoğunlukları uygun illiyet bağını kesebilecek düzeyde bulunmayan kusur dereceleri ise yalnız işverence ödenecek maddi tazminattan indirim nedeni olabilir.

2.2.4.5.2. Üçüncü Kişinin Kusuru:

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerin ikincisi, üçüncü kişinin yaptığı kusurlu davranışı nedeniyle uygun illiyet bağının kesilmesidir. Üçüncü kişi, işverenin bir başka işçisi ya da işverenle bağlantısı olmayan diğer bir bahis olabilir. Üçüncü kişilerin davranışlarının uygun illiyet bağını kesebilmesi ve işvereni sorumluluktan kurtarabilmesi için belirli bir yoğunluğu ulaşması gerekir. Örneğin; işverene ait bir araç içinde seyreden işçi, karşı yönden gelen bir araç ile çarpışma sonucu sakatlanmıştır. Kazanın oluşmasında karşı yönden gelen bir başka araç % 100 oranında kusurlu bulunması nedeniyle sakatlanma ile yürütülen iş (eylem) arasındaki illiyet bağı kesildiğinden işveren kazadan sorumlu tutulamaz.

2.2.4.5.3. Mücbir Sebep:

Kazaya uğrayan işçinin ve üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağını kestiği hallerde olduğu gibi mücbir sebep nedeniyle meydana gelen kazada da işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Mücbir sebep; dış kuvvetlerin sonucu, işverenin işyeriyle bağlantısı bulunmayan, önceden görülmeyen, kaçınılmaz ve mutlak surette engellenemeyen olaylardır. Örneğin; işyerinde çalıştığı sırada gerçekleşen deprem sonucunda yaralanan işçinin uğradığı bu kazanın işle olan uygun illiyet bağı kesildiğinden, SGK yardımları sağlansa bile işveren sorumlu tutulamaz.⁶⁰

Ekleyelim ki, sadece işverenin kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulmasında değil, kusursuz sorumluluğun uygulandığı hallerde de tazmin yükümlülüğünün doğması için uygun illiyet bağının kesilmemiş olması zorunludur. Nitekim Yargıtayın da bu yöndeki kararlarına göre “Gerek öğretide gerekse uygulamada benimsendiği üzere, mağdurun(ölenin) ve üçüncü kişilerin ağır kusuru ile işverenin sorumluluğu için gerekli olan illiyet bağı kesilir. 22.6.1966 ve 7/7 sayılı

⁶⁰(YILMAZ 2017)

İçtihadı birleştirme kararında da açıkça vurgulandığı üzere, kusursuz sorumluluk hallerinde dahi uygun illiyet bağının gerçekleşmesi ve kesilmemiş olması gerekir.”⁶¹

İşçinin sigortalı olmaması veya sigortalı olmakla birlikte 5510 sayılı kanunun 97.maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin geçirilmiş olması halinde de, işçi veya hak sahiplerinin, gözetme borcuna aykırı hareketi nedeniyle maruz kaldıkları zararı genel hükümlere göre on yıllık zamanaşımı süresi içinde doğrudan işverenden talep etmeleri mümkündür.⁶²

3. İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCU

3.1. Geniş Anlamda Gözetme Borcu

Kişisellik unsurunun da bir gereği olarak işçiyi gözetme borcu, iş hukuku ve borçlar hukukunda düzenlenme gereği duyulmuştur. İşçiyi gözetme borcu çok geniş bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, işveren işçinin maruz kalabileceği her türlü durumdan korumak durumunda olduğu gibi, bunun sağlanması için işçiye gerekli bilgiyi verecektir. Ayrıca, işyerinde işçiye ait bulunan eşyaları da koruyacaktır. Bu borç Medeni Kanun 2’de yer alan dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre belirlenir. Dar anlamda koruma borcu ise işçiyi hayatını ve sağlığını zarara uğratabilecek tehlikelere karşı korumaktır.⁶³

İşveren ve işçi arasında düzenlenen iş sözleşmesiyle işçi ve işveren arasında kişisel ve sürekli bir ilişki kurulmaktadır. Bunun neticesinde de işveren işçiyi koruyup gözetecek, işçi de işverene sadakatle hizmet edecektir. İşçiyi gözetmek onun yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal yapısını işyerini tehlikelerine karşı korumaktır.

3.2. İş Sağlığı Ve Güvenliği Önlemleri Alma Borcu

İşyerinde iş sağlığı ve önlemlerini alınması zorunluluğu, işverenin geniş anlamda işçiyi gözetme borcunun kapsamında yer alan başlıca yükümlülüklerden biri olarak gösterilir. Başka bir anlatımla, işveren, işçinin kişilik hakları arasında bulunan yaşam, sağlık beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumak zorundadır.⁶⁴

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcunun ilk başta anayasal dayanaklarının olduğunu görmekteyiz. Bunların en başında da yaşama hakkı gelmektedir. (*Anayasa madde 17/1; – Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*) Yaşama hakkı üç şekilde kendisini göstermektedir. Bunlardan ilki kişinin kendisinin yaşama hakkına müdahale etmemesidir. İkinci olarak başka birinin onun yaşama hakkına müdahale edememesidir. Son olarak da onun başka birinin yaşama hakkına müdahale edememesidir. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu anayasal dayanağının yanı sıra 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu yürürlüğe girmeden önce, İş Kanunu madde 77. ile de getirilmiş bir borçtu. 6331

⁶¹(SÜZEK 2013)

⁶²(MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

⁶³(KAYA 2014)

⁶⁴(SÜZEK 2013)

sayılı Yasa ile bu konuda yeni düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca, bu borcun dayanağı işveren ile işçi arasında yapılan sözleşmedir. Sendikaların da aktif çalışmalarıyla bu konuda işverenlere toplu iş sözleşmeleriyle de bir takım yükümlülükler yüklenebilmektedir. Bu durumda toplu iş sözleşmesinin iş güvenliğine ilişkin hükümleri doğrudan uygulanacaktır.⁶⁵

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, işverenin genel yükümlülüğü kenar başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasına göre, “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır”. İş Kanunu m. 77 hükmüne benzer biçimde, bu hükümle de işveren, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için “gerekli her türlü önlemi” almakla yükümlü kılınmış; hatta bu yükümlülüğü, İş Kanunu'na oranla daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, 6331 s. Kanun m. 5 hükmü, risklerden korunma ilkeleri kenar başlığı altında, işverenin yükümlülüklerini yerine getirirken göz önünde bulundurması gereken ilkeleri ayrıntılı şekilde sıralanmıştır. İSGK m. 6'ya göre, ‘(1) Mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunulmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için işveren; a) Çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve on ve daha fazla çalışmanı olan çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde diğer sağlık personeli görevlendirir. Çalışanları arasında belirlenen niteliklere sahip personel bulunmaması hâlinde, bu hizmetin tamamını veya bir kısmını ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alarak getirebilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini kendisi üstlenebilir. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/16 md.) Belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olmayan ancak 10'dan az çalışmanı bulunan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyeri işverenleri veya işveren vekili tarafından Bakanlıkça ilan edilen eğitimleri tamamlamak şartıyla işe giriş ve periyodik muayeneler ve tetkikler hariç iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütebilirler.

b) Görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşların görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar.

İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetlerini yürütenler arasında iş birliği ve koordinasyonu sağlar. ç) Görevlendirdikleri kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşlar tarafından iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuata uygun olan ve yazılı olarak bildirilen tedbirleri yerine getirir. d) Çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdikleri

⁶⁵(KAYA 2014)

kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların işverenlerini bilgilendirir.

Yine aynı kanunun 13,14,15,16,17 vd. maddelerinde işverenin yükümlülükleri ayrıntılı şekilde sıralanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu da, 4857 sayılı İş Kanunu m. 77 ile getirilen anlayışa paralel olarak, “İşçinin Kişiliğinin Korunması” başlığı altındaki 417. maddesinin 2. fıkrasında, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür” yönünde bir düzenleme getirmektedir.

3.3. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Sınırı ve Çerçevesi

İş Kazası ve meslek hastalığına uğrayan işçinin sigortalı olması, sigortalı olup 5 yıllık zamanaşımı süresini geçirmesi, sigortalı olup Kurumca karşılanamayan zararlarının olması veya sigortasız olması durumuna göre konunun ele alınışı değişmektedir. Sigortalı olması halinde 5510 sayılı Kanununa göre kendisine verilen haklardan yararlanacaktır (m. 63) Ancak sigortalı işçinin ve yakınlarının bu sağlanan haklardan yararlanması onların zararlarını tamamen telafi edemeyebilir. Çünkü sigorta Kurumunca yapılan yardım ve ödenekler götürü nitelik taşımadıklarından işçi ve yakınlarının zararlarını tamamen telafi edemeyebilmektedir. Ayrıca, bu kişilerin uğramış oldukları manevi zararlar kurumca ödenmemektedir. İşçi ve yakınlarının uğramış oldukları zararların Kurumca telafi edilemeyen kısımları ise gerek öğreti ve gerekse uygulama tarafından söz birliği ile işverenden istenebileceği savunulmaktadır.

Sigortalı işçi ve yakınlarının tüm zararı Kurumca karşılanmış ise bu durumda işverene gidilemeyecektir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası kapsamında olmayan işçiler ise Kurumla herhangi bir şekilde muhatap olmadan zararlarını işverenden talep edebilmektedirler.⁶⁶

Ayrıca, aşağıda detaylı olarak incelenecek olan sorumluluk türlerinden kusursuz sorumluluk görüşü benimsense dahi işverenin sorumluluğunun sınırsız olarak uygulanması mümkün görünmemektedir. Örneğin, işçi uğradığı zararın artmasına kendisi neden olmuşsa bu durumda oluşan zarar işverene yükletilemeyecektir. Kazada ağır kusuru ve tedbirsizliği olan işveren ile hiç kusuru bulunmayan işveren aynı şekilde değerlendirilmeyerek, hiçbir kusuru olmadan kazanın olduğu işyeri sahibi eğer ödeyeceği tazminatla çok zor duruma düşecek olursa bu durumda hakim tazminat miktarını indirebilecektir.⁶⁷

3.4. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

Yukarıda sözü edilen mevzuat çerçevesinde işveren, hiçbir sınırlama olmaksızın, iş güvenliği açısından gerekli her türlü önlemi almakla yükümlüdür. İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma ve genel anlamda işçiyi gözetme borcunu ihlali halinde, iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin ya da bu

⁶⁶(SÜZEK 2013)

⁶⁷(KAYA 2014)

nedenle yaşamını kaybeden işçinin desteğinden yoksun kalanların zararını tazmin yükümlülüğü söz konusu olacaktır. İşçinin veya destekten yoksun kalanların, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararları için işverene başvurabileceği, öğreti ve içtihat tarafından kabul edilmektedir.

Mevzuatımızda, Kurumca karşılanmayan zararlar bakımından işverene müracaat edilip edilemeyeceğine ilişkin yol gösterici bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğreti ve uygulamada, işverenin iş kazası ve meslek hastalığı zararlarından sorumluluğunun doğumu için işverenin ayrıca kusurunun bulunması gerekip gerekmediği konusunda çeşitli görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir.

İşverenin hukuki Türk Hukukunda tartışmalı bir konudur. Bu konudaki öğreti görüşleri, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk ekseninde ikiye bölünmüş durumda olup ortak görüşlerinde farklı noktalardan hareket ettikleri görülmektedir.⁶⁸

3.4.3. Kusursuz Sorumluluk Görüşü

Öğretide yazarların bir bölümü tarafından işverenin işçiyi gözetme borcundan doğan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı savunulmaktadır. Kimi yazarlar yasal bir boşluğun olduğunu savunurken kimi yazarlarda bu sonuca mevcut hükmün yorumu ile aynı sonuca ulaşmışlardır. Buna göre İK 77 de (Şimdi İSGK 4, TBK 71) iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda her türlü önlemin noksansız alınması zorunluluğunun getirildiğini göz önünde tutarak, işverenin kusursuz sorumluluğu görüşünün savunabileceğini belirtmektedirler.⁶⁹

Kusura dayanan sorumluluk görüşünün iş kazalarında işverenin sorumluluğu için yeterli gelmemesi üzerine Yargıtay'ın kararlarının ve doktrinin de etkisiyle tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk görüşü hakim olmaya başlamıştır. Bu durum ise İş Kanunu ve Borçlar Kanunda yer alan düzenlemelerin işi görme sırasında meydana çıkabilecek riskleri işverene yükleme yönünde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.⁷⁰

3.4.4. Kusur Sorumluluğu Görüşü

Bu görüşe göre; İş yerinde meydana gelen iş kazalarından dolayı işverenin (ve diğer sorumluların) hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi için, işverenin (ve diğer sorumluların) kusurlu olması gerekir. Bu nedenle, iş kazalarında hukuki sorumluluk, kusura dayalı bir sorumluluktur. Çünkü, Türk hukuk sisteminde özel bir istisnai düzenleme bulunmadığı müddetçe, hukuki sorumluluk kusura dayalı bir sorumluluktur.

Bu yazarlara göre; Borçlar kanununda esas olan kusura dayanan sorumluluk ilkesidir. Bu ilkenin bertaraf edilerek bunun yerine kusursuz sorumluluk ilkesinin getirilebilmesi için, bu hususun mutlaka mevzuatımızda düzenlenmiş bulunan diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi yasada özel olarak öngörülmesi gerekir. İş Kanununun 77. (şimdi İSGK 4) böyle bir kusursuz sorumluluk

⁶⁸(MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

⁶⁹(SÜZEK 2013)

⁷⁰(KAYA 2014)

getirmediği gibi esasen bu hüküm özel hukuka dayanan sorumluluk tesis edici nitelikte de değildir.⁷¹

Karşılaştırmalı hukukta mesele irdelendiğinde, Avrupa ülkelerinden İsviçre’de akde dayanan sorumluluk esasının benimsendiği, kusursuz sorumluluğun benimsenmediğini görüyoruz. Fransız hukukunda da benzer şekilde kusur sorumluluğu benimsenmiştir. Fransız Sosyal Güvenlik Kanunu’na göre, iş kazası işverenin yanında çalıştırdığı kişinin kastından doğmuşsa işveren kusurlu olmasa dahi sorumlu olup, işverenin veya müstahdemin kastı yoksa, zarara uğrayan ancak sigortadan alacağı tazminatla yetinecektir. İşverenin sorumlu olduğu hal kast derecesindeki kusurlu sorumluluk halidir. Alman hukukuna göre de sorumluluk türü kusurlu sorumluluktur.⁷²

Yargıtay önceki kararlarında işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu risk esasına dayanan sorumluluk olarak kabul ederken,⁷³ yeni kararlarında bu görüşünü değiştirmiş ve bu durumda isabetli olarak kusur sorumluluğu esas alınması gerektiğine hükme bağlamıştır. Yargıtay Hukuk genel Kuruluna göre “Bir iş kazasında işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmal göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle özel bozma ilamında da değinildiği üzere oluşan kazadan sorumlu olunabilmesi için işverenin kusurunun bulunması gerekir.⁷⁴ Özel dairede kararında şu görüşe yer vermiştir; “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği ... kusura dayanmaktadır. İsviçre ve Türk hukuk sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.⁷⁵

Örneğin Yargıtay bir olayda tatil sitesi bekçisinin verilmiş bir işveren talimatı, bir bilgi ve ehliyeti olmadığı halde elektrik arızasını gidermek amacıyla girdiği elektrik trafosunda kazaya uğramasını iş kazası saymış fakat bunda kusuru bulunmadığı için işvereni sorumlu tutmamıştır. Y10HD., 10.6.1997, 35467/4421⁷⁶

3.4.4.1. Objektif Kusur

Türk ve İsviçre hukukunda egemen görüşe göre, işverenin hareketinin kusurlu olup olmadığını değerlendirmede nesnel (objektif) ölçüt esas alınmalıdır. İş Kanununun m. 77, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4 ve 5, İş Güvenliği Yönetmeliği’nin ilgili yükümlülükleri, nesnel değerlendirmede esas alınacak kurallardır.⁷⁷

İşverenin kanunlarda belirlenen yükümlülüğüne uymaması, kusurlu davranışın varlığını kabulde bir ölçüttür. Ancak, işverenin yükümlülüğü, salt kanunlarda belirlenen yükümlülük ile sınırlandırılmamalıdır. Kanunlarda yazılı olmamakla birlikte, teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı önlemlerin alınmaması da kusurlu davranışı oluşturur. İşverenin hareketinin kusurlu olup olmadığını değerlendirmede nesnel (objektif) ölçütün esas alınması, kusursuz sorumluluğa yaklaşmak anlamına gelir. Ancak, kusursuz sorumluluğu doğurmaz. Çünkü, kusursuz sorumluluk durumlarında işveren kusursuz olduğunu ispatlarsa bile sorumluluktan kurtulamaz.

⁷¹(SÜZEK 2013)

⁷²(KAYA 2014)

Ancak, sorumlulukta nesnel (objektif) ölçütün esas alındığı durumlarda, işveren iş güvenliği önlemlerini aldığı ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Nesnel (objektif) ölçüt uygulanırken makul ve dikkatli bir kişinin aynı olayda göstereceği davranış esas alınacaktır.⁷⁸

3.4.4.2. Tehlike Sorumluluğu

Kusura dayanan sorumluluk görüşünün iş kazalarında işverenin sorumluluğu için yeterli gelmemesi üzerine bazı durumlarda Yargıtay'ın kararlarının ve doktrininde etkisiyle tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk görüşü hakim olmaya başlamıştır.

TBK m. 71'de, bir zararın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğması halinde, işletme sahibinin ve varsa işletenin, bu zarardan kusursuz sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir. TBK m. 71'de düzenlenen sorumluluk halinde, TBK m. 66/II ve III düzenlemesinden farklı olarak, işletme sahibinin ve işletenin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı da bulunmamaktadır. Tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kuralın mevzuatımızda kabul edilmesiyle birlikte, artık bir iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle işverenin sorumluluğunun niteliği belirlenirken, zararın önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyetinden doğup doğmadığının göz önünde bulundurulması gerekecektir.⁷⁹

TBK 71/2 düzenlemede hangi işletmelerin faaliyetinin önemli ölçüde tehlike gösterdiği açıklanmıştır. Buna göre; “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.”

Görüldüğü gibi, TBK 71/2 işverenin kusursuz sorumluluğunu doğuracak “önemli ölçüde tehlike arz etme” ölçütünü oldukça dar bir alan içinde sınırlandırmaktadır. Söz konusu işletmenin faaliyeti öyle tehlike yaratacak niteliktedir ki, bu işlerde uzman bir kişi tüm özeni gösterse bile sıkça veya ağır zararların ortaya çıkması yine de önlenemeyecektir.⁸⁰

Hakkaniyet düşüncesine göre bir kişiyi kusuru bulunmasa da oluşan zarardan sorumlu tutabilmektedir. Bu konuda en güzel örnek, TBK madde 65 (EBK. 54) maddedir. Çünkü burada hakkaniyet gerektiriyorsa ayırtım gücüne sahip olmayan biri de verdiği zarardan sorumlu olabilir. Bunun yanında denkleştirici adalet ilkesiyle zarara karşılık yararın üstün halinin telafi edilebilmesi için bazı durumlarda kişiler kusursuz olarak sorumlu tutulabilmiştir. Tehlike esas bu düşüncelerin arasında en ağırı olarak nitelendirilmektedir. Çünkü bu esas dayanak noktası olarak ele alındığında bir kişinin sorumluluktan kurtulması çok güçtür. Bu nedenle bu sorumluluk türüne “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu” da denmektedir.⁸¹ Tehlike

⁷⁸(ÖZEN 2015)

⁷⁹(AKDENİZ 2014-LXXII)

⁸⁰(SÜZEK 2013)

⁸¹Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2006, s. 488

esasına göre, bir faaliyet eğer bir zarara uğratma tehlikesini barındırıyorsa ortaya çıkan zarardan faaliyeti yapan kusursuz sorumlu olabilmektedir.⁸²

Şu halde TBK'nın yürürlüğe girmesinden sonra iş kazasından işverenin sorumluluğunu belirlerken işyerinin “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” niteliğinde olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekecektir. İşyeri “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” niteliğindeyse işveren kusursuz sorumluluk esasından zarardan sorumlu olacakken, işyeri bu nitelikte değilse işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir.⁸³

3.4.4.3. Konuya Örnek Bir Yargıtay Kararında Bakış

İşverenin sorumluluğu konusunda Yargıtay kararlarında şu açıklamalar yapılmıştır:

“Yargıtay uygulamasında ve başlangıçta iş kazaları ile ilgili tazminat davaları kusura dayalı olarak çözümlenmekteydi. 1475 sayılı önceki İş Kanunu'nun 73'üncü ve onun yerini alan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddelerinde bu alanda gerekli ilkeler kabul edilmiş ve işveren, çalıştırdığı **işçilerin sağlık ve iş güvenliklerini koruma yönünde gereken tedbirleri almak** ve araçları temin etmekle yükümlü tutulmuştur. Ne var ki, sosyal ve teknik alandaki değişim ve gelişmeler iş yerlerinde tehlike boyutlarını artırmış ve salt kusura dayalı kuralların bu alanda yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. **İşveren kendi alanında her türlü tedbirleri almış olsa dahi, iş yeri koşullarından kaynaklanan kimi tehlikeli durumlar** ve zararlandırıcı sonuçlar meydana gelmektedir. Kusura dayanan sorumluluk ilkesi toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemiş, adaletsiz durumlar ortaya çıkarmıştır.

Gerçekten, kimi tehlikelerle dolu uğraşlardan doğan zararlı sonuçlar bazı kere insan eylem ve iradesi dışında meydana gelebilir. Dış çevrede belirli **tehlikeler yaratan uğraş ve davranışların sonuçlarından kaçınma ve bunları önleme olanağı olmasa bile, bu uğraşlardan yararlananlar bundan sorumlu olmalıdır.** Zarar, sorumluluk kaynağı tehlikeye bağlı olarak ortaya çıkar. “**Risk nazariyesi**” olarak nitelendirilen ve kabul edilen bu görüş çerçevesinde beden gücüyle topluma yararlı işler sağlama amacıyla bulunan kişiler korunur. Burada, işverenin iş kazalarından sorumluluğu, akdi bir sorumluluk olarak, sadece kasti veya işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya suç sayılır eylemi sonucu meydana gelen zararlara ilişkin olmayıp “**Tehlike (Risk)**” nazariyesine dayalı **kusursuz sorumluluğu** da içerir. Zira, işveren iş akdi ile işçisini, iş ve işyeri tehlikelerine karşı korumayı taahhüt ettiği gibi, önlenmesi mümkün olmayan tehlikelerden doğacak zararları karşılamayı da taahhüt etmiş sayılır. İşte bu nedenle kusursuz sorumluluğun bir türü olan “**tehlike sorumluluğu**” kavramı kabul edilmiş ve **işverenin her türlü özen görevini yerine getirmiş olması durumunda dahi** meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu anlamda, tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak, belirtmek gerekir ki, **tehlike sorumluluğu bir sonuç sorumluluğu da**

⁸²(KAYA 2014)

⁸³(MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

değildir. Zarar işyeri koşullarından veya işletmeye özgü tehlikeden doğmamış ve araya giren başka bir nedenden meydana gelmiş ise bu durumda işveren zarardan sorumlu tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla, **işyeri koşullarından doğan tehlike ile zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa** işverenin sorumluluğu da yoktur. İlliyet bağının kesilmesi genelde üç durumda söz konusu olabilir. Bunlar mücbir bir sebep, üçüncü kişinin veya zarara uğrayanın ağır kusurlarının bulunmasıdır.” (21. HD.08.07.2003, E.2003/5117 - K.2003/6279)

4.TAZMİNAT

Tazminat, zararların karşılanmasına yönelik olup kimi kez ödenme şekline kimi kez sorumluluğun çeşidine göre kimi kez de zararların türüne göre farklı isimler taşır. Türk hukukunda tazminat, Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve ilgili diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Tazminat bir alacak hakkı olduğu için ortada bir borç ilişkisinin ve bu ilişkiden doğan bir zararın olması gerekir.⁸⁴

4.1.Maddi Tazminat

4.1.1. Genel Bilgi ve Hukuksal Dayanak

Maddi tazminat, maddi zarardan yani haksız eylem sonucu kişinin malvarlığında meydana gelen eksilmeden meydana gelen zararın karşılanmasını iade eder. Haksız eylem ister malvarlığı isterse şahıs varlığı değerlerine yönelik olsun, bunun sonucunda bir malvarlığı kaybı meydana gelmiş ise doğan zarar maddi zarardır. Buna karşılık, bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verilmesi sonucunda tedavi giderleri yapılmasında, çalışma gücünün azalması veya kaybolması nedeniyle gelir kaybına yol açılmasında şahıs varlığına yönelik haksız eylem sonucu doğan maddi zararlar söz konusu olur.⁸⁵

Türk Borçlar Kanunu 54,55 maddeleri uyarınca işçi işverenin gözetme borcuna aykırı davranışı sonucunda meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle bedensel zararlarının tazmini talep edebilmektedir. TBK 56. Madde uyarınca koşulları var ise işverenden manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir. İşçinin ölümü halinde onun desteğinden yoksun kalanlar da maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir.

4.1.2. Maddi Tazminatın Kapsamı

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu işçinin uğradığı bedensel zararlar nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeyi amaçlayan maddi tazminat hakkında iş kanununda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi tazminata da, bedensel zararlarla sonuçlanan tüm sorumluluk hallerinde söz konusu olan borçlar kanunun genel hükümleri uygulanır. Bu konuyu düzenleyen Türk Borçlar kanununun 49. maddesine göre “Kusurlu ve

⁸⁴(NARTER 2015)

⁸⁵(NARTER 2015)

hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” TBK’nın 54. Maddesi uyarınca da “1. Tedavi giderleri.2. Kazanç kaybı.3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.” İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda işverence giderilmesi gereken bedensel zararlardır.⁸⁶

4.1.2.1 Tedavi Giderleri

İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçi yararına yapılan ödemesi istenilen tedavi giderleri, durumun gerekli kıldığı giderlerdir. Eş Anlatımla, maddi zarar kapsamında sayılacak giderler, bedensel bütünlüğün zedelenmesiyle illiyet bağı içinde olan giderlerdir.⁸⁷ Tedavi giderleri, hastane, klinik, sağlık yurdu dispanser gibi hasta bakım yerlerine ödenen paralar; hekim, hemşire, hastabakıcı, iğneci, pansumancı fizyoterapist, psikoterapist gibi tedavi edenlere ve yardımcılara ödenen ücretler; ilaç, serum, kan, iğne ve çeşitli tahlil giderleri; röntgen, ultrason, tomografi gibi görüntüleme aygıtları ile, elektro ve benzeri denetleme aygıtlarına ve diyaliz makinesine ödenen paralar; her türlü ameliyat, yoğun bakım, ambulans ve ilkyardım giderleri; ortopedik aygıtlar, protez, takma organ bedelleri ve bunların yenilenmesi için yapılan harcamalar; tekerlekli sandalye, havalı yatak, koltuk değneği, baston gibi kullanılması zorunlu nesnelere ödenen paralar ve benzerleridir.⁸⁸

4.1.2.2. Çalışma Gücü Kaybından Doğan Zararlar (Efor Kaybı)

Maddi tazminata yol açacak bedensel zarar, iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda örneğin bir organın kopması, kırılması, yaralanması veya görme ya da işitme duyularının azalması yahut yitirilmesi, kalp krizi geçirilmesi biçiminde ortaya çıkabilir. Aynı şekilde anatomik yapıda bir değişiklik olmaksızın iş kazası sonucunda ruhsal durumun bozulması psikolojik rahatsızlıkların ortaya çıkması da beden bütünlüğünün ihlali sayılır.⁸⁹

⁸⁷(GÜNEREN 2011)

⁸⁸(ÇELİK 2016) Tedavi giderlerinin türü ve kapsamıyla ilgili Yargıtay kararlarından örnekler: BK. m.46/1’deki “bütün masraflar” deyimini çok kapsamlıdır. Zarar görenin kurtarılması, sağlığının ve çalışma gücünün geri gelmesi v.b. için yapılan, yapılması gerekli olan bütün giderler zarar tutarının belirlenmesinde gözönünde bulundurulur. (15.HD. 13.05.1975, 2639-2571) - B.K. 46. maddesi, cismani tamamıyetin ihlalden doğan zararları düzenlemiş bulunmaktadır. Aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen “bütün masraflar” deyimini çok kapsamlıdır. Bu giderlere, zarara uğrayanın katlanmak zorunda kaldığı bütün giderler dahildir. Bu bakımdan (gerçekleşmesi koşulu ile) zarara uğrayan, işlerini görememesi nedeniyle tutmak zorunda kaldığı bir yardımcı ya da hizmetçi için ödediği giderleri de isteyebilir.(4.HD. 29.05.1979, 2093-7151) - Mağdurun durumu, yanında refakatçi bulundurulmasını gerektiriyorsa, bu refakatçi kim olursa olsun, bu masrafları sorumlu kişinin tazmin etmesi gerekir. (3.HD. 26.06.1961, 5210-4181) - Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde cismani bütünlüğü bozularak zarar gören kişinin tedavi giderlerini (bütün masrafları) isteyebileceği kabul edilmiştir. (...) Çünkü zarar, malvarlığında eksilmeyi ifade eder; bir haksız eylem sonucu yaralanan kişinin, yapmak zorunda kaldığı her türlü tedavi giderleri malvarlığında bir eksilme oluşturur ve zarar olarak bunun karşılanması zorunludur. Yeter ki, gereksiz yere bir takım aşırı giderler yapılmış olmasın; bu takdirde Borçlar Kanununun 44. maddesinin tartışılması gerekir. (4.HD. 30.03.1985, 604-2504) - B.K.nun 46/1 hükmüne göre, cismani zarar halinde zarara uğrayan, bütün masraflarını talep edebilir ise de, aynı yasanın 43/1 hükmünce bu masrafların hal ve mevkiin icabına uygun yapılmış olması gerekir. Normal şartlarda tedavi masrafı yapılması ve bunun istenmesi mümkün iken, lüks özel sağlık kuruluşlarında yaptırılan tedavi nedeniyle oluşan masrafların karşı taraftan istenmesi suretiyle tazminat sorumluluğunun ağırlaştırılması yukarıda anılan yasa hükümlerinin amacına ve adalete uygun düşmez. (19.HD. 22.10.1993, 11522-6888) - Bakıcı giderleri, tedavi giderleri kapsamında olup, bundan ötürü limitler çerçevesinde Trafik Sigortacısı bakıcı giderlerinden de sorumludur.” (11.HD. 12.02.2004, E.2003/6318 - K.2004/1185)

⁸⁹(SÜZEK 2013)

Yargıtay'ın tüm dairelerinin ortak görüşü: “Beden gücü eksilen kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, sakatlığı oranında harcayacağı fazla çabanın (güç,efor) tazminat olarak ödenmesi gerekeceği” biçimindedir.⁹⁰

4.1.2.3. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Bedensel ve ruhsal bütünlüğü zedelenen kişinin ekonomik geleceği de derinden etkilenir. Bu durumda zarar, çalışma gücü azalan kişinin mesleki geleceğinin sarsılması nedeniyle mahrum olduğu kazançtır. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zarar, zarar görenin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile gelecekte elde edebileceği kazanç arasındaki farktır.⁹¹ İş kazasında bedensel ve ruhsal bütünlüğü zedelenen işçi çalışma gücünü kısmen kaybetse de, çoğu kez, doğan zarar bununla sınırlı kalmaz.

Yüzde veya bedende kalıcı izler için maddi tazminat (kazanç kaybı) yolunu açmayan ve bu tür bedensel zararlar için “işgöremezlik oranı” belirlemeyen uygulama, “makine-insan” anlayışının bir ürünüdür. Bu anlayışa göre, boyası dökülen ve ötesi berisi paslanmış olan “makine” eğer çalışır durumdaysa ve kazanç elde ediyorsa, bir zarar yok demektir. Oysa, bugün tüm iş alanlarında güzel, bakımlı ve gösterişli insanlar daha kolay iş bulmakta, yaptıkları işlerde daha çok ilgi görmekte ve daha fazla başarı elde etmektedirler. Bu nedenlerle, kalıcı izler ve biçim bozuklukları için (tedavi ve ameliyat giderleri dışında) maddi tazminat verilmemesi, üzerinde durulup düşünülmesi gereken önemli bir konudur. İş göremezlik çizelgelerinin çağın gereklerine uygun biçimde yenilenmesi zorunlu olmakla birlikte, buna bağlı kalınmayıp, uzman bilirkişi kurulları aracılığı ile yüz ve bedendeki (estetik) bozuklukların kişilerin çalışma yaşamını ve kazançlarını ne ölçüde etkilediği saptanmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.⁹²

⁹⁰(ÇELİK 2016) Bu konuda Yargıtay kararlarından seçtiğimiz örneklerin özeti: Beden gücünün belli oranda yitirilmesi durumunda, fazla efor yüzünden tazminat gerekir. (4.HD.18.12.1974, 5619-17011) - Davacının olay sonunda beden gücünü kaybetmesine karşılık gelirinde bir azalma olmamışsa da, fazla bir gayret, güç (efor) göstereceğine göre öteki itirazların reddi gerekir. (4.HD.10.04.1980, 2305-4710) - “Beden gücünün eksilmesi nedeniyle, davacının aynı işi yürütmesi için daha fazla çaba sarfedip etmeyeceğinin incelenmesi gerekir.” (HGK.03.05.1974, 1972/9-165 E. 480 K.) - Meslek hastalığına yakalanan işçi aynı işte çalışsa bile, öbür işçilerden daha çok çaba harcayacağı asıldır. (HGK.27.03.1974, 1972/9-620 E. 1974/280 K.) - Davacının maluliyet oranına göre sarfına mecbur olduğu fazla çabasının isteme hakkı vardır. (9.HD.09.12.1971, 19946-24125) - İşçi, yitirilen beden gücü oranında fazla bir efor sarfedip gücünü zorlayarak işini fazla çaba ile görebileceğinden, bu yolda beliren zararını dahi isteyebilir. (10.HD.04.02.1977, 5614-730) -Davacının eski görevinde kalsa dahi bu görevini yaparken, olaydan önce sarfettiği beden gücüne göre, kaybı oranında daha fazla bir güç harcayarak eski işini yürütebilmesinin sözkonusu olduğu durumlarda tazminat isteme hakkı vardır. (4.HD. 30.05.1974, 4736-2900) - Davacının, yaşadığı süreçte maluliyeti nedeniyle daha fazla güç sarf edeceği açıktır. Bu nedenle yaşı ve yaşam tarzı itibariyle ne miktar gelir elde edebileceği belirlenmeli, buna göre çalışma gücü kaybindan doğan zarar hesaplanmalıdır. (11.HD.26.09.2006, 4787-7723) - Haksız eylem sonucu yaralanan kişinin meslekte kazanma gücü kaybı, işini yapmasına engel olmasa bile, o kişinin aynı işi yapan meslektaşlarına oranla daha fazla efor sarf ederek işini yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiş olur. (11.HD.11.05.2006, E.2005/3415 - K.2006/5510)

⁹¹(GÜNEREN 2011)

⁹²(ÇELİK 2016)

4.1.3. Maddi Tazminatın Hesaplanması

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm nedeni ile, destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanlarla ölenin yapaya bilecekleri olası süreler içerisinde, ölenin çalışıp kazanabileceği süredeki kazancı tutarından destekten yoksun kalanlara ilerde yapabileceği yardım tutarının peşin ve toptan ödenmesinden ibarettir. Bu tutarın hesaplanmasında çeşitli veri ve kriterler kullanılmaktadır. Net yıllık kazanç üzerinden destekten yoksunluk tazminatı tutarının hesaplanması gerekmektedir. İş kazası sonucu ölen işçinin yıllık geliri hesaplandıktan sonra, bu gelirin % 30'u ölenin kişisel gideri olarak kabul edilmekte ve geri kalan miktar destekten yoksun kalanlara dağıtılmaktadır. Destekten yoksunluk tazminatına hükmedilirken, ölümü meydana getiren iş kazası veya meslek hastalığı oluşumunda ölenin kastı veya kusuru mevcut ise bu kusur tespit edilen tazminat miktarından indirilebilmektedir.⁹³

4.2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığından iş kazası veya meslek hastalığına maruz kalan işçinin ölümü halinde geçimini sağladığı kişiler (destekten yoksun kalanlar) TBK md 53 ve 55 hükümlerine dayanarak işverene karşı “destekten yoksun kalma tazminatı” adı verilen bir tazminat talebinde bulunabilirler. TBK. Md. 53 ben 3'te ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu nedenle uğradığı kayıplar, ölüm halinde uğranılan zararlar arasında sayılmış md 55/f.1'de destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların TBK hükümleri ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı ifade edilmiştir. Diğer taraftan TBK 417/f.3'e göre işverenin aynı maddenin 1.ve 2. fıkrası hükümlerine aykırı davranışı sonucunda işçinin ölmesi halinde desteğinden yoksun kalanlar, bu yüzden uğradıkları zararlarının tazminini, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davaları hükümlere göre işverenden talep edebilirler.⁹⁴

4.3. Manevi Tazminat

4.3.1. Genel Bilgi ve Hukuksal Dayanak

Manevi tazminatın hukuksal niteliğine ilişkin öğretide çok sayıda görüş vardır. Manevi tazminatın hukuki niteliği tek bir görüşle sınırlanamak daha uygundur. Çünkü tazminat isteminde bulunan kişinin subjektif düşüncesi olaya göre değişebilir. Örneğin cismani zararlarda telafi görüşü, kişilik hakkına yapılan saldırılarda tatmin görüşü, özellikle kasten adam öldürme vs durumlarda ise ceza görüşü ağır basar. Sonuç olarak manevi tazminata neden olan olaya ve istekte bulunanın iç dünyasına ve eğitimine koşullu bir nitelik taşır.

Tazminat, haksız ve hukuka aykırı bir eylem veya işlem sonucu uğranılan zararın ödetilmesidir. Zarar ise, geniş anlamda, bir kimsenin isteği ve istenci dışında, malvarlığında eksilme ve kişi varlığında incinme, üzülmeye, acı çekme, yıpranmadır. Malvarlığının eksilmesine “maddi zarar” ve kişi varlığının etkilenmesine “manevi

⁹³(YILMAZ 2017)

⁹⁴(MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

zarar” denilmektedir.⁹⁵

İşçi, iş Kazası ve ya meslek hastalığı sonucunda işçi bedensel veya ruhsal bir zarara uğrarsa maddi tazminat yanında manevi zararların işverenden istenip istenemeyeceği konusunda düzenleme mevcut değilse de, Borçlar kanunundaki genel hükümlere göre, bu zararların işverenden istenebileceği öğretide ve hiç sapma göstermeyen Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir.⁹⁶ Aynı şekilde işçinin ölümü halinde veya iş kazası ölümüyle sonuçlanmasa da belirli koşulların varlığı halinde yakınları da bu tazminatı talep edebilirler. Manevi tazminat talep hakkı Türk Borçlar kanununun 56. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

Manevi tazminatın bir tanımı yapılmamıştır. Kuşkusuz bu da maddi tazminat gibi “zarar” kavramı içerisinde yer alması gereken bir tazminat türüdür. Maddi zarar genellikle “malvarlığında eksilme” olarak tanımlandığına göre, manevi zararı “**kişi varlığında eksilme**” (818/BK.m.47 ve 6098/TBK.m.56) ve “**kişi haklarına zarar verme**” (818/BK.m.49 ve 6098/TBK.m.58) olarak niteleyebiliriz. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun ölüm ve bedensel zararlarda manevi tazminat ödenmesine ilişkin 56. maddesinde manevi tazminatın ölçüsü için “uygun bir miktar para” denilmiştir.

Manevi tazminatla iş kazasına uğrayan işçinin çekmiş olduğu bedensel veya ruhsal acı, elem ve ıstırap ödenecek tazminatla bir ölçüde dengelenmeye çalışılır. Her ne kadar bu acı ve elem maddi zarar gibi parayla ölçülmesi olanaksızsa da söz konusu tazminatla işçinin ıstırabının kısmen de olsa hafifletilmesi, bir ölçüde manevi açıdan tatmin edilmesi amaçlanır.⁹⁷

4.3.2. Manevi Tazminatın Koşulları

TBK 56/1’de kazaya uğrayan işçi veya yakınları tarafından manevi tazminat talep edilebilmesi için kusurdan söz edilmemiş, buna karşılık ölçüt olarak özel hallerin varlığının arandığı görülmektedir. Yasada bu özel hallerin neler olduğu belirtilmemiştir. Yasanın hakime takdir yetkisi tanıyarak her olayın oluş şekline göre bu özel halleri kararlaştırma olanağı tanınmıştır. TBK 56. Maddede belirtilen bu özel haller arasında her şeyden önce işverenin kusurlu bulunması yer alır. Başka bir deyişle, işveren iş güvenliği önlemlerinin alınmasında kusurlu ise işçi veya yakınları manevi tazminat talep edebilecektir.⁹⁸

Ancak manevi zararın önemli olması, feci sonuçların gerçekleşmiş olması, tarafların karşılıklı ekonomik sosyal durumları, iş kazasının oluş şekli gibi hakimce takdir edilecek özel ölçütlerin varlığı halinde manevi tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir.

⁹⁵(ÇELİK 2016)

⁹⁶(NARTER 2015)

⁹⁷(SÜZEK 2013)

⁹⁸(SÜZEK 2013)

4.3.3. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Genel olarak TBK'nın 56 ve 58. maddelerinde uygulama alanı bulan manevi tazminat düzenlemesinde zararın miktarının tespiti konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Gerçekten de her somut olayda manevi zararın miktarını belirleyen unsurların zarar gören bakımından değerlendirilmesi çok farklılık gösterebilecektir.

Maddi tazminata ilişkin hükümler manevi tazminata da uygulanır. Ancak manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak malvarlığında değil kişi varlığı değerlerinde bir eksilmeyi ifade ettiğinden manevi tazminatın miktarının tayininde hakimin takdiri büyük rol oynar. (MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

Haksız eylem sonucu bedensel zarara uğrayan kişinin, zarar gören organı yüzünden meslek yaşamı sona ermişse veya o kişi meslek değiştirmek zorunda kalmışsa, manevi tazminat tutarı belirlenirken, yargıç, bu gibi özel durumları ayrıca dikkate almalıdır. Örneğin, parmağı kopan operatör veya piyanist, kolu kesilen torna ustası, meslek hastalığına yakalanan işçi, yüzünde veya bedeninde kalıcı izler oluşan ya da yüz şekli değişen sinema ve tiyatro oyuncusu, televizyon sunucusu, manken gibi kişiler meslek değiştirmek zorunda kalmışlarsa, onların bu zararlarını, ileriye yönelik varsayım dayalı maddi tazminat hesapları ile gidermek yeterli olmayacak; gelecekteki beklentilerini, meslek yaşamında ilerleme tutku ve özlemlerini ayrı bir ölçüye vurmak ve manevi tazminata böyle bir işlev yüklemek, böylece bir denkleştirme yapmak gerekecektir.⁹⁹

Hakim manevi tazminatın hesaplanmasında TBK m.51 ve 52 de öngörülen indirim sebeplerini de uygular. Bu anlamda özellikle kusur sorumluluğunda failin kusurunun ağırlığı veya hafifliği, kusursuz sorumlulukta zarar verenin kusuru göz önünde tutulur. Ayrıca zarar görenin zarara razı olması kişisel kusuru indirim sebepleri arasında yer alır. Zarar verenin tazminatın tamamını ödemesi halinde ekonomik yönden yoksulluk durumuna düşmesi, zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması, hatır işleri, zararın doğmasına sorumluluğun gerçekleştirildiği sebep yanında umulmayan bir olayın örneğin zarar görenin bünyesel yatkınlığı ortak sebep olarak katkıda bulunması, zarar verenle zarar gören arasındaki kişisel ilişkiler gibi sebepler manevi tazminatın indirim sebepleri olarak göz önünde tutulur.¹⁰⁰

4.4. İş Kazalarından Kaynaklanan Maddi Ve Manevi Tazminat Davalarında Zamanaşımı

4.4.1. Süre

İş kazası nedeniyle işverene karşı açılacak gerek maddi gerekse manevi tazminat davalarının zamanaşımı süresi on yıldır.

4.4.2. Sürenin Başlangıcı

Ölümlü olaylarda on yıllık zamanaşımının başlangıcı kural olarak olay tarihidir.

⁹⁹(ÇELİK 2016)

¹⁰⁰(NARTER 2015)

Ölen işçinin desteğinden yoksun kalanlar uzak bir yerde iseler, kuşkusuz, ölüm olayını ve sorumluları öğrendikleri tarih zamanaşımının başlangıcı olacaktır. Bedensel zararlarda sürekli iş görmezliğe ilişkin kesin raporun öğrenildiği tarih zamanaşımının başlangıcı olacaktır.¹⁰¹

4.5. İşverenin Cezai Sorumluluğu

İş güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyerek işçinin iş kazasına uğramasına neden olan işverenin hukuksal sorumluluğu yanında koşulları var ise cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. İş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu işçinin ölmesi, iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması, koşulları varsa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından “taksirle öldürme veya yaralama” TCKm.85,89) suçlarını oluşturur. (ULUCAN 2017)

89. maddenin son fıkrasına göre, bilinçli taksir hali hariç olmak üzere, bu maddenin kapsamına giren suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. (MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi 2014)

4.6. Sosyal Güvenlik Kurumunun Rücu Davaları

Yukarıda belirtildiği gibi işçinin yaralanması veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanların sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmayan zararlarını işverene tazmin ettirebilirler. Sosyal Güvenlik Kurumu da sigortalı veya hak sahiplerine bağlanan gelirler ve yapılan ödemeleri belirli koşullar altında kusurlu işverenden rücu dava açarak talep edebilmektedir. İşveren mevzuatın kendine yüklediği gözetme borcuna aykırı davranışı sonucunda iş kazası veya meslek hastalığının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ise hem işçi veya yakınları hem de sosyal güvenlik kurumu tarafından açılacak rücu davalarına muhatap olabilmektedir.

4.6.1. Sosyal Güvenlik Kurumunun İşverene Rücu Hakkı

Kurum tarafından açılacak rücu davaları 5510 sayılı SSGSK Kanununun 21. Maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrası uyarınca “*İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.*”

4.6.2. Sosyal Güvenlik Kurumunun Üçüncü Kişiye Rücu Hakkı

21. maddenin 4. Fıkrasına göre ise; İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki

¹⁰¹(ÇELİK 2016)

ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

Kurum'un rücu edebileceği miktar, sigortalı işçiye veya ölmüşse hak sahiplerine **“bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin kusura isabet eden tutarının yarısı”** kadar olacaktır.

Çalışmamızda sadece bireysel iş hukukunda iş kazası ve tazminat davaları incelendiğinden Sosyal Güvenlik Kurumunun işverenlere açtığı rücu davaları sosyal güvenlik hukukunun kapsamına girdiğinden başka ayrıntıya girilmeyecektir.

4.6.3. Sosyal Güvenlik Kurumunun Kamu Görevlilerinin Yaptığı İş Kazalarında Rücu Hakkının Bulunmaması

21. Maddenin 5. Fıkrasına göre İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı **haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç** olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez.

SONUÇ

6098 sayılı Borçlar Kanunu ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, öğretilerde uzun zamandan beri ihtilafı olan işverenin iş kazaları ve meslek hastalıklarından doğan zararlardan sorumluluğunun niteliğinin kusursuz sorumluluk esasına mı yoksa kusura dayalı sorumluluk esasına mı dayandırılması gerektiği konusundaki görüş ayrılığını tam olarak sona erdirmeyeceği gözlenmektedir. Gerçekten de her ne kadar 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda genel nitelikte bir tehlike sorumluluğu hükmünün kabulü ile söz konusu tartışma alanının daraldığı söylenebilecek ise de, çalışmamızda da incelediğimiz üzere anılan yeni yasal düzenlemelerin yürürlüğe girişinden sonra da uzun bir geçmişe sahip işverenin sorumluluğunun niteliği konusundaki tartışmanın devam ettiği görülmektedir. Katıldığımız görüşe göre borçlar hukuku prensipleri doğrultusunda işverenin kusura dayalı sorumluluğunun kabul edilmesi gerekmektedir, bu halde iş kazasına veya meslek hastalığına uğrayan işçinin zararının tam olarak karşılanamaması olasılığı bulunmaktadır. Oysa bazı karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde zarar gören işçinin maddi ve manevi tüm zararının sosyal sigortalar yoluyla karşılanmaktadır. Gerçekten, iş kazasına veya meslek hastalığına uğramış bir işçinin veya hak sahiplerinin karşılanmayan zararları için işverene karşı ayrı bir dava açmak zorunda bırakılmaları sosyal sigortaların koruyucu amacı ile de bağdaşmamaktadır. Borçlar hukuku ilişkileri içinde olmadan herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu düzenlemesi ışığında Anayasanın 60. Maddesi çerçevesinde konunun çözümlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Öğretilerde de isabetli olarak ifade edildiği üzere, işverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan sorumluluğunun kusur sorumluluğu olarak nitelendirilmesi, Kurum'un kusurlu işverene rücu etmesi önünde bir engel teşkil etmeyecektir. Olması gereken, işçinin karşılanmayan zararı için işverene dava açmak zorunda bırakılması değil, Kurumca tüm zararı karşılandıktan sonra Kurum ile işveren arasındaki ilişkide, sorumluluğun somut olayın özelliklerine göre dağıtılmasıdır. Öte yandan yine öğretilerde isabetle belirtildiği üzere, olayın meydana gelmesinde kendisine kusur izafe edilemeyen işverenin sorumluluktan muaf tutulması çalışma barışına da hizmet edecektir. İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan sorumluluğunun niteliğine yönelik teorik tartışmada hangi görüş benimsenirse benimsensin, Kurumca işçinin tüm zararının karşılanması gereği, sosyal bir devlette bir ihtiyaç olmanın ötesinde, bir zorunluluk taşımaktadır. Özellikle ülkemiz gibi iş kazalarında dünya sıralamasında en üstlerde olan bir ülkede bu durum ayrı bir önem taşımaktadır. İş hukukunun temel ilkelerinden biri olan "işçinin korunması ilkesi", işçinin sadece "emeğinin" değil, vücut bütünlüğünün yaşam hakkının da korunmasını zorunlu kılmaktadır. Yaşam hakkı hukuken korunan en temel en öncelikli haktır. Diğer bütün hakların kullanılması için vazgeçilmez nitelik taşımaktadır. Buna rağmen her gün yaklaşık 1 milyon iş kazası gerçekleşmekte her yıl 2,3 milyon çalışan iş kazası ya da meslek hastalığından ölmektedir. İş kazalarının büyük bölümü gelişmekte olan ülkelerde, madencilik, inşaat gibi iş kollarında meydana gelmektedir. Yaşam, vücut bütünlüğü ve sağlık tüm insanların temel haklarından biridir. İşçinin çalışma ortamında sağlık, vücut bütünlüğü içinde yaşama hakkı kişilik haklarının bir parçasıdır.

KAYNAKÇA

Akdeniz, Ayşe Ledun. «İşverenin İş Kazası Ve Meslek Hastalıklarından Sorumluluğunun Hukuki Niteliği.» *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014- LXXII: 40-44.

AKIN, Levent. «İş Kazasından İşverenin Sorumluluğu.» *Çimento İşverenleri Sendikası Dergisi*, 2011 Mart: 33.

Ali Nazım SÖZER 506 sayılı Yasada İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.408. *506 sayılı Yasada İş Kazası ve Meslek Hastalıkları Sigortası*. İstanbul: Beta, 1997, s.408.

