



asoscongress

**ULUSLARARASI HUKUK
SEMPOZYUMU**

International Symposium on Law

TAM METİN KİTABI

ASOSCONGRESS CONFERENCE PROCEEDINGS



Editör

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

ISBN: 978-605-2132-99-9

V. ULUSLARARASI HUKUK SEMPOZYUMU TAM METİN KİTABI

ISBN: 978-605-2132-99-9

Yayın Yönetmeni

Muhammet Özcan

Yayın Editörü

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Kapak Tasarımı

Bülent Polat

Erişime Açıldığı Tarih

26.12.2018

Asos Yayınevi

1.baskı

Adres: Çaydaçıra Mah. Hacı Ömer Bilginoğlu Cad. No: 67/2-4/MERKEZ/ELAZIĞ

Telefon: 0530 473 23 00

Mail Adresi: asos@asosyayinlari.com

Web: www.asosyayinlari.com

Instagram: <https://www.instagram.com/asosyayinevi/>

Facebook: <https://www.facebook.com/asosyayinevi/>

Twitter: <https://twitter.com/Asosyayinevi>

Tam metin kitabında yayınlanan tüm bildiriler Sobiad tarafından indekslenmiş, İntihal.net tarafından benzerlik denetiminden geçirilmiştir.





Sempozyum Onursal Başkanı

Yıldız Teknik Üniversitesi Rektörü
Prof. Dr. Bahri ŞAHİN

Sempozyum Düzenleme Kurulu Başkanı

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Sempozyum Düzenleme Kurulu

Dr. Öğretim Üyesi Bahar Öcal Apaydın
Arş. Gör. Adem Yelmen

Bilim Kurulu

Prof. Dr. Ali Tilbe
Prof. Dr. Abdulkadir Baharçipek
Prof. Dr. Adnan Çelik
Prof. Dr. Ahmet Yatkın
Prof. Dr. Aleksandra Vranes
Prof. Dr. Ali Yılmaz Gündüz
Prof. Dr. Alper Maral
Prof. Dr. Anaid Donabedian Inalco
Prof. Dr. A. Melek Özyetgin
Prof. Dr. Belkacem Boumahdi
Prof. Dr. Bünyamin Akdemir
Prof. Dr. Canan Çetin
Prof. Dr. Candalene J. McCombs
Prof. Dr. Cemile Hesenzade
Prof. Dr. Choi Han – Woo
Prof. Dr. Cihan Işıkhani
Prof. Dr. Çağatay İnam Karahan
Prof. Dr. Daoud Djefafla
Prof. Dr. David Carr
Prof. Dr. Elena Oganova

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Prof. Dr. Elif Yüksel Oktay
Prof. Dr. Emin Çelebi
Prof. Dr. Erica H. Gilson
Prof. Dr. Erol Asiltürk
Prof. Dr. Erol Parlak
Prof. Dr. Eva Agnes Csato
Prof. Dr. Fadime Suata Alpaslan
Prof. Dr. Flera Sayfulina
Prof. Dr. Güldane Araz Ay
Prof. Dr. Gwendolyn Alexander
Prof. Dr. H. Birsen Hekimoglu-Örs
Prof. Dr. Hacer Tor
Prof. Dr. Hasan Arapgirlioğlu
Prof. Dr. Himmet Karadal
Prof. Dr. Hocine Boukara
Prof. Dr. Işıl Uluçam Wegmann
Prof. Dr. İ. Gülsel Sev
Prof. Dr. İbrahim Halil Sugözü
Prof. Dr. İbrahim Örnek
Prof. Dr. İhsan Çapçioğlu
Prof. Dr. İlhan Özkeçeci
Prof. Dr. Joachim Klose
Prof. Dr. Kathleen Malu
Prof. Dr. Kazuyuki Nagai
Prof. Dr. Khalil Awda
Prof. Dr. Kim Hyo Joung
Prof. Dr. Liptai Kalman
Prof. Dr. Ljiljana Marković
Prof. Dr. Lubov Kopanitsya
Prof. Dr. M. Ali Kırman
Prof. Dr. M. Cihat Can
Prof. Dr. Mahmut Tekin
Prof. Dr. Mehmet Koştumoğlu

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Prof. Dr. Mashood Baderin
Prof. Dr. Mohammed Hardan Ali
Prof. Dr. Moheddin Bananeh
Prof. Dr. Mustafa Arslan
Prof. Dr. Mustafa İsmail Kaya
Prof. Dr. Mustafa Uslu
Prof. Dr. Nabeel Madallah Hamad Al-Obaidi
Prof. Dr. Nassıra Hedjerassı
Prof. Dr. Olena Ivanovska
Prof. Dr. Orhan Çoban
Prof. Dr. Recep Dikici
Prof. Dr. Robert Elliott
Prof. Dr. Roberto Veraldi
Prof. Dr. Sanjin Kodric
Prof. Dr. Sedat Cereci
Prof. Dr. Serpil Ağcakaya
Prof. Dr. Sevil Mehdiyeva
Prof. Dr. Sevgi Soylu Koyuncu
Prof. Dr. Sven Tarp
Prof. Dr. Tahir Akgemci
Prof. Dr. Tarık Özcan
Prof. Dr. Tetsuya Sato
Prof. Dr. Türev Berki
Prof. Dr. Tofiq Abdülhasanli
Prof. Dr. Tom Schoeneman
Prof. Dr. Viktoria Serzhanova

Doç. Dr. Ahmet Talimciler
Doç. Dr. Arda Eden
Doç. Dr. Besir Mustafayev
Doç. Dr. Beyhan Kanter
Doç. Dr. Beyhan Zabun
Doç. Dr. Burçin Cevdet Çetinsöz

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Doç. Dr. Duygu Kızıldağ
Doç. Dr. Dündar Alikılıç
Doç. Dr. Elmas Şahin
Doç. Dr. Elmira Memmedova Kekeç
Doç. Dr. Erdal Arlı
Doç. Dr. Esra Birkan Baydan
Doç. Dr. Evrim Mayatürk Akyol
Doç. Dr. Fatih Arslan
Doç. Dr. Fatih Mehmet Öcal
Doç. Dr. Fatma Nur Yorgancılar
Doç. Dr. Ferit İzci
Doç. Dr. Fulya Erlüle
Doç. Dr. Funda Kızıler Emer
Doç. Dr. Gulnara Kanbarova
Doç. Dr. Gül Kayalidere
Doç. Dr. Güldane Araz Ay
Doç. Dr. Güler Tozkoparan
Doç. Dr. Halil İbrahim Kuruca
Doç. Dr. Halil Tokcan
Doç. Dr. Hasan Güner Berkant
Doç. Dr. İrina Pokrovskaya
Doç. Dr. Kader Sürmeli
Doç. Dr. Kemal Erol
Doç. Dr. Kürşat Çelik
Doç. Dr. Lütfiye Özdemir
Doç. Dr. Mahmut Yardımcıoğlu
Doç. Dr. Mary Beth Schaefer
Doç. Dr. Mehmet Ak
Doç. Dr. Muhittin Kapanşahin
Doç. Dr. Murat Elmalı
Doç. Dr. Mutlu Deveci
Doç. Dr. Nazile Abdullazade
Doç. Dr. Necdet Yaşar Bayatlı

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Doç. Dr. Nevin Özdemir
Doç. Dr. Okan Murat Öztürk
Doç. Dr. Olca Sürgevil
Doç. Dr. Özlem Demirel Dönmez
Doç. Dr. Sare Şengül
Doç. Dr. Sibel Kılıç
Doç. Dr. Şafak Kaypak
Doç. Dr. Tamer Budak
Doç. Dr. Tarana Khalilova Ahmed Gizi
Doç. Dr. Tuba Büyükbeşe
Doç. Dr. Tudora Arnaut
Doç. Dr. Turan Akkoyun
Doç. Dr. Yegane Çağlayan
Doç. Dr. Yılmaz Karadeniz
Doç. Dr. Yusuf Şahin
Doç. Dr. Yüksel Gögebakan

Dr. Öğretim Üyesi Ahmed Aldyab
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Turan Sinan
Dr. Öğretim Üyesi Bahadır Köksalan
Dr. Öğretim Üyesi Banu Tanrıöver
Dr. Öğretim Üyesi Bengü Hırlak
Dr. Öğretim Üyesi Beyzade Nadir Çetin
Dr. Öğretim Üyesi Birol İpek
Dr. Öğretim Üyesi B. Burçak Erdal
Dr. Öğretim Üyesi Burcu Özge Özaslan Çalışkan
Dr. Öğretim Üyesi Cihat Kartal
Dr. Öğretim Üyesi Duygu Koçak
Dr. Öğretim Üyesi Ebru Onurlubaş
Dr. Öğretim Üyesi Fadime Tosik Dinç
Dr. Öğretim Üyesi Gülsüm Vezir Oğuz
Dr. Öğretim Üyesi Hakan Yalap
Dr. Öğretim Üyesi İbrahim Görücü

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Dr. Öğretim Üyesi İdil Tuncer Kazancı
Dr. Öğretim Üyesi İzzet Taşar
Dr. Öğretim Üyesi Kürşat Yusuf Aytaç
Dr. Öğretim Üyesi Lütüf Alıcı
Dr. Öğretim Üyesi Lütüf Özyayın Akyol
Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Levent Erdaş
Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Yılmaz
Dr. Öğretim Üyesi Melahat ÖNEREN
Dr. Öğretim Üyesi Mustafa Uğraş
Dr. Öğretim Üyesi Nilüfer Alimen
Dr. Öğretim Üyesi Nurhodja Akbulaev
Dr. Öğretim Üyesi Özlem Yaşar Uğurlu
Dr. Öğretim Üyesi Ramazan Yirci
Dr. Öğretim Üyesi Recep Özdemir
Dr. Öğretim Üyesi Seçil Eda Kartal
Dr. Öğretim Üyesi Semra Kıranlı Güngör
Dr. Öğretim Üyesi Sezgin Demir
Dr. Öğretim Üyesi Tahir Çelikbağ
Dr. Öğretim Üyesi Tuncay Yavuz Özdemir
Dr. Öğretim Üyesi Türkan Askerova
Dr. Öğretim Üyesi Yavuz Haykır
Dr. Elçin İbrahimov

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



İÇİNDEKİLER

YETİŞKİNLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN OLARAK İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA GERÇEKLEŞTİRİLEN REVİZYONUN GETİRDİĞİ BAŞLICA YENİLİKLER	2
MİLLETVEKİLİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN PARLAMENTOLARIN DİSİPLİN YETKİLERİNİN SINIRLARI VE DENETİMİ	29
MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI KAPSAMINDA TAM YARGI DAVALARINDAKİ YARGI HARÇLARI VE VEKALET ÜCRETLERİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME ...	46
TÜRK HUKUKUNDA REKABET KURALLARI KAPSAMINDA DEVLET DESTEKLERİ İLKELERİNE VE UYGULAMALARINA İLİŞKİN TESPİTLER VE DEĞERLENDİRMELER	72
YURT DIŞINDA VERİLMİŞ MAHKÛMİYETE BAĞLI HAK YOKSUNLUKLARI.....	103
MEVZUATTAKİ SON DEĞİŞİKLİKLER BAĞLAMINDA YAYLALARDA YAPILAŞMANIN HUKUKİ DURUMU	128
TEREKE KAVRAMI	144
TÜRK ve ABD BAŞKANLARININ ATAMA YETKİLERİNE MUKAYESELİ BİR BAKIŞ	162
FOTOKOPİNİN DELİL BAŞLANGICI KABUL EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ SORUNU ...	175
MADEN ARAMA-İŞLETME RUHSATLARININ İPTALİNİN YARGISAL DENETİMİ...	193
DAMAGES of A MEMBER BECAUSE of THE LIBEL OR THE DEFAMATION AGAINST HER/HIS GROUP	201
MESLEKİ EĞİTİM KANUNUNDA 6764 SAYILI KANUNLA ÇIRAK VE STAJYERLERE İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	209
BLOKZİNCİR TABANLI BITCOIN'İN ULUSLARARASI ALANDA VE TÜRKİYE'DE VERGİLENDİRİLMESİ.....	229
6183 SAYILI KANUN BAKIMINDAN LİMİTET ŞİRKETLERİN AMME BORÇLARININ YAPILANDIRMA KAPSAMINDAN ÇIKMASI.....	240
4857 SAYILI İŞ KANUNU'NA GÖRE İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OTUZ İŞÇİ SAYISININ BELİRLENMESİ.....	250



YETİŞKİNLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN OLARAK İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA GERÇEKLEŞTİRİLEN REVİZYONUN GETİRDİĞİ BAŞLICA YENİLİKLER

Doç. Dr. Fulya ERLÜLE

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

Günümüzde sosyal hayatta yaşanan değişim ve tıp alanında yaşanan gelişmelerin etkisiyle ortalama yaşam süresi uzamaya ve yaşlılığa bağlı hastalıklar artmaya başlamıştır. Bu alanda yaşanan sorunları çözüme kavuşturmak amacıyla, pek çok Avrupa ülkesi yetişkinlerin korunması amacıyla yasal düzenlemelerini revize etmişlerdir. Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanında gerçekleştirilen değişikliklerden özellikle İsviçre Hukukunda 2008 yılında gerçekleşen revizyon İsviçre Medeni Kanununun mehzaz Kanunumuz olması sebebiyle Hukukumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir. İsviçre Medeni Kanununda 2008 yılında gerçekleşen revizyon, İsviçre Medeni Kanununun 1912 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına ilişkin hükümler (Art. 397a-f) hariç; Vesayet Hukukuna ilişkin hükümlerde gerçekleşen en kapsamlı değişikliktir. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren revizyon neticesinde İsviçre Medeni Kanununun vesayete ilişkin Art. 360-455 arasında yer alan 96 maddesi değiştirilmiştir. Vesayet ve kısıtlama kurumlarının yürürlükten kalktığı bu değişiklikle birlikte, İsviçre Medeni Kanununun Aile Hukuku kitabının “Vesayet”e ilişkin üçüncü kısmı, “Yetişkinlerin Korunması” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanununun “Vesayet”e ilişkin üçüncü kısmının “Yetişkinlerin Korunması” olarak değişen başlığı altında, yetişkinlerin korunmasına yönelik olarak üç farklı tedbir düzenlenmiştir. Bunlar, “İlgili Kişinin Bizzat Alabildiği Kişisel Tedbirler”, “Kanun Gereği Alınan Yasal Tedbirler” ve “Yetişkinleri Koruma Makamı Tarafından Alınacak Olan Tedbirler”dir. Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanununda gerçekleştirilen revizyonun en önemli amaçlarından birisinin, kişiye “Kendisi Hakkında Bizzat Karar Verme (Kendi Geleceğini Belirleme) Hakkının” kullanılması imkanının sağlanması olduğu söylenebilir. Nitekim, İsviçre Medeni Kanununda gerçekleştirilen revizyon neticesinde vesayet ve kısıtlama kurumları yürürlükten kaldırılarak, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkını kullanmasına imkan veren iki yeni hukuk kurumu yürürlüğe girmiştir. Bunlar, “İşlerini Gereği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet (Tedbir Vekaleti)” ve “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)” dır.



Anahtar Kelimeler: Yetişkinlerin korunması hukuku, vesayet, kayımlık, tedbir vekaleti, hasta tasarrufu.

MAIN NOVELTIES INTRODUCED by THE AMENDMENT in THE SWISS CIVIL CODE PERTAINING to THE PROTECTION of THE ELDER

Abstract

Life expectancy and diseases related to the elderliness have been started to increase as a result of change in the social life and developments in the field of medicine. In order to find solution to the problems experienced in this respect, many European countries have amended their regulations regarding protection of adults. Among amendments regarding the Law of Protection of Adults, the amendment in the Swiss Law adopted in 2008 is notably significant, as the Swiss Civil Code is the source of ours. Except for the provisions pertaining to the Restriction of Freedom for Protection (Art. 397a-f), the amendment dated 2008 in the Swiss Civil Code is the most extensive one with regard to Guardianship Law since its entry in force in 1912. 96 articles, from Article 360 to 455, have been modified as a result of the amendment entered into force on January 1th 2013 in the Swiss Civil Code. With the said amendment abrogating guardianship and restriction, third party of the Family Law Chapter of the Swiss Civil Code on the “Guardianship” has been rearranged under the title “Protection of Adults”. Under the third party on the “Guardianship” of the Swiss Civil Code that has been changed to “Protection of Adults”, three different measures aiming the protection of adults have been adopted. These are “Individual Measures Taken Personally by the Related Individual”, “Statutory Enforced Measures” and “Measures to Be Taken by the Adult Protection Authority”. One of the most important objectives of the amendment in the Swiss Civil Code related to the Protection of Adults may be recognizing the possibility of “Self-Determination” to the individual. As a matter of fact, two new legal institutions enabling use of self-determination right have been introduced by having abrogated guardianship and restriction as a result of the said amendment in the Swiss Civil Code. These are “Deputyship for Failure in Managing His/Her Assets (Preventive Deputyship)” and “Pre-given Instructions (Act of Patient)”.

Key Words: Law of Protection of Adults, Guardianship, Curatorship, Preventive Deputyship, Act of Patient.



I. Giriş

Günümüzde özellikle gelişmiş ülkelerde sosyal hayatta yaşanan değişim ve tıp alanında yaşanan gelişmelerin etkisiyle ortalama yaşam süresi uzamaya ve yaşlılığa bağlı hastalıklar artmaya başlamıştır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından yapılan tahminlere göre, 60 yaş üzerindeki kişi sayısının 2025 yılında 1.2 milyara, 80 yaş üzerindeki kişi sayısının ise 137 milyona ulaşması beklenmektedir¹. Ortalama yaşam süresinin uzaması ile birlikte ilerleyen yaşlarda Demans (bunama) ve Demansın bir türü olan Alzheimer hastalığına ve başka hastalıklara yakanma riski de artmaktadır.

Türkiye'nin de dahil olduğu 84 üyesi olan Dünya Alzheimer Örgütü'nün 2016 raporuna göre, yaşlı nüfus büyük bir hızla artarken, dünyada 46.8 milyon Demans hastası bulunmaktadır. Bu artış eğilimi sürerse, 20 yıl içinde bu sayının iki katına çıkması; 2050 yılında ise tüm dünyada hasta sayısının 131.5 milyona ulaşması beklenmektedir². Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre, 2023 yılında Türkiye'de 65 yaş üstü yaşlı nüfus oranının % 10'un üzerine çıkacağı ve Demans hastalıklarının sıklığının büyük bir hızla artmaya devam edeceği tahmin edilmektedir³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1999 yılında, ileride yaşanacak olan bu sorunları dikkate alarak üye devlet hükümetlerine bu kararda benimsenen ilkelerin uygulanması için gerekli gördükleri her türlü önlemi almaları ya da mevcut önlemleri geliştirmelerine dair bir tavsiye kararı almıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Yardıma Muhtaç Yetişkinlerin Yasal Olarak Korunması"na ilişkin R (99) 4 sayılı tavsiye kararında, üye ülkelere birbirinden farklı koşul ve durumların dikkate alınmasını sağlayacak şekilde ihtiyari düzenlemeler öngörmeleri, gereklilik, orantılılık ve talilik ilkelerini uygulamaları ve olanak buldukça, ilgili kişinin isteklerini dikkate almaları tavsiye edilmektedir⁴.

¹ SARGIN, Fügen, "Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", AÜHFD 2003, C. 52, S. 2; s. 4, dpn. 6.

² <http://www.alz.co.uk/resaerch/world-report-2016>.

³ <http://www.alz.co.uk/resaerch/world-report-2016>. TÜİK ölüm nedeni verilerine göre, 2010 yılında Alzheimer hastalığından ölen yaşlı nüfus oranı % 2,7 iken, bu oran 2011 yılında % 2,9'a, 2014 yılında ise % 3,4'e yükselmiştir. Bkz. <http://www.tuik.gov.tr/Prehaberbultenleri>

⁴ SARGIN, s. 4, dpn. 7.



II. Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Olarak Uluslararası Hukuk ve Ulusal Hukuklarda Yaşanan Gelişmeler

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararını dikkate alan bazı ülkeler, kişisel melekelerinde zayıflık ya da yetersizlik bulunan yetişkinlerin korunması amacıyla iç hukuk kurallarını yeniden düzenleme yoluna gitmişlerdir⁵.

Yakın sayılabilecek bir geçmişte pek çok Avrupa ülkesinde Yetişkinlerin Korunması alanında gerçekleşen söz konusu revizyonlara baktığımızda bu alanda ilk esaslı revizyonun, 1983 yılında Avusturya'da 1990 yılında Almanya'da, 1995 yılında Danimarka'da, 2003 yılında İspanya'da, 2004 yılında İtalya'da, 2005 yılında İngiltere'de ve 2008 yılında İsviçre'de gerçekleştiğini görürüz⁶.

Avrupa ülkelerinde Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin olarak gerçekleştirilen revizyonların içeriğine baktığımızda, vesayet ve kısıtlılık gibi kurumlardan vazgeçilerek; bu kurumlar yerine yetişkinlerin fiil ehliyetlerini doğrudan etkilemeyen esnek bir yaklaşımın benimsendiğini, halihazırda ayırt etme gücüne sahip olan kişilerin, ilerde ayırt etme güçlerini kaybettikleri bir dönemde kendilerinin hukuki ve tıbbi alanda temsiline ilişkin düzenlemeleri bizzat gerçekleştirme isteklerinin dikkate alındığını söyleyebiliriz⁷. Bu yaklaşım Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme, (kendi geleceğini belirleme) hakkına⁸ son derece uygundur.

5

Nasıl ki Çocukların Korunması Hukuku alanına damgası vuran ve her daim üstün tutulması ve gözetilmesi gereken ilke, çocuğun yararı ilkesi ise Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanına damgasını vuran temel ilke kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkıdır. Ancak hemen belirtelim ki Yetişkinlerin Korunması Hukukunda dikkate alınması gereken başka ilkeler de vardır, bunlar talilik ve orantılılık ilkeleridir.

İşte tam da bu nedenle pek çok Avrupa ülkesi iç hukuk düzenlemelerinde, yetişkin kişinin ayırt etme gücünü kaybettiği aşamadan sonra yetkili kılınacak bir temsilcinin, bizzat ayırt etme gücüne

⁵ SARGIN, s. 4.

⁶ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023-7024.

⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7024.

⁸ Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkının Anayasal temelleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. **TACİR, Hamide**. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s. 107 vd.



haiz yetişkin kişi tarafından seçimine imkan veren vekalet ya da temsil gibi hukuk kurumlarından yararlanmaktadır⁹.

Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanına ilişkin olarak Avrupa ülkelerinde yaşanan söz konusu gelişmeler etkisini hiç şüphesiz bu ülkelerin Vesayet hukukuna ilişkin hükümlerinin yer aldığı Medeni Kanunları üzerinde göstermektedir. Ancak Yetişkinlerin Korunması Hukuku'nun etki alanı sadece Medeni Hukuk ile sınırlı değildir.

Dünyanın küreselleşmesi ile birlikte emeklilik yaşına ulaşan çok sayıda yetişkinin yaşamlarının geri kalanını, görece daha ılıman iklime sahip ülkelerde sürdürebilmek amacıyla bu ülkelerde konut edinmeleri, yetişkinlerin sadece şahıs varlığı yönünden değil, malvarlığı yönünden de korunmalarını gerektirmekte ve Yetişkinlerin Korunması Hukukunu Devletler Özel Hukuku'nun da güncel konularından biri haline getirmektedir¹⁰.

Yetişkinlerin Korunması Hukuku'nun Uluslararası Hukuk boyutuna baktığımızda, insan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmelerin; hem ulusal hukuklarda hem de milletlerarası hukukta Yetişkinlerin korunmasına verilen önemin artmasına neden olduğunu ve Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin mevcut düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi sürecini beraberinde getirdiğini söyleyebiliriz.

Belirtelim ki Yetişkinlerin, milletlerarası alanda özellikle yaşa bağlı olarak ortaya çıkan aklî ve/veya fizikî melekelerindeki yetersizlikleri ya da noksanlıkları nedeniyle gerek şahıs varlığı gerekse malvarlığı yönünden korunması 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" ile sağlanmaktadır¹¹.

Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesinin hazırlık aşamasında çocukların korunması ile yetişkinlerin korunması hukuku arasındaki pek çok benzerlikten ötürü, 13 Ekim 1996 tarihli La Haye Çocukların Korunmasına Dair Alınacak Önlemler Hakkında Sözleşmede benimsenen çözümlerin gerekli değişiklikler ile yetişkinler bakımından da uygulama alanı bulması gerektiği sonucuna ulaşılmış ve 13 Ekim 1996 tarihli La Haye Çocukların Korunmasına Dair Alınacak Önlemler Hakkında Sözleşmenin pek çok alanda

⁹ Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilen ve radikal olarak nitelendirebileceğimiz Vesayet Hukukuna ilişkin reformların içeriğine baktığımızda, kanun koyucuların koruma tedbirlerinin orantılık ilkesi çerçevesinde alınmasını önemsediklerini ve yardıma muhtaç kişilerin ihtiyaçlarının somut olay dikkate alınarak giderilmesini amaçladıklarını söyleyebiliriz.

¹⁰ SARGIN, s. 4.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, s. 1. Esasen yetişkinlerin korunması ile ilgili daha eski tarihli bir düzenleme mevcuttur. I. Dünya savaşından önce, La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansı bünyesinde bir sözleşme hazırlanmış ve bu sözleşme 17 Temmuz 1905 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme halen İtalya, Polonya, Portekiz ve Romanya bakımından yürürlüktedir. Bkz. SARGIN, s. 3.



öngördüğü çözüm önerileri, Yetişkinlerin korunması bakımından da benimsenmiştir¹². Bu anlamda, 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", 13 Ekim 1996 tarihli La Haye Çocukların Korunmasına Dair Alınacak Önlemler Hakkında sözleşmeyi tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır¹³. 13 Ekim 1996 tarihli sözleşme uyarınca korunan bir küçüğün, bu sözleşmede öngörülmüş olan yaşı doldurduktan sonra da benzer koruma tedbirleri ile korunabilmesi imkanı 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi" ile mümkün hale gelmiştir¹⁴.

Hiç şüphesiz insan haklarının korunmasına ilişkin olarak İnsan hakları hukuku alanında yaşanan gelişmelerin Milletlerarası hukuk alanında etkisi bununla da sınırlı değildir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 2004 yılında, “*İnsan Haklarının Korunması ve Psikolojik Açından Rahatsız Olan Kişilerin İnsan Onurunun Korunmasına ilişkin R (2004) 10 sayılı tavsiye kararı*” nı çıkarmıştır.

Yukarıda isimlerini zikrettiğimiz Avrupa ülkeleri, iç hukuklarındaki yasal düzenlemeleri Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, *R (2004) 10 sayılı tavsiye kararını* dikkate alarak hazırlanmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararında, yasal düzenlemelerde izlenecek usul ve uygulamada, insan hakları ve temel özgürlükleri ile insan onuru ilkelerinin esas alınması gerektiği tavsiye kararının hem giriş bölümünde hem de uyulacak prensipleri belirleyen II. kısımda açıkça ifade edilmiştir.

Ekleyelim ki Yetişkinlerin Korunması alanında Avrupa ülkelerinde benimsenen güncel değişiklik ve yenilikler açısından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi’nin tavsiyeleri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi¹⁵ de yaşamsal bir öneme sahiptir ve anılmaya değer.

Bu nedenle İnsan haklarının ve insan onurunun korunmasının bir gereği olarak, insanları akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kötü yaşam tarzı, savurganlık, kötü yönetim gibi ifadelerle ötekileştirmekten kaçınmak gerekir. Nitekim akıl hastalığı, akıl zayıflığı, kötü yaşam tarzı, savurganlık, kötü yönetim gibi kavramlar modern yetişkinlerin korunması hukukunda kendine

¹² SARGIN, s. 6.

¹³ 13 Ekim 1996 tarihli La Haye Çocukların Korunmasına Dair Alınacak Önlemler Hakkında Sözleşmede olduğu gibi, 13 Ocak 2000 tarihli "Yetişkinlerin Milletlerarası Plânda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi", de 7 bölümden oluşmaktadır. Bu bölümler: Sözleşmenin kapsamı (m. 1-4), yetki, (m. 5-12), uygulanacak hukuk (m. 13-21), tanıma ve icra edilebilirlik (m. 22-27), işbirliği (m. 28-37), genel hükümler (m. 38-52) ve nihai hükümler (m. 53-59).

¹⁴ SARGIN, s. 6.

¹⁵ 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanmıştır. (RG. 09.12.2003, 25311; RG. 20.04.2004, 25439).

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



yer bulamamıştır. Aynı şekilde “kısıtlılık”, “vesayet”, “vasilik” gibi kavramlara da modern yetişkinlerin korunması hukukunda yer verilmemiştir¹⁶.

Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanında yaşanan söz konusu gelişmelerden özellikle İsviçre Hukukunda 2008 yılında gerçekleşen revizyon İsviçre Medeni Kanunu’nun mehz Kanunumuz olması sebebiyle Hukukumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

İsviçre Medeni Kanunu’nda 2008 yılında gerçekleşen söz konusu revizyon, İsviçre Medeni Kanunu’nun 1912 yılında yürürlüğe girmesinden bu yana, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına ilişkin hükümler (Art. 397a-f) hariç; Vesayet Hukukuna ilişkin hükümlerde gerçekleşen en kapsamlı değişikliktir¹⁷. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren revizyon neticesinde İsviçre Medeni Kanunu’nun vesayete ilişkin Art. 360-455 arasında yer alan 96 maddesi değiştirilmiştir. Vesayet ve kısıtlama kurumlarının yürürlükten kalktığı bu değişiklikte birlikte, İsviçre Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku kitabının vesayete ilişkin üçüncü kısmı, “Yetişkinlerin Korunması” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir.

III. Yetişkinlerin Korunmasına Hukukuna İlişkin Olarak İsviçre Medeni Kanunu’nda Gerçekleştirilen Revizyonun Amaçları

A. Kişiye “Kendisi Hakkında Bizzat Karar Verme (Kendi Geleceğini Belirleme) Hakkı”nı Kullanma İmkanının Sağlanması

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, tıp biliminin hızla gelişmesine bağlı olarak, insan ömrü uzamakta ve yaşlılığa bağlı hastalıklara yakalanma riski de artmaktadır. En gelişmiş Avrupa ülkelerinden birisi olan İsviçre’de de 65 yaş üzerindeki kişilerin, % 8’i, 85 yaş üzerindeki kişilerin ise % 30’u yaşlılığa bağlı olarak gelişen Alzheimer ya da Demans’ın farklı türleri ile mücadele etmektedir¹⁸. Yetişkinlerin korunmasına ilişkin olarak İsviçre Hukukunda gerçekleştirilen revizyon, ayırt etme gücüne sahip kişilerin, ileride günün birinde ayırt etme güçlerini kaybetmeleri halinde, kişi varlığı ve malvarlığı yönünden korunmalarına ve hukuki işlemler ile tıbbi tedbirlerde temsil edilmelerinin sağlanmasına yöneliktir.

Bu nedenle Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu’nda gerçekleştirilen revizyonun en önemli amaçlarından birisinin, kişiye “kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi

¹⁶ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7023.

¹⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7002.

¹⁸ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7011; ayrıca bkz. YAVUZ, Cevdet/ERLÜLE, Fulya/TOPUZ, Murat, Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), İstanbul 2017, s. 7.



geleceğini belirleme) hakkının¹⁹ kullanılması imkanının sağlanması olduğu söylenebilir. Nitekim, İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyon neticesinde vesayet ve kısıtlama kurumları yürürlükten kaldırılarak, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkını kullanmasına imkan veren iki yeni hukuk kurumu yürürlüğe girmiştir. Bunlar, “İşlerini Gerektiği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet (Tebdir Vekaleti)” ve “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)” dır.

B. Aile Kurumunda Dayanışmanın Güçlendirilmesi ve Devletin Sorumluluğunun Hafifletilmesi

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyonunun en önemli amaçlarından bir diğeri, korunmaya muhtaç yetişkinlerin mümkün olduğunca ailelerin desteğini alarak, ihtiyaç duydukları bakım ve korumanın sağlanması ve resmi müdahalenin azaltılarak devletin sorumluluğunun hafifletilmesidir.

Belirtelim ki İsviçre'de mülga vesayet hukuku sisteminde, ayırt etme gücünü kaybeden ve İMK m. 17 uyarınca tam ehliyetsiz hale gelen kişilere ilişkin özel bir tedbir öngörülmüş değildi, böyle bir durum söz konusu olduğunda vesayet makamı bir kişiyi vasi ya da kayyım olarak atamaktaydı. Ancak vasi atanmasına ilişkin süreç çok ağır işlediği ve yıpratıcı olduğundan ayırt etme gücünden yoksun kişinin yakınları genelde resmi makamlara başvurmak yerine, pragmatik davranarak ilgili kişiyi hukuken temsile yetkili olup olmadıklarını açıklamaksızın ilgili kişi adına hareket ediyorlardı²⁰. Bu nedenle İsviçre Hukukunda ayırt etme gücünden yoksun olan kişinin yakınlarının hukuki fiillerini yasal bir zemine kavuşturmak amacıyla kimi zaman İMK'nun Evlilik Birliğinin Temsiline ilişkin 166. maddesi hükmü geniş bir şekilde yorumlanarak maddenin uygulama alanının kapsamı genişletilmiş kimi zamanda İBK'nun Vekaletsiz İş Görmeye ilişkin 419. maddesi hükmünden yararlanılmıştır²¹.

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyon, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin yakınlarını büyük bir külfet altına sokmaksızın belirli kararları alabilme imkanı sunmaktadır. İMK m. 377 ve devamı hükümlerinde, “İşlerini Gerektiği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet (Tebdir Vekaleti)” ve “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)” ın bulunmadığı hallerde, ayırt etme gücünden yoksun kişiyi temsile kimlerin yetkili olduğu sırasıyla belirlenmiştir. Düzenleme bu yönüyle aile kurumunda

¹⁹ Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkı hakkında daha fazla bilgi için bkz. **TACİR**, s. 107 vd.

²⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7013; **YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ**, s. 9.

²¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7013; bkz. **YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ**, s. 9.



dayanışmanın güçlendirilmesi ve resmi müdahalenin talilği ilkelerini gerçekleştirme amacına uygundur²².

C. Ayırt Etme Gücü Bulunmayan Kişilerin Bakım Evleri Tarafından Daha İyi Şekilde Korunmalarının Sağlanması

İsviçre kamuoyunda ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin, yatılı olarak kaldığı kurumlarda bu kişilerin kişisel ihtiyaçlarının yeterince dikkate alınmadığı, kişisel bakımlarında eksikliklerin söz konusu olduğu, kurumda kalan kişilerin yalnızlığa mahkum edildiği, kurumlardaki mevcut hizmet kalitesinde yaşanan yetersizlik ve eksikliklerin bir türlü giderilemediği sıkça ifade edilmektedir²³. Bu nedenle Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyonun amaçlarından bir diğeri de, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin bakım evlerinde yaşadıkları bu tür sorunları gidermek ve ayırt etme gücünden yoksun kişilere daha kaliteli bakım hizmeti verilmesinin sağlanmasıdır (İMK m. 382)²⁴.

D. Resmi Tedbirlerde Orantılılık İlkesinin Gözetilmesi

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda gerçekleştirilen revizyonunun temel amaçlarından bir diğeri, resmi tedbirlerde orantılılık ilkesinin gözetilmesidir. Bu nedenle Yetişkinleri Koruma Makamı, Federal Anayasasının 5. maddesinde düzenlenmiş olan orantılılık ilkesini gözeterek ve somut olay açısından devletin müdahalesinin gerekli kıldığı ölçüde tedbirler alması gerekir. (İMK m.389). Belirtelim ki söz konusu tedbirler alınırken kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme hakkı)nı kullanma imkanının da mümkün olduğu ölçüde dikkate alınması gerekir²⁵.

Modern yetişkinlerin korunması hukukuna egemen olan anlayışa göre, kişinin kısıtlama kararı sonucunda fiil ehliyetini kaybetmesi, orantısız bir müdahale olduğu gibi; kısıtlama kararının ilanı da kısıtlanan kişiyi afişe etmektedir.

Yine yetişkinlerin korunması hukukuna ilişkin yaklaşım çerçevesinde, günümüzde uygulanan şekli ile yasal danışmanlığın da yetersiz ve sorunlu bir kurum olduğu ifade edilmekte; yasal danışmanlığın söz konusu olduğu hallerde, kişinin malvarlığına sınırlı olarak müdahale

²² KESKİN, Dilşad, İsviçre Hukukunda Tedbir Vekaleti, AÜHFD, 64 (2)2015, s. 366.

²³ Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7014; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 11.

²⁴ Daha fazla bilgi için bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 78 vd.

²⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7016.



edilmesine rağmen fiil ehliyetinin sınırlandırılması ve kendisine yasal danışman atanmış olan kişinin şahıs varlığına yönelik herhangi bir düzenlemenin yapılmamış olması eleştirilmektedir²⁶.

Bu nedenle kısıtlılık ve yasal danışmanlık kurumlarına İsviçre Medeni Kanunu'nun Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin hükümleri arasında yer verilmemiştir²⁷. Yetişkinlerin Korunması Hukukunda, kısıtlılık ve yasal danışmanlık kurumlarının yerini artık tek bir kurum, kayyımlik kurumu almış ve refakat, temsil, katılım ve kapsamlı kayyımlik olmak üzere dört farklı türde kayyımlik düzenlenmiştir (İMK m. 390 vd.)²⁸.

E. Fiil Ehliyetinin Sınırlandırılması ya da Kaldırılmasının İlan Edilmemesi

İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga vesayete ilişkin hükümleri çerçevesinde (İMK m. 375, m. 377/III, m. 397/II ve III), kişinin vesayet altına alınmış olduğu hususunun, kişinin yerleşim yerinde ya da memleketinde resmi bir bültende ilan ediliyor olması İsviçre hukukunda yoğun bir şekilde eleştirilmekteydi²⁹. Zira vesayet kararının bu şekilde ilan edilmesi kişinin afişe edilmesine neden olduğu için Yetişkinlerin Korunması Hukukunda dikkate alınması gereken orantılılık ilkesine uygun olmadığı gibi; İsviçre Federal Anayasa'sının 10. maddesinin II. fıkrasında güvence altına alınmış olan bireysel özgürlük hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının da ihlali anlamına gelmektedir³⁰. Bu nedenle Modern Yetişkinlerin Korunması Hukukunda kısıtlama kararının ilanı orantılılık ilkesi dikkate alınarak kendisine yer bulamamıştır.

Belirtelim ki, menfaatinin bulunduğunu inanılır kılan herkes, Yetişkinleri Koruma Makamından, yetişkinlerin korunmasına ilişkin bir tedbirin alınmış olup olmadığını öğrenebilir (İMK m. 451/II). Ayrıca, İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 413/III hükmünde, kayyımlik görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak, gerekli olduğu takdirde üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi

²⁶ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7015-7016.

²⁷ Modern yetişkinlerin korunması hukukunda, kişinin kısıtlama kararı sonucunda fiil ehliyetini kaybetmesi orantısız bir müdahale olarak kabul edilmekte ve kısıtlama kararının ilanının kısıtlanan kişiyi afişe ettiği ifade edilmektedir. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 yılında gerçekleştirilen revizyon neticesinde vesayet ve kısıtlılık gibi kurumlara yer verilmemiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun fiil ehliyetini düzenleyen 13. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır. Söz konusu hükümde yapılan değişiklik "kısıtlı olmayan" ifadesi madde metninden çıkartılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s.7022.

²⁸ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7043 vd.

²⁹ Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019.

³⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019 vd. ; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, S. 17.



gerektiği de ifade edilmiştir³¹. Keza, İsviçre Medeni Kanunu m. 452/II’de, kayyımlığın ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırdığı hallerde, kayyımın ilgili kişinin borçlularına, sadece kayyım ifa ile borçlarından kurtulabileceklerini bildireceği ve kayyımlığın tesis edildiği kendisine bildirilmemiş olan iyiniyetli borçlulara karşı ileri sürülemeyeceği de düzenlenmiştir³².

F. Velayet Hakkının Genişletilmemesi

İsviçre Medeni Kanunu’na göre, bir kişi hakkında İMK m. 369-372 hükümleri uyarınca kısıtlama kararı verildiği takdirde, vesayet makamı o kişiye ya bir vasi atamakta ya da o kişinin ebeveynlerine genişletilmiş velayet hakkı tanımaktaydı (İMK m. 385/III). Ancak genişletilmiş velayet hakkı, daha ziyade zihinsel bir engel ile dünyaya gelen küçükler söz konusu olduğunda uygulandığı için İsviçre Hukuk öğretisi tarafından eleştirilmektedir³³.

Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen revizyon ile birlikte, anne ve babanın sadece kayyım olarak atanmasına imkan tanınmış olup, genişletilmiş velayet hakkını veli sıfatı ile kullanan ve vekâlete ilişkin hükümler (İMK m. 398) uyarınca sorumlu olan ebeveynler ile sadece “vasi” olarak atanmış olan ve vesayet ilişkin hükümler (İMK m. 426 vd.) uyarınca sorumlu olan ebeveynler arasındaki fark giderilmiştir. Yeni Yetişkinleri Koruma Hukukuna göre, artık her durumda sorumluluk Yetişkinleri Koruma Hukukuna göre belirlenecektir (İMK m. 454 vd.)³⁴.

G. Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Alanında Mevcut Olan Eksikliklerin Giderilmesi

İsviçre Medeni Kanunu’na 6 Ekim 1978 tarihinde eklenen ve 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması kurumu, İsviçre Medeni Kanunu’nun Vesayete ilişkin üçüncü bölümünde Kanunun 397 vd. (ZGB Art. 397a-397f, 314a, 405a ve 406) maddelerinde düzenlenmiş idi³⁵.

³¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019 vd.; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, S. 17.

³² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7018-7019; bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 17.

³³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7017-7018; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 15-16.

³⁴ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019.

³⁵ İsviçre Medeni Kanunu’nun 01.01.1981 tarihli Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına ilişkin hükümlerinin, 19.12.2008 tarihinde gerçekleşen ve 01.01.2013 yılından bu yana yürürlükte olan değişiklik neticesinde Koruma Amacıyla Yerleştirme adını alan hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN ÖZDEMİR, Elif, “ 19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi, DEÜHF Der., C.15, S. 2, 2013, s. 171 vd.



İsviçre Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının Vesayete ilişkin üçüncü kısmının, "Yetişkinlerin Korunması" başlığı altında yeniden düzenlendiği revizyon neticesinde, Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına ilişkin hükümler, "Yetişkinlerin Korunması" başlığı altında İMK m. 426-439 arasında düzenlenmiş ve "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması" kavramı yerine "Koruma Amacıyla Yerleştirme" kavramına yer verilmiştir³⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 426. maddesine göre, psikolojik bir rahatsızlığı veya zihinsel bir engeli bulunan ya da bakıma muhtaç olan kişi, gerekli tedavi veya bakım başka şekilde gerçekleştirilemediği takdirde uygun bir kuruma yerleştirilebilir. Fakat yakınların ve üçüncü kişilerin sorumlulukları ve korunmaları dikkate alınmalıdır. İlgili kişi yerleştirmeye ilişkin koşullar yerine getirilemediği takdirde kurumdan çıkarılır. İlgili kişi veya yakını her zaman çıkarılmayı talep edebilir³⁷ ve bu talep gecikmeksizin yerine getirilir³⁸.

Görüldüğü üzere, İsviçre Medeni Kanunu'nun Koruma Amacıyla Yerleştirmeye ilişkin 426. maddesinde, psikolojik bir rahatsızlığı veya zihinsel bir engeli bulunan ya da ciddi şekilde ihmal edilmiş kişinin, Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan talilik ve orantılılık ilkeleri de dikkate alınmak suretiyle uygun bir kuruma örneğin, bir psikiyatri kliniğine, huzur evine veya bir bakım evine yerleştirilebileceği düzenlenmiştir. Kişinin bu tür bir kuruma yerleştirilmesinde amaç, kişinin tedavi edilmesi ve korunması olup; güvenliğin sağlanması amacıyla yerleştirme söz konusu değildir.

Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nu m. 426. uyarınca, kişinin bir kuruma yerleştirilmesi için koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin eski İMK 397a hükmünden farklı olarak, akıl zayıflığı ve akıl hastalığı yerine zihinsel engel ve psişik rahatsızlık kavramlarına yer verilmiştir³⁹.

İMK m. 426/III'e göre, koruma amacıyla yerleştirmeye ilişkin koşullar sağlanamadığı takdirde kişi, kurumdan çıkarılmalıdır. İsviçre Medeni Kanunu'nun 426. maddesinde, kişinin kurumdan çıkarılması, eski İMK 397a/III hükmünden daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. İMK 397a/III hükmüne göre ilgili kişi, durumu elverir vermez kurumdan çıkarılır⁴⁰.

³⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nda "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması" kavramı yerine "Koruma Amacıyla Yerleştirme" kavramına yer verilmesi, "Koruma Amacıyla Yerleştirme" kurumunun, Ceza Hukuku'nda yer alan özgürlüğün kısıtlanması kurumundan kesin çizgilerle ayrılmasını sağlamıştır.

³⁷ AYDIN, ÖZDEMİR, s. 190 vd.; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 123.

³⁸ FASSBIND, Patrick, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage, Bern 2011, Art.426, s. 1783 vd.; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 123.

³⁹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7062; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 123.

⁴⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7062 vd.; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 124.



İsviçre Medeni Kanunu’nun 426. maddenin IV. fıkrasına göre, ilgili kişi ya da onun yakını, her zaman kurumdan çıkarılma talebinde bulunabilir ve çıkarma talebinin reddedilmesi durumunda yargı yoluna başvurabilir. Çıkarılmaya ilişkin talepler, “gecikmeksizin”⁴¹ “derhal” değerlendirilmelidir (Art. 426/IV).

Koruma amacıyla kuruma yerleştirilmeye ilişkin tedbire, gerekli tedavi ya da bakımın başka şekilde gerçekleştirilemediği hallerde son çare (ultima ratio) olarak başvurulmalıdır⁴². Böylece Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin orantılılık ve amaca uygunluk ilkeleri de uygulanmış olur.

IV. Yetişkinlerin Korunması Hukuku’nun İsviçre Medeni Kanunu’na Getirdiği Başlıca Yenilikler

A. Yetişkinlerin Korunması Hukuku’na İlişkin Yeni Kavramlar

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren revizyon neticesinde İsviçre Medeni Kanunu’nun vesayete ilişkin Art. 360-455 arasında yer alan 96 maddesi değiştirilmiştir. Vesayet ve kısıtlama kurumlarının yürürlükten kalktığı bu değişiklikte birlikte, İsviçre Medeni Kanunu’nun Aile Hukuku kitabının “Vesayet”e ilişkin üçüncü kısmının başlığı “Yetişkinlerin Korunması” adı altında yeniden düzenlenmiştir.

Ancak hemen belirtelim ki “vesayet” kavramına, Yetişkinlerin Korunmasına ilişkin hükümler arasında yer verilmemekle birlikte; İMK’nun velayet altında bulunmayan küçüğe vasi atanmasına ilişkin eski 368. madde düzenlemesi, İsviçre Medeni Kanunu’nun Çocuk Hukukuna ilişkin hükümleri arasına (m. 327a-327c) dahil edildiği için küçükler söz konusu olduğunda “vesayet” kavramı kullanılmaya devam edilecektir. Nitekim “vesayet” kavramına çocuk hukukuna ilişkin uluslararası metinlerde örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde de yer verilmektedir. Bununla birlikte 1 Ocak 2013 tarihli revizyon, neticesinde çocuğun vesayet altına alınmasına ilişkin olarak artık vesayet makamından değil; Çocukları Koruma Makamından (Kindesschutzbehörde) söz edilmektedir.

İsviçre Yetişkinleri Koruma Hukukuna göre, Çocukları Koruma Makamı (Kindesschutzbehörde=KSB) kanun gereği aynı zamanda Yetişkinleri Koruma Makamıdır (Erwachsenenschutzbehörde=ESB). Bu nedenle yeni Çocukların – ve Yetişkinlerin Korunması

⁴¹ Çıkarılmaya ilişkin taleplerin “gecikmeksizin” “derhal” değerlendirilmesi, İsviçre Federal Anayasa’sının 31. maddesinde “olabildiğince çabuk” ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “kısa süre içerisinde” ifadeleri ile örtüşmektedir. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7063-7064; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 125.

⁴² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7019; ayrıca bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 124.



Hukuku alanında bu ikisini birlikte ifade etmek üzere (Kindesschutzbehörde) ve (Erwachsenenschutzbehörde) kısaltması olarak “KESB” kullanılmaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu’nun vesayete ilişkin hükümlerinin son derece kapsamlı bir şekilde değişikliğe uğramış olması, İsviçre Medeni Kanunu terminolojisine başka yeni kavramların daha dahil edilmesine neden olmuştur. 1 Ocak 2013 tarihli revizyondan önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin terminolojisine uygun olarak İsviçre Medeni Kanunu’nda (Art. 397a-f) “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması” ifadesi kullanılmakta iken yeni Yetişkinlerin Korunması Hukuku alanında “Koruma Amacıyla Yerleştirme” kavramına yer verilmiştir.

B. Yetişkinleri Koruması Amacıyla Yetişkinlerin Korunması Hukukunda Düzenlenmiş Olan Yeni Tedbirler

İsviçre Medeni Kanunu’nun “Vesayet”e ilişkin üçüncü kısmının “Yetişkinlerin Korunması” olarak değişen başlığı altında, yetişkinlerin korunmasına yönelik olarak üç farklı tedbir düzenlenmiştir. Bunlar, “İlgili kişinin bizzat alabildiği kişisel tedbirler”, “Kanun gereği alınan yasal tedbirler” ve “Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınacak olan tedbirler”dir.

1. İlgili Kişinin Bizzat Alabildiği Kişisel Tedbirler

İlgili kişinin bizzat alabildiği kişisel tedbirler, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını kullanmasına imkan veren iki yeni hukuk kurumunu yürürlüğe sokmuştur. Bunlar, “İşlerini Gerekli Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet (Tedbir Vekaleti)⁴³” ve “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)⁴⁴” dır.

a. İşlerini Gerekli Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet (Tedbir Vekaleti)

Yetişkinlerin Korunması Hukukuna özgü, yeni hukuk kurumlarından biri olan işlerini gerekli gibi yönetememe sebebiyle vekalet (tedbir vekaleti), Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan kişinin “Kendisi Hakkında Bizzat Karar Verme Hakkı”nın uygulanma hallerinden biridir ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının kullanılması amacına hizmet eder.

⁴³ İşlerini gerekli gibi yönetememe sebebiyle vekalet, Türk Hukuk öğretisinde “tedbir vekaleti” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. **KESKİN**, s. 365 vd.

⁴⁴ Hastanın önceden verdiği talimatlar, öğretide bazı yazarlar tarafından, “hasta tasarrufu” kavramı ile ifade edilirken bkz. **KESKİN**, s. 368; **HAVUTÇU, Ayşe**, Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu, Prof. Dr. İlhan ULUSAN’a Armağan, C. III, İstanbul 2017, s.401 vd.; **DEMİR, Mehmet**, Hasta Tasarrufu ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, s. 602; bazı yazarlar ise “hasta vasiyeti” kavramını kullanmaktadırlar. Hasta vasiyeti kavramı şeklinde kullanım için bkz. **İMAMOĞLU, S. Hülya**, Hasta Vasiyetine İlişkin Bazı Meseleler, AÜHFD, 65 (1) 2016, s. 199 vd.; **İMAMOĞLU, S. Hülya**, İsviçre Medeni Kanunu’nun Tıbbi Tedbirlerde Temsil hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış, www. e-akademi.org (Hukuk, ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 132, Nisan 2013, s. 3.



İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet (tedbir vekaleti), fiil ehliyetine sahip bir kişinin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, kendisinin kişisel bakımı ve korunmasını sağlamak, malvarlığının yönetimini üstlenmek ve kendisini hukuki işlemlerde temsil etmek üzere bir gerçek ya da tüzel kişiyi yetkili kılmasını ifade eder (İMK m. 360)⁴⁵.

Görüldüğü üzere İMK m. 360'a gereğince, işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet verenin ayırt etme gücüne sahip olması yetmez; kanun koyucu, işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet verenin İMK m. 13 uyarınca, fiil ehliyetine sahip olmasını da aramıştır⁴⁶. Hemen ifade edelim ki yeni Yetişkinlerin Korunması Hukukunda kısıtlılık kurumuna yer verilmediği için ayırt etme gücüne haiz ve ergin olan kişi İMK m. 13'e göre fiil ehliyetine sahip sayılır

İsviçre Medeni Kanunu'nun 361. maddesinde, işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet, geçerlilik şekline tabi kılınmıştır. İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet, vekalet veren tarafından bizzat el yazısı ile düzenlenebileceği gibi, noter tarafından da düzenlenebilir⁴⁷. Bir başkasına dikte ettirilmek suretiyle veya daktilo ya da bilgisayar gibi bir araçla hazırlanan vekalet geçerli değildir⁴⁸.

Vekalette, vekalet veren tarafından yerine getirilmesi istenen görevler olabildiğince açık bir şekilde ifade edilmelidir. Vekalet veren vekalette, bu görevlerin yerine getirilmesine ilişkin bazı talimatlara da yer verebilir örneğin, vekilin belli malvarlığı yatırımlarında bulunmasını yasaklayabilir⁴⁹.

Yetişkinleri Koruma Makamının işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle bir vekaletin varlığından haberdar olmasını sağlamak amacıyla vekaletin ve tevdi yerinin merkezi bir veri bankasına kaydedilmesi gerekir (İMK m. 360/III).

İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekaletin yürürlüğe girebilmesi için her şeyden önce vekalet verenin ayırt etme gücünü kaybetmiş olması gerekir⁵⁰. Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nda vekalet terimi kullanılmasına rağmen, fiil ehliyetine sahip kişinin, ayırt etme gücünü

⁴⁵ KESKİN, s. 368; İMAMOĞLU, s. 3; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 34; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7012.

⁴⁶ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 37.

⁴⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7026.

⁴⁸ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 40.

⁴⁹ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 37.

⁵⁰ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 35.



kaybetmesi erteleyici şartına bağlı olarak temsil yetkisi verdiği kabul edilmektedir⁵¹. Yetkilendirilen kişinin kabulüne kadar, işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet ilişkisi kurulmuş olmaz ve kabule kadar işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet her zaman geri alınabilir⁵².

İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekaletin varlığından haberdar olan YKM, vekaletin geçerli bir şekilde düzenlenmiş olup olmadığını, yetkilendirilen kişinin vekalette öngörülmüş olan görevleri yerine getirebilecek durumda olup olmadığını ve vekalet veren için kanunda öngörülen diğer tedbirlerden birinin alınmasının mümkün olup olmadığını inceleyerek ulaştığı sonuca göre, vekalette belirlenmiş olan kişiye vekaleti kabul edip etmediğini sorar⁵³. İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalette yetkilendirilen kişinin vekaleti kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle vekalet veren, yetkilendirilen kişinin vekaleti kabul etmemesini dikkate alarak yedek çözümler öngörebilir⁵⁴.

İşlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet ilişkisi ancak yetkilendirilen kişinin vekaleti kabul etmesi ile kurulur ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Yetkilendirilen kişi vekaleti kabul ederse, Yetişkinleri Koruma Makamı, vekilin Borçlar Kanunu'nun vekaletle ilişkin hükümlerinden doğan yükümlülüklerine dikkatini çeker ve temsile yetkili olduğunu gösteren belgeyi kendisine verir⁵⁵. Bu belge, üçüncü kişilerle girilen hukuki ilişkilerde, vekaletten doğan temsil yetkisinin ispat edilmesi bakımından önem taşır⁵⁶.

b. Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)

Kişinin kendi geleceğini belirleme (kendisi hakkında bizzat karar verme) hakkının güçlendirilmesi amacıyla öngörülmüş olan bir diğer kişisel tedbir, hastanın önceden verdiği talimatlardır.

Türk Hukuk öğretisinde hasta tasarrufu⁵⁷ olarak ta nitelendirilen hastanın önceden verdiği talimatlar, İsviçre Medeni Kanunu'nun 370. maddesinde düzenlenmiş olup; ayırt etme gücüne sahip bir kişinin, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde, gündeme gelebilecek olası tıbbi tedbirlere ilişkin tasarruflarını ifade eder. Kişi, önceden verdiği talimatlar ile ileride ayırt etme

⁵¹ KESKİN, s. 369.

⁵² YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 42 vd.

⁵³ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 36.

⁵⁴ FASSBIND, Komm-ZGB, Art. 360, s. 1663 vd.

⁵⁵ FASSBIND, Komm-ZGB, Art. 363, s. 1670-1671.

⁵⁶ KESKİN, s. 383.

⁵⁷ Bkz. KESKİN, s. 368; DEMİR, s. 602.



gücünü kaybetmesi halinde, ne şekilde tedavi edilmek istediğini; hangi tıbbi tedbirlere rıza gösterdiğini ve hangilerine rıza göstermediğini belirler⁵⁸.

Tek taraflı hukuki işlem olan hastanın önceden verdiği talimatlar da işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet gibi, bir geçerlilik şekline tabi kılınmıştır. Hastanın önceden verdiği talimatlar ayırt etme gücüne sahip kişi tarafından yazılı şekilde düzenlenmeli, el yazısı ile imzalanmalı ve tarih gösterilmelidir⁵⁹. Hastanın önceden verdiği talimatlar bu şekilde düzenlenebileceği gibi; matbu formların doldurulması suretiyle de düzenlenebilir⁶⁰.

Söz konusu talimatların geçerli olması için düzenleyenin işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekaletten farklı olarak; ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir, fiil ehliyetinin bulunması ise zorunlu değildir⁶¹.

Ayrıca ayırt etme gücüne sahip kişi, ilerde ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde, kendisine tıbbi müdahalede bulunacak hekim ile kendisine ilişkin tıbbi işlemler hakkında konuşmak üzere ve kendisi adına karar vermek üzere bir gerçek kişiyi⁶² de belirleyebilir⁶³. Ayırt etme gücüne sahip kişi, belirlediği kişinin, bu görevler için uygun olmadığı, vekaleti kabul etmediği ya da onu feshettiği haller için ikame tasarruflarda da bulunabilir⁶⁴. Hastanın önceden verdiği talimatlar, talimatları düzenleyen kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde hüküm doğurur⁶⁵ ve kural olarak bağlayıcıdır. Böylece kişi kendi geleceğini belirleme hakkını, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde de kullanma imkanına sahip kılınmış olmaktadır⁶⁶.

⁵⁸ İMAMOĞLU, s. 202.

⁵⁹ Hastanın önceden verdiği talimatların geçerli olması için adi yazılı şekil yeterlidir; ancak metinde düzenleme tarihi gösterilmeli ve metin düzenleyen tarafından el yazısı ile imzalanmalıdır. Bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 59.

⁶⁰ İMAMOĞLU, s. 205.

⁶¹ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7031; İMAMOĞLU, s. 205; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 40.

⁶² Hastanın önceden verdiği talimatlar ile sadece bir gerçek kişi tıbbi tedbirler hakkında karar vermek üzere yetkili kılınabilir. Bkz. HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, Rz. 2.41-42; SCHMID, Hermann, Erwachsenenschutz Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, St. Gallen 2010, Art. 370, N. 4-8.

⁶³ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 58.

⁶⁴ FASSBIND, Komm-ZGB, Art. 370, s. 1678 vd.; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7030.

⁶⁵ İMAMOĞLU, s. 206; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 58.

⁶⁶ İsviçre Kanun koyucusu hastanın önceden verdiği talimatların bağlayıcı olduğunu kural olarak kabul ederek; Biyotıp Sözleşmesinin 9. maddesinde düzenlenmiş olan, ifadeye muktadir olmayan hastanın daha önceden açıkladığı isteklerinin sadece dikkate alınmasına ilişkin düzenlemeden daha kapsamlı bir düzenlemeye gitmiştir. İMAMOĞLU, s. 204.



Nihayet, şayet hastanın talimatlarına uyulmamakta ise hastanın menfaatleri zedelenmekte veya tehlikeye düşmekte ise yahut talimatlar, hastanın özgür iradesini yansıtmamakta ise hastanın herhangi bir yakını Yetişkinleri Koruma Makamı'na yazılı olarak başvurarak YKM'nin müdahalesini talep edebilir (İMK m. 373)⁶⁷.

Görüldüğü üzere hem “İşlerini Gerektiği Gibi Yönetememe Sebebiyle Vekalet” (Tebdir vekaleti) hem de “Hastanın Önceden Verdiği Talimatlar (Hasta Tasarrufu)” bir kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açacak Demans ya da Alzheimer gibi bir hastalığa yakalanma ya da ayırt etme gücünün ortadan kalkmasına neden olan bir kazaya uğrama ihtimalini dikkate alarak, kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu bu dönemde yapılacak hukuki düzenlemeleri ifade etmektedir.

Bununla birlikte işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekalet, hastanın önceden verdiği talimatlardan kesin olarak ayrılır. Kişi, önceden verdiği talimatlar kapsamında, ayırt etme gücünü kaybettiği takdirde hangi tıbbi tedbirlere rıza göstereceğini açıklayabileceği gibi; bu dönemde kendisi adına hareket etmek üzere bir gerçek kişiyi de belirleyebilir.

2. Kanun Gereği Alınan Yasal Tedbirler

Kanun gereği alınan yasal tedbirler, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin temel kişisel ihtiyaçlarının ve maddi ihtiyaçlarının YKM'nin müdahalesine gerek kalmadan giderilmesine hizmet etmektedir.

Yasal tedbirler, tıbbi tedbirlerde temsil ve diğer hukuki işlemlerde temsil olmak üzere kendi içinde iki guruba ayrılmaktadır. Tıbbi tedbirlerde temsil, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin, şayet bu kişi tarafından önceden verilmiş talimatlar (hasta tasarrufu) da mevcut değilse, kim tarafından ne şekilde temsil edileceğini düzenler (İMK m. 377-381)⁶⁸. Diğer hukuki işlemlerde temsil ise yine ayırt etme gücü bulunmayan kişinin işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekalet düzenlemesinde bulunmadığı ve kendisine kayyım da atanmadığı bir durumda, kanunda belirtilmiş hukuki işlemler bakımından eşi tarafından temsilini düzenlemektedir (İMK m. 374-376).

a. Diğer Hukuki İşlemlerde Temsil (Eş Tarafından Temsil)

İsviçre Medeni Kanunu'nun 374. maddesine göre, ayırt etme gücü bulunmayan kişi, işlerini gerektiği gibi yönetememe nedeniyle vekalet vermemiş ve bu kişinin kayyım aracılığıyla temsili

⁶⁷ Sadece kanunda açıkça sayılan sebepler uyarınca yetişkinleri koruma makamına başvurulabilir. Bu başvuru yazılı şekilde yapılmalıdır. Bkz., FASSBIND, Komm-ZGB, Art.373, s. 1685-1686; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7034.

⁶⁸ İMAMOĞLU, s. 3; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 64 vd.



de sağlanamamakta ise bu kişi birlikte yaşayan veya kendisine düzenli olarak kişisel destek sağlayan eşi, yasal temsil yetkisine sahiptir (İMK m. 374/1)⁶⁹.

Söz konusu temsil yetkisi, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin ihtiyaçlarının karşılanmasına için zorunlu olan bütün hukuki işlemleri, ilgili kişinin gelirlerinin veya diğer malvarlıklarının olağan yönetimini, zorunluluk varsa postalarının öğrenilmesini ve gereğinin yapılmasını kapsar⁷⁰. Malvarlığı değerlerinin olağanüstü yönetimi kapsamına giren hukuki işlemler için eş, Yetişkinleri Koruma Makamının onayını almalıdır⁷¹. Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nun 375. maddesine göre, İsviçre Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri temsil yetkisinin kullanılmasına uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁷².