BOLOĞLU, Cem. *İşverenlerin İş Kazalarından Doğan Hukuki Sorumluluğu*. 12 Kasım 2016. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1335.pdf>.

BULUT, Cüneyt OLGAÇ- Mehmet. *İş Kazaları Meslek Hastalıkları Uygulamaları ve Rücu Davaları*. ANKARA: Bilge, 2013.

ÇELİK, Çelik Ahmet. «Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat.» www.kazanci.com.tr, 12 Kasım 2016: 24-25.

DİSK. www.disk.org.tr. 26 Mayıs 2014. <http://www.disk.org.tr/2014/05/disk-arturkiyede-is-cinayetleri-ab-ulkelerini-7ye-katladi/> (erişildi: Mart 02, 2015).

Ekber, ÇAKAR Ali. www.mmo.org.tr. 16 kasım 2016. http://www.mmo.org.tr/genel/bizden_detay.php?kod=28270#.VPSFFvmsX9w (erişildi: 03 03, 2015).

EREN, Fikret. *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası*. ANKARA: Beta, 1974.

GÜNEREN, Ali. *İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*. Ankara: Adalet, 2011.

KARADENİZ, Oğuz. «Dünya'da ve Türkiye'de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği.» www.calismavetoplum.org.tr. 24 Ekim 2016. <http://calismatoplum.org/sayi34/oguz%20karadeniz.pdf> (erişildi: Mart 03, 2015).

KAYA, Asım. «İş Kazalarından Dolayı Hukuki ve Cezai Sorumluluk.» *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014: 2-4.

KORAY, Meryem. «Küreselleşme Süreci ve Ulus Devlet.» *Küreselleşme Süreci Ve Ulus Devlet içinde*, 22. İstanbul: Yıldız Teknik Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi yayını, 2001.

KAYNAKÇA

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, ASTARLI Muhittin, BAYSAL Ulaş. *İş Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2014.

NARTER, Sami. *Çalışanlar için Tazminatlar*. Ankara: Adalet, 2015.

ÖZEN, Mustafa. «İş Kazalarında Hukuksal Ve Cezai Sorumluluk.» *Ankara Barosu Dergisi*, 2015: 2.

SÜZEK, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta, 2013.

ULUCAN, ERENCİ TAŞKENT. *BİREYSEL İŞ HUKUKU*. İstanbul: Beta, 2017.

www.kazanci.com.tr. Aralık 2016.

YILMAZ, Gürbüz. «İş Kazalarından Doğan Sorumluluklar.» www.mmo.org.tr: 21 Aralık 2016. https://www.mmo.org.tr/sites/default/files/85e19f20beded7d_ek.pdf.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HD	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
No	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı





ACENTELİKTE SÖZLEŞME SONRASI REKABET YASAĞI ANLAŞMASI

Av. Deniz Eylem COŞKUN DURMUŞ

GİRİŞ

Dünyada ve ülkemizde ticari ilişkiler, büyük oranda üretici ve tüketici arasında bağımlı veya bağımsız olarak hareket eden araçların faaliyetlerine dayanmaktadır. Tacirler, mal ve hizmetlerini mümkün olduğu kadar geniş bir tüketici kitlesine arz edebilmek için şube açmak ya da seyyar tüccar memurları kullanmak yerine, belli bir yer veya bölge içinde devamlı ve bağımsız yardımcıları bulundurma yolunu tercih etmişlerdir. Bu tercihin neticesinde acente kavramı tanzim edilmiştir.

Acente, tacirden bağımsız fakat sürekli olarak tacir nam ve hesabına sözleşmeler akdederek ya da bu sözleşmelere aracılık ederek hizmet sunmaktadır. Bu nedenle, acentelik kurumu günümüz ihtiyaçları açısından vazgeçilmez bir kurum haline gelerek gittikçe daha fazla uygulama alanı bulmaktadır. Acentelik ilişkisi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmektedir. TTK'da acentelik ilişkisinin kurulması ve sona ermesi ayrı ayrı hüküm altına alınarak, acentenin rekabet etmeme yükümlülüğü iki ayrı kapsamda değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda; acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra öngörülen rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı, koşulları, kurulma zamanı, geçersizliği ve tazminat yükümlülüğünün sınırları incelenecektir.

I. ACENTELİKTE SÖZLEŞME SONRASI REKABET YASAĞI ANLAŞMASI

TTK kapsamında acentenin rekabet etmeme yükümlülüğü iki ayrı şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, acentenin acentelik sözleşmesinin devamı boyunca kanundan doğan rekabet etmeme yükümlülüğüdür. TTK'nın "İnhisar" başlıklı 104. maddesi (m) uyarınca; acente, aynı yer ve bölge içinde birbirleri ile rekabette bulunan birden fazla ticari işletmenin acenteliğini üstelenememektedir. Bu yükümlülük, acentenin sadakat borcu gereğidir.

Acentenin rekabet etmeme yükümlülüğünün karşımıza çıktığı ikinci durum ise, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra öngörülen rekabet yasağı sözleşmesidir. Rekabet yasağı sözleşmesi TTK m. 123 çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu madde ile sözleşme sonrası rekabet yasağının kapsamı, kurulma süresi, geçerliliği, tazminat yükü ve sona ermesi düzenlenmektedir.

TTK m. 123 gerekçesinde;

“...Kanun, sözleşme sonu faaliyet yasağını ya da sınırlamasını eşyanın doğasıyla bağdaştıramadığı için acenteyi koruyucu hükümler konulmasını gerekli görmüştür. Bu gereklilik, acentenin faaliyetinin sınırlandırılmasının inhisar düzenlemesinden bağımsız olarak önem kazanmıştır. Bu koruma, zaman sınırlamaları, şekil kurallarına uygunluk ve yasağın karşılığında ücret ödenmesi ile sağlanmıştır...” denilerek sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinin düzenleme amacının zaman ve konu sınırlaması, şekil koşulu ve yasak karşılığı tazminat edimi öngörülme suretiyle acentelerin korunması olduğu belirtilmektedir.

Acentenin rekabet yasağı anlaşması, rekabeti sınırlayıcı niteliğinden dolayı, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve bu kanuna istinaden Rekabet Kurulu tarafından yapılan idari düzenlemelerin de konusunu teşkil etmektedir.

TTK kural olarak, sözleşmenin sona ermesinden sonra tarafların herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan çalışmaya devam etmelerini kabul etmektedir.¹ Ancak zaman içerisinde acentelik sözleşmesi gereğince paylaşılan sırların korunması, sadakat borcunun yerine getirilmesi ve çıkar çatışmalarının önüne geçilebilmesi amacıyla sözleşme sonrası rekabet yasağı sözleşmelerine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır.

Acentenin sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşması, Türk hukukunda ilk olarak TTK m. 123 ile yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu hüküm, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere Alman Ticaret Kanunu'nun 90. paragrafından alınmıştır.

TTK ile rekabet yasağı anlaşmaları düzenlenmeden önce, 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine uygulanan hükümleri uygun olduğu ölçüde acentelik sözleşmesine de uygulanmakta ve rekabet yasağı sözleşmeleri de bu kapsamda değerlendirilmekteydi.²

TTK m. 123 uyarınca, acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonraki dönem için kısıtlayan anlaşma yazılı şekilde yapılır. Ayrıca müvekkil, anlaşma hükümlerini içeren ve kendisi tarafından imzalanmış bir belgeyi de acenteye vermelidir.³

A. Acentelikte Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşmasının Kapsamı

Acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acentenin müvekkili ile rekabet etme olasılığı mevcuttur. Ancak müvekkil, faaliyette bulunduğu alanda acentenin kendisine rakip olmasını engellemek amacıyla sözleşme sonrası geçerli olmak üzere, bir sözleşme imzalanabilmektedir. Kanuni bir yükümlülük olmaksızın sözleşme sonrası müvekkil ve acente arasında imzalanan konu rekabet yasağı olan anlaşmalar acentelikte rekabet yasağı anlaşması olarak adlandırılmaktadır.⁴

¹ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, 8. Baskı, 2014, s.86.

²GÖKSOY, Yaşar Can: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/12, s. 896.

³POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Yayıncılık, 2012, s. 262.

⁴CAN, Ozan: Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşmasının Rekabet Sınırlandırmaları Hukukuna Etkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s.69.

Acente açısından, rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, acentelik sözleşmesine konu olan faaliyetinin, sözleşmenin sona ermesi akabinde müvekkil ile rekabet etmemesi şeklinde sınırlandırılmaktadır.

TTK' nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre;

“Acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir” denilerek rekabet yasağının sınırının acentenin faaliyetleri çerçevesinde belirleneceği ifade edilmektedir.

Sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasına göre rekabet etmeme borcunun neleri kapsayacağı acentelik sözleşmesinin hükümlerine bakılarak belirlenebilmektedir. Ancak müvekkil ve acentenin korunması için madde metninde geçen *“işletmeye ilişkin faaliyetler”* ifadesinin dar yorumlanarak acentenin bir başka alanda acentelik faaliyetlerine devam etmesi gerekmektedir.

Rekabet yasağı anlaşması ile acentenin müvekkiline karşı belirli bir süreliğine de olsa rakibi olma ihtimali ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.

Acentelikte sözleşme sonrası rekabet yasağı anlaşmasının zamansal sınırlaması kanuni düzenlemeye tabidir.

TTK' nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre;

*“Anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren **iki yıllık** süre için yapılabilir ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir.”* denilerek anlaşmanın en fazla iki yıl için imzalanabileceği şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu iki yıllık süre kesin olup uzatılamamaktadır.⁵ İki yıldan uzun süreli akdedilen rekabet yasağı anlaşmaları, değiştirilmiş kısmi butlan ile karşı karşıya kalmakta olup iki yıllık sürenin dolmasıyla yasak hukuken ortadan kalkmaktadır.⁶

B. Acentelikte Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşmasının Kuruluş Zamanı

TTK m. 123 hükmü gerekçesinde de belirtildiği üzere Rekabet Yasağı Anlaşmasının kuruluş tarihi büyük önem taşımaktadır. Madde gerekçesinde;

*“...sözleşmenin zamanı önem taşır. Alman öğretisinde ve mahkeme kararlarında rekabet sınırlaması sözleşmesinin acentelik **sözleşmesinin sona ermesinden önce yapılması halinde koruyucu olacağı**, acente sözleşmesinden önce yapılan sözleşmenin, acente sözleşmesi yönünden baskı yaratabileceği, sözleşmenin sona ermesinden sonra yapılabilecek böyle bir sınırlama anlaşmasının amaca uygun düşmeyeceği...”* görüşü ileri sürülmektedir.

⁵ARKAN, **Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2015, s.231.

⁶KAYA, **Arslan**: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Yedinci Kısım: Acentelik, 2013, s. 43.

Acentenin korunması amacının bir görünümü olarak, rekabet yasağı anlaşmasının sadece acentelik sözleşmesi ile birlikte veya acentelik sözleşmesi süresine yapılabileceği kabul edilmektedir. Kanun gerekçesi ile kesin hüküm altına alınmadığı için, acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra akdedilmiş olan rekabet yasağı anlaşmalarının geçerliliği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.⁷

6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "*Acenteye İlişkin Rekabet Yasağı Anlaşması*" başlığını taşıyan 14. maddesinde yer alan;

"Türk Ticaret Kanununun 123. maddesi, anılan Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olup da devam etmekte olan acentelik sözleşmelerine de uygulanır" hükmü uyarınca, TTK'nın yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2012 tarihinden önce kurulmuş ve devam etmekte olan Rekabet Yasağı Anlaşmaları için de TTK m. 123'ün uygulanacağı hususunu belirtmek gerekir.

C. Acentelikte Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması ve Tazminat İlişkisi

Acentenin işletmesine ait faaliyetlerini, sona ermeden sonrası için sınırlandıran bir anlaşmanın (Rekabet Yasağı Anlaşması) yapılması halinde, bu anlaşma dolayısıyla müvekkilin acenteye uygun bir ücret ödemesi şarttır.⁸ Müvekkile ait tazminat borcunun, acentenin rekabet yasağı çerçevesinde bazı faaliyetlerde bulunamamasının karşılığı olduğu düşünmek mümkündür.

TTK'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre;

"Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır" denilerek müvekkilin tazminat ödeme yükümlülüğü ayrıca belirtilmektedir.

Müvekkil ve acente arasında kurulan sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren, acentenin belli bir bölge ile sınırlı olmak koşulu ile bazı faaliyetlerde bulunamaması ve müvekkil ile rekabet ilişkisi içerisine girmesinin engellenebilmesi için taraflara Rekabet Yasağı Anlaşması düzenleme hakkı tanınmıştır. Ancak, acentenin rekabet ilişkisi içerisine girmemesinin karşılığında, müvekkilin tazminat ödeme yükümlülüğünün gereği olarak acenteye tazminat ödemesi usulü kabul edilmektedir.

Kanun koyucu, müvekkilin tazminat ödemesi gerektiğini hüküm altına almış olmasına rağmen tazminatın miktarını açıkça göstermemiştir. TTK'da tazminatın miktarı hususunda kesin bir ölçüt belirtilmemekle birlikte "*uygun bir tazminat*" ödenmesi öngörülmektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğü kanundan doğan bir borç olup, Rekabet Yasağı Anlaşması ile yeniden kararlaştırılmış olmasına gerek yoktur.

Tazminat miktarı hakkında TTK'da kesin bir ölçüt verilmediğinden, tazminat

⁷GÖKSOY, s.900.

⁸ARKAN, s.231.

miktarının belirlenmesinde objektif maddi şartların dikkate alınması gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki; sözleşme bedelini aşan bir tazminatın uygun tazminat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁹

Müvekkilin tazminat ödeme borcunun ortadan kalkacağı durum TTK' nın 123. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre;

“Müvekkil, sözleşme ilişkisinin sonra ermesine kadar, rekabet sınırlamasının uygulanmasından yazılı olarak vazgeçebilir. Bu halde müvekkil vazgeçme beyanından itibaren altı ayın geçmesiyle tazminat ödeme borcundan kurtulur” denilmektedir.

Müvekkil, acentelik sözleşmesinin sona ermesine kadar rekabet yasağı sözleşmesinden vazgeçebilmektedir. Ancak, müvekkil tarafından yapılacak vazgeçmenin yazılı olması zorunluluğu mevcuttur.

D. Acentelikte Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşmasının Geçerlilik Şartları

Müvekkil ile acente arasında imzalanan rekabet yasağı anlaşması şekil yönünden iki konuda sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmalar, kurulan anlaşmanın geçerliliğini doğrudan etkilemekte olup anlaşmada bulunması zorunlu unsurlardır. Bu unsurlar anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ile anlaşma hükümlerini içeren ve **müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi** zorunluluğudur (TTK m. 123). Geçerlilik şartlarını düzenleyen bu hüküm, acenteyi korumak amacıyla getirilmiştir.

Kanun koyucu kendi içerisinde iki aşamalı bir geçerlilik şartı öngörmektedir. Öncelikle anlaşmanın taraflar arasında yazılı yapılması, daha sonra ise bu anlaşmanın hükümlerini içeren imzalı bir belgenin acenteye verilmesi gerekmektedir. Müvekkil tarafından imza altına alınmış böyle bir belgenin acentede bulunması halinde acente herhangi bir şekilde ispat sorunu yaşamayacağı gibi acentenin hakları ve bu hakların kapsam ve sınırları konusunda da taraflar arasında tereddüt yaşanmayacaktır.

Acentelik ilişkisinin başlangıcında taraflar arasında imzalanan ve içerisinde sözleşme sonrası için rekabet yasağı konusunda hükümler bulunan bir anlaşmanın yazılı şekilde hazırlanmamış olması halinde içeriğinin kapsam ve sınırının hatırlanması güç olacaktır. Bu sebeple de imzalanan sözleşmenin bir örneğinin acenteye verilmesi zorunlu tutulmuştur.

Yazılı şeklin rekabet yasağı anlaşmasının geçerlilik şartı olduğu TTK m.123 gerekçesinde de vurgulanmaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, madde gerekçesinde böyle bir vurgulama yapılmıyaydı dahi Borçlar Kanunu'nun (BK) sözleşmelerin şekline ilişkin genel kuralından hareketle (6098 s. BK m. 12/2) aynı sonuca ulaşılabilecektir. BK m. 12/2 hükmü gereğince, kanunda aksi belirtilmedikçe kanunun öngördüğü şekil, geçerlilik şekli olarak kabul edilmektedir.

⁹KAYA, s.296.

TTK m. 123 gerekçesinde, rekabet yasağı anlaşmasının geçerlilik şartı olarak yazılı şekilden bahsedilmekte olup müvekkil tarafından imza altına alınmış belgenin acenteye verilmesinin anlaşmanın geçerlilik şartı olup olmadığı hususunda açıklık bulunmamaktadır.¹⁰ TTK m. 123'ün amacı gereğince, müvekkil tarafından imzalanan belgenin acenteye verilmesine ilişkin kuralın geçerlilik şartı olarak kabulü gerekmektedir.

Kanun koyucu, acenteye sağladığı korumayı iki unsurla destekleyerek güçlendirmektedir. Korumayı güçlendirmede kullanılan ilk unsur, rekabet yasağı anlaşması karşılığında müvekkilin bir ücret ödemek zorunda bulunmasıdır. Acentenin rekabet edecek davranışlardan kaçınma edimi, müvekkilin ödeyeceği ücret edimi ile dengelenmektedir. İkinci unsur ise, hükmün acente lehine emredici şekilde düzenlenmiş olmasıdır.¹¹ Rekabet yasağı acenteye getirilen bir yükümlüktür. Bir başka deyişle rekabet etmeme (rekabetten kaçınma) edimi acenteye yöneliktir.

II. REKABET YASAĞI ANLAŞMASININ REKABET HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Rekabet etmeme yükümlülüğü, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliğinde tanımlanmaktadır. Tebliğin üçüncü maddesine göre;

“Rekabet Etmeme Yükümlülüğü: Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülüktür” şeklinde tanımlama yapılmaktadır (m.3/1-d).

Aynı tebliğin *“rekabet etmeme yükümlülüğü”* başlığını taşıyan 5. maddesine göre;

“Rekabet etmeme yükümlülüğü, sözleşme süresince veya sözleşme sona erdikten sonraki dönem için geçerli olmak üzere kararlaştırılabilmektedir” denilmektedir. Sözleşme sonrası rekabet yasağı, rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilmektedir.

TTK m. 123 gerekçesinden acentenin rekabet yasağına ilişkin hükmün, acenteyi korumak amacıyla getirildiği görülmektedir. Koruma amacının sağlanması adına belirlenen unsurlardan birisi olarak rekabet yasağı anlaşmasının süresine de yer verilmiştir. Bir başka ifade ile kanun koyucu, acenteyi koruma amacıyla rekabet yasağı anlaşmasının süresini **iki yıl** olarak belirlemiştir.

TTK anlaşmanın süresini, durum ve koşulları dikkate almaksızın mutlak bir süre olarak öngörmektedir. Ayrıca ilgili kanuna göre iki yıllık sürenin aşılması da mümkün değildir. TTK m. 123, acente lehine emredici niteliktedir.¹²

TTK'nin 123. maddesinin son fıkrasına göre;

¹⁰SARAC, Tahir: 6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İhisar Hakkı Ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, 61/2012, s. 724.

¹¹SARAC, s. 725.

¹²SARAC, s. 744.

“Bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir” denilmektedir. Kanunda belirlenen süre, acenteleri korumanın esaslı unsurlarından birisidir. Tarafların acentelik sözleşmesi ile veya rekabet yasağı anlaşması kapsamında yapacakları bir düzenleme ile iki yıllık süreyi uzatmaları geçerli olmayacaktır.

TTK’da yer alan bu düzenlemeye rağmen, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) ve BK hükümleri bakımından, rekabet yasağında durum ve şartlar dikkate alınmakta, haklı ve rasyonel gerekçeler mevcut ise iki yıllık süre aşılabilmektedir. Buna karşın TTK, Rekabet Yasağı Anlaşmaları için, müvekkil ve acente arasındaki ilişkinin niteliği ve şartlarına dikkat etmeksizin iki yıldan uzun süreli Rekabet Yasağı Anlaşmalarının acente lehine olamayacağına hükmetmektedir (TTK m.123/4).

TTK ve RKHK hükümleri arasında rekabet yasağı anlaşmanın geçerli olacağı süre bakımından fark mevcutsa da bu kanunların hangisinin uygulanacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.

SONUÇ

Acentenin rekabet etmeme yükümlülüğü, acentelik sözleşmesi süresince ve acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Acente bakımından acentelik sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlayan rekabet etmeme yükümlülüğü, rekabet yasağı anlaşmalarına konu edilebilmektedir. Bu anlaşmaların yazılı şekilde kurulmaları ve müvekkil tarafından anlaşma hükümlerini içeren imzalanmış bir belgenin acenteye verilmesi şekli şartı olarak belirlenmiştir.

TTK m. 123 hükmü acentenin korunması amacıyla kanuna eklenmiş olup, koruma belli bazı şartlar ve sınırlamalar öngörülerek sağlanmaya çalışılmıştır. Rekabet yasağı anlaşması, kanunda belirlenen sınırlara uyulduğu ölçüde geçerli olabilecek ve hem acente hem müvekkil hakkında koruma sağlayabilecektir. Rekabet yasağı anlaşmasının etkili olabileceği süre bakımından TTK ve RKHK hükümlerinin aynı doğrultuda düzenlenerek süre konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca acentenin rekabet etmeme yükümlülüğünün karşılığı olarak müvekkilin ödemek zorunda olduğu tazminat tutarının belirlenmesinde başvurulabilecek hususların neler olduğunun da açıkça düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır.



KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 20. Bası, Ankara 2015.

ÇEKER, Mustafa: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 8. Baskı, Adana, 2014.

GÖKSOY, Yaşar Can: 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Acentenin Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Anlaşması, DEÜHFD, Cilt:12, 2010.

KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, Yedinci Kısım: Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 14. Bası, İstanbul, 2012.

SARAÇ, Tahir, 6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı Ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, 2012.



AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ BAĞLAMINDA KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ

Av. Bilge Kaan GÜNER*

Özet

Kişisel veri bir temel hak ve özgürlükler meselesi olarak yakından ilişkili olduğu özel hayatın gizliliği ve kişinin mahremiyet hakkını da kapsayan bir kavram niteliğindedir. Günümüzde gerek devlet kurumları gerekse özel kuruluşlar, her gün çok sayıda kişiye ilişkin önemli bilgilere ulaşma yetisine sahip olmakla beraber bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelere paralel olarak bu bilgiler kolaylıkla saklanabilir, işlenebilir ve aktarılabilir hale gelmiştir. Kişisel verilerin, kişinin rızası olmadan elde edilmesi çeşitli hak kayıplarına ve mağduriyetlere de yol açmaktadır. Bu sebeple kişisel veriler toplanırken veri toplama, işleme ve kullanma için öngörülen amaç ve istek durumunda kişinin rızasının alınması suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi kişisel verilerin korunması hakkının temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda 24 Mart 2016 tarihinde TBMM’nde kabul edilen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 10, 95/46/EC sayılı Direktife uygun olarak veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu yükümlülükten hareketle çalışmamızda ilk önce Kişisel Veri Kavramı, bu kavramın sınırları ve Kişisel Verilerin hukuken korunması gerekliliğinden ifade edilecektir. Ardından ilgili yasal düzenlemeler ışığında Kişisel Verilerin Korunması hakkı bağlamında Aydınlatma Yükümlülüğünün kapsamına dair değerlendirmede bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Verinin İşlenmesi, Kişisel Verilerin Korunması, Aydınlatma Yükümlülüğü

Abstract

Personal data is a concept that is closely related to the fundamental rights and freedoms which involves the right of privacy and the privacy act. Both governmental and non-governmental organizations have the authority to reach significant information of numerous people every day. In parallel with the recent developments in the information technologies, that information can easily be saved, processed and transferred. The personal data obtained non-consensually cause forfeiture and unjust treatments. Therefore, the basis of the personal data protection rights is performing the obligation to inform by means of taking the person’s consent in case there is a purpose or intention to collect, process, and use the data while/when collecting the personal data. In this regard, Protection of Personal Data Act No. 6698 Article 10 adopted by the Turkish Grand National Assembly on March 24, 2016 regulates the obligation to inform of the data supervisor in accordance with Directive 95/46/EC. Based on this obligation, this study aims to state the concept of Personal Data, the limitations of this concept, and the necessity to legally protect this concept.

*bilgekaanguner@gmail.com

This study also evaluates the scope of the obligation to inform in the context of Personal Data Protection Rights in the light of related legal acts.

Keywords: Personal Data, Personal Data Processing, Personal Data Protection, Obligation to Inform

A. KİŞİSEL VERİ

1- Kişisel Veri Kavramı ve Kişisel Verilerin Sınırları

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuksal sorunlar, bilhassa kişisel verilerin otomatik veri işleme tabi tutulmaya başlanmasıyla gündeme gelmiş olmakla birlikte, bireyin kendisine ait verilerin korunmasına ya da gizli kalmasına yönelik düşünceler oldukça eskiye gitmektedir. Örneğin M.Ö. 5. yüzyılda ortaya çıkan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin Hipokrat yemini, Hekimin sır saklama yükümlülüğünü başka mesleklerin sır saklama yükümlülükleri izlemiştir. Örneğin, kilisede günah çıkartma merasimi sırasında din adamlarının sır saklama yükümlülükleri, memurun görev sırrı, banka sırrı, avukatın sır saklama yükümlülüğü gibi hususlar bunlardan bazılarıdır.¹

“Buna rağmen günümüzde anladığımız şekliyle kişisel verilerin korunması, oldukça yeni bir alandır. Ancak bu kısa sürede kişisel verilerin korunması hukukunun hızla yayıldığı ve geliştiği görülür. Batı Avrupa başta olmak üzere dünyanın pek çok bölgesinde kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuksal düzenlemeler kabul edilmektedir.”²

Modern anlamda kişisel verilerin korunmasına ilişkin gelişmeler, esas olarak 20. yüzyılda 60'lı yıllarda ABD de başlamaktadır. Gerçekten de bireyin maddi yaşam ilişkilerinin bilgisayar teknolojileri karşısında korunmasına ve bilgisayar karşısında birey için doğabilecek tehlikelere ilişkin sorunlar ilk defa bu dönemde ABD’de tartışılmaya başlanılmıştır.³

Bilişim teknolojilerinin gelişmesi, internetin yaygınlaşması ve özellikle iletişim ağlarının gelişmesiyle birlikte artan olanaklar; kişiler ve onların verileri üzerinde farklı nitelikte tehditler oluşturmaya başladı. Bu tehditlerin oluşmasının temelinde bireylerin kendilerine ait olan bilgilerinin bu bilgilerle hiçbir ilgisi ve menfaati olmayan üçüncü kişilerin eline geçmesi ve bu bilgilerin üçüncü kişiler tarafından hukuka uygun veya aykırı olarak işlenmesi olmuştur.⁴

¹Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s: 5-6

²Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Anabilim Dalı, 2010, Ankara, Doktora Tezi, s: 105

³Şimşek, a.g.e, s: 7

⁴Murat Volkan Dülger, İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması, s: 71-72

Ülkemizde ise kişisel veri kavramı ilk olarak telekomünikasyon sektörüne yönelik VKY m. 3'te "Tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgiyi" ifade edecek şekilde yapılmıştır. Şu an yürürlükte olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda ise "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere kişisel verinin tam olarak sınırlarını çizmek mümkün değildir. Ek olarak Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarihli kararına göre; kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.⁵

Buradan hareketle öncelikle söz konusu süjenin veri olup olmadığı değerlendirilmeli daha sonra bu verinin kişisel veri sayılabilmesi için bir kişiye ilişkin olduğu ve bu kişinin de kimliğinin belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekir.⁶

2- Veri Hukukunda Kişi Kavramı

*"Kişi haklardan yararlanan, hak sahibi olan varlık demektir."*⁷ Hukuk, kişi olma özelliğini önce insana tanımıştır. Kanun koyucu, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilmek adına, insan dışında hak ve yükümlülükleri diğer bazı insan veya mal topluluklarına da yöneltmiştir.⁸ Hukukta gerçek kişi dediğimiz insanın yanı sıra tüzel kişi de tanımlanır. Tüzel kişi, fiziki varlığı bulunmayıp, belli bir amacın gerçekleştirilmesi için organize olmuş insan veya mal topluluklarıdır.⁹ *"Tüzel kişiler, sanal kişiler olmayıp hak ve sorumluluk sahibi olma bakımından aynen insan gibi kabul edilmektedir."*¹⁰

*"Kişisel verilerin korunması kapsamında kişi kavramının içeriğine kimlerin gireceğine ilişkin olarak uluslararası doktrin ve mevzuatta bir görüş birliği bulunmamaktadır."*¹¹ Bu görüşlerden birine göre, veri koruma yasalarının kapsamına, yalnızca gerçek kişilere ilişkin bilgiler girebilirken, diğer bir görüş ise tüzel kişilere ait bilgilerin de kişisel veri niteliği taşıyabileceğini savunmaktadır.¹² AB Direktiflerinde

⁵AYM (Esas 2013/122, Karar 2014/74)

⁶Küzeci, a.g.e., s: 11

⁷Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s: 237

⁸Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s: 181

⁹Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C: II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s. 8.

¹⁰Akipek/Akıntürk/Karaman, a.g.e., s. 499 Aktaran: Ayşe Çiğdem Aygözer, Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2016, İstanbul, Doktora Tezi, s: 17-18

¹¹Bu konudaki müspet ve menfi görüşlere ilişkin olarak bkz. WALDEN/SAVAGE, s. 341-346; DİNÇ, Engin: Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2006, s. 15. Aktaran: Hüseyin Can Aksoy, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2008, Ankara, s: 24

¹²Aksoy, a.g.e., s. 24

kişisel verinin tanımlarında tüzel kişiler koruma altına alınmamış sadece gerçek kişileri koruma altına almış olmasına rağmen bazı ülkeler iç hukuklarında gerçek kişilerin yanında tüzel kişileri de tanımlamaya dahil etmişlerdir. Ülkemizde ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Koruması Kanunu'nda kişisel verinin tanımına tüzel kişiler dahil edilmemiştir.¹³

Kanunda belirtilen kimliği belirlenebilir ifadesi ise kişinin kimliği henüz belirlenmiş olmasa da kimliğinin belirlenmesinin mümkün olması anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki her ne kadar bir kişinin kimliğinin belirli hale gelmesinin en yaygın şekli ad ve soyadının tespit edilmesi olsa da, bir kişinin kimliğinin belirli olması için ad ve soyad bilgisi her zaman tek başına yeterli olmayabilir. Bu durumu basit bir örnekle açıklamaya çalışalım. Bir kişinin adı, onun belirli ya da belirlenebilir olması için ilk akla gelen bilgidir. Bu anlamda ad, pek çok durumda kişisel veri niteliğindedir. Ancak bazı durumlarda tek başına yeterli olmayabilir. Örneğin, yaygın bir ada ve soyada sahip olan bir kişiye ilişkin yalnızca bu bilgiye sahip olmak onu belirlenebilir kılmaz. Aynı şekilde bazen bir kişinin, tam adı bilinmese de belirlenebilir olduğu görülür. “Türkiye Cumhuriyeti'nin şu anki cumhurbaşkanı” ya da “Adana Barosu Başkanı” bilgisini aldığımız zaman, bu kişiler adları belirtilmese de kolaylıkla belirlenebilecektir. Bu anlamda ölçütlere dikkat edilerek hangi verilerin kişisel olduğunu saptamakta herhangi bir güçlük bulunmamaktadır.¹⁴

Kişisel verilerin bir diğer ayırım noktası ise “hassas” kişisel verilerdir. Bu ayırımın temel nedeni verinin niteliğinden kaynaklanmasıdır. Eğer kişisel veri kişinin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları; dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve hür türlü mahkûmiyetleri vb. ile ilgili ise “özel niteliği olan” ya da “hassas” kişisel veriler olarak adlandırılmaktadır. Genel kabul gören bu yaklaşıma göre verilerin kural olarak işlenmesi yasaktır. Ancak istisnai olarak, kamu yararının gerektirmesi, kişinin rızasının alınması vb. bazı hallerde bu verilerin işlenmesine izin verilebilmektedir.¹⁵

Öte yandan Dinamik IP adresleri hakkında Madde 29 Çalışma Grubu, İnternette Mahremiyet adlı çalışmasında internet protokolü (IP) adreslerinin, kimliği belirlenebilir kişilere ilişkin olduğunu belirtmektedir. Nitekim internet servis sağlayıcıları ve yerel ağ yöneticileri, atadıkları dinamik IP adreslerini ve bunların tarih, zaman, süre bilgilerini düzenli olarak kaydettikleri için, internet kullanıcılarını birbirlerinden ayırt edebilmektedir. Öte yandan Avrupa Adalet Divanı da Breyer Kararı'nda¹⁶ dinamik IP adreslerinin dahi birtakım şartlarda kişisel veri kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷

¹³Aygözer, a.g.e, s: 18

¹⁴Küzeci, a.g.e, s: 11

¹⁵Nilgün BAŞALP, Kişilik Hakkının Korunması Sorunu Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, 2003, s: 16. Aktaran Uğur Ersoy, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak “Kişisel Verilerin Korunması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı ve Sosyal Bilimler Dalı, 2009, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, s: 16-17

¹⁶Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 October 2016. Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0582> (s.y. 13 Ağustos 2018)

¹⁷Kişisel veri hakkında daha fazla örnek için bkz. <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/kisisel-veri-nedir-ne-demektir/> (s.y. 13 Ağustos 2018)

B. KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ

1- Kişisel Verinin İşlenmesi Kavramı

“Kişisel verilerin korunması hakkından bahsedebilmek için, öncelikle yukarıda tanımlanan kişisel verilerin birtakım işlemlere tabi tutulması gerekmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi kavramı birçok işlemi kapsayıcı nitelikte geniş bir içeriğe sahiptir. Başalp’e göre; kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, organize edilmesi, saklanması, değiştirilmesi, uyarlanması, birleştirilmesi, düzenlenmesi, okunması, sorulması, kullanılması, açıklanması, erişilebilir hale getirilmesi, transfer yoluyla başkalarına verilmesi, yayılması ya da hazır bulundurulması için yapılan işlemlerin yanı sıra verilerin kombinasyonu ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlem ya da işlemler bütünü kişisel verilerin işlenmesi tanımı kapsamında değerlendirilebilir.”¹⁸

Bu bağlamda ulusal ve uluslararası düzenlemeler ise şu şekildedir: 95/46/EC VKD m. 2/b’ye göre kişisel verilerin işlenmesi “silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletmeye açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, danışma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisini kastedecektir.”¹⁹

Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin (95/46/EC) Direktifin temel amacı; kişisel verilerin bütün Avrupa Birliği üyesi ülkelerde aynı düzeyde ve benzer prensipler dâhilinde korunmasını ve birliğe üye ülkelerin bu konudaki ulusal mevzuatının uyumlu hale getirilmesini ve bu suretle kişisel verilerin Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde güvenli bir şekilde serbest dolaşımını sağlamaktadır.²⁰ “...Zira üye ülkelerdeki veri koruması düzenlemeleri arasındaki farklılık, ortak pazarın oluşumu ve işleyişi açısından bir engel oluşturmaktadır.”²¹

Kişisel Verileri Koruma Kanunu hazırlanırken Avrupa Birliği’nin 95/46/EC numaralı Direktif, Avrupa Birliği Uyum Süreci kapsamında dikkate alınmış²² “ve kavram içeriği Türk hukukuna aktarılmıştır.”²³ KVKK m. 3/e’de kişisel verilerin işlenmesi kavramı “Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸Başalp, a.g.e, s: 15-16 Aktaran Ersoy; a.g.e, s: 17

¹⁹Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data,

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (s.y. 14 Ağustos 2018)

²⁰EuGH. Urteil vom 20 Mai 2003-C-465 00: C-138/01:C-139/01-.RDV 2003. S. 5, s. 232. Aktaran Hayrunnisa Özdemir, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2009 , Ankara, Doktora Tezi, s: 35

²¹Kişisel Verilerin Korunması Direktifinin 7 numaralı gerekçesi. Aktaran Özdemir, a.g.e, s: 35

²²Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, Esas No: 1/1009 Karar No: 37,

14 Ocak 2015 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/abuyum/belgeler/2015/1_1009_rapor.pdf, s: 2 (s.y. 14 Ağustos 2018)

²³Aygözer, a.g.e, s: 117

Veri işlenmesi otomatik işleme ve otomatik olmayan işleme olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Veri koruma düzenlemelerinin hemen hepsi otomatik işlemeyi kapsamına almakta, bir kısmı ise otomatik olmayan işlemeyi tercihe sunabilmektedir. Otomatik işleme, Avrupa Konseyi'nin 108 Sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "Tamamı veya bir kısmı otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen verilerin kaydı, bu verilere mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin uygulanışı, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, çıkarılması veya dağıtılması". Kişisel verilerin otomatik sistemler kullanılmadan işlenmesi halinde, verilerin elden işlenmesinden bahsedilir.²⁴ "Kişisel verilerin, otomatik sistemler kullanılmadan elden işlenmesi halleri de kişisel verilerin işlenmesi kavramı kapsamı içerisindedir."²⁵ 108 sayılı sözleşmenin Uygulama Alanı başlıklı 3. maddesinde taraf devletlerin uygulamalarına ayrıca otomatik işlenmeyen verileri de dahil edebileceği belirtilmiştir.²⁶

Son olarak değinmek gerekir ki, kişinin bilgisayarında tuttuğu adres defterleri vb. kişisel ya da ailevi nitelikteki ilişkiler sonucu tutulan kayıtlar kişisel veri kapsamında ele alınamayacaktır çünkü kişinin kendisi için tuttuğu özel kayıtlar olduğu için kişisel verilerin işlenmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak bu bilgiler mesleki ve ticari faaliyetler dahilinde işlenen kişisel verilerden ayrı olarak değerlendirilmeli ve bu tür verilerin belirsiz sayıda kişinin erişimine açık tutulması hali de hariç tutularak kişisel veri olarak düşünülmelidir.²⁷

2- Kişisel Verilerin İşlenmesine Hakim Olan İlkeler

Konuya ilişkin pek çok metinde, kişisel verilerin işlenmesinde belirli bir niteliğin karşılaması gerektiğine yönelik ilkeler belirlenmiştir. "Verilerin kaliteli olması ilkesi"²⁸ olarak da ifade edilebilecek bu gerekliliğin içeriği, 95/46/EC sayılı Yönerge'nin 6. maddesinde beş ayrı fıkrada belirtilene benzer şekilde kanunumuzda düzenlenmiştir. KVKK m. 4/2'de kişisel verilerin işlenmesine hakim olan ilkeler; "Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur: a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme." şeklinde ifade edilmiştir.

²⁴Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s: 33

²⁵Aygözer, a.g.e. s: 118

²⁶Ahmet Boz, Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, 2014, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, s: 11

²⁷Nilgün Başalp, Kişilik Hakkının Korunması Sorunu Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, İstanbul, (Yüksek Lisans Tezi), 2003, s: 17 Aktaran Uğur Ersoy a.g.e, s: 18

²⁸"Verilerin belirli bir niteliği karşılaması" burada İngilizce "data quality", deyiminin karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu deyim tam Türkçe karşılığı "verilerin kaliteli olması"dır. Nitekim pek çok çalışmada, belirtilen ilkenin karşılığı olarak bu deyim tercih edildiği görülmüştür. Örneğin bkz. Oğuz ŞİMŞEK, s. 83 vd. Ancak burada "Verilerin belirli bir niteliği karşılaması" deyiminin anlatılmak isteneni daha iyi karşılayacağı düşüncesiyle tercih edildiği belirtilmelidir. Nitekim öğretilerde bu deyim tercih eden kimi yazarlar bulunmaktadır. Örneğin bkz. Leyla KESER BERBER, Mahir M. ÜLGÜ, Cüneyd ER, Elektronik Sağlık Kayıtları ve Özel Hayatın Gizliliği, İstanbul 2009, s. 126 vd. Aktaran Kuzeci, a.g.e, s: 212

Kanunumuzda maddeler halinde belirtilen ilkeler, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeleri düzenleyen en önemli husus olup, 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 95/46/EC Direktifi ile uyum sergilemektedir. “Bu ilkeler, diğer maddelerde sözü geçen bütün veri işlemlerinde, hatta kişisel verilerin kamunun yararlanmasına açık olduğu veya ilgili kişinin veri işlenmesine itirazının bulunmadığı hallerde dahi geçerli olacaktır.”²⁹ KVKK’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu ilkelere göre veri kütüğü sahibi, veri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemeli ve bu amaç meşru olmalı, yine bu amaç ilgili kişiler tarafından biliniyor olmalıdır. Ayrıca veri kütüğü sahipleri, oluşturulacak sicile kaydolurken, veri işleme amaçlarını da açıkça belirteceklerdir. Belirttikleri bu amaçlar dışında başka amaçlarla veri işleyen veri kütüğü sahipleri ise bu fiillerinden dolayı sorumlu olacaklardır.

a. Hukuka ve Dürüstlük Kurallarına Uygun İşlenme

Kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi, hukukun her alanında olduğu gibi kişisel verilerin korunması hukukunun da birincil ilkesi olarak değerlendirilebilir. Veri toplayıcısı tarafından gözetilmesi zorunlu olan objektif nitelikli bu ilke, kişisel veri ile ilgili bütün süreç boyunca gözetilmesi gerekmektedir. “Yani veri işleyen, kişisel verileri neden topladığını, ne şekilde topladığını, hangi amaçlarla ve hangi biçimde kullanacağını kişisel verilerle temas kurmadan önce veri sahibine bildirmelidir. Bu itibarla verilerin toplandığının, işlendiğinin kişisel veri sahibi tarafından biliniyor olması gerekir.”³⁰ Bu ilkenin kapsamına kişisel veri sahibinin yanılmaması veya kişisel verinin işlenmesi amacıyla bağdaşmayan ya da kişilerin anlamayacağı bir amaç için işlenmesi de girmektedir.³¹ Çünkü bu hususlar dürüstlük kuralının temelini oluşturan “amaca uygun davranma ve yanılmama” ile örtüşmektedir.³²

Dürüstlük kuralı açısından, ortaya çıkan “amaca uygun davranma” ve “aldatılmama” gibi iki önemli unsur. TMK. m. 2’de yer alan dürüstlük kuralı ile doğrudan bağlantılıdır. Söz konusu bu ilke, yukarıda da belirtildiği gibi kişisel verilerin toplanmasından işlenmesi hatta işlemenin sonuna kadar geçerliğini korur. Bu anlamda kişisel veriler, toplanıp işlenirken, amaca uygun olmalı ve kişisel veri sahibi aldatılmamalıdır. Aksi halde veri toplayıcısının sorumluluğu söz konusu olur.³³

b. Amaca Bağlılık

Amaca bağlılık ilkesi; verilerin toplanma amacının belirli ve açık olması, verilerin toplanma amacının meşru olması şeklinde alt başlıklara ayrılmaktadır. Kişisel verilerin bir gün gerekli olur diye toplanması veya kişisel verilerin toplanması sırasında bilinmeyen veya gelecekte ortaya çıkabilecek amaçlar içermesi amaca bağlılık ilkesi ile ters düşmektedir. Ancak kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hukuki düzenlemelerde ifadeler belirsiz olmaktan uzak tutulmalı ve açıkça ortaya konmuş amaçlar için toplanıp işlendiği taktirde toplanma amacının belirli ve açık olması sağlanır. “Kişisel verilerin meşru amaç için işlenebilmesi, bu işlemlerin bir kanuni temelini olması ve hukuki düzenlemeler ile verilerin işlenmesindeki amaç arasında

²⁹Uğur Ersoy, a.g.e , s: 104

³⁰Habip Oğuz, Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum, s: 23

³¹Nilgün Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 37

³²Aygözer, a.g.e, s: 120

³³Özdemir, a.g.e , s: 167

bir dengeyi kurulmasını ifade eder.”³⁴ Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında bu hususlara vurgu yapmış ve keyfi uygulamaların önüne geçecek şekilde ancak kanunla sınırlı belirlenmiş amaçlar için kişisel verilerin temin edilebileceğinin altını çizmiştir.³⁵

Belirtmek gerekir ki “kişisel verilerin işlenmesi için gereken ilk amaç sonradan değişebilir. Bu durumda da, kişinin yeniden rızasının alınması gerekir. Çünkü ilgili kişi yeni durum için rıza göstermeyebilir. Alman Veri Koruma Kanunu’nun m. § 28/4/ II’ de, taraflara ait kişisel verilerin pazar araştırması veya bilimsel araştırmalarda kullanılması durumlarında ilgili kişilerin itiraz etme hakları bulunmaktadır.”³⁶

c. Toplanma ve Daha Sonrasında İşlenme Amaçlarına Uygun, İlgili Bulunmalı ve Aşırı Olmamalı

“Bu ilkeyi, dürüstlük kuralının bir bileşeni olarak değerlendirmek olanaklıdır.”³⁷ Bu sebeple işlenen kişisel verilerin belirlenen amaçların gerçekleştirilmesi için yeterli olması, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılması gerekmektedir. “Örneğin sadece belli bir okuldan mezun olan kişileri bir araya getirmeyi amaçlayan bir mezunlar derneğinin, kişinin etnik kökenini, cinsel eğilimlerini, mensup olduğu siyasi, felsefi görüşlerini toplaması ya da işlemesi karşısında elbette ki amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü davrandığı söylenemez. Ancak aynı türden kişisel verilerin, bir arkadaş bulma sitesinde toplanması ya da işlenmesi hâlinde, toplama veya işlemenin amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olduğu söylenebilir. Zira kişinin yakınlık kurduğu diğer kişi ile ilgili olarak, onun etnik kökenini, cinsel eğilimlerini, mensup olduğu siyasi, felsefi görüşlerini bilme hakkı vardır.”³⁸

d. Doğru ve Gerekliğinde Güncel Olma

Burada işaret edilmesi gereken belki de ilk husus: belirtilen ilkenin erişim hakkı ile yakın ilişkisidir. Nitekim aşağıda da üzerinde durulacağı gibi, bilgilere erişilememesi durumunda, kişisel verilerin doğruluğunun saptanması da hemen hemen olanaksızdır. Kişisel veriler, bağlantılı olduğu kişiyi niteleyen, onun kişiliği ile sıkı sıkıya bağlı bilgiler olduğuna göre şurası açıktır: bu bilgilerin doğruluğunu en iyi şekilde denetleyebilecek taraf yine ilgili kişi olacaktır. Bilgilerine ulaşamayan kişinin ise bunların doğruluğunu denetleyebilmesi olanak dışıdır. İkinci olarak kişisel verilerin güncel tutulmasının ne zaman “gerekli” olacağı belirlenmelidir. Bu saptamayı yaparken şu nokta gözden kaçmamalıdır: kişisel verilerin doğru ve güncel tutulması veri denetçisine yönelik bir yükümlülüktür ve devredilemez. Ancak bu ilkeyi kişisel verilerin güncelliğini saptayabilmek için veri denetçilerinin zorla ve sürekli olarak ilgili kişilerin içinde bulunduğu yeni durumları araştırması olarak algılamak makul değildir. Bu durumda ilgilinin kişisel bilgilerine ilişkin bir değişiklik olduğunda veri denetçisini bilgilendirmesi gerektiğini söylemeliyiz. “Bu ilkeye uyumluluğu sağlayabilmek için veri denetçileri ilgili kişilerin bilgilerine ulaşabileceği ve onları denetleyebileceği bir sistem oluşturabilirler.”³⁹

³⁴Küzeci, Kişisel Veriler, s. 199 Aktaran Aygözer, a.g.e, s: 124

³⁵Anayasa Mahkemesi E. 2014/149, K. 2014/ 151, T. 02.10.2014,

³⁶Özdemir, a.g.e , s: 171

³⁷Lee A. BYGRAVE, Data Protection Law, s. 60. Aktaran Kuzeci, a.g.e, s: 219

³⁸Oğuz, a.g.e, s: 24

³⁹Peter CAREY, Data Protection, s. 57. Aktaran Kuzeci, a.g.e, s: 226

e. Amacın Gerekirdiğinden Daha Uzun Süre Tutulmama

Kişisel verilerin işlenmesine hakim olan bir diğer ilkeye göre kişisel veriler amacın gerekirdiğinden daha uzun süre tutulamaz. Sadece ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi gerekir. Bu sürenin belirlenmesinde veri sorumlularının izleyecekleri yol şu şekildedir; öncelikle kişisel verilerin muhafaza edilmesi süresi saptanırken mevzuata bakılması gerekir. Eğer mevzuatta bir süre belirlenmişse bu süre kadar muhafaza edebilecektir. Eğer mevzuatta ilgili hususla alakalı bir süre belirlenmemişse, bu durumda veri sorumluları kişisel verileri ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edebileceklerdir. Belirlenen sürenin sonunda ise kişisel veriler ya silinecek ya da anonim hale getirileceklerdir. *Kişisel veriler gelecekte kullanma ihtimaline binaen saklanmayacaktır. Veri sorumlusu, Kanun'un 16. maddesi uyarınca kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi Sicile kayıt için başvururken bildirmek zorundadır.*⁴⁰

C. İLGİLİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ ve HAKLARI

Kanun'da kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılması için kanunda ayrıca belirtilen istisnalar haricinde veri sahibinin açık rızasının alınması öngörülmüştür. Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından Kanun'un uygulanmasına ilişkin çıkarılan bilgilendirici yayınlarda açık rızanın; genel nitelikte olmayıp belirli bir konuya ilişkin olması, elde edilecek verilerin hangi amaçlarla kullanılacağına açıkça belirtilmesi ve özgür ifadeyle açıklanmış olması gerektiği belirtilmektedir. Kaldı ki, rızanın açıkça alınmış olması yeterli olmayıp, söz konusu rızanın veri sahibinin özgürce ve konuyla ilgili olarak yeteri kadar bilgilendirilmesi sonrasında alınmış olması gerekmektedir.⁴¹

1- Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü

*“Veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Veri işleyen ise, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen, veri sorumlusunun organizasyonu dışındaki gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanmaktadır. Bu kişiler, kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, veri sorumlusunun kişisel veri işleme sözleşmesi yapmak suretiyle yetkilendirdiği ayrı bir gerçek veya tüzel kişidir.”*⁴²

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 10, 95/46/EC sayılı Direktife uygun olarak, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmektedir.⁴³ Buna göre “Veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiyi; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, veri işleme amacı, verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, veri

⁴⁰İbrahim KORKMAZ, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme, s: 104

⁴¹Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Aktarılmasında Veri Sahibinin Açık Rızasının Alınması, <http://www.kasaroglu.av.tr/tr/31499/Kisisel-Verilerin-Islenmesi-ve-Aktarilmasinda-Veri-Sahibinin-Acik-Rizasinin-Alinmasi> (s.y. 16 Ağustos 2018)

⁴²Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, s: 56

⁴³<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi> (s.y 12 Eylül 2018)

⁴⁴Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 117, s: 11 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (s.y 12 Eylül 2018)

toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile Kanun'un 11. maddesinde sayılan diğer hakları konusunda bilgilendirecektir.”

Kişinin verilerinin işlenmesi hakkında bilgilendirilmesi özellikle iki açıdan önemlidir. Birincisi, kişinin haklarını gerçek anlamda kullanabilmesi için kişisel verilerinin işlenmesi hakkında bilgi sahibi olması gerekir. İkincisi, bu ilke özellikle kamusal organların ellerinde tuttukları kişisel veriler düşünüldüğünde idarenin şeffaflığının da önemli bir gereğidir.⁴⁴ Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi kişinin bilgilendirilmesi dürüstlük kuralı ile de yakından ilişkilidir.⁴⁵ “*Bütün bu nedenlerden ötürü, ilgilinin bilgilendirilmesi veri koruma hukukunda merkezi öneme sahiptir.*”⁴⁶ Böylelikle kişiler her zaman kişisel verilerinin nasıl, kim tarafından ve hangi amaçlarla kullanıldığından haberdar olmaları sağlanacak ve aynı zamanda gereken her durumda aydınlatılmış bir şekilde onay alma yani rıza alma hakkına sahip olmalarını sağlanacaktır.⁴⁷ “*İşte bu yüzden ilgili kişilerin bilgilendirilmesi hakkı, kişisel verilerin korunması alanının “Magna Carta” sıdır.*”⁴⁸

Kişisel Verileri Koruma Kanun'un madde 10 fıkra 1 bent ç hükmünde yer alan “hukuki sebep”, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin Kanun'un madde 5 ve madde 6 hükümlerinde belirtilen işleme şartlarından hangisine dayanılarak işlendiğine işaret etmektedir. Yani, kişisel verilerin işleme faaliyetinin açık rızaya tâbi ise bu kapsamdaki nedeni, kanun hükmü uyarınca açık rızanın aranmadığı bir amaç için işleniyor olması halinde sayılan hangi amaç için işleneceği kapsamda “hukuki sebep” hakkında bilgilendirme yapılması gereklidir.⁴⁹ “*Açık rıza gerektiren hallerde isteğe bağlı olarak rıza vermemenin sonuçları hakkında da veri sahibinin bilgilendirilmesi gerekmektedir.*”⁵⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin açık rızasına bağlı olduğu veya açık rızanın aranmadığı ve Kanunda 5. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen şartlar kapsamında yürütüldüğü durumlarda da veri sorumlusunun ilgili kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü devam etmektedir. Yani ilgili kişi, kişisel verisinin işlendiği her durumda aydınlatılmalıdır.⁵¹

⁴⁴Kuzeci, a.g.e, s: 230

⁴⁵Oğuz Şimşek, a.g.e, s: 88

⁴⁶Deryck BEYLEVELD, “The Duty to Provide Information to the Data Subject: Articles 10 and 11 of Directive 95/46/EC”, The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe, Ashgate, İngiltere 2004, s. 70. Kişinin kendisine ilişkin verilerin işlenmesi hakkında bilgilendirilmesini öngören kurallar üçe ayrılarak incelenebilir: (i)belirli durumlarda veri denetçisinin doğrudan ilgili kişiden verileri toplamasını gerektiren kurallar; (ii) ilgili kişinin rızası(consent) olmaksızın kişisel verilerin işlenmesini yasaklayan kurallar; (iii) veri denetçilerini veri işlemeye ilişkin belirli bilgiyi doğrudan ilgili kişiye vermeye yönelik kurallar. Lee A. BYGRAVE, Data Protection Law, s. 63. Birinci ayırım örnekleri son derece sınırlı nadir bir uygulamaya işaret ettiğinden(Örneğin bkz. 1982 Kanada Federal Özel Yaşamın Gizliliği Yasası m. 5/1), ilgili kişinin rızası konusuna ise aşağıda değinileceğinden burada yalnızca üçüncü başlık üzerinde durulacaktır. Aktaran Kuzeci, a.g.e, s: 230

⁴⁷Aygözer, a.g.e , s: 133

⁴⁸Tinnefeld/Ehmann/Gerling; a.g.e. , s. 413 aktaran Aygözer, a.g.e, s:133

⁴⁹İrem Özkaşıkçı, Kişisel Verilerin Korunmasında “Aydınlatma Yükümlülüğü”nün Yerine Getirilmesi, s:2

⁵⁰Ramazan Karabulut, Kişisel Verilerin Korunması ve Kolluk Hizmetleri, Dicle Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, Diyarbakır, Yüksek Lisans Tezi, s: 41

⁵¹Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel verilerin korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, s: 94

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi> , (s.y. 16 Ağustos 2018)

“Somut olayın özelliklerine göre kişisel veriler toplanırken veri toplama, işleme ve kullanma için öngörülen amaç ve yine istek durumunda rıza vermemenin sonuçları hakkında da ilgili kişiye bilgi verilmelidir. Aynı şekilde ilgili kişi toplanan verilerin aktarılabilceğini hesaba katamıyorsa ona bu konuda da bilgi verilmelidir. Şayet toplanan verilerin açıklanması konusunda hukuki bir yükümlülük bulunuyorsa bu durumun hukuksal temelleri konusunda da ilgili kişinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde sadece soyut olarak bireyin kendisi hakkında veri işlendiği konusunda bilgilendirilmesi yeterli olmayıp, aynı zamanda fiili olarak ilgili kişi hakkında işlenecek veriler, bu verilerin kökeni, verileri kabul eden veya kabul edenlerin kategorisi ve veri kaydetmenin amacı konusunda da bilgi verilmelidir. Bu bilgilendirme yükümlülüğünün veri toplama yetkisi bulunan hem kamusal hem de kamusal olmayan organlar için geçerli olduğu ifade edilmektedir.”⁵²

“Günümüzde kişisel verilerin elde edilmesinde ilgili kişinin bilgilendirilmesi özellikle İnternet ortamında kullanılan çeşitli araçlar ve iletişim şekilleri açısından tartışılan bazı konuları beraberinde getirir. Nitekim pek çok donanım ve yazılım kişisel bilgileri toplamakta, değerlendirmekte ve çeşitli amaçlar için kullanmaktadır. Hiperbağlar (Hyperlinks), çerezler (cookies) ya da tarayıcıların (browser) karşılıklı iletişimi bu kapsamda düşünülebilir. Bu gibi uygulamalar, yukarıdaki açıklamalar ışığında, servis sağlayıcıların ilgili kişinin yapılan işlemin farkında olduğunu kanıtlaması hariç, kullanıcının yeterli oranda bilgilendirilmediği durumlarda kabul edilemez.”⁵³

Aydınlatma yükümlülüğü kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hâle getirilmesi durumunda da devam etmektedir. Veri sorumlusu, veri sahibini ayrıca bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur.

Son olarak değinmek gerekirse 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nde kişisel verilerin doğrudan ilgili kişiden elde edilmesi ve üçüncü kişilerden elde edilmesi durumlarında farklı düzenlemeler yer almaktadır. Belli şartların bulunması halinde, veri sorumlusunun bildirim yükümlülüğünün ortadan kalkması söz konusu olabilir. 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin 11/2 maddesinde düzenlenen bu durumlar; ilgili kişiye bilgi vermenin mümkün olmaması, bilgi vermenin oransız bir çaba gerektirmesi, verileri kaydetme veya işleminin kanunda açıkça yer alması ve kişisel verilerin istatistiki, tarihi veya bilimsel amaçlarla işlenmesi halleridir.⁵⁴

2- Aydınlatma Yükümlülüğü Hakkında Tebliğ

Kanun’a dayanarak kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun (“Kurum”) aktif olarak faaliyete başlaması ve özellikle 2017 yılı içinde yayımlanan yönetmelikler ile konuyla ilgili mevzuat şekillenmeye başladığı gibi, toplumsal bilinç de aynı paralelde yükselmiştir. Bununla birlikte, uygulamaya geçildiğinde ortaya çıkan bir kısım sorular ve sorunlar da, şüphesiz, beraberinde gelmektedir.

⁵²Şimşek, a.g.e., s: 88-89

⁵³Kuzeci, a.g.e., s: 231 -232

⁵⁴Kuşkonmaz, s. 96 Aktaran Korkmaz, a.g.e., s: 130-131

10.03.2018 tarihli ve 30356 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ” (“Tebliğ”) ile, Kanun’un m.10 hükmü uyarınca veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yerine getirilmesi gereken aydınlatma yükümlülüğü kapsamında uyulacak usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Veri sorumlusu ya da yetkilendirdiği kişi tarafından sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortam kullanılmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında uyulması gereken usul ve esaslar Tebliğ’de şu şekilde sıralanmıştır:

- İlgili kişinin açık rızasına veya Kanun’daki diğer işleme şartlarına bağlı olarak kişisel verinin işlendiği her durumda, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir.
- Kişisel veri işleme amacı değiştiğinde, veri işleme faaliyetinden önce bu amaç için aydınlatma yükümlülüğü ayrıca yerine getirilmelidir.
- Veri sorumlusunun farklı birimlerinde kişisel veriler farklı amaçlarla işleniyorsa, aydınlatma yükümlülüğü her bir birim nezdinde ayrıca yerine getirilmelidir.
- Veri Sorumluları Sicili’ne kayıt yükümlülüğünün bulunması durumunda, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ilgili kişiye verilecek bilgiler, Veri Sorumluları Sicili’ne açıklanan bilgilerle uyumlu olmalıdır.
- Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ilgili kişinin talebine bağlı değildir.
- Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı veri sorumlusuna aittir.
- Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.
- Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında açıklanacak kişisel veri işleme amacının belirli, açık ve meşru olması gerekir.
- Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken, genel nitelikte ve muğlak ifadeler yer verilmemelidir. Gündeme gelmesi muhtemel başka amaçlar için kişisel verilerin işlenebileceği kanaatini uyandıran ifadeler kullanılmamalıdır.
- Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiye yapılacak bildirim anlaşılar, açık ve sade bir dil kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

- Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında hukuki sebebin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.
- Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, kişisel verilerin aktarılma amacı ve aktarılabilecek alıcı grupları belirtilmelidir.
- Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik yollarla ya da veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemlerden hangisiyle elde edildiği açık bir şekilde belirtilmelidir.
- Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken eksik, ilgili kişileri yanıltıcı ve yanlış bilgilere yer verilmemelidir.
- Eğer kişisel veriler, veri sahibi ilgili kişiden bizzat elde edilmiyor ise, bu durumda kişisel verilerin elde edilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi önemlidir. Şayet kişisel verilerin ilgili kişi ile iletişim amacıyla kullanılacak olması durumunda, ilk iletişim kurulması esnasında, bu bildirim yapılmalıdır. Ayrıca, kişisel verilerin aktarılacak olması halinde, en geç kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada ilgili kişinin Tebliğ çerçevesinde aydınlatılmış olması gerekir⁵⁵. Burada bahsedilen bu son düzenleme aslında yukarıda da belirtilen 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 11/2 maddesinde düzenlenen durum çerçevesinde düzenlenmiştir.

3- Aydınlatma Yükümlülüğü Çevresinde Başvurulacak Hukuki Yol

Makalenin konusu gereği sadece Aydınlatma Yükümlülüğü üzerinde durulmuş olsa dahi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 10. ve 11. Maddesi çerçevesinde ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesi esnasında katılımı ve denetime yönelik ilkeleri belirlenmiştir. Bu ilkeler üç başlık altında şu şekilde sıralanabilir; İlgilinin Bilgilendirilmesi (Aydınlatma Yükümlülüğü), İlgilinin Bilgilerine Erişim Hakkı ve İlgilinin Verilerini Düzeltme Hakkı.

İlgili kanunun; hak arama, sorumluluk ve yaptırımlara ilişkin düzenlemelerin gerekliliği ilkesi kapsamında "Beşinci Bölüm"ünde Suç ve Kabahatler düzenlenmiştir. Aydınlatma yükümlülüğü bağlamında bizim ele alacağımız madde ise 18. maddedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 18. maddesine göre; "Bu Kanunun; 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar idari para cezası verilir."

Maddeyle, Kanunda öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde uygulanacak idari yaptırımlar düzenlenmektedir. Bu kapsamda aydınlatma ve veri

güvenliğini sağlama, Kurul kararlarını yerine getirme ve Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüklerine aykırı davranılması kabahat olarak öngörülmekte ve idari para cezası yaptırımına bağlanmaktadır. İdari yaptırımlara Kurul tarafından karar verilecektir. Verilen yaptırım kararlarına karşı idari yargı yolu açıktır. Maddede kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırları arasındaki makas bilinçli olarak geniş tutulmuştur. Kurul karar verirken kabahatler hususunda genel kanun niteliğinde olan 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunu dikkate alacaktır. Bu şekilde düzenleme yapılmak suretiyle, söz konusu kabahatlerin çok farklı ekonomik güce sahip gerçek veya tüzel kişiler hakkında uygulanacak olması nedeniyle yaptırım uygulanmasında hakkaniyeti sağlamak amaçlanmıştır. Buna göre örneğin, küçük bir şehirde faaliyet gösteren bir aile şirketiyle ülke çapında faaliyet gösteren bir holdingin Kanun hükümlerini ihlal etmesi durumunda belirlenecek idari para cezalarının miktarı söz konusu şirketlerin ekonomik durumlarına göre farklı olacaktır. İdari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanacaktır. Maddede kabahat olarak düzenlenen eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi halinde kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Kanunda kabahatlerle ilgili hüküm bulunmayan hallerde genel kanun niteliğindeki 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanacağı açıktır.⁵⁶

D. SONUÇ

21. yüzyılın en önemli kaynağı olan kişisel veri, gelişen teknoloji ve bilimin katkısıyla hem devletler hem de özel teşebbüsler için çok fazla önem arz etmektedir. Ancak bu durum her zaman kişilerin lehine sonuçlar doğurmamaktadır. Çünkü, günümüz iletişim kaynakları sayesinde kişisel veriler daha kolay elde edilmekte ve bu elde edilen veriler ticari kaygılar güdülerek şirketler arasında paylaşılabilir. Örneğin; İngiliz analiz şirketi Cambridge Analytica'nın Facebook için geliştirdiği bir uygulama üzerinden 87 milyona yakın Facebook kullanıcısının verilerini izinsiz bir şekilde elde ettiği ve elde edilen verilerin seçim kampanyası için kullanılması kişisel verilerin önemini bir kez daha ortaya koymuştur.

Yukarıda da belirtildiği gibi Aydınlatma Yükümlülüğü bu noktada zayıf olanı koruma adına kilit bir rol oynamakta ve böylelikle kişilerden elde edilen yahut elde edilecek veriler için bir koruma görevi görmektedir. Direktife uygun olarak yürürlüğe giren kanunumuz elde edilecek verinin açık rızaya dayanması yahut kanunda açık rıza gerektirmeyen diğer hallerden birinden kaynaklanması hususunda bile ilgili kişinin aydınlatılması gerekliliğinden bahsetmiştir. Bu sayede ilgili kişiler, kişisel verilerinin ne amaçla işlendiğini, ne kadar süre kullanılacağını ve de nasıl siliniyor yahut anonim hale getireceğini öğrenebilmekte ve kişisel verilerinin başka amaçlarla kullanılmamasının önüne geçebilmektedir.

⁵⁶Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu Komisyon Raporu; Sıra Sayısı: 117, s: 14 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (s.y 12 Eylül 2018)

Aydınlatma yükümlülüğünün veri sorumlusu tarafından gereğine uygun olarak yahut hiç yerine getirilmemesi durumu 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Suçlar ve Kabahatler bölümünde düzenlenmiştir. Böylelikle ilgili kişiler uğradıkları herhangi bir hak ihlalinin tespiti için öncelikle veri sorumlusuna başvurabilir. Başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde; ilgili kişi, veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her hâlde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun Kuruluna şikâyette bulunabilir.

Türkiye, Avrupa Birliğinin Ortak Pazar ve Uyum amacıyla oluşturduğu 95/46/EC Direktifine, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunuyla uyum sağlamıştır. Ancak unutulmamalıdır ki; teknolojinin gelişmesi ve bu sebeple yeni gelişmelerin hayatımızda daha fazla yer alması ile kişisel verilerin her zaman korunmaya hassas bir konu olduğu göz ardı edilmemeli ve kişilerin değişen koşullara uygun olacak şekilde güncel olarak bilgilendirilmesi ve bu yönde kurul çalışmaları yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOY Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2008, Ankara,

AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut / KARAMAN Derya Ateş: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Anayasa Mahkemesi Kararı: Esas 2013/122, Karar 2014/74, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/94117278-50ca-4203-88f3-72a5537258a5?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

AYGÖZER Ayşe Çiğdem: Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması.

BAŞALP Nilgün: Kişilik Hakkının Korunması Sorunu Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2003.

BAŞALP Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, 1. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004

BOZ Ahmet: Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara.

DİNÇ Engin: Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye'nin Durumu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2006.

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan: Türk Özel Hukuku C: II, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015,

DÜLGER Murat Volkan: İnsan Hakları ve Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması.

ERSOY Uğur: Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak “Kişisel Verilerin Korunması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı ve Sosyal Bilimler Dalı, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, 2009.

KAYNAKÇA

Judgment of the Court (Second Chamber) of 19 October 2016. Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0582>

Kişisel Verilerin Korunması Direktifi.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel verilerin korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4197/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanununa-Iliskin-Uygulama-Rehberi>,

KORKMAZ İbrahim: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme.

KÜZECİ Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2010.

OĞUZ Habip: Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum.

ÖZDEMİR Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2009.

ÖZKAŞIKÇI İrem: Kişisel Verilerin Korunmasında “Aydınlatma Yükümlülüğü”nün Yerine Getirilmesi.

ÖZTAN Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara, 2014

ŞİMŞEK Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2008.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu Komisyon Raporu; Sıra Sayısı: 117, s:14, “<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>”



CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA VE ELKOYMA TEDBİRLERİ

Cumhuriyet Savcısı Hasan KAYA

A. ARAMA

1. Kavram

Arama saklanan bir kişinin veya gizli ve saklı tutulan bir eşyanın “önleme veya adli” amaçlarla, meydana çıkarılması işlemidir.¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuzda koruma tedbiri olarak düzenlenen arama kelime anlamı olarak; Ceza yargılamasında yararlı olacak delillerin ve sanığın, istekle adli mercilere tesliminden kaçınılması durumunda zorla ele geçirilmesi için, sakladıkları yerlerde yapılan arama işlemidir, kural olarak arama yargıç kararıyla olur.² Arama, şüpheli ve sanığı veya bir delili ele geçirmek için yapılabileceği gibi; bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da gerçekleştirilebilir.³

Öncelikle aramanın kavram olarak açıklanmasından hemen sonra şuna değinmek gerekecektir, arama adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılır. Şüpheli veya sanığı veya bir delili ele geçirmek için yapılan aramaya adli arama; bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek, engellemek için yapılacak olan aramaya önleme araması denilmektedir.

Bizim konumuz ceza yargılamasında düzenlenen adli arama olmakla birlikte burada kısaca önleme aramasına da değinmekte fayda görüyorum. Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığım üzere adli arama bir suç şüphesi durumunda, o suçu işlediği şüphesi kendi üzerinde bulunan kişi üzerinde veya suçla ilgili ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçekliğe ulaşmak maksadıyla diğer kişilerle ilgili yapılan aramadır. Yani ortada bir suç veya suç şüphesi kısacası adli bir vakıa vardır. Ancak önleme araması ise genel güvenliği sağlamak veya suç işlenmesini önlemek kastıyla idarenin belirli şartlar dâhilinde yaptığı idari bir işlemdir.

Önleme araması başlıklı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanununun 9. maddesinde; *“Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır; suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.”*⁴ Önleme araması bu şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Adli ve Önleme arama Yönetmeliğinin 19. maddesinde önleme araması detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

Arama tedbiri birçok kişi hak ve hürriyetlerine karşı bir tehlike barındıran bir tedbirdir. Kişinin konut dokunulmazlığına, özel hayatının gizliliğine, kişi

¹Av. Can Cihan, Koruma Tedbiri Olarak Arama-Elkoyma, sy.213, İstanbul Barosu Dergisi Mart-Nisan 2014 Sayısı.

²Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 4. Baskı, Ağustos 2010, Yetkin Yayınları, Ankara.

³Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 366, 9. Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2012, İstanbul.

⁴2559 numaralı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne karşı müdahale oluşturan⁵ arama tedbirinin koşullarına ilişkin Anayasamızda düzenleme bulunmaktadır. Yukarıda yazılı bulunan ve Anayasada açıkça kedinde yer bulmuş bu haklara karşı bir tehdit niteliğinde olan arama tedbirinin şartlarını anayasamız bu hakların önemine binaen bizzat kendisi düzenlemiştir.

1982 Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrası, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulabileceğini belirtmiştir. Ayrıca hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin (Cumhuriyet Savcısı veya ona ulaşamadığı hallerde kolluk amirinin) yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı kanun maddesinde ifade edilmiştir. Yetkili kılınan merciin kararının ise 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Anayasa 21. maddede de konutta yapılan aramadan bahsedilmektedir. Ne tür sebeplerle, nasıl bir şekle uyularak yapılacağı madde kapsamında belirtilmiştir.

Arama tedbirinin en önemli amaçlarından biri ise adil yargılanma hakkının tesisidir. Zira adil yargılanma ilkesinin en önemli unsurlarından olan adaletin zamanında sağlanması bakımından arama tedbiri büyük bir paya sahip olacaktır. Zira arama sayesinde delillere daha kolay ulaşılabilecek ve bu şekilde adaletin gecikmesi önlenmiş olacaktır.

2. Aramanın Hukuki Niteliği

Ceza Yargılamasını amacı maddi gerçekliğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu bağlamda CMK'da düzenlenen koruma tedbirleri de bu amaca hizmet etmektedir. Arama da diğer koruma tedbirleri gibi bu amaca hizmet eden bir koruma tedbirdir. Zira aranan sanık yakalanacak ve tutuklanacak, bulunan delillere el konulacaktır.⁶ Bu nedenlerle arama aynı zamanda yakalama, tutuklama ve el koyma gibi koruma tedbirleri için bir vasıta olan tedbir konumundadır.⁷

Ancak Centel/Zafer yasa koyucunun aramanın hukuki niteliğinin koruma tedbiri olarak belirlemesini; aramanın koruma tedbiri olmasından ziyade delillere ulaşmanın bir vasıtası olduğu sebebiyle yanlış olduğunu belirtmektedir.⁸ Bu görüşe göre arama bir araştırma vasıtasıdır. Arama amaç olmayıp bir araçtır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere arama anayasal bir takım temel hak ve hürriyetlere tehdit oluşturduğu sebebiyle gerek anayasa gerekse CMK ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde açıkça düzenlenmiş bir takım şartlara tabi tutulmuştur. Arama ister önleme amaçlı olsun, ister koruma tedbiri(adli arama) niteliğinde olsun prensip olarak hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de arama yapılabilir. Kanunun yetkili mercii deyimi, önleme aramasında o yerin en büyük mülki amiri, adli arama da ise Cumhuriyet savcısı veya ona ulaşılmayan hallerde adli kolluk amirini ifade eder.

⁵Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 366, 9. Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2012, İstanbul.

⁶Mustafa AÇAR, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, sy.18, Kırıkkale, 2010.

⁷Soyaslan, Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku, sy.217, Ankara, 2000.

⁸Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 366, 9. Bası, Beta Yayınevi, Ekim 2012, İstanbul.

3. Arama Tedbiriyle İlişkisi Açısından Önemli Olan Hukuki İlkeler

1982 Anayasamızın Cumhuriyetin Nitelikleri başlıklı 2. Maddesi “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” şeklindedir. Bu bağlamda öncelikle hukuk devleti ilkesini ele almak gerekecektir. Hukuk devleti olmak ibaresi devletin kendisinin de hukuk ile bağlı olduğunu gösteren en önemli niteliklerden bir tanesidir. Hukuk devleti ilkesi insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, güvenliğin temin edilmesi şeklinde üç unsur üzerinde inşa edilmiştir.⁹ Anayasanın teminat altına aldığı temel hak ve özgürlükler açısından arama tedbiri önemli bir tehlikedir. Şöyle ki hukuka aykırı olarak, yetkili mercilerin usulüne uygun olarak vermiş olduğu kararlar olmadan arama işleminin yapılması öncelikle kişilerin özel hayatının gizliliği ilkesi, konut dokunulmazlığı gibi daha birçok hak ve hürriyetleri ihlal edecektir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin önemi çok büyüktür.

Yine 1982 Anayasasına göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Anayasamızın 20. ve 21. Maddesine göre özel hayatın gizliliğine ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Kimsenin konutuna dokunulamaz. Bütün bu hakların usulüne uygun olmayan hukuksuz ve haksız olarak ihlali suretiyle arama yapılması verilmiş bu teminatın kâğıt üzerinde, formalite olduğunu gösterir. Bu sebeple Anayasamızın 20. ve 21. Maddesinin devamı olan hükümlerde; “kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranmaz, bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz” şeklinde güvence tesis edilmiştir. Bu şekilde usulüne göre yapılmayan arama hukuka aykırı olacaktır.

Ayrıca arama tedbirinden elde edilmesi beklenen hukuki yarar ile arama uygulanması neticesinde ortaya çıkacak zarar arasında orantılı (dengeli) davranma ilkesi de çok önemlidir. Zira hukuk devletinin en önemli niteliklerinden biri, eylem ve işlemlerin ölçülü olmasıdır. Orantı bulunması, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması demektir.¹⁰ Arama tedbirindeki amaç yakalama ve delil elde etmedir. Yakalanmış bir fail veya bütün delillerin ortaya çıkmış olduğu bu olay hakkında arama kararı verilmesi veya kararın icrası açıkça ölçüsüz olacaktır. Ayrıca suçun nevi de (örneğin hakaret davasında yapılacak konut araması) bu ilke açısından önemlidir. Centel/Zafere göre; arama tedbirine başvurulmasına gerekçe gösterilen olay veya suç ile başvuru aranma tedbirinin orantılı olması, arama işlemiyle amaca ulaşılabileceğine dair makul şüphe veya haklı sebepler bulunması, arama işleminin amacına uygun olarak icra edilmesi orantılık ilkesinin varlığı için gereklidir.¹¹

4. Aramanın Koşulları

I. Makul Şüphenin Bulunması

Cmk'nın 116. Maddesine göre “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde

⁹Mustafa AÇAR, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, sy.22,

¹⁰Cihan/Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, sf.201.

¹¹Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 367, 9. Bastı, Beta Yayınevi, Ekim 2012, İstanbul.

edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”¹² Makul şüphenin ne olduğuna dair en net açıklama adli ve önleme araması yönetmeliğinin 6. maddesinde belirtilmiştir.¹³ Şöyle ki; Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.”¹⁴

Makul kelime anlamı olarak zaten akla uygun, akla yatkın demektir. Bu bağlamda akıl ve mantığa uygun olan; subjektif değil, objektif olan, haliyle tarafsız bir kişiyi ikna edecek vakia veya bilgiler ancak makul şüphe olarak değerlendirilebilir. Bir kişinin kökeni, giyim kuşamı, saç ve sakal şekli gibi bir takım vasıfları makul şüphe için yeterli değildir. Ancak örneğin gecenin geç saatlerinde belirli kıyafetlerle (söz gelimi maske veya benzeri) dolaşmak hırsızlık suçu bakımından makul şüpheyi oluşturabilir.

Kolluk görevlisi için makul şüphenin anlamı; olayın şartlarını bilen ve kendisini kolluk görevlisinin yerine koyan makul orta zekâda birisinin, durdurulan ve aranan kişinin önceden işlenen bir suçun faili olduğunu veya işlenen bir suçla ilgili bazı delilleri üzerinde veya eşyasında bulundurduğunu veya suç işlemekte olduğunu düşündürecek somut vakıaların olduğuna objektif olarak inanmasıdır.¹⁵

Örneğin bir yerde korsan kitap bulunduğu yönünde bir ihbar üzerine orada arama yapılabilmesi kural olarak mümkündür. Çünkü orada suç delillerinin elde edilebilme olasılığı vardır. Ancak yalnızca ihbar makul şüphe açısından yeterli değildir. Şüphe somut olgulara dayanmalıdır. Bu bakımdan söz konusu örnekte kitapçıdan alınmış kitaba ilişkin satış fişi bulunmalıdır veya oradan alınmış bir korsan kitap gösterilebilmelidir.

Kolluk güçlerinin arama talebi için hazırlayacakları tahkikat evrakında iddiaya konu olayla ilgili makul şüphenin ne olduğuna dair bilgi ve emareleri, bilginin kaynağını, aranacak kişinin kim olduğu ve neden aranması gerektiği, aranacak şeyin ne olduğu, şüphelinin iddia edilen suçu işlediği ve aranacak şeyin belirtilen adreste bulunduğu dair inancın nedenleri somut şekilde açıklanmalıdır.¹⁶

II. Yetkili Mercî Tarafından Verilmiş Bir Arama Kararı veya Arama Emrinin Bulunması

Arama kararı başlıklı CMK Madde 119/1 şu şekildedir; “Hâkim kararı üzerine

¹²5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

¹³21/02/2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunun 9. Maddesi ile bu fıkrada yer alan “makul” ibaresi “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak 02/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı kanunun 40. Maddesi ile bu fıkrada yer alan değişiklik geriye alınmıştır.

¹⁴Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği.

¹⁵Uygur Kaan ARISOY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama Ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, sy.39

¹⁶Uygur Kaan ARISOY, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama Ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, sy.40

veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.”

Bu halde gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde Cumhuriyet Savcısının vereceği veya Cumhuriyet Savcısına ulaşılabilmek imkânının bulunduğu hallerde kolluk amirinin vereceği arama kararları hukuka aykırı olacaktır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Madde 7 ise “Adli aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınmasını talep ettiği durumlarda, makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur. Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle arama yapılabilir.” şeklindedir.

Netice itibarıyla arama kuralı olarak hâkim kararıyla yapılabilir. Ancak yukarıda yazılı bulunan kanun ve yönetmelik hükümleri gereği savcı veya kolluğun da aramaya karar verebildiği haller mevcuttur. Bütün bu yetkili üç makam açısından da ortak şart arama için karar veya yazılı emrin gerekli olmasıdır.¹⁷

Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve el koyma işlemlerinde, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığı ve neden ulaşılamadığı bir tutanakla açıklanıp, evraka eklenmelidir.

Arama kararını verecek hâkim aramanın yapılacağı yer sulh ceza hâkimidir. Kovuşturma aşamasında ise sanıkla ilgili mahkemenin kararı gereklidir. Danıştay’a göre ilgilinin rızası, hâkim ve mahkemenin yazılı emri olmadan doğrudan kolluk tarafından yapılacak aramayı hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu bağlamda kolluğun hâkim veya mahkemenin yazılı emri olmadığı hallerde ilgilinin muvafakati dâhilinde dahi arama yapabilmesi hukuki olmayacaktır. Danıştay’ın 10. Dairesine göre bireyin kolluğa, üst, eşya, konut araması yapması için gösterdiği rıza, bireyle kolluk arasında bulunan açık güç dengesizliği nedeniyle bireyin iradesinin sakat olduğu karinesinden dolayı geçerli bir rıza olmayacaktır.

5. Arama Kararı ve Emri Vermeye Yetkili Merciler

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 119. Maddesinin 1. Fıkrasına göre; Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. Yani kural olan arama tedbirine hâkimin karar vermesidir. Ancak kanunumuz gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da arama kararı verebileceğini açıkça belirtmiştir.

¹⁷Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy.347

Kamuya açık alanlarda ise yine hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle; Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilir, Ancak kolluk amirinin emriyle yapılacak olan arama sonuçları derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. (CMK 119/1).

Anayasamızın 20. maddesinde aramaya ilişkin yetkili merci açıklandıktan sonra; hâkimin aramaya karar vermediği durumlar için *“Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu şekilde istisnai arama kararlarının kötüye kullanılma durumlarının önüne geçilmesi ve tehdit altında bulunan temel hak ve hürriyetler güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Yine Anayasamızın “Konut dokunulmazlığı” başlıklı 21. Madde hükmü şöyledir; *“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”*

Kolluk amirinin aramaya karar verme yetkisi yalnızca savcıya ulaşılamayan hallerde mümkündür. Ayrıca vereceği bu emirle sadece kişilerin üstü veya eşyalarıyla ilgili olarak arama yapılabilir. İşyeri veya kamuya açık olmayan kapalı alanlarda mutlaka hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal var ise savcı kararı gereklidir.

Bir evin bahçesinde, bahçesinde bulunan araçlarda veya yola park edilmiş aracın içinde yapılacak aramalarda, kamuya açık olmayan alanlara ilişkin kuralların, buna karşın yola park edilmiş araçların altında yapılacak aramalarda kamuya açık alanlarda yapılacak aramalara ilişkin kuralların uygulanması gerekmektedir.¹⁸ Yargıtay bir kararında sanığın “olay gecesi saat 24.00’ten sonra işçi olarak çalıştığı lokantanın kapılarını kilitlemesi” nedeniyle, lokantanın artık “genel yer” olmaktan çıktığı sonucuna ulaşmıştır.¹⁹

“Ayrıca suç işlenen olay yerinde sebep sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el konulması amacıyla bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin yapılabilmesi için, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda emir veya karar alınması gerekmemektedir.”²⁰ Zira yapılacak olan bu işlemler kolluk kuvvetlerinin görevleri olan araştırma işlemi olarak değerlendirilecektir. Elbette ki kamuya açık olmayan olanlarda kolluk tarafından yapılacak olan arama yukarıda sayılan prensiplere tabidir. Kolluk memurunun herhangi başka bir faaliyete gerek

¹⁸Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 369.

¹⁹Y. 5. CD. 13.02.1997, 60/393 E., YKD. Nisan 1998, s. 611.

²⁰Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 369.

duymaksızın, gözüyle gördüğü, koklayarak veya duyarak tespit ettiği şeyler nedeniyle yaptığı ele geçirme faaliyeti, arama işlemi olarak değerlendirilemeyecektir.²¹ Örneğin kolluk memuru elinde silahla dolaşan bir şahıs gördüğü takdirde, gerekirse zor kullanarak bu silaha el koyacaktır. Bu polisin yasadan kaynaklanan görevidir (PVSK m.1).

Arama Yönetmeliğinin 8. Madde hükmü doğrultusunda şu hallerde arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadan arama işlemi doğrudan doğruya kollukça yerine getirilebilir.

- Hakkında yakalama emri, zorla getirme kararı veya gıyabi tutuklama kararı verilen kişilerin üstünde arama yapılması

- Bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında arama yapılması. Bu tür durumlarda belirtmek gerekir ki kolluk yetkili merciin emrini yerine getirmiş olacaktır.

- Kolluk memurlarınca doğrudan yapılan yakalama halinde yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılması. Bu durumda yine kolluk görevlisi yasanın kendisine verdiği yetkiyi kullanmaktadır.

- Suçüstü yakalaması yapılabilmesi için konuta, işyerine ve kapalı alanlara girilmesi. Bu halde yasa herkese yakalama yetkisi vermektedir.

- Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konulmadan önce üstünün aranması.

- Herhangi bir nedenle hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş veya pek az önce işlendiğini gösteren emarelerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla, takip sırasında girilen araç, bina ve eklentilerinde arama yapılması. ,

6. Arama Kararı ve Emrinin Unsurları

Arama talep, karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

d) Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı, açıkça gösterilir (AÖAY. m.7). Bu unsurları taşımayan genel nitelikli bir arama kararı arama tedbirinin icrası için uygun yeterli değildir.

²¹Sokullu/Akıncı, Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, sy.123

Ayrıca kanun, kolluk tarafından yapılan aramada kural olarak arama tanıklarının bulunması zorunluluğunu getirmiştir. CMK'nın 119/4. maddesine göre, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.²²

7. Aramanın Yapılacağı Zaman

Arama, arama kararı veya emrinde gösterilen süre zarfında yapılır. Kural olarak arama tedbiri gündüz yapılır, konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz (CMK 118/1). Bu kuralın istisnası hemen aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yakalanmış veya gözaltına alınmış olupta kaçan şüphelinin, tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla, geceleyin de arama yapılabilmesidir.

TCK'nın 6. Maddesinde gece vakti; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvelle kadar devam ettiği süre olarak tanımlanmıştır. Kural olarak aramanın gündüz yapılacağından yukarıda bahsetmiştik. Ancak gündüz başlanan aramaya gece de devam edilebilir.²³ Arama kararı hakkında gece gündüz ayrımı yapılmış olmasına rağmen tatil ve mesai zamanlarına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır.

Adli ve Önleme Araması Yönetmeliğinin 31. Madde metninde, geceleyin herkesin girip çıkabileceği 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununun 7. maddesinde sayılan umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde, gece adli arama yapılabileceği belirtilmiştir.

8. Arama İşleminin Tutanağa Bağlanması

Arama işlemi de diğer hukuki işlemler gibi bir tutanağa bağlanmak zorundadır. CMK 119/3'te "Arama tutanağına işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır." ifadesi yer almaktadır. Arama tutanağı aramanın baştan sona anlatılması şeklinde düzenlenir. Bu şekilde özellikle aramaya katılmayan Cumhuriyet Savcısı veya hâkim aramanın ne şekilde yapıldığından bilgi sahibi olur, ayrıca arama işlemine karşı yapılacak itirazlar da bu tutanağa göre çözümlenir. Zira haklarında arama kararı verilen ve karar ölçüsüz ve orantısız şekilde gerçekleştirilen kişilerin uğradıkları tüm maddi ve manevi zararlarını CMK 141'e göre Devletten isteme hakları vardır. Arama tutanağı mutlaka gerçeği yansıtmalı, işleme katılmayan kişilerce imzalanmamalı, imza atan kişiler işlemin belirli bir kısmına katılmışlar ise bu kısımlar ayrıca ve açıkça gösterilmelidir.²⁴ Bu tutanaklarda işlemi yapan kişilerin adlarının yanında Arama Yönetmeliği gereğince şu bilgilerin de yazılı olması gereklidir;

- Arama kararının tarih ve sayısı, Hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren mercii
- Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat

²²Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku İzmir Şerhi, sy.432

²³Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 245.

²⁴Aydın, Arama ve El Koyma, sy.98

- Aramanın konusu
- Aranılan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri
- Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık daireleri; su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullanıcısı, deniz aracının aranması halinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatıları, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevki
- Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler
- Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri
- Arama sonucunda yaralanma veya maddi bir zarar meydana gelip gelmediği
- Arama işlemi yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, tutanak, arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sureti ilgiliye verilir. (Arama Y.m.11)

9. Aramada Hazır Bulunabilecek Olan Kişiler

Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi, aramada hazır bulunabilirler. Bu kişiler bizatihi hazır bulunmasalar bile temsilci veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisi ile birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu aramada hazır bulundurulur. (CMK 120) Bu kişiler gözlemci olarak işleme katılırlar.

Konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde Cumhuriyet savcısının önünde ve denetiminde bir arama yapılmıyorsa, kolluğun yanında işleme tanıklık yapmak üzere o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi bulundurulur. (CMK 119/4) bu hüküm aramanın keyfilikten ve şüpheden uzak bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla konulmuştur. Hakkında arama tedbiri uygulanan kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz, ancak avukatın çağırılması ve beklenmesi aramayı sonuçsuz bırakmayacak olmalıdır.²⁵

Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz üzere tutanağa bağlanan aramada hakkında arama uygulanan kimseye aramanın dayanak maddelerini ve soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin niteliğini gösteren bir belge verilir. (CMK 121/1)

Kolluğun arama esnasında ortaya çıkan belge ve kâğıtları inceleme yetkisi yoktur. Bu belge ve kâğıtları ancak hâkim ve savcı inceleyebilir. Ancak elbette ki soruşturma veya kovuşturma ile bahsi geçen kâğıt veya belgelerin ilgisi olup olmadığını öğrenmek kastı ve sınıрыyla kolluk kâğıtlara incelemeksizin bakabilir. Bununla birlikte kolluk hakkında “Suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda kanunun öngördüğü şekilde incelenecek belge ve kâğıtları ambalajlayarak mühürlür.” hükmü

²⁵Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, sy.133

yönetmelikte vardır. (AÖAY).

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 130. Maddesinde Avukat bürolarında yapılacak olan aramalarda Cumhuriyet savcısının hazır bulunacağı şartı amir hüküm olarak tespit edilmiştir. Bunun yanında ilgili baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatında bu tür aramalarda hazır bulunması gerekmektedir.

CMK m. 119 ve 120’de bahsedilen kişiler arasında müşteki, temsilcisi veya vekili olmadığından, bu kişilerin şüpheliye ait kapalı yerlerde yapılan aramalara fiilen iştiraki mümkün değildir. Şen’e göre müşteki ve vekilinin katılımına şüphelinin rızası olsa dahi, bu aramalar sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır, hatta şüphelinin rızası haricinde eve veya işyerine giren müşteki ve temsilcisi ise konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla karşı karşıya kalacaktır.²⁶

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 30/son maddesine göre geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmeyeceği belirtilmiştir, ancak buna ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasamızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

10. Aramanın Amacının Bildirilmesi

CMK madde 120/2 hükmü uyarınca şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla üçüncü bir kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerinin arandığı hallerde, bu kişiye, bu kişinin (zilyedin) bulunmaması halinde yerine çağırılacak kişiye, aramaya başlamadan evvel aramanın amacı hakkında bilgi verilir.

Prensip olarak aramaya başlanmadan evvel kolluk tarafından arama işlemine maruz kalacak kişi veya kişilere aramanın sebebinin bildirilmesi gereklidir. Ancak daha önceden aramaya maruz kalacak kişiye bildirimde bulunmak aramanın amacını tehlikeye sokacaksa, kolluk doğrudan zor kullanarak arama yapılacak yere gidip aramayı başlatabilir.²⁷

11. Aramanın Sonucu

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir(CMK m. 121).

AÖAY’nin 7. Maddesine göre yapılacak arama sonunda, hakkında arama işlemi uygulanan kişiye talebi hâlinde;

²⁶Şen, Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler Ve Vekillerinin Aramalara Katılması, 97.

²⁷Pınar ÖKTEN, Ceza Muhakemesinde Arama Ve Elkoyma, sy.46

a) Aramanın; şüpheli veya sanık olması ve yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunması sebebiyle mi, yoksa şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla mı yapıldığını,

b) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunan şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranması hâlinde, soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini,

c) Aramada el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini,

d) Aramada şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu,

e) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, el konulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarını içeren belge veya belgeler verilir.

Koruma altına alınan veya el konulan eşyanın tam bir listesi yapılarak resmî mühürle mühürlenir. Bu eşyanın resmî mühürle mühürlendiğine dair tutanak tanzim edilerek, bir sureti ilgisine verilir(AÖAY m. 12).

Arama tedbirine maruz kalan kişinin belge ve kâğıtlarını inceleme yetkisi hâkim veya Cumhuriyet savcısına aittir. Bunun dışındaki kimseler ancak zilyedinin rızasıyla kâğıtları inceleyebilir. Tabi ki kolluğun inceleme yapmadan belge ve kâğıtlara bakabileceğinden yukarıda bahsetmiştik. Ayrıca belgelerin zilyedi veya temsilcisi de kendi mührünü koyabilir. İlerde mührün kaldırılmasına ve incelemeye geçilmesine karar verildiğinde hazır bulunmak üzere, zilyet veya temsilcisi ya da avukatı çağrılır. Çağrıya uyulmazsa bu kişiler beklenmeksizin inceleme yapılır.

Avukat bürolarında yapılacak aramaya ilişkin CMK'nın 130. madde hükmünde özel bir güvence getirilmiştir. Buna göre Avukat bürolarında yapılacak olan aramalarda ele geçirilen belge veya evrak yalnızca hâkim tarafından incelenebilir. Kolluğun arama yönetmeliğinden kaynaklanan incelemeksizin bakma yetkisinin hukuka aykırı olduğu görüşü doktrinde hâkim bir görüştür.

Ceza Muhakemesi Kanununun 122. Maddesinin 3. Fıkrasında, inceleme neticesinde kovuşturma veya soruşturmaya ilişkin suçla ilgili olmadığı tespit edilen belgelerin sahibine iade edileceği düzenlenmiştir.

12. Aramada Rastlantı Sonucunda Elde Edilen Delillere Elkonulması

Arama sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve bu durum savcılığa derhal bildirilir (CMK 138/1). Bu usule uygun olarak yapılmayan muhafaza işlemi sonucunda elde edilecek delilin hukuka uygun olmayacağı, ancak bu şekilde delilin hukuka uygun olabileceği

düşünülmektedir. Yukarıdaki hüküm bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma bakımından da geçerlidir.

13. Avukat Bürolarında Arama

5271 sayılı Ceza Muhakemesi yasasının “Avukat Bürolarında Arama” başlıklı 130 madde numaralı hükmü şöyledir;

(1) *Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.* Avukat bürolarının aranmasında bulunması gereken Baro başkanı, kanunda belirtilmemekle birlikte, avukatın levhasına kayıtlı olduğu Baro başkanı olmayıp, arama işleminin yapılacağı yerin bağlı bulunduğu Baronun başkanıdır.²⁸ Centel/Zafer’e göre bu madde de bahsedilen usul, avukatın görevinden doğmayan veya görev esnasında işlemediği adi suçlarıyla ilgili olarak veya bir suçun delilinin bulunduğu dair şüphe üzerine üçüncü şahıs sıfatıyla yapılacak aramada izlenecektir.²⁹

(2) *Arama sonucu el konulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrafta öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.* Aydın’a göre; aramaya konu olacak yer, avukatın konutu ise AK. 58. madde uygulanır ve 58. madde, avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan bahsetmekteyken CMK 130. madde de böyle bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, avukatın görevinden doğan bir suçtan dolayı konutunda arama yapılacaksa AK. m. 58, bürosu aranacaksa CMK m. 130 uygulanacaktır. Eğer avukatın suçu kişisel bir suçsa, bürosunun aranması için CMK 130, konutunun aranması ise genel hükümlere tabi tutulacaktır.³⁰

(3) *Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrafta belirtilen usuller uygulanır.*

Bununla birlikte avukatın adi suçlarından dolayı şüpheli (ve sanık) olarak veya üçüncü şahıs olarak konutlarının ve üstlerinin aranması özel kurallara bağlanmamıştır.³¹ Ancak Avukatlık yasasının 58. Maddesinde avukatların görev veya görev esnasında işledikleri suçlarından dolayı özel bir usul düzenlenmiştir. Bu maddeye göre avukat büroları avukatların Türkiye Barolar Birliği veya baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya yaptıkları kamu görevi (yani avukatlık mesleğinden doğan her türlü işlem) sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında

²⁸Aydın, Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, s. 118.

²⁹Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 373

³⁰Aydın, Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, s. 81.

³¹Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 373.

soruşturma Adalet Bakanlığı'nın vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılır.

14. Önleme Araması

Çalışmanın başında kısaca aramayı önleme ve adli arama olarak ikiye ayırıp yine kısaca tanımlarını yapmaya çalışmıştık. PYSK madde 9/1 uyarınca polise “tehlikenin veya suç işlenilmesinin önlenmesi maksadıyla” ancak yalnızca yazılı emir üzerine kullanabildiği, önleme araması yapması yetkisi verilmiştir. Arama Yönetmeliği madde 19’da da milli güvenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve yasak silahların tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılan aramaya önleme araması denmiştir. Önleme aramasına “idari arama”, “arama-tarama” veya “uygulama” da denilmektedir.³²

Kolluk görevlisi tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar, alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak CMK’ya hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Ancak bunun için sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de mahallin mülki amirinin vereceği yazılı emrin olması gereklidir.

Bazı alanlarda o alanların konumları ve o alanlarda yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin can ve mal güvenliği bakımından sürekli, soyut bir tehlike söz konusu olabilir.³³ Mesela Alış veriş merkezleri, Futbol maçlarının yapılacak olduğu stadyumlar vb. gibi.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 9. Maddesinde önleme aramasının yapılacağı, yani yukarıda bahsi geçen soyut tehlikenin mevcut olduğu yerler sayılmıştır, bu yerler;

- Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinin yapıldığı yerler veya bunlara yakın olan yerler
- Özel Hukuk Tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresi,
- Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,
- Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 2559 sayılı PYSK’nın 20. Maddesinin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yükseköğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş çıkışları,
- Umumi veya umuma açık yerleri,
- Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlar,

³²Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy.374

³³Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy.374

Arama yapan polis, arama esnasında alınması gereken tedbirleri alır. Ulaşılan suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri çerçevesinde gerekli işlemleri yapar. (PVSK m.9)

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluşturduğu gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. (PVSK m.9/2)

PVSK 9/3 gereğince Arama kararı veya emrinde aramanın sebebi, aramanın konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer, aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre bulunmalıdır.

Ayrıca PVSK 9/5 uyarınca konutta, yerleşim yerinde kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz. Böyle bir hükümlerle kanun koyucu arama tedbirinin keyfi hale gelmesini engellemeye çalışmıştır. Bununla birlikte arama tedbirini amacının dışında kullanılması da engellenmek istenmiştir. Ayrıca maddenin devamında yazılı bulunan 8. Fıkra ile önleme aramasının neticesinin, arama kararını veya emrini veren mercii veya makama bildirmek mecburiyeti kayıt altına alınmıştır.

B. ELKOYMA

1. Kavram

Elkoyma ceza yargılamasında delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması anlamına gelmektedir. Arama gibi bir koruma tedbiri olan elkoyma, rıza bulunmayan hallerde zorla bir şeyi alma yetkisini ifade eder. Arama Yönetmeliği 4. maddeye göre elkoyma; “Suçun veya tehlikenin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tabi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılabilme işlemidir.”

Arama gibi elkoyma da adli elkoyma ve önleyici (idari) elkoyma olarak ikiye ayrılmıştır. Önleyici elkoyma; toplumsal barış ve huzuru ve kamu düzenini korumak için kolluk birimlerince yerine getirilen idari bir işlemdir.³⁴ Ancak bizim konumuz adli el koyma olduğundan bu konu hakkında daha fazla durmaya gerek duymuyorum.

Elkoyma da arama gibi bir koruma tedbiridir ve su sebeple geçicidir. Buna bazı yerlerde zapt veya haciz de denilmekle birlikte, teknik anlamda terimsel olarak tam anlamıyla elkoymanın haciz olmadığını söylemek gerekmektedir. Zira haciz icra hukukunun bir terimi olup bir borç karşılığında alacaklının talebi üzerine borçlunun malları üzerinde yapılan işlem olmakla birlikte, elkoyma ceza hukukunun konusu olup suç şüphesi üzerine şüpheli veya sanığın malvarlığı üzerinde yapılan işlemdir. Zapt kelimesi ise koruma veya yazmak suretiyle muhafaza etme anlamına gelmektedir.

³⁴Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, sy. 6

5271 sayılı Ceza Muhakemesi yasamız “muhafaza altına alma” ve “el koyma” ayrımını yapmıştır. Bu ayrıma göre rıza ile verilen eşya muhafaza altına alınırken, zilyedinin rızasının hilafına elinden alınan eşya hakkında uygulanan işleme el koyma işlemi denilmektedir. CMK 123’te bu iki terimin ayrımı yapılmıştır.

Anayasamızın “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. Ve “konut dokunulmazlığı” başlıklı 20. Maddenin konu başlığımız olan el koyma tedbiri açısından incelenmesi önemlidir. Şöyle ki, 20. madde “Kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. El koymaya, ancak Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerinden birini veya birkaçını gerçekleştirme amacıyla başvurulabilir.” hükmünü barındırmaktadır.

Yalnızca Elkoyma kararı kişinin üzerinin, eşyasının veya konutunun aranmasına olanak vermez. Arama yapılmadan da el koyma söz konusu olabilir. Örneğin ilgili kişiden öncelikle eşyanın teslimi istenir. Eşyayı teslim etmeyen kişiye disiplin hapsi uygulanabilir. Ayrıca bir kişinin park ettiği aracına el konması için de arama kararı verilmesi gerekli değildir, doğrudan el koyma kararı verilmesi gerekir.³⁵

Elkoyma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından da güvenceye alınmış mülkiyet hakkıyla yakından ilgili bir tedbirdir, bunula birlikte Anayasa 35. maddede de “Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir” şeklinde güvenceye alınan Mülkiyet hakkı da bu tedbirle yakından ilgilidir. Elkoyma bireylerin mülklerinde tasarruf etmesini sınırlayan bir özelliğe sahip olduğundan AİHM içtihatlarına da uygun olmak zorundadır.³⁶

2. Elkoymanın Konusu

CMK 123’e göre “ (1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. (2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir.” O halde el koymanın konusunu temel olarak ikiye ayırmak mümkündür;

- 1) ispat aracı mahiyetindeki deliller ve
- 2) eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri.