İsviçre Medeni Kanunu'nun 376. maddesine göre, temsilin koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir tereddüt varsa, Yetişkinleri Koruma Makamı temsil yetkisi hakkında karar verir; duruma göre eşe yetkilerini gösteren bir belge verir⁷³.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatleri zedelenmekte veya tehlikeye düşmekte ise Yetişkinleri Koruma Makamı, bir yakının talebi üzerine veya kendiliğinden, eşin temsil yetkisini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırabilir veyahut bir kayımlık kurar⁷⁴.

b. Tıbbi Tedbirlerde Temsil

İsviçre Medeni Kanunu'nun 377 ve 378. maddelerinde ayırt etme gücünden yoksun bir kişiyi tıbbi tedbirlerde kimin temsil edeceği ve bu durumda nasıl bir yol izleneceği düzenlenmiştir⁷⁵. İsviçre Medeni Kanunu'nun 377. maddesine göre, ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi, önceden verdiği talimatlarla tedavisine ilişkin bir düzenlemede bulunmamışsa, müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin, gerekli tedaviyi tıbbi tedbirlerde temsil yetkisi olan kişinin katılımıyla planlaması gerekir.

20

⁶⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nda bu yetki sadece eşe değil; tescil edilmiş hayat arkadaşına da tanınmıştır. Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7034.

⁷⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7035; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 64.

⁷¹ FASSBIND, Komm-ZGB, Art.374, s. 1687-1689; Olağanüstü yönetim kapsamına giren hukuki işlemler arasında taşınmaz alım-satımı, değerli taşınırın satımı, taşınır ve taşınmazlara ilişkin önemli tamirat gösterilebilir. Bkz. YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 64, dpn. 157.

⁷² FASSBIND, Komm-ZGB, Art.375, s. 1689; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 66.

⁷³ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 66.

⁷⁴ FASSBIND, Komm-ZGB, Art.376, s. 1690 ; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 66.

⁷⁵ Tıbbi tedbirlerde temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İMAMOĞLU, s. 4 vd.; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s.



Hekim, temsil yetkisine sahip olan kişiyi öngörülen tıbbi tedbirler açısından bütün durumlar hakkında, özellikle de tıbbi müdahalenin sebebi, amacı, türü, yöntemi, riskleri, yan etkileri, masrafları, tedavinin yapılmamasının sonuçları ve alternatif tedavi imkânları hakkında bilgilendirmelidir. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi mümkün olduğu ölçüde karar verme sürecine katılır. Tedavi planının süre gelen gelişmelere uyarlanması gerekir⁷⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 378. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsile ve hekimin ayakta veya yatarak gerçekleştirmeyi tasarladığı tıbbi tedaviye onay verip vermeme hususunda kimin yetkili olduğu yedi bent halinde, sırasıyla tespit edilmiştir. Hükümde yer alan bu sıralamanın, pratik olduğu ve hukukî güvenliğe hizmet ettiği söylenebilir⁷⁷. Ön sırada bir veya birden çok temsile yetkili kişinin bulunması, sonra gelen sıralardaki kişilerin temsil yetkisini engeller. İkinci sırada yer alan kayyım dışında kalan temsile yetkili kişiler, yasal temsil yetkisini kullanmakla yükümlü değildir; bundan vazgeçebilirler⁷⁸.

Tıbbî tedbirlerde temsil yetkisi bulunanlara ilişkin olarak İMK m. 378 hükmünde belirtilen sıralamada ikinci sırada, Yetişkinleri koruma makamı tarafından atanan kayyım bulunmaktadır (İMK m. 378/I,2).

İsviçre Medeni Kanunu'nun 378. madde düzenlemesinde üçüncü sıradan itibaren ayırt etme gücü bulunmayan kişinin aile fertleri ile kendisine yakın kişilere yer verilmiştir (İMK m. 378/I, 3-7). Anılan 378. madde düzenlemesinde üçüncü sırada, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eşine yer verilmiştir. Ancak sadece, ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan eş, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsil edebilir⁷⁹.

Ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eşinden sonra temsil yetkisi, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan kişiye tanınmıştır⁸⁰. Bu kişi, ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşayan kişi olabileceği gibi, onunla birlikte yaşayan ev arkadaşı da olabilir⁸¹. İsviçre Medeni Kanunu'nun 378.

⁷⁶ FASSBIND, Komm-ZGB, Art.377, s. 1691-1692; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 67.

⁷⁷ İMAMOĞLU, s. 6.

⁷⁸ SCHMID, Art. 378 N. 7; EICHENBERGER, Thomas/ KOHLER, Theres, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art.360-456 ZGB, Basel 2012, Art. 378 N. 2; Temsile yetkili kişi, fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Doktrinde temsile yetkili kişinin ayırt etme gücünün bulunması, tıbbî tedbirlerde temsil yetkisini kullanabilmesi bakımından tek başına yeterli olmadığı belirtilmektedir. Bkz. EICHENBERGER/ KOHLER, BasKomm., Art. 378 N. 3; SCHMID, Art. 378 N. 7.

⁷⁹ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 74.

⁸⁰ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 74.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAUSHEER/ GEISER/ AEBI- MÜLLER, Rz. 2.71; EICHENBERGER/ KOHLER, BasKomm., Art. 378 N. 6; İMAMOĞLU, s. 6.



maddesinde bu kişilerin ardından, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin altsoyu, ana babası ve kardeşlerine yer verilmiştir. Ancak bu kişilerin ayırt etme gücünden yoksun kişiyi temsil edebilmeleri için birlikte yaşamaları gerekli değildir; ona düzenli olarak kişisel destek sağlamaları yeterlidir⁸².

Buna göre tıbbi tedbirlerde temsile yetkili kişiler; işlerini gerektiği gibi yönetememe sebebiyle vekâlette veya önceden verilmiş talimatta belirlenmiş kişi, tıbbi müdahalelerde ayırt etme gücü bulunmayan kişiyi temsil ile görevlendirilen kayyım, ayırt etme gücü bulunmayan kişiyle birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan eş ve ayırt etme gücü bulunmayan kişi ile birlikte yaşayan veya ona düzenli olarak kişisel destek sağlayan kişi ile ayırt etme gücü bulunmayan kişiye düzeli olarak kişisel destek sağlayan alt soy, ebeveyn ve kardeşlerdir⁸³.

3. Yetişkinleri Koruma Makamı Tarafından Alınacak Tedbirler

Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınan tedbirler başlığı altında ise kayyımlığın farklı türleri ve koruma amacıyla yerleştirme düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, Yetişkinlerin Korunması Hukukunda Yetişkinlerin korunmasına ilişkin olarak üç farklı tedbir öngörülmüş olup; bunlardan Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından alınacak tedbirler başlığı altında kayyımlığın farklı türleri ve Koruma Amacıyla Yerleştirme Kurumu⁸⁴ düzenlenmiştir.

Yeni Yetişkinlerin Korunması Hukuku, ilgili kişinin ihtiyaçlarını dikkate alarak kayyımlık kurumunu farklı türlerde tesis etme yoluna gitmiş ve refakat kayyımlığı, temsil kayyımlığı, katılım kayyımlığı ve kapsamlı kayyımlık olmak üzere dört farklı türde kayyımlık düzenlediği gibi; 397. maddesinde de refakat, temsil ve katılım kayyımlığının birbirleri ile kombine edilerek karma kayyımlık tesis edilmesine de imkan vermiştir.

C. Yetişkinlerin Korunması Hukukuna İlişkin Yeni Kayyımlık Türleri

1. Refakat kayyımlığı (m. 393): Refakat kayyımlığı, yardım ihtiyacı içinde olan bir kişinin, belli işlerin görülmesinde desteğe ihtiyaç duyduğu hallerde onun onamı alınmak suretiyle tesis edilir⁸⁵. Refakat kayyımlığı, kayyımlığın en alt derecesini oluşturur ve ilgili kişinin fiil ehliyetini ve

⁸² YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 74.

⁸³ Belirtelim ki İsviçre hukukunda söz konusu hükümde sayılan kişiler arasında tescil edilmiş hayat arkadaşları da yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FASSBIND, Komm-ZGB, Art.378, s. 1693-1695.

⁸⁴ Yetişkinlerin Korunması Hukukuna ilişkin revizyon kapsamında, Koruma Amacıyla Yerleştirme Kurumunda gerçekleştirilen değişiklikler için bkz. yukarıda III, G. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Alanında Mevcut Olan Eksikliklerin Giderilmesi” başlığı altında yapılan açıklamalara.

⁸⁵ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 92.



özgürlüğünü sınırlandırmaz⁸⁶. Bu tür kayyım, kendilerine destek olabilecek herhangi bir akrabası ya da yakını bulunmayan ancak başkaları ile birlikte hareket etmede istekli ve desteklendikleri takdirde mutlu olan kişiler söz konusu olduğunda tesis edilir⁸⁷.

2. Temsil kayyımı (m. 394-395): Temsil kayyımı, yardım ihtiyacı içinde olan bir kişinin, belli işleri bizzat yapamadığı ve bu nedenle temsil edilmesi gerektiği hallerde tesis edilir⁸⁸.

Yetişkinleri Koruma Makamı gerekli gördüğü takdirde, ilgili kişinin fiil ehliyetini sınırlandırabilir. Ancak Yetişkinleri Koruma Makamı tarafından fiil ehliyetinin sınırlandırılmadığı hallerde dahi, ilgili kişinin kayyımın fiillerini dikkate alması gerekir⁸⁹. Fiil ehliyetinin sınırlandırılması durumunda, ilgili kişinin kayyım tarafından temsil edildiği işlemler bakımından tasarruf yetkisi ve sorumluluğu ortadan kalkar. Yetişkinleri Koruma Makamı, ilgili kişinin fiil ehliyetini sadece belli konuları kapsayacak şekilde sınırlandırabilir ve mesela ilgili kişinin mülkiyet hakkına sahip olduğu bir eve ilişkin olarak kira sözleşmesi yapamayacağını kararlaştırabilir⁹⁰.

3. Katılım kayyımı (m. 396): Yetişkinleri Koruma Makamı yardım ihtiyacı içinde olan kişinin, menfaatlerini korumak amacıyla, onun belli işlemlerini kayyımın onayına bağlamaktadır⁹¹. Söz konusu hükme göre, bu işlemler bakımından ilgili kişinin fiil ehliyeti kanun gereği kendiliğinden sınırlandırılır⁹². Katılım kayyımı büyük ölçüde yasal danışmanlık kurumuna benzerdir. Ancak yasal danışmanlık kurumundan farklı olarak katılım kayyımında, yasada tek tek sayılmış ve değiştirilmez işlemler yer almamakta; işlemler korumanın kapsamına göre belirlenmektedir⁹³.

4. Kapsamlı kayyım (m. 398): Kapsamlı kayyım, kişinin ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi nedeniyle özellikle, yardım ihtiyacı içinde olduğu hallerde tesis edilir⁹⁴. Kapsamlı

⁸⁶ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 92.

⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7045.

⁸⁸ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 93.

⁸⁹ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 93.

⁹⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7046; aynı yönde YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 93.

⁹¹ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 95.

⁹² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7048; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 95.

⁹³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7048; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 95.

⁹⁴ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 96.



kayımlık, kişinin şahıs ve malvarlığının korunmasına ve hukuki ilişkilerine ilişkin tüm işlemleri kapsar ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kapsam dışındadır⁹⁵. Kapsamlı kayımlık açısından belirleyici unsur, özel bir yardıma muhtaçlıktır. Kişinin ağır Demans hastalarında olduğu gibi ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybettiği ve bu nedenle yardıma muhtaç hale geldiği durumlarda kapsamlı kayımlık tesis edilir⁹⁶. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin fiil ehliyetleri bulunmadığı için ayrıca fiil ehliyetinin kaldırılması gerekmez. İlgili kişinin fiil ehliyeti kanun gereği kalkar (İMK m. 398/III). Kapsamlı Kayımlık “Kısıtlılık” kurumuna karşılık gelmektedir.

5. Karma kayımlık: Refakat, temsil ve katılım kayımlıkları kombine edilmek suretiyle karma kayımlık tesis edilmesi mümkündür. Ancak kapsamlı kayımlığın söz konusu olduğu hallerde diğer kayımlık türleri ile kombine, karma bir kayımlık tesis edilemez⁹⁷.

V. Yetişkinlerin Korunması Hukuku Alanında Gerçekleşen Revizyonların Hukukumuz Bakımından Değerlendirilmesi ve Sonuç

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre, Türkiye’de 65 yaş üstü yaşlı nüfus oranının 2023 yılında % 10’un üzerine çıkacağı ve Demans ve onun bir türü olan Alzheimer gibi hastalıkların büyük bir hızla artmaya devam edeceği tahmin edilmektedir.

Bilindiği üzere, hukukumuz bakımından ayırt etme gücünden yoksun kişilerin korunması Türk Medeni Kanunu’nun 405. maddesi uyarınca, bu durumdaki kişilerin kısıtlanarak vesayet altına alınması ile sağlanmaktadır⁹⁸.

⁹⁵ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7048; YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 40.

⁹⁶ YAVUZ/ERLÜLE/TOPUZ, s. 96.

⁹⁷ Bkz. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht) vom 28. Juni 2006, s. 7016-7017.

⁹⁸ Hukukumuz bakımından Türk Medeni Kanunu hükümleri uyarınca, bir kişinin vesayet altına alınabilmesi için velayet altında bulunmayan bir küçük olması (TMK m. 404) ya da hakkında kısıtlama kararı alınması (TMK m. 405) gerekir. Ergin bir kişi hakkında kısıtlama kararı verilerek, o kişiye vasi atanabilmesi için TMK m. 405-408. maddelerinde düzenlenmiş olan kısıtlama sebeplerinden birinin bulunması gerekir. Bu sebepler, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m. 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (m.406), bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m. 407) ve ergin bir kişinin yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat ederek, istek üzerine kısıtlanmasıdır (TMK. m.408). Bu konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. KOÇ, Nevzat, Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan DEÜHFD Özel Sayısı, C. 7, Özel Sayı ., İzmir 2005, s. 112-113.



Ancak bu hükümler uyarınca, bir kısıtlama sebebi olarak ayırt etme gücünün kaybı üzerine vesayet tesis edildiği takdirde⁹⁹, vesayet altına alınan kişi kendisi hakkında karar verebilecek durumda bulunmamakta, dolayısıyla Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme, (kendi geleceğini belirleme hakkı) göz ardı edilmiş olmaktadır.

Bu nedenle hukukumuz bakımından da İsviçre Hukukunda olduğu gibi kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu dönemde, ileride ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açacak Demans ya da Alzheimer gibi bir hastalığa yakalanma ya da ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir kazaya uğrama ihtimalini dikkate alarak; kişinin kişisel bakım ve korunmasını sağlamak, malvarlığının yönetimini üstlenmek ve kendisini hukuki işlemlerde ve tıbbi tedbirlerde temsil edecek bir kişiyi bizzat belirleme imkanını tanıyacak bir değişikliğin yapılması yerinde olacaktır. Bu sadece kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme (kendi geleceğini belirleme) hakkının değil; aynı zamanda Anayasal teminat altında bulunan kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ve insan onurunun korunması ilkesinin de bir gereğidir.

Hukukumuz bakımından kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasanın 17. maddesinin “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” şeklindeki 1. fıkrasında ifadesini bulmaktadır. Ayrıca belirtelim ki, kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı, TMK m. 24 hükmünün koruması kapsamında yer almaktadır¹⁰⁰.

Yine Bilindiği üzere, Medeni Kanunu’muzun 410. maddesine göre, kısıtlama kararı kesinleşince, kısıtlının hem nüfusa kayıtlı olduğu yerde, hem de yerleşim yerinde bu durum ilan edilmektedir.

Modern yetişkinlerin korunması hukukuna egemen olan anlayışa göre, kişinin kısıtlama kararı sonucunda fiil ehliyetinin sınırlandırılması ya da kaldırılması, orantısız bir müdahale olduğu gibi; kısıtlama kararının ilanı da kısıtlanan kişiyi afişe ederek ötekileştirmektedir. Bu nedenle Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan orantılılık ilkesi dikkate alınarak, hukukumuz bakımından da kısıtlılık ve yasal danışmanlık gibi kurumlar yerine yetişkinlerin fiil ehliyetlerini doğrudan etkilemeyen esnek bir yaklaşımın benimsendiği kayımlık türlerine geçişe imkan veren ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının uygulanma halleri olan tedbir vekaleti ve hasta tasarrufu gibi yeni kurumlara yer veren bir revizyonun gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır.

⁹⁹ Vesayet altına alınan kişi ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise tam ehliyetsizlerin hukuki rejimine tabi olur. Vesayet altına alınan kişi ayırt etme gücüne sahip bir kişi ise sınırlı ehliyetsizlerin hukuki rejimine tabi olur.

¹⁰⁰ ÖZSUNAY, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12- 13. Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34- 35; ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C.50, S.4 (2001), s. 74, dn. 45.



Belirtelim ki hastanın önceden verdiği talimatlara benzer bir düzenleme, Türkiye tarafından onaylanmış olan İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesinin¹⁰¹ 9. maddesinde yer almaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesinin 9. maddesinde, tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan hastanın, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak önceden açıklamış olduğu isteklerin göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir (m.9). Yine, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin V. fıkrasında, “Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbi müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.” denilmiştir.

Görüldüğü üzere, hem İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesinin 9. maddesi hükmünde hem de Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin V. fıkrasında, hastanın önceden açıkladığı isteklerin sadece göz önünde tutulmasından bahsedilmektedir. Dolayısıyla Hukukumuz bakımından kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte, İsviçre Hukukunda farklı olarak, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının uygulanma halleri olan tedbir vekaleti ya da hasta tasarrufu (hastanın önceden verdiği talimatlara) karşılık gelen yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, hukukumuz bakımından ayırt etme gücüne haiz kişilerin ayırt etme gücünü kaybettikleri dönemde, mevcut vesayet hükümleri çerçevesinde etkin bir şekilde korunmaları sağlanamamakta, modern Yetişkinlerin Korunması Hukukunun bu durumdaki yetişkinlere kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı çerçevesinde tanımış olduğu koruyucu normlardan yararlanmaları mümkün olmamaktadır.

Oysa Avrupa ülkelerinde olduğu gibi, ülkemizde de yaşlı nüfus ve yaşlılığa bağlı olarak gelişen hastalıklar hızla artmakta, Demans ve Alzheimer gibi hastalıklara yakalanmak suretiyle ayırt etme gücünü kaybeden yetişkinlerin hukuken korunması ve temsil edilmesi yakın gelecekte çözümlenmesi gereken en önemli hukuki meseleler arasında yer almaktadır. Bu nedenle hukukumuz bakımından da bu durumda olan kişilerin vesayet hükümleri çerçevesinde sınırlı bir şekilde korunmaları yerine, mehz İsviçre Medeni Kanunu ve çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Yetişkinlerin Korunması Hukukuna egemen olan başta kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme, (kendi geleceğini belirleme) ilkesi olmak üzere, orantılılık ve talilik ilkeleri doğrultusunda korunmalarını sağlayacak bir değişikliğin gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır.

¹⁰¹ 4 Nisan 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın uygulanması bakımından İnsan Hakları ve İnsan haysiyetinin Korunması Sözleşmesi Türkiye tarafından onaylanmıştır. (RG. 09.12.2003, 25311; RG. 20.04.2004, 25439).



Kaynakça

Aydın Özdemir, E. (2013). 19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği İle Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi. DEÜHF Der., C.15, S. 2, s. 171-209.

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kinderrecht)(2006) vom 28. Juni 2006.

Demir, M. (2010). Hasta Tasarrufu ve Tıbbi Kayıt: Alman Hukukunda Konuya İlişkin Yasal Düzenleme. III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, s. 599-612.

Eichenberger, T. ve Kohler, T. (2012). Basler Kommentar Erwachsenenschutz. Art.360-456 ZGB, ZGB, Basel.

Fassbind, P. (2011). ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch 2. Überarbeitete und erweiterte Auflage. Bern.

Hausheer, H. ve Geiser, T. Aebi-Müller, R. (2010). Das neue Erwachsenenschutzrecht. Bern 2010.

Havutçu, A. (2017). Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu. Prof. Dr. İlhan ULUSAN'a Armağan, C. III, İstanbul, s.401-417.

İmamoğlu, S. H. (2016). Hasta Vasiyetine ilişkin Bazı Meseleler. AÜHFD, 65 (1), s. 199-230.

İmamoğlu, S. H. (2013). İsviçre Medeni Kanunu'nun Tıbbi Tedbirlerde Temsil hakkındaki Yeni Hükümlerine Bakış. www. e-akademi.org (Hukuk, ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 132, s. 1 - 22.

Keskin, D. (2015). İsviçre Hukukunda Tedbir Vekaleti, AÜHFD, 64 (2), s. 365-403.

Koç, N. (2005). Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış. Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan DEÜHFD Özel Sayısı, C. 7, Özel Sayı, İzmir, s. 90-120.

Özsunay, E. (1983). Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12- 13. Mart 1982, İstanbul, s. 31-59.

Sargın, F. (2003). Yetişkinlerin Milletlerarası Planda Korunmasına Dair La Haye Sözleşmesi. AÜHFD, C. 52, S. 2, s. 1-75.

Schmid, H. (2010). Erwachsenenschutz Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, St. Gallen 2010.

Şenocak, Z. (2001). Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası. AÜHFD, C.50, S.4, s. 65-80.



Yavuz, C. Erlüle, F. Ve Topuz, M. (2017). Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği). İstanbul: Beta Yayınevi.

Tacir, H. (2011). Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı. İstanbul.



MİLLETVEKİLİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAKIMINDAN PARLAMENTOLARIN DİSİPLİN YETKİLERİNİN SINIRLARI VE DENETİMİ

Doç. Dr. Özen ÜLGEN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

Tarihsel olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olduğu kabul edilen yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin yasama faaliyeti çerçevesinde kullandıkları oy, söz ve düşüncelerden parlamento dışı organlarca sorumlu tutulmaması esasına dayanmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi ve başkalarının hak ve özgürlükleri bakımından çeşitli tartışmalara yol açan bu ayrıcalık, parlamentoda halkın temsilcilerinin serbestçe düşüncelerini ifade etmesinin teminatıdır. Öte yandan, parlamentonun kendi üyeleri üzerindeki disiplin yetkileri yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilmemektedir. Her parlamento, kendi çalışma düzenini koruyabilmek adına birtakım disiplin tedbirleri öngörebilir. Bu tedbirlerin, parlamentoda muhalefeti etkisizleştirme aracına dönüşecek biçimde kullanılmaması gerektiği kabul edilmekle birlikte, ulusal düzeyde bu tür parlamento işlemlerinin yargısal denetimine olumlu yaklaşılmamaktadır. Ulusal düzeydeki bu kaçınma, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu ölçüde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) incelemesine engel olmamaktadır. Nitekim Mahkeme, bazı Macar milletvekilleri hakkında verilen disiplin cezalarının milletvekillerinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Büyük Daire tarafından da onaylanan bu içtihat üzerindeki tartışmalar devam ederken, Avrupa Birliği Adalet Divanı (Genel Mahkeme -genişletilmiş- 6.Dairesi), Avrupa Parlamentosu üyesi Polonyalı bir vekile, Genel Kurul'da sarf ettiği sözler nedeniyle verilen iki disiplin cezası hakkında iptal kararı vermiştir. Bu çalışmada söz konusu kararlar çerçevesinde, parlamentoların disiplin yetkisinin sınırlarına ve bu disiplin cezalarının denetimine ilişkin sorunlar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yasama sorumsuzluğu, ifade özgürlüğü, parlamentonun disiplin yetkileri, meclis kararı, muhalefet hakları

Giriş

Tarihsel olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olduğu kabul edilen yasama sorumsuzluğu, milletvekillerinin yasama faaliyeti çerçevesinde kullandıkları oy, söz ve düşüncelerden



parlamento dışı organlarca sorumlu tutulmaması esasına dayanmaktadır. İlk defa İngiltere’de ortaya çıkmış ve 1689 tarihli *Bill of Rights* ile koruma altına alınmıştır. Milletvekillerinin üstünlüğünü değil, parlamentonun kurumsal olarak üstünlüğünü ve bağımsızlığını korumayı amaçlayan bir güvencedir. Kanun önünde eşitlik ilkesi ve başkalarının hak ve özgürlükleri bakımından çeşitli tartışmalara yol açan bu ayrıcalık, parlamentoda halkın temsilcilerinin serbestçe düşüncelerini ifade etmesinin de teminatıdır. (Balis, 2015; Baumont, 2003) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında da yasama sorumsuzluğu kurumunun amacı serbest parlamenter tartışma ortamının korunması ile yasama ve yargı erkleri arasındaki ayrılığın sağlanması olarak belirlenmiştir.¹

Yasama sorumsuzluğu milletvekillerini diğer devlet organları karşısında korurken, parlamentonun kendi üyeleri üzerindeki disiplin yetkileri yasama sorumsuzluğu kapsamında değerlendirilmemektedir.² Her parlamento, kendi çalışma düzenini koruyabilmek adına birtakım disiplin tedbirleri öngörmekte ve bu tedbirler milletvekillerinin ifade özgürlüğünü sınırlayabilmektedir. Bu tedbirlerin, parlamentoda muhalefeti etkisizleştirme aracına dönüşecek biçimde kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir.³ Ancak bu şekilde bir kullanım olması halinde muhalefet milletvekillerinin nasıl korunacağı belli değildir. Ulusal düzeyde özellikle Genel Kurul tarafından verilen disiplin cezası kararlarının yargısal denetimi yaygın bir tercih değildir.

TBMM uygulamasında disiplin cezalarının çok sık uygulama alanı bulduğu söylenemez. Bununla birlikte, 26.dönem TBMM Tutanaklarında oldukça ciddi tartışmaların yer aldığı görülmektedir. 27 Temmuz 2017 tarihinde yapılan İçtüzük değişikliğinde de disiplin hükümleri bakımından önemli yenilikler gelmiştir.⁴ Bu çalışmaya başlarken özellikle kınama ve meclisten geçici çıkarma cezalarına bağlı ödenek kesintisi biçimindeki para cezalarının caydırıcı etkisinin de değerlendirilmesi hedeflenmişti. Ancak iki gün önce Anayasa Mahkemesinin söz konusu para cezalarına yönelik İçtüzük değişikliğini Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği açıklandı.⁵ Türk hukukunda, diğer birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin yetkisi İçtüzük hükümleri bakımından yapacağı soyut norm denetimi ile sınırlı kalıyor. Bu hükümlerin uygulanmasına yönelik kararların denetimi ise mevcut sistemde olanaklı görünmüyor. Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) Macar milletvekilleri hakkında verdiği kararlar, TBMM tarafından verilen ve verilebilecek disiplin cezalarının İHAM önüne

¹ A./Birleşik Krallık, Başvuru no: 35373/97, Kt.17.12.2002, par.75-76. Aynı yönde: Cordova/İtalya 1, Başvuru no: 40877/98, Kt.30.01.2003, (par.55) ve Cordova/İtalya 2, Başvuru no: 45649/99, Kt.30.01.2003 (par.56).

² Parlamentonun disiplin cezalarını belirleme yetkisinin kaynağına yönelik tarihsel bir çalışma için bkz. Thiers, (2010).

³ Venedik Komisyonu, Yasama Bağımsızlıklarının Kapsamı ve Kaldırılmasına İlişkin Rapor, par.100. Disiplin cezalarının meşru ve ölçülü olduğu oranda uygun olduğu yönünde bkz. Venedik Komisyonu, Demokratik Parlamentoda Muhalefetin Rolüne İlişkin Rapor, par.147.

⁴ 1160 sayılı Karar, RG.01.08.2017-30141.

⁵ E.2017/162, Kt.22.10.2018. Karar henüz Resmi Gazetede yayımlanmamıştır.



taşınabileceğini gösteriyor. Bu çerçevede, öncelikle parlamentoların milletvekilleri için öngördüğü disiplin rejiminde Avrupa standartları ele alınıp, ardından TBMM uygulaması bu standartlar bakımından değerlendirilecektir.

Parlamentoda Disiplin/İfade Özgürlüğü Dengelemesinde Avrupa Standartları

Avrupa’da, ulusal meclislerin hemen hepsi parlamento içi düzenin sağlanmasına yönelik disiplin hükümlerine yer vermektedir. Bu hükümler meclis içtüzüklerinde veya ilgili kanunlarda yer almaktadır. Parlamentoda düzeni sağlamak için disiplin cezası uygulama yetkisi meclis başkanı veya oturumu yöneten başkanvekiline (oturum başkanına), başkanlık divanına, bu işle görevlendirilmiş bir meclis komisyonuna⁶ ya da meclis genel kuruluna verilebilmektedir. Avrupa Konseyince yaptırılan araştırmaya göre, uygulanan disiplin cezası türleri şu şekilde sayılabilir:

Uyarı (44 Avrupa Konseyi üye ülkesinin 33’ünde var)

Söz hakkının alınması/reddedilmesi (44 Avrupa Konseyi üye ülkesinin 26’sında var)

Geçici çıkarma (44 Avrupa Konseyi üye ülkesinin 28’inde var) Geçici çıkarma cezası mevcut oturum ya da birleşimin sonuna kadar olabileceği gibi belirli bir süre de öngörülebilir.

Özür dilemeye davet (Çek Cumhuriyeti ve Slovakya)

Kınama (Türkiye, İtalya, Estonya)

Namely (Birleşik Krallık, İrlanda, Malta)

Para cezası (Almanya, Gürcistan, Macaristan ve Slovakya’da doğrudan para cezası uygulanmaktadır. Arnavutluk, Birleşik Krallık, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İspanya, Karadağ, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Moldova, Polonya, Romanya, Sırbistan ve Yunanistan’da ise ödeneklerden kesinti şeklinde para cezası uygulanmaktadır. 26 ülkede herhangi bir para cezası öngörülmemiştir.)⁷

Aynı araştırmaya göre, 44 Avrupa Konseyi üyesi ülkeden 24’ü disiplin cezalarına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörmemektedir. On dört ülkede itiraz hakkı mevcut olmakla birlikte itiraz için parlamento içi bir usul belirlenmiştir. Bu usulde, Başkan’ın, Başkanlık Divanının veya Komisyonun verdiği kararın Başkanlık Divanı, Komisyon ya da Genel Kurul tarafından incelenmesi biçiminde işleyen sürecin etkin olup olmadığı ayrı bir sorundur. Sadece altı ülkede (Almanya, İspanya, Litvanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Ukrayna) teorik olarak Anayasa Mahkemesine başvuru imkânı olduğu görülmektedir.⁸ Parlamentoların geçmişten gelen itibarının bir parçası olarak görülen bu husus, günümüzde kurumun itibar kaybıyla birlikte

⁶ Bu Komisyonla siyasi partilerin eşit temsili parlamenter azınlıkların korunması bakımından önemli bir husustur.

⁷ Verilere ulaşmak için bkz. İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, ss.23-24.

⁸ Verilere ulaşmak için bkz. İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, ss.24-25.



değerlendirilmelidir. Kaldı ki, gelişen hukuk devleti anlayışı karşısında, işlemleri yargı denetimine tabi kılınan bir parlamentonun itibar kazanacağı da düşünülebilir. Ulusal düzeyde bu denetim kabul edilmese de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi parlamentolarca uygulanan disiplin cezalarının kendi denetim alanı dışında olmadığına karar vermiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Disiplin Cezaları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, parlamento çalışmaları sırasında milletvekillerine verilen disiplin cezaları nedeniyle incelediği tüm kararlar şimdilik sadece Macaristan aleyhine yapılan başvurular olmuştur.⁹ Öncelikle Büyük Daire kararına konu olan üç ayrı olayı kısaca açıklamak gerekir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İkinci Dairesi, ilk iki olay hakkında birleştirilerek inceleme yapıp tek karar vermiştir.¹⁰ Üçüncü olay hakkında ise ayrı bir karar vermiş olmakla birlikte, karar genel tespitler bakımından diğeriyle aynıdır.¹¹

Birinci olay, Nisan 2013 tarihinde gerçekleşmiştir. İki milletvekili (*Karácsony ve Szilágyi*) Meclis Genel Kurul Salonunda, Milli Ekonomi Bakanı'nın konuşması sırasında, üzerinde “*Fidesz, hürsüzsünüz, hilekârsınız ve yalan söylüyorsunuz*” yazan bir pankart açmışlardır. Fidesz Partisi milletvekilleri duruma tepki göstermiş, milletvekilleri ellerindeki pankartı konuşmacının yakınına bırakmıştır. Başkan, pankartı, koydukları gibi kaldırmalarını talep etmişse de milletvekilleri bu talebe uymayınca pankart görevlilerce kaldırılmıştır. Aynı gün, *Szilágyi*, kanun görüşmeleri sırasında iktidardaki partileri yolsuzluk yapmakla suçlamıştır. Bu olaydan birkaç gün sonra, Meclis Başkanı, parlamentonun işleyişini ciddi surette bozdukları gerekçesiyle *Karácsony* hakkında yaklaşık 170 €, *Szilágyi* hakkında ise yaklaşık 600 € para cezası verilmesini teklif etmiştir. Aylık ücretlerinin yaklaşık 1/3'üne denk gelen bu rakamın önerilmesinde *Szilágyi*'nin Meclis idaresindeki görevi gerekçe gösterilmiştir. Genel Kurul, Başkan'ın önerisini görüşme yapmaksızın onaylamıştır.¹²

İkinci olay, Mayıs 2013 tarihinde gerçekleşmiştir. İki muhalefet milletvekili (*Dorosz ve Szabó*) Meclis Genel Kurulunda tütün yasasında bazı değişiklikler öngören kanunun oylaması sırasında, “*Bu ulusal tütün mafyasının eserdir*” yazılı bir afiş açmışlardır. Başkan, oylama sonuçlarını açıklarken, iki milletvekiline meclis çalışmalarını bozdukları uyarısında bulunmuş, afişin kaldırılmasını talep etmiştir. İki milletvekili önce ellerindekini görevlilere vermemiş, daha sonra Genel Kurul salonunu terk etmiştir. Birkaç gün sonra, Meclis Başkanı, parlamentonun işleyişini

⁹ İHAM, 2.Daire, *Karácsony ve diğerleri/Macaristan*, Başvuru no: 42461/13; Kt.16.09.2014; *Szél ve diğerleri/Macaristan*, Başvuru no: 44357/13, Kt.16.09.2014; Aynı gün verilen bu iki karar birleştirilerek Büyük Daire tarafından incelenmiş ve Büyük Daire kararını 17 Mayıs 2016 tarihinde vermiştir. Bu karardan sonra Macaristan aleyhine bir ihlal kararı daha verilmiştir: İHAM, 4.Daire, *Szanyi/Macaristan*, Başvuru no:35493/13, Kt.08.11.2016.

¹⁰ İHAM, 2.Daire, *Karácsony ve diğerleri/Macaristan*, Başvuru no: 42461/13, Kt.16.09.2014.

¹¹ İHAM, 2.Daire, *Szél ve diğerleri/Macaristan*, Başvuru no: 44357/13, Kt.16.09.2014.

¹² İHAM, 2.Daire, *Karácsony ve diğerleri/Macaristan*, s.2, par. 6-9.



ciddi surette bozdukları için, iki milletvekili hakkında ayrı ayrı yaklaşık 240 € para cezası verilmesini önermiştir. Genel Kurul, Başkan'ın önerisini görüşme yapmaksızın onaylamıştır.¹³

Üçüncü olay, Haziran 2013'te gerçekleşmiştir. Meclis Genel Kurulunda görüşülmekte olan tarım ve ormanlık alanların devriyle ilgili kanun tasarısının oylaması sırasında muhalefet partisinden üç milletvekili (*Szél, Lengyel ve Oszolykán*) Başbakan'ın masasının önüne içinde toprak bulunan küçük bir el arabası bırakmış ve tasarımı eleştiren bir afiş açmıştır. Milletvekillerinden biri konuşmasında megafon kullanmıştır. Birkaç gün sonra, Meclis Başkanı, parlamentonun işleyişini ciddi surette bozdukları için toprak bırakan milletvekilleri hakkında yaklaşık 430 €, megafon kullanan milletvekili hakkında ise yaklaşık 510 € para cezası verilmesini teklif etmiştir. Genel Kurul, Başkan'ın önerisini görüşme yapmaksızın onaylamıştır.¹⁴

Temel ilkelerin belirlenmesi bakımından bu çalışmada Büyük Daire kararı esas alınmıştır. Ancak öncesinde, İkinci Daire kararında yer alan bazı tespitlere yer verilebilir. İkinci Daire'ye göre, somut olayda, önemli bir siyasi konuda sembolik bir dil kullanılmıştır. Temel amaç meclis çoğunluğunu ve hükümeti eleştirmektir. Milletvekili olan veya olmayan belirli bir kişi şahsen hedef alınmamıştır. Olay, parlamentodaki oylama ya da görüşmeleri engellememiş, geciktirmemiştir. Dolayısıyla parlamentonun somut işleyişinde bir bozulma olmamıştır. Söz konusu eylemin parlamentonun ve görevlilerinin saygınlığını tehlikeye attığı yönünde bir kanıt bulunmamaktadır. Daha hafif bir tedbirin uygulanmamış olması da dikkate alınmıştır. Sonuçta, disiplin yaptırımının yeterince gerekçelendirilmemiş olması, cezanın görüşmesiz oylanması, savunma hakkı verilmemesi, siyasi tarafsızlık görünümünün yetersiz olması ve para cezası miktarlarının caydırıcı etkisi dikkate alınarak ihlal kararı verilmiştir.¹⁵

Her üç olayda da milletvekillerinin kürsüde açıkladıkları ifadeler değil, Genel Kurul'da gerçekleştirdikleri gösteri niteliğindeki ifadeler söz konusudur. İHAM İkinci Dairesi tarafından Meclis Genel Kurulunun çalışma düzeninin bozulmadığı yönünde bir tespit yapılmış olmakla birlikte Büyük Daire haklı olarak Meclis çalışma düzeninin geçici süreli de olsa bozulduğunu tespit etmiştir.¹⁶ Parlamentoların disiplin hükümleri bakımından, çalışma düzeninin korunması meşru bir amaç olarak görülmektedir. Nitekim somut olaylarda da hem diğer milletvekillerinin oy, söz ve düşüncelerinin korunması hem de parlamento düzeninin korunması meşru amaç olarak belirlenmiştir. Elbette meşru bir amaç güdülmesi yeterli değildir ve asıl olarak uygulanan tedbirin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmiştir. İkinci Daire kararında, kullanılan ifadenin niteliği, meclisin otoritesi ve çalışma düzeni üzerindeki etkisi, disiplin cezası verilmesinde takip edilen usul ve uygulanan yaptırım dikkate alınmıştır. Büyük Daire, öncelikle ifade özgürlüğüne ilişkin

¹³ İHAM, 2.Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, s.2, par.10-11.

¹⁴ İHAM, 2.Daire, Szél ve diğerleri/Macaristan, s.2, par.7-9.

¹⁵ İHAM, 2.Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan. Ayrıca bkz. Yılmaz (2016), s.117-119.

¹⁶ İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, s.51, par.149-150.



temel içtihadını tekrar ederek milletvekillerinin özellikle parlamento bünyesindeki ifade özgürlüğünün daha sıkı bir korumadan faydalanması gerektiğini vurgulamıştır. İfade içeriği ile ifade etme biçimi, seçilen yer ve zaman arasında bir ayırım yapılmıştır. Parlamentoların kendi işleyişlerini belirleme yetkisi çerçevesinde, konuşma sürelerini, biçimini, yerini belirleme konusunda geniş bir takdir alanına sahip olduğu tespit edilirken, konuşmanın içeriğini belirleme konusunda aynı durumun söz konusu olmadığı vurgulanmıştır. Kural olarak ifadenin içeriği çok geniş bir korumadan yararlanacaktır. Şiddete doğrudan veya dolaylı çağrı niteliğindeki konuşmaları engellemek bakımından belirli bir düzenleme yetkisinin varlığı kabul edilmekle birlikte, uygulamanın Mahkeme tarafından daha sıkı bir denetime tabi olacağı açıkça belirtilmiştir.¹⁷

Mahkemeye göre, parlamentonun etkin işleyişe sahip olması siyasi rejimin demokratik niteliği ile sıkı bir ilişki içindedir. Bu bağlamda, parlamento çalışmalarının düzenine yönelik önlemler alınması gerekli olmakla birlikte, parlamenter muhalefetin haklarının da dikkate alınması gerekir. Parlamentonun iç işleyişine ilişkin kuralların belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Disiplin yaptırımları, parlamentonun daha iyi işlemesine yöneldiği ölçüde bu geniş takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak, parlamento özerkliği mutlak değildir. Milletvekillerinin ifade özgürlüğünün engellenmesine yol açacak biçimde kullanılmamalıdır. Aynı şekilde, parlamenter çoğunluk bu düzenlemelere dayanarak muhalefet karşısındaki hâkim durumunu kötüye kullanmamalıdır. Mahkeme, bu hususa özel önem vermektedir. Tüm milletvekillerine eşit muamele yapılıp yapılmadığı dikkat edilecek bir diğer husustur.¹⁸

Büyük Daire, somut olaylarda, ifadenin içeriği değil, ifade etme biçimi, yeri ve zamanı nedeniyle bir yaptırım uygulandığını kabul etmiş ve daha çok ifade özgürlüğünün usul boyutuna ilişkin etkili ve yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığı üzerine odaklanmıştır. Bu kapsamda, Mahkemenin müdahale etmesi gereken iki olasılık değerlendirilmiştir. Birincisi, parlamentonun içtüzüğünde hiç yer almayan ya da gerçekleşen eylemle açıkça ölçüsüz bir ilişki içinde olan bir yaptırım uygulanması halidir. İkincisi ise, somut olayda tartışma konusu olan milletvekilinin itiraz hakkının olup olmadığıdır. Öncelikle, parlamentolar tarafından verilen disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmamasının kendiliğinden bir ihlal unsuru olmadığı tespit edilmiştir. Her ne kadar bu kararların yargı denetimine açılması, kurumun özerkliğini zedeler nitelikte değerlendirilmese de parlamentoların tarihsel olarak sahip oldukları bu ayrıcalık daha fazla sorgulanmamıştır. Parlamento içi bir itiraz mekanizması öngörülmesi yeterli görülmüştür. Özellikle, belirli bir süre sonra uygulanan yaptırımlar bakımından, asgari olarak savunma/dinlenme hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir.¹⁹ Bunlar bakımından, kararın temel

¹⁷ İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, s.48, par.140.

¹⁸ İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, par.142-147.

¹⁹ İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016, par.153-158.



gerekçeleri içermesi de önemli bir koşuldur. Bu çerçevede, parlamenter azınlığın, çoğunluk karşısında, adil ve uygun bir muameleye tabi tutulması gereği bir kez daha vurgulanmıştır. Meclis Başkanı ya da oturum başkanının her türlü kişisel önyargıdan ve siyasi tarafgirlikten uzak bir tutum alması gerektiği de belirtilmiştir. Ancak, Başkanın tarafsız hareket etmemesi tek başına Sözleşmenin ihlali anlamına gelmemektedir. Somut olayda, haklarında disiplin cezası uygulanan milletvekillerine savunma hakkı ve itiraz hakkı tanınmaması, kararın temel gerekçeleri içermemesi gibi nedenlerle, ifade özgürlüğünün usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir.²⁰

Söz konusu başvurular, bir parlamentoda milletvekilleri için uygulanan disiplin yaptırımlarının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla incelenen ilk başvurulardır. Tam da bu nedenle, konunun çok boyutlu olarak incelenmesine ve temel ilkelerin belirlenmesine yönelik bir rol üstlendikleri görülmektedir. Konuya ilişkin genel ilkeler, Avrupa Konseyine üye ülkelerin mevzuatları, Venedik Komisyonu Raporları incelenerek oldukça detaylı bir şekilde belirlenmiştir. Bu yapılırken, üye devletlerin parlamentolarının özerkliğine ve bu alandaki takdir yetkisine oldukça sık vurgu yapılmıştır. Ancak, parlamentonun düzenini korumak, etkin işleyişini sağlayabilmek amacıyla uygulanan yaptırımlar ile milletvekillerinin ifadelerinin içeriğini sınırlamak amacıyla uygulanan yaptırımlar arasında bir ayrıma gidilmiştir. İfade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyen nefret söylemi, şiddete çağrı biçimindeki söylemler dışında, milletvekillerinin parlamento çalışmaları sırasındaki ifadelerinin en yüksek korumadan yararlanması gerektiğinin altı çizilmiştir. Özellikle çoğunluk karşısında azınlığın korunması gereği, disiplin yaptırımının uygulanmasında Başkanlık makamında bulunan kişinin tarafsızlığı üzerinde durulan diğer hususlardır.

Bu kararların en önemli sonucu, ulusal düzeyde milletvekillerine verilen disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılmış olsa da bu cezaların hak ihlaline neden olup olmadıklarının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince incelenecek olmasıdır. Bu genel etkinin yanı sıra, söz konusu kararlarda zikredilen temel ilkeler Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da kullanılmış ve Avrupa Mahkemelerinin temel yaklaşımı bu doğrultuda belirlenmiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Yaklaşımı

Avrupa Parlamentosu üyesi *Janusz Korwin-Mikke* (Polonya) dikkat çekici, rahatsız edici hatta nefret söylemi kapsamında değerlendirilebilecek ifadeleri ve hareketleriyle tanınmaktadır.²¹ Söz konusu kişi, Avrupa Parlamentosu Genel Kurul'unda yaptığı iki konuşma hakkında uygulanan disiplin cezaları üzerine, bu kararların iptali talebiyle Avrupa Birliği Adalet Divanına başvuru yapmıştır. Birinci karar, 7 Haziran 2016 günü yapılan oturumda göçmenler hakkında yaptığı

²⁰ Macaristan uygulaması bakımından kararın yetersiz olduğu yönünde bkz. Kazai (2018).

²¹ 7 Temmuz 2015'te Genel Kurul'da nazi selamı yapması, 8 Eylül 2015'te mülteciler için insan atığı demesi bazı örnekler arasında sayılabilir. Bkz. Cagnimel, (2018).



konuşma nedeniyle verilen 10 günlük ödenek karşılığı para cezası ile 5 günlük meclis çalışmalarına katılmaktan men cezasının iptaline ilişkindir.²² İkinci karar ise, 1 Mart 2017 günü, cinsiyetler arası ücret farkının (*gender pay gap*) konu edildiği oturumda yaptığı konuşma nedeniyle verilen 30 günlük ödenek karşılığı para cezası, 10 gün boyunca meclis çalışmalarına katılmaktan men cezası ve bir yıl boyunca her türlü kurumlar arası forum, parlamentolar arası konferans ve heyetlerde Avrupa Parlamentosunu temsil etmekten men cezasının iptaline ilişkindir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Genel Mahkeme Genişletilmiş 6.Dairesi, aynı gün verdiği iki karar ile her iki disiplin cezasını da iptal etmiştir.

1 Mart 2017 tarihli konuşma örnek verilecek olursa, konuşmalarının içeriğinin ne kadar rahatsız edici olduğu açıkça görülebilir: “*Teorik fizik alanında yapılan Polonya Olimpiyatlarında kazanan kadınları biliyor musunuz? En iyi derece yapan kız ya da kadın kaçınıcı sıradaydı? Ben size söyleyebilirim: 800. Satranç oyuncularında ilk yüzde kaç kadın var biliyor musunuz? Size söyleyeyim: Hiç. Elbette, kadınlar erkeklerden daha az kazanmalıdır, çünkü onlar daha zayıf, daha küçük ve daha az zekidir, daha az kazanmaları gerekir. Hepsi bu kadar.*”²³ Nitekim, Avrupa Parlamentosu Başkanı Avrupa Parlamentosu kürsüsünde bu tür ifadelerin kullanılmasının parlamentonun onurunu zedelediği gerekçesiyle ilgili kişi hakkında disiplin cezası uygulamış ve söz konusu karar Başkanlık Divanınca da onaylanmıştır.

Bu kararlarda temel sorun, bu konuşmaların ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığı değildir. Avrupa Parlamentosu İçtüzüğü’nün 166.madde hükmüne göre, “*bir vekilin oturumun düzenini bozması veya ciddi bir şekilde meclisin çalışmalarını engellemesi durumunda*” disiplin cezası verilebilmektedir. İngilizce metindeki ifade, kurumun onur ve itibarının korunması anlamını da içermekte ancak diğer dillerde aynı karşılık bulunmamaktadır.²⁴ Somut olayda Başkan ve Başkanlık Divanı İngilizce metni dikkate almıştır. Söz konusu hükmün yorumlanmasında, Mahkeme, doğrudan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararına atıfta bulunmuş ve paralel bir değerlendirme yapmıştır.²⁵ Bu doğrultuda, İngilizce metindeki anlam değil, diğer metinlerdeki anlam kabul edilmiştir. İptal kararı, bu anlam doğrultusunda, disiplin cezası verme yetkisinin bulunmaması üzerine kuruludur. Ancak, yorum tercihi yapılırken, parlamentoların ifade özgürlüğüne ilişkin temel tespitlerde bulunulmuştur.

Öncelikle, parlamentolardaki ifade özgürlüğü’nün koruma düzeyinin daha yüksek olması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Bir ifadeye yaptırım uygulanabilmesi için, söz konusu ifadenin şiddete, ırkçı nefrete çağrı yaparak toplum için ciddi tehlike oluşturması gerektiği belirtilmiştir.²⁶

²² ABAD, Genel Mahkeme Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-770/16. Geçici çıkarma cezası sırasında oy kullanma hakkını kullanabilmektedir.

²³ ABAD, Genel Mahkeme Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-352/17, par.2.

²⁴ ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-352/17, par.55.

²⁵ ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-352/17, par.39-49; 52 ve 58.

²⁶ ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-352/17, par.50 ve par.65.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Ayrıca, bu içerikte de olsa 166.madde uyarınca bir ceza verilmesi için meclisin işleyişinin ciddi şekilde engellenmesi gerekir. Dinleyicilerin konuşmacıya tepki vermesinin düzeni bozabileceği kabul edilmekle birlikte, somut olayda bir kadın vekil tarafından verilen tepki düzenin bozulduğunu kabul etmek için yeterli görülmemiştir.²⁷ Parlamento çalışmalarının daha belirgin bir şekilde bozulması beklenmektedir. Kararda, başvurucunun sözlerinin ne kadar kabul edilemez olduğu notu düşülmekle birlikte, meclisin işleyişinde bir bozulma olmadığı gerekçesiyle verilen cezalar iptal edilmiştir. Böylece, milletvekillerinin ifade özgürlüğü bakımından oldukça geniş bir koruma alanı tespit edilmiştir.

TBMM Uygulamasında Disiplin Cezaları

TBMM İçtüzüğünde disiplin cezaları İçtüzüğün 156 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Son olarak Temmuz 2017’de yapılan İçtüzük değişikliğinde disiplin hükümlerine yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır.²⁸ TBMM İçtüzüğü’nün 156.maddesi, milletvekillerine verilecek disiplin cezalarını uyarma, kınama ve meclisten geçici çıkarma olarak saymıştır. Bununla birlikte, İçtüzüğün 159.maddesine göre, aynı birleşimde iki defa uyarma cezası alan milletvekilinin o birleşimin sonuna kadar söz söylemesi yasaklanabilmektedir. Benzer şekilde, kınama ve meclisten geçici çıkarma cezalarına bağlı olarak milletvekillerinin aylık ödenek ve yolluklarının belirli bir bölümünün kesilmesi biçiminde bir çeşit para cezası da 163. maddede yer almaktaydı. Kınama cezasına çarptırılan milletvekilinin bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte birinin, geçici çıkarma cezasına çarptırılan milletvekilinin ise bir aylık ödenek ve yolluğunun üçte ikisinin verilen cezaya bağlı olarak otomatik biçimde kesilmesi öngörülmüyordu. Kınama cezası bakımından yaklaşık 900-1000 €, geçici çıkarma cezası bakımından ise 1800-1900 € aralığına denk gelen para cezalarının caydırıcı etkisi açıktı. Daha önce belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi söz konusu para cezalarını iptal etmiştir.²⁹ Gerekçesi henüz açıklanmamış olmakla birlikte, söz konusu iptal kararının milletvekillerinin ifade özgürlüğü bakımından çok önemli bir karar olduğu açıktır. Zira TBMM uygulamasında ciddi sorunlar mevcuttur.

İçtüzük, 65.maddesinde Genel Kurul’da söz kesmeyi, şahsiyatla uğraşmayı ve çalışma düzenini bozucu hareketlerde bulunmayı yasaklamış ve 157.maddesinde bu fiillere uyarma cezası uygulanacağını belirtmiştir. Uyarma en hafif disiplin cezasıdır ve buna neden olan fiillere bakıldığında temel amacın TBMM’nin çalışma düzenini korumak olduğu görülmektedir.

Aynı birleşimde iki kere uyarma cezası alıp buna neden olan hareketten vazgeçilmemesi ya da bir ay içinde üç kere uyarma cezası almak ise kınama cezasına neden olmaktadır. Son on yıl uygulamasında bu nedenle bir disiplin cezası verildiğine rastlanmamıştır. İçtüzüğün 67.maddesi ile yasaklanan kaba ve yaralayıcı söz ve hareketler ile İçtüzüğün 68.maddesi ile yasaklanan

²⁷ ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, Kt.31.05.2018, T-352/17, par.60.

²⁸ 27.07.2017 tarih ve 1160 sayılı Karar, RG. 01.08.2017-30141.

²⁹ E.2017/162, Kt.22.10.2018. Karar henüz Resmî Gazetede yayımlanmamıştır.



Mecliste gürültü ve kavgaya sebep olmak da kınama cezası gerektiren diğer fiillerdir. 2017’de bu hükme, Genel Kurulun çalışma düzenini ve huzurunu bozucu döviz, pankart ve benzeri materyali getirmek ve kullanmak eklenmiştir.³⁰

Geçici çıkarma cezası en ağır disiplin cezası olarak belirlenmiştir. Bu yaptırıma neden olan ve ifade özgürlüğü ile ilgili olabilecek fiiller ise şu şekilde sayılmıştır: Görüşmeler sırasında Cumhurbaşkanına, TBMM’ye, TBMM Başkanına, Başkanlık görevini yerine getiren Başkanvekiline, milletvekiline, Türk Milletinin tarihine ve ortak geçmişine, Anayasanın ilk dört maddesinde çerçevesi çizilen Anayasal düzene hakaret etmek ve sövmek; Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak; görüşmeler sırasında halkı veya Devlet kuvvetlerini yahut kamu organı, kuruluş ve görevlilerini kanun dışı hareketlere, ayaklanmaya veya Anayasa hükümlerini bozmaya teşvik veya tahrik etmek. Aynı birleşim içinde üç ya da bir ayda beş kez kınama cezası almış olmak da dolaylı olarak meclisten geçici çıkarma cezası alınmasına neden olmaktadır.

TBMM uygulamasında disiplin cezaları sık rastlanılan bir durum değildir. Oldukça fazla disiplin cezasının uygulandığı 26. Dönem uygulamasında bile toplam sekiz ceza olduğu görülmektedir. (Bkz. Tablo 1) Bunun en önemli nedeni, disiplin cezasını gerektiren eylemlerin bir kısmının TBMM teamülünün gereği olduğu yönündeki kanaattir. Örneğin, sıra kapaklarına vurmak suretiyle protesto etmenin bu kapsamda yer aldığı ileri sürülmüştür.³¹ Gerçekten, sıra kapaklarına vurma eylemi bilinen ve disiplin cezasıyla karşılanmayan bir gösteridir. Keza 26.dönemde, TBMM Genel Kurul Salonunda kolu kırılan, linç girişimine uğrayan, tehdit edilen pek çok milletvekili olmasına rağmen bu eylemlere yönelik herhangi bir disiplin cezası uygulanmamıştır. Bir diğer dikkat çeken nokta, iktidar partisi milletvekilleri hakkında hiç disiplin cezası uygulanmamasıdır. Örneğin, 1 Mart 2016 tarihinde Cumhurbaşkanına hakaret gerekçesiyle ceza alan Akif Ekici’ye yönelik olarak kendisinin hakaret kabul edilen sözlerini söyleyen milletvekilleri herhangi bir disiplin cezası almamıştır.³² Hakaret, sövme, nefret suçu içeren, şiddete teşvik eden ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından faydalanmaması gerektiği kabul edilebilir. Ancak bu kapsamda en azından eşit muamele olması çok önemlidir. Aksi takdirde,

³⁰ Meclisin görevini yerine getirmesini önlemek için toplu harekete önyak olmak ve TBMM, bina, tesis, eklenti ve arazine silahla girmek de kınama cezasını gerektirmekle birlikte ifade özgürlüğüne ilişkin olmadıkları için sayılmamıştır.

³¹ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.dönem, 3.Yasama Yılı, 81.Birleşim, 4 Nisan 2018, s.34 vd. Bugüne kadar sıra kapaklarına vurulması nedeniyle verilen bir disiplin cezası olmadığı da kayıtlara geçmiştir. Aynı şekilde, laf atmanın gelenek olduğu yönünde bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı 26.Dönem 1.Yasama Yılı, 101.Birleşim, 14 Haziran 2016, s.40. www.tbmm.gov.tr

³² TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.Dönem, 1.Yasama Yılı, 49.Birleşim, 1 Mart 2016, s.44-45.



disiplin cezalarının çoğunluk tarafından muhalefet milletvekilleri üzerinde keyfi bir şekilde uygulandığı izlenimi doğmaktadır.

Disiplin cezası TBMM’de oturumu yöneten Meclis Başkanı ya da Başkanvekili tarafından teklif edilmekte ve Genel Kurul tarafından görüşmesiz, işaret oyu ile kararlaştırılmaktadır. Hakkında ceza uygulanması teklif edilen milletvekili savunmasını bizzat yapmak veya bunu bir arkadaşına yaptırmak hakkına sahiptir. (İçtüzük m.163) Ancak, burada savunma hakkının tamamen göstermelik olduğu tespit edilebilir. Meclis çoğunluğu bir hususta ceza verilmesini gerekli gördüğünde, savunmaya herhangi bir kıymet verilmemektedir. Hatta, vekaletle oy kullanma isteğini dile getiren milletvekillerine rastlanmaktadır.³³ Meclis çoğunluğunun bu iradesini sınırlayabilecek tek güç, oturuma başkanlık eden kişidir. Oturum Başkanının da çoğunluğa sahip milletvekillerinden olması durumunda süreç daha kolay işlemektedir. 26.Dönemde disiplin cezası uygulanan olaylar aşağıda sıralanmıştır. Ancak, ceza uygulanan olaylar kadar uygulanmayanlara da dikkat etmek gerekir.

³³ Vekaletle oy kullanma talebi için bkz. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.Dönem, 3.Yasama Yılı, 36.Birleşim, 13 Aralık 2017, s.30.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Tablo 1: TBMM 26. Dönem Verilen Disiplin Cezaları³⁴

	Tutanak	Tarih	Ceza Verilen Milletvekili	Cezanın Türü
1	1.Yasama Yılı 49.Birleşim	1 Mart 2016	Akif Ekici	Geçici çıkarma 2
2	1.Yasama Yılı 82.Birleşim	27 Nisan 2016	Tanju Özcan	Geçici çıkarma 3
3	1. Yasama Yılı 106.Birleşim	23 Haziran 2016	Alican Öncü	Kınama
4	2.Yasama Yılı 57.Birleşim	13 Ocak 2017	Garo Paylan	Geçici çıkarma 3
5	2.Yasama Yılı 101.Birleşim	6 Haziran 2017	Ertuğrul Kürkçü	Kınama
6	3.Yasama Yılı 36.Birleşim	13 Aralık 2017	Osman Baydemir	Geçici çıkarma 2
7	3.Yasama Yılı 47.Birleşim	10 Ocak 2018	Özgür Özel	Uyarma
8	3.Yasama Yılı 69.Birleşim	12 Mart 2018	Musa Çam	Geçici çıkarma 3

Birinci olay cumhurbaşkanına hakaret, ikinci olay Meclis Başkanına hakaret, üçüncü olay milletvekiline hakaret, beşinci olay küfür üzerine verilmiştir. İçerikleri bakımından ayrıca değerlendirme yapmaksızın, milletvekillerinin eşit muameleye tabi olması gerektiği konusundaki

³⁴ 26.Dönem Tutanaklarının incelenmesiyle oluşturulmuştur. Tutanak metinlerine www.tbmm.gov.tr adresinden ulaşılmıştır.



hatırlatma ile yetinilebilir. Bu olaylarda hakaret olduğu kabul ediliyorsa, aynı ifadeleri kullanan tüm milletvekillerinin aynı yaptırma tabi olması asgari standart olmalıdır. Kaldı ki, yargı denetimi olsaydı, bazılarının eleştiri sınırlarında kaldığı rahatlıkla tespit edilebilirdi. Sekizinci olayda, daha önce Cumhurbaşkanı tarafından bir muhalefet partisi lideri hakkında söylenen sözlerin tekrar edilmesi söz konusudur. Milletvekilinin kendi partisi de bu sözlerden dolayı özür dilemişse de Cumhurbaşkanı'nca rahatlıkla söylenen sözlerin TBMM Genel Kurulunda tekrarının disiplin cezasına tabi tutulması ilginçtir.

Dördüncü ve altıncı olaylar ise ifade özgürlüğü, özellikle de milletvekilinin ifade özgürlüğü bakımından ciddi sorun içermektedir. Kısaca değinilecek olunursa, dördüncü olayda Garo Paylan'a 1915 olaylarını soykırım olarak nitelemesi üzerine ceza verilmiştir. TBMM çatısı altında 1915'te yaşananları bu şekilde nitelemenin rahatsız edici olduğu düşünülebilir. Nitekim TBMM'de grubu bulunan diğer partiler konuya ilişkin görüşlerini paylaşmışlar ve bu ifadeleri kınamışlardır. Ancak, ifade özgürlüğü açısından bakıldığında bu yeterli değildir. Şiddete çağrı, nefret söylemi kapsamında olmayan ifadelerin korunması asıldır. Üstelik, Paylan'a verilen ceza, sözlerinin Türkiye Cumhuriyeti'ne ve milletimizin tarihi şahsiyetine hakaret içermesine dayandırılmıştır. Oysa, 1915'te Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmadığı, milletimizin tarihi şahsiyetine hakaretin ise o dönem yürürlükte olan İktisat hükümlerinde yer almadığı görülmektedir.³⁵ Aslında tam da bu nedenle, aynı yılın Temmuz ayında İktisat değişikliği yapılarak 161.maddenin 3.fıkrasına "Türk Milletinin tarihine ve ortak geçmişine" ibaresi eklenmiştir. Bundan sonrası için müdahalenin en azından "yasal" dayanağa kavuştuğu kabul edilebilirse de uygulamanın ifade özgürlüğü bakımından ihlal kararı almamıza yol açabileceği açıktır.

Altıncı olay, tam da ifade özgürlüğünü daha da sınırlamaya yönelik İktisat değişikliği sonrası gerçekleşmiştir. Değişikle, "Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasında Anayasada düzenlenen idari yapısına aykırı tanımlamalar yapmak" Meclisten geçici çıkarma cezası verilmesini gerektiren haller arasında sayılmıştır. Gerek Komisyon görüşmelerinde gerekse Genel Kurul görüşmelerinde, asıl amacın "Kürdistan" ifadesinin yasaklanması olduğu ileri sürülmüştür.³⁶ Nitekim, somut olayda da bu ifade nedeniyle Osman Baydemir hakkında disiplin cezası verilmiştir. Bu disiplin cezası Anayasa Mahkemesi kararından önce olduğu için, aynı zamanda, otomatik olarak bir aylık yolluk ve ödeneğin üçte ikisinin kesilmesi söz konusudur. Cumhurbaşkanı dahil, ülkenin siyasilerinin zaman zaman kullandıkları

³⁵ Verilen disiplin cezasının İktisat'ta düzenlenmemesi nedeniyle eylemli İktisat değişikliği olduğu ileri sürülmüşse de bu iddia dava açma yetkisine sahip kişilerce ileri sürülmediği için Anayasa Mahkemesi tarafından incelenememiştir. E.2017/13, K.2017/21, Kt.09.02.2017, RG.28.02.2017.

³⁶ TBMM Anayasa Komisyonu Tutanak Dergisi, 15'inci Toplantı, 20 Temmuz 2017, s.12 ve 66-69. TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.dönem, 2.Yasama Yılı, 120. Birleşim, 27 Temmuz 2017, s.32-33, 44-45. www.tbmm.gov.tr



bir ifadenin, TBMM’den geçici çıkarma cezası ve bu kadar yüksek miktarda bir para cezası ile karşılık bulması yine ifade özgürlüğü bakımından ihlal kararı almamıza yol açabilecektir.

Özellikle 2016 sonrası dönemde, TBMM bünyesinde disiplin cezası verilmesi yönünde taleplerin de arttığı görülmektedir.³⁷ Çoğunluk, oya dayalı üstünlüğüne güvenerek rahatsız olduğu her konuda disiplin cezası uygulanmasını talep edebilmektedir. Örneğin, 4 Nisan 2018 tarihinde, Yılmaz Güney’in 81.doğum gününü kutlama ve anma maksatlı konuşma yapan Mehmet Ali Aslan, kürsüye Güney’in şapkası ve fotoğrafını da götürmüştür. Mehmet Muş ise, kürsüye şapka ve fotoğraf götürülmesinin, “*Genel Kurulun çalışma düzenini ve huzurunu bozucu döviz, pankart ve benzeri materyali getirmek ve kullanmak*” kapsamında olduğunu ileri sürmüş ve bu çerçevede bir disiplin cezası talep etmiştir. Oturuma başkanlık eden Mithat Sancar’ın haklı yorumuyla süreç işlememiştir. Gerçekten, Meclis’e materyal getirilmesi değil, Genel Kurulun çalışma düzenini ve huzurunu bozucu materyal getirmek yasaklanmıştır. Avrupa standartlarıyla da uyumlu olarak, ifade değil, Genel Kurul’un çalışma düzeninin bozulması yaptırıma bağlanmak istenmiştir. Ancak, konunun tüm milletvekilleriince anlaşıldığı şüphelidir. Aynı gün, CHP milletvekillerinin sıra kapaklarına vurmasına da disiplin cezası uygulanması önerilmiştir. Bugüne kadar bu yönde bir uygulama olmaması ve Oturum Başkanının fiili saldırı olmadıkça disiplin hükümlerini uygulamama yönündeki kararlılığı gerekçe gösterilerek bu talep de karşılanmamıştır.³⁸ Örnekler çoğaltılabilir.

Genel hatlarıyla, Türk hukukundaki temel sorunlar şu şekilde tespit edilebilir: Başkan tarafsız değildir. Oturum Başkanının sürecin yönlendirilmesinde ciddi yetkileri vardır. Bir günden diğerine aynı çatı altında farklı sonuçlar doğması mümkündür. Uygulama keyfiyet içerdiği gibi, eşit de değildir. İktidar milletvekilleri aynı hükümlere tabi değilmiş gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Parlamenter azınlıkların korunmasına yönelik herhangi bir tedbir alınmamıştır. Bazı olaylarda, başka partilerin de haksız bulduğu uygulamalar, çoğunluğun işaret oyuyla geçmektedir. Hem herkese eşit muamele edilmesini hem de muhalefete güvence sağlamak için TBMM bünyesinde partilerin eşit temsil edildiği bir komisyon kurulması düşünülebilir. Bir diğer ihtimal de, hukuk devletinin bir gereği olarak bu disiplin cezalarının yargı denetimine açılmasıdır.

TBMM Tarafından Uygulanan Disiplin Cezalarının Denetimi Sorunu

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, bu kararların yargı denetimine açılması doğrudan parlamento özerkliğine müdahale niteliği taşımamaktadır. Nitekim devamsızlık nedeniyle milletvekilliğinin düşürülmesi de bir tür disiplin cezasıdır ve Anayasa Mahkemesi denetimine tabidir. Türk hukukunda, Danıştay daha önce TBMM Genel Kurulu tarafından alınan bir RTÜK üye seçimi kararını denetlemiştir.³⁹ Ancak, söz konusu kararın

³⁷ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.Dönem, 3.Yasama Yılı, 81.Birleşim, 4 Nisan 2018, s.7 vd.

³⁸ TBMM Genel Kurul Tutanağı, 26.Dönem, 3.Yasama Yılı, 81.Birleşim, 4 Nisan 2018, s.40 vd.

³⁹ Danıştay 5.Daire, E.2005/5627, K.2007/72, Kt.24.01.2007.



gerekçelerinin disiplin cezaları bakımından geçerli olmadığı görülmektedir.⁴⁰ Zira disiplin cezalarının temel amacı yasama işlevinin düzgün bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu bakımdan da yasama fonksiyonu ile sıkı bir ilişki içerisinde.

Diğer benzer nitelikteki parlamento kararlarında olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi önünde iptal davası açma yetkisi tanınması düşünülebilir. Bilindiği gibi, bazı istisnalar dışında parlamento kararları Anayasa Mahkemesi denetimine tabi değildir. Milletvekilliğinin düşürülmesi ve yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararlar bakımından öngörüldüğü gibi, açık bir yetkilendirme olmaksızın Anayasa Mahkemesinin kendiliğinden bu kararlar üzerinde denetim gerçekleştirmesi mümkün değildir.⁴¹ O nedenle, bu yetkinin açıkça tanınması gereklidir. Elbette bu tür bir denetim ifade özgürlüğü ile sınırlı bir denetim olmayacaktır. İfade özgürlüğünün korunması bakımından ise bireysel başvuru yeterli bir başvuru yolu olarak kabul edilebilir.

Yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yolunun kapatılmadığı ülkelerde, disiplin cezaları bakımından da bir inceleme yapılabilmektedir. Türk hukukunda ise, bireysel başvuru yolu bulunmakla birlikte, TBMM tarafından verilen disiplin cezası aleyhine bu yola başvurulması mümkün görünmemektedir. Her ne kadar, Anayasanın 148/3.maddesi uyarınca herkesin Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi gerekiyorsa da somut durumda milletvekilleri kendilerini bu haktan mahrum etmişlerdir. Zira, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 45/3.maddesiyle yasama işlemleri aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılması Anayasaya aykırı biçimde engellenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından inceleme yapılmasının önünde herhangi bir engel olmadığına göre disiplin cezaları bakımından yargı muafiyetinin kalktığı kabul edilmelidir. Bu durumda, ulusal düzeyde Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yoluyla hak ihlallerinin önüne geçilmesi önemli bir adım olacaktır. İlgili kanun maddesinin değiştirilerek, milletvekillerinin kendi haklarının daha etkin korunmasını sağlamaları beklenir.

Sonuç

Avrupa içtihadında milletvekilinin ifade özgürlüğünün en üst düzeyde korunması hedeflenmektedir. Biçim, süre bakımından getirilen sınırlamalar parlamentonun işleyiş düzenini korumak bakımından daha geniş bir takdir alanına sahiptir. Ancak, içerik bakımından milletvekilinin ifade özgürlüğünün sınırlanması oldukça sıkı bir denetime tabidir. Disiplin cezalarında temel amaç çalışma düzeninin korunmasını sağlamak olarak belirlenmiştir. Disiplin

⁴⁰ Danıştay 5.Dairesi, söz konusu TBMM Genel Kurul işlemini idari işlem olarak nitelendirirken, yürütme erki içinde bulunan bir üst kurula kamu görevlisi atanması işleminin idare fonksiyonu ile ilgili olmasını gerekçe göstermiştir.

⁴¹ Nitekim, TBMM tarafından verilen bir disiplin cezasının iptali talebiyle yapılan başvuru haklı olarak reddedilmiştir. E.2017/13, K.2017/21, Kt.09.02.2017.



cezası uygulanan milletvekilinin savunma hakkına ve hatta itiraz mekanizmasına ve gerekçeli bir karara da hakkı olduğu kabul edilmektedir. Parlamentolar tarafından verilen disiplin cezalarının yargı denetimine tabi olmaması ise tek başına hak ihlali olarak kabul edilmemiştir. Her durumda, uygulanan cezanın ölçülü olması, caydırıcı etkisinin bulunmaması gerekir.

TBMM düzenlemelerine bakıldığında, ifadeleri içerik bakımından sınırlandırmaya yönelik çok sayıda disiplin hükmü olduğu hemen tespit edilmektedir. Özellikle ülkenin siyasi sorunlarına yönelik çoğunluk/azınlık dengesi bakımından açıkça azınlığı susturma amacına yönelik yeni hükümler ilave edilmesinin Avrupa standartlarıyla uyumsuzluğu açıktır. Anayasa Mahkemesinin en azından para cezalarına yönelik iptal kararı vermesi bu bakımdan olumlu olmuştur. Süreci Oturum Başkanı ile Meclis çoğunluğu keyfiyetine bırakan sistemin yenilenmesi gerekir. Bu çerçevede, Meclis içi grupların eşit temsil edildiği bir komisyon oluşturulması ve bu komisyonun nitelikli çoğunlukla karar vermesi, özellikle geçici çıkarma cezası bakımından önemlidir. Geçici çıkarma cezası sırasında milletvekilinin oy hakkını kullanmasının sağlanması da düşünülebilir.

TBMM uygulamasında ifade özgürlüğünün mahkemeler düzeyinde dahi korunmadığı açıkça görülmektedir. İçinde “Kürdistan” geçen siyasi partinin bulunduğu bir ülkede, bu ifade nedeniyle milletvekiline disiplin cezası verilebilmektedir. Milletvekillerinin diğer taleplerinden ifade özgürlüğü anlayışlarının yargının çok gerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, Avrupa mahkemelerinin de belirttiği gibi milletvekillerinin ifade özgürlüğünün çok daha yüksek düzeyde korunması gerekir. Bu korumanın ulusal düzeyde sağlanmaması halinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ihlal kararları ile karşılaşılacağı anlaşılmaktadır. Hem bu ihlal kararlarının önüne geçmek hem de ulusal düzeyde ifade özgürlüğünü en yüksek düzeyde korumak adına, milletvekillerinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmasına olanak sağlamak isabetli olacaktır.

Kaynakça

- Balis Z. (2015). Mise à l'épreuve de l'irresponsabilité parlementaire face aux droits d'autrui. https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A3385/datastream/PDF_01/view. SET:20.11.2018.
- Baumont D. (2003). Liberté d'expression et irresponsabilité des députés. CRDF, n° 2, ss.33-48.
- Cagnimel A. (2018). La protection de la liberté d'expression des eurodéputés contre le Parlement européen. <https://revue-jade.eu/article/view/2306>. SET: 20.11.2018.
- Kazai V.Z. (2018). La liberté d'expression des députés et l'autonomie parlementaire en Hongrie: Un rapport conflictuel. blog.juspoliticum.com (23 mars 2018) SET:20.11.2018.
- Thiers E. (2010). La discipline parlementaire en 1879: Un moment républicain. Parlement(s), Revue d'histoire politique 2010/2, n° 14, s.121-126.



Yılmaz D. (2016). Bir Denge Unsuru Olarak Anayasal Muhalefetin Parlamento İçindeki İktidarı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Kararlar:

ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, T-770/16, Janusz Korwin-Mikke/Parlement européen, Kt.31.05.2018.

ABAD, Genel Mahkeme, Genişletilmiş 6.Daire, T-352/17, Janusz Korwin-Mikke/Parlement européen, Kt.31.05.2018.

İHAM, 2.Daire, A./Birleşik Krallık, Başvuru no: 35373/97, Kt.17.12.2002.

İHAM, 1.Daire, Cordova/İtalya 1, Başvuru no: 40877/98, Kt.30.01.2003.

İHAM, 1.Daire, Cordova/İtalya 2, Başvuru no: 45649/99, Kt.30.01.2003.

İHAM, 2.Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Başvuru no: 42461/13; Kt.16.09.2014.

İHAM, 2.Daire, Szél ve diğerleri/Macaristan, Başvuru no: 44357/13, Kt.16.09.2014.

İHAM, Büyük Daire, Karácsony ve diğerleri/Macaristan, Kt.17.05.2016.

İHAM, 4.Daire, Szanyi/Macaristan, Başvuru no:35493/13, Kt.08.11.2016.

AYM, E.2017/13, K.2017/21, Kt.09.02.2017, RG.28.02.2017-29993.

Danıştay, 5.Daire, E. E.2005/5627, K.2007/72, Kt.24.01.2007. (Kazancı İhtihat Bankası)

Raporlar:

Venedik Komisyonu, Yasama Bağışıklıklarının Kapsamı ve Kaldırılmasına İlişkin Rapor, N°714/2013, CDL-AD(2014)011, Venice, 21-22 mars 2014). www.venice.coe.int

Venedik Komisyonu, Demokratik Parlamentoda Muhalefetin Rolüne İlişkin Rapor, N°497/2008, CDL-AD(2010)025, Venice, 15-16 octobre 2010). www.venice.coe.int

Tutanaklar:

www.tbmm.gov.tr – Tarih Sıralı Erişim



MAHKEMEYE BAŞVURMA HAKKI KAPSAMINDA TAM YARGI DAVALARINDAKİ YARGI HARÇLARI VE VEKALET ÜCRETLERİNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Gül ÜSTÜN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

Tam yargı davaları, idarenin işlem veya eylemlerinden dolayı hakları muhtel olanların açtığı davalar olup, hakkın yerine getirilmesini; uğranılan zararın tazminini konu almaktadırlar. Tam yargı davasının açılabilmesi için öngörülen yargı harcı ve dava sonucunda hükmolunacak vekalet ücreti, dava konusunun miktarı üzerinden nisbi olarak hesaplanmakta ve yüksek meblağda olabilmektedir. Yargı harcının ve vekalet ücretinin yüksek bir meblağ olması, kimi zaman kişilerin dava açamamasına neden olabilmektedir. Bu durum AİHM'nin çeşitli kararlarında, AİHS'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde "mahkemeye başvurma hakkı" kapsamında incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında ve Danıştay'ın içtihatlarında ise meselenin ağırlıklı olarak vekalet ücreti bakımından ele alındığı görülmektedir. Oysa ki, yüksek meblağlı nisbi yargı harçları da kişilerin mahkemeye başvurma haklarını ihlal edebilecek niteliktedir. Anılan nedenle, asıl olan meselenin kati ve kesin çözümünü sağlayacak yasal düzenlemelerin yapılması olup, tam yargı davalarındaki yargı harcının ve vekalet ücretinin, dava konusu tazminat tutarından bağımsız olarak belirlenmesi veya bu tutarlara üst sınır getirilmesi olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tam yargı davası-mahkemeye başvurma hakkı-vekalet ücreti- yargı harçları-adli yardım.

AN ASSESMENT on JUDICIAL FEES and RETAINER in FULL REMEDY ACTIONS WITHIN THE FRAME of RIGHT to APPLY to COURTS

Abstract

Full remedy actions, are the cases brought by ones have rights due to the actions of the administration and subject to compensation for the damage. The judicial fee and retainer for these are calculated over the amount of compensation. This may correspond to a high amount and it

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



may cause people to give up the lawsuit. This fact is examined by ECHR in the context of "the right to apply to court". Whereas, in the decisions of the Constitutional Court and the Council of State, the matter is heavily addressed in terms of retainer. However, high amount of proportional judicial fee may also violate the right to apply to the court. For this reason, it is necessary to provide a definitive solution by legal arrangements; such as determination of the judicial fee and the retainer independent from the amount of compensation or to set an upper limit on these amounts.

Key Words: Full remedy actions, judicial fee, retainer, legal aid.

Giriş

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 2. maddesinde sayılan idari dava türlerinden biri olan tam yargı davaları, yine bu maddede idari eylem veya işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır.

Tam yargı davaları, idarenin Kamu Hukuku kurallarına göre olan sorumluluğunu gündeme getirerek, doğan zararın tazminine veya hakkın geri verilmesine mahkum edilmesi istemlerinin konu edildiği davalar olup¹, özel hukuktaki edim davasına benzetilmekte² ve sadece davanın tarafları bakımından sonuç doğurmaktadır³.

Söz konusu davaların açılması için öngörülen yargı harçları ise, 492 sayılı Harçlar Kanuna konu edilmiş; bu Kanunda yargı harçlarının dava konusu belirli bir değer üzerinden olan davalarda nisbi harç olacağı, diğer durumlarda maktu harç olacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda açılacak tam yargı davalarında ödenmesi gereken harçlar da nisbi olarak yani istenen tazminat tutarı üzerinden hesaplanacaktır.

Keza, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca düzenlenen Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi Tebliğinde⁴, bu davalarda hükmedilecek vekalet ücreti de kademeli olarak artacak şekilde nisbi olarak öngörülmüştür.

Ancak, söz konusu düzenlemelerde yer alan vekalet ücreti ve yargı harçlarının nisbi olarak hesaplanması, tazminat rakamının yüksek olması durumunda, kişilerin dava açamamasına hatta dava açmaktan vazgeçmesine neden olabilmektedir. Bu durum ise, idarenin işlem veya

¹ Candan, T. (2005). Açıklamalı idari yargılama usulü kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları s.157.

² Tam yargı davalarının, kişilerin ihlal edilen haklarının yerine getirilmesine veya uğradıkları zararların giderilmesine yönelik davalar olarak tanımlandığı da görülmektedir. Bkz. Onar, S.S. (1966). İdare hukukunun umumi esasları C. III İstanbul: İsmail Akgün Matbaası. s.1769.

³ Yıldırım, Turan vd. (2016). İdare hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık .s. 833 (İlgili bölüm Turan Yıldırım tarafından kaleme alınmıştır).

⁴ RG. 30.12.2017, S.30286.



eylemlerinden ötürü zarara uğrayan kişilerin mahkeme başvurma hakkını kısıtlayacak nitelikte olup, elinizdeki çalışma bu konudaki eleştirilerimizi, değerlendirmelerimizi ve önerilerimizi sunmak üzere kaleme alınmıştır.

Anılan nedenle, çalışmamızın ilk bölümünde tam yargı davasında ödenmesi gereken yargı harcı ve vekâlet ücretine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, ikinci bölümde mahkemeye başvurma hakkı kapsamında bu düzenlemeler değerlendirilecek, konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise, meselenin çözümü için öneriler sunulacaktır.

Tam Yargı Davaları İçin Öngörülen Yargı Harçları ve Vekalet Ücreti

492 sayılı Harçlar Kanununun 2. maddesinde “Yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir” hükmüne yer verilerek, 5. maddesinde bölge idare mahkemeleri ve Danıştay işlemleri konu edilmiştir:

“Bölge İdare Mahkemeleri ile Danıştay’da açılacak davalardan (1) sayılı tarife gereğince harç alınır.

Ancak, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın görevi içinde bulunan işlemler (3) sayılı tarifeye göre harca tabidir”.

(1) Sayılı Tarife uyarınca, -2018 yılı İdari Yargı Posta Masraf ve Harçları Listesine göre-, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay’ a başvurma harcı, maktu olup, 55,20 TL’ dir. Karar ve ilam harcı ise, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği, tam yargı davalarında, karar ve ilam harcı; nisbi ve binde 68,31 olarak belirlenmiştir⁵. Üstelik bu oranın dörtte biri, ölüm ve yaralanmaya bağlı davalarda ve tazminat davalarında ise yirmide biri peşin alınmaktadır. Keza, celse harcı da 35,90 TL’ den az olmamak üzere, binde 2,27 olarak öngörülmüştür.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi Tebliği ekinde bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde ise, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilecek hukuki yardımlara ödenecek ücret, kademeli olarak artacak şekilde nisbi olarak öngörülmüştür⁶. Dolayısıyla, tam yargı davalarında hükmedilecek vekalet ücreti de nisbi olacak, dava konusu miktara göre vekalet ücreti tespit

⁵ Aynı listeye göre diğer bir idari dava türü olan iptal davasında karar harcı; maktu olup; 59,10 TL’ dir.

İptal davası hakkında bilgi için bkz. Yıldırım, Turan vd. (2016). İdare hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s.763-812.

⁶ İlk 35.000 TL için %12, sonra gelen 45.000 TL için %11, sonra gelen 80.000 TL için %8, sonra gelen 240.000 TL için %6, sonra gelen 600.000 TL için %4, sonra gelen 750.000 TL için %3, sonra gelen 1.250.000 TL için %1,5, sonra gelen 3.000.000 TL için %1.



edilecektir. Bu kapsamda kimin lehine hangi miktara hükmedildiyse, diğer tarafa o miktar üzerinden hesaplanacak vekalet ücreti verilmesi gerekecektir.

Yargı Harçları ve Vekalet Ücretinin Mahkemeye Başvurma Hakkı Üzerindeki Etkisi

Yargı harçlarının ve vekalet ücretlerinin yüksek olması bireylerin dava açamamalarına veya dava açmaktan vazgeçmelerine neden olabilmektedir. Nisbi harç ve nisbi vekalet ücreti uygulaması ise, uyuşmazlık konusu meblağın yüksekliği halinde, yüksek harçları ve yüksek vekalet ücretini gerektirecek olup, bireylerin tam yargı davalarında istedikleri yüksek miktardaki tazminatları talep edememelerine veya talep etmekten vazgeçmelerine neden olmaktadır ki, bu durum mahkemeye başvurma hakkını ihlal edici niteliktedir.

Bu nedenle, bu bölümde çalışmamızı daha fazla dağıtmamak adına kısaca mahkemeye başvurma hakkı kısaca anlatılmış, sonrasında, yargı harçları ve vekalet ücretleriyle söz konusu hak arasındaki ilişki mahkeme kararlarıyla birlikte ele alınmıştır.

Mahkemeye Başvurma Hakkı ve Kapsamı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)' nin 6.maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde, “Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir” ifadesine yer verilerek, Sözleşmeyle hak arama özgürlüğünün yani mahkemeye başvurma hakkının kabul edildiği görülmektedir⁷.

Bu hak, bireyin medeni hakkıyla⁸ veya bireye yönelik suç isnadıyla ilgili uyuşmazlığa ilişkin olarak bir yargı yerine başvurma hakkını içermekte olup, Anayasamızın 36. maddesinde ve 125. maddesinde koruma altına alınmıştır.

⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Golder v. UK Kararında (4451/70), madde 6/1’ de yer alan hükmün sadece devam eden davaları değil, mahkeme önüne gidebilmeyi de öncelikli koruma altına aldığına yoksa kuralın bir anlamı kalmayacağına hükmetmiştir. Bkz. Karar bölümü 34.paragraf, <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018).

Sözleşmede mahkemeye başvurma hakkının açıkça ifade edilmediği, ancak bu düzenlemeyle zımnen kabul edildiği hakkında bkz. İnceoğlu, S. (2005). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında adil yargılanma hakkı-kamu ve özel hukuk alanlarında ortak yargısal hak ve ilkeler. İstanbul: Beta Yayınevi s. 106.

Söz konusu hakkın Sözleşmede açık bir biçimde dile getirilmediği, içtihatlarla ortaya konduğu hakkında bkz. Tezcan, D. ve Erdem, M.R ve Sancakdar, O. (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Türkiye’ nin insan hakları sorunu. Ankara: Seçkin Yayınları s. 332.

“...6. Madde yalnız kurumsal ve yargılama usulüne ilişkin güvenceler getirmekten öte; bizzat yargılama mekanizmasını harekete geçiren ‘dava hakkını’ bir mahkemeye başvurma (ulaşma) hakkını da içermektedir” Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, F. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi inceleme ve yargılama yöntemi. Ankara: Turhan Kitabevi. s. 278.

⁸ AİHS’ de yer alan hak ve yükümlülüğün medeni niteliği, idarenin işlem ve eylemlerinin de bu kapsama girebileceği ancak vatandaşlık, siyasal haklar gibi konuları alan uyuşmazlıkların bu kapsama girmediği hakkında detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu, S. (2005). s. 12-63.



“A. Hak arama hürriyeti

MADDE 36. – Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...”

“B. Yargı yolu

MADDE 125. – İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Golder Kararında⁹, mahkemeye başvurma hakkının Devlet tarafından düzenleneceği, bu konuda Devlet’ in takdir yetkisi bulunduğunu ifade ederek, takdir yetkisinin hakkın özünü zedeleyecek şekilde kullanılamayacağına hükmedilmiştir¹⁰. Söz konusu hakkın kullanılmasını sağlamak için Devletin gerekli tedbirleri alması gerekmekte, bu hakkın kullanılmasını önleyen engelleri kaldırması gerekmektedir¹¹. Kısaca, söz konusu hak, sadece dava açma hakkının tanınması olarak değerlendirilmemeli, bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılarak, kullanılmasının sağlanması ve kullanımını engelleyen durumların ortadan kaldırılması kapsamında değerlendirilmelidir¹². Bununla beraber, mahkemeye başvurma hakkı mutlak bir hak olmayıp, Devlet takdir yetkisi kapsamında bu alanda düzenleme yaparken, meşru bir amaç gütmeli, hakkın özünü zedelemeyecek şekilde, sağlanmak istenen amaçla orantılı bir sınırlama öngörmelidir¹³.

Bu kapsamda yargı yoluna başvurma hakkının pahalı olması da, mahkemeye başvurma hakkını ihlal edici nitelikte olabilecektir¹⁴. Dava masraflarının yatırılma zorunluluğu, davacının maddi imkanları karşısında ölçsüz bir sınırlama getiriyorsa, diğer bir ifadeyle yargı masraflarıyla davacının maddi imkanları arasında orantısız bir ilişki varsa, bu durum kişinin hak arama özgürlüğünü, bu kapsamda mahkemeye başvurma hakkını elinden almaktır¹⁵.

Dolayısıyla, yargılama harcının ve vekalet ücretinin nisbi olarak hesaplanması, hak arama hürriyetine müdahale teşkil edebilecektir. Örneğin, uğranılan zararın tazmini için gereken meblağın üstünde bir masrafın gerekmesi durumunda kişinin hakkını aramaktan vazgeçmesi ihtimal dahilinde olabileceği gibi, uğradığı zararın büyük olması yani talep edilen tutarın yüksek

50

⁹ Golder/Birleşik Krallık, 21.02.1975 (4451/70), <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018).

¹⁰ Bkz. para.38.

¹¹ Devletin sözleşmede yer alan hakların aktif bir biçimde kullanılmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu, kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirleri alması gerektiği ve bu yolu tıkayan engelleri kaldırması gerektiği hakkında Airey/İrlanda, 09.10.1979 (29392/95), <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018).

¹² “Mahkemeye başvurma hakkının gerçekten, fiilen ve etkili bir şekilde sağlanması gerektiği hakkında açıklama ve örnek kararlar için bkz. İnceoğlu, S. (2005). s.116,117.

¹³ Ashingdane/Birleşik Krallık, 28.05.1985 (8225/78), <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018).

¹⁴ Bu konuda bir değerlendirme için bkz. İnal, T. (1982). Pahalı yargı. Ankara Barosu Dergisi, 6, 113- 116.

¹⁵ İnceoğlu, S. (2005). s.131. Ödenmesi istenen meblağın yüksek olması nedeniyle sorgu yargıcına müracaat imkanının elinden alındığı, bu durumun AİHS madde6/1’ in ihlalini teşkil ettiği Ait-Mouhoub/Fransa, 21.10.1996 (22924/93) kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018), Kararın özeti için bkz. İnceoğlu, S. (2005). s.129, 130.



olması durumunda masrafın da oldukça yüksek olacağı düşünülürse ekonomik olarak iyi bir durumda olmayan davacının masrafları karşılayamaması –kaldı ki bu durumda ekonomik durumu iyi olan davacılar bile mali açıdan zorlanabileceklerdir- nedeniyle dava açamaması (veya dava açmaktan vazgeçmesi) da muhtemel olabilecektir.

Söz konusu sakıncanın adli yardım müessesisiyle çözümlenmesi düşünülebilecektir¹⁶. Zira, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK) 31. maddesine göre adli yardım hallerine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) uygulanacaktır¹⁷. HMK’ nun 334. maddesine göre ise, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla¹⁸ adli yardımdan yararlanabileceklerdir.

Ancak, söz konusu müessese, tam bir muafiyet sağlamamakta, geçici olarak muafiyet sağlamaktadır¹⁹. Diğer bir yandan, kişilerin adli yardımdan yararlanmasının uygun görülmemesi durumunda, söz konusu masraf ve harçların aşırı bir külfet olması muhtemeldir. Örneğin sermaye şirketlerinin adli yardımdan yararlanmaları kabul edilmemekte olup²⁰, söz konusu masraf ve harçların tutarının yüksekliği özellikle küçük ölçekteki şirketlerin ekonomik olarak mahvına neden olabilecektir. Veya davasını bir vekille takip etmesi nedeniyle adli yardım talebinin kabul edilemeyeceğine hükmedilmesi halinde kişilerin harç ve masrafları ödeyememesi nedeniyle mahkemeye başvuramaması mümkündür²¹.

¹⁶ Adli yardım sisteminin mahkemeye başvurma hakkını sağlayacak bir araç olduğu, ancak başka araçlarla da bu hakkın sağlanabileceği, hangi aracın tercih edileceği konusunda devletlerin takdir yetkisi olduğu ancak muhakkak devletler tarafından bu konuda önlem alınmasının gerektiği hakkında Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, 09.10.1997 (86/1996/705/897), <https://hudoc.echr.coe.int/> (16.07.2018).

¹⁷ Madde düzenlemesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yazmakla birlikte, bu Kanunu yürürlükten kaldıran 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 447. maddesi gereği, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacaktır.

¹⁸ Söz konusu sınırlamanın keyfi olmadığı sürece meşru olduğu hakkında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu kararları için bkz. İncoğlu, S. (2005). s.127, dn. 102, 103.

Ayrıca bu konuda bkz. Del Sol/Fransa, 26.02.2002 (Final:26.05.2002), (46800/99), para. 23; Steel ve Morris/Birleşik Krallık, 15.02.2005 (Final: 15.05.2005) (68416/01), para. 62.

¹⁹ HMK’ nun 335. maddesinde adli yardımın kapsamı şu şekilde ifade edilmiştir:

“(1) Adli yardım kararı, ilgiliye, aşağıdaki hususları sağlar:

a) Yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet.

b) Yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet.

c) Dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi.

ç) Davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini.

(2) Mahkeme, talepte bulunanın, yukarıdaki bentlerde düzenlenen hususlardan bir kısmından yararlanmasına da karar verebilir.

(3) Adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder”.

²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ nin 06.11.2008 tarih, 2007/9398 E., 2008/12385 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com

²¹ “...idare mahkemesi, bir avukat tarafından temsil edilmeleri sebebiyle başvuranların yargılama giderlerini ödemelerinin imkansız olduğunu iddia edemeyeceklerini değerlendirmiştir. Mahkeme kararını desteklemek üzere



Bu durumun hak arama hürriyetine bir müdahale teşkil ettiği muhakkaktır. Zira, bu hakkın kullanılması ancak buna ilişkin başvuru yollarının tam ve etkin biçimde tanınmasıyla mümkün olabilecektir²².

Yargı Harçları ve Vekalet Ücretinin Mahkemeye Başvurma Hakkı Üzerindeki Etkisine İlişkin AİHM İçtihatları

AİHM' in Kreuz/Polonya Kararında²³, dava konusu başvurunun belediyeden alması gereken iznin hukuka aykırı bir şekilde reddedilmesi nedeniyle uğradığı zararının tazmini istemi için açılan davada Polonya'daki bir yıllık maaşa eşit bir harç/masraf istenmesi nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasıdır. Mahkeme, Polonya Hükümetinin, başvurunun yatırım yapabilecek bir iş adamı olduğu, bu tür uyuşmazlıkları karşılamaya hazır olması gerektiği gerekçelerini varsayıma dayalı olarak kabul etmemiştir.

Mahkeme, Kreuz Kararında, dava açılması için bir bedel istenmesini mahkemeye başvurma hakkı bakımından ihlal olarak değerlendirmemiş, ancak davacının ödeme kabiliyeti ve bu sınırlamanın getirildiği aşamanın değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bir kimsenin mahkemeye başvurma hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlerken, yüklenen mahkeme masraflarının miktarının makul olup olmadığı, başvurunun bunu ödeme kabiliyeti ve yükümlülüğün yüklendiği muhakeme aşaması gibi, her bir olayın içinde bulunduğu özel şartların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu tespitlerden sonra anılan davada, istenilen masrafla başvurunun mahkeme kanalıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında makul bir denge olmadığı, istenilen masrafın çok yüksek olduğu, onun davadan vazgeçmesine veya davayı mahkeme önüne götürememesine neden olduğu dolayısıyla mahkemeye başvurma hakkının özünün zedelendiğine ve ölçsüz bir sınırlama getirildiğine hükmetmiştir.

Ait-Mouhoub/Fransa Kararında AİHM, başvurunun maddi kaynaklarının olmadığı görülmesine rağmen, dava açabilmesi için yüksek bir miktarda meblağ ödemesini istenmesinin

Danıştay'ın bir içtihadını mesnet göstermiştir. AİHM'ye göre idare mahkemesinin bu hususta sunduğu gerekçe uygun değildir... Bkz. Bakan/Türkiye, 12.06.2007, (50939/99) Davasının Türkçe karar özeti için <https://hudoc.echr.coe.int> (16.07.2018)

Vekille temsil olunması nedeniyle adli yardım talebinin reddedilmesinin İHAS'ın 6. maddesinin ilk fıkrasını ihlal ettiği hakkında bkz. Mehmet ve Suna Yiğit-Türkiye, 52658/99-17.07.2017. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>. Ayrıca kararın Türkçe özeti için bkz. www.kazanci.com.
Kararın değerlendirmesi için bkz. Pınar, B. ve Meriç, N. (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin yargı harçlarına bakışı: Yiğit ve Ülger davaları ışığında hak arama özgürlüğü ve yargı harçları ilişkisi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 84, 188-212.

²² Kaboğlu, İ. Ö. (1998). Özgürlükler hukuku insan haklarının hukuksal yapısı. İstanbul: İmge Kitabevi. s.86.

²³ Kreuz/Polonya, 19.06.2001 (28249/95) Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int> (11.07.2018).



orantısız bir karar olduğunu, bu kararla başvurucunun sorgu yargıcına müracaat imkanının elinden alındığına ve AİHS madde 6/1' in ihlalinin teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁴.

Mahkemeye başvurma hakkı niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirmekte, ancak, yapılacak sınırlamaların bireye tanınmış olan mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyecek ölçüde sınırlanamamalı, aksi durum meşru bir amaç izlemedikçe ve gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadıkça, Sözleşme'nin 6. Maddesinin ilk fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır²⁵.

Örneğin AİHM' nin Mehmet ve Suna Yiğit- Türkiye Kararında²⁶, açılan tam yargı davası için herhangi bir geliri olmayan başvurulardan o sırada aylık asgari ücretin dört katı bir miktarı bulan mahkeme harçlarını ödemelerinin istenmesinin, orantılı bir kısıtlama olarak kabul edilemeyeceğine; Sözleşme'nin 6 (1).fıkrasının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

AİHM Ülger-Türkiye Davasında²⁷, Devlet' in pozitif yükümlülüğü hatırlatılarak, yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesi, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir kopyasının başvurana verilmesi arasındaki makul orantılılık ilişkisi de göz önünde bulundurulması gerekliliğine hükmedilmiştir.

Yargı Harçları ve Vekalet Ücretinin Mahkemeye Başvurma Hakkı Üzerindeki Etkisine İlişkin Türk Mahkemelerinin Kararları

Danıştay 8. Dairesi' nin 23.01.2008 tarih, 2007/1110 E., 2008/332 K. sayılı kararında²⁸, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin kendi bütünlüğü içindeki tutarlılığı bozacak şekilde vergi uyuşmazlıklarında nisbi olarak hesaplanacak avukatlık ücretine dava konusu miktar baz alınarak üst sınır getirilmesine ilişkin düzenlemede hukuka uyarlık görülmemiştir. Bu kararın temyizen incelendiği Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu' nun 28.05.2009 tarih, 2008/776 E., 2009/1605 K. sayılı kararında²⁹, aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“...Avukatlık asgari ücret tarifesinin hazırlanması konusunda Türkiye Barolar Birliğine tanınan yetkinin kullanımında, yargının kurucu unsurlarından savunmayı temsil eden avukatın, Avukatlık Kanununun 164. maddesinde öngörüldüğü üzere, emek ve mesaisinin dikkate alınmasının

²⁴ Ait-Mouhoub/Fransa, 21.10.1996 (22924/93) kararı, <https://hudoc.echr.coe.int/> (11.07.2018).

²⁵ Apostol/Gürcistan, 28.11.2006 (Final:28.02.2007) (40765/02) <https://hudoc.echr.coe.int> (11.07.2018).

²⁶ Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye, 17.07.2017 (52658/99), <https://hudoc.echr.coe.int>. (11.07.2018).

²⁷ Ülger/Türkiye, 26.06.2007, (25321/02), <https://hudoc.echr.coe.int>. (11.07.2018).

Dava, bir işçinin çalıştığı işyerine karşı açtığı davayı kazanması üzerine, icraya koymak için istediği karar örneği teminin başvurunun ödemeyeceği bir harca tabi tutulması ve bu nedenle kararın icra edilememesine ilişkindir.

²⁸ www.kazanci.com (13.07.2018)

²⁹ www.kazanci.com (13.07.2018)



yanısıra, kişilerin hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte düzenlemelere de yer verilmemesi gerekmektedir.

Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaların büyük bir kısmında, uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olması nedeniyle, bu tür davalardaki hukuki yardımlar için ödenecek avukatlık ücretinin tarifenin üçüncü kısmına göre, nispi olarak hesaplanması halinde, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yüksek miktarda avukatlık ücreti ödeyeceği, bu durumun da haksız vergi salındığını düşünen kişilerin hak arama yoluna başvurusunu engelleyeceği tartışmasıdır.

Nitekim vergi davalarının bu niteliği dikkate alınarak, vergi uyuşmazlıklarının konusu para olmasına karşın, vergi mahkemelerinde görülmekte olan dava ve işlerde yapılacak hukuki yardımlarda ödenecek avukatlık ücreti, dava konusu düzenleme ile maktu olarak belirlenmiştir.

İdarenin düzenleyici işlemlerindeki bir kuralın, hukuka aykırılığı ortaya konulmadıkça, aynı düzenlemede yer alan diğer bir kurala aykırılığından bahisle iptali söz konusu olamaz.

Bu durumda, vergi davalarının niteliği göz önüne alındığında, dava konusu istisnai düzenlemede hukuka aykırılık bulunmadığından, bu düzenlemenin Tarifenin bütünlüğünü bozduğundan da söz edilemeyeceği açıktır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenleme uyarınca, ülke çapında kurulu bulunan tüm baro yönetim kurullarının hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine sundukları tarifeler dikkate alınarak anılan Birlikçe son şekli verilen ve Adalet Bakanlığının da incelemesinden geçerek yayımlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım, Birinci Bölüm 4 no'lu alt bendinde; ülkenin ekonomik ve sosyal durumu, avukatların davanın görümü sırasında harcadığı çaba, gayret ve emeğin karşılığı ile kişilerin hak arama özgürlüğünün önünün açılması hususu dikkate alındığında hukuka aykırılık bulunmadığından, Dairenin iptal kararında hukuka uyarlık görülmemiştir...”.

Söz konusu kararda, vekalet ücretinin vergi davasında uyuşmazlık miktarına göre belirlenmesi (nisbi olması) durumunda, kişilerin yüksek miktarda bu ücreti ödemek durumunda kalacak olmaları, bu durumun da mahkemeye başvurma haklarını sınırlayacağı kabul edilmiştir. Bu karar, haksız vergi salınan kişilerin mahkemeye başvurma hakkını koruyucu bir karar olmakla birlikte, aynı gerekçenin nedense haksız yere idarenin işleminden veya eyleminden zarar görenler için benimsendiği görülememektedir. Oysa ki, vergi salınması da idarenin bir işlemi olup, spesifik bir idari işleme karşı kişilerin korunmasından ziyade, tüm idari iş ve işlemler için bu kriterin benimsenmesi daha yerinde olacaktır. Halihazırda ise, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin İkinci Kısım Birinci Bölümünde “Yarı Yerlerinde, İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu Para Olsa veya Para İle Değerlendirilebilse Bile Maktu Ücrete Bağlı Hukuki Yardımlarda Ödenecek Ücret” başlıklı düzenlemede, vergi mahkemeleri için maktu ücret belirlenmiş, ancak, tam yargı davaları bu kapsam içine dahil edilmemiştir.



Ancak, bu durumu göz önünde bulunduran Danıştay 15. Dairesi’ nin çeşitli kararlarında³⁰ açılan tam yargı davalarında idare lehine nisbi vekâlet ücretine hükmedilmesi mahkemeye erişim hakkını kısıtlar nitelikte bulunmuştur. Söz konusu kararlarda vekalet ücretinin nisbi olması nedeniyle yüksek olması durumunda, bu durumun mahkemeye erişim hakkı bakımından ölçüsüz bir sınırlama olabileceği, bireylerin katlanamayacakları bir yükümlülük teşkil edebileceği; birey ve kamu yararı arasındaki adil dengenin bozulabileceği, bireylerin bu haklarını kullanmakta vazgeçebilecekleri gerekçelerine yer verilerek tam yargı davasında talep edilen tazminatın reddedilmesi veya bir bölümünün reddedilmesi durumunda maktu olarak davalı idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir³¹.

Örneğin, 15. Daire’ nin 08.06.2016 tarih, 2016/1858 E., 2016/4151 K. sayılı kararında³², aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir:

“...Bir tam yargı davası sonucunda, davacı aleyhine hükmedilen vekalet ücretinin, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile korunan hak arama hürriyeti ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuru sonucunda verilen Anayasa Mahkemesi'nin 7.11.2013 tarih ve B. No:2012/791 numaralı kararında konuya dair temel ilkeler ortaya konulmuştur.

Buna göre, “Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, mahkemeye erişim hakkına açıkça yer verilmemişse de maddenin (1) numaralı fıkrasındaki “herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek hakkı...” ifadeleri çerçevesinde ve hakkın doğası gereği mahkemeye erişim hakkını da kapsadığının kabulü gerekir.

Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir.

³⁰ Danıştay 15. Dairesi’ nin 08.06.2016 tarih, 2016/525 E., 2016/4148 K. sayılı kararı, 23.05.2017 tarih, 2016/4542 E., 2017/2891 K. sayılı kararı, 28.03.2016 tarih, 2016/529 E., 2016/2091 K. sayılı kararı, 07.05.2015 tarih, 2014/9800 E., 2015/2673 K. sayılı kararı, www.kararara.com (13.07.2018).

³¹ Söz konusu kararlar, “ıslah” müessesesinin 2577 sayılı Kanunda düzenlenmesinden önceki dönemdeki davalara ilişkin olup, bu kararlarda “ıslah” in tazminat davasının başındaki belirsizlik karşısında –hak kaybına uğramamak için– yüksek miktarlarda tazminat talep edilmesinin ve haliyle dava sonucunda takdir edilecek vekalet ücreti ve diğer masrafların da yüksek olmasını önleyebileceği ifade edilmektedir.

³² www.kazanci.com (13.07.2018). Aynı gerekçeyle tesis edilen Daire’ nin 20.04.2017 tarih, 2016/5542 E., 2017/1899 K. sayılı kararı için de bkz. www.kazanci.com (13.07.2018).



Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir (B. No: 2013/1613, 2.10.2013, § 38 - 39).

Buna karşılık bir hukuki uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyan başvuru sahiplerinin, reddedilen davaya konu miktar üzerinden hesaplanan vekâlet ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurularını engelleme ya da mahkemeye başvurularını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu çerçevede, davanın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantıllığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil etmektedir.

Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması gereklidir.” denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmelere göre, istenen tazminatın reddedilmesi üzerine belirli bir oranının karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak her bir uyumsuzluğun kendini özgü niteliklerinin ve uyumsuzluğa konu olayın, davacıların mahkemeye erişim hakkı üzerinde farklı sonuçlar doğurabilmesi de mümkündür.

Açılan bir tam yargı davasında istenilen tazminatın miktarının, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra elde edilen verilere göre mahkemece takdir edildiği bilinmektedir. Tazminat davasının bu özelliği gereği, gerçekte hak edilen tazminat miktarının dava açılmadan önce davacılar tarafından tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin, davacıları yüksek miktarda istemlerde bulunmaya yönlendirebileceği açıktır.

Talep miktarının sonradan düzeltilmesi (ıslah), tazminat davasının başındaki belirsizlik karşısında bir güvence oluşturabilecekse de, davanın açıldığı tarihte 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü



Kanunu'nda böyle bir kuruma yer verilmemiştir. Dolayısıyla, hak kaybına uğramak istemeyen davacılar için, tazminat taleplerine dair miktarları yüksek tutmaktan başka seçenek bulunmamaktadır.

...

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında özetle; mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığı, bazı sınırlamalara tabi olabildiği, bununla birlikte, getirilen kısıtlamaların, hakkın özünü ortadan kaldırarak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememesi gerektiği, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamaların ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde Sözleşmenin 6/1. maddesiyle bağdaşabileceği, bu ilkelerden hareketle, dava açma hakkının doğal olarak yasayla belirlenen şartları olmakla birlikte, mahkemelerin yargılama usullerini uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine hâlel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınılması gerektiği belirtilmektedir.

Yukarıda açıklanan şekilde davacının, kullandığı Anayasal hakları sebebiyle olağan dışı ağırlıkta bir mali yük altında kalmış olması, bu durumun hak arama özgürlüğü ve mahkeme erişim hakkı üzerinde olağan dışı bir kısıtlama oluşturmaması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 36533/04 başvuru numaralı Mesutoğlu-Türkiye kararında mahkemelerin yargılama usullerini uygularken davanın hakkaniyetine hâlel getirecek kadar abartılı şekilcilikten kaçınılması gerektiğini vurgulaması bir arada değerlendirildiğinde, nispi vekalet ücretine hükmedilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir...”.

Söz konusu kararlarda emsal gösterilen Anayasa Mahkemesinin 2013/1613 Başvuru Numaralı Kararında³³ ise aşağıdaki ifadeler yer verilerek³⁴, mahkemeye başvurma hakkı ve vekalet ücreti ilişkisi ortaya konulmuştur:

“...Vekâlet ücreti davaya hukuki katkıda bulunan ve davası kabul edilen lehine hükmedilen bir ücrettir. Dava aşamasında kimin leh ya da aleyhine olacağı önceden belli olmayan bu ücret yükümlülüğü bir usul kuralı olup, mahkemeye erişim hakkı ile de ilişkilidir. Yükletilen ücretin, bu hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir.

Vekâlet ücreti bir yargılama gideri olup, kural olarak bu tür giderler mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eder. Ancak, gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin füzuli yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede

³³ Serkan Acar Başvurusu, RG.15.11.2013, S.28822.

Ayrıca karar için bkz. www.anayasa.gov.tr (13.07.2018).

³⁴ Bkz. Para.38, 39.



bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmediği ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan vekâlet ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir...”.

Diğer bir karar olan, 2012/791 Başvuru Numaralı kararında³⁵ ise, şu ifadelere yer verilmiştir³⁶:

“..Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir.

Ancak, yukarıda da ifade edildiği üzere, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olması gereklidir...

...Ancak somut olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, başvurucunun maddi durumunun elverişsiz olması nedeniyle lehine adli yardım kararı verildiği, ayrıca dava açıldığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak amacıyla talebini yüksek tuttuğu, bilirkişi raporlarının tamamlanmasından sonra fazlaya ilişkin taleplerinden feragat etmesine rağmen bunun mahkemece kabul edilmediği ve hak kazandığı tazminatın yaklaşık 3/4’ünü vekâlet ücreti adı altında davalı idareye geri ödemek zorunda bırakıldığı ve açılan tazminat davasının bu şekilde başvurucu açısından anlamsız hale geldiği dikkate alındığında yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez...”

“Ancak her bir uyuşmazlığın kendini özgü niteliklerinin ve uyuşmazlığa konu olayın, davacıların mahkemeye erişim hakkı üzerinde farklı sonuçlar doğurabilmesi de mümkündür”³⁷.

Ayrıca, anılan kararlarda belirtilen ilkeleri vurgulayan 2013/4513 Başvuru Numaralı kararında³⁸ da, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin görüş açısı ortaya açıkça konulmuştur³⁹:

“...Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle

³⁵ Özkan Şen Başvurusu, www.anayasa.gov.tr (13.07.2018).

³⁶ Bkz. Para, 61,62 ve 66.

³⁷ Danıştay 15. Dairesi’ nin 03.04.2018 tarih, 2013/13008 E., 2018/3265 K. sayılı kararı, www.kazanci.com (13.07.2018).

³⁸ Oğuzhan Kozacıoğlu Başvurusu, RG. 13.08.2015, S. 29444.

³⁹ Bkz. Para 41-49.



mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

Taraflardan birinin yargılamadaki başarı oranına göre kazanılan veya kaybedilen değer oranında lehine veya aleyhine mahkeme masraflarının hükmedilmesine yönelik düzenlemeler mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturmakta ise de abartılı, zorlama veya ciddiyyetten yoksun talepleri disipline etmeye yönelik orantılı müdahaleler meşru görülebilir. Ancak, bu sınırlamaların hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklememiş olması gerekir (Özkan Şen, § 61-62).

Dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara avukatlık ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir. Başvuru konusu olayda dava açılmadan sonra 2/11/2011 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı KHK ile idarenin taraf olduğu davaların, idarenin bünyesinde görev yapan kadrolu hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından takibi öngörülmesi olup, davanın reddi halinde idare lehine avukatlık ücretine hükmedilmesi düzenleme altına alınmıştır. Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin füzuli yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi amacıyla başvuruculara belli yükümlülükler öngörülebilir. Bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemek kamu otoritelerinin takdir yetkisi içindedir. Öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı derece zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Dolayısıyla davayı kaybetmesi halinde başvurucuya yüklenecek olan avukatlık ücreti bu çerçevede değerlendirilmelidir (Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38 - 39).

Buna karşılık bir hukuki uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyan başvurucuların, reddedilen dava konusu miktar üzerinden hesaplanan avukatlık ücretini karşı tarafa ödemeye mahkûm edilmeleri ihtimali veya olgusu, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurmalarını engelleme ya da mahkemeye başvurmalarını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu kapsamda, davanın özel koşulları çerçevesinde masrafların makullüğü ve orantılılığı, mahkemeye erişim hakkının asgari sınırını teşkil etmektedir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 54).

Tazminat alacağının miktarı, ancak bilirkişi incelemesi ve benzeri araştırmalardan sonra mahkemenin takdir yetkisi çerçevesinde belirlenebilen bir olgudur. Tazminat müessesesinin bu özelliği gereği, hak kazanılan tazminat miktarının dava açılmadan önce tam olarak bilinmesi veya öngörülmesi mümkün değildir. Dava açılması aşamasında karşı karşıya kalınan bu belirsizliğin, talep edilen miktarın sonradan düzeltilmesi (ıslah) yoluyla aşılması da 1602 sayılı Kanun gereği davanın açıldığı 23/8/2011 tarihi öncesinde mümkün olmadığından, hak kaybına uğramak



istemeyen davacıların, tazminat taleplerine ilişkin miktarları yüksek tutmaktan başka seçeneklerinin olmadığı görülmektedir.

Başvurucunun da bu nedenle, AYİM’e açtığı davada uğranılan zarar için 125.000 TL maddi ve 25.000 TL manevi tazminat talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır. AYGM, davanın reddine karar verdikten sonra, başvurunun reddedilen tazminat talepleri üzerinden davalı idare lehine 9.150 TL avukatlık ücreti ödemesine karar vermiştir.

Başvurucu aleyhine avukatlık ücreti ödenmesini öngören düzenlemenin tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği söylenemez. Bu düzenleme sonucu gerçekleşen müdahalenin ölçülü olup olmadığının da incelenmesi gerekir. 48. Somut olayın koşulları bir bütün halinde değerlendirildiğinde, başvurunun, dava açtığı sırada ıslah imkânının olmaması nedeniyle hak kaybına uğramamak için talebini yüksek tuttuğu ve davanın reddedilmesi nedeniyle talep edilen maddi ve manevi tazminat tutarı üzerinden 9.150 TL avukatlık ücretinin davalı idareye ödenmek zorunda kaldığı görülmüştür. Böylece başvurunun, ıslah imkânı olmaması nedeniyle davanın açıldığı sırada yüksek tazminat talebinde bulunduğu yargılamanın sonucunda aleyhine hükmedilen avukatlık ücretinin ölçülü olmadığı saptandığından, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, başvurunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”

60

Ancak, söz konusu kararlardan da görüleceği üzere, vekalet ücretine ilişkin mahkemeye başvurma hakkı bakımından Türk yargısı tarafından değerlendirme yapılmışsa da, nisbi harç özellikle tam yargı davasındaki nisbi harç uygulaması bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Nitekim, Danıştay 10. Dairesi’ nin 20.11.2015 tarih, 2012/8189 E., 2015/5135 K. sayılı kararında⁴⁰, açılan tam yargı davasında ilk derece mahkemenin hükmettiği vekalet ücreti ve nisbi harcın hukuka aykırılığı değerlendirilmiş, her iki masrafında hukuka uygunluğuna hükmedilmiş olmakla birlikte, vekalet ücreti bakımından mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirme yapılmış, ancak bu yönde değerlendirme nisbi karar harcı bakımından yapılmamıştır.

Sonuç ve Değerlendirme

Tam yargı davalarında, vekalet ücretinin ve yargı harçlarının nisbiliği, mahkemeye başvurma hakkını ihlal edici nitelik taşıyabilecektir. Ancak, ihlal oluşup oluşmadığının takdiri, Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, her davanın özel koşullarına göre belirlenmelidir⁴¹. Dava konusu uyuşmazlığın meblağının/miktarının yüksek olması durumunda,

⁴⁰ www.kararara.com (13.07.2018)

⁴¹ “...Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmelere göre, istenen tazminatın reddedilmesi üzerine belirli bir oranın karşı tarafa vekâlet ücreti olarak ödenmesi yükümlülüğü öngörülmesi tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir müdahale olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak her bir uyuşmazlığın kendini özgü niteliklerinin



talep edilebilecek yargı harcı ve/veya vekalet ücreti, davacı tarafça karşılanamayacak bir meblağa denk düşecekse, davacı taraf bu nedenle dava açmaktan vazgeçer veya davayı açamazsa, mahkemeye başvurma hakkının ihlal edildiğini söylemek hiç de zor olmayacaktır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları bakıldığında, vekalet ücreti bakımından hak kapsamında bir değerlendirme yapıldığı görülmekle birlikte, istenebilecek yargı harcı bakımından hakkı sağlayıcı/koruyucu bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yine de, Danıştay bazı kararlarında aslında tam yargı davasına konu olabilecek uyuşmazlıkları iptal davası olarak görmüş, bu şekilde gördüğü davalarda da kuvvetle muhtemel maktu harca hükmedilmesini sağlamıştır⁴² Böylelikle, Danıştay'ın dolaylı olarak bu korumayı sağladığı kararları da görülebilmektedir:

Danıştay 5. Dairesi' nin 28.01.2016 tarih, 2015/6106 E., 2016/311 K. sayılı kararına⁴³ konu dava, Balıkesir Ayvalık Sağlık Ocağı Tabibi olan ve Ayvalık Devlet Hastanesinde baştabip yardımcısı olarak görevlendirilen davacının, bu görevlendirilmesinin kaldırılmasına dair 16.4.2007 tarihli işleme karşı açtığı davada, anılan işlemin iptal edilmesi sonucu eski görevine iade edilmesi üzerine, yargı kararı ile iptal edilen işlem sebebiyle mahrum kaldığı döner sermaye ek ödemelerinin tarafına ödenmesi amacıyla yaptığı başvurunun reddine dair 11.8.2009 tarih ve 5171 Sayılı Performans Yönetimi ve Kalite Daire Başkanlığı işleminin iptali ile ödenmeyen döner sermaye ek ödemelerinin yasal faizi ile birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmıştır.

Söz konusu istem, aslında döner sermaye katkı payının ödenmesini konu almakta, ancak davacı bu talep konusunun mevzubahis olacağı tam yargı davasını açmak yerine, bu yöndeki başvurusunun reddi kararına karşı iptal davası açmaktadır. Bu davadaki taleplerden biri de, söz konusu ödemelerin yapılmasına hükmedilmesi olup, mahkeme tarafından iptal kararı tesis edilmesi halinde yargı kararı bu ödemelerin yapılması şeklinde uygulanmalıdır.

Bu nedenle olsa gerek, Danıştay 5. Dairesi, talebin zarara uğrayan hakkın tazmini/giderilmesine ilişkin kısmının tam yargı davasına konu edilmesi gerekliliğinden bahsetmeyerek, sadece işlemin hukuka aykırılığı bakımından değerlendirme yapmıştır:

“...Açılan dava sonunda, Balıkesir Ayvalık Sağlık Ocağı Tabibi olan davacının, Ayvalık Devlet Hastanesinde baştabip yardımcısı olarak görevlendirilmesinin sonlandırılmasına dair 16.4.2007

ve uyuşmazlığa konu olayın, davacıların mahkemeye erişim hakkı üzerinde farklı sonuçlar doğurabilmesi de mümkündür...”.

Danıştay 15. Dairesi' nin 20.04.2017 tarih, 2016/5542 E., 2017/1899 K. sayılı kararı, www.kazanci.com (13.07.2018).

⁴² Danıştay' ın bu tür kararlarında “tazminat ödenmesine yönelik isteminin reddine yönelik işlemin iptaline” ifadesine yer verilerek, bu tür davaları iptal davası olarak değerlendirdiği kanısına ulaşılmıştır. Ancak, kararlara çeşitli kaynaklardan ulaşılmakla birlikte dava dosyasının içeriğine ulaşılamadığından maktu harca tabi tutulup tutulmadıklarını kesin olarak ifade etmek mümkün olamamıştır.

⁴³ www.kazanci.com



tarihli ve 7145 Sayılı işlem Mahkeme tarafından iptal edilerek, hukuka aykırılığı saptanmış olduğundan ve davacının döner sermaye ek ödemesinden "fiilen" Ayvalık Devlet Hastanesinde çalışmaması sebebiyle yararlanamaması, Mahkemece iptal edilen bu işlemden kaynaklandığından, yukarda değinilen Anayasa hükmü uyarınca, uğradığı maddi zararların davalı İdarece tazmini zorunludur.

Belirtilen hukuki duruma göre, döner sermaye ek ödemesi farklarının, davacının bu işlem sebebiyle yoksun kaldığı bir parasal hak olarak, Ayvalık Devlet Hastanesinde görev yapamadığı ilgili dönem için hesaplanarak adı geçene tazminin ödenmesi gerekirken, İdare Mahkemesince döner sermaye ek ödemesine yönelik tazminat isteminin reddine hükmedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

Öte yandan; davaya konu işlemin tesis edildiği tarihte hukuki durum bu olmakla birlikte, kararın uygulanması aşamasında, Balıkesir Ayvalık Sağlık Ocağı Tabibi olan davacının, Ayvalık Devlet Hastanesinde baştabip yardımcısı olarak görevlendirilmesine dair 10.3.2005 tarihli ve 3232 Sayılı onayın Personel Genel Müdürlüğünce uygun görülmemesi sebebiyle iptaline dair 16.4.2007 tarihli ve 7145 Sayılı işlemin iptali istemiyle açtığı dava sonucunda, davaya konu işlemin iptali yolunda Balıkesir İdare Mahkemesince verilen 23.10.2008 günlü, E:2007/337; K:2008/1244 Sayılı kararın, davalı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairemizin 3.10.2012 günlü, E:2009/2239; K:2012/5697 Sayılı kararıyla bozulmasına hükmedildiği ve Mahkemece bozma kararına uyularak, 25.12.2012 günlü, E:2012/1816; K:2012/2481 Sayılı kararlar davanın reddine karar verildiği hususu da dikkate alınarak, davalı İdarelerce yeniden bir işlem tesis edileceği açıktır...”

Benzer şekilde Danıştay 11. Dairesi 19.03.2013 tarih, 2011/1079 E., 2013/2683 K. sayılı kararında⁴⁴, sözleşmeli statüde hemşire olarak görev yapan davacının iki yıl süreli Sağlık Kurumları İşletmeciliği Programından mezun olması nedeniyle, yeni öğrenim durumuna göre ücretinin belirlenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada; işlemin iptaline karar verilmesi üzerine, bu işlem sebebiyle yoksun kaldığı maddi ve özlük haklarının İdareye başvuru tarihinden itibaren ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmemek suretiyle reddine dair işlemin iptali ile yoksun kaldığı parasal haklarının davalı İdareye başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açtığı davayı da, iptal davası olarak değerlendirmiştir.

Keza, Danıştay 10. Dairesi’ nin 16.04.1992 tarih, 1990/160 E., 1992/1429 K. sayılı kararına⁴⁵ konu davada talep, davacının Banaz Emniyet Amirliğinde Çarşı ve Mahalle Bekçisi olarak görev yaptığı süreye karşılık 1.225.857 lira kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun

⁴⁴ www.kazanci.com

⁴⁵ www.kazanci.com



reddine ilişkin işlemin iptali olup, her ne kadar Danıştay tarafından kararı onanan ilk derece mahkemesi tarafından Emekli Sandığına başvurulması gerektiği, davacıya kıdem tazminatının ödenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın reddi kararı verilmişse de, bu davanın tam yargı davası olarak görülebileceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Bu nedenle, söz konusu karar da, ödemeye ilişkin başvuruların reddine dair kararların Danıştay tarafından iptal davasına konu edilebileceğinin kabul edildiğini göstermektedir⁴⁶.

Ancak, tam yargı davasına konu olacak bir uyumsuzluğu, davacının iptal davası olarak açmasının doğru olmayacağı, bu durumun kanuna karşı hile olarak değerlendirilebileceği, tüm tam yargı davalarının iptal davası olarak açılabilirliği anlamına geldiği düşünülürse⁴⁷, Danıştay' ın bu yöndeki kararları mahkemeye başvurma hakkını sağlamak bakımından gereken çözümü sayılamayacaktır.

Nitekim, Danıştay 6. Dairesi' nin 21.01.2014 tarih, 2012/2240 E., 2014/213 K. sayılı kararına⁴⁸ konu davada, Mahkeme, davacı tarafından her ne kadar tazminat başvurusunun reddine dair işlemin iptali istemiyle dava açılmışsa da, davanın tazminat davası olarak görülmesi gerektiğine, davanın usul yönünden reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığına hükmetmiştir.

Danıştay 6. Dairesi' nin 25.11.1992 tarih, 1991/3205 E., 1992/4470 K. sayılı kararına konu dava ise, yüksek gerilim hattına dokunması nedeniyle vücudunda meydana gelen hasarlar nedeniyle 10.000.000.- lira maddi ve yine aynı miktar manevi tazminat isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Danıştay 6. Dairesi; davadaki tazminat istemlerini idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirerek, tazminat miktarları bakımından inceleme yaparak 13. madde kapsamında yapılan başvurunun iptali davasını tam yargı davası olarak değerlendirmiştir.

⁴⁶ Ancak, hatırlatmakta fayda vardır ki, İptal davalarında sadece işlemin iptaline hükmedilebilecekse de, bazı iptal kararları niteliği gereği, tazmin sonucunu sağlayabilmektedir. Örneğin, memurdan haksız yere yapılan kesintinin iptaline ilişkin davada, işlemin iptaline karar verilmesi durumunda, iptal kararı geçmişe etkili sonuç doğuracağından, kesinti işlemi ilk yapıldığı andan itibaren hükümsüz olacaktır. İptal kararının icrası için idarenin kesintiyi ödeyerek uğranılan hak kaybını tazmin etmesi gerekmektedir. İptal kararının icrasının başka bir suretle gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Kısaca, kişilerin mali haklarına ilişkin işlemlerin iptali istemlerinde mahkeme tarafından bu istem haklı bulunduğu, kararın gereği ödemenin yapılmasıyla gerçekleştirilecek olup, bu tür davalarda iptal davalarının tam yargı davasının sonuçlarını sağladığı görülmektedir. Sarica, R. (2011) İptal davasıyla tam kaza (tam yargı) davası arasındaki ilgi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 11, 101-153.

Ayrıca bu konuda detaylı bilgi ve emsal teşkil eden Fransız Devlet Şurasının Lafage Kararının değerlendirmesi için bkz. Sarica, R. (2011).

⁴⁷ Bkz. Sarica, R. (2011).

⁴⁸ www.kazanci.com (09.07.2018).