İspat aracı mahiyetindeki delillerden kasıt, bir suçun işlendiğinin tespiti açısından önem arz eden bir takım malvarlığı değerleridir; örneğin bilişim sistemine ilişkin suçlar bakımından bir kişinin bilgisayarı veya öldürme veya yaralama suçları açısından silah veya silah mahiyetinde bir takım eşyalar.

İkinci unsurun incelenmesi bakımından “Müsadere”nin ne olduğu konusuna değinmekte fayda var. Müsadere sözlükte “işlenilen bir suç sebebiyle kişi veya kurumların mallarının bir kısmına veya tamamına elkonulması, zoraltıya tabi tutulması ve bunların mülkiyetinin ya da bedelinin hazineye geçirilmesi”³⁷ olarak

³⁷Şafak, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, sy.380

tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 54. Maddesinde, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya bir suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur.” ifadesi bulunmaktadır.

Ancak iyiniyetli üçüncü kişilere ait olan eşyalara sadece delil olarak elkonulabilir. Bu eşyalar artık delil olarak ihtiyaç duyulmadığında sahibine iade edilir.(CMK m. 131)

Bu noktada önemli olan bir hususta içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerdir. “İçeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi” başlıklı CMK’nın 125. Madde hükmü; “(1) bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. (2) devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir. (3) bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.” şeklindedir. O halde hiçbir mahkemeden konusunun devlet sırrı teşkil ettiği sebebiyle bir belge veya delil saklanamaz, bunlara ilişkin yukarıda sayılan usulle mahkeme tarafından gerekli işlemler tesis edilebilir.

Ayrıca taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulmasına ilişkin 5271 sayılı yasanın 128 numaralı maddesinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre “(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

- a) Taşınmazlara,
- b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,
- c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,
- d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,
- e) Kıymetli evraka,
- f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,
- g) Kiralık kasa mevcutlarına,
- h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir. Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 – 6526/10 md.) Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık

Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.(1)

(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

- 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),*
- 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),*
- 3. Hırsızlık (madde 141, 142),*
- 4. Yağma (madde 148, 149)*
- 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),*
- 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),*
- 7. Hileli iflas (madde 161),*
- 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
- 9. Parada sahtecilik (madde 197),*
- 10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/25 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),*
- 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
- 12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),*
- 13. (Ek: 24/11/2016-6763/25 md.) Tefecilik (madde 241),*
- 14. Zimmet (madde 247),*
- 15. İrtikap (madde 250)*
- 16. Rüşvet (madde 252),*
- 17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),*

18. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları”

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar;

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar; Hakkında uygulanır.”

Taşınmazlara el konulmasına karar verilebilmesi kanunda sınırlı sayıda suç bakımından mümkün olabilmektedir. Yine taşınmazlara elkonulabilmesi için elkonulacak taşınmazın, hak ve alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı şart kılınmıştır. Ayrıca elkoymanın usulü taşınmaza ilişkin olarak tapu kütüğüne elkoyma kararının şerh verilmesi iken, karar deniz hava ulaşım araçlarına bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmesi şeklindedir.

3. Muhafaza Altına Alma Ve Elkoyma

Yukarıda kısaca değindiğimiz üzere muhafaza altına alma ile elkoyma arasındaki en temel fark kişinin rızasının varlığı veya yokluğudur. CMK 124/1'e göre, kişi, yanında bulundurduğu ispat aracı olabilecek bir şeyi veya eşya veya kazanç müsaderesine konu olacak malvarlığı değerlerini, istem üzerine göstermek ve teslim etmekle mükelleftir. Kişinin bu şekilde kendi rızası ile teslim ettiği mezkur eşyalara yakılan işlem eşyanın muhafaza altına alınması işlemidir. Kişi rızası ile yanında bulundurduğu bu tür eşyaları teslim etmediği halde elkoyma işlemi gerçekleştirilir.

CMK'nın “istenen eşyayı vermeyenler hakkında yapılacak işlem” başlıklı 124/2'ye göre, eşyayı teslim etmekten imtina edildiği halde eşyanın zilyedi hakkında CMK'nın 60. Maddesinde yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanacağı, ancak şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. CMK'nın disiplin hapsine ilişkin 60. maddesinde üst sınır olarak üç ay belirlenmiş olan tedbire dair hükümler bulunmaktadır.

4. Elkoyma Kararı ve Emrinin Verilmesi, Denetlenmesi

Elkoyma kararını verme yetkisi kural olarak hakimdedir. Görevli olan mahkeme

ise soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimliğidir. Duruşma hazırlığı evresinde başkan, duruşma ve son karar evresinde ise elkoyma kararı vermeye yetkili olan mercii mahkeme heyetidir.³⁸ Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir.

Elkoyma işlemi savcı veya kolluk amirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirildiği takdirde 24 saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim kararını 48 saat içinde açıklar, aksi takdirde elkoyma işlemi kendiliğinden ortadan kalkar. Zilyetliğinde bulunan eşya ve değerlerine elkonan kimse, hakimden her zaman bu konuda karar verilmesini isteyebilir (CMK m. 127, AY m. 20/2, 21). Arama ve önleme Yönetmeliğinin 4. Maddesinde gecikmesinde sakınca halden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Öyle ki, elkoyma işlemi açısından gecikmesinde sakınca bulunan halden kasıt; derhal işlemi yapılmadığı takdirde suçun iz, eser emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade eder. Böyle istisnai bir yetkinin Cumhuriyet savcısı ve kolluk amirine verilmesinin sebebi elkoymaya tabi eşyanın kaçırılma, kaybedilme veya telef edilme ihtimalini ortadan kaldırmaktır.³⁹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuz esasen arama ile elkoyma koruma tedbiri için karar vermeye yetkili mercii bakımından paralel bir düzenleme getirmiştir, ancak elkoyma da hakim onayına sunulması farkı bulunmaktadır.⁴⁰

5. Elkoyma İşleminin Yapılması

CMK 169 uyarınca elkoyma işleminden sonra bir tutanak tutulur ve kolluk görevlisinin açık kimliği bu tutanağa geçirilir. Terörle Mücadele Kanununun 10/1-ç hükmü uyarınca suç Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaysa, kolluk görevlisinin açık kimliği yerine sicil numarasının yazılmasıyla yetinilir. Buradaki gaye yine işlemin hukukiliğini sağlamak ve keyfilikliğini önlemektir. Zira tutanakta imzası bulunan kolluk vazifelisi icabı halinde açıklama yapması için çağırılabilir.

Kanunda elkoyma kararının içeriği ortaya konulmamıştır. Ancak aramada olduğu gibi elkoyma kararında da eşyanın özellikleri belirtilmelidir, ayrıca aranan eşyanın ilgili kişide olduğu yönünde şüphe varsa arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucu olarak, arama hükümleri çerçevesinde elkoyma yapılabilir. Tutanağa; elkonulan eşyanın türü, miktarı, işaret, yazı ve numaraları, markası, modeli, takdir edilen değeri, hangi suçtan ötürü kimden, nerden, ne suretle alındığı, soruşturma evrak numarası, mağdur, şüpheli, sanık, vekil, bilirkişi, tanıklar ile huzurdaki kişilerin ve görevlilerin açık kimliği, işlemin yeri, tarihi, saati, ilgililerin imzası yazılır ve soruşturma evrakına eklenir.⁴¹

Elkoymaya ilişkin hükümler usulü dairesince Cumhuriyet başsavcılığı nezdinde bulunan Emanet Dairelerince yerine getirilir. Elkonulan eşyaların muhafazası ve kayıt altına alınması itinayla, karışıklığa sebebiyet verilmeyecek şekilde yapılmalıdır.

³⁸Pınar ÖKTEN, Ceza Muhakemesinde Arama Ve Elkoyma, sy.69

³⁹Mustafa AÇAR, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, sy.22

⁴⁰Av. Can CİHAN, Koruma Tedbiri Olarak Arama Ve Elkoyma, IBD, sy. 221

⁴¹Çolak/Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, sy.576

El koyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir ve böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akibeti hakkında bilgi sahibi olması temin edilmek arzulanmıştır. Suç eşyası yönetmeliğinin 5/5 maddesi uyarınca bu bildirim Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılmaktadır. Bildirim el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Kanun hükmünde de elkoyma kararının bildirilmesinden değil, elkoyma işleminin bildirilmesinden söz edilmektedir.

CMK 138/1'e göre bu tedbirin uygulanması sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve durum savcılığa derhal bildirilir.

Askeri mahallerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet savcısının işlem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir. (CMK 127/6)

6. Elkonulamayacak Eşya

Öncelikle burada bir eşyanın el koymaya konu olabilmesi için o eşyanın alınması ile amaçlanan hususun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerektiğinden bahsetmek gerekecektir. Ayrıca eşyanın elkonulması hukuka aykırılık teşkil ediyorsa elkoyma işlemi yapılmaz. Bununla birlikte İnsan vücudu eşya niteliğinde olmadığından elkoymaya konu olamayacaktır ancak insan vücudundan delil elde edilmesi mümkün olduğundan; kan, tırnak, saç, idrar vs. delil elde etmek için vücuttan alınır ve inceleme yapmak için bunlara elkonulur.⁴²

5271 sayılı yürürlükte bulunan Ceza Muhakemesi Hukukumuzun 126. maddesine göre *“şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekilebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere, bu kimselerin nezdinde buldukları elkonulamaz.”*

CMK'nın 45. maddesinde şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmamış olsa bile eşi, kan veya kayın hısımlığından kaynaklı üst ve alt soyu, üçüncü derece dahil kan, ikinci derece dahil kayın hısımları, aralarında evlatlık ilişkisi bulunan kişilerin tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir. İşte bu kişiler ile şüpheli veya sanık arasında gönderilen mektuplara ve belgelere elkonulamayacaktır.

Ayrıca CMK 46'da Avukatlar veya stajyerleri veya bunların yardımcıları; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler veya bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları; Mali müşavirler ve noterlerin bu sıfatla hizmet verdikleri kişilerin meslek veya sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme haklarının bulunduğu hükmü vazedilmiştir. İşte 126. Madde kapsamında bu kişilerle şüpheli veya sanık arasındaki mektup veya belgelere elkonulamayacaktır.

Savunma hakkının dokunulmazlığı ilkesi şüpheli veya sanıkla müdafî arasında gönderilmiş olan mektup veya belgelere el konulmamasını gerektirir. Ceza Muhakemesi Yasamızın 154. maddesinde de özellikle müdafî ile yapılan görüşmeler

⁴²Aydın, Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, sy. 154

ve yazışmaların denetime tabi tutulamayacağı kayıt altına alınmıştır. Bu düzenleme, kanun koyucunun savunma hakkının dokunulmazlığına verdiği önemi ortaya koymaktadır.⁴³

Nasıl ki, tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlar, isterlerse tanıklık edebilirlerse, mektuplarına el konulmama dokunulmazlıkları bulunanlar da, söz konusu mektuplara elkonulmasına izin verebilirler.⁴⁴

Ayrıca Anayasamızın 30. maddesine göre, yasaya uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, bunlar müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz. Bu hüküm de Basın hürriyetini güvence altına almak adına bizzat anayasamız tarafından güvence altına alınmıştır.

7. Elkonulan Eşyanın İadesi

Öncelikle elkoymanın iki şekilde son bulacağını belirtmek gerekecektir. Şöyle ki elkoyma tedbiri neticesinde ya elkonulan eşyanın müsaderesine karar verilecektir; ya da elkonulan eşyanın aşağıda şartlarını ve usulünü anlatacağımız şekilde eşyanın iadesine karar verilecektir.

CMK madde 131/1 de yapılan düzenlemeye göre şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde, re'sen veya talep üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından karar verilir. Görüldüğü gibi elkoymaya karar veren merciler yukarıda yazılı bulunan sebepler muvacehesinde kendiliğinden veya istem üzerine elkonulan eşyanın iadesine karar vermeye de yetkilidir. Hatta maddenin devamında istem üzerine elkoymanın kaldırılması talebinin reddi halinde bu karara itiraz edilebileceği de düzenlenmiştir.

Elkonulan eşyanın iadesine soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı veya Sulh Ceza Hakimi, kovuşturma aşamasında ise kovuşturmayı yürüten mahkeme karar verecektir.

Maddenin 2. fıkrasında ise elkonulan eşyanın veya diğer malvarlığı değerlerinin suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmadığı hallerde sahibine iade edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra bağlamında elkonulan eşyanın iadesi için eşyanın suçtan zarar gören mağdura ait olmasının yanında ve bununla birlikte suçun yargılamasına aydınlatması kapsamında artık kendisine ihtiyaç duyulmaması şartının da birlikte bulunması aranmıştır.

Eski Ceza Muhakemesi Usulü kanunumuzda 103 numaralı madde de kanun koyucu yalnızca mağdura ait elkonulan eşyaya ilişkin düzenleme yapılmıştı. Doktrinde bu husus çokça eleştiri almaktaydı, artık 5271 sayılı yeni CMK'da yapılan düzenlemeyle sanık ve üçüncü kişiye ait eşyanın iadesi de açıkça düzenlenmiştir.

⁴³Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 384

⁴⁴Açıköz, Arama Denetim Kontroller ve Elkoyma,

İfadeye ilişkin usul 29662 sayı numaralı 23 Mart 2016'da resmi gazetede yayımlana Suç Eşyası yönetmeliğinin 17. maddesinde düzenlenmiştir.

8. Elkonulan Eşyanın Korunması veya Elden Çıkarılması

El konulan veya muhafaza altına alınan eşyaları muhafaza etmekle görevli idari birimler eşyanın dış etkenlerden korunması, bakımı ve işler halde tutulması için gereken işlemleri yapmalıdırlar, aksi halde muhafaza altına alınan veya el konulan eşyanın zarar görmesi ile delil değeri kaybolacak ve müsadere edilmesinden beklenen amaç gerçekleşmeyecektir.

Yürürlükteki yargılama usulü kanunumuzun 132/4 hükmüne göre; elkonulan eşyanın değerinin korunması ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır. Bu tedbirlerin ne olacağı konusunda Centel/Zafer, eşyanın yediemine verilebileceği, elden çıkarılabileceği veya ilgisine teslim edileceğinden bahsetmiştir.⁴⁵

CMK'nın 132/5. maddesinde bu gibi hallerde el konulan eşyanın soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceği belirtilmiştir. Bu teslim yedieminlik müessesesine göre yapılmalıdır. Yediemin kendisine teslim edilen eşyanın delil değerini koruyacak ve zarar görmesini engelleyecek tedbirleri almak zorundadır.

CMK'nın 132/1. maddesine göre; el konulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir.

Üçüncü yol olarak ise, elkonulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu gibi hallerde müsadere konusunu rayiç değerin oluşturacağı CMK 132/6'da düzenlenmiştir.

9. Rastlantı Sonucunda Elde Edilen Deliller

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa (m.138) göre arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir.

Bu hüküm, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma bakımından da geçerlidir. Ancak bu hüküm kötüye kullanılmamalıdır. Şöyle ki bu başlık altında rastlantı üzerine ele geçirilen delillerden bahsediyoruz, yani tesadüfen, sürpriz bir şekilde fark edilen delilden.

⁴⁵Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 384

Bu maddenin (CMK 1378) 2.fıkrası uyarınca, bu durum telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında olursa, ancak 135.maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse aynı işlem yapılır.

10. Özel Elkoyma Şekilleri

- *Postada elkoyma*

Anayasamızın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesi de bu hürriyeti düzenlemiştir. Haberleşme özgürlüğü anayasal güvence ile teminat altına alınmıştır, bu sebeple postada elkoyma tedbiri ve usulü açıkça kanunda düzenlenmiştir. Ayrıca postada elkoyma tedbirine yetkili olan kurumlar hakimlik ve savcılık makamıdır, kolluk amirine bu tedbire karar verme yetkisi tanınmamıştır.

CMK 129/1'e göre suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluşta bulunan gönderilere sulh ceza hakiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile elkonulabilir.

Postada elkoyma kapsamına mektup, koli, posta çeki, paket, posta havalesi, faks, telgraf gibi işlemler dahil olmakta, ancak telsizle haberleşmeler telsiz kanunu hükümlerine göre yapıldığından postada elkoyma kapsamına girmez.⁴⁶ Eğer ki posta gönderisi ilgisine teslim edilmişse, artık postada elkoyma değil, genel elkoyma prosedürü işler.

Postada bulunan gönderiye elkoyan kolluk memurları buradaki zarfları açamaz, içerisinde bulununan delil ve belgeleri inceleyemez.

Ayrıca avukatın gönderilerine postada elkonulacağı hallerde postada elkoyma usulü değil; CMK'da Avukat bürolarında yapılacak arama usulü uygulanacaktır.⁴⁷ Zira Avukat bürolarında yapılacak aramaya ilişkin usul daha güvenceli bir usuldür.

- *Zorlama amaçlı elkoyma*

Zorlama amaçlı elkoymanın diğer elkoyma türlerinden ayıran unsur kişinin öncelikle kaçak olduğuna karar verilmesidir. Kaçağın tanımı CMK m. 247/1'de yapılmaktadır, buna göre; hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak için yurt içinde saklanan ya da yabancı ülkede bulunan ve mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kimseye "kaçak" denir.

CMK 274/2'ye göre, kovuşturma aşamasında mahkemeye davet edilen sanık, davete uymaz ve hakkında çıkarılan zorla getirme kararı da sonuçsuz kalırsa, mahkemeye çağrının gazeteyle sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle

⁴⁶Çolak/Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi sy. 587

⁴⁷Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 386

ilanına karar verir. Yapılacak ilanlarda gelmediği takdirde hakkında zorlama amaçlı elkoyma tedbirine hükmedileceği ayrıca bildirilir. Mahkeme bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanakla saptanmasından itibaren on beş gün içinde başvurmayan sanığın kaçak olduğuna karar verir.

Hatta Ceza Muhakemesi Kanununun 248. Maddesinde yargılamanın devamı ve sanığın duruşmaya gelmesini temin için bir düzenleme yapılmıştır. Bu madde hükmüne göre, Türkiye’de bulunan mallarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir.

Zorlama amaçlı elkoymanın şartlarından biri de kanunda sayılan katalog suçların işlenmiş olmasıdır. Bu suçlar,

- 5237 sayılı TCK’da düzenlenen,
 - 1- Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar (TCK 76-78),
 - 2- Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti (TCK 79-80)
 - 3- Hırsızlık (TCK 141-142)
 - 4- Yağma (TCK 148-149)
 - 5- Güveni Kötüye Kullanma (TCK 155)
 - 6- Dolandırıcılık (TCK 157-158)
 - 7- Hileli İflas (TCK 161)
 - 8- Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK 188)
 - 9- Parada Sahtecilik (TCK 197) 10- Suç İşlemek amacıyla örgüt kurma (TCK 220)
 - 10- İhaleye Fesat Karıştırma (TCK 235)
 - 11- Edimin İfasına Fesat Karıştırma (TCK 236)
 - 12- Zimmet (TCK 247)
 - 13- İrtikap (TCK 250)
 - 14- Rüşvet (TCK 252)
 - 15- Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (TCK 302, 308)

16- Silahlı Örgüt Kurma veya bu örgütlere silah sağlama (TCK 314, 315) 18- Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (TCK 328-331, 333-337) suçları,

- Ve Ateşli Silahlar ve bıçaklar ile diğer aletler hakkında Yasa'da tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (md. 12)
- Bankalar Yasası md. 22 /3,4' te tanımlanan zimmet suçu,
- Kaçakçılıkla Mücadele Yasasında tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası md. 68 ve 74'te tanımlanan suçlar.

İşte sanık tarafından öncelikle bu (sınırlı sayı prensibine tabi) suçların işlenmesi gerekiyor, daha doğru bir ifadeyle yargılamanın konusu suçun bu katalog suçlardan biri olması halinde zorlama amaçlı elkoyma tedbirinin diğer şartları da mevcutsa hakim tarafından bu tedbire karar verilebilir.

Yine bu tedbire ilişkin farklılıklardan biri de suça ilişkin kovuşturma aşamasının başlamış olmasının gerekli olmasıdır. Başka bir ifadeyle bu tedbire sadece kovuşturma aşamasında karar verilebilir. Ayrıca bu tedbire yalnızca mahkemece karar verilebilir.

Hukuk devleti ilkesi gereği kararın oranlılık ilkesine uygun olması gerekir.

- ***Basılmış eserlere elkoyma***

Basın özgürlüğü anayasamızın 28. Maddesinde düzenlenen hükümle koruma altına alınmaya çalışılmış ve bu yolla işlenen suçlara karşı izlenecek usul ve bazı kıstaslar bizzat anayasada düzenlenmiştir.

Basın Kanununun 25. maddesine göre basılmış eserin en çok üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise kolluk kuvvetleri elkoyabilir. Elkoyma tedbiri ancak delil elde etmek amacıyla veya müsadereyi mümkün kılmak amacıyla icra edilebilir.⁴⁸

Delil niteliği sayılan basılmış esere Basın Kanunu madde 25 uyarınca Cumhuriyet Savcısı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk kolluk elkoyabilir. Müsadere amaçlı elkoymaya ise kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ise mahkeme bu kararı vermeye yetkildir.

Müsadere amacıyla elkoymaya karar verilebilmesi için Basın Kanununun 25. Maddesinde belirtilmiş bulunan katalog suçların işlenmiş olduğu iddiasının varlığı, bu suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olmalıdır. Ayrıca hâkim tarafından basılmış eserin tamamına elkonulmasına karar verilmiş olmalıdır.

⁴⁸Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, sy. 388

Basın Kanunu 25. maddeye göre; Türkiye dışında basılan süreli ve süresiz yayımlarla gazetelerin Türkiye’de dağıtımı ve satışa sunulması Basın Kanununun 25. Maddede sayılan suçların işlendiğine dair kuvvetli delilin bulunması halinde, hakim tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından 24 saat içinde hakim onayına sunulmak üzere yasaklanabilir.

11. Haksız Elkoyma Nedeniyle Tazminat İsteme Hakkı

Koruma tedbirleri uygulanırken veya uygulandıktan sonra kişilerin maddi ve manevi zarara uğramaları halinde devletten bu zararlarını karşılama imkânı öngörülmüştür. Çalışma konumuz olan arama ve elkoyma tedbirlerinden doğan zararlar için tazminat istenebilme koşulları Kanununun 141. maddesinde açıkça yer bulmuştur.

CMK 141’e göre; eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulların oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişilerin, bu işlemler dolayısıyla uğradıkları maddi ve manevi her türlü zararlarını, devletten isteme hakları bulunmaktadır.

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
As. CK	: Askeri Ceza Kanunu
AY	: Anayasa
Bknz	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
E	: Esas
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
K	: Karar
m.	: Madde
No	: Numara
s	: Sayfa
S	: Sayı
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
YD	: Yargıtay Dergisi
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
v.b.	: ve benzeri

KAYNAKÇA

Centel,Zafer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, Beta , İstanbul, Ekim 2012.

Av. Can Cihan: **Koruma Tedbiri Olarak Arama-Elkoyma**, İBD Mart-Nisan 2014 sayısı.

Yılmaz: **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Mustafa AÇAR: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2010.

Soyaslan: **Ceza Muhakemesi Usulü Hukuku**, Ankara, 2000.

Cihan/Yenisey: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1998.

Uygur Kaan ARISOY: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma**, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Ünivesitesi SBE, Nisan 2014.

Ünver/Hakeri: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt 1, 2. Bası, Ankara, 2009.

Özbek: **Ceza Muhakemesi Hukuku İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

Şahin: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 245.

Aydın: **Arama ve El Koyma**, Seçkin Yayıncılık; Ankara 2012.

Sokullu/Akıncı: **Polis Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi**, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, 1990.

Özbek: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara,1999.

Şen: **Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler ve Vekillerinin Aramalara Katılması**, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2010, Sayı 44, s. 97.

Pınar ÖKTEN: **Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.

Aydın: **Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları**, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, Aralık 2008, s. 118.

KAYNAKÇA

Gökçen; **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s. 6.

Taşkın/Çetintürk: **Uluslar arası Elkoyma Kararlarının Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye'ye Etkileri**, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 30, Şubat 2009.

Çolak/Taşkın: **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Nevzat AÇIKGÖZ: **Arama Denetim Kontroller ve Elkoyma**, Van 2005.



ECZACININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Av. Safiye Vasviye ÖZER

GİRİŞ

Hekim ve eczacı, hastanın ilaç kullanımı yoluyla tedavi edilmesi ya da sağlığının korunması aşamasında etkileşim halindedir. Hekimin reçeteye yazdığı ilaç, son tüketici konumunda olan hastaya eczacı aracılığı ile ulaşır. İlaçlardaki beklenen ve beklenmeyen etkilerinin tam olarak belirtilmemesi, miadı geçmiş ilaçlarla tehlike oluşturulması, yanlış ilaç verilmesi ve kullanımı, ilaçların kullanımları konusunda yeterli uyarıların yapılmaması nedeniyle eczacı açısından tazminat sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

İnsan sağlığı açısından eczacılık tarihte her dönemde önemli bir yere sahipken mevzuatımızda sorumluluk halleri tam olarak belirlenmemiştir. Bu yüzden de eczacının ilaç zararlarından veyahut kullanımlarından dolayı sorumluluğu yoluna ülkemizde pek gidilememektedir. Genel kanunlar kapsamında eczacının sorumluluğuna gidilmekte fakat sorumluluğunun olmadığı kabul edilmektedir.

1. ECZACILIK VE TEMEL KAVRAMLAR

Eczacının hukuki sorumluluğunu tanımlayabilmek için öncelikle eczacılık, eczacı ve ilaç kavramlarının tanımı yapılmalıdır. Mevzuatımızda eczacılık kavramı hem 6197 Sayılı Eczacılar Ve Eczaneler Hakkında Kanun'da hem de Yönetmelik'te yapılmıştır.

Bu Kanun'un 1. maddesine göre Eczacılık: *“Hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması; ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir.”*

Tüm sağlık mesleği mensuplarının ortak görevi insanın, hastanın tüm iyilik halini sürdürülebilir kılmaktır. Eczacılık için hastanın iyiliğinin sağlanması demek ilacın doğru ve yasal yöntem ile sentezlemesi, doğru üretilmesi, doğru ilacın, doğru miktarda, doğru hastaya, doğru yöntemler ve yolla verilmesinin sağlanması demektir.¹

¹Nazlı Şencan, “Eczacı Bakış Açısı İle İlaç Hukuku”, *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, Yıl:1, Sayı:1, 2009, s.181, http://www.ankarabarusu.org.tr/Sitelere/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s_digesta.pdf, e.t.:15.11.2018.

Eczacı ise doktorlarca düzenlenen reçetelerde yer alan hazır ilaçları hastalara sunan, hazırlanması gerekli ilaçları hazırlayan, laboratuvarında ilaçların analizi ve ilaçların geliştirilmesi ile ilgili araştırmalar yapan kişidir.

Eczacılar, hastalara ilaçların kullanımı ile ilgili bilgileri ve reçetede yer alan hazır ilaçları temin eder. Eczacıların tacir sıfatına sahip olduğu ve işlettikleri eczanelerin de ticari işletme olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca eczanelerin açılması için yetkili makam tarafından ruhsat verilmesi de gerekir.

Günlük yaşantımızda sağlık alanında doğrudan ilişki içinde olduğumuz kişiler kuşkusuz eczacılardır. Bu anlamda, hekim-hasta diyalogunda her zaman yerini bulan eczacının görevi en az hekimin görevi kadar hassastır. Eczacının en temel fonksiyonu hastaya ihtiyaca göre uygun ilacı, uygun dozda vermektir. Zira ilaç ve zehri birbirinden ayıran ilacın dozudur.²

İlacın tanımı ise mevzuatımızda ve birçok öğretilerde çeşitli olarak yapılmıştır. En yeni tarihli İlaçların Güvenliği Hakkındaki Yönetmelik'in 4.maddesinde yapılan tanıma göre ise ilaç; insanlarda bir hastalığı teşhis etme, tedavi etme ya da önleme özelliğine sahip olduğu belirtilerek sunulan ya da farmakolojik, immünolojik ya da metabolik bir etki yoluyla bir fizyolojik fonksiyonu eski haline döndürmek, düzeltmek, değiştirmek amacıyla insanlarda kullanılan madde veya maddeler kombinasyonudur.

İlaç sadece belli amaç için kullanılır ve doz aşırı düzeyde verildiğinde yarar ögesi ortadan kalkar.³

İlacın farmakolojik özellikleri onu, bedensel iyileşmenin sağlanması ya da kişinin yaşamının kolaylaştırılması amacıyla kullanılan diğer tıbbi ürünlerden (örneğin protez, takma diş vs.) ayırmaktadır.⁴ Bu nedenlerle de kozmetik ürünleri, gıdalar, gıda takviyeleri, tütün ürünleri, hayvan gıdası, tıbbi ürünler, organ, doku, kök hücre ve kan ilaç sayılmamaktadır.⁵

Esasen ister ilaç ister başka bir ürün olsun, hatalı olan ürün, ister genel tazminat hukuku hükümlerine, ister tüketici mevzuatına göre kişiye tazminat hakkı vermektedir. Bununla beraber, hukukumuzda yeni Borçlar Kanunu ile tehlike sorumluluğu kabul edildiğinden, ilaçlar, diğer ürünlerle bu noktada ayrılmakta ve tehlike sorumluluğu kapsamına girebilmektedir.⁶

²Zeliha Dereli, "Eczacının Haksız Fiil Sorumluluğu", *Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası Dergisi*, Yıl:2, Sayı:2, 2012, s.72, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/digesta-2012.pdf>, e.t.:15.11.2018.

³Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku*, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.7.

⁴Çağlar Özel/Burcu Özcan Büyüktanır, "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin Ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *İÜHFİM*, C.LXVI, S.2, 2008, s.328, <http://dergipark.gov.tr/ihfm/issue/9184/115005>, e.t.:25.10.2018.

⁵Hakeri, a.g.e., s.11.

⁶Hakeri, a.g.e., s.14.

2. ECZACI İLE HASTA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Eczacı ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini tespit etmek açısından; reçeteli ilaç satışı, reçetesiz ilaç satışı ve eczacının eczanede ilaç hazırlaması olasılıkları ayrı ayrı irdelenmelidir. Ayrıca, hastanın bir ilacı doğrudan adını belirterek gelip istemesi ile hastanın ürün hakkında eczacıdan tavsiye alıp onun yönlendirmesi ile ürünü satın alması halinde de ilişkinin hukuki niteliği farklılaşacaktır.

Eczacı ile hasta arasında temelde bir satış sözleşmesi kurulur. Ayrıca duruma göre, vekâlet sözleşmesinin ya da eser sözleşmesinin varlığından da söz edilebilecektir.

Şöyle ki; reçeteli ilaç satışında eczacı ile hasta arasındaki sözleşme satış sözleşmesidir.⁷ Bu durumda eczacı sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumlu olabileceği gibi, haksız fiil nedeniyle de sorumlu tutulabilir ve tazminat sorumluluğu gündeme gelir.⁸

Reçetesiz ilaç satışında ise durum biraz daha farklıdır. Reçetesiz ilacı, bizzat ilacın adını söyleyerek satın alan hasta ile eczacı arasında satış sözleşmesi kurulurken; kendisine ilaç önermesi istemiyle eczaneye başvurup eczaneden ilaç satın alan hasta ile eczacı arasında vekâlet sözleşmesi ve satış sözleşmesinin unsurlarını içeren bir isimli sözleşme kurulmuş olacaktır.⁹

İlacın bizzat eczacı tarafından hazırlanması durumunda ise eczacı ile hasta arasında bir eser sözleşmesi kurulduğu kabul edilmektedir.¹⁰

Eczacı tıbbi müdahalenin ilaçla tedavi aşamasında sorumluluk olarak hasta ile aralarında daha önce sadece doktor tarafından yazılan reçetede ilaçları tam ve eksiksiz verme yükümlülüğü yanında hasta ile aralarında kurulan sözleşmenin hükümleri uyarınca hareket etmek zorundadır. Böylece eczacı:

- Hastayı aydınlatma,
- Özen gösterme,
- Sır saklama,
- Mesleki bilgilerini genişletme,
- Kimlik verilerini saklama,
- Reçeteyi saklama, kaydetme gibi sorumlulukları olarak tedavi sözleşmesinin tarafı olmaktadır.

⁷Burcu Özcan Büyüktanır/Dila Okyar Karaosmanoğlu, "Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadadan Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:74 ,Sayı:2016/4, s.222 , <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2016-4/10.pdf> , e.t.:01.11.2018.

⁸Hakeri, a.g.e, s.222.

⁹Özcan Büyüktanır/Okyar Karaosmanoğlu, a.g.m, s.223.

¹⁰Hakeri, a.g.e., s.222.

3. ECZACININ HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hukuki sorumluluk denilince ise bir kimsenin hukuka aykırı olarak verdiği veya sebep olduğu zararları tazmin etme yükümlülüğü anlaşılır. Bu anlamda sorumluluk, tazminat ödeme yükümlülüğü anlamına gelir.¹¹

Mevzuatımızda eczacının hukuki sorumluluğunu düzenleyen, sorumluluğunu gerektiren hallerin neler olduğunu öngören, sorumluluğun dayanağını ve şartlarını gösteren özel bir hüküm bulunmamaktadır.¹²

Eczacının sorumluluğu, ilaç yapımından doğan zarardan sorumluluk, eczacının hatalı ya da eksik kullanım talimatı vermesinden doğan sorumluluk, adam çalıştırmanın sorumluluğu, ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk gibi çok çeşitli şekillerde olabilir. Eczacının sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olabileceği gibi haksız fiil sorumluluğu niteliğinde de olabilir.¹³

Konumuz açısından bu çalışmada sadece eczacının tazminat sorumluluğunu gerektiren haller incelenecektir.

4. ECZACININ HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİ

4.1. Eczacının Üretici Olarak Sorumluluğu

Eczacının sorumluluğu, majistral¹⁴ ilaç hazırlanması şeklinde olabilir. Bu sorumluluk hali eczacının üretici gibi sorumlu olmasıdır.

Bu noktada eczacının birçok bakımdan dikkat etmesi gereken hususlar vardır. Her şeyden önce eczacı, hazırladığı ilacı hekimin tavsiyesine uygun olmasına özen göstermelidir. İlacı mutlaka eczanede hazırlamalıdır. Gerekli bilgileri ambalajın üzerine yazmalı ve bu bilgilerin yazılmasında kullanılan etiketin rengini dahi ilacın mahiyetine uygun seçmelidir.¹⁵

Özen yükümlülüğünün ihlali, bozuk veya yanlış ilaç üretmesi nedeniyle de bu sorumluluk hali gündeme gelebilecektir.

Eczacılar kendilerine ilaç hazırlanması için başvurduğu bu gibi durumlarda, 6197 sayılı Eczacılar Ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 25. maddesine göre, hekimle irtibat kurmadan hazırlamamalıdır. Hekimle irtibat kurma olanağı bulunmayan hallerde, reçeteyi kodekste yazılı azami miktarlara göre yapmalı ve mahallin en yüksek sağlık amirini konuya ilişkin olarak bilgilendirmelidir.

Aynı Kanun'un 27. maddesine göre, hekimin adres ve diploma numarasını açık olarak göstermeyen, resmi veya özel hastane, sağlık merkezi, dispanser ve poliklinik

¹¹Yakup Korkmaz, "Türk Hukukunda Eczacıların Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu", *Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi*, Sayı 1, Mart 2014, s.30, <https://jurix.com.tr/article/12364#>, e.t.:07.12.2018.

¹²Murat Doğan, "Eczacının Tazminat Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, S:3-4, Aralık-Ocak 2012, s.8, <https://jurix.com.tr/article/5707>, e.t.:07.12.2018.

¹³Özcan Büyüktanır/Okyar Karaosmanoğlu, a.g.m., s.223.

¹⁴Eczanelerde hazır bulunmayan ve doktorun reçeteye yazdığı formüle göre hazırlanan ilaç.

¹⁵Dereci, a.g.m., s.69.

yapan benzeri kurumların başlık ve poliklinik numarasını taşımayan, okunması güç, şifreli yahut kodekste yazılı dillerden başka dille yazılmış reçetelerde belirtilen ilaçların hazırlanması yasaktır.

Bu düzenlemelere aykırı hareket ederek kişilerin sağlığının bozulmasına ya da önemli ölçüde zarar görmesine neden olan eczacı, haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat ile yükümlü olur.¹⁶

4.2. Hazır İlaç Verilmesinden Kaynaklanan Sorumluluk

Eczacı doğru ilacı vermek konusunda yüksek standartta özen göstermek ve hekimin reçetelediği ilaçları vermek durumundadır. Eczacıdan, doktorun hastaya yazdığı, reçete muhteviyatı mühtahzar¹⁷ ilaçların istenmesi hali bu sorumluluk kapsamına girer.

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü 5. maddesine göre: *“Eczacı, hekimin iznini almadan yazılan ilaçtan başkasını veremez ve hekimin isteği dışında hastaya veya hastanın yakınlarına tavsiyede bulunmaz.”*

Eczacı, üretici tarafından kendisine teslim edilen hatalı bir ilacı hastaya satması nedeniyle kural olarak sorumlu tutulamaz. Burada güven prensibi geçerlidir ve eczacı ilacın hatasız olduğunu esas alır.¹⁸

Ayrıca eczacı ilacın öz niteliklerinden kaynaklanan yan etkilerinden ötürü sorumlu değildir. Dolayısıyla ilaçtan fayda görmemiş olmak, eczacının sorumluluğunu gerektirmez. Sorumluluk için eczacının bir hatası olmalıdır.

Eczacının hekimin yazdığı reçetede ilaçlar yerine yanlışlıkla başka bir ilaç vermesi halinde, hekimin reçetesine aykırılık dolayısıyla meydana gelecek zararlardan sorumludur. Eczacı, yazısının okunamaz olması nedeniyle ilacın yanlış verilmesinden, hekimi sorumlu tutamaz.¹⁹

Sadece yanlış ilacın verilmesi değil, ilacın yanlış şekilde verilmesi halinde de eczacı sorumlu olur. Yine eczacının kullanımdan kaldırılan ilaçları vermesi de sorumluluğuna neden olur.

Tüm bu hallerde eczacının sözleşmeye aykırı hareket etmesi söz konusudur. Haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelebilir.

Eczacı reçeteyi harfi harfine uygular, ancak bu arada açık bir hata olabileceği şüphesine kapılırsa, mutlaka hekime ulaşarak reçeteyi teyit ettirmelidir.

Reçeteli bir ilacın reçete olmaksızın verilmesi de eczacı için bir sorumluluk nedenidir. Ocak 2014 yılında yapılan değişiklikle reçetesiz ilaç satışını yasaklayan hüküm mevzuattan kaldırılmıştır.²⁰

¹⁶Dereli, a.g.m., s.87.

¹⁷Önceden hazırlanarak eczanede bulundurulmuş hazır ilaç, preparat.

¹⁸Hakeri, a.g.e., s.226.

¹⁹Hakeri, a.g.e., s.228.

²⁰EEHK Madde 24'te Ocak 2014 değişikliğiyle kaldırılan hüküm: *“Reçete mukabilinde verilmesi meşrut olan ilaçların reçetesiz verilmesi ve zehirli ve müessir maddelerin eczanelerde toptan satılması yasaktır.”*

4.3. Bilgilendirme Sorumluluğu

Eczacı ilacı doğrudan veren kişi olarak, asıl tehlikeyi yaratan kişidir. Genel olarak satıcının tüketiciye karşı aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda eczacının da hastaya karşı bilgilendirme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir.

Bilgilendirme yükümlülüğü kavramı, son yıllarda tıp hukukunun gelişmesi ile yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. İlaç hakkında hastanın yeterli şekilde bilgilendirilmesi eczacının ilaç hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Özellikle yeni çıkan ilaçlar hakkında eczacının bilgilendirilmesi için prospektüslerin doğru bilgi içermesi önemlidir.²¹

Eczacının hastayla ilaç satımı konusunda aralarındaki sözleşme ilişkisi, eczacının hastayı bilgilendirme yükümlülüğünün dayanağıdır. Sözleşme öncesi sorumluluk nedeni ve dürüstlük kuralının bir sonucu olarak eczacının hastayı, satın alacağı reçeteli/reçetesiz ilaç ve ilacın kullanımı hakkında aydınlatması gerekir.²²

Hasta ve yakınlarının, ilacın istenmeyen yan etkileri ve hasta ilacı almadığı zaman karşılaşılabilecek sorunlarla ilgili olarak bilgilendirilmiş olmaları gerekmektedir. Böylece bilgilendirilmiş hasta tedaviyle ilgili kendi kararını kendisi vermiş olacaktır.

Burada reçeteye tabi ilaçlar ile reçeteye tabi olmayan ilaçlar arasında bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre; reçeteye tabi ilaçlarda eczacı tek muhatap değildir ve hekim tarafından yapılmış bir bilgilendirme vardır. Bu durumda eczacı gönüllü olarak bilgilendirme yapabilir ancak bilgilendirme sorumluluğu bulunmamaktadır.

Eczacının asıl bilgilendirme yükümlülüğü reçeteye tabi olmayan ilaçlar için geçerlidir. Burada eczacı hekimin yerini aldığı için hastayı ilacın özellikleri hakkında genel olarak bilgilendirmek durumundadır.

Ancak mevzuatımızda ilacın reçeteye tabi olup olmadığına bakılmaksızın, bilgilendirme yükümlülüğü öngörülmüştür.

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'e göre: *“Hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemeleri güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlar.”*

Ayrıca ‘İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu’ da ayrıntılı şekilde bilgilendirme sorumluluğu hükümleri içermektedir.

Eczacının hastaya fazla ilaç yazılmış olması konusunda da uyarı yükümlülüğü yoktur. Ancak reçetede açık hata olabileceğini düşündüğü hallerde hekimi uyarmalıdır.

²¹Özel/Özcan Büyüktanır, a.g.m., s.333.

²²Özel/Özcan Büyüktanır, a.g.m.,s.340.

Eczacının bilgisayar sistemi, daha önce kullanılan ilaçlar ile bağlantıyı kurup, eczacıya uyarıda bulunuyorsa, bu uyarı hastaya aktarılmalıdır.

Eczacının hastanın ilaçları kullanımını takip yükümlülüğü de yoktur.

Hastanın eczaneye gittiğinde ister kendi talebi üzerine olsun isterse eczacının doğrudan kendi takdiri veya eczanede hekim tarafından yazılan ilacın bulunmaması nedeniyle olsun, hastaya eşdeğer ilaç vermesi halinde, eczacının bu ilaçla ilgili bilgilendirme sorumluluğu tartışmalıdır. Fakat ilaçlar arasında çok ufak farklar da olsa bu hususlar eczacı tarafından söylenmelidir. Zira burada da eczacının bilgilendirme sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir.²³

4.4. Danışma Sorumluluğu

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'e göre Eczacı: *“Reçeteye tâbi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlar ve bu konuda danışmanlık hizmeti verir.”*

Danışma sorumluluğu reçeteye tabi olmayan ilaçlarla ilgili olarak kabul edilmektedir. Reçeteye tabi ilaçlarda hekimin üstlendiği teşhis, tedavi seçimi ve hasta ile konuşma, reçeteye tabi olmayan işlemlerde söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle reçeteye tabi ilaçlarda eczacının sorumluluğu geri plandadır.²⁴

Reçeteye tabi ilaçlarda da eczacının, hekimin reçetedeki belirlemelerini hastaya açık ve anlaşılabilir bir biçimde aktarması gerekir. Hasta bu durumdan bir zarar görürse eczacı sorumlu olur.

Örneğin; hastanın damla kelimesinin okunabilir yazılmaması nedeniyle bunu kaşık olarak anlaması durumunda eczacının sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

4.5. Muhafaza Sorumluluğu

Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 22. maddesine göre: *“Ambalajları açılmış tıbbi ecza ve kimyevi maddelerin saf olmamalarından ve iyi muhafaza edilmemelerinden eczane, ecza deposu, laboratuvar sahipleri ve mesul müdürleri mesuldür.”*

Eczacının bu yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda ilaç ve diğer maddelerin yapısında sağlığı bozucu nitelikte değişiklikler meydana gelebilir ve bu ürün kullanıldığında şifa kaynağı olmaktan ziyade zehir etkisi gösterebilir. Böyle bir ürünü satın alarak kullanan ve zarar gören hasta, eczacıdan tazminat talebinde bulunabilir.

Örneğin; aşuların soğuk zincir kurallarına uyulmadan saklanması ve bu sebeple bozulan aşuların kullananlara zarar vermesi durumunda eczacı sorumlu olmaktadır.²⁵

²³Hakeri, a.g.e, s.236.

²⁴Hakeri, a.g.e, s.237.

²⁵Hakeri, a.g.e, s.238.

SONUÇ

Toplum sağlığının korunması bakımından önemli bir konumda olan eczacının işlettiği eczane ticari işletme niteliğinde olmasına rağmen, eczacı aynı zamanda bir kamu hizmeti sunmaktadır. Eczacılık mevzuatı incelendiğinde, ilacın son kullanıcıya ulaştırılmasında aracılık yapan eczacıya önemli görevler yüklendiği görölmektedir.

Eczacının hukuki sorumluluğu, hasta ile arasındaki ilişkinin özelliğine göre farklı sorumluluk temellerine dayandırılabilir. Hukukumuzda eczacının sorumluluğunun hukukî niteliği açık bir şekilde düzenlenmediği için oluşabilecek zararın büyüklüğü ve sıklığı karşısında eczacının sorumluluğuna pek gidilememektedir. Bu sebeple mahkemelerin ilâç sorumluluğundan doğan tazminat davalarında adil, dengeli ve her iki tarafı da tatmin edici çözümler getirmesi gereklidir.

KAYNAKÇA

DERELİ, Zeliha: “Eczacının Haksız Fiil Sorumluluğu”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl:2, Sayı:2, 2012, s.66-90, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/digesta-2012.pdf>, (Erişim Tarihi:15.11.2018)

DOĞAN, Murat: “Eczacının Tazminat Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, S:3-4, Aralık-Ocak 2012, <https://jurix.com.tr/article/5707>, (Erişim Tarihi:07.12.2018)

HAKERİ, Hakan: İlaç Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

KORKMAZ, Yakup,“Türk Hukukunda Eczacıların Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu”, Zirve Üniversitesi Sağlık Hukuku ve Politikası Dergisi, Sayı 1, Mart 2014, <https://jurix.com.tr/article/12364#>, (Erişim Tarihi:07.12.2018)

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu; OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila: “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:74, Sayı:2016/4, s.210-242, http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tek_makale/2016-4/10.pdf, (Erişim Tarihi:01.11.2018)

ÖZEL, Çağlar; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu: “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin Ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, İÜHFİM, C.LXVI, S.2, 2008, s.327-344 http://dergi_park.gov.tr/iuhfm/issue/9184/115005, (Erişim Tarihi:25.10.2018)

ŞENCAN, Nazlı:“Eczacı Bakış Açısı İle İlaç Hukuku”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2009, s.181-185 , http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/s_digesta.pdf, (Erişim Tarihi:15.11.2018)

TOKLU, Hale Zerrin; AYANOĞLU DÜLGER, Gül: “Akılcı İlaç Kullanımı Ve Eczacının Rolü”, Marmara Eczacılık Dergisi, 2011-15,s.89-93, https://www.researchgate.net/publication/270623632_Akilci_ilac_kullanimi_ve_eczacinin_rolu, (Erişim Tarihi:11.11.2018)

www.mevzuat.gov.tr

www.kazanci.com

www.tdk.gov.tr

www.jurix.com.tr



VERGİ DENETİMİ YOLUYLA VERGİ ALACAĞINA GÜVENCE OLUŞTURULMASI YÖNTEMLERİ

Av. S. Murat KURU

GİRİŞ

Hukuki ilişki, alacak ve borç üzerine temellendirilmiştir. Sonrasında insanlığın gelişmesiyle birlikte hukuki yapı da gelişim göstermiştir. Bu bağlamda hukuk sisteminde özel hukuk, kamu hukuku vb. ayrımlara gidilmiştir. Ancak temelde alacak ve borç üzerine kurulu hukuki ilişki aynen devam etmektedir. Dolayısıyla tüm hukuk sistemleri açısından, alacaklının hakkını zamanında ve gerektiği gibi elde etmesi en temel gayedir.

Değişen gelişen ekonomik yapı ve hukuk düzeni, alacaklının hakkını almasını engelleyici yeni yollar ortaya çıkarmıştır. Hukuk sistemleri de kötü niyetli borçlunun alacaklının almasını engelleyici yollara girmesini önlemek amacıyla birtakım güvence tedbirleri oluşturmuştur. Alacaklının hakkına kavuşması için oluşturulan bu koruma müesseseleri, geçici hukuki koruma tedbirleri olarak adlandırılır. Geçici hukuki koruma tedbirleri kamu hukuku ve özel hukukta uygulanmaktadır.¹

Modern insan şiddet kullanma, ihkak-ı hak gibi birçok yetkisini devlet mekanizmasına devretmiştir. Bu anlamda bir ihtiyaç hissettiğinde, devlet kurumlarını aracı kılarak problemlerini çözmeyi kabul etmiştir.² Yine devlet mekanizması da sınırsız bir güç kullanımında bulunmayacağını taahhüt etmiş, gücünü sınırlandırmayı kabul etmiştir. Başta anayasa olmak üzere, uluslararası metinler vb. birçok kurum ile kendisini sınırlandırmıştır. Diğer bir anlatım ile yönetilenler gibi hukuk ile bağlı olduğunu kabul etmiştir.³

Devlet mekanizması çok geniş bir organizasyondur. Birçok faaliyeti aynı anda ve sürekli olarak yerine getirmek zorundadır. Özellikle sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte, oldukça geniş bir alanda harcama yapmaktadır. İşte devlet mekanizmasının faaliyetlerini sorunsuz şekilde yürütebilmesi için gerekli olan harcamaların finansmanı gerekir. Bu finansman kamu gelirleri ile sağlanılmaktadır. Kamu gelirleri içerisinde vergi gelirleri en büyük kalemi oluşturmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu genelde kamu gelirlerinin, özelde ise vergi gelirlerinin tahsilini sağlayıcı birçok güvence yöntemi oluşturmuştur.

Oluşturulan güvence yöntemlerinin bir kısmı henüz alacağın net olarak doğmadığı döneme ilişkin olup, alacağın usulüne uygun şekilde ortaya çıkmasını ve belirlenmesini sağlamaya yönelik tedbirlerdir. Diğer bir kısmı ise ortaya çıkmış ve miktarı belirlenmiş vergi alacağının tahsilini sağlamaya yöneliktir. Vergi alacağının tam ve doğru olarak ortaya çıkmasını sağlayan güvence tedbirleri büyük bir öneme sahiptir. Zira bu yöntemler verimli kullanıldığında, ilişkinin başlangıcında vergi

¹Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.I-II, Yetkin Yayınları, 2001, Ankara, s.32.

²Saldırım, Mustafa, "İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme", TBB Dergisi, Y:1997/2, Ss.203-222, s.205.

³Günday, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, Ankara, s.39.

alacağının doğru şekilde oluşumu sağlanacak ve sonradan vergi kaybının olduğunun tespitine çalışılmayacaktır.

1- GENEL HATLARIYLA VERGİLENDİRME SÜRECİ:

Vergi borcunun doğabilmesi için öncelikle, vergi hukukuna hakim olan ve anayasal olarak güvence altına alınan kanunilik ilkesi gereği, verginin ilgili kanunlarda yer alması gerekir. Ayrıca, kanuni olarak var olan verginin tahsili için bütçe kanunu ile izin verilmelidir. Bu şartlar mevcut ise; vergiyi doğuran olay meydana geldiği anda vergi borcu doğar.⁴

Somut olarak, vergi ilişkisi kanunlarda yer verilen vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile başlar. Vergiyi doğuran olay, VUK'ta; *“(1) Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. (2) Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder.”* (m. 19) şeklinde ifade edilmiştir. Bu anlamda vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle birlikte, devlet için alacak, mükellef için borç demek olan vergi, somut olarak ortaya çıkmıştır. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesiyle birlikte vergilendirme sürecinin ilk aşaması başlamış olmaktadır.

Vergiyi doğuran olay, vergilendirme işleminin sebep unsurunu teşkil eder. Sebep unsurunun tam olarak meydana gelmesi için hukuki sebep olan vergi kanunları ile maddi sebep olan olayın gerçekleşmesi veya hukuki durumun tamamlanması birlikte gerçekleşmelidir. Bu şekilde vergilendirme süreci başlamış olacaktır.⁵

Vergilendirme sürecinin ikinci aşamasını matrahın belirlenmesi oluşturmaktadır. Matrah, gerekli istisna, muafiyet ve indirimler uygulandıktan sonra bakiye kalan ve üzerinden salınacak verginin hesaplandığı değerdir. Vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi tek başına yeterli değildir. Sağlıklı bir vergi sürecinin işletilmesi açısından hukuka uygun şekilde matrahın belirlenmesi gerekmektedir.⁶

Vergilendirme sürecinde üçüncü aşamayı ise tarh işlemi oluşturmaktadır. VUK'ta tarh; *“Verginin tarhi, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tesbit eden idari muameledir.”* (m. 20) şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre tarh; matraha vergi oranının uygulanması suretiyle vergi borcunun hesaplanması işlemidir.⁷

Tarh aşamasından sonra hesaplanan vergi, ilgisine tebliğ edilir. VUK'ta tebliğ; *“Tebliğ, vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir.”* (m. 21) şeklinde ifade edilmiştir.

Tarh işleminin tebliği üzerine, tarhiyata karşı süresinde dava açılmaması veya açılan davanın reddedilmesi ile verginin tahakkuku gerçekleşir. Tahakkuk; *“Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir”* (VUK m. 22)

⁴Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 25. Baskı, Turhan Kitabevi, 2016, Ankara, s.99.

⁵Öncel / Kumrulu / Çağan, s.100.

⁶Tosuner, Mehmet / Arıkan, Zeynep: Vergi Usul Kanunu, Kanyılmaz Matbaacılık, 2011, İzmir, s.82.

⁷Öncel / Kumrulu / Çağan, s.101.

Usulüne uygun şekilde devam eden olağan vergilendirme süreci, tahsil ile sona erer. Tahsil; “*Verginin, kanuna uygun surette ödenmesidir.*” (VUK m. 23) Ana hatlarıyla vergilendirme sürecinin aşamaları belirtilen şekilde olmakla birlikte, verginin türüne göre bu aşamalarda değişiklik olması veya bazı aşamaların kalkması mümkündür.

Türk vergi sisteminde esas olan beyan esasına dayalı olarak tarhiyat yapılmasıdır. Beyana dayalı tarhiyat sisteminde, vergi mükellefi ödeyeceği vergiyi kendisi hesaplamakta ve vergi dairesine bildirmektedir. Vergi dairesi de beyan edilen bu matrah üzerinden tarhiyat işlemini gerçekleştirmektedir.⁸ Olağan usul olan beyana dayalı tarh sisteminde borçlu kendi borcunu ortaya koymaktadır. Ortaya koymuş olduğu bu borç mal varlığının pasif kısmında yer alacak ve zamanı geldiğinde tahsilat ile birlikte malvarlığından çıkacaktır. Kimi zaman salt malvarlığının azalmasını engelleme saikiyle kimi zaman da devlete aidiyet duyguların zayıflığı, ödediği verginin karşılığını göremeyeceği düşüncesi vb. gibi özel bir takım nedene bağlı olarak, vergiyi gerektiği gibi beyan etmeme durumu meydana gelmektedir. İşte Türk vergi sisteminin aslını oluşturan beyana dayalı tarh sisteminin güvencelerini oluşturmak, gelir kaybını engellemek açısından büyük önem taşımaktadır.

2- VERGİ ALACAĞININ KORUNMASINA İLİŞKİN GÜVENCE ÖNLEMLERİ:

2.1.-Genel Olarak Vergi Alacağının Korunmasına İlişkin Güvence Önlemleri ve Hukuki Niteliği:

Vergi alacağına ilişkin güvence önlemleri devlete, vergi alacağının tahsilini daha az masrafla, daha kısa sürede ve eksiksiz sağlaması nedeniyle avantaj sağlamaktadır. Vergi borçlusu açısından ise; vergi alacağının bir takım güvence önlemleri ile korunduğunu bilmek ve devlet tarafından vergi alacağının tahsilinin tehlikeye girdiğinin düşünüldüğü hallerde mal varlığına müdahale edilebileceğinin farkında olmak, verginin zamanında ve eksiksiz ödenmesini sağlayıcı bir etki doğurmaktadır.⁹ Bu yönüyle güvence önlemleri; kötü niyetli vergi borçlusu açısından alacağın tahsilinin tehlikeye düşmesinin önlenmesi ve müdahale hakkı bakımından, koruyucu ve zorlayıcı bir etki doğurur. İyi niyetli vergi borçlusu açısından ise; vergi borcunu ödemekten kaçınacak kötü niyetli mükelleflere karşı vergi alacağının korunmasına matuf müesseselerin olduğunu bilmek, kendisini aldatılmış hissetmesini engelleyecek ve verginin rıza ile ödenmesini kolaylaştıracaktır.

Vergilendirme süreci içerisinde, verginin beyanı, tarhi ve tahakkuku önemlidir. Ancak vergilendirme sürecindeki en önemli safha verginin tahsili aşamasıdır. Eğer devlet mekanizması vergi gelirlerini tahsil etmekte zorlanıyorsa büyük bir yapısal sorunla baş başa demektir.¹⁰ Zira sosyal devlet anlayışı, artan nüfus vb. birçok etkene bağlı olarak sürekli artan kamu harcamaları ve bütçe açıkları, kamu gelirlerinin ve kamu gelirleri içerisinde büyük bir alan tutan vergi gelirlerinin düzenli ve sürekli tahsilini çok önemli kılmaktadır.

⁹Çelik, Binnur: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2002, İstanbul, s.47.

¹⁰Erol, Ahmet: Sigortacılar İçin Vergi Hukuku, Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı, 2011, İstanbul, s.209.

Vergi alacağının, borçlu tarafından zamanında ve gereği gibi ödenmediği durumlarda, borçlu hakkında cebren tahsil süreci başlar. Ancak vergi alacağının vergi dairesi tarafından cebren tahsili oldukça uzun bir süreçtir. Bu zaman zarfında vergi borçlusu, malvarlığı üzerinde fiili ve hukuki tasarruf yetkisini haizdir. Bu yetkisini kötüye kullanmak isteyen borçlu, malvarlığını azaltıcı bir takım eylemlerde bulunabilir ve vergi alacağının tahsilini engelleyebilir. İşte vergi alacağının ileride tahsilinin zor veya imkansız hale gelmesini engellemek amacıyla bazı koruma müesseseleri oluşturulmuştur.¹¹

Koruma müesseselerinin temel amacı; zamanında tahakkuk ettirilemeyen veya zamanında ödenmeyen vergi alacağının tahakkukunun ve ödenmesinin cebren garanti altına alınmasıdır.¹² Vergi alacağının korunması demek, alacağın tahsilinin tehlikeye düşmesinin önlenmesi demektir. Ancak bu durum, borçlu aleyhinde her türlü tedbirin alınacağı anlamına gelmez. Burada kanun koyucu tarafından, borçlunun menfaati ile kamunun menfaati gözetilerek adil bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Vergi alacağının korunması amacına matuf olarak tesis edilen müesseseler, kamu borçlusu ve alacaklısının durumu gözetilerek oluşturulmuştur.¹³

Vergi alacağının korunmasına ilişkin önlemler, ağırlıklı olarak vergi icra hukukunun temel kaynağı olan AATUHK'da düzenlenmiştir.¹⁴ Dolayısıyla vergi alacağının tehlikeye düştüğü durumlarda çoğunlukla AATUHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. AATUHK vergi alacaklarının cebren tahsilini sağlayan çok güçlü bir kanundur. İçerisinde alacağın korunmasına ve tahsiline ilişkin çok güçlü hükümler mevcuttur. Ancak söz konusu hükümlerin uygulanmasının, kanunların öngördüğü güç ile aynı doğrultuda olmadığı görülmektedir.¹⁵ Öte yandan vergilendirme süreci içerisinde, henüz gerçek anlamda vergi alacağının oluşmadığı döneme ilişkin olarak VUK'ta da kimi koruyucu hükümlere yer verilmiştir.

Vergi alacağının güvence altına alınmasına ilişkin önlemler, niteliği itibariyle geçici hukuki koruma tedbirleridir. Vergi alacağına ilişkin güvence tedbiri kararlarının alınmasında ve uygulanmasında, özel hukuk alacaklarından farklı olarak kanun koyucu genellikle idareyi doğrudan yetkili kılmıştır. Bu hareket tarzının temelinde, devlet faaliyetinin devamlılığı açısından, vergi gelirlerinin büyük bir öneme sahip olması yer almaktadır. İstisnai olarak bazı güvence önlemlerinin alınması açısından ise yargı yoluna başvurulması gerekliliği öngörülmüştür.

2.2.-Vergi Alacağının Korunmasına İlişkin Güvence Önlemlerinin Sınırları:

Vergi alacağını tahsile yetkili vergi daireleri, vergi alacağının korunması için sınırsız yetki kullanma hakkını haiz değillerdir. Vergi alacaklarının korunmasına ilişkin güvence önlemlerini uygulayacak vergi idareleri en başta idare hukuku, vergi hukuku ve vergi icra hukukuna ilişkin temel ilkeler ile sınırlandırılmıştır. Bu ilkelere göre hareket etmek zorundadır.¹⁶

¹¹Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan: Vergi Hukuku, 6. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015, Bursa, s.312-313.

¹²Çomaklı, Şafak / Ak, Ahmet / Ayrangöl, Zülküf: Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, 2014, Ankara, s. 175.

¹³Şenyüz / Yüce / Gerçek, s.313.

¹⁴Kızılot, Şükrü / Şenyüz, Doğan / Taş, Metin / Dönmez, Recai: Vergi Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara, s.283.

¹⁵Erol, s. 209.

¹⁶Öncel / Kumrulu / Çağan, s.165.

Vergi alacağının korunmasına ilişkin güvence önlemleri, vergi alacağının miktarını korumaya yöneliktir ve bu miktar ile sınırlıdır. Dolayısıyla devlet bu miktarı aşmak suretiyle, vergi borçlusunun tüm malvarlığını el koyamaz. Bu anlamda vergi borcu miktarı, vergi alacağının korunmasına ilişkin güvence önlemlerinin ekonomik sınırını teşkil eder.¹⁷

Türk vergi sisteminde vergilendirmeye ilişkin esaslar anayasal güvence altındadır. Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan ikinci kısmının, “Siyasi Haklar ve Ödevler” alt başlığının dördüncü bölümünde yer alan “Vergi Ödevi” başlıklı 73.maddesinde: “(1)Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. (2)Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. (3)Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır. (4) Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Vergi icra hukuku, vergi hukukunun alt dalıdır. Bu nedenle vergi icra hukuku, anayasada vergi hukukuna ilişkin getirilen sınırlamalara ve sağlanan güvenceye tabidir. Bu bağlamda, vergi alacağının korunmasına ilişkin uygulanacak güvence önlemleri de aynı şekilde anayasal sınırlamaya tabidir. İşte bu sınır, güvence önlemlerinin anayasal sınırını teşkil eder.¹⁸

Vergi daireleri, vergi alacağının korunmasına ilişkin güvence önlemlerini uygular iken anayasal ve ekonomik sınırlamalara uymak zorundadır. Yargı mercileri de önüne gelen uyuşmazlıklarda, bu sınırlamalara uygun davranılıp davranılmadığını resen denetlemek mecburiyetindedir. Zira bu sınırlamalar anayasal olarak güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, bu sınırlamalara uyulmaması halinde, mahkemelerce işlemin iptali yönünde hüküm kurulmalıdır.

2.3.-Vergi Alacağının Korunmasına İlişkin Güvence Önlemlerinin Sınıflandırılması:

Vergi alacağının korunmasına ilişkin önlemleri; vergi alacağına ilişkin güvence önlemleri ve vergi alacağının değerinin korunmasına ilişkin önlemler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür.¹⁹

Vergi alacağına ilişkin güvence önlemlerinde temel amaç, vergi alacağının tahsilinin sağlanmasıdır. Vergi alacağına ilişkin güvence önlemleri kendi içerisinde tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası güvence önlemleri olmak üzere ikiye ayrılabilir. Tarhiyat öncesi güvence önlemlerinin bir kısmı VUK’ta, bir kısmı ise AATUHK’da düzenlenmiştir. Gümrük vergileri açısından VUK hükümleri uygulanmayacağından (VUK m. 2), VUK’ta yer alan güvence önlemlerinin gümrük vergileri hakkında uygulanması mümkün değildir.²⁰

¹⁷Soner, Gül: Türk Vergi Hukukunda Teminat Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, 2012, İzmir, s.19, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Erişim Tarihi:12.09.2017).

¹⁸Soner, s.19-21.

¹⁹Çomaklı / Ak / Ayrangöl, s.175.

²⁰Soner, s.24.

Tarhiyat öncesi güvence önlemlerini üç başlık halinde sınıflandırabilmek mümkündür. Bunlar; vergi denetimi yoluyla vergi güvenliğinin sağlanması, vergi mükellefi veya sorumlusunun faaliyetlerinin takibi yoluyla vergi güvenliğinin sağlanması, AATUHK kapsamında yer alan vergi güvence yöntemleri, şeklindedir.²¹ Tarhiyat sonrası güvence önlemleri ise; rüçhan hakkı, iptal davası, sorumluluk müessesesi, ortaklığın feshini isteme ve mal bildiriminde bulunmadır.²²

Vergi alacağının değerinin korunmasına ilişkin güvence önlemleri; zamanında ödenmeyen veya yanlış ya da eksik ödenen vergi alacaklarının değerinin, alacağın tahsiline kadar geçen sürede korunmasına dönük olarak öngörülen önlemlerdir. Vergi alacağının değerinin korunmasına ilişkin bu önlemler; gecikme zammı ve gecikme faizidir.²³

Biz bu çalışmamızda özellikle beyan usulüne dayalı vergi sistemlerinin iyi işlemesi açısından zorunlu ve etkili uygulandığı takdirde vergi kayıplarını en aza indirebilecek nitelikte olan, bir tarhiyat öncesi koruma tedbiri olan, vergi denetimi yoluyla vergi güvencesinin sağlanması yöntemlerini inceleyeceğiz.

3- VERGİ DENETİMİ YOLUYLA VERGİ GÜVENCESİNİN SAĞLANILMASI:

Mükellef ile vergi dairesi arasındaki temel münasebet, vergilendirme ilişkisidir. Ancak vergilendirmenin niteliği itibariyle, aradaki ilişki çeşitli boyutlar kazanabilmektedir. İşte mükellefin vergisel ödevlerini zamanında yerine getirip getirmediğinin tespiti, mükellef ile vergi dairesi arasındaki ilişkinin büyük bir kısmını oluşturmaktadır. Söz konusu tespit, vergi denetimi ile sağlanılmaktadır. Vergi denetimi en çok beyana dayalı vergilerde önem arz etmektedir. Zira idare, ancak vergi denetimi yoluyla elde ettiği bilgiler ile beyanda bulunmayan veya yanlış beyanda bulunan mükellefin gerçek vergisel yükümlülüğünü tespit edebilir.²⁴

Beyan esasına dayalı vergilendirmenin temelinde, vergi borçlusunun kendi mükellefiyetlerini herkesten daha iyi bildiği düşüncesi ve vergi borçlusuna duyulan güven yer almaktadır.²⁵ Beyana dayalı vergi sisteminin iyi işlemesi, toplumdaki vergi zihniyetin gelişmiş olmasına bağlıdır. Bu sebeple verginin alacaklısı olan devlet, vergi sisteminin eksiksiz olarak toplanabilmesi için bilinçlendirme, takip gibi birçok uygulama yapmaktadır. Bu uygulamaların tamamı vergi denetimi olarak adlandırılır. Bu bağlamda vergi denetiminin amacı; vergi kayıp ve kaçığının önlenmesi, vergilendirmeye ilişkin gerekli eğitim ve bilinçlendirmenin yapılarak vergilendirmeye ilişkin yükümlerin vergi borçlusu tarafından gönüllü olarak yerine getirilmesinin sağlanmasıdır.²⁶

²¹Erol, Ahmet: Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, (Vergi Sistemi), Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara, s. 151.

²²Saraçoğlu, Fatih / Engin, İsmail / Arslan, Cem Barlas: "Kamu Alacaklarını Koruma Yöntemi Olarak İptal Davası", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, Y:2017, C:9, S:2, Ss:59-67, s.60, <http://sobiad.org>, (Erişim Tarihi: 02.01.2018).

²³Bilici, Nurettin: Vergi Hukuku, Güncelleştirilmiş 38. Baskı, Savaş Yayınevi, 2016, Ankara, s.103.

²⁴Kızılot / Şenyüz / Taş / Dönmez, s.139.

²⁵Akdoğan, Abdurrahman: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Gazi Kitabevi, 2008, Ankara, s.60.

²⁶Tekin, Fazıl / Çelikkaya, Ali: Vergi Denetimi, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011, Ankara, s.46.

Vergi denetimi çoğu zaman vergi incelemesi ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak vergi denetimi, vergi incelemesini de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Vergi incelemesi dışında, arama, bilgi toplama, yoklama da vergi denetimi kavramı içerisinde yer almaktadır.²⁷ Yine iç denetim (teftiş) de vergi denetim türlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸

Vergi denetim türlerine ilişkin olarak idare tarafından gerçekleştirilen işlem ve eylemler, hukuki niteliği itibarıyla hazırlık işlemidir. Bu işlemler üzerine idare tarafından resen, ikmalen veya idarece tarhiyat gerçekleştirilir. Dolayısıyla vergi denetimine ilişkin işlem ve eylemler, idari işlem niteliğini haiz tarhiyat işleminin hazırlayıcısıdır.²⁹

3.1.-Vergi İncelemesi:

VUK'un 134 vd. maddelerinde düzenlenen vergi incelemesi*; içinde bulunulan döneme ve kapanmış hesap dönemlerine ilişkin vergilerin ilgilere beyanı sonrasında, her türlü hesap, defter, belge ve kayıtlara uygunluğunun araştırılması; varsa eksik, hata ve hilelerin ortaya konularak ödenmesi gereken verginin doğruluğunun belirlenmesine ilişkin denetim faaliyetlerinin bütünüdür.³⁰

Vergi incelemesinin amacı; “ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamaktır.” (VUK m. 134) Diğer bir anlatımla, mükellefin beyanlarının doğruluğunu teyit etmektir.³¹ Bununla birlikte mükelleflerin vergilerini doğru şekilde ödenmesinin sağlanması, yani önleyici tedbirlerin alınması da vergi incelemesinin amacını oluşturmaktadır. Beyana dayalı vergilendirme sisteminde etkin bir vergi incelemesi yapılması kaçınılmaz bir gerekliliktir.³²

Vergi incelemesinde verginin doğruluğu araştırıldığından dolayı, eksik ödenen vergilerin tespitinin yanında, fazla ödenen vergilerin iadesi de vergi incelemesi kapsamındadır. Ayrıca vergi incelemesi salt verginin doğruluğunu belirlemek demek değildir. Bunun yanında, verginin doğruluğunun sağlanması açısından gerekli tüm tedbirlerin alınması da vergi incelemesine dahildir. Bu sebeple, mükellefi doğru vergi beyanına yönlendiren faaliyetler de vergi incelemesi kapsamındadır. (uzlaşma, adli makamlara suç duyurusu vb.)³³

Bir güvence yöntemi olarak vergi incelemesi; mali, ekonomik, sosyal ve hukuki fonksiyonlara hizmet etmektedir. Vergi kaçakçılığının oluşturduğu gelir kaybını önlemek, vergi incelemesinin mali fonksiyonuna hizmet eder. Kayıt dışı ekonomi ile mücadele edilmek suretiyle bütçe açıklarının oluşmasını engellemek ise vergi incelemesinin ekonomik fonksiyonunu gösterir. Anayasal güvence altında alınan mali güce göre vergilendirme ancak etkili bir vergi incelemesi ile mümkündür. Bu durum

²⁷Nas, Adil: “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, AÜHF Dergisi, Y:2012, C:61, S:4, Ss: 1307-1336, s.1308-1309.

²⁸Oğuztürk, Bekir Sami / Ünal, Ertuğrul Kutay: “Türkiye’de Vergi Denetiminde Yeni Dönem”, Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, Y:2015, C:7, S:13, Ss:207-237, s.212.

*Ayrıntılı bilgi için bkz: Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi, Gelir İdaresi Başkanlığı, 2007, www.gib.gov.tr, (Erişim Tarihi: 16.11.2017)

²⁹Öncel / Kumrulu / Çağan, s.99.

³⁰Tekin / Çelikkaya, s.155.

³¹Kaneti, Selim: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, 1989, İstanbul, s.142.

³²Uysal, Ali / Eroğlu, Nurettin: Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu, 4. Baskı, Sözkesen Matbaacılık, 2009, Ankara, s.273.

³³Nas, s.1309.

vergi incelemesinin sosyal yönünü ortaya koymaktadır. Vergi kurallarına herkesin uymasını sağlamak ve uymayanlara gerekli yaptırımları uygulamak da yine etkili bir vergi incelemesi ile mümkündür. Bu durum ise vergi incelemesinin hukuki fonksiyonunu ortaya koymaktadır.³⁴

Vergi incelemesi vergi denetim türleri içerisinde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle VUK'ta yer alan hükümlerin yanında, Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile de vergi incelemesi hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu mevzuat hükümleri ile vergi incelemesine yetkili makamlar, incelemenin yapılacağı yerler vb. düzenlenmiştir. Vergi incelemeleri ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde yerine getirilmelidir.

VUK veya diğer kanunlara göre defter, belge veya hesap tutmak ve ibraz etmek ile yükümlü kılınan kişiler, vergi incelemesine tabidirler. Vergi incelemesi yapılmasına ilişkin olarak belirli bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenle, tarih zamanaşımı süresi içerisinde, her zaman vergi incelemesi yapılabilir. Bir konu hakkında daha önce vergi incelemesi yapılmış olması veya tarhiyat gerçekleştirilmiş olması sonradan aynı konuya ilişkin olarak vergi incelemesi yapılmasına engel teşkil etmez.

Vergi incelemesi kural olarak, ilgilinin işyerinde yapılır. Ölüm, işin terk edilmesi, işyerinin incelemeye uygun olmadığına idarece tespit edilmesi gibi belirli hallerde işyeri dışında da vergi incelemesi yapılabilir. Ancak gerekmediği halde işyeri dışında vergi incelemesi yapılması, bu vergi incelemesine dayanılarak tesis edilen tarhiyatın iptali sonucunu doğurur.³⁵

Vergi incelemesine ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, vergi incelemesi yapmaya yetkili memurların VUK'ta sayma suretiyle belirlendiğidir. Bu nedenle, VUK'ta belirtilenler dışında diğer bir kişi tarafından (murakıp, iç denetçi vb.) tanzim olunan rapor, ne kadar elverişli olursa olsun vergi inceleme raporu olarak değerlendirilemez ve tarhiyata esas alınmaz.³⁶

Vergi incelemesi tamamlandıktan sonra, inceleme sonunda tespit olunan ve yapılacak değerlendirmede delil olarak kullanılacak hususlara ilişkin olarak tutanak tutulur. Hakkında inceleme yapılan kişinin, düzenlenen tutanağa imzası alınır. İncelemeye tabi tutulan mükellef, somut bir isnatta bulunmak kaydıyla, tutanağı ihtirazi kayıt koyarak imza edebilir. İncelemeye ilişkin genel olgular ileri sürmesi, tutanağa ihtirazi kayıt koymak için yeterli değildir. Tutanak maddi olgulara ilişkin olduğu ve değerlendirme belgesi olmadığı için ihtirazi kayıt konulmadan imza edilse dahi, itiraz hakkına halel gelmez. İtiraz hakkının kaybolmayacağı mükellefe açıklanmasına rağmen mükellef tutanağı imzalamaktan imtina eder ise bu durumda, mükellefin defter ve belgeleri rızasına bakılmaksızın vergi dairesine teslim edilir. İnceleme sonuçlanıncaya kadar defter ve belgeler vergi dairesinde muhafaza edilir.³⁷

³⁴Tekin / Çelikkaya, s.46.

³⁵Kızılot / Şenyüz / Taş / Dönmez, s.142-143.

³⁶Uysal / Eroğlu, s.273-274.

³⁷Özbalcı, Yılmaz: Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, 2006, Ankara, s. 438.

Vergi incelemesine yetkili makam tarafından, yapılan vergi incelemesi neticesinde vergi inceleme raporu tanzim olunur. Vergi inceleme raporu hazırlık işlemi niteliğinde olması nedeniyle kural olarak, tek başına dava konusu edilebilmesi mümkün değildir. Ancak dayanak teşkil ettikleri kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde olan tarhiyatlar ile birlikte dava konusu edilebilirler. Bununla birlikte, tanzim edildikleri dönem itibariyle tarhiyat yapılmasını gerektirmese bile, gelecekte ilgilinin ekonomik menfaatinin etkileyecek,³⁸ aleyhinde hukuki işlem tesisine sebep olabilecek türdeki vergi inceleme raporları tek başına da dava konusu edilebilir.³⁹ Bu nevi raporlara KDV'ye ilişkin olarak tanzim olunan ve mükellefin gelecek döneme devreden zararlarını veya indirilecek KDV'lerini azaltan vergi inceleme raporları örnek olarak gösterilebilir.⁴⁰

3.2.- Vergi Yoklaması:

Beyana dayalı vergi sisteminde vergi kaççağını önleme yollarından bir tanesi yoklamadır. VUK 127 vd. maddelerinde düzenlenen yoklamanın amacı; “*mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir.*” (VUK m. 127)

Yoklama, doğrudan mükellef ve mükellefiyetle ilgili olguların tespitine yönelik olması, kısa sürede sonuç alınması sebebiyle, caydırıcılık yönü ön planda olan bir denetim türüdür.⁴¹ Zira yoklama ile gizlenen veya eksik yerine getirilen mükellefiyeti ve mükellefiyete ilişkin hususları ortaya çıkarmaya dönük faaliyetlerde bulunulur. Bu yönüyle yoklama, vergi adaletine ve sosyal adalete katkı sağlayan bir denetim şeklidir.⁴²

Yoklamanın zamanlaması ile ilgili olarak mükellefe bilgi verilmez. Yoklama her zaman yapılabilir. Özellikle gece vakti faaliyet gösteren bar, pavyon vb. işletmelerde gece vaktinde de yoklama yapılabilir.⁴³ Yoklama neticesindeki durum, tutanak niteliğini haiz yoklama fişine yazılmak ve altı imzalatılmak suretiyle ilgisine verilir.⁴⁴ Eğer ilgili mükellef veya yetkilisi yoklama fişinin tanzim olunduğu esnada hazır bulunmuyorsa veya imzadan imtina ediyor ise bu durum yoklama fişine yazılır ve altına resmi memurun imzası alınır. (VUK m. 131) Yoklama fişinin geçerli olabilmesi için maddede belirtilen kişiler tarafından imza edilmesi gerekir. Eğer belirtilen kişilerin imzası bulunmuyorsa veya sadece yoklama yapan memurun imzası bulunuyor ise yoklama fişi geçersizdir. Bu nedenle geçersiz yoklama fişi esas alınarak yapılan işlemler de hukuken sakattır. Yoklama fişi iki nüsha olarak düzenlenir. Bir nüshası vergi dairesinde kalır. Diğer nüshası ise yoklama esnasında hazır bulunuluyor ise mükellefin kendisine veya yetkili temsilcisine verilir. Eğer mükellef veya yetkili temsilcisi yoklama esnasında hazır bulunmuyor ise yoklamadan itibaren 7 gün içerisinde bilinen adresine posta yoluyla gönderilir. (VUK m. 132)

³⁸Danıştay 4. Dairesi'nin 25.04.2011 tarih ve E:2008/5613, K:2011/2767 sayılı kararı, www.emsal.danistay.uyap.gov.tr. (Erişim Tarihi: 16.11.2017).

³⁹Danıştay 4. Dairesi'nin 10.11.2010 tarih ve E:2010/5263, K:2010/5585 sayılı kararı, www.emsal.danistay.uyap.gov.tr. (Erişim Tarihi: 16.11.2017).

⁴⁰Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhal: Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları, Güncellenmiş 13. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara, s.316.

⁴¹Tekin / Çelikkaya, s.109.

⁴²Somuncu, Ahmet: “Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi: Hukuki Yapı ve Uygulamanın Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y:2014, S:43, Ss:133-173, s.143.

⁴³Özbalcı, s.432.

⁴⁴Oğuztürk / Ünal, s.215.

Kanun koyucu vergi dairesine, yoklama fişinin 7 gün içerisinde postaya verilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. Bu nedenle süresi içerisinde bilinen adrese gönderilmek üzere postaya verilen yoklama fişinin tebliğ edilmemiş olması, yoklama fişinin geçerliliğine halel getirmez.⁴⁵

Vergi suçu oluşturan fiillerin anında tespit edilmesi ve ilgililerin gerekli ceza ile tecziyesi amacıyla, yaygın ve yoğun vergi denetimi kabul edilmiştir. Yoklama müessesinin içerisinde düzenlenmiş bir maddi bir denetim türü olan yaygın ve yoğun vergi denetimi KDV'nin yaygınlaşması ile önem ve süreklilik kazanmıştır.⁴⁶

Bilinmeyen bir verginin takibi ve incelenmesi mümkün olmadığından, verginin ve mükellefiyetin tespiti açısından, yoklama ve yoklama içerisinde tanzim olunan yaygın ve yoğun vergi denetimi büyük bir öneme sahiptir.⁴⁷ Bu nedenle yaygın ve yoğun vergi denetimi yapmakla görevli memurlar, mükellefiyeti ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, konuları tespit etmenin yanında; günlük hasılatı takip etmek, yol denetimi yapmak, kanuni defter ve belgeler dışında vergi kaçırıldığına emare teşkil eden defter ve belgeleri almak, belge ve kayıt düzeni ile levha asmaya ilişkin kurallara uymak, ödeme kaydedici cihazların kullanılıp kullanılmadığını araştırmakla da yetkilidir. Ancak bu denetim türlerinden yol denetimleri ile kanuni defter ve belgeler dışında vergi kaçırıldığına emare teşkil eden defter ve belgeleri almak şeklinde gerçekleştirilen denetimin, anayasa aykırılığı olduğu ve vergi tahsilatına olumlu yönde bir katkı sunmadığı ileri sürülmektedir.⁴⁸

3.3.- Arama:

Vergi kaçakçılığı ile mücadele konusunda etkili olan diğer bir denetim türü aramadır. Arama VUK 142 vd. maddelerinde tanzim olunmuştur. Ayrıca VUK m. 147'deki yollama sebebiyle aramaya ilişkin olarak açık hüküm olmayan hallerde, CMK'nın arama ile ilgili hükümleri de uygulanabilecektir.

Vergi hukuku açısından arama, vergi kaçakçılığına ilişkin defter, belge, yazı ve gerektiği takdirde malların elde edilmesi amacıyla eylemsel olarak araştırma yapılması ve tedbir alınmasıdır.⁴⁹

Arama yapılabilmesi için, ihbar olması veya vergi dairesi tarafından yapılan incelemeler neticesinde bir mükellefin vergi kaçırdığına dair emareler bulunması gerekmektedir. Bu şartlar mevcut ise vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların yetkili sulh ceza hakimliğinden gerekçeli yazı ile arama kararı talep etmesi ve sulh ceza hakiminin arama kararı vermesi üzerine arama gerçekleştirilebilir. Usulüne uygun şekilde alınmış geçerli bir arama kararı olmadan arama yapılması halinde duruma göre, konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116) veya haksız arama suçu (TCK m.120) nedeniyle sorumluluk doğar.⁵⁰

⁴⁵Uysal / Eroğlu, s.271-272.

⁴⁶Tekin / Çelikkaya, s.117.

⁴⁷Yurteri, İsmet: "Türk Vergi Sisteminde Yoklama ve Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi", TBB Dergisi, Y:2012, S:100, Ss:255-270, s.264.

⁴⁸Somuncu, s.168.

⁴⁹Uysal / Eroğlu, s.279.

⁵⁰Ömercioğlu, Abdullah: "Vergisel Aramada Önemli Hususlar", Maliye Postası Dergisi, Y:36, S:836, Ss:106-109, s.106.

Arama yapmaya yetkili makamlar, vergi incelemesine yetkili olan kişilerdir. Bu kişiler, aramanın sağlıklı şekilde gerçekleştirilmesi açısından, emniyet güçlerinden yardım alabilirler. Arama kararı verilmesi neticesinde vergi kaçırarak mükellefler ile bunlarla ilgisi görülen diğer kişilerin ev ve işyerleri gibi yerlerinde ve üzerlerinde arama yapılabilir. (VUK m. 142)⁵¹ Aramanın zamanına ilişkin olarak VUK'ta hüküm yer almadığından CMK hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple arama gündüz vaktinde ve çalışma saatleri içerisinde yapılabilir. Ancak aramaya başlanılmış olması halinde işin uzaması nedeniyle gece de devam edebilir. (CMK m. 118)⁵²

Arama, yoklama ve vergi incelemesinden yöntem olarak farklıdır. Bu yöntem farklılığının sebebi, aramada amacın gizlenen bilgi ve belgelerin elde edilmeye çalışılmasıdır.⁵³ Vergi kaçakçılığına ilişkin her türlü defter, belge ve kayda ivedilikle ulaşma amacına matuf olan arama, vergi hukukunun yanında anayasal olarak güvence altına alınan özel hayatın gizliliği gibi birçok hakka temas eden bir müessesidir. Diğer denetim türlerinden farklı olarak, VUK'un 359. maddesinde düzenlenen hapis cezası gerektiren vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin olarak yapılabilen arama, mükellefin rızasına bağlı olmaksızın hakim kararı ile gerçekleştirilir ve el koyma dahil birçok yetkiyi bünyesinde barındırır. Bu nedenle arama öncelikli işlerdendir. Dolayısıyla aramanın bir an önce tamamlanması ve el konulan defter ve belgelerin sahibine derhal iadesi gerekir.⁵⁴

Arama sırasında vergi suçu oluşturabilecek nitelikte deliller elde edilmiş ise aramayı gerçekleştirmeye yetkili kişiler tarafından durum cumhuriyet savcılığına intikal ettirilir. Eğer arama sırasında adli nitelikteki diğer suçlara ilişkin deliller elde edilmiş ise durumun adli mercilere intikali konusunda, TCK ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır.⁵⁵

3.4.-Bilgi Toplama:

Vergi denetiminin sağlanılmasına etki edecek ve denetimin gücünü artıracak diğer bir vergi denetimi türü de bilgi toplama değildir.⁵⁶ Bilgi toplama müessesesi VUK'un 148 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Devlet açısından hak, muhatapı açısından ise bir yükümlülük olan bilgi toplamanın, istek üzerine ve sürekli olmak üzere iki şekilde uygulaması söz konusudur.⁵⁷ Vergi dairesinin isteği üzerine bilgi toplama kamu ve özel tüzel kişileri ile gerçek kişiler, yazılı veya sözlü olarak istenilen belgeleri süresi içerisinde vermeye mecbur tutulmuştur. Hatta meşruhatlı olması kaydıyla, süresi içerisinde bilgi vermemek yaptırıma bağlanmıştır. (VUK mük. m.355) Sadece VUK 151. maddesinde saymak suretiyle belirtilen kişi veya kurumlara talep edilmesine rağmen bilgi vermekten imtina edebilme imkanı tanınmıştır. Maddede sayılanlar dışındaki kişi veya kurumların, bilgi vermekten imtina etmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, bilgi vermekle yükümlü kişilerin bilgi vermek üzere zorla vergi dairesine getirilmesi şeklinde bir uygulama yapılması da mümkün değildir. Bazı kişi ve

⁵⁴Karaboyacı, Abdullah: "Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri", TBB Dergisi, Y:2014, S:115, Ss: 211-242, s.232-236.

⁵⁵Öncel / Kumrulu / Çağan, s.101.

⁵⁶Soner, s.26.

⁵⁷Ömercioğlu, Abdullah: "Vergi Denetim Müesseseleri Açısından Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", AÜHF Dergisi, Y:2016, C:65, S:4, Ss:2277-2304, s.2288.

kurumlar ise sürekli bilgi verme yükümlülüğüne tabi tutulmuşlardır. Bunlara örnek olarak; servet değişimlerinin takibi açısından VUK 150. maddesinde sayılanların (sulh ceza hakimleri, tapu memurları vb.) ölüm tarihini takip eden ayın 15. gününe kadar ilgili vergi dairesine bildirme zorunluluğu, gösterilebilir.⁵⁸

Bilgi toplamanın temel amacı, çeşitli kaynaklardan elde edilen bilgilerden yola çıkarak, mükellefin gerçek matrahını tespit etmek ve ortaya koymaktır.⁵⁹ Gerçekten de son dönemde vergi daireleri tarafından yaygın olarak kullanılmaya başlanılan bilgi toplama müessesesi, çok çeşitli kaynaklardan elde edilen bilgileri toplama, bir araya getirme ve bu bilgileri karşılaştırmak suretiyle, mükellefin gerçek matrahını tespit etmeye çalışmakta ve bu amaca ulaşmakta oldukça etkili olmaktadır.⁶⁰

VUK'ta vergi denetimi türü olarak yer verilen bilgi toplama ile bilgi verme mükellefin isteğine bağlı olmasından çıkartılmış, bu yönüyle mükellefi gerçek matrahı beyan etmeye zorlayan bir etki doğurmuştur. Bu anlamda, vergi denetim türü olarak bilgi toplamanın, vergi kaybını tespit etme ve gönüllü vergi beyanına zorlama olmak üzere iki işlevi yerine getirdiği görülmektedir.⁶¹

SONUÇ

Devlet fonksiyonlarının etkili şekilde yürütülmesi için yapılacak kamu harcamalarının finansmanını sağlamak açısından kamu gelirleri, kamu gelirleri içerisinde de vergi gelirlerinin tahsili büyük önem arz etmektedir. Vergi gelirlerinin tam ve doğru şekilde tahsili ise vergi alacağının en başta doğru şekilde doğmasına bağlıdır. Bu ise vergi borçlusunun davranışlarının tam olarak bilinmesi ve doğru şekilde takibi ile mümkündür.

Beyana dayalı vergi sisteminde, vergi kaybını önlemek için vergi borçlusunun davranışlarını sistemli bir şekilde takip etmek, kaydetmek ve elde edilen verileri zamanı geldiğinde gerçek vergi borcunun tespiti için kullanmak bir zorunluluktur. Bu nedenle vergi borçlusunu takibe yarayan vergi denetimi türlerinin aktif ve etkili şekilde kullanılması kaçınılmazdır. Eğer vergi denetim mekanizmaları, mükellefi vergi borcunu doğru şekilde ve tam olarak ödemesi gerektiğine ikna edecek boyutta, etkili kullanılır ise vergi kaybı yaşanmayacaktır. Zira bu şekilde borç başlangıçta doğru miktarda doğacak ve mükellefi gönüllü ödemeye teşvik edecektir.

⁵⁸Dumlupınar, Serdar: "Vergi Denetimi", <http://vergiolgi.net/makaleler/vergi-denetim-turleri>, (Erişim Tarihi:17.11.2017).

⁵⁹Şenyüz / Yüce / Gerçek, s.131.

⁶⁰Karaboyacı, s.237.

⁶¹Tekin / Çelikkaya, s.91.

KISALTMALAR

- AATUHK** : Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
- AÜHF** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Av** : Avukat
- Bknz** : Bakınız
- C** : Cilt
- CMK** : Ceza Muhakemeleri Kanunu
- KDV** : Katma Değer Vergisi
- m** : Madde
- mük** : Mükerrer
- Stj** : Stajyer
- S** : Sayı
- Ss** : Sayfa Sayıları Arasında
- s** : Sayfa
- TCK** : Türk Ceza Kanunu
- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- vb** : Ve Benzeri
- vd** : Ve Devamı
- VUK** : Vergi Usul Kanunu
- Y** : Yıl

KAYNAKÇA

Akdoğan, Abdurrahman: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Gazi Kitabevi, 2008, Ankara.

Bilici, Nurettin: **Vergi Hukuku**, Güncelleştirilmiş 38. Baskı, Savaş Yayınevi, 2016, Ankara.

Çelik, Binnur: **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2002, İstanbul.

Çomaklı, Şafak / Ak, Ahmet / Ayrangöl, Zülküf: **Vergi Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2014, Ankara.

Dumlupınar, Serdar: “Vergi Denetimi”, <http://vergialgi.net/makaleler/vergi-denetim-turleri>, (Erişim Tarihi:17.11.2017).

Erol, Ahmet: **Sigortacılar İçin Vergi Hukuku**, Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı, 2011, İstanbul.

Erol, Ahmet: **Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku**, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara.

Günday, Metin: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, Ankara.

Kaneti, Selim: **Vergi Hukuku**, Filiz Kitabevi, 1989, İstanbul.

Karaboyacı, Abdullah: “Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri”, **TBB Dergisi**, Y:2014, S:115, Ss: 211-242.

Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhale: **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Güncellenmiş 13. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara.

Kızılot, Şükrü / Şenyüz, Doğan / Taş, Metin / Dönmez, Recai: **Vergi Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, Ankara.

Nas, Adil: “Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi”, **AÜHF Dergisi**, Y:2012, C:61, S:4, Ss: 1307-1336.

Oğuztürk, Bekir Sami / Ünal, Ertuğrul Kutay: “Türkiye’de Vergi Denetiminde Yeni Dönem”, **Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, Y:2015, C:7, S:13, Ss:207-237.

Ömercioğlu, Abdullah: “Vergisel Aramada Önemli Hususlar”, **Maliye Postası Dergisi**, Y:36, S:836, Ss:106-109.

KAYNAKÇA

Ömercioğlu, Abdullah: “Vergi Denetim Müesseseleri Açısından Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, **AÜHF Dergisi**, Y:2016, C:65, S:4, Ss:2277-2304.

Öncel, Mualla / Kumrulu, Ahmet / Çağan, Nami: **Vergi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 25. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, Ankara.

Özbalcı, Yılmaz: **Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, 2006, Ankara.

Saldırım, Mustafa, “İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Y:1997/2, Ss.203-222.

Saraçoğlu, Fatih / Engin, İsmail / Arslan, Cem Barlas: “Kamu Alacaklarını Koruma Yöntemi Olarak İptal Davası”, **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Y:2017, C:9, S:2, Ss:59-67, s.60, <http://sobiad.org>, (Erişim Tarihi: 02.01.2018).

Somuncu, Ahmet: “Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi: Hukuki Yapı ve Uygulamanın Değerlendirilmesi”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Y:2014, S:43, Ss:133-173.

Soner, Gül: **Türk Vergi Hukukunda Teminat Uygulaması**, Yüksek Lisans Tezi, 2012, İzmir, s.19, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (Erişim Tarihi:12.09.2017).

Şenyüz, Doğan / Yüce, Mehmet / Gerçek, Adnan: **Vergi Hukuku**, 6. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015, Bursa.

Tekin, Fazıl / Çelikkaya, Ali: **Vergi Denetimi**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2011, Ankara.

Tosuner, Mehmet / Arıkan, Zeynep: **Vergi Usul Kanunu**, Kanyılmaz Matbaacılık, 2011, İzmir.

Uysal, Ali / Eroğlu, Nurettin: **Açıklamalı ve Örnekli Vergi Usul Kanunu**, 4. Baskı, Sözkese Matbaacılık, 2009, Ankara.

Yılmaz, Ejder: **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.I-II, Yetkin Yayınları, 2001, Ankara.

Yurteri, İsmet: “Türk Vergi Sisteminde Yoklama ve Yaygın ve Yoğun Vergi Denetimi”, **TBB Dergisi**, Y:2012, S:100, Ss:255-270.



İLERİ TARİHLİ ÇEK VE UYGULAMADA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Av. Ömür ÖZER¹

GİRİŞ

Çekler, günümüzdeki ticari hayat için olmazsa olmaz niteliktedir. Yüklü meblağlı nakit transferini genellikle bankacılık sistemi içinden hiçbir fiziki çıkış olmadan sağlayarak ülke ekonomilerinin daha dinamik çalışmasını sağlamaktadır. Nakit transferi sözümüzden de anlaşılacağı üzere çek, bir ödeme aracıdır. Çek kullanımının yararları ve zararları olmakla birlikte, kullanımın piyasalardaki nakit kıtlığından azami bir şekilde etkilendiği aşikardır. Söz konusu nakit kıtlığı ve diğer etkenler, keşide tarihi gerçek düzenlenme tarihi olmayan yani ileri bir tarih ile keşide edilmiş çekleri doğurmuştur. Ülkemizde yaygınca kullanılan ve ileri tarihli çekler olarak adlandırılan bu çekler, ödemeyi adeta bir vadeye bağladığından çekin bir ödeme aracı olması kuralını berataraf ederek bir kredi aracı olmasına neden olmuştur.

TTK, çeki bir ödeme aracı olarak dizayn etmişken; ÇekK ise uygulamadaki problemlerin çözümünü de sağlamak maksadıyla ileri tarihli çeklerin keşide edilmesine yasal zemin hazırlamıştır. Ancak; ÇekK gereğince getirilmiş düzenlemeler, TTK ile dizayn edilmiş çekin niteliği gereği birçok uyumsuzluğa sebep olacak sorunlar doğurmuş, aynı zamanda mevcut sorunların çözümünü ise tamamen halledememiştir.

Bu çalışmada, ilk ana başlık altında, çekin TTK çerçevesinde bir ödeme aracı olması hususu izah edilmiş, ikinci ana başlığında ileri tarihli çeklere ilişkin genel mahiyette açıklamalar yapılarak ileri tarihli çeklerin ortaya çıkma sebepleri izah edilmiş, üçüncü ve son ana başlıkta ise ileri tarihli çeklerin kullanımından kaynaklanan sorunlar incelenmiş ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinde bulunulmaya çalışılmıştır.

I. ÇEKİN ÖDEME ARACI NİTELİĞİ

Bu başlık altında kısaca, çekin ödeme aracı olma vasfından bahsedilecek ve çekin hukuki niteliği bakımından sahip olması gereken unsurlar anlatılacaktır.

A. GENEL

Çek görüldüğünde ödenen bir ödeme aracıdır ve evrensel olarak kabul görmüş, halen yaygın olarak kullanılan bir senet türüdür. Ancak çeki diğer senetlerden ayıran niteliği, krediter amacı bulunmaması yani ödeme aracı olarak kullanılmasıdır. Borçlu; ödemesini nakit para ile yapması halinde, nakit parayı yanında taşıma, alacaklıya götürürken zayı etme veya çaldırma gibi rizikoları üstlenmek zorunda kalacaktır.

¹Avukat, Adana Barosu - Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi.

Özellikle yüklü meblağlı nakit ödemelerde, kişiler ödeme aracı olarak para yerine çeki tercih ettiklerinde; bahsini ettiğimiz risklerden büyük oranda kurtulacak, para bankacılık sistemi dışına çıkartılmadan tahsil edilecek ve bankadan çıkmayan para bankacılık sistemi içinde faaliyetine devam edecektir. Ancak elbette ki, kişilerin çeki bir ödeme aracı olarak tedavül etmesi mümkünken, ödemeyi çekle kabule ilişkin bir zorlamada bulunma hakları mevcut değildir.

Çekin ödeme aracı olarak kullanılması durumunda; paraya göre daha az masraflı olması, bankaların daha aktif mevduat miktarlarına sahip olmaları ve bu sayede daha çok kredi açabilmeleri sebebiyle daha çok gelir elde edebilmeleri, ödemelerin ispatında güçlü bir etkisinin olması gibi faydaları bulunduğundan, çek tüm dünyada yaygın bir kullanıma sahip olmuştur.²

B. ÇEKİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çekler; hukuken kambiyo senedi hüviyetinde bir kıymetli evrak ve bir ödeme aracı olarak emre yazılı bir senettir. Bu başlık altında çekin hukuki nitelmesi kısaca izah edilmiş; kıymetli evrak, kambiyo senedi, emre yazılı senet ve ödeme aracı olması hususları incelenmiştir.

1. KIYMETLİ EVRAK OLMASI

Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez (TTK md. 645). Bu tanım itibariyle, kıymetli evrak hukukuna hakim olan genel ilkeler çek için de geçerli olacaktır.

Bir kıymetli evrak olan çekteki mündemiç hakkın ileri sürülebilmesi için, çekin ibrazı gereklidir. Bu hakkın devri için ise çek zilyetliğinin nakli gerekmektedir (TTK md. 788/1).

2. KAMBIYO SENEDİ OLMASI

Çek; poliçe ve bono gibi bir kambiyo senedir. TTK muhtevihatında bizzat çek için detaylı düzenlenmeler yapılmamış, diğer kambiyo senetlerine atıflar yapılarak düzenlenmiştir.

Çekin kambiyo senedi olarak düzenlenmiş olması kanunumuzun tanzim tarzı olarak düşünülmelidir. Bunun sebebi, çeki dair mevzuatımıza kaynaklık eden İsviçre Hukukunda, kambiyo senedi olarak sadece bono ve poliçenin düzenlenmiş olmasıdır. Mehaz kanunda kambiyo senedi olarak kabul edilmeyen çekin, Türk Hukukunda kambiyo senetleri arasında kabul edilmesi kanun koyucumuzun açıkça bir tercihten ibarettir. Çünkü çekin kambiyo senetleri ile benzerlikleri mevcutken çok sayıda farklılığı bulunmaktadır.³

²KARAHAN, Sami/ARI, Zekeriya/BOZGEYİK, Hayri/SARAÇ, Tahir/ÜNAL., Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya 2014, s. 338.

³POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Beta Yayınları, Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul 1999, s. 295.

Çekin kambiyo senedi olarak kabulünde mehz kanundan ayrılığımızın bir diğer göstergesi, sistematik olarak poliçenin çok daha detaylı incelenmiş olması ve çeke mahsus birkaç özel hükmün düzenlenmesinden sonra sürekli olarak poliçeye atıf yapılmasıdır.⁴ Bu durum mehz kanun sistematığının çeki kambiyo senedi olarak kabul etmemesinden ileri gelmektedir.⁵

3. EMRE YAZILI SENET OLMASI

Çek, hukuki niteliği itibarıyla havale ve diğer kambiyo senetleri gibi kural olarak emre yazılı ancak TTK md. 785/2 gereği, hamiline yazılı olarak da düzenlenebilen tek kambiyo senedir.⁶ Çekin emre yazılı senet olması; açıkça “emre” yazılı ibaresi ihtiva etmeden de belirli bir kişinin adına keşide edilen çekin, emre yazılı olarak tedavülde olacağı anlamını taşımaktadır (TTK md. 785/1-a).