Tam yargı davasının bir ön şartı olan başvuru ve bu başvurunun reddinin ayrı bir dava konusu olamayacağı ise Danıştay' ın 10. Dairesi' nin 26.11.2007 tarih, 2005/6693 E., 2007/5655 K. sayılı kararında⁴⁹ şu şekilde hükme bağlanmıştır:

“...2577 sayılı Yasanın 13. maddesi uyarınca idareye yapılan başvuru, idari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilmiş olan kişilerin açacakları tam yargı davalarının ön koşuludur. Söz konusu idari başvuru ile, dava yoluna başvurmada önce idari eylemler nedeniyle kişiler tarafından uğranılan zararın idarece sulh yoluyla tazmin edilmesi amaçlanmıştır. Sulhen tazminin mümkün olmaması, bir başka ifadeyle idarenin sulh yoluyla tazminat ödemeyi kabul etmemesi durumunda ilgililerce dava açılabilir.

İdari işlemler, idari makamların idare işlevleriyle ilgili ve kamu gücüne dayanarak kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek yanlı, doğrudan uygulanabilir nitelikte ve ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen hukuki tasarruflardır.

Bu itibarla, idari eylemden doğan tazminat davalarının ön koşulu olan idari başvuru sonucunda tesis edilen ön kararın, yukarıda belirtilen nitelikte bir idari işlem olmadığından iptal davasına konu olması mümkün değildir.

İdari eylemden kaynaklanan zararın tazmini istemiyle yapılan başvuru sonucunda tesis edilen ön kararın mahkemece iptal edilmiş olması, görülmekte olan davanın tam yargı davası olma niteliğini değiştirmemektedir...”.

Söz konusu kararlardan da görüleceği üzere, tam yargı davasına konu edilmesi gereken bir uyuşmazlığın, maktu harca tabi olan iptal davasına konu edilmesi durumunda, açılan bu davanın mahkeme tarafından tam yargı davası olarak görülmesi gerekeceğinden, hem yargı harcının tamamlanması gündeme gelecek hem de iptal davası açılarak Kanunun dolanılması ihtimali savuşturulabilecektir.

Bu nedenle, meseleye daha kalıcı ve kesin bir çözüm bulmak gerekmektedir. Bu durumda düşünülebilecek çözüm yollarından biri adli yardım müessesesinin daha etkin hale getirilmesidir. Ülkemizde adli yardım müessesesinden yararlanabilmek için genellikle “muhtaçlık (fakirlik) belgesi” istenmekte olup, önceden de ifade edildiği üzere, söz konusu belgeyi alamayacak konumdaki kişilerin⁵⁰ de açılacak tam yargı davasında hükmolunacak karar harcını ve/veya vekalet ücretini ödeyememesi mümkündür. Kaldı ki, yine belirtildiği üzere, şirketler adli yardımdan faydalanamamaktadır, oysa ki, idare tarafından yürütülen ihalelerde veya vergi iş ve işlemlerinde, idari yaptırım kararlarında haksız uygulamalar yapılmakta ve kararlar

⁴⁹ Aynı yönde Danıştay 15. Dairesi' nin 16.02.2017 tarih, 2014/626 E., 2017/796 K. Sayılı kararı, Kararlar için bkz. www.kazanci.com (09.07.2018).

⁵⁰ Muhtaçlık belgesi, kendisini ve bakmakla yükümlü bulunduğu ailesi fertlerini geçindirmeye yetecek geliri, malı veya kazancı bulunmayan kişiler için düzenlenir. www.sgk.gov.tr (16.07.2018).



alınabilmektedir, bu uygulama ve kararlar sonrasında talep edilecek tazminatın yüksek olması durumunda özellikle küçük şirketler adli yardımdan yararlanamamaları nedeniyle, dava açamamakta veya dava açmaktan vazgeçmektedirler.

Söz konusu sakıncaların ortadan kaldırılması için, tüzel kişilerin de adli yardımdan yararlanabilmesinin sağlanması, adli yardımın sadece muhtaçlık belgesi sahiplerine tanınmaması gerekmektedir. Ancak, elbette ki, bu yardım sağlanırken, mahkemeye başvurma hakkının sağlanması ve korunması amaç edinildiğinden her davadaki şartların ve taraflarının durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

Fakat, adli yardım müessesesi, yargı harcının ödenmesinden bireyleri muaf da tutmamaktadır, bu durumda en yerinde çözüm, tam yargı davalarında nisbi yargı harcı uygulamasına son verilmesi, bunun yerine maktu harç esası getirilmesidir. Nitekim, adalet hizmeti en temel kamu hizmeti olup, bu hizmetten yararlananlardan makul bir ücret alınması kabul edilebilir bir durumsa da⁵¹, bu ücretin kişilerin idareden talep ettikleri tazminat miktarıyla bir ilişkisi olmamalıdır⁵². İdare, hukuka uygun davranmakla mükellef olup, iptal davalarıyla sağlanmak istenen amaç idarenin hukuka uygun davranması olduğuna⁵³ göre, tam yargı davasındaki amaç da kendisiyle eşit konumda olmayan bireylere karşı verdiği zararlardan mesul olması ve bu zararları gidermesinin sağlanmasıdır. Bu bakımdan iptal davasıyla tam yargı davası arasında bir fark bulunmamakta, ikisinin amacı da bireylerin haklarının sağlanması, idarenin işleyişinin düzgün olmasıdır. Kaldı ki iki dava arasındaki farklılığın mevcudiyeti adalet hizmetini ilgilendirmemekte, zaten idare gibi üstün yetkilerle donatılmayan onunla eş konumda olmayan bireylerin istedikleri tazminat miktarına göre adalet hizmetinden faydalanma ücretlerinin artmasına bir neden bulunmamaktadır⁵⁴.

Keza Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi de, hiç kimsenin medeni, ticari, idari, sosyal ve mali konuları karara bağlayan mahkemeler önünde hakkını savunmasını veya dava açmasını önleyecek ekonomik engellerle karşılaşmaması gerektiği, bu tür uyuşmazlıklara ilişkin yargı usulünün basit,

⁵¹ Kamu hizmetlerinin bedava verilmesinin bir dayanağı olmadığı, maliyeti yanında bir de karı gösteren fiyat karşılığı verilmemesi gerektiği ilkenin bu anlama geldiği hakkında bkz. Yaşar, H.N. (2014). İdare hukuku. İstanbul: Der Yayınları s. 169-171.

Kamu hizmetlerinin meccaniliği ilkesi hakkında ayrıca bkz. Yıldırım, Turan vd. (2016) s. 509-515; ve Karahanoğulları, O. (2004). Kamu hizmeti (kavram ve hukuksal rejim). Ankara: Turhan Kitabevi. s.228-248.

⁵² Bu kanıyı pekiştirmek için, AİHM’nde başvuru ve karar için harç alınmadığını da hatırlatmakta fayda vardır.

⁵³ Yıldırım, Turan vd. (2016). s. 777, 778.

⁵⁴ PINAR, MERİÇ tarafından da, niteliği gereği, bazı davaların harçtan geçici veya kesin muaf tutulması ve özellikle ekonomik güçsüzlük sebebiyle yargı organlarına başvuramayan kişiye yargı harçları ve yargılama giderleri konusunda indirim, muafiyet tanınması gibi güvence teşkil edecek düzenlemeler yapılması önerilmektedir. Bkz. Pınar, B. ve Meriç, N. (2009). Bu kapsama idarenin işlem ve eylemlere yönelik davaların dahil edilmesi de düşünülmelidir.



hızlı ve ucuz olması gerektiği, yargı harçları adalete engel oluyorsa kaldırılması gerekliliği yönünde kararlar tesis etmiştir⁵⁵.

Vekalet ücretlerine ilişkin olarak ise, idare lehine hükmedilecek vekalet ücretinin maktu olması gerekliliği Danıştay kararlarında ifade edilmiştir. HMK' nun 330. maddesinde yer alan mahkemelerce hükmedilecek vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedileceği hükmü gereği⁵⁶, Danıştay kararlarında yer alan bu hükmün kabul edilebilirliği muhakkaktır. Ancak, vekalet ücretinin vekile ait olduğu yönündeki görüşün kabul edilmesi halinde⁵⁷, davacı aleyhine hükmolunan miktar için davalı idare vekilinin maktu ücret alması, davalı aleyhine hükmolunan miktar için davacı vekilinin nisbi ücret alması gündeme gelecektir ki bu durumda mesleklerini icra eden iki avukatın aynı uyuşmazlıkta farklı ücret alması daha doğru bir ifadeyle aynı konumda olan (taraf vekilliği icra eden) iki meslektaşın ücret hesaplanmasında ayrılık mevcut olacaktır⁵⁸. Bu görüşün kabulü halinde ise⁵⁹, maktu vekalet ücreti esas yerine vergi davalarındaki gibi bir üst sınır belirlemek ve/veya adli yardım müessesesinin etkin kullanımını sağlamak kanımızca yerinde bir çözüm olacaktır.

Anayasa Mahkemesi' nin Mürsel Malkoç Başvurusunda⁶⁰, başvuru konusu; kamulaştırmatsız el atma nedeniyle açılan tazminat davasında lehe hükmedilen nisbi vekalet ücretinin karar düzeltme aşamasında maktu olarak değiştirilmesinin hak arama hürriyetinin ihlali teşkil ettiği iddiasıdır⁶¹.

⁵⁵ Bu kararlar için bkz. İnceoğlu, S. (2005). s.128, dn. 108.

⁵⁶ İYUK' NUN 31.madde gereği, taraf vekillerine ilişkin düzenlemelerde HMK' nun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

⁵⁷ Sorun HMK' nun 330. maddesinde yer alan mahkemelerce hükmedilecek vekâlet ücretinin taraf lehine hükmedileceği hükmü ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 164. maddesinde yer alan "Dava sonunda, kararla tarifeyle dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" hükmü arasındaki çelişkidir kaynaklanmaktadır.

Vekalet ücretinin aidyeti hakkındaki tartışmalar için bkz. Şimşek, M. (2016). Yargı organlarınca hükmedilen vekalet ücretinin aidyeti sorunu. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6, 535-561. ve Türkmen, C. (2009). Vekalet ücretinin aidyeti. Ankara Barosu Dergisi, 2, 127-131.

⁵⁸ Elbette ki, tarafların kendi vekilleriyle aralarında belirledikleri ücret ayrı olabilecektir, ancak burada sözleşme serbestisi mevcuttur, bu ifadedeki kastımız yasal olarak ödenmesi gereken vekalet ücretidir.

Diğer bir yandan, idare içerisinde kadrolu çalışan yani kamu görevlisi olan avukatlar için de bu durum geçerli ise de, özellikle idarenin dışardan anlaştığı, hizmet satın aldığı avukatlarda durum daha çarpıcı olacaktır.

⁵⁹ Kanımızca Avukatlık Kanununda bir değişiklik yapılmadığı sürece bu görüşü kabul etmek zordur. Zira, HMK, Avukatlık Kanunundaki bu düzenlemelerden sonra yürürlüğe girmiş olup, sonraki düzenlemenin amir olduğu muhakkaktır.

Ayrıca, vekâlet ücretinin yargılama gideri olduğu; bununla, davacı veya davalının o dava nedeniyle aldıkları hukuki yardım karşılığında avukata ödedikleri ücretin telafisinin amaçlanmakta olduğu hakkında, Anayasa Mahkemesi' nin 2013/95 E., 2014/176 K. sayılı kararı için bkz. RG. 13.03.2015, S.29294.

⁶⁰ Mürsel Malkoç Başvurusu, 2013/9466, www.anayasa.gov.tr

⁶¹ Somut olayda başvuru, davası kabul edilen taraf olduğundan 12/9/2012 tarihli İlk Derece Mahkemesi kararıyla lehine 298.125 TL tazminata ve 22.337,50 TL vekâlet ücretine hükmedilmiş ancak karar düzeltme aşamasında yürürlüğe giren düzenleme nedeniyle Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 26/9/2013 tarihli kararıyla vekâlet ücreti 1.200 TL olarak düzeltilmiştir (para.37).

Bu düzeltmenin sebebi yargılama esnasında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 6. Maddesinin yeniden düzenlenmesidir:



Başvurucuların vekalet ücretinin maktuya çevrilmesinin, yani mahkemeye başvuranın yaptığı masrafların tazmininde bir eksilme olması gerekçesiyle mahkemeye başvurma haklarının ihlal edildiği yönündeki iddialarını Anayasa Mahkemesi şu şekilde değerlendirmiştir:

“...6487 sayılı Kanun’la 2942 sayılı Kanun’un geçici 6. maddesinde önemli değişiklikler yapılarak çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Bahsedilen değişikliklerle kamulaştırmassız el atma nedeniyle açılan tazminat davalarında davayı kazanan tarafın vekâlet ücreti maktuya dönüştürülürken davacılarından tahsil edilen harçlar da bedel tespiti davalarında olduğu gibi nispiden maktuya çevrilerek davacı üzerinde olan dava yükünü hafifletecek şekilde düzenleme yapılmıştır.

Kamulaştırmassız el atma davalarında alınan hukuki yardım ile kamulaştırma bedelini tespit ve tescil davalarında alınan hukuki yardımın niteliği itibarıyla ciddi anlamda farklılık taşıdığı ve bu nedenle maktuya dönüştürülen vekâlet ücretlerinin yetersiz olduğu söylenemez. Ayrıca bir aylık brüt asgari ücret miktarına yakın olan 1.200 TL vekâlet ücretinin ülke şartlarında davacıların vekille temsil edilmesine ve asgari düzeyde de olsa hukuki yardım almasına yetmeyeceği de söylenemez.

Bununla birlikte alınacak hukuki yardımın niteliği ve maliyetinin vekil ile müvekkil arasındaki vekâlet sözleşmesine bağlı bir ilişki olduğu ve alınan hukuki yardımın maliyetinin buna göre ciddi miktarda farklılıklar göstereceği açıktır. Kanun koyucunun vekâlet ücretini karşı tarafa yüklemesindeki amaç, haksız yere dava açılmasına neden olanlara yargılama giderlerinin yükletilmesi olup davanın niteliğine göre makul ve kabul edilebilir bir ücretin belirlenmesi hakkaniyete uygun bir yargılama ve mahkemeye erişim sağlamak için yeterli kabul edilmelidir. Mahkemelerce hüküm verilenden daha yüksek ücret öngören vekâlet sözleşmeleri vekil ile müvekkili bağlayacağından hükmedilen ücret bireylerin mahkemeye erişim haklarını engellemedikçe Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz.

Sonuç olarak başvurunun lehine hükmedilen tazminat miktarı ve lehine hükmedilen yargılama giderleri göz önünde bulundurulduğunda maktuya çevrilen vekâlet ücretinin, başvurunun vekille dava açmasını imkânsız hâle getirmediği ya da aşırı derecede zorlaştırmadığı, başvuru üzerinde ağır bir yüke sebep olmadığı ve başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturmadığı kanaatine ulaşılmıştır...”⁶².

“... Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir...”.

⁶² Aynı yönde S.S. Batman Küçük Sanayi Sitesi Yapı Kooperatifi Başvurusu, 2014/2792, RG.24.03.2017, S.30017.



Nitekim Anayasa Mahkemesi, söz konusu ihlal iddiasının kaynağı olarak gösterilen 6487 sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kanunun Geçici 6. maddesinin 7. ve 10. fıkralarının iptali isteminin de görüldüğü 2013/95 E., 2014/176 K. sayılı kararında⁶³ da aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

...Yargılama giderlerinin haksız çıkan taraf üzerinde bırakılması, haksız yere dava açmanın veya dava açılmasına sebebiyet vermenin bir sonucu olup aynı zamanda bir müeyyide niteliği taşımaktadır. Zira, haksız yere dava açan veya dava açılmasına sebebiyet veren kişi, karşı tarafın yaptığı masraflardan sorumlu tutulmak suretiyle mali bir külfete katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Ancak bu müeyyide, hukuki niteliği itibarıyla bir ceza değil, tazminattır. Diğer bir ifadeyle, yargılama giderinin haksız çıkan taraf üzerinde bırakılması, davada haklı çıkan tarafın o dava nedeniyle uğradığı zararın (yaptığı masrafların) tazmini mahiyetindedir.

Hukuk devletinde, bir kimsenin, başka bir kişinin hukuka aykırı işlem ve eylemi nedeniyle uğradığı zararı o kişiden tazmin etmesini sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulması gerekir. Bu durum, aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu anlamda, haksız yere dava açmak zorunda bırakılan veya kendisine karşı haksız yere dava açılan bir kimsenin o dava nedeniyle yaptığı masrafların karşı taraftan tazmini yolunda tedbir alınmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu söylenebilir.

İstikrar bulmuş Yargıtay ve Danıştay içtihatlarına göre, yargılama sonucunda kısmen dahi olsa tazminata hükmedilmesi durumunda, karar ve ilam harcının tamamından davalı sorumlu olup karar ve ilam harcı yönünden haklılık oranına göre bir paylaşım yapılmamakta, ister nispi olsun ister maktu olsun harcın tamamının davalı tarafından ödenmesine karar verilmekte, önceden davacı tarafından peşin olarak yatırılan tutarın da davalıdan alınarak davacıya verilmesine hükmedilmektedir. Bu durumda, davalı aleyhine hükmedilen karar ve ilam harcının davacı tarafından yapılmış bir yargılama gideri olarak kabulü mümkün değildir. Bu, Devletin harçlandırma yetkisi kapsamında, yargı hizmeti sunduğu davalıdan aldığı bir katkı payıdır.

Devletin harç alma yetkisinin dayanağını oluşturan Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." denilmiştir. Vergilendirmede genel kural, "kanunla belirlenmiş" konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Kanunla yapılması koşuluyla bir kamu hizmetinden harç alınması ve harcın hesaplanma ölçüsü ile miktarının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmaması, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

⁶³ RG. 13.03.2015, S.29294.



Dava konusu kuraldan önce, kısmen de olsa haksız çıkan idarenin ödemesi gereken harç nispi tarife üzerinden hesaplanmakta iken dava konusu kuralla maktu harca dönüştürülmüştür.

Kanun koyucu, Devletin sunduğu yargı hizmeti karşılığında alınan karar ve ilam harcının miktarını belirlerken davalının eylemindeki hukuka aykırılığın derecesini de göz önünde bulundurarak harcın nispi tarife üzerinden alınmasını öngörebilir. Ancak kanun koyucunun bu şekilde bir tercihte bulunması anayasal bir zorunluluk olarak görülemez. Kanun koyucu, başka bazı anayasal değerleri göz önünde bulundurarak harcın miktarını daha farklı tayin edebilir. Nitekim, dava konusu kuralı da içinde barındıran geçici 6. maddeyle, yıllardan beri süregelen mülkiyet ihlallerinin giderilmesi ve uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Bu kapsamda, idarelerin harç yükü hafifletilerek mülkiyet hakkı ihlal edilenlere daha fazla tazminat ödenmesinin yolu açılmıştır. Kanun koyucu, maliklerin mülkiyet haklarının bir gereği olan tazminat haklarını Devletin harç alma hakkından üstün görmüş ve maliklerin haklarına daha çabuk ulaşması için Devletin alması gereken harçta kısıtlamaya gitmiştir. Kaldı ki, merkezi bütçeye dâhil olan idareler bütünüyle harçtan muaftır. Merkezi bütçeye dâhil olmayan idareler ise geniş anlamda Devlet kavramına dâhil olduklarından bu kurum ve kuruluşların ödeyeceği harç da Devlete ait paranın, Devletin bir kurumundan diğer bir kurumuna transferinden öte hiçbir anlam taşımamaktadır.

Vekâlet ücreti yargılama gideri olup bununla, davacı veya davalının o dava nedeniyle aldıkları hukuki yardım karşılığında avukata ödedikleri ücretin telafisi amaçlanmaktadır. Bu nedenle, kendisini avukatla temsil ettiren kişinin o davada haklı çıkması durumunda, bu kişi lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir. Haklı çıkan taraf lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin miktarı AAÜT'ye göre belirlenmektedir.

AAÜT, 1136 sayılı Kanun'un 168. maddesi uyarınca, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle her yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilmekte ve Adalet Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe girmektedir. TBB tarafından düzenlenen tarifelerde genellikle avukatlık ücretinin hesaplanmasında, konusu para olmayan ve para ile ölçülemeyen davalarda maktu tarifenin, konusu para olan veya para ile ölçülebilen davalarda ise nispi tarifenin esas alınması öngörülmektedir. Bazı durumlarda ise konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen davalarda dahi maktu tarifenin uygulanması kararlaştırılabilmektedir. Hangi davalarda nispi, hangilerinde ise maktu tarifenin uygulanacağına ilişkin olarak bazı istisnalar dışında kanunlarda bir hüküm bulunmamakta olup bu husus TBB'nin takdirine bırakılmıştır. TBB bu konudaki takdirini kullanırken, avukatın sunduğu hukuki yardımın niteliğini dikkate almaktadır.

Dava konusu kuralla, kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan bedel tespiti davalarında da maktu tarife uygulanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu suretle kanun koyucu bu davalar yönünden TBB'nin takdir yetkisini sınırlamış ve uygulanacak ücret tarifesinin niteliğini de



doğrudan kendisi tayin etmiştir. Kamulaştırmасız el koyma nedeniyle açılacak bedel tespiti davalarında uygulanacak avukatlık ücretinin hangi tarife üzerinden hesaplanacağını belirlemek, adalet ve hakkaniyet ilkelerini gözetmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir.

Dava dilekçesinde, kamulaştırmасız el atma nedeniyle açılan davaların maddi sebebine dikkat çekilerek, bu davalarda maktu tarife uygulanmasının, hukuka açık bir biçimde aykırı davranan idarelerin bu davranışının ödüllendirilmesi anlamına geleceği ve bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Haksız yere dava açsa veya açılmasına sebebiyet verse bile bir kimsenin, karşı tarafın o dava nedeniyle yaptığı masraflardan daha fazla bir külfete katlanmak zorunda bırakılmasının hukuk devleti yönünden bir zorunluluk olduğu savunulamaz. Şüphesiz ki kanun koyucu, haksız çıkan tarafın açıkça kötü niyetli olduğu bazı durumlarda, kötü niyeti cezalandırmak amacıyla, adalet ve hakkaniyeti de gözetmek kaydıyla haksız çıkan tarafı, diğer tarafın dava sebebiyle yaptığı masraflardan daha fazla bir külfete katlanmak zorunda bırakan düzenlemeler yapabilir. Ancak bu durum kanun koyucunun takdirinde olup hukuk devleti ilkesi yönünden anayasal bir zorunluluğu ifade etmemektedir.

Kanun koyucu, süregelen mülkiyet ihlallerini gidermek, uyuşmazlıkların çözülmesini kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla geçici 6. maddeyle çeşitli mekanizmalar öngörmüştür. Dava konusu kuralla, geçici 6. madde kapsamında açılacak davalarda idarelerin vekâlet ücreti yükünün hafifletilmesinin amaçlandığı gözetildiğinde, kanun koyucunun takdir yetkisini bu yönde kullanmasında kamu yararı ve hukuk devleti ilkesine aykırılık görülmemektedir...”

Söz konusu karar, kanun koyucunun yargı harçlarının ve vekalet ücretlerinin düzenlenmesinde takdir yetkisine sahip olduğunu, davalara (tam yargı davalarına) ilişkin olarak maktu yargı harcı ve maktu vekalet ücretine ilişkin düzenleme yapabileceğini, bu konuda bir engeli bulunmadığını göstermektedir.

Kaynakça

- Candan, T. (2005). Açıklamalı idari yargılama usulü kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları
- Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, F. (2004). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi inceleme ve yargılama yöntemi. Ankara: Turhan Kitabevi.
- İnal, T. (1982). Pahalı yargı. Ankara Barosu Dergisi, 6, 113- 116.
- İnceoğlu, S. (2005). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında adil yargılanma hakkı-kamu ve özel hukuk alanlarında ortak yargısal hak ve ilkeler. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Kaboğlu, İ. Ö. (1998). Özgürlükler hukuku insan haklarının hukuksal yapısı. İstanbul: İmge Kitabevi.



Karahanoğulları, O. (2004). Kamu hizmeti (kavram ve hukuksal rejim). Ankara: Turhan Kitabevi.

Onar, S.S. (1966). İdare hukukunun umumi esasları C. III İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

Pınar, B. ve Meriç, N. (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin yargı harçlarına bakışı: Yiğit ve Ülger davaları ışığında hak arama özgürlüğü ve yargı harçları ilişkisi. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 84, 188-212.

Sarıca, R. (2011) İptal davasıyla tam kaza (tam yargı) davası arasındaki ilgi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. 11, 101-153. <http://asosindex.com/cache/articles/iptal-davasiyle-tam-kaza-tam-yargi-davasi-arasindaki-ilgi-f416742.pdf> adresinden erişildi. (E.T: 27.0.2018)

Şimşek, M. (2016). Yargı organlarınca hükmedilen vekalet ücretinin aidyeti sorunu. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6, 535-561.

Tezcan, D. ve Erdem, M.R ve Sancakdar, O. (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında Türkiye' nin insan hakları sorunu. Ankara: Seçkin Yayınları.

Türkmen, C. (2009). Vekalet ücretinin aidyeti. Ankara Barosu Dergisi, 2, 127-131.

Yaşar, H.N. (2014). İdare hukuku. İstanbul: Der Yayınları

Yıldırım, Turan vd. (2016). İdare hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

Online Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi. www.anayasa.gov.tr adresinden erişildi. (E.T:13.07.2018)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi <https://hudoc.echr.coe.int/> adresinden erişildi. (E.T: 11.07.2018)

Kararara web sitesi www.kararara.com adresinden erişildi. (E.T: 13.07.2018)

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası adresinden erişildi. www.kazanci.com (E.T: 13.07.2018)

Sosyal Güvenlik Kurumu. www.sgk.gov.tr adresinden erişildi. (E.T: 16.07.2018)



TÜRK HUKUKUNDA REKABET KURALLARI KAPSAMINDA DEVLET DESTEKLERİ İLKELERİNE VE UYGULAMALARINA İLİŞKİN TESPİTLER VE DEĞERLENDİRMELER¹

Dr. Öğretim Üyesi Dilek Cengiz

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Öz

Devlet destekleri uygulamaları rekabet düzeni üzerinde önemli bir etki potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, devlet desteklerine ilkin hukuki ilkeler belirlenirken, mutlaka rekabet hukuku ilkelerinin dikkate alınması gereklidir. Böylece devlet destekleri uygulamalarıyla rekabet düzeninin bozulması engellenmelidir. Bu nedenle Avrupa Birliği hukukunda devlet destekleri rekabet hukuku kapsamında ele alınmaktadır. Bu Bildirinin konusunu Türk hukukunda devlet destekleri ilkeleri ve uygulamaları ile Avrupa Birliği sürecinin bu ilke ve uygulamalar üzerindeki etkileriyle bu etkilerin Türk hukukunda yaratmış olduğu çelişkili hukuki durumlar oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukukunda Devlet Destekleri, 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun, Rekabet Hukuku, Avrupa Birliği, Türk Hukukunda Devlet Destekleri Uygulamaları.

I. Devlet Destekleri Uygulamalarının Rekabet Düzeni Üzerindeki Etkileri

Hangi yönetim sistemi yürürlükte olursa olsun devletlerin ekonomik düzende doğrudan veya dolaylı olarak rol aldıkları bilinen bir gerçektir.² Devlet bu rolünü, genellikle sosyal adaleti, kamu düzenini ve ekonomik kalkınmayı sağlamak amaçlarıyla; bir taraftan üretici, satıcı, dağıtıcı olarak kamu teşebbüsleri vasıtasıyla kamu hizmeti sunarak; bir taraftan da gene bir kamu hizmeti olarak ihtiyaca göre çeşitli sektörleri ve teşebbüsleri destekleme ve özendirme, teşvik etme faaliyetlerinde bulunarak oynamaktadır. Bunlardan ilkinde devlet bir mal veya hizmet sunucusu

¹ Bu Metin 25 Ekim 2018 tarihinde İstanbul'da Yıldız Teknik Üniversitesi evsahipliğinde gerçekleştirilmiş olan Asos 5. Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Kongresi 5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda Bildiri olarak sunulmuştur. 25-27 Ekim 2018 İstanbul.

² (Tekinalp/Tekinalp)- Atamer/Okutan/Oder/Oder; Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2000, s 491.



olarak pazara dahil olmaktadır.³ İkincisinde ise pazarın dışından pazarda faaliyette bulunanları desteklemektedir. Devletler bu destekleri veya teşvikleri, kendi ülke sınırları içinde belirli teşebbüsleri, bölgeleri ve sektörleri desteklemek kalkındırmak amacıyla verdikleri gibi; çağımızda küreselleşen finansal piyasalarda rekabet ortamına uyum sağlamak ve rekabet güçlerini diğer devletlere kıyasen arttırabilmek için de; verebilmektedirler. Böylece devletler uluslararası alanda destek verdikleri teşebbüs, bölge veya sektörlerin rekabet avantajını kendi ülkelerindeki veya diğer devletlerdeki rakiplerine karşı yükseltmektedirler.

Bu bağlamda devlet destekleri hem destek alan ve almayan teşebbüsler arasında bir ayrımcılığa sebep olarak rekabet düzenini olumsuz yönde etkileyerek, rekabet düzeninin gerektiği gibi işleyişini bozabilmektedir. Böylece devlet destekleri uygulamaları vasıtasıyla teşebbüsler arasında adil olmayan bir rekabet ortamı yaratılarak, hem ülkesel hem de küreselleşen finansal piyasalarda uluslararası alanlarda⁴, serbest rekabet düzeninin işleyişini bozabilmekte ve kaynakların etkin ve adil dağılımını engellemektedirler. Bu anlamda devlet destekleri uygulamalarının önemli ölçüde rekabet düzenini bozma potansiyeline sahip oldukları çok açıktır.

Bu durum karşısında, bazı uluslararası kuruluşlar hem ülkesel hem de uluslararası alanda rekabet düzeninin bozulmasının engellenmesi amacıyla devlet desteklerinin, rekabet düzeninin bozulmasını engelleyici ilkelere bağlı olarak uygulanması suretiyle kontrol altına alınması için çalışmalar yapmaya başlamışlardır. Bu çalışmaları yürüten başlıca üç uluslararası kuruluş bulunmaktadır. Bunlar: AB⁵, OECD⁶ ve DTÖ⁷’dür.⁸

³Oder. Burak/(Tekinalp/Tekinalp); Avrupa Birliği Hukuku, s 492

⁴ Küresel, uluslararası rekabet ortamında, devletler genellikle kendilerinden olan işletmeleri kayırmaktadırlar. Bu kayırmanın yani devletlerin, belirli işletme, sector veya bölgelere destek vermelerinin başlıca nedeni bir korunma aracı olarak ulusal üreticilere rekabetçi yarar sağlanmasıdır. Bellamy,C. ve G. Child, “Common Market Law Of Competition”,Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London, 1993,s.908.

⁵ AB Komisyonu devlet destekleri alanında sahip olduğu geniş yetkilerle; hem üye hem de aday devletlerin devlet desteklerini rekabet kuralları bakımından etkin bir şekilde denetlemektedir. AB hukukunda devlet destekleri ilk eve uygulamalarına ilişkin açıklamalar için bkz Sufrin, Brenda/Jones, Alison; EC Competition Law, Oxford University Press, Second Edition, s. 587; Whish, Richard; EC Competition Law, Fifth Edition, Oxford Üniversty Press, New York, 2005, s 241-243; Oder, Burak; /(Tekinalp/Tekinalp); Avrupa Birliği Hukuku,s.488-530. Özkarabüber, Mustafa Mehmet; AB ve Türkiye’de Devlet Yardımlarının Kontrolü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003, s 8-12;

Kontrolü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2003, s 7.

⁶ OECD’nin bu konudaki çalışmaları için bkz Özkarabüber, s 10-12.

⁷ DTÖ’nün bu konudaki çalışmalarına ilişkin açıklamaları için bkz Özkarabüber; s 8-10.

⁸ Devlet Planlama Teşkilatı(DPT) Dokuzuncu Beş Yıllık Kalkınma Planı, 1 Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara,2007, s 49. Metinde DPT,(2007) Özel İhtisas Komisyonu Raporu olarak kısaltılacaktır.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Bu nedenlerle, ilgili uluslararası kuruluşlardan birisi olan, AB hukukunda devlet desteklerine ilişkin ilkeler rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmekte ve devlet destekleri uygulamalarına ilişkin ilkeler rekabet düzeninin bozulmasının engelleyici içerikte belirlenmektedir.⁹

Bu açıklamalar karşısında, devlet desteklerini düzenleyen hukuki düzenlemelerdeki ilkelerin, mutlaka devlet destekleri uygulamalarıyla rekabet düzenini bozulmasını engelleyecek nitelikte belirlenmesi; diğer ifade ile devlet destekleri uygulamalarıyla rekabet düzeninin bozulmasına izin verilmemesi gerektiği kuşkusuzdur.¹⁰

II. Türk Hukukunda Devlet Destekleri Uygulamalarına İlişkin Hukuki Düzenlemeler ile Uygulamaların Tarihi Gelişimi ve AB Sürecinin Bu Gelişim Üzerindeki Etkileri

II. 1. Tarihi Gelişim Süreci

Türk hukukunda devlet destekleri uygulamalarına ilişkin hukuki ilkelerin düzenlendiği ilk Kanun Osmanlı Devleti tarafından XIX.yüzyıl sonlarında çıkartılan '*Teşvik-i Sanayi Kanun-u Muvakkati*'dir.¹¹

T.C.'nin ilk dönemlerinde özel sektörün desteklenmesi politikalarının gereği olarak özel sektör teşvik edilmiş ve özel sektör yatırımları desteklenmiştir.¹² Cumhuriyetin ilk yıllarındaki bu devlet desteği uygulamalarında Teşvik-i Sanayi Kanun-u Muvakkati'nden yararlanılmıştır¹³

1923'te gerçekleştirilen İzmir İktisat Kongresinde, sanayiinin gelişiminin teşvik edilmesi suretiyle iktisadi kalkınmanın sağlanması amaçlı önemli kararlar alınmıştır. Ancak ilerleyen süreçte özel sektörde yeterli sermaye birikimi olmadığından; teşvik politikaları başarılı olmamıştır.¹⁴

Bu durum karşısında 1932 yılı itibarıyla sanayiinin gelişimi için özel sektörün yeterli olamayacağı anlaşılmış ve devletin ekonomik düzene müdahale etmesi gerekliliği kabul edilmiştir. Buna bağlı

⁹ Jones/Sufran; s 587.

¹⁰ Oder, Burak; / (Tekinalp/Tekinalp); Avrupa Birliği Hukuku, s.491; Özkumur, Neslihan; Avrupa Birliği'nde Devlet Yardımları ve Türkiye'nin Uyumu, T.C. Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, Dış İlişkiler ve AB Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, AB Uzmanlık Tezi, Ankara, 2008, s.3; Ecer, Ekin-Günday; Avrupa Birliğinde Devlet Yardımları Politikası, T.C. Maliye Bakanlığı, AB ve Dış İlişkiler Daire Başkanlığı, Araştırma ve İnceleme Serisi, Ankara 2010, s.7.

¹¹ Bu Kanun'a ilişkin açıklamalar için bkz Akgüner, Tayfun; Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırım Teşvik Tedbirleri, Formül Matbaası, İstanbul, 1979, s 6-10; Afşar, Hayrettin; 'Türkiye'de Uygulanan Yatırım Teşvik Politikaları ile Mevcut Teşvik Mevzuatının Değerlendirilmesi,' <http://www.hazine.gov.tr/yayin/tug/degerlendirme/hayrettin> 1. (26.03.2018).

¹² Özkumur; s 75.

¹³ Afşar; s 1

¹⁴ Devlet Planlama Teşkilatı; Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara, 2000, s 61. (DPT(2000); Metinde DPT(2000); Özel İhtisas Komisyonu Raporu olarak kısaltılacaktır.



olarak sanayiın gelişimi devlet tarafından, kamu iktisadi teşebbüsleri ve iktisadi devlet teşekkülleri vasıtasıyla gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.¹⁵

1950’li yıllarda ekonomide liberalleşme politikaları hakim olmuş ve bu politikalar kapsamında temelde özel sektörün geliştirilmesine yönelik olarak, yabancı sermayenin ülkeye çekilebilmesi amacıyla ihtiyaca bağlı olarak belirli sektörler için Teşvik Kanunları çıkarılmıştır.¹⁶ Örneğin: Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, Turizm Endüstrisi Teşvik Kanunu, Maden Kanunu, Şeker Kanunu, Petrol Kanunu Gider Vergileri Kanunu bu dönemde çıkarılmıştır.¹⁷ Bu dönemin sonunda Türkiye’nin bir tarım ülkesi olması gerçeğinin gereği olarak, tarımsal üretimin teşvik edilmesi ihtiyacı karşılanması amacıyla tarımı teşvik edici uygulamalara başlanmıştır.¹⁸

Devlet destekleri ilke ve uygulamaları bakımından, TC.’nin kuruluşundan itibaren başlayan ve yukarıda kısaca açıklanan bu dönemde, devlet destekleri uygulamalarının hukuki altyapısını oluşturan mevzuat ve uygulayıcı kurum veya kuruluşlar bakımından tam bir dağınıklık ve karmaşıklık yapısı hakim olmuştur.¹⁹

1960’lı yıllarda T.C.’nde ilk defa planlı ekonomi düzeni başlatılmıştır. Bu amaçla 1962’de Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) kurulmuştur. DPT kuruluş amacı doğrultusunda, hazırladığı Beş Yıllık Kalkınma Planları’nda, ülke kaynaklarının bölgelerin ve sektörlerin ihtiyacına göre ülke yararına göre en akılcı şekilde kullanılması suretiyle sosyal ve kültürel kalkınmanın sağlanabilmesi hedefine yönelik önceliklerin ve stratejilerin belirlendiği planlamalar yapmıştır.²⁰

Bu dönemde uygulayıcı kurum veya kuruluşlar bakımından dağınık olan devlet destekleri uygulamaları, ilk defa 1967’de tek bir Kuruma, DPT’ye bağlanmıştır. Ancak daha sonra, belirli devlet destekleri uygulamaları Ticaret Bakanlığı’na bağlanmıştır. Bu destekler de 1972’de ikiye ayrılmış ve ‘Proje Değerlendirme ve Yatırım Teşvikleri’ Sanayi Bakanlığı’na bağlanırken

¹⁵Bu durum kapsamında T.C.’de Sümerbank, Etibank, Maden Tetkik Araştırma Enstitüsü, Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları, Türkiye Demir Çelik İşletmeleri, Türkiye Şeker Fabrikaları, Petrol Ofisi, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu gibi çok sayıda kamu iktisadi teşebbüsü kurulmuştur. DPT(2000); Özel İhtisas Komisyonu Raporu; s 62; Çiloğlu, İsmail; ‘*Türk Sanayiinin Gelişimi ve Teşvikler*’, Hazine Müsteşarlığı, Hazine Dergisi, Cumhuriyetin 80. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 2003, s 127-128.

¹⁶Özkumur; s75; Deniz, Saadet; Türkiye’de Devlet Yardımları Sisteminin Gelişiminin Değerlendirilmesi, Avrupa Birliği’ne Uyum Süreci, Avrupa Birliği Müktesebatında Devlet Yardımları ve Türkiye’nin Uyumu, Akdeniz Üniversitesi- Akdeniz Ülkeleri Ekonomik Araştırmalar Merkezi, Antalya, 2004, s 157.; Akın, Naci; Türkiye’de Devlet Yardımlarının Gelişimi ve Yeni Bir Model Önerisi Akdeniz Üniversitesi- Akdeniz Ülkeleri Ekonomik Araştırmalar Merkezi, Antalya, 2004, s 177.

¹⁷ DPT(2000); Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s 61-62.

¹⁸ Hazine Müsteşarlığı- Teşvik ve Uygulama Genel Müdürlüğü; ‘*Cumhuriyetin 75. Yılında Türk Hazinesi*’ Hazine Dergisi, Özel Sayı, Ankara 1998, s 84-85.

¹⁹ Özkumur; s75.

²⁰ Özkumur; s 76.



‘İhracata İlişkin Teşvikler’de gene Ticaret Bakanlığı’na bağlanmıştır. 1980’de ise bu destekler tekrar bir bütün olarak DPT’ye bağlanmıştır.²¹

Türkiye’de 1980 sonrası dönemde daha önceki ithal ikamesine dayalı ekonomi politikalarının yerini, ihracata yönelik politikalar almıştır. Bu politikalar kapsamında ihracata yönelik devlet destekleri uygulamaları yürürlüğe konmuştur. Bu uygulamalar, 1991’de DPT’den alınmış ve Genel Müdürlük düzeyinde örgütlenerek Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı’na bağlanmıştır. 1994’te ise bu uygulamalar tekrar ikiye ayrılmış olup; ihracat ile ilgili birimler Dış Ticaret Müsteşarlığı İhracat Genel Müdürlüğü’ne, yatırımla ilgili birimler de Hazine Müsteşarlığı Teşvik ve Uygulama Genel Müdürlüğü’ne bağlanmıştır. Bu durumun başlıca nedenin 1995’te DTÖ’nün ve T.C. ile AB arasındaki Gümrük Birliği’nin getirdiği hukuki yükümlülüklerin gereği olarak devlet destekleri sisteminin yeniden düzenlenmesi gerekliliği olduğu ileri sürülmektedir.²²

T.C.’nde yukarıda açıklanan devlet destekleri uygulamalarına ilişkin mevzuat ve bu uygulamaların bağlı olduğu kurum ve kuruluşlar bakımından dağınık ve karmaşık sistem 2000’li yılların başlarına kadar devam etmiştir. İlerleyen süreçte bu sistemin değiştirilmesinde T.C-AB süreci etkili olacak ve söz konusu dağınık, karmaşık sistem son bulacak, bu sistemin yerini bu mevzuat ile uygulamaların bağlandığı kurum veya kuruluşlar bakımından yeknesak ve devlet destekleri uygulamalarıyla rekabet düzeninin bozulmasını engelleyici hükümler içeren bir sistem alacaktır. Ancak AB süreci bu yeni sistemin oluşumunu etkilediği veya tetiklediği gibi; varlığını AB Sürecinin etkilerine borçlu olan bu sistem de, kendi içinde içerdiği sorunlar veya çelişkilerle AB sürecini önemli ölçüde etkileyecektir. Bu yeni sistem ve sistemin içerdiği sorunlar ve çelişkiler ile AB süreci ile bu sistemin karşılıklı etkileşimleri aşağıda ayrı bir başlıklar altında ayrıntılı olarak irdelenecek ve açıklanacaktır.²³

II.2. Türk Hukukunda Mevzuat ve İlgili Kurum veya Kuruluşlar Bakımından Yeni Devlet Destekleri Sistemi ve Bu Sistemin Ortaya Çıkışında AB Sürecinin Etkileri

T.C.’nin kuruluşundan itibaren Türk hukukunda uzun yıllar süre gelen, yukarıda açıklanan gerek mevzuat gerekse kurumsal bakımdan çok parçalı ve dağınık devlet destekleri sistemi; 2000’li yılların başlarında AB sürecinin önemli etkisiyle değişmiştir. Bu bağlamda T.C.’nin devlet destekleri sistemi bakımından gelişmiş Dünya devletlerine kıyasen çok gerilerde kalmış olduğu ortaya çıkmaktadır.

²¹ Özkumur; 76. İktisadi Kalkınma Vakfı(İKV); Avrupa Birliği ve Türkiye’de Devlet Destekleri; İKV Yayını, Yayın No:187, İstanbul, 2005, s. 81.

²² İKV(2005); s82.

²³ Bkz II.2; III; IV.



Bu bakımdan olması gereken sistem: Rekabet düzeninin bozulmasını engelleyecek içeriğe sahip, ilgili tüm sektörleri veya gerçek ve tüzel kişileri kapsayan yeknesak bir hukuki düzenlemeye bağlı ve bu mevzuat çerçevesinde yürütülen devlet destekleri uygulamalarını izlemek ve denetlemekle yetkili ve görevli tek ve bağımsız bir Devlet Destekleri Otoritesinin var olduğu bir devlet destekleri sistemidir. Böyle bir sistem sayesinde T.C.'nin devlet destekleri uygulamalarıyla hem küreselleşmiş finansal piyasalarda uluslararası alanda hem de ülke içi piyasalarda ülkesel alanda rekabet düzeni ihlal edilmeyecektir.

Türk hukukunda rekabet kurallarının dikkate alınması suretiyle yeknesak bir devlet destekleri mevzuatının yürürlüğe konulmasında geç kalınmasının başlıca sebeplerinden birisi Türk hukukuna gene AB sürecinin etkisiyle girmiş olan rekabet hukuku kurallarının geç girmiş olmasıdır. Bir diğer sebep ise devletin siyasi gücünün önemli bir parçasını oluşturan devlet destekleri uygulamaları alanında siyasi gücünden vazgeçmek istememiş olmasıdır.

T.C. rekabet kuralları ve içtihatı bakımından AB müktesebatına uyum sağlamayı hukuki olarak yükümlenmiştir. Bu yükümlülük: 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması m16, 23.11.1970 tarihli Gümrük Birliği'ne ilişkin kuralları içeren Katma Protokol m43, 1/95 S Ortaklık Konseyi Kararı (1/95S OKK) m 32-43 düzenlemelerinde yer almaktadır.²⁴

Dünyada rekabet hukuku yüz yıllık bir geçmişe sahip olduğu halde T.C.'de 1970'li yıllarda rekabetin korunması ile ilgili çeşitli Kanun Tasarıları hazırlanmış, ancak bunlardan hiçbirisi yürürlüğe konulmamış ve uygulanmamıştır. Aslında bu Tasarılar doğrudan rekabeti bozucu işbirlikler davranışların ve yoğunlaşmaların önlenmesine yönelik olmayıp, tüketicilerin ve mal veya hizmet piyasaları ile ticari faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi amaçlıdır.²⁵

Türk Hukukunda doğrudan rekabeti bozucu işbirliği davranışlarının, piyasalardaki yoğunlaşmaların önlenmesine yönelik ilk Rekabet Kanunu 1994 tarihli ve 4054 S RKHK'dur. Bu Kanun'un temelinde başlıca üç etken yer almaktadır. Bunlar: Türkiye ekonomisinde 1980'li yıllarda başlayan ekonomik değişim döneminin²⁶ ihtiyaçları, 1982 Anayasası m.167 düzenlemesi

²⁴ Bu hukuki düzenlemelerin söz konusu yükümlülüğü düzenleyen içeriklerine ilişkin açıklamalar için bkz Yıldızoğlu, Deniz; Türkiye'nin Avrupa Topluluğu Rekabet Politikası Alanında Muhtemel Müzakere Süreci İçin Uyum Durumu, Bu Alanda İzlenen Politikalar, AB Genel Sekreterliği, Tek Pazar ve Rekabet Dairesi Uzmanlık Tezi, Ankara, Mayıs, 2004, s 20-30; Cengiz; s 143-145, 151-153.

²⁵ Aslan, Yılmaz; Rekabet Hukuku Ekin Kitabevi, 4. Baskı, Bursa, 2007, s 8-9; Aslan, Yılmaz; Tüketicinin Korunması ve İlgili Mevzuat, Bursa, 1996, s 15; -Müftüoğlu, Tamer - Köksal, Tunay; 'Avrupa Birliği'ne Tam Üyelik Sürecinde Türkiye'de Rekabet Hukuku ve Politikası' Yeni Türkiye Dergisi, Avrupa Birliği Özel Sayısı II, Kasım-Aralık-2000, s.36.; İKV-Gerth Verhellen, M.J.C; Türkiye'nin 'Avrupa Birliği'ne Katılım Süreci, Avrupa Birliği'nin Rekabet Politikası ve Türkiye'nin Uyum, İKV Yayını, İstanbul, 2002, s 62; Badur, Emel; Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar Uyumlu Eylemler ve Kararlar, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2001, s.30; Müftüoğlu, Tamer; 'Rekabet Hukuku ve Türkiye'de Uygulamalar', Durum Dergisi, Temmuz 1999, s.37;

²⁶ TC ekonomisinde 1980'li yılların başında ekonomi politikalarında önemli değişiklikler yapılmış ve buna paralel olarak alınan ekonomik kararlarla Türkiye ekonomisinin 'içe dönük kapalı bir ekonomik sistem' olmaktan



ve TC ile AB arasındaki ortaklık ilişkisini başlatan 1963 tarihli Ankara Anlaşması ile diğer hukuki düzenlemelerin getirmiş olduğu yükümlülüklerdir..Böylece AB sürecinin etkisiyle Türk hukukuna ilk defa doğrudan rekabet düzeninin korunması amaçlı bir hukuki düzenleme yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun'a dayanılarak ilk Rekabet Otoritesi olan Rekabet Kurumu kurulmuş ve bu Kurum 1997'de faaliyete başlamıştır.

Avrupa Birliği müktesebatında devlet desteklerini düzenleyen kurallar 'Rekabet Politikası' faslı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle devlet desteklerine ilişkin temel ilkeler 'Rekabete İlişkin Kurallar' bölüm başlığı altında ATA/Ams m67-89, ABİHA m107-109 düzenlemesinde yer almaktadır.²⁷

Türk hukukunda ise, T.C.'nin rekabet müktesebatı alanında AB'ye karşı olan hukuki yükümlülüğüne rağmen,ATA'dakinin aksine RKHK'de devlet desteklerine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir.Diğer ifade ile devlet destekleri alanı rekabet düzeni üzerinde hiç etkili değilmiş gibi RKHK'den dışlanmıştır. Bu dönemde Rekabet Kurumu'nun da rekabet savunuculuğu politikaları kapsamında görüşlerini açıklamak dışında devlet destekleri uygulamaları üzerinde hiçbir müdahale yetkisi bulunmamaktadır.²⁸

Türk hukukunda, T.C.'nin AB rekabet müktesebatına uyum sağlamayı yükümlenmiş olmasına rağmen, şeklen dahi olsa devlet desteklerine ilişkin temel ilkeleri yeknesak olarak düzenleyen bir Kanun'un çıkarılması ve bu Kanun'un içerdiği ilkeler çerçevesinde devlet destekleri

çıkılarak dünya piyasalarına 'dışa dönük açık bir ekonomik sistem' haline getirilmesi yolunda önemli adımlar atılmıştır.Bu bağlamda bir kilometre taşı olarak kabul edilen, 1980 tarihli 24 Ocak Kararları ile; T.C. ekonomisinde 'ithal ikamesine yönelik kalkınma stratejisi' terk edilerek 'serbest piyasa ekonomisi koşullarında ihracata yönelik kalkınma stratejisine' yönelime doğru ilk adım atılmıştır.Ulusal ekonomik işleyişin iç kaynaklardan beslendiği ve içe dönük beklentiler üzerine kurulu bir sermaye birikimi modelinin bütün iyileştirme çabalarına rağmen tıkanması sonucunda, TC ekonomisi sözkonusu politikalar ve kararlar ile dış kaynaklardan beslenen ve dışa dönük beklentiler üzerine kurulu bir sermaye birikimi modeli benimseyerek gelişmiş dünya ekonomileri arasındaki yeni yerini almaya başlamıştır. Müftüoğlu; s 37.

²⁷ ABİHA m.107'de AB'devlet destekleri sisteminin temel ilke ve kriterleri düzenlenmiştir. Abihm.108'de devlet desteklerinin denetlenmesine ilişkin ilkeler düzenlenmiştir. ABİHA m.109'da ise Konsey'in devlet desteklerine ilişkin ikincil düzenlemeler çıkartma yetkisi düzenlenmiştir. Kosey'in bu yetkisinin kapsamı tartışmalıdır.(AB hukukunda Konseyin yetkisinin kapsamına ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz .Oder,Burak; (Tekinalp/Tekinalp); s.497-498.) Konsey bugüne kadar doğrudan ATA/Amsterdam metni m.89 hükmüne (ABİHA m.109) dayanarak 'ATA m.88'in uygulanmasına ilişkin 659/1999 S Usul Tüzüğü 'nü(Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 93 of the EC Treaty, OJL 83,27.03.1999.Bu Tüzükte geçen m.93ATA Maastricht metninde yer alan ve Amsterdam metnindeki m.88'in karşılığı olan m.93 düzenlemesidir.) ve '659/1999 S Usul Tüzüğü'nün Uygulanmasına İlişkin Tüzük'ü Council Regulation (EC) No794/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 659/1999 of 22 March 1999 Laying Down Detailed Rules for the Application of Article 93 of the EC Treaty, OJ L- 140 30.04.2004.) çıkartmıştır. Bu çerçevede AB devlet destekleri sisteminin temel hukuki kaynaklarını ABİHA m.107-109 düzenlemeleri ile ABİHA m.109düzenlemesi ile verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan Konsey Tüzükleri ile ilgili Komisyon kararları ve ATAD'ıçtihatları oluşturmaktadır.(Kesmen, Batu; 'Avrupa Birliği'nde Devlet Yardımları', Maliye Dergisi, Mayıs-Ağustos 2001, S 137,s 89.

²⁸ DPT(2007); Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s49.



uygulamalarını izlemek ve denetlemekten sorumlu bir devlet destekleri otoritesinin kurulması için RKHK'nin yürürlüğe girdiği 1994 tarihinden itibaren devlet destekleri uygulamalarında mevzuat ve izleme ve denetleme kurumları bakımından tam bir dağınıklığın karmaşasının ve keyfiyetin hakim olduğu 16 yıllık bir sürenin geçmesi gerekecektir.

Bu durum karşısında, bu süreçte AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporlarında devlet desteklerine ilişkin bu temel eksiklikleri T.C.'ne tekrar tekrar hatırlatmıştır.²⁹ Ancak bu hatırlatmalara rağmen, T.C. tarafından yapılması gerekenler yapılmamıştır.

Bunun üzerine AB Komisyonu tarafından, devlet destekleri alanına ilişkin Türkiye İlerleme Raporlarında tekrar tekrar hatırlatılmış olan devlet destekleri alanındaki eksikliklerin tamamı; müzakere sürecinin başladığı 03.10.2005 tarihinden sonra, bu sürecin T.C.'nin AB üyesi olabilmesi için müzakere edilmesi, uzlaşılması gereken ve tek başına müzakere sürecinin sonucunu belirleme gücüne sahip fasıllarından birisi olan 'Rekabet Politikası' faslının açılışı

²⁹ '...Devlet destekleri alanındaki ilerleme bir hayli sınırlı görünmektedir. Gelecekte ilerleme kaydetmenin önkoşulu Gümrük Birliği Anlaşması çerçevesinde devlet yardımı kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasını ve kontrolünü sağlayacak bir control makamının kurulmasıdır....' AB Komisyonu; '2000 Türkiye İlerleme Raporu', S 30-31; <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2018); 'Devlet yardımları alanında yasal düzenleme yapılması veya işlevsel açıdan bağımsız bir devlet yardımları izleme kurumu kurulması konusunda yeni bir gelişme kaydedilmemiştir. Türkiye 1/95 S Gümrük Birliği Kararı ve 1996 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu- Türkiye Serbest Ticaret Anlaşması çerçevesinde üstlendiği bir devlet yardımları izleme otoritesi oluşturmak ve mevcut ve yeni devlet yardım programlarının uyumlaştırılması ve tam şeffaflıklarının sağlanması yükümlülüklerini henüz yerine getirmemiştir.; AB Komisyonu; '2005 Türkiye İlerleme Raporu', s 81 <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2018).

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



kriterleri³⁰ kapsamına dahil edilerek 20.06.2006'da T.C.'ne sunulmuştur.³¹ Diğer ifade ile Komisyon böylece T.C.'ne 'Ya devlet desteklerine ilişkin bütün eksiklikleri istediğimiz koşullar çerçevesinde sağlarsınız ya da AB'ye üye olamazsınız' şeklinde ağır ve ciddi bir mesaj vermiştir.

Bunun üzerine Türk hukukunda TBMM başta olmak üzere Hazine Müsteşarlığı ve diğer ilgili Kurum veya Kuruluşlar tarafından bu kriterlerin yerine getirilmesine yönelik planlamaları ve somut adımları içeren çeşitli çalışmalar³² yapılmıştır. Ancak T.C.'nin AB'ye yönelik asıl stratejisinin ne olduğunun bu çalışmalarda yer alan planlardan anlaşılması mümkün değildir. T.C.'nin asıl stratejisi bu planların uygulanmasına yönelik fiili durumlardan anlaşılabilir.³³

T.C. böyle bir süreç çerçevesinde kendisine sunulmuş olan 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin yerine getirilmesine yönelik bu çalışmalarda yer verilen planlarını gerektiği şekilde, açık ifade ile AB'nin talep ettiği koşullara uygun olarak yerine getirmemiştir.³⁴ Bunun için

30

Açılış kriterleri 08.09.11.2005 tarihli tanıtıcı ve .01.02.2005 tarihli tarama toplantısında Komisyon tarafından belirlenen ve Konsey tarafından onaylanmak suretiyle T.C.'ye bildirilmiştir. Toplam 6 adet açılış kriteri bulunmaktadır. Bu kriterler şunlardır :

1- Devlet destekleri konusunda şeffaflığın sağlanmasını teminen, Gümrük Birliği'nin son aşamasının uygulanmasını uygulanmasına ilişkin 1/95 Sayılı OKK'nın kapsadığı bütün devlet desteği tedbirlerinin kapsamlı bir envanterinin AB'ne iletilmelidir.

2- 2001 yılından bu güne kadar çelik sektöründe kapasite değişimine ve her bir şirkete verilen devlet desteklerine ilişkin AB'ne ayrıntılı bilgi sunulmalıdır.

3- T.C. ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla devlet desteklerinin onaylanması, devlet destekleri uygulamasının izlenmesi ve devlet desteklerinin geri alınmasına ilişkin genel şartları ve kuralları belirleyen bir devlet destekleri kanununu kabul edilmelidir.

4- Mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip işlevsel olarak bağımsız bir devlet destekleri otoritesinin kurulmalı; bu otorite devlet destekleri tedbirlerini ve münferit devlet desteklerini onaylama yetkisine sahip olduğu gibi kanuna aykırı olarak verilen devlet desteklerinin geri alınması yetkisine de sahip olmalı ve bu gerçekleşene kadar Gümrük Birliği kararı gerekleri doğrultusunda, yeni destek tedbirlerinin kabul edilmesinden veya mevcut olanların uzatılmasından kaçınılmalıdır.

5- Türkiye ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumsuz olduğu belirlenen tüm diğer destek tedbirlerinin veya eş etkili tedbirlerin uyumlaştırılması amacıyla açık bir takvim içeren, Komisyonun kabul edeceği bir eylem planı sunulmalıdır.

6- Kömür ve çelik ürünlerinde ticarete ilişkin olarak AKÇT ve Türkiye arasındaki anlaşmaya aykırı olarak verilmiş olan devlet desteklerinden hiçbir çelik şirketinin faydalanmamasını temin amacıyla gerekli tüm tedbirler kabul edilmelidir. 2001 tarihinden bu yana verilmiş olan destekler, ancak ulusal bir yeniden yapılandırma programı (UYYP) içerisine derc edilmiş sınırlı koşullar altında Konsey tarafından kabul edilebilir. Böyle bir yeniden yapılandırma programı bu koşulları en iyi şekilde karşılamak amacıyla, 1 Eylül 2006 tarihinden önce kabul edilmelidir.

³¹ Bu açılış kriterleri T.C.'ye Avusturya dönem başkanlığı'nın 20.06.2006 tarihli mektubu ile bildirilmiştir.

³² Bu çalışmaların başlıca örnekleri :Ulusal Programlar, Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı ve Ulusal Eylem Planları'dır. Bu Çalışmalar ve 'Rekabet Politikası' faslı açılış kriterlerinin yerine getirilmesine yönelik içerikleri hakkında açıklamalar için bkz Cengiz; s218-226.

³³ Bu iddiaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve kanıtlayıcı dayanaklar için bkz Cengiz; s 240-277; ayrıca bu Bildirinin Sonuç kısmı.

³⁴ T.C.'nin 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin yerine getirilmesi için yapılmış olan çalışmalar çerçevesinde ortaya çıkmış olan gelişmeler ve bunların yeterlilik düzeyine ilişkin değerlendirmeler için bkz Cengiz; s240-277.



yapılmış olan bazı gelişmeler olmuştur; ancak bunların hiçbiri AB'nin talep ettiği koşullara uygun olmamıştır.³⁵

Bu durum karşısında 'Rekabet Politikası' faslı Müzakere sürecinin açılış kriterleri yerine getirilemediği gerekçesiyle 2018 yılı itibarıyla hala müzakereye açılmamış olan üç faslından birisi olarak kalmıştır. Müzakere sürecini bu noktaya getiren bütün sorunun devlet destekleri alanından doğduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

T.C. tarafından 'Rekabet Politikası' faslı açılış kriterlerinden üçüncü ve dördüncü kriterlerin³⁶ karşılanması amacıyla önemli bir somut adım atılmıştır. Bu adım kapsamında ABİHA m 107-109' da yer alan devlet desteklerine ilişkin temel ilkeleri içeren düzenlemeye uygun içerikteki 23.10.2010 tarihli ve 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun hazırlanmış ve RG'de yayınlanmıştır.³⁷ Bu Kanun'un m 4 hükmüne dayanılarak devlet destekleri uygulamalarının izlenmesi ve denetlenmesiyle yetkili ve görevli 'Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Kurul'u'³⁸ kurulmuştur. Ancak Türk hukukunda devlet destekleri alanına ilişkin çok önemli bir adım gibi görülen bu iki gelişme Komisyon tarafından üçüncü ve dördüncü kriterlerin karşılanması bakımından yeterli bulunmamıştır.³⁹

T.C. tarafından ABİHA m 107-109 düzenlemesine uygun olarak hazırlanmış olan 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un RG'de yayınlanmış olmasıyla yaratılan şekli durum bundan sonraki süreçte AB-TC ilişkilerinde müzakere sürecinin en önemli sorunlarından birini oluşturacaktır.⁴⁰

Sonuç itibarıyla AB sürecinin Türk hukukunda devlet destekleri alanı üzerindeki asıl etkisi, 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin tamamının devlet destekleri alanındaki eksikliklere ilişkin tercih edilmesi suretiyle olmuştur. Bu etki ile Türk hukukunda devlet desteklerine ilişkin yeknesak nitelikte ABİHA m 107-109'a uygun temel ilkeleri içeren ilk Kanun olarak 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun çıkarılmış ve bu Kanun m 4/1 hükmüne dayanılarak, ilk olarak devlet destekleri uygulamalarının bu Kanun

³⁵ Bu uygunsuzluğa ilişkin açıklamalar ve kanıtlar için bkz Cengiz; s240-277.

³⁶ Bu kriterlerden üçüncüsü: 'T.C. ile AB arasındaki ikili anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla devlet desteklerinin onaylanması, devlet destekleri uygulamasının izlenmesi ve devlet desteklerinin geri alınmasına ilişkin genel şartları ve kuralları belirleyen bir devlet destekleri kanununu kabul edilmelidir' kriteridir. Dördüncüsü ise: 'Mevcut ikili anlaşmalardan kaynaklanan devlet destekleri kurallarının tam olarak uygulanması için gerekli yetkilere sahip işlevsel olarak bağımsız bir devlet destekleri otoritesinin kurulmalı; bu otorite devlet destekleri tedbirlerini ve münferit devlet desteklerini onaylama yetkisine sahip olduğu gibi kanuna aykırı olarak verilen devlet desteklerinin geri alınması yetkisine de sahip olmalı ve bu gerçekleşene kadar Gümrük Birliği kararı gerekleri doğrultusunda, yeni destek tedbirlerinin kabul edilmesinden veya mevcut olanların uzatılmasından kaçınılmalıdır.' kriteridir.

³⁷ RG; 23.10.2010, S 27739. Bu Kanun'un içerdiği esas ve usullere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz III.3, III.4.

³⁸ Bu Kurul'a ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz III.2.

³⁹ Bu yetersizliğin gerekçeleri için bkz III.2, IV.1.

⁴⁰ Bu soruna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz IV.1.



içeriğine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini izlemek ve denetlemekten sorumlu i otorite olarak Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurul'u kurulmuştur.