Çekin emre yazılı olmasını bertaraf edebilmek için muhakkak çek üzerine “Emre yazılı değildir” veya bu minvalde bir ibarenin yazılması gerekir, bu şekilde düzenlenmiş bir çekin devri ancak alacağın temliki yoluyla yapılabilir (TTK md. 788/2).

4. BİR ÖDEME ARACI OLMASI

TTK md. 795/1’deki, “Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir.” düzenlemesi gereği, çekte vade yoktur.⁷ Bu bağlamda çek, diğer kambiyo senetlerinin aksine bir kredi aracı değil, ödeme aracıdır.

Bir senedin çek vasfında olabilmesi için, muayyen bir bedelin kayıtsız ve şartsız bir biçimde ödenmesi için havale edilmiş olması gerekir.⁸ Lehdara ibraz edilmiş çekin, bu kural gereği, ödeme amacıyla verildiği kabul edilir ve bu iddianın aksinin kabulü için ispatı gereklidir.⁹

II. İLERİ TARİHLİ ÇEK

Çekin bir ödeme aracı olduğunu ve görüldüğünde ödeneceğini önceki başlıklar altında inceledik. Ancak; çekin üzerine keşide tarihinden ayrıca başka tarihlerin de yazılmış olması halinde çekin geçerliliğinin etkilenmemesi¹⁰ veya çek üzerine gerçek keşide tarihi yerine başka bir tarihin atılmasının mümkün olması¹¹ndan dolayı, kanun

⁴KARAHAN/ARI /BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s. 339.

⁵ÇEKER, Mustafa, Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 3. Baskı, Adana 2012, s. 670.

⁶SARICA, Ayşe, Ticaret Hukuku, Savaş Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 378.

⁷KAÇAK, Nazif, Kambiyo Senetlerinin Takibi ile Kambiyo Senetlerine İlişkin Borçtan Kurtulma Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adil Yayınevi, 1. Basım, Ankara 2003, s. 136; Yargıtay 12. HD 1991/13639 E. 1991/6393 K. sayılı karar.

⁸ERTEKİN, Erol/KARATAŞ, İzzet, Uygulamada Ticari Senetler Poliçe-Bono-Çek, Turhan Kitabevi, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1998, s. 213.

⁹Yargıtay HGK 2001/15-520 E. 2001/553 K. sayılı ilamı, “...Çek kayıtsız, şartsız belli bir bedelin ödenmesi için yapılan havaledir. Bu itibarla dava konusu çeklerde yazılı meblağın lehdara borç olarak verildiği iddiasının ispatı gerekir...” (SMİP) E. T. 06.05.2018.

¹⁰Yargıtay 12. HD 2000/15789 E. 2000/18942 K. sayılı ilamında, “...Çeklerde vade öngörülmediği için çek üzerinde yazılı iki tarihten önceki tarihin keşide tarihi olarak esas alınması gerekir...” denerek, böyle bir durumda çekin geçerliliğinin etkilenmediği hususu ifade edilmiştir.

¹¹Yargıtay 12. HD 2005/7889 E. 2005/9950 K. sayılı ilamında, “...Çekin asli unsurlarından olan keşide tarihi, gerçek keşide tarihinden sonraki bir tarih olarak da yazılabilir. Bu husus, çekin kambiyo senedi olma vasfını etkilemez...” denerek, çekin üzerine gerçek keşide tarihi atmanın zorunlu olmadığı hususu ifade edilmiştir.

koyucunun ve yüksek mahkemelerin bu tutumları sebebiyle uygulamada, ileri tarihli çekler olarak adlandırılan daha çok ödeme aracı niteliği yerine kredi aracı olma işlevine sahip olan çekler türemiştir.

Bu başlık altında; ileri tarihli çek kavramından genel mahiyetiyle bahsedilerek ileri tarihli çekin düzenlenmesi ve söz konusu uygulamanın ortaya çıkma sebepleri madde madde detaylarıyla incelenmiştir.

A. İLERİ TARİHLİ ÇEKİN DÜZENLENMESİ

İleri tarihli çekler, gerçek düzenleme tarihinden daha ileri bir tarihi taşıyan gerçeğe aykırı keşide tarihli çeklerdir.¹² Misalen; A'nın B lehine 08.05.2018 tarihinde bir çek keşide ettiğini düşünelim. Kural olarak çek, 08.05.2018 tarihinde düzenlendiği için o tarih ile keşide edilmelidir. Ancak; bunun yerine, keşide tarihi olarak 08.08.2018 tarihi yazılırsa bu çek, ileri tarihli bir çek olacaktır.

Çek üzerine, gerçek keşide tarihi yazılıp ileriki başka bir tarih de yazılmak suretiyle “Şu tarihten sonra geçerlidir.” veya “Şu tarihten önce geçersizdir.” ibareli kayıtlar yazmak, söz konusu kayıtların yazılmamış addedilmesine sebep olacak, aynı zamanda çekin çek vasfı da devam edecektir.¹³ Aynı şekilde herhangi bir ibare yazılmadan, çek üzerinde gerçek keşide tarihinin yanına vade olarak düşünülerek atılmış başka bir tarihin bulunması halinde, yüksek mahkeme, yukarıda da izah edildiği gibi, çekin çek vasfını taşımaya devam edeceğini ve tarihlerden önceki tarihin esas alınması gerektiğini ifade eden kararlar vermiştir.¹⁴

B. İLERİ TARİHLİ ÇEKİN ORTAYA ÇIKMA SEBEPLERİ

Türkiye piyasasında çekler, bir bono veya poliçe gibi kullanım alışkanlığı ile bir ödeme aracı yerine kredi aracı olarak kullanılmaya başlanmış, bu durum çekin esas mahiyetini kaybetmesine sebep olmuş ve böylece çekin ileri tarihli bir kredi aracı olarak keşide edilmesi hali yaygınlık kazanmıştır.

Bu başlık altında; ileri tarihli çekin ortaya çıkma sebepleri detaylarıyla incelenmiştir.

1. KREDİ ARACI OLARAK KULLANILMASI

Çeklerin ileri tarihli olarak keşide edilmesindeki bir etken de kambiyo senetlerini kredi aracı olarak kullanma alışkanlığıdır. Bono ve poliçe keşidesinde vade opsiyonunun bulunması; bir diğer kambiyo senedi olan çek üzerine de vadeye benzer bir düşünce tarzından ileri gelecek şekilde, gelecekteki bir tarihi atma yoluna tevessül edilmesine sebebiyet vermiştir. Herhangi bir edimde, edimin ifası gelecekteki bir tarihe bağlanırsa, edimin kredilendirilmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir.

¹²REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek, Ankara 1989, s. 45.

¹³POROY/TEKİNALP, s. 302; KAÇAK, s. 137; Yargıtay HGK 1993/12-58 E. 1993/174 K. sayılı ilamı, “...çeklere, işbu çek...tarihinden sonra geçersizdir, diye yazılmıştır... Çekte yazılı bu ibare çek vasfına etkili değildir...”

¹⁴Yargıtay 12. HD 2001/10468 E. 2001/11509 K. sayılı ilamı, “...Çeklerde vade olmayacağından çek üzerinde yazılı iki tarihten önceki tarih esas alınır. Bu tarihten sonraki bir tarihin yazılmış olması füzuli bir işlem olup çekin kambiyo senedi olma vasfını etkilemez...” (http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=103515) E. T. 08.05.2018.

Esasen TTK, hakikaten çekin bir kredi aracı olarak kullanılmasını engelleyici bir mantık ile dizayn edilmiştir. Bu durum TTK md. 795/2'de "Düzenlenme günü olarak gösterilen gündün önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir." ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. Ancak uygulamada ileri tarihli çek ile, alacaklı, alacağını çekin üzerinde yazılı tarihe kadar almaktan imtina etmek üzere, borçluyu çek bedeli maktarınca vadelenmiş ve kredilendirmiş olmakta; böylece, borçlu bir kredi elde etmiş, alacaklı ise ileri tarihli bir çek ile ibraz süresini uzatmış olmaktadır.¹⁵ TTK'nın aksine bir bakış açısıyla ÇekK, ileri bir tarih belirlenmesine hukuki bir zemin hazırlamış ve tarafların nisbi olarak kendi aralarında yaptıkları ileri tarihli çek anlaşmalarına itibar etmiştir. Böylece ÇekK'nun hamilin çekte yazılı keşide tarihinden önce başvurusunu engellemiş olması ile mevcut mevzuat gereği çekin yalnızca bir ödeme aracı olarak kullanıldığına kabulü artık mümkün değildir.¹⁶

Ayrıca ifade etmek gerekir ki; çekin ya da herhangi bir kambiyo senedinin ileri bir tarihe bağlandığı durumda, kambiyo senedinin kredi aracı olarak kullanılması hali söz konusu temel ilişkiyle bağdaştırılamaz. Yani; bir kambiyo senedinin vadeli ya da çekin ileri tarihli olması, o kambiyo senedinin ve çekin bir kredi aracı olarak kabulünde temel ilişkisinin varlığıyla ilişkilendirilemez.¹⁷

2. KEŞİDECİNİN YAPTIRIMLARA TABİ OLMA RİSKİ

Çek bedelinin, çek hesabında karşılık bulunamaması sebebiyle ödenememesi halinde, keşideci, belirli müeyyideler ile karşı karşıya kalmaktadır. Elbette ki; bu durum, ödemenin yapılabilmesi için hamile bir güvence olmaktadır. Söz konusu müeyyidelerin mevcudiyeti, uygulamada ileri tarihli çeklerin keşide edilmesine sebep olmuştur.¹⁸

Elbette bankada bir karşılığın bulunması meselesi, bankalarda büyük meblağların toplanmasını ve ekonominin devri daimi için önem arz eder.¹⁹ Ancak banka hesabında nakit bir paranın bulunması zorunluluğu olmadığı gibi bankanın söz konusu hesapta bir karşılığın bulunmaması durumunda, aralarında yapılmış bir kredi anlaşmasına binaen de bedeli ödemesi mümkün olabilir.²⁰ Ancak ÇekK'na göre; ileri tarihli bir çekte, hesap sahibinin keşide tarihine kadar hesapta herhangi bir karşılık bulundurmasına lüzum yoktur. Halbuki TTK, çeki elinde bulunduran hamilin, çekteki muayyen bedeli, her an bankadan talep etme hakkı olduğunu kabul etmişti.

3. MUHATABIN BİR BANKA OLMASI

TTK md. 782 gereği, "*Türkiye'de ödenecek çeklerde muhatap ancak bir banka olabilir.*"

¹⁵REİSOĞLU, s. 45.

¹⁶TEOMAN, Ömer, "Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25 S. 2 Y: 2009, s. 34.

¹⁷PULAŞLI, Hasan, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu ile Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları 5. Baskı, Ankara 2017, s. 252.

¹⁸GÜLER, Mahmut, "Sonraki Tarihli Çekler ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2 Y: 1990, s. 172, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1990-19902-1030>) E. T. 09.05.2018.

¹⁹POROY/TEKİNALP, s. 300.

²⁰POROY/TEKİNALP, s. 309.

Maddede “Türkiye’de” ifadesinin geçmiş olması, çek ödemesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre ödeme yeri kanunlarına tabi olması ve bazı ülkelerde çekin gerçek kişiler üzerine de çekilebilir olmasından ileri gelir.²¹

Muhatabın banka olması alacaklıya büyük bir güven aşlamaktadır. Zira mevzuatımızda dayanakları olsun ya da olmasın, bankaların müşterilerine çek defterleri tanzim ederken basiretli bir şekilde hareket edeceği varsayılır. Bu sayede, alacaklıya güven vermek maksadıyla, bono ya da poliçe düzenlemek yerine, keşide tarihi ileriki bir tarih olan çek keşide edilmesi daha fazla tercih edilmiştir.²²

4. TEMİNAT ARACI OLARAK KULLANILMASI

İleri tarihli çekler, bazen de keşidecinin lehdara olan bir borcuna teminat altına almak amacıyla kullanılmaktadır. Keşideci çeki düzenlerken borcuna ilişkin bir vade kazanmakta, lehdar ise alacağını tahsil etme konusunda güvence elde etmektedir. İbrahim sürelerinin kısa olması, standart çeklerin bu amaçla kullanılmasını zorlaştırmakta, böylece, taraflar ileri tarihli bir çek keşidesi konusunda mutabık kalabilmektedirler.²³

Esasen TTK mantığı çerçevesinde çekin; ödeme aracı olarak dizayn edilmiş olması, teminat amacı güdülerek tedavüle sokulmasıyla ters düşer, çünkü; bir teminat maksadı olan senedin mantıken belirli bir vadesi olması gerekir. Bu yüzden, ileri tarihli bir çek ile çekin teminat fonksiyonunun daha fazla güçlendirilmesi amaçlanmaktadır.²⁴

Belirtmek gerekir ki; çekin üzerine hangi temel ilişkiye dayanarak teminat verildiğine dair bir kaydın yazılması halinde, çekin çek vasfını ortadan kalkması²⁵nin gerekçesi, ifade edilen teminat maksadının TTK mantığına uyumsuz olmasıdır. Temel ilişkiye dayanmadan verilmiş bir teminat şerhi ise mutlak bir defiyeye değil sadece taraflar arasında ileri sürülebilecek bir şahsi defiyeye müsaade etmektedir.²⁶

5. İBRAZ SÜRESİNİN KISALMASININ ENGELLENMEK İSTENMESİ

Çekin yasal ibraz süresinin kısaltmasının engellenmesi için taraflar ileri tarihli bir çek düzenlemesi konusunda anlaşabilmektedir. Bazen; çek, taraflar birbirlerinden uzak yerlerde olmalarından mütevellit, fiilen lehdarın eline geç ulaşabilmektedir. Bu durumda, keşideci, söz konusu zorunluluktan dolayı ileri tarihli bir çek keşide etmek isteyebilir.

Çekin bu amaçla ileri tarihte keşide edilmesi, kredi aracı olarak kullanılmak istenmesinden değil, ibraz sürelerinin kısaltmasının getirdiği yasal zorunluluktan kaynaklanmaktadır.²⁷

²¹POROY/TEKİNALP, s. 298; KARAHAN/ARI /BOZGEYİK/SARAÇ/ÜNAL, s. 351.

²²ÇÖL, Hüseyin Cem, “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53 S. 1 Y: 2004, s. 199, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/279/2523.pdf>) E. T. 09.05.2018.

²³ÇÖL, s. 200.

²⁴REİSOĞLU, s. 46.

²⁵Yargıtay 12. HD 2000/2943 E. 2000/3812 K. sayılı ilamı; KOÇAK, s. 136. 26 Yargıtay 19. HD 2015/17823 E. 2016/9441 K. sayılı ilamı.

²⁷GÜLER, s. 172; REİSOĞLU, s. 45.

III. İLERİ TARİHLİ ÇEK KULLANIMINDAN KAYNAKLANAN SORUNLAR

İleri tarihli çeklerin uygulamadaki sorunlarını izah ederken; konunun, çekin keşide tarihinden önce ibrazı ile keşide tarihinden sonra ibrazı olarak ikiye ayırmak, konunun anlaşılması adına yararlı olacaktır. Bu başlık ve söz konusu iki ayırım altında, ileri tarihli çeklerin uygulamadaki sorunlarından bahsedilmiştir.

A. ÇEKİN KEŞİDE TARİHİNDEN ÖNCE İBRAZ EDİLMESİ

Çekin keşide tarihinden önce ibraz edilmesi meselesi, TTK kapsamında açıklığa kavuşturulamamış bir sorundur. Bu sorunun TTK’da çözümlenememesi ise gayet doğaldır. Çünkü, TTK çek hukukunu dizayn ederken çekin ileri tarihli olarak keşide edilmesini önleme gayesinde olmuştur. Söz konusu durumun yaşanması, ÇekK’nun taraflar arasında ileri tarihli çek anlaşması yapmasına sonuç bağlanmasından kaynaklanmaktadır.

1. İBRAZ VE ÖDEME KOŞULU

TTK md. 795/2 gereği, çek ibraz edildiği anda ödenmelidir. Mevcut ÇekK öncesinde, bu sayede, çekin ödeme aracı işlevi devam etmekte, çek hesabında muayyen bedelin bulunması halinde bedeli tahsil edilebilmekte ve hatta hesapta karşılığın olmaması durumunda çekin karşılıksız olduğuna dair işlem yapılabilmekteydi Kanunlar arasındaki çelişik hükümler ve uygulama gereği birçok sorun ortaya çıkmaktaydı.

Son değişiklik²⁸lerle birlikte, çekin keşide tarihinden önce ibraz edilmesi yasaklanmıştır. ÇekK md. 3/8-son cümlesinde, “İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak hukukî takip yapılabilmesi için, çekin üzerindeki düzenleme tarihine göre kanunî ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır.” denmektedir. Buna göre; hamilin karşılıksızdır işlemi yaptırabilmesi için keşide tarihinden başlayan yasal ibraz süresi içinde ibraz etmesi gereklidir. Söz konusu ileri düzenleme tarihi gelmeden ibraz edilen çekler için, çekin karşılıksız çıkması işlemi yapılamayacak ve ÇekK md. 3/8-ilk cümle gereği hukuki ve dolayısıyla cezai takibi de mümkün olmaması sebebiyle, herhangi bir suç fiili oluşmayacak ve bu kapsamda bir müeyyide de uygulanamayacaktır.

Hamilin belirlenen ileri tarih gelmeden ibraz etmesinin geçersizliği, kanunun mezkur açık lafzından ileri gelmektedir. Mamafih; poliçe ve bonoda hamil, TTK md. 713/2 kapsamında, vadeden önce başvurma hakkını kullanabilmektedir. Kanaatimizce; ÇekK md. 3/8’in çok katı bir surette uygulanması, kambiyo senedi hamilleri arasında ayrıştırıcı ve eşitsiz bir anlayış doğurur. TTK md. 713/2 gereği; poliçe ve bono hamilleri gibi çek hamilleri de, keşidecinin iflası ile ödemelerini tatil etmesi veya hakkında yapılan icra takibinin semeresiz kalması hallerinde, çek hamili ileri tarihi beklemeden ibraz edebilmeli ve başvurma haklarını kullanabilmelidir. Bu kapsamda TTK md. 808’de ifade edilen; protesto yoluyla, muhatap tarafınca

²⁸30261 sayılı ve 05.12.2017 tarihli resmi gazetede yayımlanan, 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 100. maddesi ile ÇekK’ndaki, 31.12.2017 tarihinde sona erecek olan çeklerin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ödenmek için muhatap bankaya ibrazı yasağı, 31.12.2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

ya da takas odasınca çekin ödememe durumunun tespiti gereklidir. Fakat ÇekK gereği, muhatap banka ve takas odasının söz konusu işlemleri yapması mümkün olmadığından, tek yol olarak kalan protestonun noter aracılığıyla çekilmesi ile durumun tespiti lazımdır. Böylece; hamil, keşideci dahil ilgili kişilere başvuru yapabilecektir.²⁹

2. HAMİLİN KISMİ ÖDEMEYİ KABUL ETMESİ

Hamilin keşide tarihinden önce yapılan ibrazı ve şartların sağlanması ile hesaptaki kısmi miktarın ödenmesini kabul etmesi halinde, ÇekK md. 3/6'da geçen "...çekin ön ve arka yüzünün onaylı fotokopisi ücretsiz olarak hamile verilir." hükmü gereği söz konusu onaylı sureti elde eder. Ancak; çekin aslının muhatap bankada muhafaza edilmesi durumu bazı çekinceler yaratmaktadır. Çekin onaylı fotokopisi, elbette ki çekin aslı olmadığından, çek vasfına haiz olmayacak ve çek ile yapılabilecek işlemler bu onaylı suret ile yapılamayacaktır.

Çekin ibraz edilebilirlik kazanmasıyla yapılan ibrazın bankaca nasıl bir muamaleye tabi olacağı ve sonradan çekin onaylı fotokopisi sunulduğunda, hesapta karşılık bulunamazsa, söz konusu fotokopi ile karşılıksızlık işlemi yapılıp yapılamayacağı konusunda tartışmalar³⁰ mevcuttur. Kanaatimizce, bankanın kendi onayladığı evrakı, sonradan, onaylı sureti çek aslı olmadığı gerekçesiyle karşılıksızdır işlemine tabi tutmaması dayanaksızdır. Bu durumun aksini kabul ettiğimizde, iktisadi olarak, banka kendi onayladığı evrakı sonradan kabul etmeyerek ticari hayatta çelişki yaratacak; hukuki olarak ise, esasen ilk ibrazın amacı olan çekin teşhis fonksiyonunu ispat etmek için kullanılan onaylı suretin maksadına aykırı hareket etmiş olacaktır. Öyleyse banka, kendisinin onayladığı sureti, ibraz vakti gelince, aslı gibi kabul etme yükümlülüğünü de üstlenerek hamile vermektedir. ÇekK md. 3/6'nın düzenlenme maksadı budur, aksi halde kanun hamile, korumadığı bir hukuki işleme muhatap olma külfeti yüklerken, muhatap bankaya herhangi sorumluluk yüklemeyip çek hamilinin bile bile zarara uğramasına sebep olacaktır.

3. HAMİLİN KISMİ ÖDEMEYİ REDDETMEŞİ VEYA ÇEKTE YAZILI MİKTARIN KARŞILIKSIZ ÇIKMASI

Mevcut durum gereği banka, keşide tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılıksız çıkması halinde, karşılıksızdır işlemi yapmayarak çeki iade etmesi gerekir. Pekala karşılıksızdır işleminin yapılmaması, bankanın hiçbir işlem yapmayacağı anlamına mı gelmektedir? Söz konusu durum doktrinde tartışmalıdır.

İleri tarihli çek, ibraz süresi gelmeden ibraz edilebilir fakat kanunun açık hükmü gereği ibraz geçersiz kabul edilmektedir. Söz konusu ibraz, ileri keşide tarihi gelene kadar sayısız bir şekilde tekrarlanabilir³¹ ve ibrazlar çekin geçerliliğini etkilemez.³² İbraz ile hamilin kısmi ödemeyi reddetmesi veya çekteki muayyen bedelin çek

²⁹YILDIRIM, Ali Haydar, "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) Ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21 S. 4 Y: 2017, s. 107-111, (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/21_4_4.pdf) E. T. 09.05.2018.

³⁰Söz konusu tartışmalar için bkz. SOYDEMİR, Muzaffer, "Çekte Vade Sorunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Uluslararası Ticaret Hukuku ve AB Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 60-61.

³¹REİSOĞLU, s. 58.

³²POROY/TEKİNALP, s. 307.

hesabında mevcut olmaması halinde, karşılıksızdır işleminin yapılamayacağını kanuni dayanağı mevcutken, çekin ne gibi bir işleme tabi tutulacağı hususu belirsizdir. Kanaatimizce; ibraz edilen çeki dair hiçbir ödeme yapılmadığından, ÇekK md. 3/6 doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda, ÇekK md. 7/4 ve ÇekK md. 7/5'teki yükümlülükler gereği, ileri keşide tarihinden önce ibraz edilen çek için karşılıksızdır işlemi talebinin sonuçlandırılması, banka görevlisi hakkında cezai bir işlemin doğumunu engelleyecektir.³³ Bu durumda; banka görevlisinin yapacağı işlem, ibrazın geçersizliğinin tespitinden ibaret olmalıdır. İbraz eden hamile hiçbir işlem yapmadan çeki iade etmek, yaptığı ibrazın keşide tarihinden önce mi sonra mı olduğu konusunda uyuşmazlık yaratabilir. Bu sebeple, banka görevlisi, ibraz ısrarı karşısında ibrazın keşide tarihinden önce olduğunu tespit ederek, kendini kanun karşısında güvence altına almalıdır. Bu tespit, ÇekK md. 3/6'nın kıyasen uygulanmasıyla yapılabilir. Banka görevlisi, ibraz edilen çekin iki suretini hazırlar ve herbirine ibraz ve keşide tarihi ile ibrazın keşide tarihinden önce yapılması sebebiyle ibrazın geçersiz olduğunu şerh ederek her iki sureti de onaylar. Daha sonra, tespitin doğruluğunun ispatı için; onaylı bir sureti banka nezdinde muhafaza etmeli ve diğer onaylı sureti ise hiçbir işlem yapılmayan çek aslıyla beraber hamile iade etmelidir. Bu sayede hem ibraz yasağı delinmemiş hem de banka görevlisi muhtemel sorumluluktan kurtulmuş olacaktır.

B. ÇEKİN KEŞİDE TARİHİNDEN SONRA İBRAZ EDİLMESİ

Çekin keşide tarihinden sonra ibraz edilmesi, TTK ve ÇekK kapsamında aranan ideal durumdur. Bu ibrazın geçerli olabilmesi için ibraz süreleri içerisinde yapılmış olması gerekir.

Söz konusu ibraz sürelerine dair ayrıca belirtmek gerekir ki; keşide tarihinin ileri bir tarihe atılabilmesinin önünün açılmasına karşın, on günlük, bir aylık ve üç aylık standart ibraz sürelerinin uygulanması; diğer kambiyo senetlerine uygulanan ödeme günü ve takip eden 2 iş günü olan ibraz süresi³⁴ ile kıyaslandığında fazlasıyla eşitsiz bir görüntü ortaya koymaktadır.³⁵ Kanaatimizce, çeki adeta bir vade ihdas edilmişçesine uygulanan mevcut hal devam edecekse, bu süre zarfı içinde³⁶ çekin ibraz sürelerinin ciddi kısaltılması gerekir.

1. ÖDEME VE KARŞILIKSIZ ÇIKMANIN MADDİ OLARAK BELİRLENMESİ

İzah edilmiş şekilde ve usulüne uygun ibrazın yapılması halinde herhangi bir problem yaşanmayacaktır. Ancak kanunun bu konu ile alakalı benimsediği usul hatalıdır. Şöyle ki; ÇekK md. 3/2'ye göre, “*“Karşılıksızdır” işlemi, muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır.*” Hamilin ibrazı ile hesapta karşılığın kısmen bulunması halinde, hamil dilerse bankanın ödemekle yükümlü olduğu miktar ve kısmen karşılığın toplamı kadar olan bir kısmı ödeme yapılmasını talep edebilir.³⁷ Ya da hamil, hesapta karşılığın kısmen bulunmasını gözardı ederek kısmi

³³REİSOĞLU, s. 58.

³⁴Bu süreler; poliçe için doğrudan TTK md. 714/3, bono için ise TTK md. 778/1-d'nin atfıyla TTK md. 714/3 gereği belirlenmektedir.

³⁵YILDIRIM, s. 113.

³⁶Süresi dolunca tekrar uzatılmaz ise; 7061 Sayılı Kanun'un 100. maddesine göre, şuan 31.12.2020 tarihine kadar.

³⁷PULAŞLI, s. 46.

ödemeyi kabul etmez ve karşılıksızdır işlemi yapılmasını talep eder. Hamil kısmı ödemeyi kabul etse de etmese de, sınırlı olarak karşılıksızdır işlemi yapılacağından, banka sadece ödemekle yükümlü olduğu ile hesaptaki kısmi karşılığın toplamı haricindeki miktar için karşılıksızdır işlemi yapacaktır. Bu durum göstermektedir ki; karşılıksızdır işlemine tabi olan miktarın aynı olması ve hukuken de karşılıksızlık sonucunda aynı neticeler ortaya çıktığından, hamilin kısmi ödemeyi reddetmesinin hiçbir anlamı yoktur.

Örnek vermek gerekir ise; 50.000 TL'lik bir çek ibraz eden hamile, çek hesabında 10.000 TL olduğu söylenmiştir. Hamil kısmi ödemeyi kabul etse de etmese de, banka; yalnızca ödemekle yükümlü olduğu 1.600 TL³⁸ ve 10.000 TL toplamının haricindeki miktar olan 48.400 TL kadarlık çek bedeli için karşılıksızdır işlemi yapacaktır (ÇekK md. 3/2 ve ÇekK md. 3/3-b,2).

2. KARŞILIKSIZ ÇIKMANIN ŞEKLEN BELİRLENMESİ VE BANKANIN HUKUKİ İŞLEMLERİ

Karşılıksızdır işlemi yapılabilmesi için; birçok şartın kümülatif olarak yerine getirilmiş olması gerekir. İlk olarak; çek, ÇekK gmd. 3/5 gereği, keşide tarihinden sonra ve TTK md. 796/1 ve TTK md. 796/2 gereği, ibraz süreleri içinde ibraz edilmiş olmalıdır. Daha sonra, çekteki bedelin, çek hesabındaki miktar ve bankanın ödeme yükümlülüğü olan 1.600 TL'nin toplamından daha fazla olması gerekir. Bu şartlar sağlandıktan sonra yetkili hamil, karşılıksızdır işleminin yapılması için ÇekK md. 3/4 gereği, talepte bulunmalıdır. Nihayetinde, hamil gerekli işlemler yapıldıktan sonra banka görevlisi ile birlikte çeki imzalayacaktır. Ancak hamilin imzadan imtina etmesi halinde karşılıksızdır işlemi yapılmaz.

ÇekK md. 3/4'te, *“Hamilin talepte bulunması hâlinde, karşılıksızdır işlemi; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi hâlinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması hâlinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz.”* ifadeleriyle karşılıksızdır işleminin nasıl olacağı anlatılmıştır. Kanun; ödeme yapılabilmesi için, tüzel kişiler adına bedeli tahsil etmek isteyen kişi ile banka yetkilisinin birlikte imzalamasını kabul etmiştir. Doktrinde bu konuda, söz konusu birlikte imzanın sadece tüzel kişilerle alakalı bir hüküm olduğundan bahisle, gerçek kişilerin imzalamasının aranmadığı sonucuna varan görüşler mevcuttur.³⁹ İlgili maddenin son cümlesi tüm hamiller için geçerli olduğu gerekçesiyle, bu şekilde bir yorumun dayanaksız olduğunu düşünmekteyiz.

³⁸19.01.2018 tarihli 30306 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Çek Defterlerinin Baskı Şekline Ve Bankaların Hamile Ödemekle Yükümlü Olduğu Miktarın Belirlenmesine İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile, karşılıksız çek için bankaların ödemekle yükümlü olduğu tutar 1.600 TL olarak belirlenmiştir. Söz konusu tebliğ 29.01.2018'den sonra yürürlüğe girmiştir.

³⁹SOYDEMİR, s. 64-65.

SONUÇ

İleri tarihli çekler ekonomik olarak faydalı olarak kabul edilse bile, toplumsal ve hukuki bağlamda bir sakıncası mevcuttur. Özellikle TTK'nın sistematığıne tamamen aykırı olarak çeki de bir kredi aracıymış gibi dizatn etmeye kalkışmak, bono ve poliçeyi ticari hayattan tamamen dışlama sonucunu doğurur. Ayrıca; ileri tarihli çek kullanımının artmasıyla karşılıksız çek keşide etme suçlarının artması arasında büyük bir bağlantı olduğu muhakkaktır. Bu durum, ticari ahlakın bozulmasına ve ticari hayatın güvenilir olmazına sebebiyet vererek ennihayetinde bizi atılan taşın ürkütülen kuşa değmeyeceği fikrine ulaştıracaktır.

ÇekK kapsamında söz konusu olumsuz ahvalin sona erdirilmesi amacıyla bitmeyen bir kanuni değişiklik furyası başlamıştır. Hukuki güvenlik ilkesine de zarar veren bu durum, uygulamadaki problemleri çözmekten ziyade daha fazla uyuşmazlık yaratmaya meyillidir. TTK ve ÇekK'nun birbirlerine zıt bir bakış açısıyla düzenlenmiş olması, çek sisteminin oturduğu zeminin zarar görmesine ve temel ticari işleyişin zarar görmesine sebep olmaktadır.

Kanaatimizce, ileri tarihli çeklerin hukuk mevzuatımızdan mümkün olduğunca kısa bir zamanda çıkartılması gerekli ve ÇekK'nda bulunan yürürlük tarihlerinin uzatılmasıyla bir türlü geçersiz hale gelmeyen geçici maddelerin değiştirilmesinden vazgeçilmelidir.

ÇekK'ndaki bazı hükümler, olumsuz realiteye kanuni hüviyet kazandırdığından, ticari hayattaki uyuşmazlıklara çözüm olmaktan uzaktır. Doktrinde bazı belirsiz ve sorunlu alanlar birçok hukuki tartışmaya neden olmaktadır. Biz de bu makale ile; standart çekler ve ileri tarihli çeklerin farklılıklarının izahatını yaparak, söz konusu ileri tarihli çeklerin uygulamada yarattığı sorunlara naçizane çözüm getirmeye çalıştık. Umarım bu çalışmamız, Karınca Kıssası'nca dahi olsa hukuk dünyamıza bir katkı yapmıştır.



BİR SAĞLIK HUKUKU KONUSU OLARAK KASTRASYON İŞLEMİNİN HUKUKSAL ÇERÇEVEDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Merve Dilara KOCACIK

Ülkemizde özellikle son zamanlarda kendisine geniş bir çalışma alanı bulan “Sağlık Hukuku” sağlık alanındaki hasta hakları, hekim hakları, sağlık kuruluşları, sağlık mesleklerinin uygulamaları gibi birçok alanda yol gösterici olmakla birlikte günümüzde büyük önem kazanmıştır. Hasta hakları sağlık alanındaki insan hakları olarak tanımlanabilir ve ülkemizde hasta hakları 01.08.1998 tarihinde yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinde bütün halinde gösterilmiştir. Hasta hakları; belirtilen yönetmeliğin 4. maddesi e bendinde *“Sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip oldukları ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarıdır.”* olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğin 6. Maddesinde *“Hasta, adalet ve hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde sağlıklı yaşamının teşvik edilmesine yönelik faaliyetler ve koruyucu sağlık hizmetleri de dahil olmak üzere, sağlık hizmetlerinden ihtiyaçlarına uygun olarak faydalanma hakkına sahiptir. Bu hak, sağlık hizmeti veren bütün kurum ve kuruluşlar ile sağlık hizmetinde görev alan personelin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun hizmet verme yükümlülüklerini de içerir.”* denilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere sağlık hizmetlerinde yararlanma ihtiyacı bulunan fertler bu kanun ile sahip oldukları hakları bilerek buna uygun davranılmasını talep etme hakkına sahip olmuşlardır. Bunun gibi geniş ve önemli bir konuyu ayırarak incelemek konunun detaylandırılması açısından daha sağlıklı olacaktır.

Benim de bu makalede inceleyeceğim konu halk dilinde “hadım” olarak bilinen “Kimyasal Kastrasyon”un hukuki olarak yorumlanması olacaktır.

Kastrasyonu kısaca tanımlayacak olursak;

Kişilerin cinsel faaliyette bulunma ve üreme kabiliyetini geri dönüşü olmayacak bir şekilde tamamen sonlandıran veya geçici olarak donduran cerrahi ya da kimyevi olarak gerçekleştirilen müdahaledir diyebiliriz.

Kastrasyonun tarihini inceleyecek olursak çok eskilere dayanmaktadır, bu müdahale eski çağlarda düşmanın onurunu kırmak için ya da devlet yönetiminde görev almak, kilise ve katedral korolarında dini şarkılar söylemek veya haremlerde görev almak için de kullanılmıştır. Fakat günümüzde kastrasyon uygulaması bu bahsedilen amaçlara hizmet eden bir müdahale olmaktan çıkmış ve asıl olarak kişilerin cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen suçlarla mücadelede ve suçluyu tedavi etmede bir yöntem olarak kullanılmaya çalışılmıştır. 1892 yılında İsviçre’de ilk olarak bu yöntem kullanılmış daha sonrasında Hollanda, Norveç, Danimarka, Finlandiya gibi ülkelerde uygulanmaya başlanmıştır.

Bu konu üzerinde dikkat edilecek hususlar yapılan müdahalenin niteliğine göre kimyasal veya cerrahi olarak, kişinin iradesine göre ihtiyari veya zorunlu kastrasyon olarak detaylandırılabilir.

Bu müdahale iki türlü olmakla birlikte ameliyat yoluyla erkeği üreme organı olan testislerinin vücuttan alınması şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi cinsel dokunulmazlığı ihlal suçundan dolayı yargılanan bir kişiye ilaç verilmesi suretiyle kişinin vücudunun testosteron üretimini engelleyerek de yapılabilir. Ancak unutulmamalıdır ki cinsel dokunulmazlığın ihlali suçunu işleyen bireylerin bu suç işlerken sadece cinsel dürtülerini kontrol edemeyen bireyler oldukları gibi buna bağlı olarak önemli takıntıları olan parafil hastaları olabileme ihtimalleri de yüksektir. Bu nedenle cerrahi kastrasyon geri dönüşü olmaksızın testosteron hormonunun üretimini önlediğinden, kimyasal kastrasyona nazaran daha radikal bir tedbir niteliği taşımaktadır. Günümüzde bu yöntem hastanın aydınlatılmış onamı alınarak uygulanabilmektedir. Türk Hukuku'nda hadım konusu özel olarak düzenlenmemekle birlikte kişilerin bazı görülen hastalıkların tedavisi nedeni ile kadın veya erkeğin hadım edilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır ancak burada da hadım etme ile ilgili mevcut düzenlemelerde genel olarak sadece rızadan bahsedilmiştir.

Türk Hukuku'nun dışında Alman Hukuku'nda Alman Kastrasyon Kanunu m.II/2 de tıbbi sebeplerle yapılacak hadım etme müdahalesinin hukuka uygun olabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekeceğini belirterek; Bunları a) Hadım edilecek kişinin 25 yaşını doldurmuş olması b) Tıbbi sebeplerin bulunması c) Hadım etme fiiliyle ruhsal ve bedensel bozuklukların giderilmesi öngörülmüş olmalı d) İlgili kişinin rızasının olması gerekir denilmiştir. Türk hukukunda ise kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edenlere karşı zorunlu cerrahi kastrasyonun uygulanacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde “...bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.” denilerek, sadece tedavi amaçlı olarak kastrasyon işlemi uygulanabileceği belirtilmiştir. Yine dolaylı olarak belirtile de Türk Ceza Kanununda ve Nüfus Planlaması Kanununda düzenleme bulunmaktadır. Ceza Kanununun 101/I,II'de “Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştırıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil kısırlaştırma işlemi yapmaya yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılmış ise, ceza üçte bir oranında artırılır.”

“Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” düzenlemelerine yer verilmiştir. Ancak burada kişinin vücut bütünlüğünün ihlali, özel hayatın korunması içerisinde yer alan cinsel özgürlüğün kısıtlanması ve aile hayatının ortadan kaldırılması gibi ağır sonuçları ortaya çıkarıp geniş tartışmaları meydana getirmiştir ve bir diğer önemli husus ise ceza hukuku yaptırımı olarak kastrasyonun ceza mı yoksa güvenlik tedbirimi olduğu sorusu önem kazanacaktır. Bu nedenle birden fazla görüş mevcuttur failin tekrar suç işlemesini önlemek için kefalet amacıyla yapılan müdahale de kişi işlediği suçun bedelini ödeyebilecektir

ancak bu kişi ıslah edilerek topluma kazandırılma aşamasında sorunlar yaşanacaktır. Bu nedenle ceza hukukunun baskılayıcı değil önleyici bir yol izlemesi burada önem olacaktır. Cinsel dokunulmazlığın ihlali nedeniyle fail hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarpıtılabilir ancak buna ek olarak kastrasyon işlemine maruz kalmayacaktır.

Tüm bu veriler değerlendirildiği zaman kastrasyon yöntemi bizim ülkemizde uygulama alanı bulamayan bir yöntem olacaktır ancak değerlendirmesi ceza hukuku, anayasa hukuku, medeni hukuk vb. ek olarak sosyoloji boyutunda yapılabilecek bu konunun günümüzde artan cinsel suçlar nezdinde ve bu suçların mağdurlarının genelde kadın ve çocuk olması nedeniyle konunun tekrar değerlendirilmesi belki de diğer ülkeler gibi bizim ülkemizde de yararlı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Uygulamada olan cezaların yeterli olmadığı veya herhangi bir caydırıcılığı olmadığı değerlendirilmesi yapılırsa da, bu yöntem tekrar gündeme getirilebilecektir. Ancak belirtmek gerekirse uygulanacak müdahalenin insan hassasiyetine uygunluğu, verilen hükümden yanılma ihtimali ve kişilerin sağlıklı yaşam ile özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakları söz konusu olduğunda bu konu anayasa hukuku açısından tartışma konusu olma niteliğini sürdürmektedir. Ancak bu gönüllü olarak seçme ihtimali söz konusu olursa fail tarafından tercih edilebilecek bir yöntem haline gelecektir. Bu da toplumda yaşanan bu tür olayların bir nebze de olsa azalmasına zemin hazırlayacaktır. Bu şekilde bir yol ile belki de toplumda yaşayan bireyler olarak her geçen gün korkmak, öfkelenmek, kaygılanmak, sürekli olarak tedbir almak zorunda bırakılmak yerine kanunların biz bireyleri koruyacağından emin olarak yaşamımızı devam ettirebileceğiz.



**YARGITAY
KARARLARI**



T.C.
YARGITAY
3. HUKUK DAİRESİ

E. 2018/5302
K. 2018/10049
T. 16.10.2018

DAVA : Taraflar arasındaki menfi tespit davasının yapılan yargılaması sonucunda, davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün, süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine; temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra, dosya içerisindeki kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

KARAR : Davacı; eşi olan davalı ile anlaşmalı boşandıklarını, dava öncesinde yapılan protokol ve mahkeme kararı doğrultusunda müşterek çocukları ...'ın eğitim giderlerinin 2010 yılı sonuna kadar karşıladığını, ayrıca 29/06/2007 ila 31/12/2009 tarihleri arasında davalının talebi üzerine nafaka borcuna mahsuben oturduğu evin kredi taksitleri ile diğer giderlerini ödediğini, davalının isteği üzerine 05/04/2010 tarihinden itibaren nafakaları banka hesabına yatırdığını, ancak nafaka borcu bulunmamasına karşın davalı tarafından birikmiş nafaka ve işlemiş faizi için aleyhine icra takibi başlatıldığını ileri sürerek; nafaka borcunun bulunmadığının tespiti ile kötüniyet tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı; davacı ile müşterek çocuk ...'ın eğitim giderlerinin karşılanması amacıyla yaptıkları protokolün yargılama sırasında ileri sürülmemesi ve mahkemece nafaka takdir edilmesi nedeniyle geçerlilik kazanmadığını, bu nedenlerle davacının yapmış olduğu eğitim giderlerini nafakadan mahsup edemeyeceğini savunarak, davanın reddi ile icra inkar tazminatının davacıdan tahsilini istemiştir.

... 4. Asliye Hukuk Mahkemesince, davanın kısmen kabulüne dair verilen hüküm, tarafların temyizi üzerine Dairemizin 02/07/2013 tarihli ve 2013/8303 Esas11368 Karar sayılı ilamıyla;

(...O halde, mahkemece yapılacak iş; protokol hükümlerince değil, mahkemece karara bağlanmış ve kesinleşmiş aylık 1000 TL iştirak nafakasına göre birikmiş nafaka borcunun bulunup bulunmadığı bilirkişi incelemesi yaptırdıktan sonra sonucu dairesinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...)

Gereğiyle bozulmuştur. Bozma ilamına uyan mahkemece; davanın kısmen kabulüne dair verilen hüküm, davalı tarafın temyizi üzerine Dairemizin 18/02/2015 tarihli ve 2014/20362 Esas 2015/2478 Karar sayılı ilamıyla; davaya bakma görevinin aile mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görev yönünden bozulmuştur. Dosyanın gönderildiği ... 2. Aile Mahkemesince; davanın kısmen kabulüyle davacının takip tarihi olan 27/04/2012 tarihi itibarıyla 4.283,88 TL asıl alacak, 7,39 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 4.291,27 TL borçlu olduğunun tespitine dair verilen hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiş ve Dairemizin 27/09/2016 tarihli ve 2016/11619

Esas 2016/11293 Karar sayılı ilamıyla;(...Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının ortak çocuğun okul masrafı olarak yaptığı ödemelerin nafaka borcundan mahsubu gerekeceği, davacı tarafından çocuğun okul masrafı dışında yapılan ödemelerin çocukla ilgili olmadığı tespit edilerek davacının borçlu olduğu miktar tespit edilmiştir.TBK'nun 78/2. (BK'nun 62/2) maddesi gereğince, ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceği açıklanmıştır. Bu durumda, davacının müşterek çocuk için okul masrafı olarak yaptığı ödemelerin ahlaki vazifenin yerine getirilmesi amacıyla olduğu kabul edildiğinden nafaka borcundan mahsup edilmesi doğru görülmüştür.

O halde mahkemece, daha önceki bozma ilamında da belirtildiği üzere mahkemece karara bağlanmış ve kesinleşmiş aylık 1.000 TL iştirak nafakasına göre davacının birikmiş nafaka borcunun miktarının belirlenmesi ve sonucu dairesinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...) Gereğince bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve davanın kısmen kabulüyle davacının takip tarihi olan 27/04/2012 tarihi itibariyle 35.310 TL asıl alacak, 7.811 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 43.121 TL borçlu olduğunun tespitine, tarafların tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre; davacı tarafın sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-) Hükme esas alınan bilirkişi raporunda; davacı tarafından nafaka açıklaması ile 05/04/2010 ve 06/04/2010 tarihlerinde ödenen 500'er TL ile 05/05/2010 ve 05/06/2010 tarihlerinde ödenen 1.000'er TL olmak üzere toplam 3.000 TL nafakanın ve bu miktar yönünden talep edilen işlemiş faizin hesaplamaya dahil edilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hükmün düzeltilerek onanması HUMK'nun 438/7 maddesi hükmü gereğidir.

SONUÇ : Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı tarafın sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının birinci bendinde yer alan "Açılan davanın kısmen kabulüyle ...12. İcra Müdürlüğü'nün 2012/3666 esas sayılı dosyasında takip tarihi olan 27/04/2012 tarihi itibariyle davacının 35.310,00 TL asıl alacak, 7.811,00-TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 43.121,00 TL borcu olduğunun tespitine, bu miktarı aşan kısım yönünden borçlu olmadığı tespitine," ifadesinin çıkartılarak yerine "Açılan davanın kısmen kabulüyle ... 12. İcra Müdürlüğü'nün 2012/3666 esas sayılı dosyasında takip tarihi olan 27/04/2012 tarihi itibariyle davacının 32.310 TL asıl alacak, 7.148 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 39.458 TL borçlu olduğunun tespitine, bu miktarı aşan kısım yönünden borçlu olmadığı tespitine," ifadesinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde



temyiz eden tarafa iadesine, 6100 Sayılı HMK'nun Geçici Madde 3 atfıyla 1086 Sayılı HUMK'nun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 16/10/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

T.C.
YARGITAY
18. CEZA DAİRESİ

E. 2018/7571
K. 2019/1434
T. 16.1.2019

• **İŞYERİ DOKUNULMAZLIĞINI BOZMA (Mahkemece Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hem Hırsızlık Hem de İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçlarından Mahkumiyet Kararları Verildiği Ancak Suça Sürüklenen Çocukların Hırsızlık Yaptıkları Yerin İşyeri veya Eklentisi Niteliğinde Olmayan Boş Depo Olduğunun Anlaşılması Karşısında Unsurları İtibariyle Oluşmayan İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçundan Beraat Kararı Verilmesi Gerekirken Hükümlülük Kararı Verilmesinin Hukuka Aykırılığı)**

• **BOŞ DEPOYA GİREREK İÇERİDE BULUNAN MATKAP VE HİLTİ ÇANTASINI ÇALMA (Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hem Hırsızlık Hem de İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçlarından Mahkumiyet Kararları Verildiği/Suçta Sürüklenen Çocukların Hırsızlık Yaptıkları Yerin İşyeri veya Eklentisi Niteliğinde Olmayan Boş Depo Olduğunun Anlaşılması Karşısında Unsurları İtibariyle Oluşmayan İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçundan Beraat Kararı Verileceği)**

• **İŞYERİ VEYA EKLENTİSİ NİTELİĞİNDE OLMAYAN DEPODA HIRSIZLIK (Suça Sürüklenen Çocukların Hırsızlık Yaptıkları Yerin İşyeri veya Eklentisi Niteliğinde Olmayan Boş Depo Olduğunun Anlaşılması Karşısında Unsurları İtibariyle Oluşmayan İşyeri Dokunulmazlığını İhlal Suçundan Beraat Kararı Verilmesi Gerekirken Hükümlülük Kararı Verilmesinin İsabetsiz Görüldüğü)**

5237/m.116/2,119/1

ÖZET : Somut olayda; suça sürüklenen çocukların müştekiye ait boş depoya girerek, içeride bulunan matkap ve hilti çantasını çalarak işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece suça sürüklenen çocuklar hakkında hem hırsızlık hem de işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarından mahkumiyet kararları verilmiştir. Ancak suça sürüklenen çocukların hırsızlık yaptıkları yerin işyeri veya eklentisi niteliğinde olmayan boş depo olduğunun anlaşılması karşısında, unsurları itibariyle oluşmayan işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken, hükümlülük kararı verilmesi hukuka aykırıdır.

DAVA : İşyeri dokunulmazlığını bozma suçundan suça sürüklenen çocukların, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 116/2, 119/1-c, 31/2, 62/1 ve 52/2. maddeleri

gereğince 3.000,00 Türk Lirası adli para cezası ile cezalandırılmalarına dair Karşıyaka 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27/03/2017 tarihli ve 2016/98 esas, 2017/326 Sayılı kararını kapsayan dosya incelendi.

İstem yazısında; “Dosya kapsamına göre, diğer suça sürüklenen çocuk ...’ün işyeri dokunulmazlığını bozma suçu ile birlikte işlediği iddia olunan hırsızlık suçlarının istinaf edilmesi üzerine, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 30/06/2017 tarihli ve 2017/1143 esas, 2017/1080 Sayılı kararı ile suça sürüklenen çocuk lehine bozma kararı verilmesini müteakip, Karşıyaka 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 20/11/2017 tarihli ve 2017/491 esas, 2017/1035 Sayılı kararıyla, suça sürüklenen çocuğun işyeri dokunulmazlığını bozma suçuna konu deponun boş dükkan olduğu, bu nedenle ilgili suçun oluşmayacağından bahisle atılı suçtan beraatine karar verildi.ği anlaşılmakta,

Suçta sürüklenen çocuklar yönünden kesin nitelikte olması nedeniyle istinaf başvurusu reddedilen işyeri dokunulmazlığını bozma suçunun, diğer suça sürüklenen çocuk ... hakkında bozma sonrası beraat kararı verilen hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığını ihlâl suçlarıyla bağlantılı olduğu ve birlikte işlendikleri, suça sürüklenen çocukların işyeri dokunulmazlığını bozma suçuna konu deponun boş dükkan olduğu, bu nedenle atılı suçun oluşmayacağı gözetilmeden suça sürüklenen çocukların beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” denilmektedir.

Hukuksal Değerlendirme:

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/06/2014 tarih ve 2014/15-157 esas, 2014/314 Sayılı kararında açıklandığı üzere, Türk Ceza Kanununun “Konut dokunulmazlığının ihlali” başlıklı 116. maddesinin birinci fıkrası; “Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”, ikinci fıkrası ise; “Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin işyeri dokunulmazlığının ihlalini düzenleyen ikinci fıkrasının gerekçesinde ise; “Birinci fıkrada tanımlanan fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutad olan yerler dışında kalan işyeri ve eklentileri hakkında işlenmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu fıkranın uygulanmasında, birinci fıkrada sözkonusu olan koşullar aranacaktır. Niteliği itibarıyla açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi alışılmış, mutad olan yerler dışında kalan yerlere rıza olmaksızın girilmesi bu suçu oluşturacaktır. Avukatlık bürosu ve özel muayenehane bu gibi izinle girilmesi gereken yerlere örnek olarak gösterilebilir. Keza herkesin herhangi bir koşulu yerine getirmeksizin girebileceği yerlere, söz gelimi süpermarketlere, dükkânlara, mağazalara, halka açık olmadıkları zamanlarda, mesela mesai saatleri dışında rıza hilafına girilmesi halinde de bu suç oluşacaktır.