Ancak vurgulamak gerekir ki yukarıdaki açıklamalarımızda değinildiği üzere, Türk hukukunda devlet destekleri alanında çok önemli adımlar gibi görülen bu iki gelişmenin ilerleyen süreçte; gerçekte AB tarafından yeterli görülmeceği gibi Türk hukuku bakımından da pratik anlamda yararlı ve anlamlı olmadığı anlaşılabacaktır⁴¹

III. 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Çerçevesinde Türk Hukukunda Devlet Destekleri İlkeleri

T.C'de 13.10.2010 tarihli ve '6015 S 'Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'AB'ye uyum sürecinin etkisiyle; devlet desteği uygulamalarının rekabet düzenini bozucu etki potansiyelinin dikkate alınması suretiyle devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usullerin düzenlendiği ilk Kanundur. Bu Kanun halen yürürlüktedir.⁴²

III.1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

T.C. hukukunda AB'ye uyum sürecinin etkisiyle yürürlüğe konulmuş olan bu Kanun'un m 1/1 düzenlemesinde Kanunun amacı '....devlet desteklerinin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşmalara uygun olarak düzenlenmesini ve ilgili mercilere bildirimini sağlamak üzere. İlke ve esasların belirlenerek desteklerin izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları tespit etmektir.' İfadesiyle açıklanmıştır. Bu Kanun amaç düzenlemesinde de ifade edildiği üzere AB müktesabatındaki devlet destekleri düzenlemelerine ilişkin temel ilkelere ATA m 87-89;(ABİHAM 107-109) uyum amacı ile hazırlanmıştır ve bu temel ilkelere tamamen uygundur.

Ancak, Komisyon bu Kanunun RG'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden beri (m 18/1). Bu yürürlüğün sadece şekilden ibaret kaldığı ve Kanunun içeriğine uygun olarak gereğince uygulanmadığını iddia etmiştir. Bunun aksinin sağlanması, açık ifade ile Kanunun içeriğine uygun olarak olması erektiği kadarıyla uygulanabilmesi için AB müktesabatında ikincil düzenleme niteliğinde olan devlet desteklerine ilişkin temel esas ve usullerin uygulanmasına ilişkin uygulama mevzuatının da uyumlaştırılarak yürürlüğe konulması gerektiğini, bu ikincil mevzuatın eksikliği sebebiyle Kanunun etkisiz kaldığını ileri sürmüştür.Sözkonusu ikincil düzenlemeler T.C. tarafından hala yürürlüğe konulmamış olduğundan Komisyonun yargısı devam etmektedir. Bu bağlamda Komisyon, T.C.'ndeki devlet destekleri uygulamalarının bu eksikliğe bağlı olarak son verilmesi gereken aykırılıklar içerdiğini tespit etmektedir. Bu bağlamda Komisyon T.C. tarafından devlet destekleri alanında, temel ilkeler düzeyinde bir hukuki düzenleme olarak DDİDHK'nın RG'de yayınlanarak(m 18/1) yürürlüğe konulmuş

⁴¹ Bu yetersizliğin yararsızlığın ve anlamsızlığın gerekçeleri için bkz III.2; IV.1.

⁴² Bu Kanun yürürlükte olmasına rağmen uygulanması bakımından önemli bir sorun bulunmaktadır. Bu soruna ilişkin açıklamalar için bkz IV.1.



olmasına rağmen AB müktesebatına temel ilkeler düzeyinde dahi uyum sağlanmamış olduğu yargısı içindedir.

Kanunun kapsamı m 1/2’de düzenlenmiştir bu düzenlemeye göre tarım, balıkçılık ve hizmet sektörlerindeki devlet destekleri Kanunun kapsamına dahil değildir. Kanun’un uygulanma alanının bu üç sektörün dışındaki alanlarla sınırlandırılmış olması, özellikle de hizmet sektörünün tümüyle kapsam dışı bırakılmış olması eleştirilmekte ve uygun görülmemektedir.⁴³ Kanaatimce de bu kapsam sınırlaması uygun değildir. Zira Türkiye bir tarım ve balıkçılık ülkesidir. Bu alanlarda ve tümüyle hizmet sektörü alanında devlet destekleri’nin kurlsız uygulanmasının hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır. Ayrıca bu alanlarda verilen desteklerle rekabet düzeninin bozulmayacağı da iddia edilemez. Tam aksine bu alanlarda verilecek olan devlet desteklerinin de adaletli olması ve bu desteklerle rekabet düzeninin bozulmaması öncelikli olarak ihtiyaç dahilindedir.

III. 2. Devlet Desteğinin Tanımı

Devlet desteği kavramı bu Kanunda ‘Türkiye ile AB arasındaki ticareti etkilediği ölçüde doğrudan kamu tarafından veya kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanan, belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine ayrıcalık sağlayarak rekabeti bozan veya bozma tehdidi oluşturan ve yararlanana mali fayda sağlayan her türlü tedbir’ olarak tanımlanmıştır.(m 2/1-b).

Bu tanımdan Kanunun uygulanacağı devlet desteklerinin, rekabeti bozan veya bozma potansiyeli olan devlet destekleri olduğu anlaşılmaktadır. Bunların dışındaki yani rekabet düzeni için tehlike arz etmeyen devlet desteklerine Kanunun uygulanması, gerekli görülmemiştir. Bu tanım çerçevesinde devlet desteği kavramının başlıca üç unsuru bulunmaktadır. Şöyle ki:

1-Destek doğrudan kamu tarafından veya kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanmalıdır. Bu unsur bakımından desteği veren kaynak ve verilmesi yöntemi bakımından oldukça geniş ve genişletici yoruma uygun bir kapsam belirlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki: destek doğrudan kamu tarafından veya özel sektör tarafından da kamu kaynakları aracılığı ile herhangi bir şekilde verilebilecektir. Burada desteğin kamu kaynaklarından dolaylı olarak sağlanması kastedilmektedir. Ancak düzenlemenin ifadesinde açıkça ‘dolaylı olarak’ kavramına yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Aksi takdirde, yani kapsamın dar tutulması ve genişletici yoruma imkan verilmemesi durumunda, bu tanım kapsamı dışında kalınmış görüntüsü altında verilecek destekler bakımından kanuna karşı hile yapılmasına imkan tanınmış olacaktır.

⁴³ Bu eleştiriler için bkz Erdem, Ercüment; ‘Türk Rekabet Hukuku Kapsamında Türkiye’de Devlet Destekleri’, s 5 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/turk-rekabet-hukuku-kapsamin...> (10.06.2018);



2- Destek belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine ayrıcalık sağlayarak rekabeti bozmalı veya bozma tehdidi oluşturmalıdır. Bu unsur rekabet düzenini bozmayan veya rekabet düzenini bozma potansiyeli içermeyen desteklere Kanunun uygulanmasının gerekli olmadığı anlamındadır. Bu bağlamda Kanunda ayırım yapılmaksızın tüm teşebbüslere uygulanan ekonomik ve mali tedbirlerin devlet desteği sayılmayacağına hükmedilmiştir (m 3/4).

3- Destek yararlanana mali fayda sağlamalıdır. Bu mali faydanın doğrudan veya dolaylı bir fayda olması mümkün olmalıdır.

III. 3. Kanun Sisteminde Devlet Desteklerinin Sınıflandırılması

Kanunun kapsamına dahil olan devlet destekleri ‘Uygun devlet destekleri’ (m 3/1-2); ‘Uygun Görülebilir Devlet Destekleri’; ‘Uygun Görülebilir Devlet Destekleri’ (m 3/2,a-f) ve ‘Uygun olmayan devlet destekleri (m/1-ç)’ olmak üzere üç alt gruba ayrılacak suretiyle düzenlenmiştir.

III. 3.1. Uygun Devlet Destekleri

Bu alt gruplardan ‘Uygun devlet destekleri’ grubu (m 3/1-2) kendi içinde Uygun devlet destekleri ve uygun görülebilir destekleri olarak iki alt gruba ayrılacak suretiyle tek tek sayılmak yöntemiyle düzenlenmiştir. (m 3/1-2). Uygun olmayan devlet destekleri ise sadece genel ve soyut olarak tanımlanmak suretiyle düzenlenmiştir. (m2/1-ç). Uygunluğu Kanunun uygulanmasına ilişkin Yönetmeliklerle belirlenecek olan devlet destekleri’ (m 3/3) ise belirlenmesine ilişkin koşulların belirtilmesi suretiyle düzenlenmiştir.

Kanunun m 3/1 düzenlemesi çerçevesindeki alt gruplardan birisi olarak uygun devlet destekleri şunlardır:

1-Ürünlerin veya hizmetlerin menşei ile ilgili ayrımcılık yapılmaksızın bireysel tüketiciye verilen sosyal nitelikli destekler (m 3/1-a).

2- Doğal afetlerin veya olağanüstü olayların sebep olduğu zararı gidermeye yönelik olan ve zararın maddi büyüklüğünü geçmeyen destekler (m 3/1-b).

Uygun devlet destekleri grubu kapsamına (m 3/1,a-b) düzenlemesinde sayılan bu kategorilerin yanısıra; m 3/3’te düzenlenen; belirli türdeki ve belirli koşulları taşıyan, bu Kanun kapsamında uygun devlet desteği oldukları bu Kanun’un uygulanmasına İlişkin Yönetmeliklerle belirlenecek olan devlet destekleri kategorisi dahil edilmiştir. Bu düzenlemenin ifadesi şöyledir: ‘*Belirli türdeki devlet desteklerine grup muafiyeti tanınmasına ve bir teşebbüse belirli bir dönemde belirli bir miktarı aşmayacak şekilde verilen ve rekabeti önemli ölçüde bozmayan devlet desteklerinin bu Kanun kapsamında uygun devlet desteği olduğuna ve Kurul’a bildirimine gerek olmadığına ilişkin usul ve esaslar bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin olarak yürürlüğe konulan Yönetmeliklerle belirlenir*’ (m3/3).



Uygun devlet destekleri gibi, uygulanmasına izin verilen, önemli bir devlet destekleri grubunun kapsamına dair böyle açık uçlu bir düzenlemenin yapılmış olması hukuk güvenliği ilkesi bakımından uygun olmadığı gibi bu Kanun'un RG'de yayınlandığı 23.10.2010 tarihinden beri, bu kategoriye ilişkin usul ve esasların belirleneceği Yönetmelikler 2018 yılı itibarıyla hala çıkarılmamıştır. Ayrıca Yönetmeliklerin ilgili idari Kurum veya Kuruluşlar tarafından sık sık ve kolaylıkla değiştirilmesi mümkün olup, bu çerçevede belirli menfaatlerin sağlanmasına yönelik Yönetmelik değişikliklerinin kolayca değiştirilmesi mümkündür. Oysa rekabet düzeninin ihlali bakımından önemli ölçüde bir potansiyele sahip olan devlet destekleri alanını kanun koyucunun iradesi ile düzenlenmelidir. Bu alanın siyasi iradeye tabi kurum veya kuruluşlara bırakılması uygun değildir.

Bu bağlamda Yönetmeliklerle belirlenecek olan uygun devlet destekleri grubunun kapsamı gibi önemli bir alana ilişkin usul ve esasların başlangıçta Kanun ile belirlenmesi daha uygun bir tercih olurdu.

III. 3.2. Uygun Görülebilir Devlet Destekleri

Kanunun m 3/2 düzenlemesi çerçevesinde uygun görülebilir devlet desteklerinin kapsam ve kuralları Kurul tarafından belirlenecektir. Kurul Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kuruludur.(m 3/2-a-f). uygun görülebilir destekler şunlardır:

- 1-Avrupa Birliği seviyesine göre yaşam standartının aşırı ölçüde düşük veya işsizlik oranının çok yüksek olduğu bölgelerde ekonomik gelişmeyi sağlamak amacıyla verilen destekler(m 3/2-a).
- 2- Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki yapısal uyum gereklerinin yerine getirilmesini sağlamayı amaçlayan destekler(m 3/2-b)
- 3- Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticaret koşullarını ortak çıkarlara ters düşecek ölçüde olumsuz etkilememek kaydıyla belirli ekonomik faaliyetlerin veya belirli bölgelerin gelişimini sağlamaya yönelik destekler(m 3/2-c).
- 4-Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticaretin koşullarını ortak çıkarlara ters düşecek ölçüde olumsuz etkilememek kaydıyla, kültür mirasının ve doğal varlıkların korunmasına yönelik destekler(m 3/2-ç).
- 5-türkiye ile Avrupa Birliğinin ortak çıkarlarına hizmet eden önemli bir projenin gerçekleşmesini sağlamaya yönelik destekler(m 3/2-d).
- 6-Türkiye ekonomisinde ortaya çıkan ciddi sorunları gidermeye yönelik destekler(m 3/2-e).
- 7-Türkiye –Avrupa Birliği Ortaklık Konseyinin belirleyeceği destekler(m3/2- f).



III. 3. 3. Uygun Olmayan Devlet Destekleri

Uygun olmayan devlet destekleri ise ‘Bu Kanun hükümlerine uygun olmayarak yürürlüğe konulan devlet destekleri’olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre uygun devlet destekleri kapsamına dahil olmayan her türlü devlet desteği uygun olmayan devlet desteği olarak tanımlanacaktır(m 2/1-ç).

III. 4. Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi

DDİDHK çerçevesinde devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin aşağıdaki açıklamalarımızda öncelikle, T.C.’nde devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesinden sorumlu kamu otoritesi olarak bu Kanun m 4/1 düzenlemesine dayanılarak kurulmuş olan ‘Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu’ hakkında bilgi verilecektir

Daha sonra DDİDHK çerçevesinde devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesi usulü incelenecektir.

III. 4.1. Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu

III. 4.1.1. Kurulun Hukuki Dayanağı ve Teşekkülü

Kurul DDİDHK m 4/1 düzenlemesindeki ‘Bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevleri yürütmek üzere Devlet Destklerini İzleme ve Denetleme Kurulu kurulmuştur’ hükmüne dayanılarak kurulmuştur.

Kurul, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Rekabet Kurumunca bu kurumları temsilen birer üye olmak üzere altı üye ile Devlet Destekleri Genel Müdüründen oluşur.Kurulun Başkanlığını Devlet Destekleri Genel Müdürü yürütür. (m 4/2).

III.4.1.2. Kurul’un Kararları

Kurul kararlarında bağımsızdır ve Kurul tarafından alınan kararlar kesindir.(m 4/11).

Kurul bu Kanun uyarınca aldığı kararlara uyulmaması veya istenilen tedbirlerin alınmaması durumunda gerek idari ve hukuki önlemleri alır(m 6/1).

Bu Kanunun uygulanması bakımından Kurulun kararlarına karşı açılan davalar ilk derece Mahkemesi olarak Danıştay’da görülür.Danıştay Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar. Kurulun bu Kanun kapsamında almış olduğu kararların yayınlanmasına ilişkin usul ve esaslar Yönetmelikle belirlenir(m 6/1-3).

III.4.1.3. Kurulun Görevleri

Kurulun görev ve yetkileri m 5/1’de düzenlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesindeKurulun görevleri şunlardır:



1-Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşmalara uygun olarak devlet desteklerinin ilke ve esaslarını belirlemek ve bunlarla ilgili mevzuatı hazırlamak(m 5/1,a);

2- Devlet desteklerinin uygunluğunu incelemek izlemek ve denetlemek(m 5/1,b)

3-Uygulama sonuçlarını desteği verenlerden temin ederek Avrupa Komisyonuna ve ilgili mercilere gereklibildirimleriyapmak(m5/1,c).

II. 4.2. Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Usulü

Aşağıdaki açıklamalarımızda DDİDHK’de düzenlenen devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesi usulü sistematik olarak Yeni devlet destekleri bakımından ve Mevcut devlet destekleri bakımından olmak üzere ikiye ayrılarak incelenecektir.

II. 4. 2. 1.Yeni Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi

II. 4. 2. 1. 1.Bildirim Yükümlülüğü

Desteği veren,devlet desteğine ilişkin olarak hazırlanan düzenleme taslaklarını öncelikle Kurula bildirmek ve Kurulun uygun görüşünü almakla yükümlüdür(m 7/1).

II. 4. 2. 1. 2. İnceleme Usulü

Devlet desteğine ilişkin düzenleme taslağı bildirim suretiyle sunulduktan sonra Kurul tarafından yapılacak iki aşamalı bir inceleme sistemi bulunmaktadır(m 7/2-4).Bunlar ‘öndeğerlendirme’ ve ‘inceleme’ aşamalarıdır.

1-Öndeğerlendirme: Düzenleme taslağı sunulduktan sonra Kurul tarafından öndeğerlendirme başlatılır.(m7/2).Öndeğerlendirme için ilave bilgi ve belgelere ihtiyaç duyulması halinde, bu bilgi ve belgeler desteği verenden istenir. Kurul tarafından öndeğerlendirme için istenen bilgi ve belgeler tamamlanmadan başvuru değerlendirmeye alınmaz(m 7/2).

Kurul bütün eksikliklerin tamamlanmasından itibaren düzenleme taslağında yer alan devlet desteği hakkında üç ayrı karar verme seçeneğine sahiptir(m 7/3-a,b,c.).Bu çerçevede Kurul: Devlet desteğinin bu Kanun kapsamında:

- a- Devlet desteği olmadığına,
- b- Uygun devlet desteği olduğuna,
- c- Uygun devlet desteği olmadığı yönünde bulgular tespit ederse inceleme başlatılmasına karar verebilir.

2-İnceleme : Öndeğerlendirme sonucunda Kurulun desteği veren tarafından sunulan düzenleme taslağında yer alan devlet desteğinin uygun devlet desteği olmadığı yönünde bulgular tespit ederek ve inceleme başlatması durumunda, Kurul devlet desteğinin devlet desteğinin niteliği



hakkındaki öndeğerlendirmesini, konunun fiili ve hukuki yönleriyle ilgili tespitlerini ve rekabete etkileri üzerindeki görüşlerini de içerecek şekilde desteği verene bildirir Kurul incelemeye ilişkin değerlendirmelerde bulunmak üzere diğer ilgili taraflardan görüş alabilir. Bu görüşler talep edilmesi halinde görüş verenin kimliği gizli tutulmak kaydıyla desteği verene iletilir. Desteği veren kendisine kendisine iletilen hususlara ilişkin görüşlerini varsa itirazlarını Kurula bildirir. Desteği verenden ve diğer ilgili taraflardan, tüm bilgi, belge ve görüşlerin alınması süreci sonunda karar alınır (m 7/4)

İnceleme sonucunda Kurul 4 ayrı karar verme seçeneğine sahiptir (m 7/5-a-ç). Bu düzenlemeye göre Kurul, inceleme konusu düzenleme taslağında yer alan devlet desteğinin bu Kanun kapsamında:

- a- Uygun devlet desteği olduğuna,
- b- Uygun devlet desteği olmadığına,
- c- Desteği veren tarafından bazı düzenlemeler yapılması halinde uygun devlet desteği haline geleceğine veya devlet desteği olma özelliğini yitireceğine,
- ç- Şartlı olarak uygulanmasına, karar verebilecektir.

Bu kararlardan birinin alınması üzerine inceleme sona erdirilir ve karar desteği verene bildirilir. Desteği veren Kurul kararı doğrultusunda gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.

Desteği veren Kurula yaptığı başvuruyu Kurul tarafından bir karar alınmadan önce geri çekebilir. Bu durumda geri çekilen başvuru ile ilgili öndeğerlendirme veya inceleme işlemine son verilir (m 8).

II. 4. 2. 2. Mevcut Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi

DDİDHK geçici m 1 düzenlemesinde ‘Devlet desteklerinin bildirim, izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin Yönetmelikler Kurulun teşkilini müteakkip en çok dokuz ay içerisinde çıkarılır’ hükmü yer almaktadır. DDİDHK sistemindeki mevcut devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin düzenlemeye göre:

‘Geçici m 1 uyarınca çıkarılacak olan Yönetmeliklerin yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmakta olan devlet desteklerine ilişkin mevzuat, desteği veren tarafından bu Yönetmeliklerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde Kurula bildirilir’ (Geçici madde 3/1).

Desteği verenin başvurusunu takiben Kurul öndeğerlendirmesini altmış işgünü içinde tamamlar. Değerlendirme sonucunda desteğin Kanuna uygun olmadığı yönünde bulguların tespiti halinde Kurul, desteği verenden nihai karar alınıncaya kadar devlet desteği verme işleminin durdurulmasını isteyebilir ve bu durum beş iş günü içerisinde desteği verene bildirilir. Kurulun devlet desteği verme işleminin durdurulması kararı alması halinde, desteği veren bu hususun

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



kendisine intikal ettiği tarihten itibaren, uygulamakta olduğu devlet desteğinin kapsam ve süresini değiştiremez ve yeni müracaatları işleme koyamaz. Desteği veren konu hakkındaki görüşlerini durumun kendisine intikalından itibaren on işgünü içerisinde Kurula bildirir. Desteği veren tarafından talep edilmesi halinde, gerekli görülen hallerde Kurul tarafından on işgünü ilave süre verilebilir (Geçici madde 3/2).

Geçici 1. madde uyarınca çıkarılan Yönetmeliklerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla verilmekte olup da Kanuna uygun olmayan destek haline gelen ve Kurul tarafından uygun olmadığına karar verilen desteklerden, sözkonusu Yönetmeliklerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan müracaatlara dayalı olarak verilenler m 10'da yer alan hükümler dahilinde geri alınır. Kapsam ve süresi değiştirilmeksizin geçici m 1 uyarınca çıkarılan Yönetmeliklerin yürürlüğe girdiği tarihten önceki müracaatlara dayalı olarak verilen destekler ile bu maddenin ikinci fıkrası na göre verilen durdurma kararından önceki müracaatlara dayalı olarak verilen destekler için geri alma işlemi uygulanmaz (Geçici m 3/4).

II. 4. 3. Devlet Desteğinin Kötüye Kullanılması Sorunu

Devlet desteğinin desteği alan tarafından kötüye kullanıldığına dair bilgi edinilmesi halinde Kurul, desteği verenden durumun tespitini, ilgili mevzuatında belirtilen gerekli tüm tedbirlerin alınmasını ve Kurula bilgi verilmesini ister (m 12/1).

III. 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un Uygulanması Sorunu ve Devlet Destekleri Alanındaki Eksiklikler ile Uyumsuzlukların AB Süreci Üzerindeki Etkileri

III. 1. 6015 S Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un Uygulanması Sorunu

Türk hukukunda devlet destekleri uygulamalarının T.C.'nin kuruluşundan itibaren, uzun yıllar rekabet düzeninin etkilenimleri dikkate alınmaksızın hazırlanmış olan karmaşık vedağınık bir mevzuata tabi olarak yürütülmüştür. Gene bu uygulamaların izlenmesi ve denetlemesi de çok parçalı bir kurumsal yapıya tabi olarak yürütülmüştür.⁴⁴

T.C.'de devlet destekleri alanındaki en önemli adımlar AB sürecinin, etkisiyle atılmıştır. AB sürecinin bu etkisi özellikle 03.10.2005'te başlayan müzakere sürecinde 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin, Avusturya dönem başkanlığı tarafından 20.06.2006 tarihinde T.C.'ne sunulması üzerine ortaya çıkmıştır. Açık ifade ile AB Komisyonu T.C.-AB ilişkilerinin başlangıcından itibaren⁴⁵ T.C.'deki devlet destekleri uygulamalarının rekabet düzeni üzerindeki

⁴⁴ Komisyon 2000 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda:

Öncelikle Türkiye'nin antitrust kurallar alanında AB müktesebatına ve Gümrük Birliği yükümlülüklerine uyumda ilerleme kaydettiği; devlet desteklerinin kontrolü alanındaki ilerlemenin ise bir hayli sınırlı olduğunu ifade



olumsuz etkilerinin de dikkate alınması suretiyle yeknesak olarak düzenlendiği bir Kanun'un ve bu uygulamaları izlemek ve denetlemekle yetkili ve görevli tek ve bağımsız bir otoritenin eksikleri; Türkiye İlerleme Raporlarında sık sık vurgulayarak ifade etmiştir.⁴⁶

Bu durum karşısında, T.C. tarafından gene AB sürecinin etkisiyle, önce 1994'te rekabet düzeninin korunması amaçlı ilk temel hukuki düzenleme olan 07.12.1994 tarihli 4054 S RKHK yürürlüğe konulmuş ve .bu Kanunda ABİHA'nın tersine rekabeti bozucu etki potansiyelini dikkate almak suretiyle devlet destekleri hakkında hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir.

Ancak bundan sonraki süreçte de AB Komisyon'unun İlerleme Raporlarındaki devlet destekleri alanındaki eksikliklere ilişkin eleştiri ve önerilerinin devam etmesi; hatta Komisyon'un T.C.'nin bu durum karşısındaki duyarsızlığına tepki olarak; devlet destekleri alanına ilişkin daha önce Türkiye İlerleme Raporlarında ısrarla vurgulamış olduğu bütün eksiklikleri⁴⁷, T.C.'nin AB'ye

etmiştir. Devlet destekleri alanındaki eksikliklere ilişkin ifadeler şöyledir: '...Devlet destekleri alanındaki ilerleme bir hayli sınırlı görünmektedir. Gelecekte ilerleme kaydetmenin önkoşulu Gümrük Birliği Anlaşması çerçevesinde devlet yardımı kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasını ve kontrolünü sağlayacak bir kontrol makamının kurulmasıdır....Devlet yardımları ile ilgili olarak Türkiye ülkenin bir bölgesel yardım haritasının tanımlanması üzerine bir araştırmanın geçici sonuçlarını Komisyon'a iletmıştır. Ülkenin azami yardım yoğunluklarının farklılaşmasına imkan vermek üzere haritaya son şeklini verirken Topluluk kriterleri ve yönteminin izlenmesini sağlamak için çok daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır. Türkiye devlet yardımı verilmesine ilişkin politikalarının bazı bölümleri hakkında bilgi vermiştir. Komisyon ile beraber ilgili Türk bakanlıkları mevcut ilgili yasaların bir listesini çıkarma sürecindedirler. Bu temelde Topluluk müktesebatına uygunluk konusunda özlü bir değerlendirme başlayabilir.... Verilen yardımların Topluluk müktesebatına uygunluğunu sistematik olarak inceleyerek devlet yardımlarının kontrol edilmesinden sorumlu tek bir makam yoktur... Dolayısıyla devlet yardımlarının kontrolünden sorumlu bir organın yokluğunda, bu politika alanında herhangi bir icra geleneği henüz oluşturulmuş değildir.... Topluluk'un devlet yardımları konusundaki araştırma yöntemini ve sunuşunu izleyerek, mevcut devlet yardımlarının bir envanterinin oluşturulması ve yıllık düzenli raporlama yoluyla saydamlığın artırılmasına ve genel devlet yardımı sistemine özen gösterilmelidir....', AB Komisyonu; '2000 Türkiye İlerleme Raporu', s.30-31. <http://www.ab.gov.tr/> (20.02.2017).

⁴⁶ '...Devlet yardımlarına ilişkin mevzuat kabulü ya da bağımsız bir devlet yardımları izleme kurumunun kurulmasına dair bir gelişme kaydedilmemiştir. Bunların mevcut olmaması/95 B GB Kararının rekabete ilişkin uygulama kurallarının kabulünü geciktirmekte ve rekabette ciddi sapmaların ortaya çıkmasıyla sonuçlanmaktadır....Mevzuat çelik sanayiine yatırımı teşvik edici yeni sertifikaların verilmesi olanağını askıya alacak şekilde değiştirilmiştir. Türkiye 1996 tarihli AKÇT- Türkiye Serbest Ticaret Anlaşmasında taahhüt ettiği şekilde çelik semtörüne sağladığı yardımlarının şeffaflığına tatmin edici bir düzeye gelememiştir....Devlet yardımları konusunda bir önceki İlerleme Raporundan bu yana bir ilerleme kaydedilmemiştir. Türkiye şeffaflığın sağlanmasına ve Topluluğun devlet yardımları alanındaki kurallarının uygulanmasına yönelik yasal çerçeveyi ve idari yapıları oluşturamamıştır.' AB Komisyonu; '2006 Türkiye İlerleme Raporu's 38, <http://www.ab.gov.tr/20.02.2018>.

'Devlet yardımları konusunda hiçbir gelişme yaşanmadığı gibi Türkiye yeni teşvikler vermeye devam etmiştir. Demir çelik sektöründeki yardımlarda ise sınırlı gelişme olmuştur. Türkiye Komisyon'a taslak bir Ulusal Yeniden yapılandırma Planı iletmıştır. Bu sayede geçmişte verilen yardımların envanteri çıkarılabilmektedir. Yeni çıkarılan yatırım teşviki düzenlemesi de bu sektörde devlet yardımı verilmesini önlemektedir. Ancak hala özellikle sektöre ilişkin sanayi stratejisi ve gelecekte verilecek yardımlar konusunda olmak üzere önemli eksiklikler bulunmaktadır. Türkiye şirket bazında iş geliştirme planlarını da Komisyon'a sunmamıştır.' AB Komisyonu; Türkiye 2007 İlerleme Raporu, s.54. <http://www.ab.gov.tr/> (19.02.2018).; Ateş; s.77.

⁴⁷ Bu eksiklikler ve eksiklikleri içeren 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterleri için bkz II.2; dp 28.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



katılımı müzakere sürecinin en önemli fasıllarından birisi olan ‘Rekabet Politikası’ faslının açılış kriterleri arasına dahil ederek 2006’da T.C.’ne sunmuştur.⁴⁸

Bu durum karşısında, T.C. tarafından 23.10. 2010’da devlet destekleri alanındaki Komisyon’un da vurguladığı iki temel eksikliği yerine getirmek amacıyla önemli bir adım atmıştır. Bu amaç doğrultusunda devlet desteklerinin rekabet düzeni üzerindeki etkilerini de dikkate almak suretiyle ABİHA’da yer alan ilkelerle (m 107-109) uyumlu ve yeknasak olarak düzenlendiği ilk Kanun olan 2010 tarih ve 6015 S DDİDHK’ RG’de yayınlanmak suretiyle yürürlüğe konulmuş ve bu Kanun m 4/1 hükmüne dayanılarak bu Kanun çerçevesinde devlet destekleri uygulamalarının izlenmesi ve denetlenmesinden sorumlu tek otorite olarak Hazine Müsteşarlığı bünyesinde Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurul’u(DDİDKurulu) oluşturulmuştur.

Ancak 6015 S DDİDHK’nın RG’de yayınlanmış olması yürürlüğü yani uygulanması için yeterli olmamıştır. Kanun’un uygulanmasına ilişkin konu başlığında sözedilen sorun da tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bu sorunu içeriği bakımından daha ayrıntılı olarak şöyle açıklamak mümkündür:

6015 S DDİDHK’nın bazı maddelerinde düzenlenen ilkenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların çıkarılacak olan Yönetmelik veya Yönetmeliklerle düzenleneceğine hükmedilmiştir. Kanunda bu nitelikte üç düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki :

1- ‘Uygun devlet desteği’ başlığını taşıyan m 3 düzenlemesinin 3. fıkrasında ‘ *Belirli türdeki devlet desteklerine grup muafiyeti tanınmasına ve teşebbüse belirli bir dönemde belirli bir miktarı aşmayacak şekilde verilen ve rekabeti önemli ölçüde bozmayan devlet desteklerinin bu Kanun kapsamında uygun devlet desteği olduğuna ve Kurul’a bildirilmesine gerek olmadığına ilişkin usul ve esaslar bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin olarak yürürlüğe konulan Yönetmeliklerle belirlenir.*’ hükmü yer almaktadır.

2-‘Kanuna Uygun Olmayan Devlet Desteğinin Geri Alınması’ başlığını taşıyan m 10 düzenlemesinin 6. fıkrasında ‘*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar iMaliye Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle yürürlüğe konulan Yönetmelikle belirlenir*’ hükmü yer almaktadır.

3- ‘Yönetmelik’ başlığını taşıyan m 14 düzenlemesinde ‘*Bu Kanunun uygulanmasına dair usul ve esaslar ile yapılacak işlemlere ilişkin süreler Kurul tarafından hazırlanarak Bakan onayı ile çıkarılan Yönetmeliklerle belirlenir*’ hükmü yer almaktadır.

⁴⁸ Bu sürece ilişkin açıklamalar için bkz II.2.



Bu düzenlemelerin yanısıra Kanun'un 'Yönetmeliklerin yürürlüğe konulması' başlığını taşıyan geçici madde 1 düzenlemesinde de yukarıda belirtilen düzenlemelerde atıfta bulunulan Yönetmeliklerin, çıkarılması süre şartına bağlanmıştır. Bu düzenlemede 'Devlet desteklerinin bildirimi izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin Yönetmelikler Kurulun teşkilini müteakip en geç dokuz ay içerisinde çıkarılır.' hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerin, açıklanmaya çalışılan sorunun ortaya konulması amacıyla; Kanun'un uygulanmasının sağlanmasına yönelik olarak atıfta bulunulan Yönetmelikler bakımından öz olarak şu şekilde yorumlanması mümkündür:

Kanun'un içerdiği ilkelerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların çıkarılacak Yönetmeliklerle düzenlenmesine ilişkin (m3/3) ve (m10/6) düzenlemeleri devlet desteklerinin rekabet düzenini bozucu etkileri bakımından; büyük önem taşıyan hususlarla ilgili düzenlemelerdir. Çünkü, uygun devlet desteklerinin kapsamı dışında kalan devlet destekleri (m3/3) ile ikinci düzenlemedeki geri alınmayan uygun olmayan devlet destekleri(m 10/6) rekabet düzeninin bozulmasında etkili olan devlet destekleri niteliğindedirler.

Bu nedenle bu düzenlemelerin uygulanması, uygulanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleyecek olan Yönetmeliklerin çıkarılması şartına bağlıdır; aksi takdirde bu düzenlemeler uygulanamayacak ve böylece rekabet düzeni bozulacaktır. Ayrıca Kanun'un m1/1 düzenlemesinde açıkça ifade edilmiş olan AB müktesebatına uyum sağlanması amacına ve bu bağlamda dolayısıyla devlet destekleri uygulamalarıyla rekabet düzeninin bozulmasına izin verilmemesi amacına aykırılık oluşturan çelişkili bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Gene aynı kapsamda yer alan (m 14) düzenlemesinde ise (m3/3) ve (m10/6) düzenlemelerinden farklı olarak, belirli hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esasların düzenleneceği Yönetmeliklere atıfta bulunulmayıp; Kanunun bütününe uygulanması için gerekli olan usul ve esasların düzenlenmesi ile yapılacak işlemlere ilişkin sürelerin belirlenmesi için çıkarılması gereken Yönetmeliklere atıfta bulunulmaktadır.

Bu düzenleme de kapsamı bakımından büyük önem taşımaktadır.Çünkü bu düzenlemede Kanun'un bütününe yaygın olarak devlet destekleri ile ilgili temel ilkelerin uygulanabilmesi; bu uygulamalara ilişkin usul ve esasların Yönetmeliklerle belirlenmesi şartına bağlanmıştır. Aksi halde yani bu Yönetmeliklerin çıkarılmaması olasılığında Kanun'un belirli hükümlerinin değil genelinin uygulanamaması sonucu ortaya çıkacaktır.

Diğer taraftan Geçici m1'de yer alan 'Devlet desteklerinin bildirimi izlenmesi ve denetlenmesine ilişkin Yönetmeliklerin Kurulun teşkilini müteakip en geç dokuz ay içerisinde çıkarılacağı' hükmü de Kanun Koyucunun bu Yönetmeliklerin çıkarılmasına ne kadar önem verdiğini ve iradesinin Kurulun teşekkülünü takiben en geç 9 ay içinde Yönetmeliklerin çıkarılmasına yönelik



olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Kanun koyucu bu süreyi ilgili idari mercilerin takdirine bırakmak istemediğinden 9 ay ile sınırlandırmak gereğini duymuştur.

Yukarıdaki açıklamalarımızda 6015 S DDİDHK'da atıfta bulunulan uygulama Yönetmeliklerine ve bunların önemine, hatta çıkarılmamaları olasılığının sonuçlarına vurgu yapmak gereğini duymamızın nedeni, T.C.'de Bu Kanun'un 23.10.2010 tarihinde RG'de yayınlanmak suretiyle yürürlüğe konulmuş gibi gösterilmekle beraber, ilgili uygulama Yönetmeliklerinin 2018 itibarıyla hala çıkarılmamış olduğu gerçeğidir. Bu gerçek 6015 S DDİDHK'nın uygulanması veya uygulanmaması sorununu ortaya çıkartmıştır.

Bu düzenlemelerde atıfta bulunulan Kurul, Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu'dur(m 2/1- d); Bakan Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakandır (m2/1-a).

Kurul tarafından şimdiye kadar birisi 2011 ve diğeri 2015 yıllarında sadece iki Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. Bu Yönetmeliklerden ilki '*Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu'nun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik*⁴⁹, Diğeri '*Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik*'tir.⁵⁰ Bu Yönetmeliklerin ikisi de Kanun'un uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen eksikliği sorun oluşturan Yönetmeliklerden değildir. Şöyle ki :

'Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik' 'Amaç' başlığını taşıyan m 1/1 düzenlemesinde 'DDİDHK'nın uygulanmasını sağlamak, izlemek ve denetlemek amaçlarından sözedilmektedir. Şöyle ki:

'Bu Yönetmeliğin amacı; 13.10.2019 tarihli ve 6016 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuatın uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek, mezkur Kanunda verilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler yapmak diğer görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak maksadıyla kurulan Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulunun görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esaslarını belirlemektir.'

Diğer Yönetmelik '*Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik*'in 'Amaç' başlığını taşıyan m 1/1 düzenlemesinde de

'Bu Yönetmeliğin amacı kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir mali fayda sağlayan uygulamaların izlenmesi her türlü kayıt ve verinin elektronik ortamda Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Aktarılması ve bu verilerin paylaşılması ile kayıt ve veriyi verme yükümlülüğünün yerine

⁴⁹ RG; 10.06. 2011, S 27960.

⁵⁰ RG; 30.05.2014, S 29015.



getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımlara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir' hükmü yer almaktadır.

Bu sorunun 6015 S DDİDK'nın RG'de yayınlanması sonrasında ortaya çıkan aşamalarının şöyle açıklanması mümkündür:

Bu sorun ortaya çıkar çıkmaz öncelikle AB Komisyonu'nun dikkatini çekmiştir.

Diğer taraftan, DDİDK Kurulu'nun oluşturulmasıyla birlikte Kurul tarafından yukarıda belirtilen Yönetmeliklerin yanısıra; Kanun'un uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen, eksikliği söz konusu uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılması amaçlı hazırlıklara da başlanmıştır.

Bu hazırlık çalışmalarından Komisyon, 2011 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda söz konusu Yönetmeliklerin yürürlüğe konulması amacıyla hazırlık çalışmalarına başlanmış olmasından olumlu bir gelişme olarak söz etmiş; ancak sonuç itibarıyla devlet destekleri alanındaki mevcut uyumsuzlukların ve eksikliklerin giderilmesi için daha çok çaba sarfedilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵¹

T.C. tarafında ise, DDİDK Kurulu'nu nezdinde uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılması amacıyla yapılan söz konusu hazırlık çalışmalarının 2011 Eylül sonunda tamamlanması, açık ifade ile uygulama Yönetmeliklerinin yürürlüğe konulması planlanmış olmasına rağmen; Kasım 2011'de çıkarılan bir KHK ile bu sure Haziran 2013'e kadar uzatılmıştır. Komisyon tarafından tespit edilen bu durum 2012 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda belirtilmiş ve sonuç itibarıyla DDİDK'nın bu Yönetmeliklerin çıkarılmaması nedeniyle etkisiz kaldığı vurgulanmıştır.⁵²

Komisyon'un bütün vurgulamalarına rağmen bu durum 3 defa daha tekrar edilmiş; açık ifade ile TC tarafından söz konusu Yönetmeliklerin çıkarılması hukuki düzenlemelerle yukarıdaki erteleme ile beraber toplam 4 defa taahhüt edildiği halde periyodik olarak peşpeşe 4 defa ertelenmiştir.⁵³

⁵¹ AB Komisyonu; 2011 tarihli Türkiye İlerleme Raporu, s.62-63 <http://www.ab.gov.tr>. (05.03.2018).

⁵² Komisyon bu Raporda 'Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulunun üyelerinin atanarak, Hazine Müsteşarlığından da uzman personel desteği transferinin gerçekleştirilmiş olduğu ve halihazırda eğitim programlarının yürütülmekte olduğu, böylece Devlet Destekleri Otoritesinin artık bütünüyle oluşturulmuş ve ilgili uygulama mevzuatını artık hazırlamaya başlamış olduğu ve hala Gümrük Birliği kuralları ile uyumlaştırılması gereken bir dizi destek programının olduğu' tespitlerini yapmış; ancak sonuç itibarıyla 'Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'un uygulanması mevzuatının bulunmaması nedeniyle etkisiz kaldığı ve Türkiye'nin Devlet Destekleri konusunda henüz yeteri kadar hazır olmadığı'nı vurgulamıştır. AB Komisyonu; 2012 tarihli Türkiye İlerleme Raporu, s.52 <http://www.ab.gov.tr>. (05.03.2018).

⁵³ En son 2011'deki Haziran 2013 tarihine ertelenmesinden sonra sonra bu Yönetmeliklerin yürürlüğe konulması 2013 'te çıkarılan Torba Kanun ile 31.12.2014'e ertelenmiştir. 04.06. 2013 tarih ve 6645 S Torba Kanun; RG 23.06. 2013; S 29335). Bu ertelemeye 2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda olumsuz bir tespit olarak değinilmiş olup; sonuç olarak söz konusu mevzuatın gene ertelenmesiyle bir dizi destek programı ile Gümrük Birliğinin ihlaline devam edildiği vurgulanmıştır. Bundan sonra bu mevzuat gene 31.12.2014 tarihinde yürürlüğe konulmamış ve söz konusu Yönetmeliklerin yürürlüğü bir kere daha 31.12.2015 tarihine ertelenmiştir. (AB Komisyonu '2014 tarihli Türkiye



Bu durum karşısında Komisyon'un Türkiye İlerleme Raporlarındaki sert eleştirilerine rağmen⁵⁴208 yılı itibarıyla sözkonusu Uygulama Yönetmelikleri hala çıkarılmamıştır. Diğer ifade ile 6015 S DDİDK hala gereğince uygulanamamaktadır.

Diğer taraftan T.C., AB'ye uyuma ilişkin planlarının yer aldığı çeşitli resmi belgelerde de sözkonusu uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılmasına ilişkin yetkili ve görevli kurumu ve tarihi de belirtmek suretiyle uyum planları yapmıştır.⁵⁵ Ancak bu planlarda belirtilen tarihlerde de bu Yönetmelikler yürürlüğe konulmamıştır. Hatta bunun yanısıra Bakanlar Kurulu'na DDİDK'nin uygulanmasını süresiz olarak erteleme yetkisi verilmiştir. Bu durum da Komisyon tarafından 2018 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda vurgulanmıştır.⁵⁶

İlerleme Raporu',s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018)Bu ertelemeye de Komisyon tarafından 2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda vurgulu ifadelerle değinilmiş ve sonuç olarak Türkiye'nin gene bu erteleme ile mevzuatın yürürlüğe konulmaması ve bizi destek programının uygulanmaya devam edilmesi suretiyle Gümrük Birliği kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmeye devam ettiği vurgulanmıştır.(AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018). AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018).Bu ertelemelerden sonra sözkonusu mevzuatın çıkarılması Devlet Desteklerinin izlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esasları içeren ikincil mevzuatın çıkarılması bu defa bir önceki erteleme taahhüdü olan 31.12.2015 tarihinde de çıkarılmamış; dördüncü olarak 2015/8325 S Bakanlar Kurulu Kararı ile 31.12.2016 tarihine ertelenmiştir.(RG 28.12.2015:S 29576).

⁵⁴ Komisyon'un özellikle 2016 ve 2018 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki sert ifdeleri dikkate değerdir. Şöyle ki: 'AB kuralları serbest rekabeti korumaktadır.....AB kuralları aynı zamanda hükümetlerin usule uygun olmayan biçimde, rekabeti bozan, devlet destekleri vermesini engellemektedir.

....Türkiye rekabet politikası alanında belirli düzeyde hazırlıklıdır. Geçtiğimiz sene bu alanda ilerleme kaydedilememiştir. Antitrust kuralları hakkındaki mevzuat AB müktesebatı ile büyük ölçüde uyumludur. Ancak Türkiye'nin devlet destekleri politikası ile AB devlet destekleri kuralları arasında uyum sağlanması konusundaki eksiklikler devam etmektedir. Gelecek yıl Türkiye'nin özellikle: Güncel bir devlet destekleri envanteri hazırlaması da dahil olmak üzere destek tedbirlerinin etkin bir şekilde izlenmesi ve AB müktesebatına gereken uyumun sağlanması amacıyla 'Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun'u gecikmeksizin uygulaması gerekmektedir.' (AB Komisyonu; 2016 yılı Türkiye ilerleme Raporu Eki Komisyon tarafından Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal Komiteye ve Bölgeler Komitesine Sunulan 'AB Genişleme Politikasına ilişkin 2016 Bildirimi', s.49, Brüksel 09.11.2016 SWD (2016)366 nihai, (COM (016)715 nihai). (23. 05. 2018). Komisyon en son 2018 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda gene bu hususa vurgulama yaparak şu ifadelerle yer vermiştir: 'Yasal çerçeve AB müktesebatıyla kısmen uyumludur. DDİDK ABİHA'nın 107-108. Maddeleri ile büyük ölçüde uyumludur. Ancak bu Kanunun uygulanması için gerekli Yönetmelikler henüz çıkarılmamıştır...Aralık 2017'de DDİDK'de ilgili Yönetmeliklerin yürürlüğe konulması için önceden belirlenmiş olan son tarih yürürlükten kaldırılmış ve Bakanlar Kurulu'na bu Kanunun uygulanmasını süresiz olarak erteleme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla Türkiye devlet desteklerine ilişkin mevzuatını ve bunun uygulanmasını ilgili AB müktesebatı ile henüz uyumlaştırmamıştır ve Türkiye'nin uygulama kapasitesini değerlendirmek mümkün değildir. Bir devlet destekleri envanteri henüz oluşturulmamıştır ve AB müktesebatına uyuma yönelik bir eylem planı henüz kabul edilmemiştir.' ('AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Eki' ndeki KOMİSYON ÇALIŞMA DÖKÜMANI- 2018 TÜRKİYE RAPORU, Strazburg 17.04.2018, SWD(2018)153 nihai, s 70. <http://www.ab.gov.tr/> (21.06.2018).

⁵⁵ Bu planların yer aldığı resmi belgeler: Ulusal Programlar, Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı ve Ulusal Eylem Planları belgeleridir. Bu belgelerin konu ile ilgili içerikleri için bkz Cengiz; s 218-240.

⁵⁶ Bkz dp51'deki 2018 tarihli Türkiye İlerleme Raporunda yer alan ifadeler.



Diğer taraftan da bu Yönetmeliklerin çıkarılması T.C.'nin AB'ye uyumu ile ilgili resmi belgelerde kurum ve tarih belirtilerek planlanmıştır.⁵⁷ Ancak bu planların hiçbirisi ilgili tarihlerde yerine getirilmemiştir.

T.C. tarafından DDİDHK'nin uygulanmasına ilişkin olarak ortaya konulan bu çelişkili durum, TBMM içinde muhalefetin tepki göstermesine sebep olmuş; fakat bu tepkiler sonuca etkili olmamıştır.

Örneğin: Bu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik olarak MHP Manisa Milletvekili Erkan Akçay tarafından '6015 S DDİDHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' Teklifi TBMM Başkanlığına sunulmuştur.⁵⁸ Bu Kanun Teklifi, TBMM nezdinde muhalefetin sözkonusu ikincil mevzuatın çıkarılmasına yönelik çabasının önemli bir örneğini oluşturmaktadır.⁵⁹

⁵⁷ Bu planların yer aldığı resmi belgeler: Ulusal Programlar, Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı ve Ulusal Eylem Planları belgeleridir. Bu belgelerin konu ile ilgili içerikleri için bkz Cengiz; s 218-240.

⁵⁸ MHP TBMM Grup Başkanlığı Tarih 11.02.2015 ve 20151/4480 Sayılı Belge. TBMM Tali Komisyon: AB Uyum Komisyonu, Asıl Komisyon: Plan ve Bütçe Komisyonu 13 Mart 2015, E No:2/ 2696.TBMM Genel Evrak 24.11.2015 No:54/48 <http://www.tbmm.gov.tr> (01.03. 2018).

⁵⁹ Bu Kanun Teklifinin genel gerekçesinde yer alan bazı ifadeler bu çabanın ve amacın ortaya konulabilmesi bakımından önemli ve vurgulayıcıdır. Şöyle ki:

' 6015 S DDİDHK AB uyum ve denetlenebilmesinin yasal çerçevesi programı çerçevesinde yasalaşmıştır.Böylece devlet yardımlarının AB mevzuatına uygun olarak verilmesinin ve denetlenebilmesinin yasal çerçevesi oluşturulmuştur....Devlet yardımları, büyüme bölgesel farklılıkların giderilmesi, işsizliğin azaltılması,araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin artırılması, çevresel sorunların azaltılması gibi konularda görülen temel ekonomik politikalar çerçev esinde bu politikaların olumlu etkilerini arttıran uygulamalardır.....Bu çerçevede devlet yardımları ülkedeki ekonomik ve sosyal temelli sorunların giderilmesinde önemli bir uygulama olarak kalkınma politikalarının temelinde bulunmaktadır.... Devlet yardımları piyasanın işleyişinde rekabeti bozucu etki yaratmakla birlikte yukarıda ifade edilen amaçları çerçevesinde büyük önem arz etmektedir.Dolayısıyla uygulamada bu yardımların belirlenmesi,dağıtımı ve uygulanması aşamalarının en ince ayrıntısına kadar denetlenebilir olması gerekmektedir. Aksi bir durum yardımı alan çevrelere ekonomik rant ve avantaj sağlama haline gelebilecektir.Bu sakıncanın giderilmesinin en önemli şartı etkin bir denetim mekanizmasının işleyişidir.....

...Demokratik yönetimlerde kamu bütçesinin esası denetimdir.Kamu kaynaklarının harcanmasına ve dağıtılmasına esas olan denetimdir.....Hükümetin kamu kaynaklarının kullanımına yönelik denetim olgusuna yaklaşımı denetim sürecinin ortadan kaldırılmasıdır.Nitekim devlet yardımlarına yönelik 5 yıl önce çıkarılan ve 1 Oca 2011 itibarıyla işlemeye başlaması öngörülen denetim mekanizması 6015 S DDİDHK'a dayanılarak 1 yıl ertelenmiştir.

6015 S DDİDHK'ya 06.02.2014 tarih ve 6518 S Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile Bazı Kanun ve KHK'larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun m. 111 ile eklenen m.1/1'de Devlet desteklerinin bildirimi ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin 31.12.2014 tarihine kadar yürürlüğe konulacağıbelirtilmekle beraber Bakanlar Kuruluna bu sürenin birer yıllık sürelerle iki defa ertelene bilmesi yetkisi verilmiştir.Bakanlar Kurulu da bu yetkinin arkasına sığınarak devlet yardımlarının denetlenmesini düzenleyen yönetmeliklerin yayınlanmasını bir yıl ertelemiştir.

6015 S DDİDHK Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kuruluna, şüpheli gördüğü devlet desteklerini durdurma, hak etmeyen kişilere veya yanlış şirketlere verilen devlet desteklerini iptal etme yetkisi verilmiştir. Bu yetki çerçevesinde sözkonusu yönetmeliklerin bir an önce yayınlanarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir....

Sonuç olarak kamu yönetimindeki şeffaflığın sağlanmasının en önemli şartlarından biri olan devlet yardımlarının denetlenebilirliğinin sağlanması için 6015 S DDİDHK'da devlet desteklerinin bildirimi ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin bir an önce yürürlüğe girerek denetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işleyişinin sağlanması gerekmektedir.'



DDİDHK'nin uygulanması sorununa ilişkin bir digger eksiklik oluşturan sorun da DDİDKurulu nezdinde ortaya çıkmaktadır. Kurul Kanun'un uygulanmasının izlenmesi ve denetlenmesinde, yetkili ve görevli tek birim olarak işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olan özelliklere sahip değildir. Şöyle ki:

Kurul, Kanun'un m.4/1 hükmüne dayanılarak, Hazine Müsteşarlığı bünyesi içinde ve sekreteryası Hazine Müsteşarlığı kadrolarından oluşturulmuştur. Bu bağlamda Kurul tüzel kişiliğe sahip değildir. Tüzel kişiliği olmayışı işlevini yerine getirmesini imkansız kılmaya da büyük ölçüde zorlaştıran basilica engeldir. Buna ek olarak sözkonusu uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılmayışı da Kanun'un uygulanmasını engellediği gibi, buna bağlı olarak Kurul'un işlevini yerine getirmesini de engelleyici niteliktedir.

Kurul işlevini yerine getirmesine ilişkin bu zorlaştırmacı ve engelleyici özelliklerinin yanısıra, tarafsızlığının teminatı olan bağımsızlık özelliğine de sahip değildir. Şöyle ki:

Kurul'un 6 üyesinden herbiri Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı , Dış Ticaret Müsteşarlığı ve Rekabet Kurumunca bu

Kanun Teklifinin genel gerekçesindeki DDİDHK'un etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayacak yönetmeliklerin bir an önce çıkarılması gerekliliğine ilişkin,, bu vurgulayıcı ifadeler karşılık; Kanun Teklifinde yapılması istenen değişikliği içeren maddelerin metni ve madde gerekçelerinde bu yönetmeliklerin yürürlüğe kurmasına yönelik bir care olarak, yönetmeliklerin yürürlüğe konulması yolunda sure sınırı belirlemek suretiyle yükümlülük yükleyen bir düzenleme değişikliği yapılması, böylece bu yönetmeliklerin bu süreler içinde hazırlanmasına ve yayınlayarak yürürlüğe konmasına yönelik olarak ilgili merciin teşvik edilmesi amaçlanmıştır.

Kanun Teklifinde yapılması istenen değişikliği içeren maddelerin tam metni ve madde gerekçeleri şöyledir:

MADDE 1: 13.10.2010 tarih ve 6015S DDİDHK EK 1 maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

'Müsteşarlıkça, kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir şekilde maddi fayda sağlayan uygulamaların izlenmesine yönelik yönetmelikler Kurul tarafından 01.04. 015 tarihine kadar yürürlüğe konulur.'

Bu düzenlemenin madde gerekçesinde: '...6015 S DDİDHK m.1/1'de değişiklik yapılmak suretiyle devlet desteklerinin bildirimi ve denetlenmesine ilişkin yönetmeliklerin yürürlüğe gireceği en geç tarih belirlenmektedir.';

MADDE 2: 6015 S Kanunun Geçici m3/1'de yer alan 'üç ay' ibaresi 'kırkbeş gün' olarak, bu maddenin ikinci fıkrasında yer alan 'altmış' ibaresi 'otuz' olarak, üçüncü fıkrasında yer alan 'otuz' ibaresi 'onbeş' olarak, dördüncü fıkrasında yer alan 'Geçici linci madde uyarınca çıkarılan yönetmeliklerin' ibaresi 'Devlet desteklerinin bildirimi izlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili yönetmeliklerin' olarak değiştirilmiştir.

Bu değişikliğin madde gerekçesinde: '6016 S DDİDHK Geçici m.3'te değişiklik yapılmak suretiyle mevcut devlet desteklerinin 6015 S DDİDHK'a göre denetiminin kısa bir süre içinde tamamlanması düzenlenmektedir'. İfadeleri yer almaktadır.

6015 S DDİDHK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin bu Kanun Teklifinin içeriğinden ve genel gerekçesi ile madde gerekçelerinden Kanun Teklifi ile, AB'nin T.C.'den AB rekabet hukukuna uyum yükümlülüğü ve 'Rekabet Politikası' faslı açılış kriterleri çerçevesinde ısrarla vurguladığı DDİDHK'un ve T.C. devlet desteklerinin bu Kanundaki düzenlemelere göre ve AB rekabet hukukuna uygun olarak bildirilmesi, verilmesi ve izlenmesi,denetlenmesi sisteminin hayata geçirilmesidir. Diğer ifade ile bunu sağlayacak olan ikincil mevzuatın çıkarılmasıdır.Bu nedenle ikincil mevzuatın çıkarılmasına ilişkin sure sınırları belirlenmiş (m.1) ve çıkarılması gereken bu yönetmeliklerin devlet desteklerinin bildirimi,izlenmesi ve denetlenmesi ile ilgili olması şartı getirilmiştir(m.2).

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Kurumlarını temsilen birer üye olmak üzere müşterek bir Kararname ile atanmaktadır(DDİDHK m 4/2,3).

Bu düzenlemeler karşısında Kurul'un bağımsız olduğu iddia edilemez. Çünkü Kurulun öncelikle oluşum şekli Merkezi yönetim ile sıkı sıkıya bağlı olmasını gerektirmektedir. Üyelerin temsil edecekleri idari birimler olarak m 4/2'de adı geçen Bakanlıklar ve Müsteşarlıklar Merkezi Yönetimin en temel Kurum ve Kuruluşlarıdır. Bu bağlamda Kurul siyasi ilişkilerin dışında kalamayacak, objektif ve tarafsız olamayacak, diğer ifade ile bağımsız olamayacaktır.

Kurul'un işlevselliğine ve bağımsızlığına ilişkin bu olumsuzluklar Komisyon tarafından da vurgulanmıştır.⁶⁰

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde T.C.'de usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir hukuki düzenleme olan 615 S DDİDHK'nın en temel hükümleri bakımından gereğince uygulanmadığı ortaya çıkmaktadır. Ancak bu Kanun'un uygulanmasına ilişkin Yönetmelikler yürürlüğe konulsa dahi; DDİDKurul'unun işlevsel olarak maruz bulunduğu güçlükler ile bağımsız olmayışının sonuçları bakımından gene da olması gerektiği şekilde uygulanması mümkün olamayacaktır.

Bu durum karşısında Devletin AB sürecinin etkisiyle RG'de yayınlayarak yürürlüğe girmiş gibi gösterdiği bir Kanunu içten oyarak atıl duruma düşürmüş olmasının, hukuk devleti ilkeleri bakımından çok derin bir çelişki oluşturduğu çok açıktır.

III. 2. T.C. de Devlet Destekleri Alanındaki Eksikliklerin ve Uyumsuzlukların AB Süreci üzerindeki Etkileri

T.C.de, devlet destekleri alanında AB müktesebatına uyumsuzluk veya aykırılık oluşturan eksikliklerin AB süreci üzerindeki etkilerini T. C.nin AB üyeliğine yönelik politikası ve AB'nin T. C.'nin üyeliğine yönelik politikası bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Şöyle ki:

T.C. de rekabet düzenini bozucu etkileri bakımından önemli bir potansiyele sahip olan devlet destekleri uygulamaları uzun yıllar bu potansiyel hiç dikkate alınmaksızın; dağınık bir mevzuata bağlı olarak çok parçalı bir kurumsal yapı tarafından yürütülmüştür.⁶¹ Bu durum AB süreci devam ederken 1994 tarihli ve 4054 S RKHK'nın kabulünden 10 yıl sonra, 03.10. 2005'te başlayan müzakere sürecinin em önemli fasıllarından birisi olan⁶² 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterlerinin tamamının devlet destekleri alanındaki eksiklik aykırılık ve uyumsuzluklar

⁶⁰ Kurumsal çerçeveye ilgili olarak Kanun'un uygulanmasından DDİD Kurulu sorumludur. Kurulun işlevsel olarak bağımsız olduğu söylenemez' ('AB Genişleme Politikasına İlişkin 2018 Bilgilendirmesi Eki' ndeki KOMİSYON ÇALIŞMA DÖKÜMANI- 2018 TÜRKİYE RAPORU, Strazburg 17.04.2018, SWD(2018)153 nihai, s 70. <http://www.ab.gov.tr> (21.06.2018).

⁶¹ Bu sürece ilişkin açıklamalar için bkz II.1.

⁶² Bu faslın önemine ilişkin açıklamalar için bkz Cengiz; s 42-48.



alanından tercih edilmesi ve 20.06.2006'da Avusturya dönem başkanlığı tarafından T.C. ye bildirilmesi üzerine;6015 S DDİDHK'nın RG'de yayınlanmasıyla⁶³ ve bu Kanun'a dayanılarak DDİDKurulu'nun oluşturulmasıyla temel eksiklikler olan, genel olarak devlet desteklerinin rekabet kurallarını da dikkate almak suretiyle düzenlendiği AB müktesebatı ile uyumlu bir Kanun'un yürürlüğe konulması ve devlet desteklerini izlemek ve denetlemekle yetkili ve görevli tek bir otoritenin kurulmasıyla, AB müktesebatına uygun olarak değiştirilmese veya düzeltilmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır.Ancak bu adım daha sonra somutlaştırılmamış ve görünüşte şekli bir durum olarak kalmıştır.Bu şekli durum AB Komisyonunun dikkatinden kaçmamıştır. Öyle ki, bu Kanun sadece RG'de yayınlanmakla kalmış ve belirli nedenlerle uygulanmamıştır. Kurulun ise bağımsız ve işlevsel olmasını güçleştiren veya engelleyen nedenlerle izleme ve denetleme görevini layıkıyla yerine getirmesine ölge düşürülmüştür⁶⁴

Bunun yanı sıra 'Rekabet Politikası' faslının açılış kriterleri arasında yer alan diğer eksiklik ve uyumsuzluklar⁶⁵ da yerine getirilmemiştir. Bunlar arasında devlet destekleri uygulamalarına ilişkinbelirli koşulları içeren resmi bir envanterin⁶⁶ çıkarılması ve uyuma ilişkin planları içeren bir eylem planının⁶⁷ hazırlanması Komisyon tarafından daha sonra da vurgulanmıştır.

⁶³ RG 23.10.2010, S 27739.

⁶⁴ Bu sorunların ayrıntılarına ve ortaya çıkışına ilişkin açıklamalarla ilgili AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporlarındaki ifadeler için bkz III.1.

⁶⁵ Açılış kriterleri kapsamında yer alan bu eksiklik ve uyumsuzluklar için bkz II.2, dp 28.

⁶⁶ '...Devlet Desteklerini İzleme ve :Denetleme Kurulunun hala resmi bir Devlet Destekleri Envanteri oluşturması gereklidir,çok sayıda devlet desteği uygulaması Gümrük Birliği ile uyumsuz olmaya devam etmektedir...' AB Komisyonu '2013 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.30 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018).

'...Devlet Destekleri İzleme ve Denetleme Kurulu'nun henüz resmi bir Devlet Destekleri Envanteri oluşturmamıştır...'; AB Komisyonu '2014 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.31 <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018).

'...hala,kapsamlı bir Devlet Destekleri Envanterinin oluşturulamamıştır....' AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu s .43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018).

Bu kriterin karşılanması amacıyla kapsamlı envanterin esas itibarıyla Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Otoritesi tarafından hazırlanması gerekmele birlikte, ülkemizdeki mevcut destek programlarının türünü ve içeriğini 'genel hatlarıyla değerlendiren taslak envanter' Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanarak 18.10.2010 ve 29.11.2010 tarihlerinde iki grup halinde Komisyona iletilmiştir.(T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı; 'Rekabet Politikası',s.2. http://www.ab.gov.tr (23.05.2018).

Ancak, bu Taslak envanterin Komisyon tarafından istenilen şartları içermediği yani yetersiz bulunduğu Bu taslak envanterin Komisyona iledildiği 2010 yılını takiben yayınlanan yukarıda ilgili içerikleri iktibas edilen 2013- 2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporlarındaki ifadelerden anlaşılmaktadır.

⁶⁷ 'Eylem planı' hakkında AB Bakanlığı tarafından '....DDİDHK çerçevesinde Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan bir Taslak Eylem Planının 27. 10.2010 tarihinde AB Komisyonuna iletilmiş ', olduğu bilgisi açıklanmıştır. T.C.Avrupa Birliği Bakanlığı; '8. Rekabet Politikası',s.2, <http://www.ab.gov.tr/> (13.02.2018).

Ancak, beşinci kriterde AB tarafından istenilen eylem planı '...mevcut ikili Anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler ile uyumsuz olduğu belirlenen tüm desteklerin uyumlaştırılması amacıyla açık bir takvim içermesi şartıyla, Komisyonun kabul edeceği bir eylem planı'dır. Komisyona T.C. tarafından sunulmuş olan Taslak Eylem Planının bu niteliklere sahip olmadığı, Komisyonun sunulmuş olan Taslak Eylem Planı ile bu kriter bakımından yeterli bulmadığı 2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporundaki ifadelerden anlaşılmaktadır.Bu konuda 2015 tarihli Türkiye İlerleme



Bu durum karşısında TC.'nin, DDİDHK'yi uygulama Yönetmeliklerini çıkartmamak suretiyle uygulamaması, bununla da kalmayarak, yanısıra bu Yönetmelikleri çıkartmaya ilişkin taahhütlerini yerine getirmeyerek peşpeşe 4 defa ertelemesi üzerine 2018 itibarıyla hala çıkarmamış olması uluslararası ilişkilerde uyulması gereken ahde vefa ilkesine aykırılık oluşturmakta ve bu suretle muhatabın güvenini sarsmaktadır.

Bütün bu eksikliklerin ve uyumsuzlukların yerine getirilmesi ve düzeltilmesi tamamen T.C.'nin isteğine bağlı olup; bu zor da değildir. T.C.'nin bu bakımdan sergilediği davranışlar, açıkça bunları yapmak istemediğini; dolayısıyla da AB üyesi olmak istemediğini ortaya koymaktadır.

Buna karşılık ise AB d, T.C. üye olarak istemeyecek veya ismemesi gerekecektir. Çünkü AB'nin rekabet kurallarının hedefi olan rekabet kurallarına uygun olarak işleyen bir rekabet düzeninin hakim olduğu AB Ortak Pazarında bu rekabet düzenini bozma potansiyeli olan ve bu potansiyeli korumakta ısrar eden bir aday devleti üye olarak kabul etmesi mümkün olmayan bir durumdur.

Ayrıca AB'nin de aday devletlere karşı objektif olmadığı, bu bağlamda T.C.'ne de diğer aday devletlere kıyasen daha sert olduğu ayrıntılarda ısrar ettiği ve 'Rekabet Politikası' faslının müzakereye açılmasının siyasi olarak engellendiği ileri sürülmektedir.⁶⁸

Sonuç olarak müzakere sürecinin bugününde, bu sürecin sonucunu tek başına belirleme gücüne sahip olmazsa olmaz, vazgeçilmez nitelikli; bu nedenle AB tarafından hiç taviz verilmeyen 'Rekabet Politikası' faslı açılış kriterlerinin yerine getirilmemesi sebebiyle müzakereye açılmayan üç fasıldan biri haline gelmiş ve T.C.'nin ısrarlı tavrı nedeniyle çıkmaza girmiştir. Durum böyle devam ederse T.C.'nin AB'ye üye olması mümkün olmayacaktır.

Ancak, uluslararası ilişkilerde sadece çıkarların rol oynadığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle tarafların yukarıda ifade edilen T.C.'nin AB üyeliğine ilişkin politikalarının eleştiri konusu yapılması doğru değildir. Tarafların bu politikaların perde arkasındaki gerçek niyetlerini ilerleyen süreçte ortaya çıkan somut gelişmeler ortaya koyacaktır. Hem T.C.'nin hem de AB'nin kendi çıkarlarını düşünerek karşı tarafı istememeleri olağan karşılanmalıdır.

IV. Sonuç

Yukarıdaki incelemeler, araştırmalar ve tespitler karşısında, Türk hukukunda rekabet kuralları kapsamında devlet destekleri uygulamalarına ilişkin şu temel çıkarsamalar ortaya çıkmaktadır:

Raporunda 'Devlet Desteği uygulamalarının AB Müktesebatına uyumuna ilişkin Eylem Planının tamamlanmasının hala beklenmekte olduğu..', ifadesi yer almaktadır. AB Komisyonu '2015 tarihli Türkiye İlerleme Raporu',s.43. <http://www.ab.gov.tr/> (16.02.2018).

⁶⁸ Bu görüş, Haluk Kabaalioğlu tarafından 'Avrpa Birliği Belçika Dönem Başkanlığında Rekabet Başlığının Açıklanması Son Derece Kaygı vericidir' başlığını taşıyan Basın Duyurusunda gerekçelendirilerek savunulmuş ve açıklanmıştır. 20. 12.2010, İstanbul, İKV, Basın Duyurusu [http://: www.ikv.org.tr](http://www.ikv.org.tr) (30.05.2017).



1-Türk hukukunda devlet destekleri uygulamalarını rekabet düzenini bozucu etkilerinin de dikkate alınması suretiyle düzenlendiği ilk Kanun olan 23.10.2010 tarihli 6015 S DDİDHK uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesigereken uygulama Yönetmeliklerinin çıkarılmaması gerekçesiyle rekabet düzeninin korunması bakımından temel öneme sahip hükümleri başta olmak üzere genel olarak olması gerektiği şekilde uygulanmamaktadır. Bu suretle Türk hukukunda rekabet düzeni devlet destekleri uygulamaları vasıtasıyla bizzat devlet tüzel kişiliği tarafından ihlal edilmektedir.

2- Devlet destekleri uygulamalarının Kanuna uygunluğunun izlenmesi ve denetlenmesi ile yetkili ve görevli tek izleme ve denetleme otoritesi olarak kurulmuş olan DDİD Kurul'u oluşturulma şekline bağlı olarak mevcut haliyle bağımsızlık özelliğine sahip değildir ve engeller sebebiyle işlevselliğini de yerine getirememektedir. Bu durum da yukarıdaki maddede ifade edilmiş olan 'Türk hukukunda rekabet düzeninin devlet destekleri uygulamaları vasıtasıyla bizzat devlet tüzel kişiliği tarafından ihlal edilmekte olduğu sonucunu ortaya çıkartmaktadır.

3- Yukarıda ve 2. maddeler kapsamında varılmış olan sonuçlar bakımından yapılması mümkün bir diğer çıkarsama da şudur: Bir Devlet tarafından bir Kanun çıkartılıp(6015 S DDİDHK), bu Kanunda yer alan 'Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer'(m 18/1) hükmüne dayanarak Kanunu RG'de yayımlatması(RG 23.10.200, S27739); ancak daha sonra bu Kanunun uygulanmasına ilişkin engellerin konulması veya mevcut engellerin kaldırılmamasında ısrar edilmesi hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde derin bir çelişki oluşturmaktadır.

4- T.C.'de devlet destekleri uygulamalarına ilişkin Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesinden doğrudan doğruya yetkilendirilmiş ve görevlendirilmiş ilk ve tek kurum olan DDİD Kurulu tarafından hazırlanmış resmi bir envanter çıkarılmamıştır. Bunun yerine ülkemizdeki mevcut destek programlarının türünü ve içeriğini 'genel hatlarıyla değerlendiren taslak envanter'Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanmış ve 18.10.2010 ve 29.11.2010 tarihlerinde iki grup halinde Komisyona iletilmiştir.⁶⁹ Bu taslak envanter T.C.'deki devlet destekleri uygulamalarının Kanuna uygunluk ve sosyal ekonomik adalet bakımından değerlendirilebilmesi için yeterli ayrıntıları içermemektedir. Nitekim 'Rekabet Politikası' faslının ilgili açılış kriterinin karşılanması bakımından da Komisyon tarafından yeterli bulunmamıştır.⁷⁰ Sonuç itibarıyla yeterli envanter çıkarılmadığından T.C.'deki devlet destekleri uygulamalarının rekabet düzeni üzerindeki etkileri bakımından değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan bu durum saydamlık ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

5- Ulusal çerçevede yapılmış olan bu çıkarsamalar, devlet destekleri uygulamalarının rekabet düzeni üzerindeki olumsuz etkilerinin sadece ulusal sınırlar dahilindeki piyasaları değil; aynı

⁶⁹ T.C.Avrupa Birliği Bakanlığı;'Rekabet Politikası',s.2.<http://www.ab.gov.tr> (23.05.2018)

⁷⁰ Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz III.2.



zamanda küreselleşmiş finansal piyasaları da etkilediğinden uluslararası ilişkileri de olumsuz etkileme potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda her zaman etkilenen piyasaların bulunduğu devletlerin T.C.'ne karşı olumsuz tavır sergilemeleri muhtemeldir.

6- Türk hukukundaki devlet destekleri uygulamalarının rekabet düzenini dikkate almaksızın yürütülmesi, AB tarafından da, ikili hukuki düzenlemeler çerçevesinde T.C.'nin üstlendiği yükümlülükler aykırılık oluşturduğu ve AB Ortak Pazarında düzgün işleyen bir rekabet düzeninin varlığının vazgeçilmez olduğu gerekçeleriyle; sert tepki ile karşılanmakta ve ilişkileri olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle müzakere sürecinin en önemli fasıllarından olan 8. 'Rekabet Politikası' faslı hala müzakereye açılmamış ve açılması da kördüğümüne dönüşmüştür. Bu durum müzakere sürecinin sonucunu olumsuz etkileme gücüne sahiptir.

7- Yukarıdaki açıklamalarımızda T.C.'deki devlet destekleri uygulamalarına ilişkin yanlışların veya eksiklerin ab süreci üzerindeki etkilerine ilişkin olarak yapılmış olan hem T.C.'nin hem de AB'nin TC.'nin AB üyeliğine istekli olmadıkları çıkarsamasının her iki taraf bakımından da olumsuz bir eleştiri olarak algılanmaması gerektiğini tekrar vurgulamak gereklidir. Çünkü uluslararası ilişkilerde sadece çıkarların rol oynadığı b gerçeği karşısında tarafların kendi çıkarlarının gereği olarak şöyle veya böyle davranmaları olağan veya saygıyla karşılanması gereken tercihlerdir. T.C. bu tavrıyla AB'ne, artık AB üyeliği olmadan da varlığını ve gücünü koruyabileceği mesajını vermektedir. T.C. açısından asıl sorun bir hukuk devleti olarak kendi iç hukuk sisteminde yaratılmış olan çelişkinin hukuk devletinin temelinde oluşturduğu çatlaklardır.



YURT DIŞINDA VERİLMİŞ MAHKÛMİYETE BAĞLI HAK YOKSUNLUKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Reşit Karaaslan

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

Öz

Ceza kanunlarının mülkiliği ilkesi gereğince ceza mahkemelerince verilen kararlar esas itibarıyla iç hukukta değer kazanır ve sadece kararı veren mahkemenin bulunduğu ülkede geçerli kabul edilir. Ancak bu kurala bazı istisnalar getirilmiş; böylece yabancı ülke ceza mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet kararlarına belli şartlar altında uluslararası alanda da geçerlilik tanınmıştır. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu'nun 17. maddesine göre yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükümler, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektiriyorsa Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçların geçerli olmasına karar verilecektir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, şartların gerçekleşmesi halinde, yabancı bir mahkeme tarafından verilen hüküm, hak yoksunluğu bakımından Türk kanunlarına göre değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Diğer bir ifadeyle; Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtildiği üzere işlemiş olduğu suç nedeniyle mahkûm edilen kişi, ceza mahkûmiyetinin bir sonucu olarak bazı haklarını kullanmaktan yoksun bırakılabilir. Söz konusu bu madde kural olarak, Türk mahkemeleri tarafından yapılacak yargılamaları ilgilendirmekte ise de, Türk Ceza Kanunu'nun 17. maddesinin atfıyla, Türk kanunlarının uygulama alanı bulduğu bir suç hakkında yabancı bir mahkeme tarafından hüküm verilmiş olması halinde de hak yoksunlukları, yabancı mahkeme hükmünün bir sonucu olarak Türkiye'de geçerli olmak üzere uygulanacaktır. Bu çalışmada, yabancı mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydı ve bu kayıtların hak mahrumiyeti doğurması hususundaki yasal düzenlemeler incelenecek, karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mahkûmiyet, mahkûmiyet kararı, yabancı mahkeme kararı, hak yoksunluğu, adli sicil, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması, mülkilik ilkesi



DEPRIVATION of RIGHTS DUE to SENTENCE of FOREIGN COURTS

Abstract

Pursuant to the principle of territoriality of criminal law, decisions given by Criminal Courts mainly gain validity in domestic law and are recognized only in the country of the court which has given the decision. However, some exceptions to this rule have been introduced and accordingly, the validity of the sentences given by foreign criminal courts has been recognized at the international level under definite conditions. Indeed, according to the article 17 of the Turkish Criminal Law, if the decisions given by foreign courts which are not contrary to the Turkish legal order require a deprivation of right according to the Turkish law, they will have the consequences stipulated in the Turkish laws upon the request of the Public Prosecutor. As can be understood from this article, if the relevant conditions are met, a sentence of a foreign court will be evaluated according to the Turkish laws in terms of deprivation of rights. In other terms, as stated in the article 53 of the Turkish Criminal Law, a person who was sentenced for his/her crime may be deprived of some of his/her rights as a result of criminal conviction. Although the above-mentioned article concerns, as a rule, the trials to be made by the Turkish courts, deprivation of rights will be valid and applied in Turkey if the sentence was imposed by a foreign court about a crime for which the Turkish laws are applicable, with reference to the article 17 of the Turkish Criminal Law. This study addresses legal regulations on the registration of sentences of foreign courts into the criminal record and deprivation of rights based on these records, with an attempt to propose solutions for the problems encountered in this regard.

Key Words: sentence, sentence of condemnation, decision of a foreign court, deprivation of right, criminal record, enforcement of criminal laws in terms of location, principle of territoriality

I. Giriş

Suç sayılan fiillere bağlanan hukuki sonuçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “yaptırım” başlığı altında düzenlemiş; 45-52. maddeler arasında “cezalara”, 53-60. maddeler arasında ise “güvenlik tedbirlerine” yer vermiştir. Böylece TCK iki izli yaptırım sistemi öngörmüştür⁷¹. Buna göre, suç

⁷¹ TCK’nın öngördüğü yaptırım sistemi ve ayrıca ceza ve güvelik tedbirleri hakkında genel bilgiler için AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 733 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 745 vd.; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016, s. 535 vd.; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 557 vd.; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt II, 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999, kn. 1307 vd.; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt III, 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997, kn. 1642 vd.;



teşkil eden hukuka aykırı bir fiilin karşılığı olarak uygulanacak yaptırım ya ceza ya da güvenlik tedbiri veya hem ceza hem güvenlik tedbiri olacaktır. TCK, suç karşılığında uygulanan yaptırım olan cezaları, hapis ve adli para cezası olarak belirlemiş; güvenlik tedbiri başlığı altında ise “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” (md. 53), “eşya müsadere” (md. 54), “kazanç müsadere” (md. 55), “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri” (md. 56), “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri” (md. 57), “suçta tekerür ve özel tehlikeli suçlular” (md. 58), “sınır dışı edilme” (md. 59), “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” (md. 60) olmak üzere sekiz adet güvenlik tedbirine yer vermiştir.

Ceza kanunlarında yer alan hükümler tek taraflı çatışma kurallarıdır⁷². Bu nedenle ceza mahkemelerince verilen hükümler ve bu hükümler doğrultusunda uygulanan cezalar ve/veya güvenlik tedbirleri kararları kural olarak sadece hükmü veren mahkemenin bulunduğu ülkede geçerli kabul edilir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları mevcuttur. Örneğin yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekröre esas olmazlar. Ancak kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarından dolayı yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır (TCK m.58/4). Dolayısıyla TCK bu suçlardan dolayı verilen yabancı ülke mahkeme hükümlerine uluslararası alanda geçerlilik tanımış; değer atfetmiştir.

Yabancı mahkemelerce verilen hükme TCK’nın değer atfettiği diğer bir alan ise bu çalışmanın konusunu oluşturan hak yoksunluklarıdır. Gerçekten de TCK m. 17’ye göre “mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 679 vd.; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 405 vd.; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 651 vd.; İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s. 627 vd.; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 537 vd.; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 1117 vd.; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, 623 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 665 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, kn. 778 vd.; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 533 vd.; TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 23. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016 s. 427 vd.; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s. 529 vd.

⁷² AMBOS, Kai, Vor §§ 3-7 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 1, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003, kn. 1; ESER, Albin, Vor §§ 3-7 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (S/StGB), 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, kn. 1 vd.; LEMKE, Michael, Vor §§ 3-7 StGB, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB), Band 1, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005, kn. 1 vd.; WERLE, Gerhard/JEBBERGER, Florian, Vor § 3 StGB, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), Band 1, 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, kn. 2 vd.



bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir.”

Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde öncelikle TCK m. 53’de düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” güvenlik tedbirine ilişkin genel açıklamalara yer verilecek, daha sonra ise TCK’nın 17. maddesinde yer alan düzeleme, gerekli görülen diğer kanun maddeleri ile birlikte değerlendirilecektir.

II. Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

“Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” güvenlik tedbirini düzenleyen ve toplamda altı fıkradan oluşan TCK m. 53, aslında şartları birbirinden farklı olan üç tür tedbiri düzenlemektedir. Birincisi ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan hak yoksunlukları (TCK m. 53/1-4), ikincisi hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunlukları (TCK m. 53/5), üçüncüsü hâkimin takdirine bağlı olarak hükmedilen hak yoksunlukları (TCK m.53/6)⁷³. Bu tedbirleri ayrı ayrı incelemek konunun anlaşılabilirliği açısından daha uygun olacaktır.

A. Kasten İşlenen Bir Suçtan Dolayı Hapis Cezasına Mahkûmiyetin Kanuni Sonucu Olan Hak Yoksunlukları (TCK m. 53/1-4)

Hak yoksunluklarının ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu⁷⁴ olarak ortaya çıkması TCK m. 53/1-4. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre kişi, kasten işlenmiş bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuş olmalıdır. Ancak kasıtlı işlenen suçtan hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hak yoksunluğunun doğabilmesi için, maddenin dördüncü fıkrasına göre hapis cezasının kısa süreli olduğu takdirde ertelenmemiş olması ve kişinin fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. Bununla birlikte bütün hak yoksunlukların ortaya

⁷³ AKSAN, Murat, “Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma”, in: 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt I, Ed. Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul, 2015, s. 40.

⁷⁴ Hak yoksunluğunun kanuni sonuç olması, şartların gerçekleşmesi halinde mahkûmiyete bağlı olarak kendiliğinden, otomatik olarak ortaya çıkması, mahkemenin hükmünde göstermesine gerek olmaması, hükümde gösterilmese dahi infaz aşamasında dikkate alınmasını ifade etmektedir. YCGK, 26.10.2010, E: 2010/10-44, K: 2010/213: “Ceza Genel Kurulunun 12.12.2006 gün ve 301-296 Sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa ve aleyhe temyiz bulunmasa bile sanık açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler.” YCGK, 16.02.2010, E: 2010/7-36, K: 2010/30: “Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı gibi, “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında, yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkûmiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, mahkûmiyetin doğal sonucu olduğundan, kararda gösterilmemiş olsa bile hükümlü açısından kazanılmış hakka konu olamazlar, başka bir anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilemezler. Bu nedenle de TCK’nın 53. maddesinin uygulanmaması yalnız başına bozma nedeni olarak değerlendirilmemekte ve uygulamada eksikliğe işaret edilmekle yetinilmektedir. Ancak, 5271 sayılı CMK’nın 223/6. maddesi uyarınca, mahkûmiyet halinde, mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirlerinin uygulanması gereken hallerde buna da hükmolunması esasen zorunlu olup, hükmün başka bir nedenle bozulması halinde ya da TCK’nın 53. maddesinin yanlış uygulanması durumunda, bu hususların da bozma nedeni yapılacağı açıktır.”



çıkabilmesi için aranan şartların yanında ortak bir şart olarak kesinleşmiş ceza mahkûmiyetinin bulunması gerektiği izahtan varestedir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olan hak yoksunluğundan bahsedilmek için beş şartın bir arada bulunması gerekmektedir⁷⁵.

İlk olarak işlenen fiilin suç olması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin kabahat niteliğindeki bir fiilin işlenmiş olması durumunda kanuni sonuç olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmayacaktır.

İkinci olarak suçun kasten işlenmiş olması gerekmektedir. Maddede kastın türüne ilişkin bir açıklama yapılmadığından ötürü, işlenen suçun doğrudan kast ya da olası kast ile işlenmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Yine işlenen kasıtlı suçun madde kapsamında belirtilen haklar ile bir bağlantısının bulunması da şart değildir.

Üçüncü olarak hapis cezasına mahkûm olmak gerekmektedir. Buna göre kanun koyucu kişinin yalnızca adli para cezasına mahkûm edilmesi halinde belli hakları kullanmaktan yosun bırakılmasını uygun bulmamıştır. Dolayısıyla kişi yargılama sonunda doğrudan veya TCK m. 50'de yer verilmiş seçenek yaptırım yoluyla sadece adli para cezasına mahkûm edilirse veya yargılama sonucu verilen mahkûmiyet kararı TCK m. 50'de yer alan seçenek tedbirlere çevrilirse, TCK m. 53/1-4'de yer alan hak yoksunluklarına tâbi bırakılamayacaktır. Zira TCK m. 50/5 hükmüne göre uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir⁷⁶. Yine suçun karşılığında hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olarak

⁷⁵ Söz konusu şartlar hakkında AKBULUT, s. 787 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 891 vd.; CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 701 vd.; DEMİRBAŞ, s. 635 vd.; HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, s. 476 vd.; HAKERİ, s. 675 vd.; İÇEL, s. 703 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 599 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1027 vd.; 1220 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 666 vd.; ÖZGENÇ, s. 807 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 905 vd.; SOYASLAN, s. 577 vd.; TOROSLU, s. 461 vd.; ZAFER, s. 635 vd.

⁷⁶ Ancak dikkat edilmelidir ki, adli para cezasının gerekli süre içinde ödenmemesi veya ödenmeye başlanıp da devam ettirilmemesine seçenek tedbirlerin gereklerinin yerine getirilmemesinden farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Zira TCK m. 50/6 hükmüne göre “Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hüküm veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.” Buradan da anlaşılacağı üzere seçenek tedbirlerin yerine getirilmemesi halinde hapis cezası kısmen veya tamamen infaz edilecektir. Bu durumda asıl mahkûmiyet hapis cezası olacağından hak yoksunluğu da söz konusu olacaktır. Buna karşın adli para cezasında durum farklıdır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106/3 hükmüne göre “Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere adli para cezasının ödenmemesi durumunda tazyik hapsi söz konusu olmakta ise de, TCK anlamında bir hapis cezası bulunmamaktadır. Bu nedenle bu



öngörüldüğü durumlarda, mahkeme tarafından adli para cezasına hükmedilmişse, kişi hakkında TCK m. 53/1-4 uygulama alanı bulmayacaktır. Buna karşın suçun karşılığında hapis ve adli para cezası birlikte öngörüldüğü durumlarda, ortada hapis cezası olacağı için adli para cezasına da hükmedilmesi kanuni sonuç olarak hak yoksunluğunun doğmasını engellemeyecektir⁷⁷.

Dördüncü olarak kişinin suç işlediği sırada on sekiz yaşını doldurulmuş olması gerekmektedir⁷⁸. Dolayısıyla bu kişiler hakkında işlediği suçun türü ve mahkûm olduğu cezanın türü ve süresi ne olursa olsun ceza mahkûmiyetinin sonucu olan hak yoksunlukları uygulanamayacaktır.

Beşinci olarak hapis cezasının kısa süreli olması halinde bu cezanın ertelenmemiş olması şarttır. Bu nedenle bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenmesi durumunda, kişi hakkında belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma kararı verilemeyecektir.

Söz konusu bu şartların gerçekleşmesi halinde kişinin hangi haklardan yoksun kalacağı TCK m. 53/1’de sayma yöntemiyle sınırlı olarak gösterilmiştir. Fıkra da sayılan hak yoksunlukları seçimlik olarak gösterilmemiştir, kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak fıkradaki hak ve yetkilerin hepsinden yoksunluk söz konusu olacaktır⁷⁹. Bunlar; kamu görevinin üstlenilmesinden yoksunluk; seçme ve seçilme ehliyetinden yoksunluk; velayet hakkından; vesayet veya kayyımliğe ait bir hizmette bulunmaktan yoksunluk; vakıf, demek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksunluk ve bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksunluktur.

TCK m. 53/2 hükmüne göre kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yukarıda sayılan hakları kullanamaz⁸⁰. Diğer bir ifadeyle,

gibi durumlarda hak yoksunluğu da oluşmayacaktır. İnfaz Kanunu 106/9 bunu açıkça belirtmiştir: “Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.”

⁷⁷ Kişi hakkında “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” (HAGB) kararı verilmesi halinde de hak yoksunlukları söz konusu olmayacaktır. CKM 221/5: “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.”

⁷⁸ Maddede yaş sınırı dikkate alındığı için bir kişi evlenme ile reşit olsa da on sekiz yaşını doldurmadığından kanuni sonuç olan hak yoksunluğu doğmayacaktır, aynı yönde AKSAN, s. 43.

⁷⁹ Yar. 6. CD, 06.06.2013, E: 2010/22328, K: 2013/13583: “Kasten işlenen suçtan hapis cezasına mahkûmiyetin yasal sonucu olan ve TCK’nın 53. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirlerinin seçimlik olmadığının gözetilmemesi hukuka aykırıdır.”

⁸⁰ Bu kuralın istisnaları mevcuttur. TCK m. 53/3: “Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlik yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.”



hapis cezasının infazının tamamlanmasıyla birlikte hak yoksunlukları ortadan kalkar⁸¹. Bu noktada belirtmek gerekir ki, kişinin almış olduğu ceza ertelenmiş veya kişi koşullu salıverilmiş olsa dahi, denetim süresi devam ettiği sürece infaz da devam edeceğinden denetim süresinde de kişi TCK m. 53/1’de belirtilen hak yoksunluklarına tabi olacaktır.

⁸¹ Bu kuralın istisnaları mevcuttur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48/5 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 5/1-a: “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.”; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 8/1-d: “Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmamış olması veya mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştiraktan hükümlü bulunmamak.”; 5548 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m. 10/1-f: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.” Ancak belirtmek gerekir ki, bu düzenlemelerin ortaya çıkardığı süresiz hak yoksunluğunu bertaraf etmek için Adli Sicil Kanununda 13/A hükmü bulunmaktadır: “(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla, a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir. (2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz. (3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir. (4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir. (5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir. (6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir. (7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.” Yasaklanmış hakların iadesi ile ilgili olarak detaylı açıklamalar için ARSLAN, Çetin, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)”, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Yıl 2007, Sayı 4, s. 1 vd.



TCK m. 53/1-4 ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son husus ise hak yoksunluklarının infazının başlangıç anıdır. TCK kanuni sonuç olan hak yoksunluklarının başlangıç anı ile ilgili bir düzenleme içermemektedir. Konu ile ilgili tek düzenleme Ceza İnfaz Tüzüğü'nün 57/2-a maddesidir. Buna göre “hak yoksunluklarının infazına hapis cezasının infazı ile başlanır”. Öyleyse hak yoksunlukları hükümlünün infaz kurumuna girmesiyle başlayacaktır. Ancak haklı olarak bu düzenleme öğretide hem hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmaması nedeniyle⁸² hem de TCK'nın 69. maddesi⁸³ karşısında eleştirilmektedir⁸⁴. Dolayısıyla hak yoksunluğu ceza mahkûmiyetine bağlı olarak ortaya çıktığından 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan “mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” hükmü uygulama alanı bulmalı ve ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan haklardan yoksunluğun infazı mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesiyle başlamalıdır.

B. Birinci Fıkra da Sayılan Hak Ve Yetkilerden Birinin Kötüye Kullanılması Suretiyle İşlenen Suçlar Dolayısıyla Hapis Cezasına Veya Adli Para Cezasına Mahkûmiyet Halinde Ayrıca Hükmolunacak Hak Yoksunlukları (TCK m. 53/5)

TCK m. 53/5'de ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olmayan, hâkimin hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunluğuna yer verilmiştir. Zira birinci fıkra da hâkim karar vermese de dahi yoksunluk ortaya çıkmakta iken, beşinci fıkradaki yoksunluğun ortaya çıkabilmesi için hâkim tarafından açıkça karar verilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla mahkemenin kararında hükmettiği hak yoksunluğunu ayrıca göstermesi gerekmektedir. Şartları doğmasına rağmen mahkemenin tedbire hükmetmemesi durumunda, TCK m. 53/1-4'den farklı olarak, kişi bakımından kazanılmış hak söz konusu olacak ve aleyhe temyiz olmadığında hükmün bu yönden bozulmasına karar verilemeyecektir⁸⁵.

⁸² AKSAN, s. 52.

⁸³ TCK m. 69: “(1) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zamanasını doluncaya kadar devam eder.” Bu hükümden, gerekçenin de belirttiği üzere anlaşılması gereken husus, hapis cezasının infazının gecikmesi cezaya bağlı hak yoksunluklarının uygulanmasını engellemeyeceği; dolayısıyla hapis cezasının infazından kaçınılmasının, infazına başlanılamamasının, hak yoksunluklarının uygulanmasına engel olmayacağı ve hapis cezasının infazı tamamlanıncaya ve nihayet ceza zamanasını doluncaya kadar hak yoksunluklarının devam edeceğidir.

⁸⁴ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1239.

⁸⁵ YCGK, 20.09.2011, E: 2011/5-104, K: 2011/183: “Uyuşmazlığın esasını teşkil eden 5. fıkranın gerekçesinde; “Belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar dolayısıyla mahkûmiyet halinde, mahkûm olunan cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca hükmedilmesi öngörülmüştür. Bu durumda mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır” denilmek suretiyle, anılan maddenin 5. fıkrasının uygulanabilmesi için hükümde ayrıca ve mutlaka gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre 5237 Sayılı TCK'nın 53. maddesindeki hak yoksunlukları, kural olarak hapis cezasının infazıyla sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla herhangi bir yargı kararına gerek olmaksızın kendiliğinden ortadan kalkacakları düzenlemesine yer verilmiş, maddenin 5. fıkrasındaki düzenleme ile de 1. fıkra da sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 3.6.2008 gün ve 56-156 Sayılı kararında da; “5237 Sayılı TCK'nın 53. maddesindeki hak yoksunlukları kural olarak hapis cezasının infazıyla sınırlandırılmış, infaz tamamlanmakla, herhangi bir yargı kararına



TCK m. 53/5'e göre bir hak yoksunluğunun doğabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir⁸⁶: Öncelikle kasten işlenmiş bir suç olmalıdır. Bununla beraber bu tedbirin söz konusu olabilmesi için kasten işlenen bir suçun tek başına varlığı, TCK m. 53/1'den farklı olarak, yeterli değildir. İşlenen suçun TCK m. 53/1'de sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle icra edilmesi gerekir⁸⁷. Öyleyse TCK m. 53/5 hükmü ile kişinin TCK m. 53/1'de sayılan hak ve yetkileri kötüye kullanması suretiyle suç işlemesi halinde, bu hak ve yetkilerden cezanın infazının tamamlanmasından sonra da belirli bir süre yoksun bırakılması kabul edilmiştir.

gerek olmaksızın, bu hak yoksunluklarının kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüş, ancak aynı maddenin 5 inci fıkrasındaki düzenleme uyarınca, 1. fıkra da sayılan hak ve yetkilerin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, infazın sona ermesinden sonra da kararda ayrıca hükmedilmesi koşuluyla, hak yoksunluğunun bir süre daha devam etmesi sağlanmıştır" sonucuna varılmıştır. Görüldüğü gibi, 5237 Sayılı Kanunun 53. maddesinin 5. fıkrasında belirlenen yasaklama, birçok açıdan aynı Yasa maddesinin 1. fıkrasındaki hak yoksunluklarından farklıdır. Bu farklılıklar kısaca şöyle özetlenebilir: a) Birinci fıkrasında yoksun bırakma ifadesine yer verilmişken, 5. fıkrasında açıkça yasaklamadan söz edilmektedir. b) Birinci fıkra da düzenlenen hak yoksunlukları yalnızca hapis cezasının yasal sonucu iken, 5. fıkrasındaki yasaklama, hem hapis, hem de para cezası açısından söz konusudur. c) Birinci fıkra da hâkimin süre konusunda herhangi bir takdir hakkı bulunmazken, 5. fıkra da yasaklılık süresinin belirlenmesi hâkimin takdirine bağlıdır. d) Birinci fıkradaki yoksunluk hükmün kesinleşmesiyle başlarken, 5. fıkradaki yasaklılık cezanın infaz edilmesinden itibaren başlayacaktır. e) Birinci fıkradaki hak yoksunlukları tüm kasıtlı suçlar için söz konusu iken, 5. fıkradaki hak yoksunluğu yalnızca 1. fıkra da gösterilen hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar açısından söz konusu olabilir. Ayrıca 5. fıkra da düzenlenen hak yoksunluğunun ancak kötüye kullanılan hak ve yetkiyle ilgili olarak verilmesi gerekmektedir. f) Mahkûmiyetin yasal sonucu olmaması sebebiyle 5. fıkra da, hâkimin bu hak yoksunluklarına hükmedildiğini kararında açıkça göstermesi ve hükmedilen yoksunlukların süresini de belirlenmesi gerekli olup, "yasaklanmasına karar verilir" şeklindeki emredici ifade de bu zorunluluğu ortaya koymaktadır. Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Milli Piyango İdaresiyle yapılan sözleşme uyarınca sayısal loto bayii olarak çalışan ve ilgili idareye ödemek durumunda olduğu parayı zimmetine geçiren sanık hakkında, zincirleme şekilde zimmet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünde, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 53. maddesinin 1 inci fıkrası göz önünde bulundurularak aynı Yasa maddesinin 5. fıkrasının da uygulanması gerekmektedir. Oysa yerel mahkemece, aleyhe temyiz bulunmayan 6.10.2005 tarihli hükmünde 5237 Sayılı TCK'nın 53. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının uygulanmasına karar verilmekle yetinilmiş, ayrıca 5. fıkranın uygulanmasına yer verilmemiştir. Bu itibarla, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasasının 53. maddesinin 5. fıkrasının hükümde gösterilmemesinin sanık açısından aleyhe bozma yaşama konu olacağını kabul eden Özel Daire onama kararı isabetli bulunduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir."

⁸⁶ Söz konusu şartlar hakkında AKBULUT, s. 787 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 891 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 701 vd. DEMİRBAŞ, s. 635 vd.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 476 vd.; HAKERİ, s. 675 vd.; İÇEL, s. 703 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 599 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1027 vd.; 1220 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 666 vd.; ÖZGENÇ, s. 807 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 905 vd.; SOYASLAN, s. 577 vd.; TOROSLU, s. 461 vd.; ZAFER, s. 635 vd.

⁸⁷ Yar. 5. CD, 05.03.2014, E: 2012/14890, K: 2014/2362: "Sanık İ.'nin gerçeğe aykırı harcama veya ödeme belgesi düzenlenmesi, tahsil edilen kira bedellerinin kayıtlara intikal ettirilmemesi biçiminde gerçekleştirdiği eylemlerinin, kiracıların ve kendilerine yardım yapıldığı belirtilen ilgililerin beyanlarına başvurulması suretiyle açığa çıkarıldığı, bu haliyle zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarda bulunmak suretiyle zincirleme biçimde nitelikli zimmet suçunu işlediği tüm dosya kapsamından anlaşıldığı halde, nitelendirmede yanılığa düşülmek suretiyle yazılı şekilde sadece basit zimmet suçundan karar verilmesi, Suçun 5237 sayılı Yasanın 53/1-d maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlendiği kabul edilmesine rağmen sanık İ. hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesinin uygulanmaması bozmayı gerektirmiştir."



Diğer bir şart, birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle kasıtlı bir suçun işlenmesi sonucu hapis cezasına veya adli para cezasına mahkûm olunmasıdır. Hemen fark edilecek ki kanun koyucu bu düzenlemesiyle hak yoksunluklarının kanuni sonuç olarak ortaya çıkmasından farklı olarak hak ve yetkinin kötüye kullanılarak bir suçun işlenmesi dolayısıyla adli para cezasına mahkûmiyet durumunda da hak yoksunluğunu kabul etmiştir. Birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılarak suç işlenmesi halinde gerek hapis cezasına gerekse adli para cezasına mahkûm olunması durumunda kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere kötüye kullandığı bu hak ve yetkinin belirli bir süre yasaklanmasına karar verilecektir. Ancak TCK m. 53/1'den farklı olarak, hangi hak ve yetki kötüye kullanılarak suç işlenmişse sadece o hak ve yetkinin yoksunluğuna karar verilecektir⁸⁸.

Bu şartlar gerçekleştiği takdirde⁸⁹, birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı hapis cezasına hükmolunmuşsa kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar kötüye kullandığı bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir⁹⁰. Birinci fıkradaki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçtan dolayı adli para cezasına hükmolunması durumunda ise kişi hakkında cezanın infazından sonra da devam etmek üzere hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar kötüye kullandığı bu hak ve yetkinin

⁸⁸ AKSAN, s. 47: “Örneğin hekim, bir kamu görevinin üstlenilmesi veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi hekimlik mesleğini kendi sorumluluğu altında icra etme hakkını kötüye kullanmak suretiyle kanunda belirtilen koşullara aykırı olarak kürtaj yaptığı için (TCK m. 99/2) iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş olsun. Bu durumda kasıtlı bir suçtan hapis cezasına mahkûmiyet söz konusu olduğu için mahkemenin herhangi bir kararına gerek olmadan, mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak hekim, hekimlikle beraber birinci fıkradaki diğer haklardan iki yıllık cezanın infazı tamamlanıncaya kadar yoksun kalacaktır. Kamu görevi veya meslek ve sanat kötüye kullanılarak kürtaj suçunun işlenmesi nedeniyle mahkemenin ayrıca karar vermesiyle infazdan sonra sadece kötüye kullandığı bu hak ve yetkiden belirli bir süre daha yoksun bırakılacaktır.” Hemen belirtilmelidir ki, adli para cezasına hükmolunması halinde TCK m. 53/1-4’de yer alan yasaklılık hali söz konusu olmayacağından, verilen örnekte hekim sadece adli para cezasına çarptırılmış olsaydı, hem infaz tamamlanıncaya kadar hem de infaz tamamlandıktan sonra uygulanacak olan yoksunluk sadece kötüye kullanılan hak ve yetki açısından geçerli olacaktır. Birinci fıkradaki diğer hak ve yetkiler bakımından ise ne adli para cezasının infazı sırasında ne de infaz sonrasında bir yoksunluk söz konusu olacaktır. Zira madde metnindeki “ayrıca” ifadesi bu anlamı gelmektedir.

⁸⁹ TCK m. 53/4 kısa süreli hapis cezası ertelenen ya da fiili işlediği sırada on sekiz yaşından küçük olanlar hakkında birinci fıkranın uygulanmayacağını belirtmiştir. Bu düzenleme TCK m. 53/5 için de geçerli olmalıdır. Diğer bir ifadeyle birinci fıkradaki hakların kötüye kullanılması suretiyle bir suç işleyen ve kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezasının ertelenmesi veya kişinin fiili işlediği sırada on sekiz yaşından küçük olması durumlarında dördüncü fıkradaki şartlar gerçekleşmediğinden, kişiyi infazdan sonra da hak yoksunluğuna tabi tutmamak gerekir, aynı yönde MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1244 vd.

⁹⁰ Her bir ceza ayrı ayrı bağımsızlığını koruduğu için (CGTİHK m. 99) aynı hükümde birden fazla suçtan mahkûmiyet durumunda cezanın infazından sonra devam edecek hak yoksunluklarının hangi suç nedeniyle verildiğinin de açıkça gösterilmesi gerekecektir. Ayrıca şartların gerçekleşmesi durumunda infazdan sonraki hak yoksunluğuna karar verilmesi hakkında hâkimin takdir hakkı bulunmamaktadır. Yalnızca hâkimin maddede öngörülen müddetler aralığında yoksunluğun süresini belirleme hususunda bir takdir hakkı bulunmaktadır.



kullanılmasının yasaklanmasına karar verilecektir⁹¹. Bu süre adli para cezasının tamamen infazından sonra başlayacaktır. Buna göre adli para cezası örneğin takside bağlanmış ise, söz konusu yasaklılık son taksitin ödenmesiyle başlayacaktır⁹².

C. Taksirli Suçlar Nedeniyle Hükmedilecek Hak Yoksunlukları (TCK m. 53/6)

TCK m. 53/6, fıkra da sayılan şartların gerçekleşmesi halinde, taksirli suçtan mahkûm olan kişilerin de bazı hakları kullanmaktan yoksun bırakılabileceğini düzenlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, buradaki yoksun kalma mahkûmiyetin otomatik bir sonucu değildir. Nitekim maddede “karar verilebilir” denilerek mahkemeye takdir hakkı verilmiştir. Yani hâkimin fıkradaki hak yoksunluklarına hükmetme zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme uygun gördüğü takdirde bir yasaklama kararı vermeyebilir.

TCK m. 53/6’ya göre bir hak yoksunluğunun doğabilmesi için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir⁹³: Kişinin öncelikle taksirli suçtan dolayı mahkûm edilmiş olması şarttır. Mahkûmiyet hapis cezası ve/veya adli para cezası olabilir. Ayrıca belli bir meslek ve sanatın veya trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla taksirli bir suçun işlenmiş olması gerekmektedir. Taksirin bilinçli ya da bilinçsiz taksir olması önemli değildir. Fakat fıkra da söz konusu olan yoksunluklar her taksirli suçtan değil, sadece belirli bir meslek ve sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenmiş olmalıdır. Diğer bir ifade ile taksirli suçla yoksun bırakılan meslek ve sanat ve sürücü belgesi arasında bir bağlantının bulunması şarttır.

TCK 53/6’da hâkimin takdirine bağlı olarak ortaya çıkacak hak yoksunlukları meslek ve sanat icrasının yasaklanması ve sürücü belgesinin geri alınması olarak öngörülmüştür. Bu tedbirler

⁹¹ TCK m. 53/4, kişinin sadece hapis cezası ya da sadece adli para cezası almış olduğu durumlara ilişkin kaleme alınmıştır. Ancak bu iki ceza birçok zaman birlikte uygulanmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu TCK m. 53/1-4’ deki hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması ile işlenen suçtan dolayı hem hapis cezasına hem de adli para cezasına birlikte hükümlenmesi durumunda hak yoksunluğunun süresinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Ancak Kanunun kural olarak hak yoksunluklarının hapis cezasına mahkûmiyet halinde doğması kuralını temel aldığı düşünüldüğünde, TCK m. 53/5 uyarınca belirlenecek sürede mahkûm olunan hapis cezasının sürenin göz önünde bulundurulması uygun olacaktır, aynı yönde AKSAN, s. 55.

⁹² TCK m. 52/4: “Hâkim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.”

⁹³ Söz konusu şartlar hakkında AKBULUT, s. 787 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 891 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 701 vd. DEMİRBAŞ, s. 635 vd.; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 476 vd.; HAKERİ, s. 675 vd.; İÇEL, s. 703 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 599 vd.; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 1027 vd.; 1220 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 666 vd.; ÖZGENÇ, s. 807 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, kn. 905 vd.; SOYASLAN, s. 577 vd.; TOROSLU, s. 461 vd.; ZAFER, s. 635 vd.



hükümün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Üç ayda az ve üç yıldan fazla olmamak üzere hâkimin belirlediği süre kadar devam eder.

III. Yabancı Ülke Mahkemelerinden Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Türk Hukukuna Göre Hak Yoksunluğuna Neden Olması

Çalışmanın şu ana kadar ki bölümünde Türk mahkemelerince verilmiş olan mahkûmiyet kararlarının sonucu olan ve TCK m. 53’de düzenlenen hak yoksunlukları anlatılmıştır. Ancak bazı hallerde yabancı ülke mahkemelerince verilmiş olan mahkûmiyet kararları sonucu da kişilerin Türk Hukukuna göre belli haklardan yoksun bırakılması mümkündür.

Gerçekten de TCK’nın 17. maddesine göre “yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükümün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir.”

Kanun koyucu madde gerekçesini şu şekilde ifade etmiştir: “Hükûmet Tasarısının 16. maddesinde yabancı ülkede verilmiş mahkûmiyet kararına bağlı hak yoksunluklarının Türkiye’deki etkisi düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanunun 8. maddesinin tekrarı olan bu hüküm, düzenlemesi itibarıyla adalet esasına göre uygulanabilirliği olan bir hüküm değildir. Gerçekten yabancı bir mahkeme tarafından hükmolunmuş olan cezaya, bu kararın verildiği ülke hukukunda bağlanmış olan hak yoksunluklarını esas alan düzenlemeler, sağlıklı bir sonuç vermekten uzaktır. Özellikle her ülkedeki mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının kapsamının farklı olması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim bazı ülkelerde hak yoksunluklarına ayrıca hükmedilmediğinden, bunlar mahkeme kararında belirtilmezler. Bu durum da göstermektedir ki, hak yoksunlukları bakımından yabancı ülke hukukunun esas alınması ülke içinde yeknesak ve adil bir uygulamaya imkân vermemektedir. İşte bu nedenlerdir ki, madde metninde, eşitlik ilkesi gereği olarak, yabancı bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan cezaların, doğurduğu hak yoksunlukları bakımından ülkemiz hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir.”

A. TCK m. 17 Hükümünün Uygulanma Şartları

TCK m. 17’ye göre yabancı ülke mahkemesince verilmiş bir mahkûmiyet kararının kişi hakkında Türkiye’de sonuç doğurması bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

(1) Yabancı ülke mahkemesi tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı bulunmalıdır: TCK m. 17 hükmü sadece ve sadece ortada yabancı ülke mahkemesince verilmiş bir mahkûmiyet kararı bulunması halinde uygulanacaktır. Öyleyse TCK m. 17 yabancı ülkede işlenen suçlar hakkında Türkiye’de yeniden yargılama yapılmadığı hallerde uygulanabilirliğe sahiptir. Yabancı ülkede işlenen, yabancı devlet mahkemesi önünde yapılan bir yargılamanın konusunu oluşturan, bu



yargılama sonucunda mahkûmiyet hükmü tesis edilen ve “ne bis in idem” ilkesine⁹⁴ geçerlilik tanınması sebebiyle Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayan haller böyledir⁹⁵. Buna karşın TCK’nın 8-13. maddelerinin Türk mahkemelerine yargılama yetkisi verdiği hallerde yargılama sonunda Türk mahkemesince verilen bir hüküm bulunacağından ve dolayısıyla hak yoksunlukları bakımından Türk mahkemesinin hükmü dikkate alınacağından yabancı mahkeme hükmüne geçerlilik tanınmaz⁹⁶. Bu açıklamanın tam olarak ne anlama geldiğinin anlaşılabilmesi için TCK’nın diğer düzenlemelerine göz atılmalıdır.

TCK’nın 9. maddesine⁹⁷ göre Türkiye’de işlediği suç nedeniyle yabancı ülkede hakkında hüküm verilen kişi (Türk ya da yabancı), 10. maddeye göre⁹⁸ de yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsu bile, Türkiye’de yeniden yargılanacağı için bu durumlarda TCK m. 17 uygulanamaz. Yine TCK m. 13 gereğince⁹⁹ bazı suçların nerede işlendiğine bakılmaksızın failleri, Türkiye’de Türk kanunlarına göre yeniden yargılanacağı, başka ülkede ceza verilmiş olsa bile Türk kanunları uygulanacağı için, hak yoksunlukları açısından doğrudan yabancı ülke mahkûmiyet hükmü esas alınmayacak, 17. maddenin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Buna karşın TCK’nın 11. maddesine göre¹⁰⁰ bir Türk vatandaşının 13. maddede yazılı suçlar dışında Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç

115

⁹⁴ Bu ilke, aynı kişi hakkında aynı fiil nedeniyle ikinci defa soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağını ifade eder, ÖZEN, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, in: Gazi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIV, Yıl 2010, Sayı 1, s. 389 vd.

⁹⁵ MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 211.

⁹⁶ AKBULUT, s. 155; HAKERİ, s. 99; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 755 vd.; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 166 vd.

⁹⁷ TCK m. 9: “Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanır.”

⁹⁸ TCK m. 10: “Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsu bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.”

⁹⁹ TCK m. 13: “(1) Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır: a) İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar. b) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar. c) İşkence (madde 94, 95). d) Çevrenin kasten kirlenmesi (madde 181). e) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190). f) Parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202). g) Fuhuş (madde 227). h) (Mülga: 26/6/2009 – 5918/1 md.) i) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları. (2) (Ek ikinci fıkra: 29/6/2005 – 5377/3 md.) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır (3) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yargılama yapılır.”

¹⁰⁰ TCK m. 11: “(1) Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde,



yabancı ülkede işlemesi ve hakkında yabancı mahkemece hüküm verilmiş olması durumunda Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacağı için ortada sadece yabancı mahkemenin hükmü söz konusu olacak; bu nedenle TCK m. 17 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Örneğin bir Türk vatandaşı, Almanya’da hırsızlık suçunu işlese ve cezası infaz edildikten sonra Türkiye’ye gelse, bu kişinin TCK m. 11 hükmüne göre Türkiye’de yeniden yargılanması mümkün değildir. Ancak Alman mahkemesi tarafından verilen bu hüküm Türk kanunlarına göre hak yoksunluğu gerektirdiği için (TCK m. 53 veya diğer düzenlemeler nedeniyle) TCK m. 17 uygulama alanı bulacaktır¹⁰¹.

(2) Yabancı mahkeme tarafından verilen hüküm Türk hukuk sistemine aykırı olmamalıdır: TCK m. 17, yabancı ülke mahkemelerinden verilen mahkûmiyet kararlarının Türk hukukuna göre hak yoksunluğuna neden olabilmesi için, ayrıca verilen kararın Türk hukukuna aykırı olmamasını şart koşturmuştur. Bununla ifade edilmek istenen, yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen hükmün, hukukun temel ilkelerine aykırı olmaması, insan hak ve özgürlüklerine saygı, suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil etmiyor olmasıdır¹⁰².

(3) Cumhuriyet savcısı istemde bulunmalı ve bu istem üzerine mahkeme karar vermelidir: Savcının talebi olmaksızın TCK’nın 17. maddesinin işletilmesi mümkün değildir. Buradaki savcının istemi ifadesi, takdir yetkisi olarak değil, haberdar olması şeklinde anlaşılmalıdır. Aksi bir anlayış adil ve yeknesak bir uygulama amacının gerçekleştirilmesini imkânsızlaştıracaktır¹⁰³. Ancak hemen belirtilmelidir ki, TCK m. 17 hükmü bu sürecin tam olarak nasıl işletileceğine dair yeterince açıklama yapmamaktadır. Zira maddede nasıl talepte bulunacağı, görevli ve yetkili mahkemenin neresi olduğu ve mahkemenin kararını nasıl vereceği, usulü konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Öyleyse kanunun özel olarak düzenlemediği hususlarda genel kurallara hareket edilmesi uygun olacaktır. Bu nedenle ve ayrıca mahkemenin suça ilişkin olmayıp sadece hak yoksunluğuna ilişkin bir muhakeme yapacağından hareketle, görevli olan mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁴. Yetkili mahkemenin belirlenmesinde ise CMK’nın

bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır. (2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.”

¹⁰¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 755; ayrıca ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 166.

¹⁰² HAKERİ, s. 99; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 757; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 213.

¹⁰³ AKSAN, s. 60; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 215.

¹⁰⁴ Aksi görüş AKSAN, s. 61.



yabancı ülkede işlenen suçlarda yetkili mahkemeyi düzenlediği 14. maddesi¹⁰⁵ göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁶.

Yukarıda sayılan bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini mahkeme inceleyecek, şartların gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde istem reddedilecek, şartların gerçekleştiğinin görülmesi üzerine de istemin kabulüne, yani yabancı mahkûmiyetin Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilecektir. Mahkemeye bu konuda takdir hakkı tanınmamıştır. Bu nedenle yapılan inceleme sonucunda maddede aranan şartların gerçekleşmiş olduğunun anlaşılması halinde mahkeme, yabancı mahkûmiyetin Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar vermek zorundadır¹⁰⁷.

TCK m. 17'nin uygulanma şartlarından sonra, doktrin ve uygulamadaki bazı tartışmalı hususlara değinilmesi gerekmektedir.

B. TCK m. 17 Kapsamında Türk - Yabancı Ayrımı

Öğretide TCK m. 17 hükmünün yalnızca yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı yabancı devlet mahkemesince hakkında mahkûmiyete hükmedilen Türk vatandaşları bakımından söz konusu olabileceği, Türkiye'de ya da yabancı ülkede suç işleyen yabancı devlet vatandaşı fail hakkında ise bu maddenin uygulanamayacağı belirtilmektedir¹⁰⁸. Bu görüş yürürlükteki hukuk bakımından son derece isabetlidir. Zira Adli Sicil Kanunu md. 2'ye göre "hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dâhil tüm adlî sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adlî Sicilde tutulur." Dolayısıyla yabancıların yabancı ülkede işledikleri suçlar kayıt altına alınmamaktadır. Bu husus birçok zaman haklı ve anlaşılabilir. Ancak TCK m. 12'de yer alan düzenlemenin de gözden kaçırılmaması gerekir¹⁰⁹. Buna göre bir yabancı Türkiye'nin zararına bir suç işlediği zaman veya bir Türk

¹⁰⁵ CMK m. 14: "(1) Yabancı ülkede işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye'de soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlarda yetki, 13 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre belirlenir. (2) Bununla birlikte Cumhuriyet savcısının, şüphelinin veya sanığın istemi üzerine Yargıtay, suçun işlendiği yere daha yakın olan yer mahkemesine yetki verebilir. (3) Bu gibi suçlarda şüpheli veya sanık Türkiye'de yakalanmamış, yerleşmemiş veya adresi yoksa yetkili mahkeme, Adalet Bakanının istemi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine Yargıtay tarafından belirlenir. (4) Yabancı ülkelerde bulunup da diplomatik bağışıklıktan yararlanan Türk kamu görevlilerinin işledikleri suçlardan dolayı yetkili mahkeme Ankara mahkemesidir."

¹⁰⁶ Doktrinde bir kısım yazar tarafından, Türk mahkemesinin yabancı ülke mahkemesinin mahkûmiyete ilişkin kararının hak yoksunluğu doğurup doğurmayacağını belirlemek için kısa da olsa bir değerlendirme ve nihayetinde yargılama yapması gerekliliğinden hareketle, TCK m. 17'de yer alan düzenlemenin ne bis in idem ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir, bu yönde ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 167; aksi yönde AKSAN, s. 61 vd.

¹⁰⁷ AKSAN, s. 60; HAKERİ, s. 99; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 757.

¹⁰⁸ AKBULUT, s. 156 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 756.

¹⁰⁹ TCK m. 12: "(1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu



vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına bir suç işlediği zaman, birçok olayda Türk kanunlarına göre cezalandırılmakta ise de, bazı hallerde bu kişinin sadece yabancı ülke mahkemeleri tarafından yargılanması ve mahkûmiyet hükmüne çarptırılması mümkündür. Böylesi durumlarda da, TCK m. 17 hükmünün uygulanabilirliğinin garanti altına alınmasında fayda bulunmaktadır.

C. TCK m. 17 Kapsamında “Hak Yoksunluğu” Kavramı

Üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus, TCK m. 17 kapsamında hak yoksunluğunun ne anlama geldiğidir. Zira TCK m. 17, sadece yabancı devlet mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün Türk hukukuna göre bir hak yoksunluğunu gerektiriyor olmasını belirtmiştir. Ancak bu düzenlemenin yetersiz olduğu açıktır. Zira Kanunun lafzından, maddede geçen hak yoksunluğunun TCK m. 53’de düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı” ifade ettiği savunulabileceği gibi¹¹⁰, kanunlarımızda yer alan tüm hak yoksunluklarını belirttiği de düşünülebilir¹¹¹.

Gerek kanun metni, gerekse Adli Sicil Kanununda yer alan düzenlemeler, ikinci görüşün tercih edilmesi gerektiğini düşündürmektedir. TCK m. 17’ye göre yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilir. Adli Sicil Kanunu md. 4/1-f hükmüne göre “Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda; Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar, adli sicile

takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır. (2) Yukarıdaki fıkra belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. (3) Mağdur yabancı ise, aşağıdaki koşulların varlığı halinde fail, Adalet Bakanının istemi ile yargılanır: a) Suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi. b) Suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmemiş olması. (4) Birinci fıkra kapsamına giren suçtan dolayı yabancı mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen yada beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılır. (5) (Ek: 18/6/2014-6545/56 md.) Birinci fıkra kapsamına giren hâllerde rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarından dolayı yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı değildir.”

¹¹⁰ AKBULUT, s. 155 vd.; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.1038; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 756; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s. 167.

¹¹¹ AKSAN, s. 59; HAKERİ, s. 99.



kaydedilir.” Yürürlükteki bu hükümler nedeniyle TCK dışında hak yoksunluğu doğuran düzenlemeler¹¹² de TCK m. 17 bağlamında “hak yoksunluğu” olarak kabul edilmelidir.

Bu husus belirlendikten sonra, TCK m. 17 kapsamında hak yoksunluğunun ayrıca TCK m. 53’de düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmayı” ifade ettiği noktasında şüphe bulunmamaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” güvenlik tedbirini düzenleyen ve toplamda altı fıkradan oluşan TCK m. 53, aslında şartları birbirinden farklı olan üç tür tedbiri düzenlemektedir. Birincisi ceza mahkûmiyetinin kanuni sonucu olan hak yoksunlukları (TCK m. 53/1-4), ikincisi hâkimin zorunlu olarak hükmetmesiyle ortaya çıkan hak yoksunlukları (TCK m. 53/5), üçüncüsü hâkimin takdirine bağlı olarak hükmedilen hak yoksunlukları (TCK m.53/6). Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, mahkemenin TCK m. 17’ye karar verirken sadece Türk hukukundaki düzenlemeleri göz önünde bulunduracağıdır. Bu nedenle örneğin yabancı mahkûmiyet hükmü taksirle işlenen bir suçtan dolayı verilmişse, kanuni sonuç olarak hak yoksunluğu doğmayacaktır. Ancak belirli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet varsa hak yoksunluğu söz konusu olacaktır. Ayrıca belirtilmesinde fayda bulunduğu üzere, hak yoksunluklarının uygulanma imkânında bulunması gerekmektedir. Bu bakımında yurt dışında zaten infaz edilmiş bir cezadan dolayı, örneğin TCK m. 53/1-4 anlamında hak yoksunluğu doğmayacaktır. Fakat TCK m. 53/5 ve TCK m. 53/6 gereğince infazdan sonra da geçerli olacak hak yoksunlukları açısından yurt dışında infazın tamamlanması göz önünde bulundurulurken hak yoksunlukları uygulanabilecektir¹¹³.

119

Bu başlık altında son olarak Adli Sicil Kanununda yer alan hatalı bir hükme değinilmelidir. Söz konusu Kanunun 9. maddesinin 3. fıkrasına göre “Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adli sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.” Bu hüküm şu nedenle hatalıdır: TCK m. 53’e göre kural olarak hak yoksunlukları hapis cezasına mahkûmiyetlere bağlanan sonuçları değerlendirmektedir. Bununla beraber, hapis cezasının ertelenmesi üzerine veya TCK m. 53/5’in açık hükmü karşısında, aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan yetkilerden birinin kötüye kullanılması halinde sadece adli para cezasına

¹¹² Bu tür düzenlemelere birçok örnek verilebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 48/5 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 5/1-a: “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.”

¹¹³ AKBULUT, s. 156; AKSAN, . 60; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 756; MAHMUTOĞLU/KARADENİZ, s. 214.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



mahkûmiyet halinde de hak yoksunluğuna hükmedilebilmektedir. Adli Sicil Kanunu m. 9/3 ve TCK m. 53/5 birlikte okunduğunda ise, kişi hakkında yabancı ülke mahkemesince yalnızca adli para cezasına hükmolunması halinde, Türk hukukuna göre hak yoksunluğu doğmayacaktır. Öğretide bu hususla ilgili olarak, yurt dışında doktorluk yapan Türk vatandaşının, mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde adli para cezasına mahkûm edilmesi halinde, bu kişi bakımından bir hak yoksunluğu doğmayacağı ve bu nedenle de yurt dışında mesleğini icra etmesi yasaklanmış olduğu halde Türkiye'ye gelerek mesleğini yürütebileceği örneği verilmekte ve bu durum haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁴.

D. Yabancı Mahkeme Hükümünün Hak Yoksunluğu İçermesinin Zorunlu Olmaması

TCK m. 17'de yer alan hüküm, hukukumuzda 5237 sayılı TCK ile girmemiştir. Benzer bir düzenleme 765 sayılı mülga TCK'nın 8. Maddesinde de yer almaktaydı. Bu hüküm şu şekildeydi: "Bundan evvelki maddelerde beyan olunan ahvalde ecnebi mahkemeden verilen ve Tür kanunlarına göre muvafık bulunan hüküm Türk kanununca gerek asli ve gerek fer'i olarak hidematı ammeden memnuiyeti veya sair güna iskatı ehliyeti mucip bir cezayı mutazammın olduğu takdirde müdeiumuminin talebi üzerine ecnebi memlekette hüküm olunan mahrumiyet ve iskatı ehliyet cezaları netayicinin Türkiye'de dahi cari olacağına mahkeme karar verebilir. Müddeiumuminin talebi üzerine mahkemece bir muamele yapılmazdan evvel mahkûm dahi ecnebi mahkemesinden verilen hükmün Türkiye mahkemesince yeniden tetkikini talep etmek hakkını haizdir."

120

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, mülga Kanun zamanında yurt dışında verilmiş mahkûmiyet kararlarından dolayı Türkiye'de hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için, yabancı mahkeme kararında da hak yoksunluklarını içermesi gerekmektedir. Ancak TCK m. 17 bu yönde bir sınırlama içermemektedir. Bu nedenle yabancı mahkemece verilen ve Türk hukuk düzenine uygun olan hükme bağlı olarak Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğa karar verilebilmesi için yabancı mahkeme hükmünün de hak yoksunlukları içermesi şart değildir. Başka bir deyişle yabancı mahkeme hükmünde herhangi bir hak yoksunluğu bulunmasa da yabancı mahkemenin hükmü sonucu Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğu doğuyor ise, TCK m. 17 uygulanabilecektir¹¹⁵. Aynı şekilde, yabancı mahkeme hükmünün hak yoksunluğu içermesi de Türk mahkemesi için bir önem taşımayacaktır; zira Türk mahkemesi mahkûmiyet kararının bir hak yoksunluğuna neden olup olmadığını Türk hukukuna göre belirleyecektir.

E. TCK m. 17 Hükmü İle Adli Sicil Kanununda Yer Alan Düzenlemelerin İlişkisi

Çalışmanın son kısmında, TCK m. 17'de yer alan düzenleme ile Adli Sicil Kanununda yer alan düzenlemeler arasındaki ilişkiye de değinmek gerekmektedir; zira Türk vatandaşları hakkında

¹¹⁴ Akbulut, S. 157; Koca/Üzülmez, S. 757.

¹¹⁵ Aynı Şekilde Aksan, S. 60; Hakeri, S. 99.



yabancı ülke mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararı bulunup bulunmadığı ve böyle bir karar bulunuyorsa, bu kararın Türkiye’de sonuç doğurup doğurmayacağı sorularının cevapları tek başına TCK m. 17’de yer alan düzenleme ile cevaplanamaz. Her iki sorunun da cevabı aranırken, Adli Sicil Kanununda yer alan düzenlemelere de dikkat etmek gerekecektir.

Bahsedilen bu iki soru şu şekilde ifade edilebilir: 1) Kişi hakkında tutulan adli sicile sadece Türk mahkemesince TCK m. 17 hükmü uyarınca verilmiş olan hak yoksunluğu kararı mı işlenecek, yoksa adli sicile bu karar dışında yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı da işlenecek midir? 2) Yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararının da adli sicile kaydının gerektiği ifade edilirse, hak yoksunlukları bu mahkûmiyet kararının adli sicile kaydı ile mi hüküm doğurmaya başlayacak, yoksa Türk mahkemesinin hak yoksunluğu için ayrıca karar vermesi gerekecek midir?