Zira hak sahipleri bu gibi yerlere isteyenin girmesi hususunda daha başlangıçta rızalarını örtülü olarak açıklamış sayılırlar” biçimindeki açıklamalara yer verilmiştir.

İnceleme konusu somut olayda; suça sürüklenen çocukların müştekiye ait boş depoya girerek, içeride bulunan matkap ve hilti çantasını çalarak işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece suça sürüklenen çocuklar hakkında hem hırsızlık hem de işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarından mahkumiyet kararları verilmiştir. Ancak suça sürüklenen çocukların hırsızlık yaptıkları yerin işyeri veya eklentisi niteliğinde olmayan boş depo olduğunun anlaşılması karşısında, unsurları itibariyle oluşmayan işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan beraat kararı verilmesi gerekirken, hükümlülük kararı verilmesi hukuka aykırıdır.

KARAR VE SONUÇ : Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, düzenlediği tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden,

1-) İşyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan suça sürüklenen çocuklar hakkında Karşıyaka 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27/03/2017 tarihli ve 2016/98 esas, 2017/326 Sayılı kararın, CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA,

2-) Bozma nedenine göre anılan Kanun maddesinin 4-d fıkrası gereğince karar verilmesi mümkün görüldüğünden; suça sürüklenen çocuklar ... ve ... hakkında, unsurları itibariyle oluşmayan işyeri dokunulmazlığını ihlal suçundan BERAATLERİNE, dosyanın Yüksek Adalet Bakanlığına sunulmak üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE, 16.01.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU**

**E. 2017/10-2
K. 2019/42
T. 22.1.2019**

• UYUŞTURUCU MADDE İTHAL ETME SUÇU (İç Beden Muayenesi Kararı Alınarak Midesinde Uyuşturucu Madde Bulunup Bulunmadığının Zaten Belirleneceği - Sanığın Kolluk Görevlilerine Midesinde Uyuşturucu Madde Taşındığını Söylemesinin Sonuca Etkisinin Bulunmadığı/Sanık Hakkında Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanma Koşullarının Oluşmadığı)

• ETKİN PİŞMANLIK (Aşırı Terleme ve Tedirgin Hareketleri Gözlemlenen Sanığın Bu Yönde Oluşan Şüphe Nedeniyle İç Beden Muayenesi Kararı Alınarak Midesinde Uyuşturucu Madde Bulunup Bulunmadığının Zaten Belirleneceği - Uyuşturucu Madde Taşındığını Söylemesinin Sonuca Etkisinin Bulunmadığı/ Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanamayacağı)

• PROFİLLEME ÇALIŞMASI (Sanık Midesinde Uyuşturucu Madde Getirdiğini Söylememiş Olsa Dahı Yurt Dışından Gelen Kişilere Yönelik Yapılan Profillemeye Çalışmalarının Midesinde Uyuşturucu Madde Taşınması Muhtemel Kuryelere Yönelik Olarak Gerçekleştirildiği - Sanık Hakkında Etkin Pişmanlık Hükümünün Uygulanamayacağı)

5237/m.188,192

ÖZET : Olay tutanağında, yurt dışından gelen kişilere yönelik kolluk görevlilerince yapılmakta olan profillemeye çalışmalarının, “midesinde” uyuşturucu madde taşınması muhtemel kuryelere yönelik olarak gerçekleştirildiğinin özellikle belirtilmesi, tutanakta yer alan bu ibarenin yurt dışından gelen yolculara yönelik yapılan çalışmanın mutad bir uygulama olduğunu göstermesi, görevlilerce sanığın “gözlerinde kızarıklık olduğunun, aşırı terlediğinin ve sürekli sağa sola bakınarak tedirgin hareketlerle hızlı bir şekilde ilerlediğinin” görülmesi üzerine durdurulması, yapılan mülakatta sanığın midesinde uyuşturucu madde getirdiğini söylediğinin anlaşılması karşısında; sanık midesinde uyuşturucu madde getirdiğini söylememiş olsa dahi, yurt dışından gelen kişilere yönelik yapılan profillemeye çalışmalarının “midesinde” uyuşturucu madde taşınması muhtemel kuryelere yönelik olarak gerçekleştirildiği ve gözlerinde kızarıklık, aşırı terleme ve tedirgin hareketleri gözlemlenen sanığın, bu yönde oluşan şüphe nedeniyle iç beden muayenesi kararı alınarak midesinde uyuşturucu madde bulunup bulunmadığının zaten belirleneceği dikkate alındığında, sanığın kolluk görevlilerine midesinde uyuşturucu madde taşıdığını söylemesinin sonuca etkisinin bulunmadığı, dolayısıyla sanık hakkında etkin pişmanlık hükümünün uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir.

DAVA : Uyuşturucu madde ithal etme suçundan sanık ...'nın, 5237 Sayılı TCK'nın 188/1-4, 62, 52, 53, 54 ve 63. maddeleri uyarınca 25 yıl hapis ve 100 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, müsadereye ve mahsuba ilişkin Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 11.03.2016 tarihli ve 257-74 Sayılı resen de temyize tabi olan hükmün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 25.10.2016 tarih ve 2643-3252 sayı ile "01.06.2015 günü saat 08.35'te Atatürk Havalimanı'na inen Kotonou uçağı yolcuları üzerinde yapılan profillemeye çalışmasında, gözlerinde kızarıklık olduğu, aşırı terlediğı ve sürekli sağa sola baktığı tespit edilen sanığın oluşan şüphe üzerine durdurulduğu ve suç konusu kokainin ele geçirildiğı anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir." açıklamasıyla onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 30.11.2016 tarih ve 179402 sayı ile;

"...Sanık 01.06.2015 tarihinde, İstanbul'a uçak ile gelmiş, vücudu içinde taşıdığı 50 kapsül net 450.33 gr kokaini ülkemize ithal etmiştir. Suçun sübut sabittir.

Ancak;

Yüksek Dairenin onama ilamındaki, '01.06.2015 günü saat 08.35'te Atatürk hava limanına inen Kotonou uçağı yolcuları üzerinde yapılan profillemeye çalışmasında, gözlerinde kızarıklık olduğu, aşırı terlediğı ve sürekli sağa sola baktığı tespit edilen sanığın oluşan şüphe üzerine durdurulduğu ve suç konusu kokainin ele geçirildiğı anlaşıldığından, tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir' yazısının somut olayda uygulanacak yasa maddelerinin tespiti açısından yetersiz kalacağı düşünülmüş, eksik inceleme sonucunda mahkumiyet hükmü kurulduğu kanaatine varılmıştır.

Şöyle ki;

İthal eyleminden önce, resmi makamların, sanık suçuna ilişkin haberleri olduğuna dair, dosyada yazılı bir bilgi yoktur.

Ayrıca, yakalama tutanağında sanığın, gözlerinde kızarıklık olduğu, aşırı terlediğı, sürekli sağa sola baktığı oluşan şüphe üzerine durdurulduğu, uygun yerde üstünün, bir adet el bagajının, bir adet laptop çantasının arandığı, aramada herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, google tercüme programı vasıtasıyla yapılan mülakatta, şahsın midesinde kapsüller halinde uyuşturucu madde taşıdığını görevlilere beyan ettiği belirtilmiştir.

Sanık, 14.12.2015 tarihli savunmasında da, sivil polise, midesinde ne olduğunu bilmediğı bir madde taşıdığını söylemiştir.

Şahsın midesinde kapsüller halinde uyuşturucu madde taşıdığını görevlilere beyan ettiği belirtilerek, 01.06.2015 tarihli Emniyet Müdürlüğü ve Cumhuriyet savcısının

talep yazısı üzerine, 01.06.2015 tarihli Bakırköy 1. Sulh Ceza Hakimliğince şahıstan ele geçirilecek muhtemel uyuşturucu maddeler hakkında CMK'nın 127. maddesine göre el koyma ve inceleme izni verildiği, 01.06.2015 saat 13.04 ile 06.06.2015 tarih saat 17.00 arasında hastanede doğal yollardan sanığın 50 adet kapsül çıkardığı, 08.06.2015 tarihli ekspertiz raporuna göre, maddelerin 450.33 gr saf kokain olduğu anlaşılmıştır.

Bu bilgiler karşısında, sanık beyanı suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım sayılır mı, sanık hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 192/3. maddesi uygulanmalı mıdır?

Bunun için, yakalama zabtı düzenleyicilerden yeterli sayıda kişi dinlenip, arama sırasında sanığın, midesinde kapsüller halinde uyuşturucu madde taşıdığını görevlilere açıklamasından önce, zabitanın sanığın iç organlarında taşıyarak uyuşturucu madde ithal edeceği bilgisine sahip olup olmadıklarına dair beyanları saptanıp, varsa bu hususa ait yazılı belgenin evraka eklenmesi sağlanıp, sonrasında sanığın hukuki durumu değerlendirilerek, uygulanacak yasa maddelerinin belirlenmesi gerekeceği kabul edilmelidir.

Eksik inceleme ile karar verildiğinden hükmün bozulmasına karar verilmesi gerektiği" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesince 07.12.2016 tarih ve 3445-4053 sayı ile; itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır:

KARAR : Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanık hakkında TCK'nın 192. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığının tespiti bakımından eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay, Yakalama, Cumhuriyet savcısı Görüşme, Muhafaza Altına Alma ve Tartı Tutanağına göre; Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü Hudut Kapıları Büro Amirliği görevlilerince, 01.06.2015 tarihinde saat 08.35 sıralarında Atatürk Havalimanına inen Türk Hava Yollarına ait TK-559 sefer sayılı Cotonou uçağı ile gelen yolcular üzerinde midesinde uyuşturucu madde taşıması muhtemel kuryelere yönelik yapılan profillemeye çalışmaları sırasında, uçağın yolcularının geldiği 220 numaralı açık körük kapısında, üzerinde beyaz renkli gömlek ve pantolon, elinde bir adet siyah renkli valiz ve laptop çantası bulunan erkek bir şahsın, gözlerinde kızarıklık olduğu ve aşırı terlediği, sürekli sağa sola bakınarak tedirgin hareketlerle hızlı bir şekilde ilerlediğinin görülmesi üzerine şüphe olduğu, gözlemlenmeye başlanılan sanığın dış hatlar geliş katı pasaport kontuvarlarında işlemlerini yaptırarak Türkiye Cumhuriyeti Topraklarına giriş yapması üzerine saat 09.50 sıralarında

görevlilerce durdurulduğu, yapılan pasaport kontrolünde şahsın ... olduğunun tespit edildiği, Hudut Kapıları Büro Amirliğine davet edilen sanığın üstünde ve çantalarında yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, yapılan mülakatta sanığın görevlilere midesinde kapsüller hâlinde uyuşturucu madde taşıdığını beyan etmesi üzerine konu hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği, sanığın iç beden muayenesi yaptırılmak üzere hastaneye sevk edilmesi, uyuşturucu madde tespit edilmesi durumunda el konulması için mahkeme kararı istenmesi, hastane işlemlerinin tamamlanmasını müteakip gözaltına alınıp mevcutlu olarak Cumhuriyet Başsavcılığında hazır edilmesi talimatlarının alındığı, iç beden muayenesinin yapılması için Haseki Eğitim ve Araştırma Hastanesine sevk edilen sanığın, 01.06.2015 ile 06.06.2015 tarihleri arasında doğal yollardan (50) kapsül hâlinde suç konusu uyuşturucu maddeyi vücudundan çıkardığı,

İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 11.06.2015 tarihli uzmanlık raporuna göre; net 883 gram olan maddenin 450,33 gram kokain olduğu,

Uçuş biniş kartlarına göre; sanığın 01.06.2015 tarihinde Cotonou'dan İstanbul'a geldiği ve 04.06.2015 tarihinde İstanbul'dan Paris'e gidecek olan uçağa biletinin bulunduğu,

Sanığın acente vasıtasıyla 01.06.2015 ile 04.06.2015 tarihleri arasında Kalyon Otelde rezervasyon yaptırdığı,

Anlaşılmıştır.

Sanık ... soruşturma evresinde; Togo ülkesinde ikamet ettiğini, sakat olan ayağını tedavi ettirmek için paraya ihtiyacı olduğunu, iki hafta kadar önce iş yerine gelen Gana uyruklu Emeka isimli şahsın tedavisi konusunda yardımcı olabileceğini söylediğini, nasıl olacak diye sorduğunda "Benin, Cotonou'ya gideceksin, orada seni biri karşılayacak, o kişinin getirdiği şeyleri yutacaksın" dediğini, ailesine zarar vereceğini söylediği için teklifini kabul etmek zorunda kaldığını, Cotonou'ya gittiğinde kendisini tanımadığı bir şahıs karşılayıp otele götürdüğünü, bu şahsın verdiği (50) adet kapsülü yuttuğunu, daha sonra kendisine İstanbul'daki otelde kapsülleri çıkarmasını ve yanına gelecek olan şahsa vermesini istediğini, kapsülleri aldığı ve teslim edeceği şahısların telefon numaralarını bilmediğini, kapsüllerin içinde kokain olduğunu yakalandıktan sonra öğrendiğini, kovuşturma evresinde; uçak indikten sonra körük tabir edilen yerden çıktığını, bacağı sakat olduğu için ayakta fazla duramadığını, pasaport kontrol sırasına girince orada bulunan koltuğa oturduğunu, pasaportuna damga vurulacağı yerde bulunduğu sırada polislerin gelip, geçmesine yardım edeceğini söyleyerek kendisini takip etmesini istediklerini, pasaportuna damga vurulduktan sonra çıkışa doğru ilerlediği esnada polislerin kendisini durdurup büroya götürdüğünü, burada üzerini ve bagajlarını aradıklarını ancak bir şey bulamadıklarını, ardından "Uyuşturucu madde taşıyor musun" diye sorduklarında midesinde ne olduğunu bilmediği bir madde taşıdığını söylediğini, bunun üzerine kendisini hastaneye götürdüklerini savunmuştur.

5237 Sayılı TCK'nın "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan 1 ve 4. fıkraları;

“ (1) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) a) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması,

hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır...” biçiminde olup, madde gerekçesinde de vurgulandığı gibi buna göre maddenin birinci fıkrasında uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yurt dışından ülke içine sokulması durumunda 5237 Sayılı TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin ithali suçu oluşacaktır. Uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin, gümrük kapısından ya da gümrük kapısı dışındaki kara, deniz ve hava sınırlarının herhangi bir yerinden ülkeye geçirilmesinin bir önemi olmayıp, yurt dışından Türkiye siyasi sınırlarından girmesi suçun oluşması için yeterlidir.

Dördüncü fıkraya göre ise, uyuşturucu maddenin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması birinci fıkrada tanımlanan suçun konu bakımından nitelikli unsurunu oluşturmakta ve bu fıkraya göre verilecek cezanın artırılmasını gerektirmektedir.

Aynı Kanun'un uyuşturucu veya uyarıcı madde imâl ve ticareti ile kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçlarında etkin pişmanlığı düzenleyen 192. maddesinin suç ve karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan hâli;

“ (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(3) Bu suçlar haber alındıktan sonra gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında

verilecek ceza, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadarı indirilir.

(4) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmî makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz” hükümlerini içermektedir.

Maddenin gerekçesinde de; “Maddede, uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ilişkin suçlar bakımından özel bir pişmanlık hâli düzenlenmiştir. . . Üçüncü fıkrada, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal veya ticareti ya da kullanmak için satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması suçları ile ilgili olarak soruşturma başladıktan sonra, etkin pişmanlık göstererek suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek cezada indirim yapılması öngörülmüştür. Ancak, bu bilgi vermenin gönüllü olması gerekir. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için, bunun en geç hüküm verilmeden önce gerçekleşmesi gerekir...” açıklamalarına yer verilmiştir.

5237 Sayılı TCK’da “etkin pişmanlık” başlığı altında yapılan düzenlemede, eylem suç olmaktan çıkmamakta, duyulan pişmanlık ve eylemin sonuçlarının bir kısmının bertaraf edilmesi nedeniyle faile ceza verilmemek veya verilecek cezadan indirim yapılmak suretiyle cezayı kaldıran ya da azaltan bir durum söz konusu olmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun 20.12.1993 tarihli ve 301-338 Sayılı kararında belirtildiği üzere, uyuşturucu madde ticareti suçları ile korunan hukuki yarar genel kamu esenliği olduğundan, iştirakçilerin kimliklerinin veya uyuşturucu maddelerin saklandığı yerin bu suçu işleyen failer tarafından bildirilmesi hâlinde, suça konu maddelerin ele geçirilmesine, dolayısıyla genel kamu esenliğini korumaya yönelik olarak uyuşturucu madde temini suçuyla mücadeleye katkıda bulunan bu suç faillerine tayin edilecek cezadan indirim yapılması öngörülmektedir.

Benzer suçlarla ilgili uygulamada en çok karşılaşılan hâl olan, sanığın eylemi yetkili mercii tarafından haber alındıktan sonra etkin pişmanlıkta bulunmasına ilişkin 5237 Sayılı TCK’nın 192. maddesinin 3. fıkrası üzerinde durulmalıdır. Buna göre, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal veya ticareti eylemine iştirak etmiş olan veya kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kimsenin, suçun işlendiğinin yetkili makamlar tarafından öğrenilmesinden sonra, suçun meydana çıkmasına ya da fail ve suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etmesi verilen cezadan indirim nedeni olup, etkin pişmanlığın bu hâli aynı maddenin 1 ve 2. fıkralarında düzenlenen cezasızlık hâlinden zaman itibarıyla ayrılır. Cezasızlık durumunda yetkili merciler tarafından haber alınmadan önce ihbar ve yardım yapılması gerekirken, 3. fıkrada düzenlenen ve indirim nedeni olarak kabul edilen etkin pişmanlıkta resmi makamlarca haber alınmasından sonra işbirliği aranmaktadır.

Yerleşmiş yargısal kararlar ve öğretide yer alan baskın görüşlere göre, 5237

Sayı TCK'nın 192. maddesinin 3. fıkrasında yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için şu şartların birlikte gerçekleşmesi gereklidir:

1-) Fail 5237 Sayılı TCK'nın 188 ve 191. maddelerinde düzenlenen suçlardan birini işlemiş olmalıdır.

2-) Hizmet ve yardım bizzat fail tarafından yapılmalıdır.

3-) Hizmet ve yardım soruşturma ya da kovuşturma makamlarına yapılmalıdır.

4-) Hizmet ve yardım, suçun resmi makamlar tarafından haber alınmasından sonra, ancak mahkemece hüküm verilmeden önce gerçekleşmelidir. 5271 Sayılı CMK'nın 158. maddesinde gösterilen, bir suç hakkında soruşturma yapmakla yetkili olan adli ve idari merciler, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları, savcılıklar, emniyet ve jandarma teşkilatı, suçları savcılıklara iletmekle yükümlü olan vali ve kaymakamlıklar, elçilikler ve konsolosluklar resmi makamlar kapsamında değerlendirilmelidir.

5-) Fail kendi suçunun ya da bir başkasının suçunun ortaya çıkmasına önemli ölçüde katkı sağlamalı, bilgi aktarımı ile suçun meydana çıkmasına ya da diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım etmelidir.

6-) Failin verdiği bilgiler doğru, yapılan hizmet ve yardım sonuca etkili ve yararlı olmalıdır.

Failin etkin pişmanlık nedeniyle indirimden yararlanabilmesi için kendi suçunun ortaya çıkmasına ya da suç ortaklarının yakalanmasına yardım ve hizmet etmiş olması gerekmektedir. Suç ortakları kavramı uyuşturucu madde suçuna katılan ya da başka bir uyuşturucu madde ile ilgili suç işleyen kimse olarak anlaşılmalı; "yakalanması" sözcüğü de, "suç ortaklarının yakalanması ya da kim olduğunun belirlenmesi" olarak kabul edilmelidir. Fail suç ortağının, uyuşturucu maddeyi satın aldığı veya sattığı kişinin ya da başka bir uyuşturucu madde suçu işleyen kişinin yakalanmasına ya da kim olduğunun belirlenmesine katkıda bulunduğu indirimden yararlanacaktır. Failin kendi suçunun ya da suç ortaklarının ortaya çıkmasına yönelik olarak verdiği bilginin yardım ve hizmet niteliğinde kabul edilebilmesi için, hizmet ve yardımın konusu olan bilgilerin doğru olmasının yanında, hizmet ve yardımın sonuca etkili ve yararlı olması da gerekmektedir.

Buna göre, yakalanan kimsenin uyuşturucu maddeyi açık kimliğini bilmediği bir şahıstan aldığı söylemesi ya da hayalî isimler vermesi veya daha önceden uyuşturucu işine karıştığını bildiği kişinin adını vermesi etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için yeterli görülmemeli, failin bildirdiği kişi yakalanmış ise mahkûm edilmiş olması ya da yakalanamamışsa kimliği ve varlığının belirlenmesi, failin bildirdiği kişiye suç atması için bir neden bulunmadığının anlaşılması, mevcut delillerin o kişinin suçluluğunu kabule yeterli bulunması ve verilen bilginin daha önce görevliler tarafından öğrenilmemiş olması durumlarında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmalıdır. Değinen bu hâllerin dışında, failin üzerinde kullanım

miktarı içerisinde uyuşturucu ve uyarıcı madde ile yakalanmış olması hâlinde başka bir şekilde satış için hazırlandığı anlaşılmayan maddeyi satmak için bulundurduğunu bildirmesinde de, uyuşturucu ve uyarıcı madde satmak suçundan etkin pişmanlık koşullarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü Hudut Kapıları Büro Amirliği görevlilerince, Atatürk Havalimanına yurtdışından gelen ve midelerinde uyuşturucu madde taşınması muhtemel kuryelere yönelik yapılan profillemeye çalışmaları sırasında, Cotonou uçağından inen yolcular arasında bulunan sanığın, elinde bir adet siyah renkli valiz ve laptop çantası bulunduğunun, gözlerinde kızarıklık olduğu ve aşırı terlediğinin, sürekli sağa sola bakılarak tedirgin hareketlerle hızlı bir şekilde ilerlediğinin ve pasaport işlemlerini tamamladığının görülmesi üzerine görevlilerce durdurulduğu, üstünde ve çantalarındaki aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanılmayan sanığın, gerçekleştirilen mülakat sırasında görevlilere midesinde kapsüller hâlinde uyuşturucu madde taşıdığını beyan etmesi üzerine konu hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği, iç beden muayenesi yaptırılmak üzere hastaneye sevk edilen sanığın, 01.06.2015 ile 06.06.2015 tarihleri arasında doğal yollardan (50) kapsül hâlindeki suç konusu uyuşturucu maddeyi vücudundan çıkardığı olayda;

Olay tutanağında, yurt dışından gelen kişilere yönelik kolluk görevlilerince yapılmakta olan profillemeye çalışmalarının, “midesinde” uyuşturucu madde taşınması muhtemel kuryelere yönelik olarak gerçekleştirildiğinin özellikle belirtilmesi, tutanakta yer alan bu ibarenin yurt dışından gelen yolculara yönelik yapılan çalışmanın mutad bir uygulama olduğunu göstermesi, görevlilerce sanığın “gözlerinde kızarıklık olduğunun, aşırı terlediğinin ve sürekli sağa sola bakılarak tedirgin hareketlerle hızlı bir şekilde ilerlediğinin” görülmesi üzerine durdurulması, yapılan mülakatta sanığın midesinde uyuşturucu madde getirdiğini söylediğinin anlaşılması karşısında; sanık midesinde uyuşturucu madde getirdiğini söylememiş olsa dahi, yurt dışından gelen kişilere yönelik yapılan profillemeye çalışmalarının “midesinde” uyuşturucu madde taşınması muhtemel kuryelere yönelik olarak gerçekleştirildiği ve gözlerinde kızarıklık, aşırı terleme ve tedirgin hareketleri gözlemlenen sanığın, bu yönde oluşan şüphe nedeniyle iç beden muayenesi kararı alınarak midesinde uyuşturucu madde bulunup bulunmadığının zaten belirleneceği dikkate alındığında, sanığın kolluk görevlilerine midesinde uyuşturucu madde taşıdığını söylemesinin sonuca etkisinin bulunmadığı, dolayısıyla sanık hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanma koşullarının oluşmadığı kabul edilmelidir.

Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ : Açıklanan nedenlerle;

1-) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2-) Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 22.01.2019 tarihinde yapılan müzakerede oybirliğiyle karar verildi.

**T.C.
YARGITAY
HUKUK GENEL KURULU**

**E. 2019/4-85
K. 2019/314
T. 19.3.2019**

• **MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT (Kendisinden Olmadığını Sonradan Öğrendiği Çocukların Doğumlarından Velâyetlerinin Anneye Verildiği Tarihe Kadar Bakım ve Yetiştirilmesi İçin Yaptığı Masraflar Nedeniyle Uğradığı Maddi Zararın Tazmini - Davacının Maddi Zararını Kanıtlaması ve Miktarının Tam Olarak Tespiti Mümkün Değilse de Çocukların Yaşı Eğitim Durumu ve Diğer Şartlar Birlikte Değerlendirilip BK. 42/2. Md.si Gereğince Takdir Edilecek Uygun Bir Miktar Maddi Tazminatın Davalı Biyolojik Babadan Tahsiline Hükmedileceği)**

• **BABANIN KENDİSİNDEN OLMADIĞINI ÖĞRENDİĞİ ÇOCUKLARIN DOĞUMLARINDAN VELAYETLERİNİN ANNEYE VERİLDİĞİ TARİHE KADAR YAPTIĞI MASRAFLAR NEDENİYLE UĞRADIĞI ZARARI TAZMİN TALEBİ (Davacının Maddi Zararını Kanıtlaması ve Miktarının Tam Olarak Tespiti Mümkün Değilse de Çocukların Yaşı Eğitim Durumu ve Diğer Şartlar Birlikte Değerlendirilip BK. 42/2. Md.si Gereğince Takdir Edilecek Uygun Bir Miktar Maddi Tazminatın Davalı Biyolojik Babadan Tahsiline Hükmedilmesi Gerektiği)**

• **BABALIK KARİNESİ (Babanın Kendisinden Olmadığını Öğrendiği Çocukların Doğumlarından Velâyetlerinin Anneye Verildiği Tarihe Kadar Yaptığı Masraflar Nedeniyle Uğradığı Zararı Tazmin Talebi - Evlilik Devam Ederken veya Evliliğin Sona Ermesinden Başlayarak Üçyüz Gün İçinde Doğan Çocuğun Babasının Koca Olduğu Soybağının Reddi Davası Açılarak Babalık Karinesinin Çürütüleceği/Eldeki Davada Soybağının Reddi Davası İle Çocukların Davacıdan Olmadığı ve Biyolojik Babalarının Diğer Davalı Olduğu Tespit Edilinceye Kadarki Dönemde Davacının Velâyet Hakkına Sahip Olan Baba Sıfatıyla Çocukların Bakımı Eğitimi ve Korunması İçin Gerekli Giderleri Karşılmasının Hayatın Olağan Akışına Uygun Olduğu)**

818/m.42/2

4721/m.285,286,327,328

ÖZET : Dava, haksız fiilden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacı ile davalının evlilik birliği içinde doğan, daha sonradan biyolojik babalarının diğer

davalı olduğu anlaşılan çocuklar için davacının yaptığı masrafları ispat edemediği, diğer bir deyişle maddi zarar tam olarak ispatlanamasa dahi 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca diğer davalının uygun bir maddi tazminat ile sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davacı vekili asıl davada ve birleşen ek davada, müvekkilinin kendisinden olmadığını sonradan öğrendiği çocukların doğumlarından velâyetlerinin anneye verildiği tarihe kadar bakım ve yetiştirilmesi için yaptığı masraflar nedeniyle uğradığı maddi zararın tazminini istemiştir.

4721 Sayılı TMK'nın "Babalık karinesi" başlıklı 285. maddesine göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. TMK'nın 286. maddesinde ise soybağının reddi davası açılarak babalık karinesinin çürütüleceği belirtilmiştir.

Eldeki davada, soybağının reddi davası ile çocukların davacıdan olmadığı ve biyolojik babalarının diğer davalı olduğu tespit edilinceye kadarki dönemde, davacının TMK'nın 327. ve 328. maddeleri gereğince, velâyet hakkına sahip olan baba sıfatıyla çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamış olması hayatın olağan akışına uygundur.

Şu durumda, davacının maddi zararını kanıtlaması ve miktarının tam olarak tespiti mümkün değilse de, yerel mahkemece açıklanan ilkeler dikkate alınarak çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlar birlikte değerlendirilip, BK'nın 42/2. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir miktar maddi tazminatın diğer davalıdan tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir.

DAVA : Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Afyonkarahisar 2. Asliye Hukuk Mahkemesince maddi tazminat talebine ilişkin asıl davanın ve birleşen 2010/456 E., 2010/336 K. sayılı davanın reddine, manevi tazminat istemine ilişkin birleşen 2010/386 E.- 2010/396 K. sayılı davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.10.2011 tarihli ve 2009/277 E. 2011/479 K. sayılı kararın davacı vekili ile davalılar A. K. ve E. Ç. vekilince temyiz edilmekle, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12.02.2013 tarihli ve 2012/838 E., 2013/2297 K. sayılı kararı ile,

"...1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalılardan E. Ç. ve A. K.'un tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-) Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava haksız eyleme dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı ile davalılardan E. Ç. ve A. K. tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamından; davalılardan E. Ç.'nin davacı ile evli olduğu sırada davalılardan A. V. ile davacının bilgisi dışında birlikteliğinden diğer davalı çocukların doğduğu anlaşılmaktadır. Davacının kendinden olduğunu sandığı çocuklar için gelişim süreçleri boyunca masraf yaptığı tartışmasızdır. Davacı bu giderleri davalı E. Ç. ile olayda kusurları bulunmayan davalı çocuklardan isteme imkanı bulunmasa da, çocukların biyolojik babası olan davalılardan A. K.'dan tazminini isteyebilir. Zira, davalı tarafından yapılması gereken harcamalar, durumdan haberi olmayan davacı tarafından yapılmıştır. Davacının maddi zararının tam olarak kanıtlanması ve tespiti mümkün değilse de, BK'nun 42/2 maddesinde hâkime tanınan "adalete tevfikân tayin" yetkisi istisna bir hükümdür. Haksız eyleme dayalı tazminat davalarında BK'nun 42/1 maddesi uyarınca ve genel olarak zararın varlığını ve miktarını ispat yükü davacıya aittir. Zarar miktarının ispatının mümkün olmaması halinde BK'nun 42/2 maddesi hakime adalete tevfikân tayin yetkisi tanımıştır. Şu hâlde, çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlarla birlikte hayatın olağan akışı da gözetilerek takdir edilip, uygun bir miktar maddi tazminata da hükmedilmesi gerekirken reddedilmesi doğru değildir. Karar bu nedenle bozulmalıdır..." gerekçesiyle oy çokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR : Dava, haksız fiilden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili asıl dava dilekçesinde; müvekkilinin davalılardan eski eşi E. Ç. ile boşandıklarını, bu evliliklerinden iki çocukları olduğunu, daha sonra açılan nesebin reddi davaları ile çocukların babasının davalı A. K. olduğunun belirlendiğini, evlilik boyunca davalı E. Ç.'nin çalışmadığını, müvekkilinin asgari ücretin iki - üç katı oranında gelir temin edip çocukları yetiştirdiğini belirterek müvekkilinin kendisinden olmayan çocuklar için yaptığı masraflara karşılık fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla çocukların doğumlarından velâyetlerinin anneye verildiği tarihe kadar yaptığı masraflar için şimdilik 15.000,00TL maddi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili birleşen dava (2010/386 E.- 2010/396 K. sayılı) dilekçesinde; müvekkilinin evlilik birliği içerisinde doğan çocukların babası olduğunu düşünerek yetişkin yaşa kadar büyütüp tüm babalık görevlerini yerine getirdiğini, bu çocukların başkasından olduğunu öğrenen müvekkilinin travma yaşadığını, durumun öğrenilmesi üzerine Uşak'ta duramayıp Antalya'ya yerleştiğini belirterek 100.000,00TL manevi tazminatın babalık davasının karar tarihi olan 03.07.2009 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılar A. K. ve E. Ç.'dan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekili birleşen ek dava (2010/456 E.- 2010/336 K. sayılı) dilekçesinde;

asıl davada belirtilen iddialarla çocukların bakım ve yetiştirilmesi için yapılan masraflara ilişkin olarak fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 60.000,00TL ek maddi tazminatın davalılardan yasal faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalılar vekili; davacı ile davalı E. Ç. arasında yapılan evliliğin kâğıt üzerinde yapılan formalite bir evlilik olduğunu, E. Ç. ile A. K. arasındaki ilişkinin davacı ile evliliğinden daha eski olduğunu, davacının evlilik tarihi itibarıyla bu ilişkiden haberdar olduğunu, çocukların tüm bakım giderlerinin ve masraflarının doğumlarından itibaren davalı A. tarafından yapıldığını, sünnet düğünü masraflarının ve çocukların özel kolejdeki eğitim ücretinin davalı A. tarafından karşılandığını, davacının kazancının çocuklar için yapılan harcamaları karşılamaya yetmeyeceğini, davacının yapmadığı masraflar ve başından beri haberdar olduğu bir olaydan dolayı zarara uğramasının mümkün olmadığını, maddi ve manevi tazminat talep etmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; davalı eşin davacı ile evlenmeden önce de diğer davalı A. K. ile beraberliğinin olduğu, evlendikten sonra da bu beraberliği devam ettiren davalının aldatma şeklinde gerçekleşen eyleminin boşanmaya neden olduğu, bu nedenle manevi tazminat isteminin haklı olduğu gerekçesiyle davalılar A. K. ve E. Ç. yönünden manevi tazminat istemine ilişkin birleşen davanın kısmen kabulüne, maddi tazminat yönünden ise; davacı tarafından çocuklar için yapıldığı iddia edilen masrafların kanıtlanamadığı, davacının geçiminin annesi tarafından sağlandığı, iş bulduğu zaman çalıştığı, ne iş yaptığının tespit edilemediği, davalı çocukların herhangi bir eylemlerinin bulunmadığı ve oluşan zarar ile illiyet bağının kurulamadığı, ayrıca diğer davalılar açısından annenin çocuklarla ilgili ortak giderlere katılımının hayatın olağan akışına uygun olduğu, tanık anlatımları ile de diğer davalı A. K.'un çocuklarına ve eşine çeşitli yardımlarda bulunduğu ispatlandığı gerekçesiyle maddi tazminat talebine ilişkin asıl davanın ve birleşen ek davanın tüm davalılar yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı vekili ile davalılardan E. Ç. ve A. K. vekillerinin temyizi üzerine karar Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararının davacı vekili tarafından temyizi üzerine, Hukuk Genel Kurulunca, yerel mahkemenin kısa kararında usulüne uygun hüküm fıkrası oluşturulmadığı, sadece “önceki kararda direnilmesine” denilmekle yetinildiği, usulüne uygun olarak oluşturulmuş teknik anlamda bir direnme hükmü de bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece; Hukuk Genel Kurulunun bozma ilamına uyulmasına karar verildikten sonra ilk karardaki gerekçeler tekrarlanarak direnme kararı verilmiştir.

Davacı vekilinin ikinci direnme kararını temyizi üzerine, Hukuk Genel Kurulunca, Özel Dairece bozulan ilk karar ile direnme kararı arasında farklılık bulunduğu, yerel mahkemece kurulan direnme hükmünün usulüne uygun olmadığı gerekçesiyle direnme kararının usul yönünden ikinci kez bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece; Hukuk Genel Kurulunun bozma ilamına uyulmasına karar verildikten sonra ilk karardaki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacı Ö. B. ile davalı E. Ç.'nin evlilik birliği içinde doğan, daha sonradan biyolojik babalarının davalı A. K. olduğu anlaşılan çocuklar için davacının yaptığı masrafları ispat edip edemediği, diğer bir deyişle maddi zarar tam olarak ispatlanamasa dahi 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca davalı A. K.'un uygun bir maddi tazminat ile sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü açısından öncelikle eldeki davada sorumluluğun kaynağını oluşturan haksız fiil ile ilgili yasal düzenlemelerin ve ilkelerin irdelenmesinde yarar vardır.

Haksız fiilden doğan borçlar; 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 41.–60. maddeleri arasında, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49.–76. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) “Mesuliyet şeraiti” başlıklı 41. maddesinde;

“Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka muğayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.” hükmü yer almaktadır.

“Zararın tayini” başlıklı 42. maddesinde;

“Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder.”

“Tazminat miktarının tayini” başlıklı 43. maddesinde ise;

“Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyler.

Zarar ve ziyan irad şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat

alınır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Haksız fiil, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Bir haksız fiil sonucu zarara uğrayan kimse, uğradığı zararın tazminini bu haksız fiilden sorumlu olan kimseden veya kimselerden talep edebilir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için BK'nın 41. maddesine göre şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle hukuka veya ahlaka aykırı bir fiil bulunmalı, bu fiili işleyen kusurlu olmalı, kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalı ve sonuçta doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Haksız bir fiil sonucunda oluşan zararı ispat etme yükümlülüğü kural olarak iddia edene ait ise de, gerçek zararın ve miktarının ispat edilemediği durumlarda 818 Sayılı BK'nın 42. maddesi gereğince hâkim bu zararı, hâlin olağan gelişimini ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri gözeterek takdir yetkisini kullanmak suretiyle belirler.

818 Sayılı BK'nın 42/2. maddesi hükmü zararın gerek miktarını ve gerekse varlığını kesinlikle ispat edecek deliller getirilemediği takdirde uygulanacaktır. Böyle hâllerde, dosyada mevcut deliller, olayların normal gidişine göre bir zararın vukuunu kabule elverişli görünüyorsa, zarar ispatlanmış sayılır. Buna karşı BK'nın 42/2. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için bir zarar vukuunun sadece “muhtemel” görülmesi yeterli değildir. Diğer taraftan, zarar miktarının BK'nın 42/2. maddesi çerçevesinde yargıç tarafından takdir edilebilmesi, davacının - bir zarar doğduğunu somut delillerle ispat edememiş de olsa - böyle bir zararın doğumunu kabule esas olan ve miktarının tespitini kolaylaştıran olayları ispat etmesine ihtiyaç gösterir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 579).

Hakimin takdir yetkisini kullanacağı olaylarda, hâlin mutad cereyanını ve mağdurun aldığı tedbirleri dikkate alacaktır. Hâlin mutad cereyanının dikkate alınmasından maksat davacının ortaya koyduğu delillere göre haksız fiilin işlendiği şartlarda, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek zararların hesaba katılmasıdır. Zarar görenin aldığı tedbirlerin dikkate alınmasından maksat, mahrum kalınacağı ileri sürülen kazançların elde edilmesini kuvvetli ihtimal dahiline sokan unsurlardır (Oğuzman, M.K./Öz, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, 6. Bası, s. 552).

Zararı böylece belirleyen hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın şeklini ve kapsamını tayin ve tespit eder. Kaynağına, sebebine, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiye ve her somut olayda farklı şekillerde gündeme gelebilecek benzeri ölçütlere göre, zararın niteliği, kapsamı ve miktarı, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde, değişen bir özellik gösterecektir.

Maddi tazminat ise, bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin, eş söyleyişle maddi zararın, sorumlu olan kişi tarafından giderilmesidir.

Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermekle yükümlüdür.

Zararın ispatı davacıya düşmekte ise de, hâkim gerçek zararın miktarının ispat edilip edilemediğini gözeterek, ispat edilememişse bu zararı kendisi yasa da belirtilen koşullarla tespit edecek; ardından da bu zararın giderilebilmesi için tazminat miktarını yine kanunda aranan usul ve esaslar çerçevesinde belirleyecektir. Ancak hükmedilecek tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz (Turgut Uyar, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Birinci Cilt, 1990 bası, s.549).

Tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin gerçek zararının esas alınması zorunlu olup; burada ilke, zarar doğurucu eylem, zarar görenin mal varlığında gerçekten ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır.

Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 18.12.2010 tarihli ve 2010/7-530 E., 2010/636 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Tüm bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında somut olay incelendiğinde;

Davacı Ö. B.'in, davalılardan E. Ç. ile evlilik birliklerinin devamı sırasında M. B. ve B.B. isimli çocukların doğduğu, davacı Ö. B. tarafından açılan boşanma davasında, Karahallı Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesi'nin 28.01.2004 tarihli ve 2004/2 E., 2004/1 K. sayılı kararı ile evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı gerekçesiyle TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca boşanmalarına, müşterek çocuklar B.ve M.'in velâyetlerinin davacı babaya verilmesine karar verildiği, verilen kararın temyiz edilmeksizin 02.04.2004 tarihinde kesinleştiği, daha sonra E. Ç. tarafından açılan velâyetin değiştirilmesi davasında Uşak Aile Mahkemesi'nin 29.06.2007 tarihli ve 2007/409 E., 2007/454 K. sayılı kararı ile çocuklar Burcu ve M.'in velâyetlerinin babadan alınarak anneye verildiği, verilen kararın 11.07.2007 tarihinde kesinleştiği, açılan nesebin reddi davaları ile de çocukların biyolojik babasının davalı A. K. olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır.

Davacı vekili asıl davada ve birleşen ek davada, müvekkilinin kendisinden olmadığını sonradan öğrendiği çocukların doğumlarından velâyetlerinin anneye verildiği tarihe kadar bakım ve yetiştirilmesi için yaptığı masraflar nedeniyle uğradığı maddi zararın tazminini istemiştir.

4721 Sayılı TMK'nın "Babalık karinesi" başlıklı 285. maddesine göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. TMK'nın 286. maddesinde ise soybağının reddi davası açılarak babalık karinesinin çürütüleceği belirtilmiştir.

Eldeki davada, soybağının reddi davası ile çocukların davacıdan olmadığı ve biyolojik babalarının davalı A. K. olduğu tespit edilinceye kadarki dönemde, davacının TMK'nın 327. ve 328. maddeleri gereğince, velâyet hakkına sahip olan baba sıfatıyla çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamış olması hayatın olağan akışına uygundur.

Şu durumda, davacının maddi zararını kanıtlaması ve miktarının tam olarak tespiti mümkün değilse de, yerel mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler dikkate alınarak çocukların yaşı, eğitim durumu ve diğer şartlar birlikte değerlendirilip, BK'nın 42/2. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir miktar maddi tazminatın davalı A. K.'dan tahsiline hükmedilmesi gerekmektedir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ : Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana iadesine, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 19.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ADANA 22. ASLİYE CEZA MAHKEMESİ

E. 2018/895

K. 2019/284

T. 22.4.2019

GEREKÇE;

Yapılan yargılama, toplanan deliller ve bütün dosya kapsamından; İddia, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre sanıkların üzerlerine atılı suçu işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları talep edilmiş ise de;

Toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün özel bir biçimi olup, ifade özgürlüğü karşısında özel hüküm niteliğindedir, toplanma özgürlüğü demokratik toplumun temel değerleri arasında yer almıştır,

Toplanma özgürlüğü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20. Maddesi ve Türkiye'nin taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklar Uluslar Arası Sözleşmesinin 21. Maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. Maddesinde koruma altına alınmıştır,

Toplanma Özgürlüğünün Anayasal dayanağı ise, Anayasanın 33-34-51-53-54-68 ve 69. Maddelerinde Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü başlığı altında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir,

Anayasanın 34. Maddesine göre “Herkes, önceden izin almadan silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında, uygulanacak şekil, şartlar ve usuller kanunda gösterilir.

Anayasanın 34. Maddesinde toplanma özgürlüğünün kullanımında izin alma yükümlülüğü bulunmamakta olup, 2911 sayılı Toplantı ve Yürüyüşleri Kanununun 10. Maddesinde bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

Ancak bir toplantının bildirim yükümlülüğüne aykırı davranılarak gerçekleştirilmiş olması, devlete toplanma özgürlüğüne müdahale yetkisi ve hakkı vermemektedir.

Toplanma özgürlüğüne zaman ve süre bakımından da, kısıtlama getirilmemelidir.

Bu doğrultuda, hakkın kullanımında yasaya uygunluk yönünden değerlendirilecek

hususlar şunlardır;

Toplantı ve Gösteri Barışçıl mıdır?

Şiddet ve Şiddete Çağrı var mıdır?

Müdahale, Demokratik Toplumda Gerekli ve Ölçülü müdür?

Engellemede Acil Bir Toplumsal İhtiyaç Var mıdır?

Özellikle, Spontane, Toplantılar bakımından, toplantı öncesinde bildirimde bulunup bulunulmaması tek başına belirleyici olmayıp söz konusu toplantının barışçıl bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği göz önüne alınmalıdır.

Somut olayda, hukukçu kimliği olan bir kişinin gözaltına alınırken maruz kaldığı haksız uygulamalar ve haksız tutuklamanın protesto edilmesi için toplanan sanıkların eylemlerinin barışçıl nitelikte olduğu ve hukuka aykırı bir uygulamanın protesto edildiği açıkta ortadadır,

Kaldı ki, öncelikle kapalı alanda yapılan suç konusu toplantının kalabalık nedeniyle dışarıya taşması da, toplantının yasal niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Kamuya açık olan her türlü mekan, kural olarak toplanma özgürlüğünün kullanılabilceği bir alandır ve bu konuda genel bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir,

Toplantıda şiddet ve şiddete çağrı bulunmamaktadır,

Bu koşullar sağlandığında;

“Demokratik Toplumda” Toplantıya müdahale edilmesini, engellenmesini, ve koşturma ve soruşturma yapılmasını gerektirecek, bir zorunluluk ve toplumsal ihtiyaç da yoktur.

Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğünün kullanılması yönünden Devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri de vardır. Bu yönden, yukarıda koşullara uygun yasal bir toplantıya müdahale etmeme ve toplantının gerek katılanlar, gerekse başkaları yönünden güvenliğini sağlama görevleri bulunmaktadır.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, olayımızda suç dahi teşkil etmeyen bir eylem nedeniyle açılan davada duruşmaya gelmeyen sanıkların dinlenilmesi, kurulacak sonuç hüküm göz önüne alındığında gerekli olmadığından, iş bu sanıklar yönünden ayrıca bu yolda bir işlem yapılmayıp dinlenilmelerinden CMK'nun 193/2 bağlamında ve Anayasa Mahkemesinin 04.04.2018 Tarih ve 2015/9247 başvuru nolu kararı dayanak alınarak sarfinazar olunmuştur,

Tüm dosya kapsamı ve toplanan deliller doğrultusunda; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu

sözleşmeler doğrultusunda Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü ve bu özgürlüğün dayanağı olan Anayasa'nın 25 ve 26. Maddelerinde düzenlenen İfade Özgürlüğü, Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü, kapsamında değerlendirildiğinde sanıkların üzerlerine atılı suçun unsurları itibari ile oluşmadığı açıkça anlaşıldığından tüm sanıkların üzerlerine atılı suçtan ayrı ayrı beraatlerine ilişkin aşağıdaki hüküm tesis olunmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan gerekçelerle:

Sanıklar hakkında Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Düzenleme, Yönetme Bunların Hareketlerine Katılma suçundan haklarında her ne kadar 2911 Sayılı Yasanın 28/1, TCK'nun 53, (TCK 58 sanıklar ...) maddelerine aykırı eylem ve davadan ötürü sanıkların cezalandırılmaları istemiyle her ne kadar iş bu kamu davası açılmış ise de, sanıkların üzerlerine atılı suçun unsurları itibari ile oluşmadığından CMK'nun 223/2-c maddesi uyarınca AYRI AYRI BERAATLERİNE,

Kendilerini vekille temsil ettirdiklerinden karar tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T gereğince ...TL maktu vekalet ücretinin hazineden alınarak sanıklara verilmesine,

Verilen kararın niteliğine göre sanıklardan muhakeme masrafı alınmasına yer olmadığına, yargılama giderinin kamu üzerinde bırakılmasına,

Yürütülen açık yargılama sonunda sanıklar müdafilerinin YÜZLERİNE KARŞI verilen karar ve içeriğine karşı hazır bulunanlar yönünen tefhimden itibaren yedi gün içerisinde, hazır bulunmayanlar yönünden tebliğden itibaren yedi gün içerisinde, mahkememize verilecek dilekçeyle veya mahkememiz zabıt katibine tutanakla tevsik olunacak ve hakim tarafından onaylanacak beyanla, ayrıca Cezaevinde bulunanlar yönünden bulunduğu Cezaevi Müdürüne beyanda bulunmak suretiyle istinaf isteminde bulunabileceği açıklanıp,

5271 Sayılı CMK'nun 231/1 maddesi uyarınca 232/6 maddesine uygun olarak hüküm fıkrası tutanağa geçirilerek, ADANA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİNE İSTİNAF YOLU AÇIK OLMAK ÜZERE verilen karar açıkça okunup anlatıldı.

**T.C.
YARGITAY
13. HUKUK DAİRESİ**

**E. 2016/10005
K. 2019/6036
T. 13.5.2019**

• VEKALET İLİŞKİSİNEDENİYLE MÜVEKKİLE AİT TAHSİL EDİLMİŞ PARALARIN İADE EDİLMEMESİ ÜZERİNE VEKİLİN AZLEDİLMESİ VE PARALARIN TAHSİLİ İSTEMİ (Davalı Özen ve Sadakat ile Hesap Verme Yükümüne Aykırı Davranarak Davacıya Geç Ödemede Bulunmuş ve Ona Vekalet Ücretleri ile İlgili Bilgilendirme ve Hesap Verme Yükümünü Yerine Getirmemiştir Şeklinde Açıklamalara Yer Verilerek Azlin Haklı Olup Olmadığı Hususunda Çelişki Yaratıldığı – Çelişkili Hükümün Bozulması Gerektiği)

• VEKALET ÜCRETLERİNİN TAHSİLİ VE MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ (Davalı Özen ve Sadakat ile Hesap Verme Yükümüne Aykırı Davranarak Davacıya Geç Ödemede Bulunmuş ve Ona Vekalet Ücretleri ile İlgili Bilgilendirme ve Hesap Verme Yükümünü Yerine Getirmemiştir Şeklinde Açıklamalara Yer Verilerek Azlin Haklı Olup Olmadığı Hususunda Çelişki Yaratıldığı – Çelişkili Hükümün Bozulması Gerektiği/Vekalet İlişkisi Nedeniyle Müvekkile Ait Tahsil Edilmiş Paraların İade Edilmemesi Üzerine Vekilin Azledilmesi ve Paraların Tahsili)

• ÇELİŞKİLİ HÜKÜM KURULMASI (Mahkemece Azlin Haklı Olup Olmadığı Hususu Çelişkiye Yer Vermeyecek Şekilde Tespit Edileceği - Azlin Haklı Olduğu Kanaatine Varılması Durumunda Yeniden Bir Değerlendirme Yapılarak Sonucuna Göre Hüküm Kurulması Gerektiği/Kararın Bozulması Gerektiği)

6098/m.505, 506

818/m.389

ÖZET : Asıl dava, vekalet ilişkisi nedeniyle davalı-karşı davacı uhdesinde bulunan davacı-karşı davalı müvekkile ait tahsil edilmiş paraların iade edilmemesi üzerine azledilmesi ve vekil uhdesinde bulunduğu iddia edilen paraların tahsili istemine, karşı dava ise vekalet ücretlerinin tahsili ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Olayda, ödemelere ilişkin gecikmeler vekalet sözleşmesinin özen ve sadakatle yerine getirileceği ile hesap verme yükümü hükmüne aykırılık teşkil eder. Yine davalı mahsup ettiği alacaklarına ilişkin davacıya bir açıklama yaptığına ilişkin dosyada bilgi ve belge bulunmamaktadır. Şu halde davalı da hem özen ve sadakat ile hesap verme yükümüne aykırı davranarak davacıya geç ödemede bulunmuş ve ona vekalet

ücretleri ile ilgili bilgilendirme ve hesap verme yükümünü yerine getirmemiştir şeklinde açıklamalara yer verilerek azlin haklı olup olmadığı hususunda çelişki yaratılmıştır.