(1) İlk sorunun sorulmasına sebebiyet veren husus, Adli Sicil Kanununun 2 ve 4/1-f maddeleri ile aynı Kanunun 9/3 maddesi arasındaki çelişkidir. Gerçekten de “adli sicil kayıtlarının tutulması” başlığını taşıyan 2. maddeye göre “hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye’de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dâhil tüm adlî sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adlî Sicilde tutulur.” Yine aynı Kanunun “adli sicile kaydedilecek bilgiler” başlığını taşıyan 4/1-f hükmüne göre “Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar, adlî sicile kaydedilir.” Bu iki maddenin kaleme alınış şekli göstermektedir ki, adli sicile kaydedilecek husus, yabancı mahkemece verilmiş olan mahkûmiyet kararı değil, sadece ve sadece Türk mahkemesinin TCK m. 17’ye göre vermiş olduğu hak yoksunluğuna ilişkin karardır. Her ne kadar Kanunun 2. maddesi farklı bir yoruma da gerekçe oluşturabilecek nitelikte ise de, maddenin gerekçesi buna izin vermemektedir¹¹⁶. Buna karşın “adli sicil bilgilerinin silinmesi” başlıklı Kanununun 9/3 hükmü ise şu şekildedir: “Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adlî sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce

¹¹⁶ Adli Sicil Kanunu md. 2 Gerekçe: “5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 17. maddesi hükmüne göre, yabancı mahkemeler tarafından Türk vatandaşları ile ilgili olarak verilmiş mahkûmiyet kararlarına, Türk hukukunda bağlanan hukuki sonuçları belirlemek amacıyla mahkemece karar verilmesi gerektiğinden, yabancı mahkemelerden verilen mahkûmiyet kararlarına ilişkin Türk Ceza Kanununun 17. maddesine göre, Türk mahkemelerince verilen kararlar ancak adlî sicile kaydedilebileceği için maddeye “kesinleşmiş” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Türk Hukukuna göre tanınan” ibaresi eklenmek suretiyle kabul edilmiştir.”



adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir.” Bu hükmün kaleme alınış şekli ise, adli sicile Türk mahkemesinin TCK m. 17’ye göre vermiş olduğu hak yoksunluğuna ilişkin kararın yanı sıra, yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararının da kaydedilmesi gerektiğini belirtmektedir; zira kaydedilmemiş bir bilgi silinemez¹¹⁷.

Adli sicile sadece Türk mahkemesince TCK m. 17 hükmü uyarınca verilmiş olan hak yoksunluğu kararının mı işlenmesi yoksa bu karar dışında yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararında da işlenmesi gerektiği, kanun koyucunun karar vermesi gereken bir husustur. Ancak unutulmamalıdır ki, bir kişinin daha önce mahkûmiyet kararı almış olması, bu kişinin daha sonra başka bir suç işlemesi halinde kendisi hakkında uygulanacak usul ve ceza veya güvenlik tedbirleri hükümlerini (kamu davasının açılması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, hapis cezasının ertelenmesi) ve/veya infaz hükümlerini (tekerrür) etkilemektedir; eğer ki mahkûmiyet kararı adli sicile işlenirse. Bu nedenle adli sicile sadece Türk mahkemesince TCK m. 17 hükmü uyarınca verilmiş olan hak yoksunluğu kararının işlenmesi kabul edilirse ve kişi Türkiye’ye geldikten sonra tekrar suç işlerse, Türkiye’de iki kere suç işleyen kişiye göre daha avantajlı olacaktır; bunun ise adalet duygusu ile bağdaşmadığı ortadır. Bu nedenle Adli Sicil Kanunu m. 4/1-f hükmünde değişiklik yapılması ve adli sicile işlenecek bilgiler arasına yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararının eklenmesi gerekmektedir¹¹⁸.

(2) Adli sicil ve yabancı ülke mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydı, ülkemizde uzun yıllardan bu yana uygulanan bir sistemdir. Hem 06.09.1944 tarihli ve 4664 sayılı Kanun hem bu kanunu yürürlükten kaldıran 22.11.1990 tarihli ve 3682 sayılı Kanun Türk kanunlarına göre suç teşkil eden bir fiilden dolayı Türk vatandaşları hakkında yabancı bir devlet mahkemesince verilerek kesinleşen ve resmen Türkiye Hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydedileceğini düzenlemiştir. Bu Kanunların uygulandığı dönemde, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicil kaydedilmesi için bu kanunlarda sayılan şartların denetiminin kim tarafından nasıl yapılacağına ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Bu nedenle şartları taşıyan bir yabancı mahkûmiyet hükmünün adli sicile kaydı için bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamıştır. Bu denetimin adli sicil yetkililerince yapılacağının kabul edilmiş ve uygulama da bu yönde gerçekleşmiştir. Bunun bir sonucu olarak da adli sicile kayıt yapıldıktan sonra bu kaydı gören ulusal makamlar, kayıta yer alan suçun gerek Türk Ceza Kanununda gerekse de özel kanunlarda yazan hak mahrumiyetlerini ayrı bir karar aramadan

¹¹⁷ Koca/Üzülmez, S. 757 Vd.; 759.

¹¹⁸ Koca/Üzülmez, S.761.



uygulamışlardır¹¹⁹. Öyleyse adli sicile kayıt ile hak mahrumiyetinin aynı anda doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Ancak yürürlükteki 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu döneminde de söz konusu uygulamanın bu şekilde olup olamayacağını ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira - her ne kadar uygulamada 5352 sayılı Adli Sicil Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da adli sicile kayıt ile hak mahrumiyetinin aynı anda doğduğu belirtilse de¹²⁰ - 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu 4664 ve 3682 sayılı Kanunlardan oldukça farklı bir düzenleme öngörmektedir. Kanunun “adli sicil kayıtlarının tutulması” başlıklı 2. maddesinde, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilmiş ve “kesinleşmiş” ve Türk Hukukuna göre “tanınmış” mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşlarına ait tüm adli sicil bilgilerinin Merkezî Adli Sicilde tutulacağı düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydedilebilmesi için, bu kararların “kesinleşmesi” ve Türk Hukukuna göre “tanınması” gerekmektedir. “Adli sicile kaydedilecek bilgiler” başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde, Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk Hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen kararın adli sicile kaydedileceği hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla mevcut yasal düzenlemelere göre, yabancı ülke mahkemeleri tarafından Türk vatandaşları hakkında verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydı için TCK’nın 17. maddesinde belirtilen sürecin işletilmesi gerekmektedir¹²¹. Öyleyse 5352 sayılı Kanun, yabancı ülke mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması için bu kararların idari makamlarca adli sicile kaydını yeterli görmemiş, mahkeme kararını şart koşmuştur. Bunun doğal bir sonucu olarak da, hak yoksunlukları yabancı ülke mahkemesinin mahkûmiyet kararının adli sicile kaydı ile değil, Türk mahkemesinin hak yoksunluğu için ayrıca karar vermesini takiben hüküm doğuracaktır¹²². Bu oldukça yerinde bir

¹¹⁹ ÇETİNTÜRK, Ekrem, “Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi ve Hak Mahrumiyeti Doğurması”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14 (Temmuz 2013), s. 536 vd., 543 vd., 549 vd.

¹²⁰ ÇETİNTÜRK, s. 543 vd., 550.

¹²¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 758; ÖZGENÇ, s. 956.

¹²² Benzer durum 3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun’u yürürlükten kaldıran 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu’nun 26. ve 27. maddelerinde düzenlenen infazını devri halinde de mevcuttur. Hak yoksunluklarında olduğu gibi, hukukumuzda yabancı mahkeme tarafından verilen ceza mahkûmiyetlerinin doğrudan Türkiye’de yerine getirilmesi ve uygulanması imkânı yoktur. Ancak bazı şartların gerçekleşmesi halinde yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de infazı mümkün olabilmektedir. 6706 sayılı Kanun md. 26: “(1) Yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararları aşağıdaki koşulların birlikte bulunması hâlinde Türkiye’de infaz edilebilir: a) Hükümlünün Türkiye’de bulunması. b) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. c) Mahkûmiyet kararına konu fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi ve zamanaşımına uğramamış olması. ç) Hürriyeti bağlayıcı cezalar için, merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hürriyeti bağlayıcı cezasının bulunması.



yaklaşımıdır. İdari merciler yerine adli makamların denetiminden geçen yabancı mahkeme kararlarının adli sicile kaydedilmesi ve hak mahrumiyeti sonucunu doğurması, adli sicil kayıtlarının uzun yıllar boyunca, bir kamu hizmetinde çalışılması, seçme ve seçilme ehliyeti, velayet vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olunması, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatın, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra edilmesi gibi çok önemli hak mağduriyetlerine yol açabildiği düşünüldüğünde hiç şüphesiz ki, vatandaşlar bakımından daha büyük bir güvencedir.

Ancak 5352 sayılı Kanunun öngördüğü sistemin gerçekten tam anlamıyla verimli olabilmesi için kanun koyucunun bazı noktalarda değişiklikler yapması zorunludur. 5352 sayılı Türk Hukukuna göre “tanınan” mahkûmiyet kararından söz etmekte, ancak bu tanınmanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. TCK m. 17 hükmünün de bu konuda eksik olduğu yukarıda belirtilmişti.

IV. Sonuç

Yurt dışında verilmiş mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının incelendiği çalışma şu şekilde özetlenebilir:

(1) TCK m. 17 hükmü yalnızca yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı yabancı devlet mahkemesince hakkında mahkûmiyete hükmedilen Türk vatandaşları bakımından uygulanabilir; Türkiye’de ya da yabancı ülkede suç işleyen yabancı devlet vatandaşı fail hakkında ise bu madde

124

d) Aynı suçtan dolayı Türkiye’de soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması. (2) İnfazın devri talebinde bulunulması hâlinde, yabancı devlet makamlarından; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) İnfazı gereken bakiye cezayı gösteren belge, ç) Talebin değerlendirilmesi için gerekli görülebilecek diğer bilgi ve belgeler, d) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkra da belirtilen belgelerin tercümeleri, talep edilir. (3) Devir koşullarının bulunmadığının tespit edilmesi veya devrin Türkiye’nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, devir talebi Merkezî Makam tarafından reddedilir. (4) İnfazın devrine ilişkin talep alınmadan önce mahkûmiyete konu suç, ceza miktarı ve şahsın kaçma şüphesi dikkate alınarak, yabancı devletin istemi ve Merkezî Makamın olumlu görüşü üzerine 14 üncü madde uyarınca koruma tedbirlerine karar verilebilir. (5) İnfazın devrine ilişkin talep, Türk hukukuna göre uyarlama kararı verilmesi için Ankara ağır ceza mahkemesine gönderilir. Mahkemece on beş gün içinde, yabancı devlette verilen mahkûmiyet kararında sübutu kabul edilen fiile, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza tayin olunur. Bu suretle belirlenen ceza, yabancı mahkeme kararında tayin edilmiş ceza süresini geçemez. Uyarlama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Ağır ceza mahkemesi koruma tedbirleri hakkında da karar vermeye yetkilidir. (6) Uyarlama kararı, talep eden devlet makamlarına bildirilmek üzere Merkezî Makama gönderilir.” 6706 sayılı Kanun md. 27: “(1) Yabancı devletin infazı devretmesi üzerine durum, uyarlama kararını veren mahkemeye bildirilir. Mahkeme infaza başlanması için kararı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mahkeme ayrıca kararı Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bildirir. (2) Ağır ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı Türk kanunlarına göre infaz edilir. (3) Mahkûmiyetin esasına taallük eden talepler, hükmün esası hakkında karar veren devlet mahkemelerine yapılabilir, verilen kararlar ağır ceza mahkemesince yeniden uyarlanır. (4) İnfaz sırasında, hükmün verildiği devlette veya Türkiye’de genel veya özel af kabul edilmesi ya da suç ve cezayı ortadan kaldıran veya hafifleten bir sebebin ortaya çıkması hâlinde hükümlünün hukukî durumu, uyarlama kararını veren ağır ceza mahkemesince karara bağlanır.”

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



uygulanamaz. Ancak TCK m. 12 hükmünün göz önünde bulundurularak TCK m. 17 hükmünün uygulanabilirlik alanının genişletilmesinde fayda bulunmaktadır.

(2) TCK m. 17’de yer alan hak yoksunluğu ifadesi, yalnızca TCK m. 53’de düzenlenen “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” olarak değil, diğer kanunlardan da kaynaklanan hak yoksunlukları olarak anlaşılmalıdır.

(3) Türk hukuk düzenine uygun olan hükme bağlı olarak Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğa karar verilebilmesi için yabancı mahkeme hükmünün de hak yoksunlukları içermesi şart değildir.

(4) Adli Sicil Kanunu m. 4/1-f’ e göre, adli sicile kaydedilecek husus, yabancı mahkemece verilmiş olan mahkûmiyet kararı değil, sadece ve sadece Türk mahkemesinin TCK m. 17’ye göre vermiş olduğu hak yoksunluğuna ilişkin karardır. Bu nedenle Adli Sicil Kanunu m. 4/1-f hükmünde değişiklik yapılması ve adli sicile işlenecek bilgiler arasına yabancı ülke mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararının eklenmesi gerekmektedir.

(5) Yabancı ülke mahkemeleri tarafından Türk vatandaşları hakkında verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydı için TCK’nın 17. maddesinde belirtilen sürecin işletilmesi gerekmektedir. Zira 5352 sayılı Kanun, yabancı ülke mahkemelerince verilmiş mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması için bu kararların idari makamlarca adli sicile kaydını yeterli görmemiş, mahkeme kararını şart koşmuştur. Bunun doğal bir sonucu olarak da, hak yoksunlukları yabancı ülke mahkemesinin mahkûmiyet kararının adli sicile kaydı ile değil, Türk mahkemesinin hak yoksunluğu için ayrıca karar vermesini takiben hüküm doğuracaktır.

Kaynakça

AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

AKSAN, Murat, “Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma”, in: 2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt I, Ed. Prof. Dr. Adem Sözüer, İstanbul, 2015, s. 39-68.

AMBOS, Kai, Vor §§ 3-7 StGB, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MüKo-StGB), Band 1, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2003.

ARSLAN, Çetin, “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)”, in: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 56, Yıl 2007, Sayı 4, s. 1-53.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.



ÇETİNTÜRK, Ekrem, “Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi ve Hak Mahrumiyeti Doğurması”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14 (Temmuz 2013), s.528-557.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt II, 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1999.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım, Cilt III, 12. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1997.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.

ESER, Albin, Vor §§ 3-7 StGB, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar (S/S-StGB), 27. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

LEMKE, Michael, Vor §§ 3-7 StGB, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK-StGB), Band 1, 2. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2017.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZEN, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, in: Gazi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XIV, Yıl 2010, Sayı 1, s. 389-417.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.



TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 23. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

WERLE, Gerhard/JEßBERGER, Florian, Vor § 3 StGB, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), Band 1, 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2016.



MEVZUATTAKİ SON DEĞİŞİKLİKLER BAĞLAMINDA YAYLALARDA YAPILAŞMANIN HUKUKİ DURUMU

Dr. Öğr. Üyesi Yavuz GÜLOĞLU

Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Arş. Gör. İlknur CESUR

Kastamonu Üniversitesi, Orman Fakültesi, Orman Mühendisliği

Dr. Öğr. Üyesi Alper BULUT

Kastamonu Üniversitesi, Orman Fakültesi, Orman Mühendisliği

Öz

4342 sayılı Mera Kanunu, 1982 Anayasası'nın 45. maddesi hükmünün uygulanması adına çıkarılmıştır. Yaylaların hukuki niteliği, korunması ve yaylalardan yararlanması ile ilgili düzenlemeler anılan kanun ve ilgili mevzuat ile sağlanmaktadır. Mera kanunun yanı sıra Orman Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 07.03.2013 tarih ve 28580 sayılı "Devlet Ormanlarındaki Yayla Alanlarının Tespiti ve İdaresi Hakkında Yönetmelik" yayla alanlarında yer alan her türlü bina ve tesislerin tespiti, vaziyet planına işlenmesi, kullanıcıların tespiti, alanın kiralanması vb. düzenlemeleri kapsamaktadır. Yaylalarda, kalıcı nitelikte herhangi bir yapılaşmaya kesinlikle izin verilmeyeceği açıktır. Ülkemizde önemli bir sorun olarak karşımıza çıkan yaylarda yapılaşma sorunun kaçak yapılaşma olduğu ve hukuksal dayanağının bulunmadığı açıktır. Ancak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesi (Ek: 11.5.2018-7143/16 md) uyarınca, 06.06.2018 tarih ve 30443 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan "Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar" tebliği mevcut soruna farklı boyut kazandırmıştır. Bu çalışmada yaylaların hukuki durumu, zorunlu yapı ve tesislerin tespiti ile yaylalarda amaç dışı kullanım faaliyetleri ve bu faaliyetler için gerekli yapı ve tesislerin tespiti yapılacaktır. Ardından ülkemiz yaylalarında yapılaşmanın durumu incelenerek 30443 sayılı "imar affı" adı ile düzenlenen tebliğin mevcut sorunu nasıl etkileyeceği tartışılmış ve sorunun çözümüne ilişkin öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yayla, Mevzuat, İmar affı, Yapılaşma, Tahsis.



LEGAL STATUS of STRUCTURING in PLATEAUS in THE CONTEXT of LAST AMENDMENTS in THE BODY of CURRENT LAW

Abstract

Pasture Law No. 4342 was issued in the name of the application of Article 45 of the 1982 Constitution. Regulations concerning the legal nature, protection and utilization of springs are provided by the mentioned law and there lated legislation. In addition to pasture law which is the legal basis of the plateaus, the " Regulation on theDetermination and Administration of Highland Areas in State Forests " dated 07.03.2013 and numbered 28580 issued by the General Directorate of Forestry includes that the determination of all kinds of buildings and facilities in the plateaus, their processing to the state plan, renting etc regulations. It is evident that no constructions are strictly allowed in permanent. It is obvious that there is the problem of illegal housing which are encountered as an important problem in our country and there is no legal basis. However, in accordance with Temporary Article 16 of the Reconstruction Law No 3194 (Annex: 11/5 / 2018-7143 / 16 md), by the Ministry of Environment and Urbanization, the "Procedures and Principles Regarding the Issuance of Building Registration Documents" published in the Official Gazette dated 06.06.2018 and numbered 30443 gave a different dimension to the present problem. In this study, the legal status of the plateaus, the determination of the obligatory structures and facilities, then on-purpose use activities in plateaus and the structures and facilities required for these activitiess hall be determined. Then, by examining the state of construction in our country, we will discuss how the regulation 30443 will affect the current problem. The solution of the problem will be tried to be proposed.

Key Words: Plateau, Legislation, Construction Forgiveness, Structuring, Allocation.

1. Giriş

İnsanların yerleşik düzene geçmeleri ile birlikte ortaya çıkan toplumlar, zamanla artan nüfus etkisi ile dağlara yönelmeye başlamışlardır. İlk olarak hayvanların otlatılması amacıyla yüksek dağlık bölgelerin otlarından faydalanmak üzere çıkılan yaylaların fonksiyonları da zamanla değişimlere uğramıştır. Hayvanları doğal ortamda otlatmak, daha kaliteli hayvansal ürün elde etmek amacıyla genellikle ilkbahar mevsiminde yaylalara çıkan köy halkı bütün yaz mevsimini yaylalarda geçirmektedir. Yaylacılık özellikle köy halkı, tarafından tercih edilen ve amacının hayvancılık faaliyetleri olduğu bir etkinlik iken zamanla tüm kesimden halkın merak duyduğu ve ilgilendiği turizm faaliyeti halini almıştır.



Özellikle 80’li yıllarda kırsaldan kente göçlerin artması ile yaylalar kullanım özelliklerini kaybetmeye başlamıştır. Ancak kentleşmenin artması, nüfus yoğunluğu, sıcak ve bunaltıcı hava, çevresel kirliliğin yoğunlaşması ve bireylerin doğa olan özlemleri yaylaların yeniden gündeme gelmesini sağlamıştır. Büyük şehirlerin stresi ve bunaltıcı ortamından kaçan bireyler yaz mevsimlerini yaylalarda geçirmek istemektedir. Bu amaçla yaylalarda yaz mevsimini geçirmek üzere ihtiyaç duydukları yapıları yazlık konumunda inşa etmeye başlamışlardır. Son yıllarda ortaya çıkan bu yapılaşmanın yasallaştırılmasına yönelik artan yoğun bir talep vardır.

Bunun yanı sıra yaylacılık potansiyeli yüksek olan Türkiye’nin çeşitli bölgelerinde (özellikle Karadeniz Bölgesi) düzenlenen festival ve etkinlikler yaylaların ilgi odağı olmasında önemli etkindir. Geçmiş yıllarda yalnızca hayvancılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi amacı güdülen yaylacılık, zamanla alternatif turizm şeklini almıştır. Alternatif turizm şekli olarak yayla turizminin gerçekleşmesi yaylalarda mevcut alt yapının geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Ulaşımı kolaylaştırmak için yolların, konaklama ihtiyacının karşılanması için binaların ve çeşitli tesislerin yapımı gerçekleştirilmektedir. Ekonomik açıdan kısa vadede gelir getirici, istihdam sağlayıcı, kırsal kalkınmayı destekleyici yönleri bulunan bu faaliyetlerin uzun vadede olumsuzlukları mevcuttur.

Konunun yalnızca turizm sektörü açısından değerlendirilmesi yanlış yorumlamalara neden olacaktır. Öncelikle yaylacılık faaliyetlerinin gerçekleştirildiği yerlerin özellikle orman içi açıklıklardan olması konunun ormancılık açısından da değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ayrıca alternatif turizm türü olarak yaylacılığın çevreye ve ekolojiye etkileri değinilmesi gereken bir diğer noktadır. Yayların Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türk Medeni Kanunu’nda kamu malı olarak tanınması, zilyetliğe geçirilmelerine engel teşkil etmektedir. Hayvancılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi adına geçici tesislerin yapımına izin veren mevzuat yapılaşmaya yönelik herhangi bir hüküm içermemektedir. Aynı zamanda bireylerin yaylalardan faydalanmaları yalnızca tahsis yolu ile gerçekleşmekte, mevcut bina ve tesisler Devlet İhale Kanunu esaslarına göre kiralanabilmektedir.

Ancak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun geçici 16. maddesi (Ek: 11/5/2018-7143/16 md) uyarınca, 06.06.2018 tarih ve 30443 sayılı Resmi Gazete ’de yayınlanan “Yapı Kayıt Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar” tebliği mevcut soruna farklı boyut kazandırmıştır. Bu çalışmada öncelikle olarak yaylaların doktrinde ve mevzuatta tanımına yer verilerek yapılaşma sorununun boyutları değerlendirilmiştir. Yargıtay Ceza Daireleri tarafından, konuyla alakalı verilen kararlara da çalışmada yer verilmiştir. Ardından imar affi ile yaylaların nasıl etkileneceği üzerine görüş bildirilerek öneriler geliştirilmiştir.



2. Materyal Metot

Bu çalışmanın hazırlanması konuya ilişkin literatür taraması ile başlamıştır. Ardından konuya dair yasal mevzuat hükümleri incelenerek yayların hukuki durumu tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın ortaya çıkmasında ana kaynak teşkil eden imar affı kavramı ve boyutlarının yaylalar açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. İmar affı ile yaylalarda yapılaşmanın ne şekilde etkileneceği üzerine görüş ve öneriler geliştirilmeye çalışılmıştır.

2709 sayılı 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 4342 sayılı Mera Kanunu, 442 sayılı Köy Kanunu, 3402 sayılı Kadastro Kanunu, 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili yönetmelikleri bu çalışmanın materyalini oluşturmaktadır.

3. Bulgular

3.1. Yayla Kavramı ve Zamanla Değişen Yaylacılık Fonksiyonları

Yayla kavramına yönelik tanımlar incelendiğinde, Türkiye açısından genel anlamda ortaya çıkan tanım; yüksek dağ sırtlarında hayvanların otlatılması, bunaltıcı yaz sıcaklıklarından serin noktalara kaçış ikametgâhı (yazlık), ekonomik gelir elde etme amacıyla faaliyetlerin yürütüldüğü geçici yerleşim yeridir.

Emiroğlu (1977)'nin Alagöz (1941)'e atfen bildirdiği üzere yayla; köy halkının hayvan sürülerini yazın en sıcak dönemlerinde çıkardıkları ve uzun süre ikamet ettikleri dağ merası olarak tanımlanmıştır. Yayla kavramına yönelik Alagöz (1941) tarafından ortaya atılan bu tanım, diğer yayla tanımlarının yapılmasında öncülük etmiştir (Emiroğlu, 1977).

Atmış (2016)'nın Defne (1955)'ye atfen yer verdiği üzere yaylalar; orman içi açıklıklarda veya ağaç sınırında yer alan çoğunlukla yaz mevsimlerinden hayvanların otlatılmasına amacına yönelik getirilen, kış mevsiminde ulaşım imkânı bulunmayan doğal dağ meralarıdır.

Darkot (1972) yaylak veya yayla kavramının, kurak geçen yaz mevsimlerinde hayvanlara yeterli otlatmanın sağlanamamasından dolayı, sürülerin dağ sırtlarındaki yamaç ve düzlüklere çıkarılarak yayılmalarının sağlanması ile ortaya çıktığını öne sürmüştür. Gerçekleştirilen bu hareketliliği Darkot zorunlu göçebe çobanlık olarak ifade etmektedir.

Tunçdilek (1964) genellikle yüksek kesimlerde yer alan yaylayı, hayvanların otlatılması, tarım faaliyeti gerçekleştirmek ayrıca ekonomik açıdan gelir getirici farklı faaliyetleri de gerçekleştirmek amacıyla çıkılan, köy kavramından ayrı, ancak köye sosyo-ekonomik açıdan bağlı, köy ortak mülkiyetinde bulunan geçici yerleşim yeri olarak tanımlamaktadır.

Yayla kavramı geniş anlamıyla öncelikli olarak hayvancılık faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olmak üzere, kimi zaman da dinlenme, rekreasyon ve yazlık amaçlarla kullanılan yüksek kesimleri de ifade etmektedir (Emiroğlu, 1977).



Çanakçıoğlu (1993)’den bildirildiği üzere “yayla” ve “yaylak” kavramları aynı anlamı taşımaktadır. Tanıma göre yayla ve yaylak; *“orman içindeki açıklıklar veya ağaç sınırının üstünde bulunan ve belirli bir dönem (genellikle yaz ayları) için hayvanların otlamak üzere sürüldükleri, kışın çıkılmayan doğal dağ otlaklarıdır.”* (Atmış vd., 2006).

Yapılan diğer bir tanıma göre ise yaylalar, daimi iskân yeri olmayıp, mevsimlik ve dolayısıyla geçici iskâna uygunluk gösteren, kendine has bir yapılanması olan ve kış mevsiminde ulaşım imkânı bulunmayan dağ meralıdır (Demirel, 2005).

Yaylacılık faaliyetleri ise yaz mevsiminde insanların hayvanlarıyla birlikte yaylalara çıkmalarını, çıkılan yaylalarda geçici olarak yerleşmelerini ve ekonomik faaliyetlerde bulunmalarını kapsamaktadır (Atmış, 1994).

Yaylacılık faaliyetleri 1980’li yıllara gelene kadar hayvanların yüksek kesimlerdeki zengin ot çeşitliliğinden faydalandırılması amacı güdülerek yaylalara çıkma hareketliliği olarak kabul edilmiştir.

Çoğunlukla kurak yaz mevsiminin geçirildiği, kaliteli hayvansal ürünlerin elde edilmesine yönelik yürütülen yaylacılık faaliyetlerinde 1980’li yıllarda kırsal kesimlerden kente göçte yaşanan artışa ve hayvansal ürünlerde yaşanan değer kaybına bağlı olarak ciddi azalmalar görülmüştür. Genç nüfusun kentlere göç etmesi ile köylerde kalan yaşlı nüfus olabildiğince yaylacılık etkinliğini sürdürmeye çalışmaktadır (Atmış, 1994; 2016).

2000’li yıllara gelindiğinde ise gittikçe büyüyen; kentleşmenin yaygınlaşması, kent nüfusunun artması ve bunlara dayalı ortaya çıkan çevresel sorunlar insanları yeşile hasret bırakarak doğaya dönüşü hareketlendirmiştir. Küresel ısınmanın neden olduğu mevsimsel sıcaklıkların her geçen yıl artması, yazın bunaltıcı sıcağından, gürültü ve hava kirliliğinden kaçarak temiz hava ihtiyacı duyan insanların ilgi merkezi haline gelen yaylalar yayla turizminin ortaya çıkmasına olanak sağlamıştır.

Klasik turizm etkinliğinde aradığı huzuru bulamayan, doğa ile iç içe olmak ve yayla kültürü ile temas etmek isteyen ziyaretçilerin her geçen gün artış göstermesi yaylaların turizme açılmasına, yayların sahip oldukları doğa güzelliklerinin ve rekreasyonel imkânların ziyaretçilerin ilgi ve beğenilerine sunulmasına dolayısıyla da turistik faaliyetlerin gerçekleştirilmesine yönelik imkân ve olanakların sağlanmasına yönelik ihtiyaçları ortaya çıkarmıştır (Sezer ve Kılıç, 2015).

Zamanla yaylacılık fonksiyonlarına eklenen yeni fonksiyonlar, başlarda ekonomik kazanç, istihdam, kırsal kalkınmaya yönelik katkıları dikkate alınarak coşkuyla karşılanmıştır. Yayla turizmini gerçekleştirebilme kapasitesi açısından oldukça zengin bir ülke olan Türkiye, yaylalarını 1990’lı yıllardan itibaren yayla turizmine açmaya başlamıştır. Her geçen yıl daha çok ilgi merkezi haline gelen yaylalar ve yayla festivalleri ziyaretçi sayısında hızla yükselen bir artışa



sebebe olmaya başlamıştır. Yukarıda yapılan yayla tanımlarından da anlaşılacağı üzere ulaşımı oldukça güç olan yaylara yönelik ortaya çıkan baskı yayla turizminin yoğun gerçekleştirildiği kesimlerde birçok çevresel sorunu beraberinde getirmiştir.

Ziyaretçilerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bina ve tesislerin yapılması, alt yapı hizmetlerinin yaylalara ulaştırılması ve ayrıca yaz mevsimi geçirmek üzere yaylaları tercih eden bireyler konaklama ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik yazlıklar inşa etmeleri kamu malı sayılan yaylalar üzerinde ciddi sorunları ortaya çıkarmıştır.

3. 2. Yaylaların Hukuki Durumu

İlk olarak 1858 tarihli Arazi Kanunnamesinde düzenlenen mera ve yaylalar, metruk arazi olarak sınıflandırılmışlardır. Halkın ortak kullanımına tahsis edilmiş yol, park ve meydanlar gibi metruk arazi sınıfında yer alan mera ve yaylalar tüm toplumun ortak kullanımı yerine belirli yerleşim yerlerinde yaşayan insanların ortak kullanımına yönelik tahsis edilmelerinden dolayı diğer metruk arazilerden içeriği bakımından farklılık göstermektedir.

1982 tarihli 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı 45. maddesinde Devlete, tarım arazilerinin, çayır ve meraların amaç dışı kullanımlarının ve tahribatlarının önlenmesi, bitkisel ve hayvansal üretimi artırmaya yönelik, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerine ve diğer girdilere erişiminin kolaylaştırılması gibi görevler yüklenmektedir. Devlet kendisine Anayasa ile verilen bu görevi yerine getirmek üzere gerekli düzenlemeleri özel kanun ve uygulama yönetmelikleri çıkarmakla da görevlendirilmiştir.

2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 715. maddesinde sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait olan malların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, aksi ispatlanmadıkça yararı kamuya ait olan sular, kayalar, tepeler, dağlar ve buzullar gibi tarım faaliyetlerine elverişli olmayan yerler ve buralardan çıkan kaynakların hiç kimsenin mülkiyetinde olmadığı, hiçbir şekilde özel mülkiyete konu edilemeyeceği düzenlenmiştir. İlgili maddede düzenlenen yerler ve malların kazanılması, korunması, bakımı, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir. Anılan kanunun 751. maddesinde yetkili makamlar tarafından bitki örtüsünün korunmasına yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmediği sürece herkesin başkasına ait orman ve meraya girebileceği ve o yerlerde yetişen yabani meyve, mantar gibi ürünleri yerel adetlere uygun ölçüde toplayabilecekleri belirtilmiştir. Aynı kanunun 999. maddesi ile de özel mülkiyette olmayan ve kamu yararına tahsis edilen taşınmazların, üzerlerinde tescili gerekli herhangi bir aynî hak kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydedilmeyecekleri düzenlenmiştir.

3402 sayılı Kadastro Kanununun 16. maddesinde mera, yaylak, otlak, kışlaklar kamunun ortak kullanımına ve kamu hizmetinin gerçekleştirilmesine ayrılan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan sahipsiz yerlerden sayılmışlardır. Bu yerlerden kamunun kadimden beri yararlandığı



belgelerle, bilirkşi veya tanık beyanları ile tespit edilen yerlerin orta malı taşınmaz mallar olarak sınırlandırılacağı, parsel numarası verilerek yüz ölçümünün hesaplanacağı ve özel sicile kaydedilecekleri düzenlenmiştir. Anılan kanunun 18. maddesi orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan ve kamu hizmeti görülmesi amacı ile tahsis edilmiş yerler ile ilgili kanunlar gereği Devlete kalan taşınmazların tapuya kayıtlı olsun veya olmasın hiçbir şekilde kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Kamu malları üzerinde, bir aynı hak niteliğindeki mülkiyetin özel hukuk kişilerine devredilmesinin mümkün olmaması kamu mallarının devir ve ferağ edilemezlik ilkelerinin gereğidir. Aynı zamanda mülkiyet dışında sınırlı aynı hak kurulamamasının gerekçesi olarak da, kamu malının kullanım olanağının kısıtlanabileceği, dolayısıyla tahsisin etkilenebileceği ileri sürülmektedir. Sınırlı aynı haklarında bir eşya üzerinde hâkimiyet kurulmasına olanak sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardan olması, kamu malları üzerine sınırlı aynı hakların kurulamamasının gerekçesidir (Gülan, 1999).

442 sayılı Köy kanunda yer alan ifadeye göre de otlak ve yaylaklar orta malıdır. Köye ait orta malların Devlet malı gibi korunacağı ve bu mallara el uzatanların Devlet malına el uzatmışlar gibi ceza görecekleri hükme bağlanmıştır.

Köy tüzel kişiliğinin mülkiyetinde bulunan ve kadimden beri köylünün ortak kullanımına tahsis edilen mera, yayla, yol ve sulak gibi orta malı olan taşınmazlara yönelik tecavüz ve geçici nitelik barındırmayan inşaatların yapılması halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 514/2 fıkrası uyarınca ceza-i işlem uygulanmaktadır. Uygulanacak ceza 514. maddenin birinci fıkrası hükmünde yer almaktadır. Buna göre “*Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suctan zarar görenin şikâyeti üzerine altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir.*”

“Daha önce çeşitli kanunlarla tahsis edilmiş veya kadimden beri kullanılmakta olan mera, yaylak, kışlak ve kamuya ait otlak ve çayırın tespiti, tahdidi ile köy veya belediye tüzel kişilikleri adına tahsislerinin yapılmasını, belirlenecek kurallara uygun bir şekilde kullandırılmasını, bakım ve ıslahının yapılarak verimliliklerinin artırılmasını ve sürdürülmesini, kullanımlarının sürekli olarak denetlenmesini, korunmasını ve gerektiğinde kullanım amacının değiştirilmesini sağlamak” amacıyla 1998 tarihli Mera Kanunu yürürlüğe girmiştir. 4342 sayılı Mera Kanunu’nun “tanımlar” başlıklı 3. maddesinde yer alan tanıma göre; çiftçilerin hayvanlarıyla beraber yaz mevsimini geçirmek, hayvanların otlatılması ve otundan faydalanmak amaçlarına yönelik tahsis edilen veya kadimden beri bu yönde kullanılan yerler yaylak olarak tanımlanmıştır.



Anılan kanunun 4. maddesi mera, yaylak ve kışlakların hukuki durumunu açıklamaktadır. İlgili madde hükmüne göre bu yerler kullanım hakkı bir veya birden çok köy ve belediyeye ait olabilmekle birlikte Devletin hüküm ve tasarrufu altındadırlar. Bu yerler sahip oldukları nitelikleri dolayısıyla özel mülkiyete geçirilemez, sınırları daraltılamaz, amaç dışı faaliyetler gerçekleştirilemez, zaman aşımı uygulanamaz yerlerdir.

Yaylaların tahsisini düzenleyen fermanlar, yayla tapusu olarak değerlendirilememekle birlikte bu belgelerin uyuşmazlıkların çözümünde ispatlamaya yarayıcı birer araç olarak kullanılmaktadır. Medeni Kanun hükümlerine göre yaylalar tapuya tescil edilemez ve tapuya tescilin gerçekleşmesinin tek koşulu uygulama imar planlarının yapılmış olmasıdır (Atmış, 1994; Atmış vd., 2006).

Kullanım hakkının yönetmelikle belirtilen koşullara bağlı olarak kiralanabileceği de ilgili madde de düzenlenmiştir. Mera Kanununun 20. maddesi ile yaylak ve kışlaklarda 442 sayılı Köy Kanununda belirtilen inşaatlar ve valiliklerin izni dâhilinde imar mevzuatına bağlı kalınarak, kullanım amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve geçici nitelikte barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi ile turizme açılması uygun görülen yerlerde ahşap yapılar dışında ev, ahır ve benzeri inşaatların yapılamayacağını hükme bağlanmıştır.

Yargıtay tarafından verilen; bilinen en eski zamandan beri yayla olarak kullanıma tahsis edilen yerlerde kalıcı inşaat niteliğinde yayla evi yapılamayacağı ve geçici nitelikte yapılmayan yayla evinin işgal suçunu oluşturacağı bu nedenle kalıcı nitelikte yapılan yayla evinin müsadere gerektiğine yönelik kararları mevcuttur (3. CD. 25.01.2007 tarih ve 2006/5455-2007/496; 15.02.2007 tarih ve 2006/3429-2007/1298).

6831 sayılı Orman Kanununun 17. maddesinin 6292 sayılı yasa ile değişik birinci fıkrası hükmüne göre; otlatma planına bağlı kalınarak otlatmaya izin verilen yerlerde hayvanların güvenli şekilde geceklerini sağlayacak ve orman içerisinde dağılarak kaybolmalarını önleyecek geçici çevirmeler yapılmasına imkân sağlanmıştır. Bunların dışında orman sınırları içerisinde gerçekleştirilecek her çeşit bina, ağıl ve hayvanların barınmasına özgü yerlerin yapılması, tarla açılması, ekilmesi ve orman içerisine yerleşilmesi yasaklanmıştır.

6292 yasa ile getirilen değişikliğe ek olarak; 31.12.2011 tarihinden önce toplu halde yerleşmelerin bulunduğu; yaylak ve otlak olarak kullanılan yerlerden, uygun olduğuna karar verilenlerin, Tarım ve Orman Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yayla olarak tanınmasına, belirlenen bu alanlarda bulunan ve hakkında daha önce müsadere kararı verilmiş olanlarda dâhil olmak üzere her türlü bina ve tesislerin mevcut durumları ile orman idaresi tarafından işletilmesine, işlettirilmesine veya kiralanabilmesine olanak sağlanmıştır.

Orman Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrasında; ormandan işgal, açma veya hiçbir şekilde kesme, sökme, budama veya boğma yolları ile elde edilebilecek yerler ile orman içinde yapılacak



her türlü yapı ve tesislerin şahıslar adına tapuya tescil olunamayacağı hükme bağlanmıştır. Aksi durumun söz konusu olması halinde ise orman idaresinin bahsi geçen yapı ve tesislere doğrudan el koyacağı belirtilmiştir.

Orman Kanununun 17, 19, 20, 21 ve 22. maddeleri Devlet ormanları içerisindeki yaylak, otlak ve mera ile ilgili düzenlemelerin incelenmesinde birlikte değerlendirilmelidir. İlgili kanun maddelerinde geçen yaylak kavramı; “Bir veya birkaç köy ve kasaba ahalisinin hayvanları ile birlikte çıkıp, sıcaklarda yazı geçirmek, hayvanlarını otlatmak ve sair suretle istifade etmek üzere eskiden beri kullanageldikleri ağaçsız, otluk, orman ve orman dışı, yüksek rakımlı yerlerdir.” olarak tanımlanmıştır (Aras, 2013).

Orman sınırlarında yer alan yayla veya meranın orman vasfı taşımadığının kabulü için orman kadastro esnasında iç parsel olarak yayla veya mera vasfında olduğunun tespiti gereklidir (Y3CD 2.12.2004 E.2004/3648 - K.2004/12650).

Orman Kanununun 17. maddesi ile yasaklanan orman sınırları içerisinde herhangi çeşit bina, ağıl ve hayvanların barınmasına yönelik yerlerin yapılması, ya da mevcut yerlerin kullanılması fiilinin ihlali halinde orman kanununun 93/1. maddesi uyarınca ceza uygulanır. Orman Kanununun 20. ve 21. maddelerinin ihlali halinde yani; 20. madde de ifade edilen yaylak, kışlak ve otlaklara orman idaresinin göstermiş olduğu yollar haricindeki yollardan hayvanları ile ya da hayvansız giriş çıkış yapmaları; 21. madde de belirtilen Devlet ormanları içerisindeki otlaklara orman idaresinin izni olmaksızın sürü halinde veya toplu şekilde hayvanların sokulup otlatılmaları veya otlatma planına uymamaları durumunda orman kanununun 96. maddesi uyarınca ceza uygulanır. Ayrıca orman içerisindeki yaylak, kışlak ve otlaklarda hakkı olduğunu ispatlayamayan sürü sahipleri ormana girip çıkmaları ve hayvanlarını otlatmaları halinde orman kanununun 95. maddesi uyarınca ceza görürler.

4. Yaylalarda Yapılaşmaya Yönelik Girişimler

442 sayılı Köy Kanuna 20.05.1987 tarih ve 3367 sayılı kanun ile gelen Ek 14. madde hükmüne göre; köy yerleşme planında konut alanı ve köyün ortak ihtiyaçlarını karşılamak üzere ayrılan yerler, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yaylak, seyrangâh, yol, panayır yerleri gibi yerler ile mülkiyeti Hazineye ait olan ancak kamu hizmetine ayrılmamış taşınmazlardan, 4342 sayılı Mera Kanununun 5. maddesinde yer alan hükümleriyle birlikte değerlendirilmesi ile mera, yaylak, kışlak ve otlak- çayır olarak yararlanılamayacağına karar verilen yerler, köy yerleşme planının onaylanması ile vasıflarını kendiliğinden kaybedeceklerdir. Bu yerler Maliye Bakanlığının görüşü alınarak valilik tarafından köy tüzel kişiliği adına tapuya tescil edilecektir.

3367 sayılı kanun ile 442 sayılı Köy Kanununa eklenen Ek 15. madde hükmü ise; köy tüzel kişiliği adına tapuya tescil edilen bu yerlerin (köy yerleşme planına göre en fazla 2000 m²lik parsel) köy nüfusuna kayıtlı, köyde ikamet etmekte olan ve evi olmayanlara ihtiyar meclisinin kararı ile rayiç



bedel üzerinden satışının gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. Köy ihtiyar meclisi tarafından satılan parseller üzerine satışın gerçekleştiği tarihten itibaren en geç beş yıl içerisinde bina yapılması ek 15. madde ile zorunlu tutulmuştur.

Söz konusu kanun ile eklenen ek 14. ve 15. maddeler kır imarının planlanmasına dair kurallar olma niteliğinin yanı sıra köylerin orta malı sayılan ve kamu malı niteliğinde olan mera, otlak, yaylak, yol, panayır yeri gibi alanların şahısların özel mülkiyetine geçirilmesine olanak sağlamıştır (Keleş 2012).4342 sayılı Mera Kanununun 5. maddesi hükümleri uyarınca incelenmesi ile mera, otlak, yaylak, kışlak ve çayır olarak yararlanılamayacağını hangi koşul ve şartlarda belirleneceği belirsizdir. Söz konusu düzenleme bu yerlerin yapılaşmaya açılmasına ve dolayısıyla tahribine neden olacak niteliktedir. Ayrıca büyük şehirlere yönelik göç hareketliliği ile köy nüfuslarında meydana gelen azalma yeni yapılaşmaya duyulan ihtiyacın gerçekliğini sorgulatmaktadır. İlgili kanun maddelerinin büyük şehirlerde yaşayan halkın yaz mevsimi geçirmek üzere serin ve yeşil alanlara olan arzularını gerçekleştirmek adına düzenlendiği akıllara gelmektedir. Köy nüfusuna kayıtlı olmak ve köyde ikamet etmek şartının günümüzde gerçeği yansıtmayan beyanlarla ortaya konulduğu veya ihtiyar heyeti tarafından satışı gerçekleştirilecek parsellerin ilan edilmeden duyurulması ile köy ile bağlantılı olan kişilerin ikamet adreslerini taşıdıkları bilinmektedir. Dolayısıyla yalnızca evi olmayan, köy içerisinde daimi ikamet eden ihtiyaç sahiplerinin barınma ihtiyacının karşılanmasına yönelik bir uygulama olduğunu söylemek oldukça zordur.

137

3194 sayılı İmar Kanununa 08.08.2011 tarih ve 648 sayılı KHK'nın 23. maddesi ile eklenen Ek Madde 4 hükmüne göre valilik tarafından kurulacak bir komisyon mera yaylak ve kışlakların geleneksel kullanım amacıyla geçici yerleşim yeri olarak uygun görülenlerin tespitini gerçekleştirecektir. Bu yerlerin tahsis amacı değiştirilerek hazineye tescil edilmeleri ve belediye-mücavir alan sınırları içerisinde kalan yerlerin belediyelerine, diğer alanlarda kalanların il özel idarelerine veya özel kanunla belirlenen ilgili idarelere tahsis edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kamu hizmetleri için gerekli olanların dışında kalan taşınmazların talep sahiplerine bedeli karşılığı 29 yıla kadar tahsis edilebileceğine de yer verilmiştir. İlgili madde kapsamında tahsis edilecek mera, yaylak ve kışlakların il genelinde yer alan mevcut mera, yaylak ve kışlakların binde beşini geçmeyecek şekilde belirlenmesi koşulu getirilmiştir.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca ilan edilen turizm merkezleri ile turizm gelişim bölgeleri kapsamında kalan mera, yaylak ve kışlakların, ot bedeli alınmaksızın tahsis amacı değiştirilerek tapuda Hazine adına tescil edilerek, söz konusu kanun kapsamında kullanılmak ve değerlendirilmek üzere Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilebileceği de hükme bağlanmıştır.

Bahsi geçen düzenlemeleri içeren Ek Madde 4'ün 3194 sayılı İmar Kanununa eklenmesi ile mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımlarının önü açılarak bu yerlerde yerleşme ve yapılaşmaya

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



izin verildiği, bu yerlerin tahribatının, sınırlarının daraltılmasının ve hayvansal üretimde azalmanın meydana geleceği endişeleri gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesine yapılan söz konusu maddenin iptali istemi ile açılan dava neticesinde Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırılığın söz konusu olduğundan bahisle iptaline karar verilmiştir (AYM, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2013/184).

Anayasanın 45. maddesi hükmü Devlete tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmalarını ve tahribini önleyici gerekli tedbirleri alma görevini yüklemektedir. Madde gerekçesinde bu hükmün; tarım arazilerinin kentleşme ve sanayileşme etkenleriyle kaybedilmesinin önüne geçmeyi hedeflediğine yer verilmiştir. Devletin bu amaca hizmet edecek şekilde yasal düzenlemeler yapması gerektiği ifade edilmiş ve gerekli tedbirlerin ve uygulama yöntemlerinin belirlenmesi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır (AYM, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2013/184).

Bu amaçla hazırlanan ve yürürlüğe giren 4342 sayılı Mera Kanunun 14. maddesinde gösterilen tahsis amaçları dışında herhangi bir şekilde yararlanılamayacağı kesin ifadelerle belirtilmiştir. Bu yerlere inşaat yapılamayacağı yine aynı kanunun 20. maddesi ile yasaklanmıştır. Söz konusu kanun kapsamında bu yerlerin yerleşim yeri olarak iskâna açılmasına yönelik herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Ayrıca mera, yaylak ve kışlakların korunmasına ve tahribinin önlenmesine yönelik gerekli tedbirlerin alınmaması veya uygulamaya konulmaması halinde yöre halkının geçim kaynaklarından önemli yeri olan hayvancılığın olumsuz etkileneceği aşikârdır. Aynı zamanda Anayasanın 56. maddesi ile Devlete yüklenen herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasının sağlanması görevi de ortaya çıkacak çevresel kirlilik ile sektöre uğrayacaktır (AYM, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2013/184).

Kanun koyucu Devletin Anayasa ile kendisine verilen görevleri yerine getirmesi adına, kamu yararının zorunlu olduğunun tespit edildiği durumlarda Mera Kanunu ile korunan yerlerde tasarrufta bulunarak tahsis amacının değiştirilebileceğini öngörmektedir. Bu durumda yukarıda yer verilen 648 sayılı KHK ile getirilen Ek Madde 4 hükmünün gerekçesinde yer alan ifadeye göre; “mera, yaylak ve kışlak gibi alanların sosyo-ekonomik ve sosyo- kültürel durumu gözetilerek buralarda yapılaşma ile ilgili usul ve esasları düzenlemek” söz konusu kuralın amacıdır. Mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanılmalarının ve tahribinin önlenmesi ile sağlanan kamu yararının, bu yerlerin iskâna açılması ile elde edilecek kamu yararına kıyası açık ve net bir şekilde yapılmalıdır. Fakat düzenlemenin gerekçesinde elde edilmesi planlanan kamu yararına yönelik herhangi bir açıklama ve tespitin yer almaması bu yerlerin tahsis amacının değiştirilmesi için zorunlu bir durum arz etmemektedir (AYM, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2013/184).

Kültür ve Turizm Bakanlığının önerisi ve Bakanlar kurulunun kararı ile 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununu uyarınca bir bölgenin turizm potansiyelinin yüksek olduğuna karar verilerek



bölgenin tamamının kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgesi veya turizm bölgesi olarak ilan edilmesi olanaklıdır. Ek Madde 4 ile getirilen düzenleme, tespit edilen bu bölgenin mera, yaylak ve kışlaklara denk gelmesi halinde, alanın büyüklüğü veya halkın ihtiyaçlarının ne ölçüde karşılandığının üzerinde durulmadan, Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilebileceği dolayısıyla mera, yaylak ve kışlak vasıflarının tamamen yitirilmesine neden olabilecektir. Bu durumda turizme açılan bölgelerin mera, yaylak ve kışlakları da içine alan kısımlarının Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsisi ile elde edilecek kamu yararı ile Anayasanın 45. maddesinin uygulanması ile sağlanan kamu arasında makul bir denge kurulması zorunludur. 648 sayılı KHK ile getirilen düzenleme mevcut hali ile Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırı nitelik taşımaktadır (AYM, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2013/184).

Mera, yaylak ve otlaklarda yapılaşmanın önünü açan bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilerek hedefe ulaşamamıştır.

Dolaylı olarak yayla, mera, otlak gibi alanların özel ve gerçek kişi adına tapuya geçirilmesinin önünü açan bir diğer düzenleme ise 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinin 3. fıkrasına 25.02.2009 tarih ve 5841 sayılı Kanunun 2. maddesi ile eklenen “*Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz. Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dâhil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır*” ifadesidir. Bu hükmün uygulamaya konmasının olası sonuçları düşünüldüğünde Devletin hüküm ve tasarrufu altında ve kamu malı olan taşınmazların kadastro çalışmaları esnasında yapılan yanlış işlem neticesinde özel mülkiyete geçirilmesi sonucunu doğurabileceği gibi söz konusu işlemin 10 yıl dolduktan sonra fark edilerek iptali isteminin önü kapatılmış olacaktır. Söz konusu endişelerin ortaya çıkması ile Anayasa Mahkemesine 5841 sayılı Kanun ile eklenen cümlelerin iptali istemi dava açılmıştır. Anayasa mahkemesi yapılan incelemenin ardından iptali istenen cümlelerin Anayasa’nın 43. ve 169. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçe ile iptaline karar vermiştir (AYM, 12.05.2011 tarih ve E. 2009/31, K. 2011/77).

Evveliyatı mera, yayla veya kışlak olan taşınmazın kadastro tutanaklarında gerçek veya özel kişi adına tespiti yapılmış ve tapu siciline kaydı gerçekleştirilmiş olan yerlerin, iptal edilerek mera, yayla veya kışlak olarak belirlenmesi istemlerinin de önünü kapatacak olan düzenleme, Anayasa mahkemesinin iptal kararı ile Kadastro Kanununun 12. maddesinin kamu malları için uygulanamayacağını hükme bağlamıştır. Kamu malları ile alakalı bu şekilde bir sorun ile karşılaşıldığında tapu kaydının iptali için bir süre sınırlaması söz konusu değildir. Hukuki dayanağı bulunmayan ve dolayısıyla geçersiz nitelikte tesis edilen işlem ile merayı özel mülkiyetine geçiren şahıs adına Türk Medeni Kanunun 712. maddesi de uygulanamaz (YHGK, 13.06.2018 tarih ve E.2017/2215,K.2018/1190). TMK 712. maddesi “Geçerli bir hukuki sebep



olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişi, taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyi niyetle sürdürürse, onun bu yolla kazanmış olduğu mülkiyet hakkına itiraz edilemez.” demektedir.

4. 1. 3194 Sayılı İmar Kanunu Geçici Madde 16 (Ek: 11.5.2018-7143/16) İmar Barışı ve Yaylalar

Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olacak şekilde inşa edilen yapıların kayıt altına alınmasına ve imar barışını sağlamaya yönelik, afet risklerine karşı hazırlık çalışmaları kapsamında, 31.12.2017 tarihinden önce yapılmış bu tarz yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendirileceği kurum ve kuruluşlara 31.10.2018 tarihine kadar başvuru yapılması ve 31.12.2018 tarihine kadar yapı kayıt bedelinin yatırılması ile Yapı Kayıt Belgesi verilebilecektir.

Yapı kayıt belgesi alınan bu yapılar için 3194 sayılı Kanun hükümleri uyarınca daha önce verilen yıkım kararları ile tahsili gerçekleştirilemeyen idari para cezaları da iptal edilecektir.

Aynı zamanda bu yapılarda, maliyet bedelinin iki katı olacak şekilde yapılacak ödeme neticesinde, yapı kayıt belgesi ile birlikte tüm maliklerin rızası ve kamu hizmetine ayrılan alanların terk edilmesi suretiyle yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilecektir. Ancak kat mülkiyetinin tesis edilmiş olması 6306 sayılı “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun” un Ek1 maddesinin yani; en az %65’ inin imar mevzuatına aykırı olduğu ya da yapı ruhsatı bulunmaksızın inşa edildiği ve sonradan yapı ve iskân ruhsatı alındığı tespit edilen yapıların bulunduğu alanların, Cumhurbaşkanı tarafından riskli alan olarak ilan edilebileceğine yönelik düzenlemenin uygulanmasına engel değildir.

Yapı kayıt belgesi alınan yapıların, mülkiyeti Hazineye ait olan taşınmazlar üzerinde inşa edilmiş olması bu taşınmazların Bakanlık adına tahsis edileceği şeklinde düzenlemeye tabi tutulmuştur. Ancak yapı kayıt belgesi sahipleri veya kanuni/akdi haleflerinin talebi üzerine bu yerlerin Bakanlık tarafından rayiç bedel üzerinden doğrudan satışı gerçekleştirilebilecektir.

Bu tarz yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerinde inşa edilmesi halinde ise yapı kayıt belgesi sahipleri ile bunların kanuni ve akdi haleflerinin talepleri üzerine, ilgili belediyeye söz konusu bedelin ödenmesi ile taşınmazların rayiç bedel üzerinden doğrudan satışı yapılabilecektir.

Yapı kayıt belgesi alınan yapılar için talep olması halinde mevzuatta yer alan abone gruplarından ait olunan gruba uygun olarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz hizmetleri sağlanabilecektir.

Afet riskine hazırlık çalışmaları kapsamında getirilen bu düzenlemeye göre yapıların depreme dayanıklılığı malikin sorumluluğuna bırakılmıştır.



Yapı kayıt belgesinin geçerlilik süresi söz konusu düzenlemede yapının yeniden yapılması veya kentsel dönüşüm uygulanıncaya kadar olarak belirlenmiştir. Yapı kayıt belgesi verilen yapıların yenilenmesi söz konusu olduğunda yeni yapılacak binaların imar mevzuatına bağlı kalınarak inşa edileceği ifade edilmiştir.

7143 sayılı kanun ile getirilen geçici madde 16 hükümlerinin yayla, otlak, mera açısından açık bir düzenleme getirmediği görülmektedir. Ancak yayla, otlak, kışlak ve meraların bir veya birden fazla köy veya belediyeye ait olabileceği Mera Kanununun 4. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin Hazineye ait taşınmazlar ile belediyeye ait taşınmazlar üzerine ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı inşa edilen yapıları da kapsaması yayla, otlak, mera, kışlak gibi yerler üzerinde yapılan kalıcı nitelikteki yapıları da içerisine almaktadır.

5. Sonuç ve Öneriler

Yaylaların hukuki durumu ve Yargıtay kararları incelendiğinde söz konusu yapıların kaçak yapılaşma olduğu ve işgal suçunu oluşturduğu açıkça ortada iken hakkında verilen yıkım ve idari para cezaları kararlarının iptal edilerek, kamu malı niteliğindeki alanları yağmalama şeklinde suç işleyenlere ödül niteliğinde yapı kayıt belgesi verilmesinin hiçbir hukuki açıklaması bulunmamaktadır.

Geleneksel yaylacılıktan giderek uzaklaşıldığı, yaylaların turizme açılması ile mevcut doğal yapının ve güzelliklerin giderek bozulduğu, taşıma kapasitesi üzerinde ziyaretçilere maruz kaldığı günümüzde açık şekilde görülmektedir.

Yaylalara ulaşımın karayolu ile sağlanması, gelişigüzel açılan yollar, alt yapı hizmetlerinin sağlanması yaylalarda yapılaşmayı kolaylaştırmıştır. Kışın ulaşım imkânının olmadığı yerlere özellikle yaz mevsiminde, kaliteli hayvansal ürünler elde etmek, zengin ot çeşitliliğinden faydalanmak, uygun koşulların varlığı halinde tarım faaliyeti de gerçekleştirmek amacıyla çıkılması suretiyle yürütülen yaylacılık, zamanla bu fonksiyonlarından neredeyse tamamen uzaklaşmıştır. Yaylalar insanların temiz ve sağlıklı çevrede yaşama ihtiyaçlarını karşılamak için çıktıkları ve konakladıkları yerler halini almaya başlamış ve bunun neticesinde de mevzuatta yasaklanan haliyle binalar inşa edilmiştir.

Zaman zaman yaylalarda yapılaşmanın önünü açan düzenlemeler hayata geçirilmeye çalışılmıştır. İmar barışı adı ile 7143 sayılı kanun ile getirilen son düzenleme bu yapılaşmanın önünü açmaya yönelik girişimlere en güncel örnektir. Yaylalarda kaçak yapıları bulunanlara ödül niteliğinde verilecek olan yapı kayıt belgesi, kaçak yapıların üzerinde bulunduğu, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan kamu malının özel mülkiyete geçirilmesine imkân sağlayacaktır. Verilen topraklar yalnızca mevcut kamunun malı değil aynı zamanda gelecek nesillerinde malıdır.



Devlet kendisine yüklenen görevleri kamu yararı adına gerçekleştirmekle yükümlüdür. Ortaya sunulan bu düzenleme ile devletin hangi kamu yararını hedeflediği açıkça belirtilmelidir. Afet riskine hazırlık kapsamında olduğu ileri sürülen bu düzenlemenin afetlere ortam hazırladığı yaşanan acı tecrübelerle sabit olunmuştur. Yüksek rakımlarda ki kaçak yapılara verilecek yapı kayıt belgeleri sel, erozyon, heyelan, yangın gibi riskleri artıracaktır. Bu yerlere ulaşım imkânlarının güç olması can ve mal kayıplarını da beraberinde getirecektir. Ayrıca talep edilmesi halinde yapı kayıt belgesi alınan yapılara su, elektrik, doğalgaz hizmetlerinin sağlanacak olması bu yerlerin vasıflarını tamamen kaybedeceğini göstermektedir.

Ayrıca binaların depreme dayanıklılığının maliklerin sorumluluğuna bırakılması, Devlet güvencesiyle denetiminin yapılmayacak olması tehlikeyi artırıcı niteliktedir. Devlet söz konusu kaçak yapıların, yapı kayıt belgesi verilse dahi imara aykırı ve depreme dayanıksız olduğunu kabul etmekte ancak bu yapıları yasal hale getirmenin yolunu aramaktadır.

Geçici 16. madde ile hayata geçirilmesi planlanan uygulamaya göre, kaçak yapıların yenilenmesi söz konusu olması halinde yeni inşa edilecek yapılar imar mevzuatına uygun yapılacaktır. Bu düzenlemenin hazineye ve belediyeye ait taşınmazlar üzerinde olup yapı kayıt belgesi alınan yapılar için uygulanması halinde yaylaların imara açılmasının önünde herhangi bir engel kalmayacaktır. Bundan sonraki aşama yapı kayıt belgesinin alındığı binanın imar mevzuatına uygun şekilde yenileceği gerekçesi ile yapı ruhsatının da alınmasının önünün açılmasıdır. Bu durumda toplu olarak imar mevzuatına uygun hale getirilen alanlar, riskli alan olarak ilan edilen bölgelerden olsalar dahi, mevzuata uygunluğun sağlanması ile riskli alan statüsünden de çıkabileceklerdir.

Bu koşullarda yaylaları da içine alan bu düzenlemenin yalnızca bu bina sahiplerini tatmin edecek şekilde uygulanması konması, birey çıkarlarının toplum çıkarlarına tercih edildiğinin göstergesidir.

Öncelikle Anayasa ve özel kanun hükümleri dikkate alındığında imar barışı adında ki bu düzenlemenin sınırlarının kesin çizgilerle belirlenmesi gerekmektedir. Ucu açık bırakılan ifadelerle kamu malı niteliğindeki yaylaları da içine alan bu düzenleme ile gelecek nesillerin de hak sahibi olduğu toprakların özel mülkiyete geçirilmesinin önüne geçilmelidir. Geleneksel yaylacılık faaliyetlerinden uzaklaşarak, yalnızca yayla turizmine hizmet eden anlayıştan uzaklaşılmalıdır.

Kaynakça

Aras, C., (2013). Açıklamalı-İçtihatlı Orman Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara.

Atmış, E. (1994). Yayla Turizminin Alt Yapı Sorunları, I. Ulusal Karadeniz Ormancılık Kongresi Bildiriler Kitabı, C.1, s.31, 23-25 Ekim, Trabzon.



Atmış, E., Erdönmez, C., Özden, S. (2006). “Yaylalar ve Yaylacılık” Toplantısı Üzerine Ormancılık Politikası Açısından Değerlendirmeler, <http://foresteconomics.org/yayin/yayla.pdf> (Erişim tarihi: 24.08.2018).

Atmış, E. (2016). Yaylalarda Toplumsal Dönüşüm ve Yeşil Yol, Yaylaların Kardeşliği Platformu, Yaşam Alanına Dokunma Sempozyumu, https://www.researchgate.net/publication/315575444_Yaylalarda_Toplumsal_Donum_ve_Yesil_Yol (Erişim tarihi: 20.08.2018).

Darkot, B., (1972). Türkiye İktisadi Coğrafyası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No.1307, Coğrafya Enstitüsü Yayını, No.51, Beşinci Bası, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul.

Demirel, Ö., (2005). Yaylaların, Mülkiyet, Planlama ve Altyapı Sorunları, Birinci Yayla Turizmi Çalıştayı, Kültür ve Turizm Bakanlığı Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü, Uzun Göl-Trabzon.

Emiroğlu, M. (1977). Bolu’da Yaylalar ve Yaylacılık. AÜ. Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Yayını, Ankara.