Mahkemece, azlin haklı olup olmadığı hususu çelişkiye yer vermeyecek şekilde tespit edilerek, azlin haklı olduğu kanaatine varılması durumunda yeniden bir değerlendirme yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Çelişkili karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, kararın bozulması gerekir.

DAVA : Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı-karşı davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı-karşı davalı, davalı avukatı boşandığı eşi olandan olan nafaka alacaklarının tahsili için vekil tayin ettiğini, ... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/3280 takip sayılı dosyasında birikmiş nafakalarının alınması için kendisine yetki verdiğini ve boşandığı eşinin ... Bankası A.Ş. ... Cumhuriyet Şubesinden ... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/3280 takip sayılı dosyasında birikmiş borcuna mahsuben 20/12/2010 tarihinde 7.060,00.-TL, yine aynı bankaya 1.055,00.-TL, yine aynı bankaya nafaka borcuna mahsuben 1.555,00.-TL, ... PTT Merkez Şubesinden nafaka borcuna mahsuben 1.625,00.-TL, ... Merkez PTT'sinden nafaka borcuna mahsuben 1.580,00.-TL ve ... 5. İcra Müdürlüğü'nün 2010/232 Tal. Sayılı dosyasına ... 3. İcra Müdürlüğü'nün 2009/3280 takip sayılı dosyasındaki borcuna mahsuben numarası 3369 Sayılı tahsilat makbuzu ile 1.575,60 TL'yi yatırdığını ancak davalının yatırılan paralardan toplam 7.826,00.-TL'sini ödediğini geriye kalan 7.715,00 TL'sinin ödenmediğini, davalının kendisini mağdur ettiğini ve davalıyı 13.12.2011 tarihinde azlettiğini beyan ederek talep ettiği 5.774,00 TL alacağın yasal faizi ile birlikte davalıdan alınmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı-karşı davacı, davacının 24.11.2010 tarihinde başvurarak nafaka alacaklarını tahsil edemediğini ve bu dosyaya bakmasını talep ederek kendisine geldiğini, davacı ile arasında 24.11.2010 tarihli avukatlık ücret sözleşmesi akdedildiğini, bunun üzerine davacının ... 3. İcra Müdürlüğü 2009/3280 Esas sayılı, ... 1. İcra Müdürlüğü'nün 2010/3825 Esas sayılı, ... 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/52 Esas sayılı icra dosyalarını takip ettiğini, ... 3. İcra Müdürlüğünün 2009/3280 Esas sayılı icra dosyası ile ilgili olarak 14.450,00.-TL tahsil edilmediğini, tahsil edilen tutarın 12.467,00 TL olduğunu, bu dosya ile ilgili davacıya yapılan ödemelerin ise 7.926,57 TL olduğunu, davacının ise tarafına ödemesi gereken toplam vekalet ücreti ve yargılama giderinin 5.428,90 TL'yi bulduğunu, bu durumda davacının halen tarafına 888,47 TL ödemesi gereken vekalet ücreti borcu olduğunu, karşı davası ile ilgili taleplerinin ise; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davacıdan 888,47 TL vekalet ücreti alacağı bulunduğunu, bu alacağının dava tarihine kadar kendisine ödenmediğini, bu alacağın yasal faizi ile birlikte tahsilini talep ettiğini, davacının kötüniyetli ve yersiz iddiaları ile hakkında Baro soruşturması yapıldığını, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nce soruşturma yapılmasına rağmen

davacı tarafından ısrarla tarafını zedeleyici ve meslek hayatını zedeleyici eylemlerde bulunulduğunu, bu sebeple lehine 10.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, asıl Davanın Reddine, karşı davanın Kısmen Kabulü ile 853,17-TL'nin davacıdan tahsili ile davalı karşı davacıya verilmesine, manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı-karşı davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1-)Asıl dava, vekalet ilişkisi nedeniyle davalı-karşı davacı uhdesinde bulunan davacı-karşı davalı müvekkile ait tahsil edilmiş paraların iade edilmemesi üzerine azledilmesi ve vekil uhdesinde bulunduğu iddia edilen paraların tahsili istemine, karşı dava ise vekalet ücretlerinin tahsili ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Avukatın vekil olarak borçları Türk Borçlar Kanunu'nun 505. (Mülga Borçlar Kanunu'nun 389) ve devamı maddelerinde gösterilmiş olup, vekil, adı geçen Kanun'nun 506. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özenle ifa etmekte yükümlüdür. Vekil, sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır.

TBK'nın 508.maddesinde; vekilin vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene verme borcu ile vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlü olduğu hususu düzenlemiştir. Geniş anlamda hesap verme yükümlülüğünün diğer bir görüntüsü de vekilin vekaleti dolayısıyla üçüncü kişilerden müvekkil nam ve hesabına para tahsil ettiği hallerde söz konusu olur. Vekil, müvekkilden veya üçüncü kişilerden aldığı değerler ve kendi ücret, masraf ve tazminat alacakları hakkında hesap vermek zorunluluğundadır. Hesap verme borcu hukuksal nitelikçe bir yapma borcudur.

“Özen borcu” ile ilgili Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde mevcut olan, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmekle yükümlüdürler.” şeklindeki hüküm ise, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olması nedeniyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 506. (Mülga Borçlar Kanununun 390.) maddesinde düzenlenen vekilin özen borcuna göre çok daha kapsamlı ve özel bir düzenlemedir.

Buna göre avukat, üzerine aldığı işi özenle ve müvekkili yararına yürütüp sonuçlandırmakla görevli olduğu gibi, müvekkilinin kendisi hakkındaki güveninin sarsılmasına neden olacak tutum ve davranışlardan da titizlikle kaçınmak zorundadır. Aksi halde avukatına güveni kalmayan müvekkilin avukatını azletmesi halinde azlin haklı olduğunun kabulü gerekir. Gerçekten de avukat, görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş, sadakate vekaleti ifa etmemiş ise, müvekkilinin vekilini azli haklıdır.

Avukatlık Kanununun, 174. maddesinde, “Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez.” hükmü mevcut olup, bu hükmü göre azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekalet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edilebilir. Zira vekalet ilişkisi bir bütün olup azil, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet edeceğinden, azlin haklı olduğunun kabul edilmesi halinde, davacının azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp kesinleşmeyen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık haksız azil halinde ise avukat, hangi aşamada olursa olsun, üstlendiği işin tüm vekalet ücretini talep etme hakkına sahiptir.

Somut olay incelendiğinde; mahkemece alınan bilirkişi kök ve ek raporunda; davacı-karşı davalının 13.12.2011 tarihli azilname ile davalı avukatı azlettiği, azil gerekçesinde görülen lüzum üzerine olduğunun belirtildiği, azilnamede haklı gerekçe belirtilmediğinden davalı avukat tarafından takip edilen dosyalar sebebiyle vekalet ücreti hakkı doğduğu belirtilmiş ve mahkemece de söz konusu rapor hükme esas alınarak davalı-karşı davacı vekilin haksız azledildiği hususu kabul edilmişken, davalı-karşı davacının manevi tazminat taleplerine ilişkin gerekçe bölümünde; ‘‘.. Somut olayda davalı 25.1.2011 tarihinde tahsil ettiği ücretten 20 gün sonra 15.2.2011 tarihinde davacıya 100 TL, yine 19.9.2011 tarihinde tahsil ettiği ücretten tam 1 ay sonra 18.10.2011 tarihinde davacıya 700 TL ücret ödemiştir. Şu halde vaki bu gecikmeler vekalet sözleşmesinin özen ve sadakatle yerine getirileceği ile hesap verme yükümü hükmüne aykırılık teşkil eder. Yine davalı mahsup ettiği alacaklarına ilişkin davacıya bir açıklama yaptığına ilişkin dosyada bilgi ve belge bulunmamaktadır. Şu halde davalı da hem özen ve sadakat ile hesap verme yükümüne aykırı davranarak davacıya geç ödemedede bulunmuş ve ona vekalet ücretleri ile ilgili bilgilendirme ve hesap verme yükümünü yerine getirmemiştir..’’ şeklinde açıklamalara yer verilerek azlin haklı olup olmadığı hususunda çelişki yaratılmıştır. Bu durumda mahkemece, azlin haklı olup olmadığı hususu çelişkiye yer vermeyecek şekilde tespit edilerek, azlin haklı olduğu kanaatine varılması durumunda yukarıda yazılı açıklamalar ışığında bir değerlendirme yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde, çelişkili karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

2-)Bozma nedenine göre davacı-karşı davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın **BOZULMASINA**, 2. bentte açıklanan nedenlerle davacı-karşı davalının sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK’nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 13.05.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

T.C.
YARGITAY
2. HUKUK DAİRESİ

E. 2019/6722
K. 2019/10404
T. 21.10.2019

DAVA : Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR : Davacı anne dava dilekçesinde; davalı ... ile 01.09.2016 tarihinde kesinleşen kararla boşandıklarını, ortak çocuk 26.01.2016 doğumlu ...'in velayetinin kendisine verildiğini, çocuğun kendisi ile yaşadığını ve maddi manevi tüm ihtiyaçlarını kendisinin karşıladığını, davalı babanın çocukla ilgilenmediğini, kişisel ilişki günlerinde dahi çocukla genellikle görüşmediğini, çocuğun bundan sonraki yaşamını kendisi ile geçireceğini, soyadlarının farklı olması sebebi ile resmi işlemlerde zorluklar yaşadığını, çocuğun da okul hayatında bu durumun psikolojisini olumsuz etkileyeceğini iddia ederek, ortak çocuğun soyadının kendi soyadı olan '...' olarak değiştirilmesini talep ve dava etmiş, Kayseri 1. Aile Mahkemesi'nin 20.06.2018 tarihli 2018/364 Esas 2018/539 Karar sayılı ilamı ile soyadının yalnızca velayet hakkının kapsamı içerisinde yer almaması gerektiği, soyadının soybağı ile ilişkili olduğu, eşitlik ilkesinin değil çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği, babanın çocuğun kendi soyadını taşımasının zararına olacağı herhangi bir durumun mevcut olmadığı ve çocuğu ile ilgili olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, bu karar üzerine davacı anne tarafından süresinde istinaf kanun yoluna başvurulmuş, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince 20.03.2019 tarih 2018/2916 Esas 2019/442 Karar sayılı ilamı ile 'velayet sahibi annenin bildirdiği delillerle çocuğun soyadının değiştirilmesinin üstün yararına olduğunu kanıtlayamadığı' gerekçesi ile davacının istinaf talebi esastan reddedilmiş, hüküm davacı anne tarafından temyiz edilmiştir.

Dava münhasıran velayet hakkına sahip davacı annenin ortak çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesine yöneliktir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; ortak çocuk ...'in tarafların evlilik birliği içinde 26.01.2016 tarihinde doğduğu, tarafların 01.09.2016 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları, boşanma kararı ile birlikte ortak çocuk ...'in velayetinin davacı anneye bırakıldığı, davacı annenin halen velayet hak ve sorumluluğuna sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulur (TMK m. 282). Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara

ilişkin hükümlere tâbi olur (TMK m. 292). Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır (TMK m. 321).

Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur. Ad değişmekle kişisel durum değişmez. Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir (TMK m. 27). Soyadı, bireyin yaşımıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır.

Velayet; ana veya babanın, ergin olmayan çocuklarının veya kısıtlanmış ergin çocuklarının kişi varlığına, malvarlığına ve bu iki husus hakkında onları temsiline ilişkin sahip oldukları hakların ve yükümlülüklerin bütününe denir (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Kanunu C.2, Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 400). Velayet, çocuk ergin oluncaya kadar onunla ilgili alınması zorunlu kararları alma hususunda veliye sorumluluk yükler ve onları yetkili kılar. Bu bakımdan modern hukukta velayet, bir hak olduğu kadar aslında çocuğun üstün yararının sağlanması bakımından yetki ve sorumluluk da içerdiğinden, hak ve yükümlülüklerin toplamı olarak kabul edilmektedir. Velayetin nihai amacı, henüz erginliğe ulaşmamış küçüğün, ileride bir yetişkin olarak gelecekteki hayata hazırlanmasını sağlamaktır (AKYÜZ, E. Çocuk Hukuku Çocuk Haklarının Korunması, 2012 s. 220). 4721 Sayılı Kanun'un velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde, ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı belirtilmek suretiyle evlilik ilişkisi süresince velayet hakkının ve bu kapsamdaki yetkilerin ortak kullanımına işaret edilmiş; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık hâlinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmış, velayet hakkı ve içerdiği yetkilerin kullanımı noktasında da eşlerin eşitliği prensibi yansıtılmaya çalışılmıştır.

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde, velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususunun düzenlendiği 21.6.1934 tarihli ve 2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin 08.12.2011 tarihli ve 2010/119 esas, 2011/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atfı yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek

suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verildiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2015 ve 2013/3434 numaralı, 11.11.2015 tarih ve 2013/9880 numaralı, 20.07.2017 tarih ve 2014/1826 numaralı bireysel başvuru kararlarında ise; velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebin, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olması sebebiyle Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değer olduğunu, koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkının da yer aldığını, eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğunu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılmasında bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiğini, çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine olumsuz etkilerinin kesin olarak saptanması gerektiğini ve başvurulara konu yargısal uygulamaların ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceğini belirterek, eldeki somut olaya benzer nitelikteki başvurulara konu yargısal kararlarda Anayasa'nın 20. maddesiyle birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiş, aynı kararlarında ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesini de kararlaştırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 numaralı Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 7 numaralı Protokol", 6684 Sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25.03.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuz halini almıştır. Ek 7 numaralı Protokol'ün 5. maddesine göre, "Eşler, evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde, özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir".

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Andlaşma hükümleri esas alınır. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 90/son).

Kuşkusuz velayet kendisinde bulunan anne veya babanın, çocukla ilgili yapacağı her türlü iş ve işlemde çocuğun üstün yararını koruması gerektiği tartışmasızdır.

Çocuğun üstün yararı, çocuğu ilgilendiren her işte göz önüne alınması zorunlu olan ve belirli bir somut olayda çocuk için en iyisinin ne olduğunu belirlemede dikkate alınan bir ölçüt bir kılavuzdur. Çocuğun üstün yararı çocuğun haklarını garanti altına alan bir işlev de üstlenmektedir (YÜCEL, Özge Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1 Sayı 2, Aralık 2013, s. 117-137). Esasın da çocuğun üstün yararına gereken önemin verilmesi, yalnızca çocuğun ya da ana babanın değil, toplumun da menfaatindedir. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik yönden olumlu gelişimi, ilerde toplumda zararlı davranışlarının ortaya çıkmasını da engelleyecektir (BAKTIR, Çetiner Selma, Velayet Hukuku, Ankara 2000 s.33).

Çocuğun üstün yararı gereği, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir.

Somut olayda, velayet hakkına sahip davacı anne, davalı babanın çocuğa karşı ilgisiz olduğunu, çocuğun yaşamını annesi ile geçirdiğini, her türlü işini kendisinin yerine getirdiğini ve resmi işlemler ile çocuğun okul hayatında bu durumun dezavantajını yaşayacağını ieri sürmüş, davalı baba da 12.06.2019 tarihli temyize cevap dilekçesi ile davacı ile boşandıklarından beri çocuk ile yeterince ilgilenmediğini, bundan sonra da yurt dışında yaşama planı olduğunu, çocuk ile olan bağının büyük ölçüde ortadan kalkacağını, çocuğa yeni yapmış olduğu evlilik ve bu evlilikten de bir çocuğu daha olması nedeniyle zaman ayıramadığını, çocuğun tüm işlerini davacı annenin yerine getirdiğini bu sebeple çocuğun günlük hayatında sorun yaşamaması için davacı annesinin soyadını almasını kabul ettiğini bildirmiştir. Çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi halinde çocuğun üstün yararı bakımından ruhsal gelişiminin olumsuz etkileneceği ileri sürülmediği gibi dosya kapsamı ve davalı babanın temyize cevap dilekçesindeki beyanlarından çocuğun soyadının annenin soyadı olarak değiştirilmesinin çocuğun üstün yararına olacağı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda verdiği hak ihlaline ilişkin kararları da gözetilerek davanın kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeple Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesince 20.03.2019 tarih 2018/2916 Esas 2019/442 Karar sayılı kararının KALDIRILMASINA, Kayseri 1. Aile Mahkemesi'nin 20.06.2018 tarihli 2018/364 Esas 2018/539 Karar sayılı kararının BOZULMASINA, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, dosyanın adı geçen ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de adı geçen bölge adliye mahkemesi hukuk dairesine gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi. 21.10.2019 (Pzt.)



**ANAYASA
MAHKEMESİ
KARARLARI**

Esas Sayısı : 2018/144
Karar Sayısı : 2019/72
Karar Tarihi: 19/9/2019
R.G.Tarih-Sayısı : 26/11/2019-30960

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 9. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na 23/7/2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen 107/A maddesine 7/4/2015 tarihli ve 6637 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın Anayasa'nın 10., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacı adına tarh edilen ve elektronik ortamda tebliğ edilen vergi ziyai cezalı stopaj gelir vergisi ile özel usulsüzlük cezalarının iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 107/A maddesi şöyledir:

“Elektronik ortamda tebliğ

Madde 107/A – (23/7/2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen madde)

Bu Kanun hükümlerine göre tebliğ yapılacak kimselere, 93 üncü maddede sayılan usullerle bağlı kalınmaksızın, tebliğe elverişli elektronik bir adres vasıtasıyla elektronik ortamda tebliğ yapılabilir.

(7/4/2015 tarihli ve 6637 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen fıkra) Elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

Maliye Bakanlığı, elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye ve kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılacakları ve elektronik tebliğe ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep

KÖMÜRÇÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 8/11/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Elif KARAKAŞ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

3. Hukukumuzda tebligata ilişkin temel esasları düzenleyen genel kanun 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'dur. Ancak vergi işlemlerinin taşıdığı önem ve özellikler nedeniyle vergilendirmeyle ilgili tebligat hükümleri genel kanun hükümlerinden farklı olarak 213 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

4. Öte yandan 7201 sayılı Kanun'un 51. maddesinde, malî tebliğlerin kendi kanunlarında açık hüküm bulunmayan hâllerde anılan Kanun hükümlerine göre yapılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle vergilendirme işlemlerine ilişkin belgelerin tebliğinde 213 sayılı Kanun, bu Kanun'da hüküm bulunmaması hâlinde ise 7201 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.

5. 213 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre tebliğ *“vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından mükellefe veya ceza sorumlusuna yazı ile bildirilmesidir.”*

6. Kanun'un 93. maddesine göre tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasıyla ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmeyenlere ise ilan yolu ile tebliğ edilir. Genel kural bu olmakla birlikte tebliğ, ilgilinin kabul etmesi şartıyla vergi dairesinde veya komisyonda yapılabileceği gibi Kanun'un 107. maddesi uyarınca memur vasıtasıyla da yaptırılabilir. Kanun'un 107/A maddesinde ise 93. maddede sayılan usullere bağlı kalınmaksızın elektronik ortamda tebliğ yapılabileceği düzenlenmiştir.

7. Kanun'un 102. maddesinde genel tebliğ yöntemi olan posta yoluyla tebliğe ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Anılan maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarına göre işyeri adresi olmayan ya da işyeri adresinde bulunamayanların adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adreslerine tebliğ çıkarılır. Tebliğ yapılacak kişinin anılan adreste bulunamaması (adresten geçici ayrılmalar da dâhil) durumunda posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine durum şerh ve imza edilerek tebliğ evrakı, gönderildiği idareye iade edilir. Bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından belirli bir süre sonra yeniden tebliğ çıkarılır. İkinci defa çıkarılan tebliğ

evraki da aynı sebeplerle tebliğ edilemezse tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapağıya yapıştırılır. Bu durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek tebliğ evrakının gönderildiği idareye iade edilir. Tebliğ evrakının pusulanın yapıştırıldığı tarihten itibaren on beş gün içinde muhatabı tarafından alınması hâlinde alındığı günde, bu süre içinde alınmaması hâlinde ise on beşinci günde tebliğ yapılmış sayılır.

8. Posta ile tebliğ yapılamaması ya da yapılmasına imkân bulunmaması durumunda başvuru ilanı yoluyla tebliğde ise ilan yazısı Kanun'un 104. maddesi uyarınca tebliğ yapan vergi dairesinin ilan koymaya mahsus mahalline asılır ve usulüne göre ilana çıkarılır. İlan yazısının bir sureti mükellefin bilinen son adresinin bağlı olduğu muhtarlığa gönderilir. İlan tarihinden başlayarak bir ay içinde vergi dairesine müracaat edilmez veya adres bildirilmezse ilgililere 106. madde uyarınca bir ayın sonunda tebliğ yapılmış sayılır. İlanla yapılan tebliğ konusunun Kanun'da belirtilen para miktarını geçip geçmemesine göre gazetede ilanı gerekebileceği gibi tebliğ konusunun değerine göre bu ilanın yerel gazetenin yanı sıra ulusal yayın yapan günlük gazetede de yapılması söz konusu olabilir.

9. Vergi hukukumuzda elektronik tebligat uygulamasının yasal dayanağını 213 sayılı Kanun'un 107/A maddesi oluşturmaktadır.

10. Anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre Maliye Bakanlığı, elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye, kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılacakları ve elektronik tebliğe ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır.

11. Söz konusu yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından 27/8/2015 tarihli ve 29458 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 456 sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği çıkarılmış olup bu Tebliğ'le vergi dairelerince düzenlenen ve Kanun hükümlerine göre muhataplarına tebliği gereken belgelerin elektronik ortamda tebliğ edilmesine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

12. Tebliğ'in 3. maddesinde elektronik tebligat sistemi "*Bilişim sistemleri vasıtasıyla muhatabın elektronik tebligat adresine iletmek üzere, tebliğ evrakının gönderildiği ve elektronik ortamda delillendirilerek tesliminin sağlandığı sistem*" olarak; elektronik tebligat ise "*213 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliği gereken evrakın Elektronik Tebligat Sistemi ile muhatapların elektronik adreslerine tebliğ edilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

13. Tebliğ'in "*Elektronik Tebligat Yapılacak Kişiler*" başlıklı 4. maddesine göre tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirilen ve kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılabilecek olanlar *kurumlar vergisi mükellefleri, ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar (Kazançları basit usulde tespit edilenlerle gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler hariç) ve isteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep edenlerdir.*

14. Bu kişilerden isteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep edenler dışında kalanların Tebliğ ile belirlenen sürelerde bildirimde bulunarak elektronik tebligat adresi alma ve elektronik tebligat sistemini kullanma zorunlulukları bulunmaktadır. İsteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep edenler de bağlı oldukları vergi dairesine başvurarak bu sistemden yararlanabileceklerdir.

15. Tebliğ'in "*Elektronik Tebligatın Gönderilmesi ve Muhatabına İletilmesi*" başlıklı 6. maddesinde elektronik tebligat sistemine internet vergi dairesi üzerinden erişileceği, internet vergi dairesi kullanıcı kodu, parola ve şifresine sahip olan gerçek ve tüzel kişilerin şifreleriyle elektronik tebligat adreslerine ulaşacakları belirtilmiş; olay kayıtlarının işlem zaman bilgisi (bir elektronik verinin üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zaman bilgisi) eklenerek erişilebilir şekilde arşivlerde otuz yıl süreyle saklanacağı, hesaba erişim bilgilerinin iletimi ile sisteme erişimin güvenli bir şekilde yapılması için gerekli tedbirlerin Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından alınacağı, talep olması hâlinde elektronik tebligata ilişkin delil kayıtlarının ilgisine veya yetkili mercilere sunulacağı ifade edilmiştir.

B. İtirazın Gerekçesi

16. Başvuru kararında özetle; kural ile elektronik ortamda tebligatın gerçekleşmiş sayılması için tebliğe konu evrakın muhatap tarafından elektronik ortamda açılıp açılmadığı dikkate alınmaksızın muhatabın elektronik adresine ulaşmasının yeterli görüldüğü ve ulaşma tarihini izleyen beşinci günün sonunda tebligatın yapılmış sayılacağına hükme bağlandığı ancak beş günlük sürenin muhatabın haklarını kullanmasını sağlayacak yeterli ve makul bir süre olarak kabul edilemeyeceği, posta yoluyla ve ilanen tebliğ usulünde tebliğin yapılmış sayılması için öngörülen sürelerle karşılaştırıldığında beş günlük sürenin kısa olduğu, elektronik tebligatın gönderildiğine dair bilgilendirmeyi sağlayan kısa mesaj servisi (SMS) hizmetinin zorunlu olmaması ve mükelleflerin tamamı tarafından talep edilmemesi karşısında amaca hizmet etmediği, elektronik tebligat sistemine geçilmesiyle birlikte sistemden önce ve sonra mükellefiyet tesis ettirenler arasında uygulanacak tebligat yöntemleri yönünden farklılıklar meydana geldiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

17. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 125. maddesi yönünden de incelenmiştir.

18. Kural, elektronik ortamda tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağını öngörmektedir.

19. Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüştür.

Anılan düzenleme ile ilgilinin hakkında tesis edilen işlemin içeriğinden haberdar edilmesi ve bu yolla işleme karşı kullanabileceği dava açma hakkının korunması amaçlanmıştır.

20. Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. İşlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Tebligat, Anayasa’da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

21. Anayasa’nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmek suretiyle idari işlemlere karşı dava açma süresinin başlangıcı yönünden farklı bir yasal düzenleme getirilmesine imkân tanınmamıştır. İdarenin vergi hukukuna dayalı olarak tesis ettiği işlemlere karşı açılacak davalarda dava açma süresinin başlangıcına ilişkin olarak getirilen yasal düzenlemeler de Anayasa’nın anılan maddesi kapsamında yer almaktadır.

22. Yönetimde açıklık ilkesinin de bir sonucu olan yazılı bildirim amacı, ilgilinin hakkında tesis edilen işlem konusunda bilgilendirilmesi ve söz konusu bilgilendirmenin hangi tarihte yapıldığının belgelendirilebilir olmasıdır. Anayasa’nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında dava açma süresinin yazılı bildirim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmekle birlikte yazılı bildirim yapılış usulüne ilişkin herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmemiştir.

23. 213 sayılı Kanun kapsamında uygulanması öngörülen elektronik tebligat sistemini düzenleyen mevzuat hükümleri incelendiğinde muhatabın vergi dairesince elektronik adresine gönderilen tebliğ evrakına internet vergi dairesi ve kendisine ait kullanıcı şifresi aracılığıyla erişebileceği, dolayısıyla hakkındaki idari işlemin içeriğinden yazılı şekilde haberdar olabileceği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan elektronik ortamda yapılan tebligatın yazılı bilgilendirme fonksiyonunun mevcut olduğu görülmektedir. Öte yandan tebliğ evrakının muhatabın elektronik adresine hangi tarihte ulaştığının sistem üzerinden belgelendirilmesi mümkün olduğundan elektronik tebligatın belgelendirme fonksiyonu da bulunmaktadır.

24. Bu itibarla elektronik tebligatın kanun koyucu tarafından 213 sayılı Kanun kapsamında uygulanan diğer geleneksel tebliğ yöntemlerinden ayrı bir yöntem olarak düzenlendiği ve bunlarla aynı hüküm ve sonuçlara sahip olduğu, diğer tebliğ yöntemlerinde olduğu gibi bilgilendirme ve belgelendirme fonksiyonunun mevcut olduğu, yalnızca tebligat işleminde kullanılan araçlar yönünden farklılık arz ettiği gözetildiğinde elektronik ortamda yapılan tebliğin Anayasa’nın 125. maddesi kapsamında yazılı bildirim niteliği taşıdığı sonucuna varılmıştır.

25. Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında *“Herkes, meşru vasıta ve*

yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmek suretiyle hak arama hürriyeti güvence altına alınmıştır.

26. Hak arama hürriyetinin temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkının tanınması, hak arama hürriyetinin ön koşulunu oluşturur.

27. Dava açma süresinin başlangıcına esas alınması nedeniyle tebliğin hangi tarihte yapılmış sayılacağı hususunu düzenleyen kuralın mahkemeye erişim hakkını etkilediği tartışmalıdır.

28. İdari mercilerin ilgililere tebligat yapmasıyla birlikte tebliğe konu işleme karşı idareye başvuru süresi ve hak düşürücü nitelikte olan dava açma süresi işlemeye başlamakta ve bu süreler geçirildikten sonra yargı mercileri nezdinde dava açma hakkı yitirilmektedir. İdareye başvuru ve dava açma süresini elektronik tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu itibarıyla başlatan itiraz konusu kuralla tebligatın yapılmış sayılması ve dolayısıyla dava açma süresinin başlaması için belirli bir zaman kısıtlaması öngörüldüğü dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama yapıldığı açıktır.

29. Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” denilmektedir. Buna göre hak arama hürriyetine sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması ve ölçülü olması gerekir.

30. Ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

31. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

32. Mevzuatta öngörülen itiraz ve dava açma süreleri aynı zamanda hukuk devletinın gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesiyle doğrudan ilgili olup kuralların belirli ve öngörülebilir olmasının yanı sıra idarenin söz konusu kurallara yönelik uygulamalarındaki sürekliliğinin idare ve tüm bireyler açısından önemi açıktır. Bu bağlamda kamu yararı düşüncesinin de bir yansıması olan hukuki güvenlik ilkesinin hak arama hürriyetinin sınırını oluşturabilmesi mümkün olmakla birlikte bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmaması gerekir.

33. Kanun'un "*Elektronik ortamda tebliğ*" kenar başlıklı 107/A maddesinin gerekçesinde Kanun'a göre tebligatın esas olarak posta yoluyla yapılmakta olduğu, öngörülen düzenlemeyle vergi mevzuatı çerçevesinde yapılabilecek tüm tebliğlerin elektronik ortamda yapılabilmesine imkân sağlandığı, tebliğın elverişli elektronik bir adrese yapılması suretiyle vergi güvenliğinin ve muhatabın hukuki sonuçlar açısından tebliğden haberdar olmasının sağlandığı ifade edilmiştir. Anılan maddeye 6637 sayılı Kanun'la eklenen itiraz konusu kuralın gerekçesinde de elektronik ortamda yapılacak tebligatın yapılma zamanının 7201 sayılı Kanun'a koşut bir şekilde açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiştir.

34. Kuralla, haklarında vergi dairelerince düzenlenen işlemlerden mükelleflerin haberdar edilmelerinin ve anılan işlemlere karşı idari ya da yargısal yollara başvurmaları için öngörülen sürelerin gecikmeksizin işlemeye başlamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde hem vergi idareleri ile mükellef ya da ilgililer arasındaki ihtilafların bir an önce giderilmesi hem de idari faaliyetlerin uzun süre iptal tehdidi altında kalmadan sürdürülebilmesi ve böylece idari istikrarın sağlanmasının hedeflendiği görülmektedir. Söz konusu amaca ulaşma yönünden tebliğ konu evrakın muhatabın elektronik adresine gönderilmesinden makul bir süre sonra tebliğın yapılmış sayılmasının elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

35. Kuralda tebliğın yapılmış sayılması için geçmesi öngörülen beş günlük sürenin başlangıcı olarak tebliğ konu evrakın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarih esas alınmıştır. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla takdir yetkisi kapsamındadır.

36. Kanun koyucu tarafından, mükellefin elektronik adresine giriş yaptığı veya elektronik tebligatı açtığı tarihte tebliğın gerçekleşmiş sayılması yerine tebligatın elektronik adrese ulaştığı tarih esas alınmış olmakla birlikte muhatabın fiziki ortamda gerçekleşmeyen tebligattan haberdar olabilmesinin belirli bir süreyi gerektireceği gözetilerek tebliğın yapılmış sayılması için elektronik adrese ulaştığı tarihten itibaren ayrıca beş günlük bir sürenin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Zira muhatabın elektronik ortamda tarafına iletilen tebligattan haberdar olabilmesi internet vergi dairesi aracılığıyla kendi elektronik adresine erişim sağlamasına ve dolayısıyla elektronik adresini kontrol etmesine bağlıdır.

37. Bu bakımdan itiraz konusu kural, muhataplara öncelikle elektronik posta

adreslerini belirli aralıklarla kontrol etme yükümlülüğü yüklemektedir. Anılan yükümlülüğe beşer günlük aralıklarla uyulduğu takdirde hukuki yollara başvuru süresi yönünden herhangi bir hak kaybı olmayacaktır. Muhatabın elektronik posta adresini her gün ya da beş günden daha az aralıklarla kontrol etmesi hâlinde ise tebliğin yapılmış sayılacağı tarihten de önce tebligattan haberdar olunacağı için dava açma süresi yönünden bir hak kaybı yaşanmayacağı gibi bu sürenin birkaç gün daha uzaması söz konusu olacaktır.

38. Öte yandan Kanun'da düzenlenen diğer tebligat yöntemlerinde de tebliğin yapılmış sayılması, kuraldakine benzer şekilde belirli sürelerin geçmiş olması şartına bağlanmıştır. Posta yoluyla tebliğde bu süre on beş gün, ilan yoluyla tebliğde ise bir ay olarak düzenlenmiştir.

39. Söz konusu sürelerin itiraz konusu kuralda öngörülen beş günlük süreden daha fazla olduğu, bu yönüyle muhatabın tebliğe konu evrakı tebliğ etmiş sayılması için diğer tebliğ yöntemlerinde daha geniş bir zaman dilimi öngörüldüğü görülmektedir. Bununla birlikte bu sürelerin muhatabın yerleşim yeri adresinde iki kez bulunamaması ve tebliğ imkânsızlığı gibi muhataba fiziki olarak ulaşmanın denendiği ancak gerçekleştirilemediği durumlara özgü olduğunun gözönünde bulundurulması gerekir. Dolayısıyla anılan sürelerin belirlenmesinde muhataba fiziki yollarla ulaşabilme imkân ve ihtimalinin belirleyici olduğu anlaşılmaktadır.

40. Buna göre muhatabın geçici ya da kalıcı olarak terk etmiş olma ihtimali bulunan bir adresin kapısına yapıştırılan pusuladan ya da ilan yoluyla yapılan bir tebligattan haberdar olabilme imkân ve ihtimaline kıyasla mevcut bir elektronik posta adresi aracılığıyla gönderilen bir tebligata ulaşılabilirliğinin günümüz teknolojik koşullarında aynı ölçüde zorluğa sahip olduğundan söz edilemeyeceği açıktır.

41. Diğer taraftan Kanun'un "*Mücbir sebeplerle gecikme:*" kenar başlıklı 15. maddesinde vergi ödevlerinden herhangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık, tutukluluk, yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler, kişinin iradesi dışında meydana gelen zorunlu kayıplar, sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi hâllerden birinin varlığı ve bu durumun herkesçe biliniyor olması ya da ilgisi tarafından belgelenmesi veya ispat edilmesi durumunda bu sebep ortadan kalkıncaya kadar kanuni ve idari sürelerin işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hükmün mücbir sebep hâllerinden birinin varlığı durumunda kural ile getirilen beş günlük kanuni süre yönünden de uygulanacağı açıktır.

42. Bu durumda günümüz teknolojik imkân ve koşullarında elektronik posta adresini beşer günlük aralarla kontrol etme yükümlülüğünün mücbir sebep hâllerinde beş günlük kanuni sürenin işlemeyeceği hususu da gözetildiğinde makul olmayan bir külfet getirmediği, kuralda birey ile kamu yararı arasındaki dengenin korunduğu, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

43. Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

44. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişiler arasında ayırım yapılmasını ve kişilere ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

45. Kanun koyucu tarafından itiraz konusu kuralda kendilerine elektronik tebligat yapılacak kişiler arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiştir. İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin elektronik tebligat sistemine dâhil edilen mükellefler arasında eşitsizliğe yol açıldığı yönündeki itirazının yukarıda sözü edilen Tebliğ'in uygulanmasına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

46. Bu itibarla elektronik tebligat sistemine geçilmeden önce mükellef olanlar ile sisteme geçildikten sonra mükellef olanlar arasında farklı muameleye yol açacak herhangi bir ayırım öngörmeyen kuralda eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

47. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

IV. HÜKÜM

4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 23/7/2010 tarihli 6009 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen 107/A maddesine, 7/4/2015 tarihli ve 6637 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 19/9/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 107/A maddesine, 7/4/2015 tarihli ve 6637 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Mahkememiz çoğunluğu tarafından reddedilmiştir.

2. İptali istenen kural “Elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır” şeklindedir. Buna göre, vergilendirme işlemlerinde elektronik ortamda yapılacak olan tebligat, mükellefin veya ceza sorumlusunun elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda ilgisine yapılmış sayılacaktır.

3. Diğer idari işlemlerde olduğu gibi, vergi hukukunda da tebligat tarihi vergi

mükelleflerinin yapılan işleme karşı itiraz ve dava açma haklarını kullanabilmeleri için hayati derecede önemlidir. Bu haliyle kural, dava açma süresini elektronik bildirim muhatabın adresine ulaşmasını izleyen beşinci günden itibaren başlatmakta, dolayısıyla bireylerin hak arama hürriyetine yönelik bir sınırlama getirmektedir.

4. Kuralın tarh edilen vergi ve kesilen cezaların sürüncemede kalmadan bir an önce kesinleşmesini amaçladığı söylenebilir. Ancak hak arama hürriyetine yönelik sınırlamanın meşru amacının olması yeterli olmayıp ölçülü olması da gerekir.

5. Bilindiği üzere tebligatın amacı kişilerin yapılan işlemde haberdar olmasını, dolayısıyla buna karşı itiraz veya dava haklarını kullanabilmelerini sağlamaktır. Bu nedenle kural olarak tebligatın yapılmış sayılabilmesi için muhatabın bundan haberdar olması gerekir.

6. Anayasa Mahkemesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 65. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan *"İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, ... kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır"* hükmünü Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçesinde kişilerin kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan nedenlerle tebligatın yapılmaması ya da gecikmesi yüzünden hak arama hürriyetlerini kullanamayabilecekleri, kuralın *"kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelediği"* vurgulanmıştır (AYM, E.2012/20, K.2012/132, 27/9/2012).

7. İtiraz konusu kural, elektronik tebligat usulünde elektronik bildirim muhatabın adresine ulaşmasını yeterli görmekte, ayrıca ilgilinin bunu öğrenip öğrenmediğine herhangi bir değer atfetmemektedir. Kişiler şu ya da bu nedenle vergi idaresi tarafından elektronik adreslerine ulaştırılan bildirimleri görmediklerinde ya da açamadıklarında dava açma süresini kaçırabileceklerdir. Tam da bu nedenle uygulamada bu sorunu gidermek için idare tarafından ilgili kişiyi haberdar etmeye yönelik sms ve e-mail gönderme yoluna gidilmektedir. Dahası kuralın uygulanması sonucu verilen süre yönünden davanın reddi kararlarına karşı istinaf aşamasında *"mükellefin elektronik ortama giriş yapıp yapmadığı ile bilgilendirme yapılıp yapılmadığının idarece ortaya konulmaması"* gerekçesiyle bozma kararları verildiği görülmektedir (İstanbul Bölge İdare Mahkemesi Birinci Vergi Dairesi, E. 2018/585, K. 2018/881, 10/4/2018. Aynı yönde bkz. İzmir Bölge İdare Mahkemesi İkinci Vergi Dairesi, E. 2018/431, K. 2018/699, 18/6/2018).

8. İptali istenen kural, itiraz yoluna başvuran mahkemenin başvuru kararında belirtildiği gibi, vergi idaresine ilgili mükellefin sisteme giriş yapıp yapmadığını dolayısıyla yapılan elektronik tebliğe muttali olup olmadığını teyit etme ya da ayrıca bu yönde bildirimde bulunma şeklinde bir yükümlülük getirmemektedir. Hâlbuki hak arama hürriyetinin etkili şekilde kullanılması, kişinin kendisiyle ilgili bir idari işlem hakkında haberdar olması şartına bağlıdır.

9. Hiç kuşkusuz içinde bulunduğumuz teknolojik çağın gereklerinden biri olarak ortaya çıkan elektronik tebligat kurumuna özgü bazı farklı düzenlemelerin yapılması mümkündür. Bu kapsamda elektronik adrese gönderilen bildirimleri bilerek açmama gibi kötüye kullanmaları önlemeye yönelik olarak tebligat için bildirim ulaştığı tarih esas alınabilir. Ancak bu durumda da muhataba aşırı bir külfet yüklenmemesi, bildirim ulaştığı tarihten itibaren makul bir süre içinde tebligatın yapılmış sayılması gerekir.

10. İptali istenen kural kişinin sisteme giriş yapıp elektronik tebliğden haberdar olması şartını aramadığı gibi, haberdar olmasını sağlamaya yönelik başkaca bir tedbir de öngörmemektedir. Diğer yandan kural elektronik bildirim ulaştığı tarihten itibaren *beş gün* gibi makul olmayan bir sürenin sonunda tebligatın yapılmış sayılacağını belirtmektedir. Bu nedenle bir anlamda mükellefe en geç beş günde bir elektronik adresini kontrol etme yükümlülüğü getiren düzenlemenin hak arama hürriyetine ölçülü olmayan bir sınırlama getirdiği açıktır.

11. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümünden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu yasal düzenleme, elektronik ortamda tebligata konu evrakın ilgilinin sistemdeki elektronik adresine ulaşmasını yeterli görerek muhatabın söz konusu elektronik tebligatı açıp, açmadığını dikkate almaksızın tebligatın ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapıldığını kabul etmektedir.

2. Kural, tebligatın muhatabının mutlak surette gönderilen evrakı açtığı varsayıma dayanmaktadır. Bununla birlikte elektronik tebligatın gönderildiğine dair bilgilendirmeyi sağlayan kısa mesaj hizmeti zorunlu değildir ve mükelleflerin tamamı tarafından talep edilmemektedir.

3. Kural, elektronik tebliğe konu işlemlere karşı dava açma hakkını ortadan kaldırmamakla beraber tebligatın yapılmış sayılması ve dolayısıyla dava açma süresinin başlaması için belirli bir zaman sınırlaması öngörmesi mahkemeye erişim hakkına müdahale anlamına gelmektedir.

4. Mükellefin elektronik ortama giriş yaptığı ve tebligatı açtığı tarihin esas alınması yerine tebligatın ulaştığı tarihin esas alınmasının bazı mükelleflerin vergi işlemlerine özel tebligat adreslerine kasten erişim sağlamayabilecekleri endişesinden kaynaklandığını söyleyebiliriz. Kötü niyetli mükelleflerin olacağı varsayımından

hareketle iyi niyetli olan ama bir takım nedenlerle kendilerine gönderilen elektronik tebligatı aç(a)mayan mükellefler de itiraz konusu kural nedeniyle bir çeşit yaptırıma uğramaktadır. Zira mahkemeye erişim hakkı yönünden beş gün gibi kısa sayılabilecek bir sürenin sonunda hak düşürücü süre başlamaktadır.

5. İlgili kişinin hayatın olağan akışı içerisinde çeşitli nedenlerle tebligatı açmaması göz önüne alınmadan kanunen tebligatın tamamlanması için öngörülen beş günlük süre Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında hak arama özgürlüğüne ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahaleye neden olmaktadır.

6. Sonuç olarak, itiraza konu kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu kural (213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 107/A maddesinin ikinci fıkrası) "Elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." hükmünü taşımaktadır. 213 sayılı Kanununun 107/A maddesinin üçüncü fıkrasında ise Elektronik tebligatın kapsamı ile bu konuda gerekli alt yapıyı kurma ve diğer usul ve esasları belirleme konusunda Maliye Bakanlığına yetki verilmektedir. Maliye Bakanlığı da bu yetkisini 27/8/2015 tarih ve 29458 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 456 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile kullanmış ve Kurumlar Vergisi mükellefleri ile ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar (kazançları basit usulde tespit edilenlerle gerçek usulde vergiye tâbi olmayan çiftçiler hariç) ve ayrıca isteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep edenler bakımından elektronik tebligat usulü yürürlüğe konulmuştur.

2. Vergi, vatandaşların büyük bir bölümünü doğrudan ilgilendirmesi ve kapsamı itibariyle Anayasal önemi haiz bir kamu külfetidir. Bu külfetle ilgili olarak Vergi İdaresince tesis edilen işlemlerin ilgililere (mükelleflere) tebliği bu nedenle büyük önem taşımaktadır. Tebligat Kanunu hükümlerine göre geleneksel yollardan yapılan tebliğ usulünde mükellefe tanınan idari ve yargısal süreler tebliğ tarihinden başlamaktadır. Bu usulde tebliğ tarihi, normal şartlarda evrakın muhatabına teslim edildiği gün, yani muhatabın tebliğden haberdar olduğu gün olarak kabul edilir. İtiraz konusu elektronik tebliğ (e-tebligat) usulünde ise tebliğ tarihi, ilgili evrakın muhatabın elektronik ortamdaki adresine gönderilmesini izleyen beşinci günün sonunda yapılmış kabul edilmektedir. Yine Vergi Usul Kanunu'nun 100. ve 102. maddelerine göre, posta ile yapılacak tebligat işlemlerinde, bilinen adrese gönderilen evrakın muhataba teslim edildiği tarih tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Tebliğ

yapılacak kişi adresinde bulunmazsa ya da adresten geçici olarak ayrılmışsa, iade edilen evrakin muhatabınca alınmaması halinde on beşinci günde tebliğ yapılmış sayılır. İlanen yapılacak tebligatlarda ise ilan tarihinden itibaren bir ayın sonunda tebliğ yapılmış sayılmaktadır. Tebligatın mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan ilgili olması itibariyle, beşinci günün sonunda elektronik tebligatın yapılmış sayılacağına ilişkin kuralın, bu hakkı esaslı biçimde sınırlandırdığı açıktır.

3. Herşeyden önce, itiraz konusu kuralın esaslı bir çerçeveye sahip olmadığı, yasada bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına dair temel usul ve esasların belirtilmediği ve toplumun büyük bir kesimini ilgilendiren bir konuda Maliye Bakanlığı'nın tek yetkili merci olarak belirlendiği görülmektedir. Bu yönü itibariyle kuralın Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılığı açıktır. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinin açıklığı (yazılı bildirim şartı) karşısında, mükellefler yönünden getirilen zorunlu elektronik tebligatın Anayasa'nın bu hükmüyle de çeliştiği görülmektedir.

4. Vergi Usul Kanunu'ndaki klasik tebliğ usulleriyle öngörülen tebliğ süreleri ile elektronik tebligatla öngörülen beş günlük tebliğ süresi arasındaki bariz farkların kimi mükellefler yönünden bir eşitsizliğe yol açtığı açık olduğu gibi, Anayasal temeli olmayan bu tebliğ farklılığı nedeniyle uygulamada birçok mağduriyetin çıkması yüksek ihtimal dahilindedir. Bu yönü itibariyle de kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesini ihlâl ettiği anlaşılmaktadır.

5. İletişim çağında kişilerin bilgisayar, internet, e-posta vb. kolaylıklardan istifade etmeleri Devletçe teşvik edilebilirse de, bu konuda bir zorunluluk öngörülmesi Hukuk Devleti İlkesi ile bağdaşmaz. Gönüllülük esasını dışında böylesine bir icbar, öncelikle mükelleflerin bir bölümünde karşılık bulmaması itibariyle hukuk dışı bir külfete dönüşme riskini beraberinde taşıyacaktır. Dolayısıyla kural, bu yönü itibariyle de Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

6. 4/1/2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 65. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün... kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır." hükmünün iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi 27/9/2012 tarih ve E.2012/20, K.2012/132 sayılı kararıyla, kuralı şu gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir:

"... Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere Kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir. İtiraz konusu kuralda, kamu idareleri ve Kamu İhale Kurumu tarafından alınan kararlara ilişkin tebligat, iadeli taahhütlü mektupla yapılması halinde mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, kararın istekliye tebliğ tarihi sayılmaktadır.

Kendilerinden kaynaklanmayan ve kendilerine kusur izafe edilmesi mümkün olmayan sebeplerle posta hizmetlerinde yaşanan bir gecikme sonucunda, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmaksızın, haklarında alınan kararların tebliğ edilmiş sayılmasının, ilgilerin kazandıkları ihaleye ilişkin sözleşme yapmaları, Kanun'un 56. maddesi uyarınca ihaleye karşı itirazın şikâyetinde bulunabilmeleri veya ihaleye karşı adli ya da idare makamlar nezdinde dava açabilmeleri gibi bazı hakların kullanılamamasına neden olacağı açıktır. Bir başka ifadeyle, ulaşmayan bir tebligat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumu'na süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da ya da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebligatın muhatabının, kendisine izafe edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebligatın içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari makamlar önünde hiç bir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 13. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..."

Başvurunun somutunda da, mükellefin bilgisayarının arızalı olması, kendisinin çalışma ofisinden bir süreliğine uzakta bulunması vb. nedenlerle elektronik tebligattan haberdar olamaması mümkün olduğu gibi; e-posta bildiriminden beş gün sonra tebliğin yapılmış sayılacağı düzenlemesi, işaret edilen karardaki gerekçelerle mükelleflerin hukuki güvenliklerini ihlâl etmesi ve hak kaybına yol açıcı mahiyeti itibariyle ölçsüz bulunması nedenleriyle, aynı zamanda Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine de aykırıdır.

7. Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olup iptali gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

ANAYASA MAHKEMESİ SÖKE 2. ASLİYE HUKUK MAHKEMESİNİN KARARINI OY ÇOKLUĞUYLA REDDETTİ.

KARŞI TARAFA YÜKLENECEK VEKÂLET ÜCRETİ AVUKATA AİTTİR

Anayasa Mahkemesi, karşı taraf vekalet ücretinin avukata ait olduğunu düzenleyen Avukatlık Kanununun 164. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Söke Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan iptal istemli başvurunun reddine dair gerekçeli kararını bugünkü Resmî Gazetede yayımladı.

Baro Başkanımız Av. Veli Küçük, “Vekalet ücretinin yasal dayanağı, Avukatlık Kanunu’dur. Bu ücret, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder.

Aynı zamanda bir kamu hizmeti olan avukatın hukuki yardımının karşılığı olarak dava sonunda karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olması, avukatlığın kamu hizmeti oluşunun sonucudur.

Bu düzenleme, daha önce İzmir 4. Ağır Ceza ve Çine Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından itirazın ileri sürülerek iptal talebine konu edilmişse de Anayasa Mahkemesi’nin 2004/8 E. 2004/28 K. ve 2002/126 E. 2004/27 K. sayılı kararları ile reddedilmişti. Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararı da Anayasa Mahkemesi Başkanı’nın karşı oyu nedeniyle oyçokluğu ile alındı.

Kararların ortak gerekçesi; “... avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma, hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından da söz edilemez” şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi 10/4/2019 tarihinde E.2017/154 numaralı dosyada, dava sonunda mahkeme kararıyla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olmasının hüküm altına alınmasının Anayasa’ya aykırı olduğuna yönelik itirazın reddine karar vermiştir.” açıklamasını yaptı.



Adliye Sarayı (6. kat) Kayalıbağ Mah. İnönü Cad. üzeri Seyhan / ADANA
Tel. : 0322 359 49 72 - 359 48 88
Faks : 0322 359 44 26



www.adanabarusu.org.tr



adanabarusu@adanabarusu.org.tr



ADANA BAROSU BAŞKANLIĞI