Gülan, A. (1966). Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, Alfa Basım Yayın Dağıtım, s.134, İstanbul.

Keleş, R., (2012). Kentleşme Politikası, İmge Kitabevi, 12. Baskı, s. 574, Ankara.

Sezer, İ., Kılıç, M., (2015). Yayla Turizmi ve Rekreasyon Amacıyla Yaylalara Gelen Ziyaretçilerin Bakış Açılarının Değerlendirilmesi: Kulakkaya Yaylası Örneği, Uluslararası Sosyal ve Ekonomik Bilimler Dergisi, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/403338> (Erişim tarihi: 24.08.2018).

Tunçdilek, N., (1964). Türkiye’de Yaylalar ve Yaylacılık, İstanbul Üniversitesi Coğrafya Enstitüsü. Dergisi, Sayı:14, İstanbul.



TEREKE KAVRAMI

Dr. Öğr. Üyesi Murat ORUÇ

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öz

Kanun koyucu, mirasçılara intikal eden hukuki ilişkiler bütünü için Türk Medenî Kanunu'nun bazı hükümlerinde malvarlığı terimini, bazı hükümlerinde ise tereke terimini kullanarak, malvarlığı ve tereke terimlerinin birebir örtüştüğünü kabul etmiştir. İntikal kabiliyetine sahip malvarlığı değerlerinin terekenin önemli bir bölümünü oluşturduğu hakikat olmakla birlikte, malvarlığı ve tereke terimlerinin aynı kavramları karşıladıkları söylenemez. Zira malvarlığında bulunan hak ve yükümlülüklerin tamamı değil; ancak intikal kabiliyetine sahip olanlar mirasçılara geçer. Öte yandan mirasçılara intikal eden hukuki ilişkiler, mirasbırakanın malvarlığı ile de sınırlı değildir. Gerçekten, mirasbırakanın malvarlığında bulunmadığı hâlde terekede yer alan ve böylelikle mirasçılara intikal eden hukuki ilişkiler de söz konusudur. İşte bu sebeplerle, tereke kavramının, malvarlığı kavramından ayırt edilerek ele alınmasında zaruret bulunmaktadır. Çalışmada bu zaruret hareket noktası olarak kabul edilmiş ve hangi hukuki ilişkilerin tereke kavramına dâhil olduğu, hangilerinin ise kapsam dışında kaldığı, öğreti ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

144

Anahtar Kelimeler: Ölüm, Miras, Malvarlığı, İntikal Kabiliyeti, Külli Halefiyet

Giriş

Tebliğimizde, miras hukukunun temel konularından birisi olan tereke kavramını ele alacağız. Öncelikle kavramı ifade etmek için kullanılan terimlerin etimolojik tahlilini yapacağız. Tereke terimi ile kavramı ifade etmek için kullanılan diğer terimleri mukayese ettikten sonra, tanım denemesine girişeceğiz. Kapsam başlığı altında sırasıyla, malvarlığında bulunan fakat terekede yer almayan hukuki statüleri, hem malvarlığında hem de terekede yer alan hukuki statüleri, malvarlığında yer almayıp terekede yer alan hukuki statüleri ve nihayet ölüm sebebiyle doğrudan doğruya mirasçıların şahsında doğan hukuki statüleri inceleyeceğiz. Tebliğimizi, çalışmanın genelinde ulaştığımız sonuçları sıralayarak bitireceğiz.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



I. Terim

“Terk” kökünden türeyen “tereke” kelimesi, terk edilen, geride bırakılan anlamlarına gelmektedir¹. Tereke kelimesinin halk arasındaki bir yanlış kullanım olduğu; kelimenin doğru ifade ediliş şeklinin “terike” olduğu hususunda ittifak bulunmaktadır². Bununla birlikte, “*galat-ı meşhur, lûgat-ı fasihten evlâdır*” prensibi uyarınca, “tereke” kelimesini kullanmak daha doğru bir yaklaşımdır³.

Tereke yerine “metrûke”⁴ ve “muhallefat”⁵ kelimeleri de kullanılmıştır. Bu kelimelerin oldukça eskimiş olması ve mevzuatımızda da kendilerine yer bulamamaları karşısında, bu terimler kavramı ifade etmek bakımından uygun seçenekler arasında değildir.

Dilde arılaşma hareketi neticesinde, Arapça kökenli tereke kelimesi yerine “bırakı” ve “kalıt” gibi⁶ Türkçe kelimeler önerilmişse de, bu kelimeler hukuk dilimize yerleşmemiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenî’si’ni tetkik ettiğimizde, kavramın “tereke” (eMK m.444/I), “miras” (eMK m.444/II) ve “mal” (eMK m.518) gibi terimlerle ifade edildiğini görmekteyiz. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nda da, benzer bir yaklaşımın olduğunu burada belirtelim. Gerçekten de, kavramı ifade etmek için bazen tereke anlamına gelen “*Nachlass*” (ZGB Art.473/II), bazen miras anlamına gelen “*Erbschaft*” (ZGB Art.462), bazen de malvarlığı anlamına gelen “*Vermögen*” (ZGB Art.538) terimleri kullanılmıştır.

Terminoloji karmaşasının farkında olan Türk kanun koyucusu, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hazırlanırken sorunu çözmek için girişimde bulunmuş ve kavramı ifade için çoğunlukla “tereke”, bazen de “miras” terimini kullanmıştır⁷; fakat nadir de olsa “malvarlığı” terimini kullanmaktan

¹ Esat Şener, Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara-2001.

² Türk Hukuk Lûgatı, Ankara-1991; Mehmet Zeki Pakalın, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul-1971.

³ Hüseyin Hatemi, Miras Hukuku, İstanbul-2014, § 1 N. 37.

⁴ Türk Hukuk Lûgatı, Ankara-1991.

⁵ Pakalın, Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü.

⁶ Hüseyin Özcan, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara-1980.

⁷ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu Genel Gerekçe s 4: “Tasarıda kullanılan kavram, deyim ve terimler olanak bulunduğu ölçüde anlaştırılmış ve Tasarının tümünde “terim birliği”nin sağlanmasına büyük çaba harcanmıştır. Bir çok kavram, deyim ve terim günümüzde yerleşmiş olan yeni karşılıkları ile değiştirilmiştir. Ancak, bütün uğraşılara karşın bazı kavram, deyim ve terimlere uygun arı Türkçe karşılık bulunamamış, bunları aynen kullanmak zorunda kalınmıştır.” Bu açıklamaların hemen devamında ise, aynen korunmak zorunda kalan terimlere örnek olarak “tereke” ve “miras” kelimeleri verilmektedir. Genel gerekçede, konuyla



vazgeçmemiştir⁸. Nitekim “*Miras, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır*” diyen MK m.576 (eMK m.518; ZGB Art.538) düzenlemesindeki “malvarlığı” terimi, kavramı ifade etmek için kullanılmıştır. Aynı şekilde MK m.514, 527 ve 572 hükümlerinde geçen malvarlığı kelimesi de, tereke terimi yerine kullanılmıştır⁹.

MK m.241’de ise, “*borçlu eşin malvarlığı veya terekesi*” denilmek suretiyle, bu iki teriminin farklı kavramları karşıladığı açıkça ortaya koyulmuştur. Buradan hareketle, kişinin ölümünden önceki özel hukuk ilişkileri için “malvarlığı”, ölümünden sonraki özel hukuk ilişkileri için ise, “tereke” teriminin kullanılmasının doğru olacağını söyleyebiliriz.

Konuşma dilinde, yargı kararlarında ve öğretilerde, “tereke” yerine “miras” kelimesinin de kullanıldığını görmekteyiz. Türk Medenî Kanunu’nda da, miras kelimesinin, tereke yerine kullanıldığı birçok hükme rastlamak mümkündür (Örn. MK m.575). Miras terimi, kavramı ifade etme bakımından yanlış olmamakla birlikte, tereke terimine nazaran daha dar bir anlama işaret eder. Zira Arapça miras kelimesi, “irs” kökünden gelir ve bu yönüyle, kelimedeki “bırakı” değil, “kalıt” anlamı daha baskındır¹⁰. Mirasbırakanın, mirasçı atayarak ve/veya musaleh belirleyerek, soybağı bulunmayan kişileri de hak sahibi yapabilmesi karşısında, incelememizde miras (kalıt – *Erbschaft* – *heritage*) terimini değil, tereke (bırakı – *Nachlass* – *succession*) terimini kullanacağız.

II. Tanım

Öğreti ve yargı kararlarındaki tereke tanımlarının hepsine burada yer vermek mümkün olmadığı gibi böyle bir yaklaşım tebliğin amacına da aykırı olur. Dolayısıyla, üzerinde en çok ittifak olan tanımlara yer vermekle yetiniyoruz:

“*Mirasbırakanın ölümü ile mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümüne tereke adı verilir.*”

11

ilgili daha ayrıntılı açıklamalara ve örneklere yer verilmektedir. Kanun’un genel gerekçesi için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 4, C. 73, 11. Birleşim, 24.10.2001.

⁸ Bu bakımdan, kanun koyucunun “terim birliğinin sağlanması” hedefine tam olarak ulaşabildiğini söylemek ne yazık ki mümkün değildir.

⁹ Alman Medeni Kanunu’nda da, benzer bir terminoloji sorunu söz konusudur. Konuyla ilgili olarak bkz. Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul-2004, s. 79, dpn. 10.

¹⁰ Hatemi, § 1 N. 37.

¹¹ Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, İstanbul-1987, s. 31.



“Tereke ile ölen kimsenin malvarlığı yani mallarının, hak, alacak ve borçlarının bütünü anlaşılır”¹²

“Miras hukukunun temel kavramlarından biri olan tereke, ölen bir kimsenin mal, hak, alacak ve borçlarının tümünü ifade etmektedir.”¹³

İyi bir tanımın “*efradını cami, ağyarını mani*” prensibi uyarınca verilebileceğini düşündüğümüz için, öncelikle tereke kavramına dâhil olan ve olmayan unsurları belirleyeceğiz ve buna müteakip bir tanım denemesine girişeceğiz:

İlk olarak, tereke kavramının özel hukuk ilişkileri ile sınırlı olduğunu; kamu hukuku kaynaklı statülerin kavramın dışında kaldığını belirtelim. Bu nedenle, meclis üyelikleri ya da idari görevler gibi kamu hukukundan doğan kişisel statüler, intikal kabiliyetine sahip değildirler ve tereke kavramı içerisinde yer almazlar¹⁴. Öte yandan, dul ve yetimlere bağlanan aylıklar ile veraset ve intikal vergileri, mirasbırakanın ölümü sebebiyle ortaya çıkan hukuki statüler olmakla birlikte, doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğarlar ve bu nedenle tereke kavramının sınırlarının dışında kalırlar.

İkinci olarak, kişilik ölümle sona ereceğinden, kişivarlığı hakları da terekede yer almazlar. Bir kişinin, eş, vasi veya yasal danışman sıfatıyla sahip olduğu hukuki statüler, ölümle sona ererler ve mirasçılara intikal etmezler¹⁵. Kişiye sıkı surette bağlı hak kategorisinde yer alan dernek üyeliği bakımından da durum böyledir¹⁶. Bununla birlikte, mirasbırakanın kişivarlığı haklarına ilişkin bazı uyumsuzluklarda mirasçılarının taraf olabilmesi -örneğin açılmış boşanma davasını devam ettirebilme-, ölüm sebebiyle doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğarlar ve terekede yer almazlar¹⁷.

Üçüncü olarak, tereke kavramı malvarlığıyla da sınırlandırılmaz. Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, tereke ve malvarlığı birbirlerinden olukça farklı kavramlardır. Her şeyden önce, malvarlığında bulunan tüm değerler terekede yer almazlar; ancak intikal kabiliyetine sahip malvarlığı hakları terekede de bulunur. Öte yandan, malvarlığında bulunmamasına rağmen

¹² Zahit İmre / Hasan Erman, Miras Hukuku, İstanbul-2015, s. 10.

¹³ Yarg. İkt. Bir. K, 11.11.1994, K. 4/4. Yayınlandığı yer için bkz. RG, 02.01.1995, S. 22159.

¹⁴ Ali Naim İnan / Şeref Ertas / Hakan Albas, İnan Türk Medeni Hukuku – Miras Hukuku, Ankara-2015, s. 54.

¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 35.

¹⁶ B. İlkey Engin, Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul-1995, s. 61.

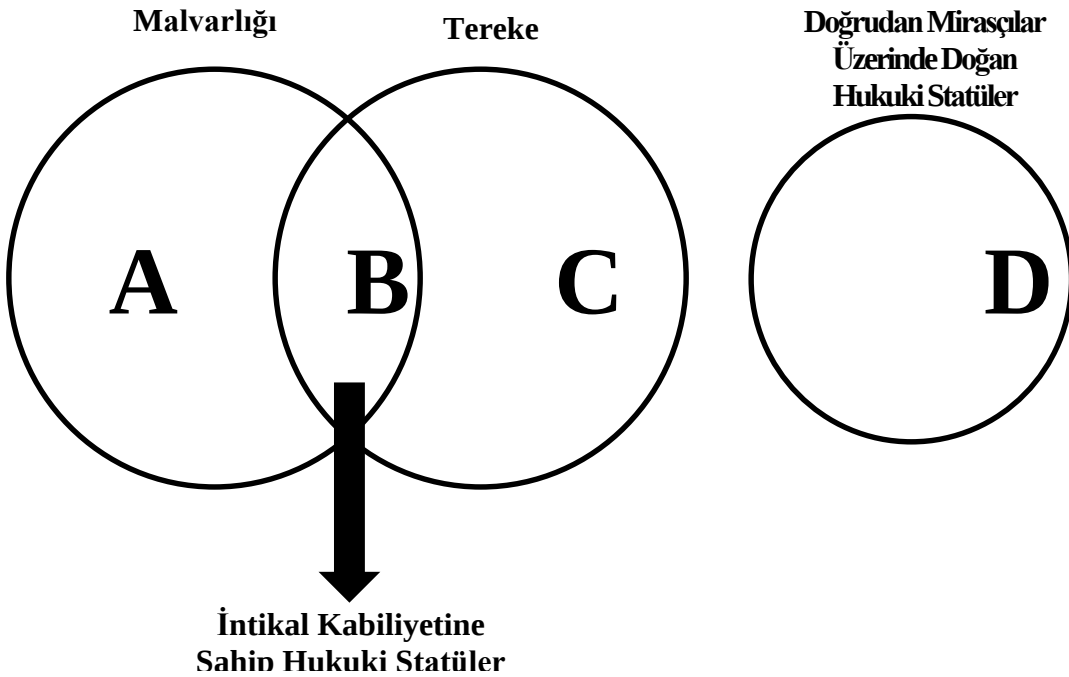
¹⁷ Bkz. aş. III D 3 a.

terekede yer alan hukuki statüler de mevcuttur. Başka bir ifadeyle, tereke, yalnızca mirasçılara intikal eden malvarlığı değerlerinden de oluşmaz¹⁸.

Buraya kadar olan açıklama ve değerlendirmelerimizi göz önünde bulundurarak “tereke” kavramını şu şekilde tanımlamanın mümkün olduğunu düşünüyoruz: Mirasbırakanın ölümü ile mirasçıların bir kül halinde iktisap ettikleri özel hukuk ilişkilerinin tümüne tereke denir.

III. Kapsam

Tereke kavramına dâhil olan ve olmayan unsurları belirlerken, bütün malvarlığı değerlerinin terekede yer almadığını (A); ancak intikal kabiliyetine sahip malvarlığı değerlerinin terekede de bulunabileceğini (B); bazı hukuki statülerin malvarlığında bulunmamasına rağmen terekede yer aldığını (C); bazı hukuki statülerin ise, ölüm sebebiyle doğrudan doğruya mirasçıların şahsında doğduğunu (D) ifade etmiştik. Bu tespitler neticesinde ortaya çıkan durumu, bir şekilde izah etmenin mümkün olduğunu düşünüyoruz:



¹⁸ Bkz. aş. III C.



A. Malvarlığında Bulunup Terekede Bulunmayan Hukuki Statüler

Malvarlığındaki tüm hukuki statülerin değil, yalnızca intikal kabiliyeti olanlarının terekede yer alabileceğini biraz evvel ifade ettik. Şimdi, intikal kabiliyetine sahip olmadığı için mirasbırakanın malvarlığında bulunmasına rağmen terekesinde yer almayan bu statüleri inceleyeceğiz.

1. Kişisel İrtifaklar

Eşya hukuku alanındaki hukuki statüler kural olarak intikale elverişli olmakla birlikte, kişisel irtifak hakları bu kurala önemli bir istisna teşkil eder. Zira intifa (MK m.797/I) ve oturma (MK m.823/II) hakkı, hak sahibinin ölümü ile sona erer. İntikal kabiliyetine sahip olmayan bu haklar, mirasbırakanın malvarlığında olmalarına rağmen terekesinde yer almazlar.

Düzensiz kişisel irtifak haklarından olan üst hakkı (MK m.826/II) ve kaynak hakkı (MK m.837/II), kural olarak intikale elverişlidir ve aksi kararlaştırılmadıkça mirasbırakanın terekesinde yer alır. Bunların dışındaki düzensiz kişisel irtifaklar ise, kural olarak devredilemez ve mirasçıya geçmez. Ancak taraflar kuralın aksini kararlaştırarak, bu irtifak haklarının da mirasçılara intikal edeceğini düzenleyebilirler (MK m.838/II).

2. Manevi Tazminat Talebi (MK m.25/IV)

Mirasbırakana ait manevi tazminat talebinin, intikal kabiliyetine sahip olup olmadığı meselesi, 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'si'nin yürürlüğü döneminde oldukça tartışmalı bir konuydu¹⁹. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu tartışmanın nihayete erdiğini söyleyebiliriz. Zira MK m.25/IV hükmüyle, mirasbırakan tarafından “ileri sürülmüş olmadıkça” manevi tazminat talebinin mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmiştir²⁰. Buna göre, mirasbırakan sağlığında manevi tazminat talebini ileri sürmemiş ise, talep terekede yer almayacaktır. Fakat talep herhangi bir şekilde ileri sürülmüşse, mirasçılara intikal ederek, terekede yer alacaktır.

3. Nafaka

Doğrudan malvarlığını ilgilendiren aile hukuku ilişkileri de, intikal kabiliyetine sahip değildir. Bu kategoride yer alan hak ve yükümlülükler, hak sahibinin veya yükümlünün hayatı ile sınırlı olduklarından, terekede yer almazlar²¹. Dolayısıyla, irat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakası, taraflardan birisinin ölümüyle sona erer ve terekede yer almaz (MK

¹⁹ Bu tartışmada ileri sürülen görüşler için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 32 vd.

²⁰ Hükmün eleştirisi için bkz. Hatemi, 1 N. 34.

²¹ Akkanat, s. 92.



m.176/III). Ancak yoksulluk nafakasının toptan tazminat olarak ödenmesine karar verilmişse, bu alacak mirasçılara intikal edecektir.

İştirak ve yardım nafakası bakımından da aynı hukuki durum geçerlidir. Hak sahibinin veya yükümlünün ölümü ile iştirak ve yardım nafakası sona erer ve terekede yer almaz.

Yapılan bu açıklamaların ölümden sonrasına ilişkin olduğu hatırd tutulmalıdır. Şayet ölümden önce muaccel olmuş ve fakat ifa edilmemiş bir nafaka alacağı ya da borcu var ise, bunun terekede yer alacağı şüphesizdir²².

B. İntikal Kabiliyetine Sahip Hukuki Statüler

Çalışmanın genelinde tereke ve malvarlığı terimlerinin farklılıklarına vurgu yapılmaktaysa da, intikal kabiliyetine sahip malvarlığı değerlerinin, terekenin önemli bir kısmını oluşturduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Ancak tüm malvarlığı değerleri değil yalnızca intikal kabiliyetine sahip olanları terekede yer alırlar. Hangi malvarlığı değerlerinin intikal kabiliyetine sahip olduğu sorusuna, genel hüküm mahiyetindeki MK m.599/II cevap vermektedir:

“Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar.”

Hükmün lafzından da anlaşılabilceği üzere, kanun koyucu malvarlığı değerlerinin kural olarak intikal kabiliyetine sahip olduğunu kabul etmiş; fakat *“Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere”* demek suretiyle de, kurala istisnalar getirilebileceğini ifade etmiştir. İntifa (MK m.797/I) ve oturma (MK m.823/II) hakkını, kurala getirilen istisnalara örnek olarak vermek mümkündür²³. Eser (TBK m.486) ve vekâlet (TBK m.513) sözleşmelerinde de özel düzenlemeler mevcuttur²⁴.

Hükmün lafzından anlaşılan bir diğer husus ise, sayımın sınırlayıcı olmadığıdır. Gerçekten de, *“diğer malvarlığı hakları”* ifadesi, bu sayımın tahdidi değil; tadadi olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Konuyu monografisinde ele alan Akkanat, bu sayımın sınırlı olmadığını ifade ettikten sonra terekede yer alabilecek değerleri şu şekilde örneklendirmektedir²⁵:

²² Yarg. 2. HD, 06.05.1974, E. 2936, K. 2795. Kararın anıldığı yer için bkz. Resmi Kararlar Dergisi, 1974, S. 9-12, s. 289.

²³ Bkz. yuk. III A 1.

²⁴ Bkz. aş. III B 3.

²⁵ Akkanat, s. 78-79.



“Burada sayılanlar yanında mesela şarta veya zamana bağlı talep hakları, fikri haklar, aynı beklentiler, çeşitli yenilik doğuran haklar, malvarlığı değeri taşıyan ve taşımayan çeşitli aile hukuku ve miras hukuku kaynaklı hak ve yetkiler, aynı şekilde henüz bir hak düzeyine erimemiş olmakla birlikte mirasbırakanın içerisinde bulunduğu çeşitli hukukî statüler de miras (=tereke) kavramı kapsamında değerlendirilecektir.”

İntikali kabil hukuki statülerin tamamının incelenmesi, çalışmanın boyutlarını makul olmayan bir hacme ulaşmasına sebebiyet vereceğinden, aşağıda bunlara örnekler vermekle yetineceğiz.

1. Aynı Haklar

MK m.599/II hükmünde, terekeye hangi unsurların dâhil olduğu belirtilirken ilk sırayı aynı haklar almıştır. Bu sayım bir tesadüf eseri olmayıp; aksine bilinçli bir tercihin sonucudur. Zira hem malvarlığında hem de terekede yer alan en önemli hukuki statüler aynı haklardır. Bu bağlamda, aynı hakların intikale elverişli hukuki statüler olduğunu söyleyebiliriz.

Kişisel irtifakları bir kenara koyacak olursak²⁶, yalnızca mülkiyet hakkı değil aynı zamanda sınırlı aynı haklar da miras yoluyla intikal kabiliyetine sahiptir ve bu sebeple terekede yer alırlar.

2. Zilyetlik

MK m.599/II hükmünde zikredilen intikale elverişli bir diğer hukuki statü ise, zilyetliktir. Bu düzenleme ile nesnenin bir an için dahi zilyetsiz kalmaması ve zilyetliğin korunmasına ilişkin taleplerin mirasçılar tarafından ileri sürülebilmesi amaçlanmıştır.

Terekede bulunan zilyetlik, mirasbırakanın ölüm anında sahip olduğu zilyetlikle aynıdır²⁷. Dolayısıyla, mirasbırakan ölüm anında kötüniyetli dolaysız zilyet ise, terekede de kötüniyetli dolaysız zilyetlik statüsü bulunur.

3. Sözleşmeden Kaynaklanan Borç İlişkileri

Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından da, genel hüküm mahiyetindeki MK m.599/II uyarınca hareket etmek gerekir. Borç ilişkisinin, hükümdeki “*diğer malvarlığı hakları*” kategorisine giriyorsa, terekede yer alır; aksi takdirde mirasbırakanın ölümüyle sona erer. Bu bakımdan, sözleşmede kişi unsuru baskın değilse, başka bir ifadeyle borç ilişkisi mirasbırakanın kişiliğine bağlı olarak kurulmamışsa, bu borç ilişkisi intikali kabil bir statü olarak terekede yer alacaktır²⁸.

²⁶ Bkz. yuk. III A 1.

²⁷ Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akkanat, s. 124 vd.

²⁸ Akkanat, s. 138.



6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, kişi unsurunun baskın olarak kabul edildiği ve bu nedenle borç ilişkisinin mirasbırakanın terekesinde yer almayacağını kabul edildiği sözleşmeler şunlardır:

Kullanım ödünç sözleşmesinde, ödünç alanın ölmesiyle sözleşme kendiliğinden sona erer (TBK m.385) ve bu nedenle, borç ilişkisi terekede yer almaz.

Hizmet sözleşmesi, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer (TBK m.440). İşverenin ölümü halinde ise, sözleşme sona ermez ve borç ilişkisi terekede yer alır (TBK m.441/I). Fakat hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulmuşsa, işverenin ölümüyle borç ilişkisi kendiliğinden sona erer (TBK m.441/II).

Eser sözleşmesi, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak kurulmuşsa, yüklenicinin ölümüyle sözleşme kendiliğinden sona erer (TBK m.486) ve borç ilişkisi terekede yer almaz.

Yayın sözleşmesinde, eser sahibi eseri tamamlamadan önce ölürse, sözleşme kendiliğinden sona erer (TBK m.500/I/c.1). Ancak hâkim, sözleşmenin tamamının ya da bir bölümünün yerine getirilmesi mümkün ve hakkaniyete uygun bulursa, borç ilişkisinin devamına karar verebilir (TBK m.500/I/c.2). Bu hâlde, sözleşme ilişkisi eser sahibinin terekesinde yer alır.

Vekâlet sözleşmesi, kural olarak vekilin ya da vekâlet verenin ölümüyle sona erer; ancak sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılıyorsa, borç ilişkisi sona ermez (TBK m.513/I) ve terekede yer alır.

Vekâlet sözleşmesinin nitelikli bir hali olan simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul eden TBK m.520/II karşısında, simsarlık sözleşmesi, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça, simsarın ya da işsahibinin ölmesiyle sona erer ve terekede yer almaz.

Adi ortaklık sözleşmesi, ortaklardan birinin ölümüyle sona erer; meğerki sözleşmede aksi kararlaştırılmış olsun (TBK m.639/b.2). Buna göre, kural olarak adi ortaklık sözleşmesi mirasçılara intikal etmez fakat aksi kararlaştırılmışsa, mirasçılara geçer ve terekede yer alır.

Son olarak şunu ifade edelim ki, ölüm sebebiyle borç ilişkisi sona ersin ya da ermesin, ölümden önceki alacak ve borçların mirasçılara intikal etmesi MK m.599/II hükmü icabıdır. Dolayısıyla ölüm sebebiyle sözleşme ilişkisi sona ermiş olsa dahi, ölüm anından önce doğmuş her türlü alacak ve borç terekede yer alır.



4. Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi haklar, sahibinin kişiliğine bağlı oldukları için ölümle birlikte sona ererler ve bu nedenle terekede yer almazlar²⁹. Mali haklar ise, intikal kabiliyetine sahiptir ve terekede yer alırlar. Nitekim FSEK m.63/I hükmünde, “*Bu Kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması caizdir.*” denilerek, bu husus açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Sınai mülkiyet hakları da, intikal kabiliyet sahiptir ve terekede yer alırlar. Ancak, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı haklarının intikal kabiliyetine sahip olmadığı SMK m.148/I/c.2’de açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, anılan haklar mirasbırakanın ölümü ile sona ererler ve terekede yer almazlar.

5. Özel Olarak Dijital Malvarlığı

Güncel ve bir o kadar da ilginç bir diğer konu ise, ölüm sonrası dijital malvarlığı haklarının mukadderatıdır. Fakat bu meseleyi ele almadan önce dijital malvarlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği sorusunun yanıtlanması gerekir. Bir kişinin internet üzerindeki tüm hesap ve verilerinin toplamı, onun ölümünden önce dijital malvarlığı (*digitaler Vermögen - digital estate*); ölümünden sonra ise, dijital tereke (*digitaler Nachlass - digital succession*) olarak isimlendirilmektedir³⁰. Elektronik posta hesapları, sosyal medya hesapları, alan adı (*domain name*) ve bulut bilişim (*cloud computing*) sistemine depolanan veriler ise, dijital malvarlığını ve terekeyi oluşturan unsurlara örnek olarak verilmektedir³¹. Son dönemde oldukça gündemi meşgul eden bitcoin ve alt coin gibi dijital para (*cryptocurrency*) birimlerini de, dijital malvarlığı haklarına örnek olarak vermek mümkündür.

Bir elektronik posta hesabının, terekede yer alıp almamasının maddi açıdan çok büyük bir sorun yaratmayacağı düşünülebilir. Fakat bazı internet siteleri ve sosyal medya hesapları aracılığıyla, büyük meblağların kazanıldığı yeni bir sektör doğmuştur. Hatta o kadar ki, bunların vergilendirilmesi amacıyla ülkemizde birtakım çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Öte yandan, piyasada önemli bir işlem hacmi olan ve artık alışveriş de yapılabilen bitcoin ve altcoin gibi dijital

²⁹ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul-2005, § 15 N. 1.

³⁰ Hans Rainer Künzle, “Digitaler Nachlass nach schweizerischem Recht”, *successio*, no. 9 (2015), s. 39; Florian Deusch, “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0”, *ZEV* 2014, s. 2.

³¹ Bu hususta bkz. Peter Bräutigam, in DAV, *Stellungnahme zum Digitalen Nachlass*, *Stellungnahme Nr.: 34/2013*, Berlin, 2013, s. 93.



para birimleri de bulunmaktadır. İşte özellikle böyle durumlarda, dijital malvarlığını haklarının mirasbırakanın terekesinde yer alıp almayacağı sorusu büyük önem taşır.

Bu soruya cevap aranırken, çatışan iki menfaat arasındaki dengenin gözetilmesi gerekir. Mirasbırakan dijital malvarlığındaki bilgilerin gizli kalmasını istemiş olabilir ve bunların terekede yer alması, bu gizliğin ihlali anlamına gelebilir. Ancak bir dijital malvarlığı hakkının, terekede yer almasında da mirasçılarının menfaati bulunmaktadır. Bu çatışan iki menfaatten acaba hangisinin üstün tutulması gerekir?

Bu soruya yanıt aranırken, dijital verilerin bir kullanıcı sözleşmesi aracılığıyla kuruluyor olması hareket noktası olarak kabul edilmelidir. Yukarıda sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri meselesinde de ifade ettiğimiz üzere, bir borç ilişkisinin terekede yer alıp almayacağı, sözleşme kurulurken tarafların kişiliklerini ağırlıklı olarak dikkate alıp almadıklarına göre belirlenir³². Kanaatimizce, borç ilişkileri için kabul edilen prensipten dijital veriler bakımından ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Şayet dijital veri kişisel kullanıma tahsis edilmiş ise, dijital kişivarlığına dâhil olarak kabul edilmeli ve terekede yer almamalıdır. Buna göre, salt kişisel ilişkiler kurmak amacıyla açılan bir sosyal medya hesabı, dijital kişivarlığına dâhil olarak kabul edilecek ve terekede yer almayacaktır. Ancak dijital veri ekonomik bir amaca hizmet ediyorsa, dijital malvarlığına dâhil bir unsur olarak, dijital terekede de yer alacaktır. Bu bağlamda, bir ürün veya hizmetin tanıtıldığı sosyal medya hesapları yahut bitcoin gibi dijital para birimleri, mirasbırakanın dijital terekesinde yer alacaktır.

154

Alman Federal Mahkemesi ise, yakın tarihli bir kararında, salt kişisel ilişkiler kurmak amacıyla açılan Facebook hesabının intikal kabiliyetine sahip olduğunu kabul etmiştir³³. Karara konu olay özetle şöyledir: 15 yaşındayken ölen bir kızın ailesi, bunun bir intihar mı yoksa kaza mı olduğunu anlayabilmek amacıyla, kızlarının Facebook hesabına erişim izni talep etmişlerdir. Facebook yetkilileri, kişisel verilerin gizliliğine dayanarak bu talebi reddedince, uyuşmazlık yargı mercilerinin önüne taşınmıştır. Alman Federal Mahkemesi, sosyal medya hesaplarına ilişkin kullanıcı sözleşmelerinin mirasbırakanın terekesinde yer aldığını kabul etmiştir. Kararda, ölenin

³² MK m.599/II hükmünde yer alan “*diğer malvarlığı hakları*” pekâlâ sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerini ve bu arada dijital veriye ilişkin kullanıcı sözleşmesini de kapsayıcı bir ifadedir. Bu bakımdan, dijital verilerin miras yoluyla intikalinde bir kanun boşluğu bulunduğu yönündeki fikre katılmaya olanak yoktur. Bu fikir için bkz. **Burcu Burtul**, “Medeni Kanun’da Bir Yasal Boşluk: Sanal Miras”, Akademik Bilişim 2013 – XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri 23-25 Ocak 2013 – Akdeniz Üniversitesi, Antalya-2013, s. 795.

³³ BGH, 12.07.2018, III ZR 183/17. Bu yönde: LG Berlin, 12.12.2015 - 20 O 172/15; KG Berlin 31.05.2017 – 21 U 9/16.



kişilik haklarına, iletişimin gizliliğine ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatta, sosyal medya hesaplarının terekede yer almasını engelleyici bir hüküm bulunmadığı da ifade edilmiştir.

Biz, kişisel kullanıma tahsis edilmiş bir sosyal medya hesabını, dijital kişisvarlığına dâhil olarak kabul ettiğimiz için, kararın eleştiriyeye açık olduğu kanaatini taşıyoruz. Öte yandan, böyle bir yaklaşımın kişisel verilerin gizliliğini de ihlal ettiği kanısındayız.

C. Malvarlığında Bulunmayıp Terekede Bulunan Hukuki Statüler

Terekenin, mirasbırakanın malvarlığı ile sınırlı olmadığını; mirasbırakanın malvarlığında bulunmadığı hâlde terekede yer alan birtakım hukuki statülerin olduğunu yukarıda dile getirdik. Bununla birlikte prensip, malvarlığında yer almayan hukuki statülerin terekede de yer almamasıdır. Bu prensipten sapabilmek ancak açık bir kanun hükmüyle mümkün olur.

1. Sağlararası Tenkise Tabi Kazandırmalar

Saklı payı ihlal eden kazandırma, bir ölüme bağlı tasarruf vasıtasıyla yapılmış olabileceği gibi sağlararası işlemle de yapılmış olabilir. Kazandırmanın ölüme bağlı tasarruf ile yapıldığı durumlarda, kazandırmanın konusunu teşkil eden hak mirasbırakanın terekesinde bulunacağından, bunların ayrıca terekeye eklenmeleri söz konusu olmaz. Fakat saklı payı ihlal eden kazandırma sağlararası işlem ile yapılmış ise, kazandırmanın konusunu teşkil eden hak mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olur. Emredici nitelikteki MK m.508 hükmü, mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olan bu sağlararası karşılıksız kazandırmaların terekeye eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Mirasbırakanın bağışlamak istediği taşınmazı tapuda satış olarak gösterdiği hâllerde ise, terekeye herhangi bir ekleme yapılmayacağı burada ifade edilmelidir. Zira muris muvazaasında, satış sözleşmesi muvazaa, bağışlama ise resmi şekle aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olur ve tescil yolsuz hâle gelir³⁴. Tescil baştan beri yolsuz olduğundan, esasen söz konusu taşınmazın mülkiyeti mirasbırakanın malvarlığından hiç çıkmamıştır ve dolayısıyla terekenin fiktif hesabı yapılırken, eklenecekler değerler kısmında değil, aktifte yer alır. Bu yönüyle muris muvazaasına konu olan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı, hem malvarlığında hem de terekede bulunan haklar kategorisindedir.

2. Denkleştirmeye Tabi Kazandırmalar

Mirasbırakanın sağlığında yasal mirasçılar lehine birtakım karşılıksız kazandırmalar yapması nadir rastlanan bir vakıa değildir. Böyle bir durumda, kazandırmanın konusunu teşkil eden hak, sağlararası bir işlemle mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olur. Ne var ki, yasal mirasçılar

³⁴ Yarg. İçt. Bir. K., 01.04.1974, K. 1/2. Yayınlandığı yer için bkz. RG, 30.05.1974, S. 14900.



arasındaki eşitliği temin etme amacı güden kanun koyucu, miras payına mahsuben yapılan bu karşılıksız kazandırmaların terekeye iadesini öngörmüştür (MK m.669). İşte denkleştirmeye tabi bu sağlararası karşılıksız kazandırmalar, mirasbırakanın malvarlığından çıkmış olduğu hâlde terekeye eklenir³⁵.

3. Üçüncü Kişi Yararına Hayat Sigortası Alım Bedeli

Mirasbırakan kendi ölümünde ödenmek üzere bir hayat sigortası akdetmiş ve üçüncü bir kişi bu sigorta alacağı üzerinde ivazsız olarak hak sahibi olmuş ise, bu sigorta alacağının mirasbırakanın ölümü anındaki alım değeri terekeye eklenir (MK m.509-567). Bu hüküm uyarınca terekeye bir değer eklenebilmesi için, sigorta sözleşmesinin en az bir yıldan beri yürürlükte olması ve mirasbırakanın en az bir yıl prim ödemiş olması gerekir. Zira bu süre ve prim şartları gerçekleşmeden sigortadan ayrılabilmek mümkün değildir (TTK m.1500/I).

4. Mal Rejiminin Tasfiyesi Nedeniyle Doğan Alacak ve Borçlar

Evli bir kişinin ölümü hem aile hem de miras hukukunda sonuçlar doğurur. Zira eşlerden birisinin ölümü ile evlilik birliği sona erer ve böylelikle eşler arasındaki mal rejimi tasfiye sürecine girer. Anılan bu hâllerde, öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi ve buna müteakip ortaya çıkacak terekenin paylaşılması gerekir³⁶.

Yasal mal rejiminin tasfiyesi neticesinde sağ kalan eşin katılma alacağı ve/veya değer artış payı alacağı bulunuyorsa, MK m.507/II hükmü uyarınca bu borcun ölen eşin terekesinden çıkartılarak terekenin paylaşılması gerekir³⁷. Şayet ölen eşin katılma alacağı ve/veya değer artış payı alacağı mevcut ise, bu hâlde söz konusu alacak terekeye eklenir ve tereke buna göre paylaşılır.

Mal rejiminin tasfiyesi ile ortaya çıkan katılma alacağı ve/veya değer artış payı alacağı, ister terekeye bir alacak kalemi olarak eklensin isterse de bir borç kalemi olarak terekeden çıkartılsın, mirasbırakanın malvarlığında bulunmamasına rağmen terekenin hesaplanmasına dikkate alınır³⁸.

³⁵ Mustafa Dural / Turgut Öz, Miras Hukuku, İstanbul-2015, N. 590; Rona Serozan / Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, Ankara-2014, s. 227. Aksi yönde: Kocayusufoğlu, s. 380.

³⁶ Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara-2017, N. 590.

³⁷ Faruk Acar, Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, Ankara-2003, s. 120.

³⁸ Yarg. 8. HD, 11.03.2011, E. 1293, K. 1521: “Sağ eşinin, mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkı terekeye ait borç olup, bu borç çıktıktan sonra ölen eş A... üzerinde kalan diğer yarı pay mirasçılar arasında miras hukuku hükümlerine göre paylaşılır. Sağ eş davacının ölen eş A... üzerinde kalan diğer yarı pay üzerinde de miras hakkı bulunmaktadır.” Kararın anıldığı yer için bkz. **Kazancı Bilişim İçtihat Bankası**.



D. Doğrudan Mirasçılar Üzerinde Doğan Hukuki Statüler

Mirasbırakanın malvarlığında ve terekesinde yer almayan fakat mirasbırakanın ölümü sebebiyle ortaya çıkan birtakım hukuki statüler de mevcuttur. Bu statüler, mirasbırakandan mirasçılara intikal etmez; doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğar. Hatta aşağıda da görüleceği üzere, bu statüler bazen mirasçı olmayan kişilerin şahsında da doğabilir.

1. Destekten Yoksun Kalma Nedeniyle Tazminat Talebi

Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar için talep edecekleri destekten yoksun kalma tazminatı (TBK m.53/b.3), ölüm sebebiyle doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğan haklara iyi bir örnek teşkil eder. Bu tazminat talebi, mirasbırakanın malvarlığında ve terekesinde yer almamasına rağmen, onun desteğinden yoksun kalanların şahsında doğar. Bunun için mirasbırakan ile hısımlık ya da mirasçılık bağı da aranmaz; mirasbırakan ile talepte bulunan kişi arasında fiili bir desteğin varlığı yeterlidir.

2. Manevi Tazminat Talebi (TBK m.56/II)

Manevi tazminat isteme hakkının, mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmeyeceğini yukarıda ifade etmiştik. Ne var ki, MK m. 25/IV hükmünün uygulama alanı mirasbırakanın bizzat kendisine ait olan manevi tazminat talebi ile sınırlıdır. Mirasçılarının mirasbırakanın ölümü sebebiyle duydukları elem, acı, keder ve üzüntü için talep edecekleri manevi tazminatın kaynağı TBK m.56 hükmüdür. Anılan talep hakkı, mirasbırakanın ne malvarlığında bulunur ne de terekesinde; salt mirasbırakanın ölümü sebebiyle doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğar.

Destekten yoksun kalma tazminatında olduğu gibi, manevi tazminat talep edebilmek için mirasbırakan ile hısımlık ya da mirasçılık bağı aranmaz; kişinin, mirasbırakanın ölümü sebebiyle manevi bir zarara uğraması, tazminat talep edebilmesi bakımından yeterlidir.

3. Bazı Uyuşmazlıklarda Taraf Sıfatı

Mirasçılara intikal eden şey, mirasbırakana ait nesne değil; onun üzerindeki haktır. İntikal eden statü, nesne üzerindeki hak olduğundan, hakların korunmasına ilişkin yetki de terekede yer alır. Hakkın korunması yetkisine sahip olan mirasçılar, nimet külfet dengesi uyarınca, böyle bir yetkinin kendilerine karşı kullanılmasına da katlanmakla yükümlüdürler³⁹. Dolayısıyla, aynı haklar, zilyetlik, fikri haklar gibi intikal kabiliyetine sahip hukuki statülere ilişkin aktif ve pasif taraf sıfatının terekede yer alması olağandır.

³⁹ Bu hususta bkz. **Gökçen Topuz/Seçkin Topuz**, “Miras Ortaklığında Mirasçılarının Dava Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 3, 2008, s. 60 vd.



İntikali kabil olmayan hukuki statülerde ise, mirasçılarının aktif ve pasif taraf sıfatı bulunmaz. Zira mirasçılarının taraf sıfatı, mirasbırakanın terekesindeki haklar ile sınırlıdır. Örneğin boşanma davası açma hak ve yetkisi mirasbırakanın terekesinde bulunmadığından, mirasçılarının boşanma davasında taraf sıfatları da yoktur. Ancak birtakım özellikli durumlarda, statü intikal kabiliyetine sahip olmamasına rağmen mirasçılarının aktif ve pasif taraf sıfatına sahip olabileceği kabul edilmiştir. Doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğan bu hukuki statüleri aile hukuku ve miras hukuku olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alacağız.

a. Aile Hukuku Kaynaklı Taraf Sıfatı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kişivarlığı hakları, intikal kabiliyetine sahip değildir ve ölümle birlikte sona erer. Aile hukukundan kaynaklanan haklar da, kişivarlığı hakları kategorisinde yer aldığından, ölümle sona erer ve mirasçılara geçmez. Bu haklara ilişkin aktif ve pasif taraf sıfatı bakımından da durum böyledir. Fakat kanun koyucu, birtakım özel durumlarda bu prensibe istisnalar getirme ihtiyacı hissetmiştir. Bunlardan ilki, boşanma davasının devamı sırasında taraflardan birisinin ölümüdür. Bilindiği gibi, boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve mirasçılara intikal etmez. Bu nedenle, mirasbırakan boşanma davası açmadan önce ölmüş ise, mirasçıları onun yerine dava açamazlar. Ancak boşanma davası yürürken mirasbırakan ölmüşse, MK m.181/II hükmü mirasçılara bu davaya devam etme hakkı tanımaktadır.

Nisbi butlan davası açma hakkı bakımından da aynı hukuki durum geçerlidir. Açılmamış bir nisbi butlan davasını mirasçılara geçmez fakat mirasçılar açılmış davayı devam ettirebilirler (MK m.159).

Nisbi butlanla sakat olan evliliklerin aksine, mutlak butlanla batıl olan evlilikler kamu düzenini de yakından ilgilendirdiğinden, mirasçılara, mirasbırakanın ölümünden sonra da bu davayı açabilirler. Ne var ki, mirasçılar bu davayı mirasçı sıfatıyla değil, ilgili sıfatıyla açarlar (MK 147/I). Dolayısıyla, bu davayı açma hakkı mirasbırakanın terekesinde yer almaz; doğrudan doğruya mirasçılarının şahsında doğar.

Soybağının reddi de, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması hasebiyle, mirasçılara intikal etmez ve terekede yer almaz. Bununla birlikte MK m.291'de, kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi tarafından da bu hakkın kullanılabileceği kabul edilmiştir⁴⁰.

Benzer şekilde, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan tanıma ve tanımanın iptali de, mirasçılara intikal etmez ve terekede yer almaz. Fakat MK m.298 hükmü, çocuğun tanımanın iptali davası açmadan ölmesi halinde, onun altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililere bu davayı açma hakkı tanımaktadır.

⁴⁰ Hükmün haklı eleştirisi için bkz. Hatemi, 1 N. 27.



Prensibe istisna getirilen bir diğer hüküm ise, babalık davasına ilişkin MK m.301 düzenlemesidir. Anılan hüküm uyarınca, henüz babalık davası açılmadan baba ölürse, dava babanın mirasçılarına karşı açılabilir.

Son olarak şunu ifade edelim ki, mirasçıların aile hukukundan kaynaklı taraf statüsünün, terekede yer alıp almadığı meselesi tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş⁴¹, bunların terekede yer aldığını ileri sürerken; azınlıkta kalan görüş⁴², bu statülerin terekede yer almadığını, doğrudan doğruya mirasçıların şahsında doğduğunu savunmaktadır. Konuyu ele aldığımız kısımdan da anlaşılabilirce üzere, biz azınlıkta kalan görüşe iştirak ediyoruz. Anılan statülerinin terekede yer alıp almadığı meselesi her ne kadar teorik bir tartışmadan ibaret olsa da, kişiye sıkı surette bağlı hakların intikal kabiliyetine sahip olmamaları nedeniyle, aile hukukundan kaynaklı taraf statülerinin terekede yer almadığı kabul etmek daha isabetli bir hareket tarzı olacaktır.

b. Miras Hukuku Kaynaklı Taraf Sıfatı

Ölüme bağlı tasarrufların iptali (MK m.557 vd.), tenkis (MK m.560 vd.), miras sebebiyle istihkak (MK m.637 vd.), paylaşırma (MK m.642) davası açma hakları da, mirasçıların doğrudan doğruya şahıslarında doğan hukuki statülerdir. Aynı şekilde, mirasın reddi (MK m.605 vd.), resmi defter tutma (MK m.619 vd.) ve resmi tasfiyeyi talep (MK m.632 vd.) hakları da, mirasbırakandan intikal haklar değildir.

Sonuç

Ölüm, kişiliği sona erdirir fakat kişinin dâhil olduğu hukuki ilişkileri sona erdirmez. Mirasçıların, külli halef olarak mirasbırakanın yerini aldıkları, bu hukuki ilişkilerin toplamı tereke olarak adlandırılmaktadır.

Miras hukukunun temel konularından birisi olmasına rağmen, Türk Medenî Kanunu'nda kavramı ifade etmek için, tereke, miras ve malvarlığı terimleri kullanılmış ve ne yazık ki terminolojik olarak bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Miras terimi, hatalı bir kullanım olmamakla birlikte, daha dar bir anlama işaret etmesi hasebiyle, tebliğde tereke terimi tercih edilmiştir.

Terekenin önemli bir kısmını, intikal kabiliyetine sahip malvarlığı değerleri oluşturursa da, bu iki terim oldukça farklı kavramları karşılar. Örneğin, kişisel irtifaklar ve MK m.25/IV hükmüne dayanan manevi tazminat gibi hukuki statüler malvarlığında bulunmasına karşın, mirasbırakanın terekesinde yer almaz. Bununla birlikte, aynı haklar, zilyetlik, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri, fikri haklar, sınaî mülkiyet hakları ve dijital malvarlığı hakları, hem malvarlığında hem de terekede yer alan hukuki statülerdir. Sağlararası tenkise tabi kazandırmalar, denkleştirmeye

⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 35; Dural/Öz, N. 69; İnan/Ertuş/Albaş, s. 58.

⁴² Akkanat, s. 89 vd.



tabi kazandırmalar, hayat sigortalarında iştirak bedeli ve mal rejiminin tasfiyesi nedeniyle doğacak alacak ve borçlar ise, malvarlığında yer almadıkları hâlde terekede bulunurlar. Destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat talebi, TBK m.56/II uyarınca talep edilecek manevi tazminat ve bazı uyumsuzluklarda taraf sıfatı ise, mirasbırakanın ölümü sebebiyle doğrudan doğruya mirasçıların şahsında doğan hukuki statülerdir.

Kaynakça

Acar, Faruk: Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, Ankara-2003.

Akkanat, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul-2004.

Bräutigam, Peter: In Dav, Stellungnahme Zum Digitalen Nachlass, Stellungnahme Nr.: 34/2013, Berlin, 2013.

Burtul, Burcu: “Medeni Kanun’da Bir Yasal Boşluk: Sanal Miras”, Akademik Bilişim 2013 – Xv. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri 23-25 Ocak 2013 – Akdeniz Üniversitesi, Antalya-2013, S. 795-798.

Deusch, Florian: “Digitales Sterben: Das Erbe Im Web 2.0”, Zev 2014, S. 2-8.

Dural, Mustafa / Öz, Turgut: Miras Hukuku, İstanbul-2015.

Engin, B. İlkyay: Dernek Üyeliğinin Kazanılması ve Kaybedilmesi, İstanbul-1995.

Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul-2014.

İmre, Zahit / Erman, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul-2015.

İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku – Miras Hukuku, Ankara-2015.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, İstanbul-1987.

Künzle, Hans Rainer: “Digitaler Nachlass Nach Schweizerischem Recht”, Successio, No. 9 (2015), S. 39-54.

Özcan, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara-1980.

Pakalın, Mehmet Zeki: Osmanlı Tarih Deyimleri Ve Terimleri Sözlüğü, İstanbul-1971.

Serozan, Rona / Engin, Baki İlkyay: Miras Hukuku, Ankara-2014.

Şener, Esat: Açıklamalı-Madde Atıflı Hukuk Sözlüğü, Ankara-2001.

Tbmm Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 4, C. 73, 11. Birleşim, 24.10.2001.

Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul-2005.



Topuz, Gökçen / Topuz, Seçkin: “Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, S. 3, 2008, S. 60-67.

Türk Hukuk Lûgatı, Ankara-1991.

Zeytin, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Ve Tasfiyesi, Ankara-2017.



TÜRK ve ABD BAŞKANLARININ ATAMA YETKİLERİNE MUKAYESELİ BİR BAKIŞ

Dr. Öğr. Üyesi Aslan DELİCE

FSMVÜ Hukuk Fakültesi

Öz

Bilindiği gibi 1982 Anayasasında değişiklikler yapan 21.01.2017 gün ve 6771 sayılı Anayasa değişikliği hakkında kanun, Türkiye’de parlamenter hükümet sistemini sona erdirerek başkanlık hükümet sistemini getirdi. Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen 104. maddede yapılan değişiklikler de, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı gün yapılmasından sonra yeni seçilen Cumhurbaşkanının yemin ederek göreve başladığı tarih olan 09.08.2018 gününde yürürlüğe girdi.

1982 AY 104. madde Cumhurbaşkanına, yardımcılar ile bakanları atama ve azletme (VIII. fıkra) dışında, üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine son verme yetkisi vermiştir (IX fıkra). Aynı tarihte yürürlüğe giren 146. madde III. fıkra gereği Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesi’ne ilgili kurumların gösterecekleri adaylar arasından 8 ve diğer meslek gruplarından 4 olmak üzere toplam 12 üyeyi atayabilecektir. Benzer şekilde ABD Anayasası 2. bölüm II. maddesi Başkana, Senato tarafından onaylanmak şartıyla büyükelçi, konsolos, Yüksek Mahkeme hâkimleri ve diğer bürokratların atamasını yapma yetkisini tanımıştır. Türk ve ABD başkanlarının atama yetkilerinin mukayesesi bu tebliğin omurgasını oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, başkan, atama yetkisi, bakan, Anayasa Mahkemesi üyesi, üst düzey yönetici

A COMPARATIVE ANALYSIS of APPOINTMENT POWERS of THE PRESIDENTS of TURKEY and THE U.S.

Abstract

As it is known, Law on the Amendment to the Constitution of the Republic of Turkey numbered 6771 dated 21 January 2017 put an end to the parliamentary government system and introduced the presidential government system. The amendment of Article 104 regulating powers belong to

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



the President entered into force on 9 August 2018 which is the date the President took oath and office after elections for the Turkish Grand National Assembly and the Presidency were held on the same day.

Article 104 of the 1982 Constitution grants authority to appoint and dismiss high level State officials (para. IX) as well as to appoint and dismiss Vice-Presidents and ministers (para. VIII). According to Article 146 para. III that entered into force on the same date, the President enjoys the power to appoint 12 members of the Constitutional Court, selecting 8 of them among candidates nominated by the respective institutions and 4 of them from nominations made by respective associations. Likewise, Article 2 Section 2 of the US Constitution grants power, subject to consent of the Senate, to the President to appoint ambassadors, consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers. Appointment powers of the Presidents of Turkey and the US are comparatively analyzed in this paper.

Key Words: The President, appointment power, minister, member of the Constitutional Court, senior officer

A) 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı'nın Atama Yetkileri

Parlamentar hükümet sisteminin terkedilerek Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin benimsenmesi, daha önce Bakanlar Kurulu ve Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamaların bundan sonra nasıl yapılacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Sorunun cevabı Cumhurbaşkanının yetkilerini düzenleyen Anayasanın 104 ve devamı maddelerince verilmiştir. Anayasanın “Görev ve yetkileri” kenar başlıklı 104. madde VIII. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı, yardımcılarını ile bakanları atayıp görevlerine son verebilir. IX. fıkraya göre de “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” Aynı maddenin son fıkrasına göre “Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.”

Anayasanın Cumhurbaşkanına ayrıca verdiği atama yetkileri şu şekildedir:

“H. Devlet Denetleme Kurulu” kenar başlıklı 108. madde üçüncü fıkrası Devlet Denetleme Kurulu’nun başkan ve üyelerini atama yetkisini Cumhurbaşkanına vermiştir.

“Başkomutanlık ve Genelkurmay Başkanlığı” kenar başlıklı 117. Madde Başkomutanlığı TBMM adına temsil etme yetkisini Cumhurbaşkanına vermiş ve Cumhurbaşkanı tarafından atanan Genelkurmay Başkanının savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirmesini düzenlemiştir.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



“E. Yükseköğretim kurumları (YÖK) ve üst kuruluşları 1. Yükseköğretim kurumları” kenar başlıklı 130. maddenin VI. fıkrasına göre “Kanunun belirlediği usul ve esaslara göre; rektörler Cumhurbaşkanınca atanır.”

“2. Yükseköğretim üst kuruluşları” kenar başlıklı 131. maddenin son fıkrası Cumhurbaşkanına, Yükseköğretim Kurulu üyelerini atama ve doğrudan doğruya seçme yetkisi vermiştir.

Anayasanın “Yüksek Mahkemeler” “A. Anayasa Mahkemesi” (AYM) kenar başlıklı 146. maddesi III. fıkrasına göre de Cumhurbaşkanı Yargıtay, Danıştay ve Yükseköğretim Kurulu’nun göstereceği adaylar arasından üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, üç üyeyi Yükseköğretim Kurulu kontenjanından, dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından Anayasa Mahkemesi üyesi olarak atama yetkisine sahiptir.

“B. Yargıtay” kenar başlıklı 154. maddenin IV. fıkrası, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilinin, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından, Cumhurbaşkanı tarafından dört yıllığına seçileceğini hüküm altına almıştır.

“C. Danıştay” kenar başlıklı 155. maddeye göre “Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.

“ III. Hâkimler ve Savcılar Kurulu” kenar başlıklı 159. madde III. fıkraya göre, Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcıları arasından, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcıları arasından Cumhurbaşkanınca seçilir ...”

Atamalara yakından bir bakış, Anayasanın Cumhurbaşkanına iki ayrı erk için atama yetkisi verdiğini ortaya çıkarır.¹

a) Yürütme Kapsamındaki Atamalar

104. madde gereği Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların, 108. madde gereği Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin, 112. madde gereği Genelkurmay Başkanının, 130. madde gereği rektörlerin, 131. madde gereği Yükseköğretim Kurulu üyelerinin, 154. madde gereği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcivekilinin atamaları yürütme erkine ilişkindir. Bu atamalar, “Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir” hükmünü içeren 104. madde I. fıkranın zorunlu sonucu olarak değerlendirilmelidir. Cumhurbaşkanı Anayasanın kendisine verdiği

¹ 1982 Anayasasına göre Cumhurbaşkanının tüm görev ve yetkileri için bkz. Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 329-330.



“yürütme yetkisini” tek başına yerine getiremeyeceğine göre, alınan kararları tedvir etmek üzere bu tür uzmanların atanması olağan kabul edilmelidir.

Yürütme erki içinde yer alan Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakan ve diğer üst düzey yöneticilerin atama ve azillerinin Meclis onayına tabi kılınmaması, yürütme yetkisini tek başına Cumhurbaşkanı verene 104. maddeyle uyumludur. ABD Anayasasının hükümetin emrinde çalışacak bakan, büyükelçi, CIA başkanı gibi kişilerin atamalarını Senato onayına tabi kılması yasama yürütme ilişkileri açısından sorunlu olup hükümeti baskı altına alma potansiyeli taşır. Uygulamada Senato, bakan, bakan yardımcıları ve Beyaz Saray görevlileri için esnek bir tutum takınmakta, bu kişilerin atanmasında Başkan’a çok geniş bir takdir hakkı vererek yürütmenin inisiyatif alması ve anayasal görevlerini icrası noktasında gerekli kolaylığı göstermektedir.

Metcalf’ın başkanların sahip oldukları güçleri ölçmeye yarayan çizelgesine göre bir başkan, Meclisin onay şartı olmaksızın kabine üyelerini atayabiliyorsa verilecek puan “4”tür. Meclisin onay şartıyla kabine üyelerini atayabilen başkanların gücü “3” olurken, Meclisin gösterdiği adaylar dışında kabine üyesi atayamayan başkanların gücü “0” kabul edilir.² Bu çizelgenin de işaret ettiği gibi Cumhurbaşkanının kabine üyeleri üzerindeki atama yetkisi tam olup (4 puan), Senatonun onay şartıyla kabine üyelerini atayabilen ABD Başkanlarına göre (3 puan) daha güçlü bir konuma sahiptir.

Yürütme kapsamındaki atamalara ilişkin olarak bir noktanın daha altı çizilmelidir. Anayasa’nın 154. madde IV. fıkrası, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcivekilinin atamalarında yetkiyi yürütme ve yargı arasında paylaştırmıştır. Savcılık mesleği, Adalet Bakanlığı bünyesinde kanunların icrasını içeren “yürütme erkine ait” bir görevdir. Yürütme yetkisini Cumhurbaşkanı verene 104. madde I. fıkranın son cümlesiyle, Cumhurbaşkanını Anayasanın uygulanmasını temin etmekle görevlendiren aynı maddenin II. fıkrası göz önünde bulundurulduğunda bu kişilerin atanmasında yetkinin doğrudan yürütme erkine bırakılması kuvvetler ayrılığı prensibine daha uygundur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başsavcivekilinin atamasında temyiz mahkemesinin [Yargıtay] aday belirleme usulünden vazgeçilmeli, yetki doğrudan Cumhurbaşkanı ait olmalıdır. ABD’de olduğu gibi savcıların saf bir idari/yürütme görevi icra ettiği kabul edildiğinde Cumhurbaşkanının bu kişileri atama ve azletme konusunda yetkisinin tam olması gerekir. Örneğin Başkan Clinton seçildikten sonra tüm federal savcıların istifasını talep etmiştir.³

b) Yargı Kapsamındaki Atamalar

² Lee Kendall Metcalf, “Measuring Presidential Power,” Comparative Political Studies, Vol. 33, No. 5 June, 2000, s. 669.

³ Richard J. Ellis, Judging Executive Power: Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2009, s. 25.



Cumhurbaşkanı, Anayasanın 146. maddesi III. fıkrası gereği Anayasa Mahkemesinin on iki üyesini, 155/III. fıkra gereği Danıştay üyelerinin dörtte birini ve 159. madde gereği Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun dört üyesini atama yetkisine sahiptir. Yargısal denetim çoğunlukla bireysel hakların teminat altına alınmasının bir aracı gibi gözükse de aynı zamanda erkler ayrılığı düzenlemesinin hayata geçirilmesi olduğu için⁴ yargıya ilişkin atamalar yürütmeden farklı şekilde ele alınmayı gerektirir.

Hâkim ve Savcılar Kuruluna ilişkin atamalar, Kurulun hem savcı hem de hâkimlerin özlük ve terfi işlemlerini düzenlemesi nedeniyle yürütmeye bakan bir yöne sahip olsa da hâkimleri de ilgilendirmesi nedeniyle bu başlık altına alınmıştır.

I- 146. madde II. fıkra, yetkinin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmasını engelleyecek biçimde kaleme alınmıştır. Anayasa Mahkemesine atanacak sekiz üye için önce Yargıtay dokuz, Danıştay altı, Yükseköğretim Kurulu dokuz aday belirleyecek, Cumhurbaşkanı da belirlenen bu kişiler arasından atama yapacaktır. Anayasa Mahkemesine atanacak üyelerin belirlenmesinde yetkinin hükümet ile temyiz mahkemeleri ve Yükseköğretim Kurumu arasında paylaşılması demokratik teoriye uygun değildir. Doğrudan halka karşı sorumlu olmayan kurumların yargının tepe noktasını oluşturan Anayasa Mahkemesi için aday belirlemesi, bürokratik direnci tahkim etmesi nedeniyle bu uygulamadan vazgeçilmelidir.

Hem demokratik değerlerin Anayasanın her noktasına nüfuz etmesinin sağlanması hem de yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının güçlendirilmesi için Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesine atayacağı üyelerden üçünü Yargıtay, ikisini Danıştay, üçünü yükseköğretim üyeleri, dördünü de üst kademe yönetici, avukat, hakim ve savcılar arasından **Meclis üye tam sayısının mutlak çoğunluğunun onay şartıyla atayabilmelidir.** Kuramsal açıdan hükümetlerin Anayasa Mahkemeleri veya benzer nitelikli yüksek mahkemelere üye atama sürecindeki rollerinin artışı yasama meclislerinin yasama yetkilerine tehdit oluşturur.⁵ Bu sakıncanın bertaraf edilmesi için bu madde kapsamındaki atama yetkisinin temyiz mahkemeleri, YÖK gibi kurumlarla paylaşılması yerine Meclis denetimine tabi kılınması hem bürokratik direnci zayıflatacak hem de Anayasa Mahkemesi üyelerini meşruiyet açısından güçlendirecektir.⁶

II- 155/III. fıkra gereği Danıştay üyelerinin dörtte biri Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Anayasa Mahkemesi üye atama sürecine getirilen önerinin bir benzeri temyiz mahkemeleri için yapılabilir. Cumhurbaşkanının Danıştay üyelerinden dörtte birini atama yetkisi, Hâkimler

⁴ Metcalf, op.cit., s. 668.

⁵ Metcalf, op. cit., s. 672.

⁶ Karşıt görüş için bkz. Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 634. Anayurt özetle anayasal bir kurumun demokratik meşruiyetini kurucu iktidardan aldığını, dolayısıyla bu tür kurumların demokratik meşruiyetinin sorgulanmasının mantıklı olmadığı görüşündedir.



Savcılar Kurulu'nun kalan dörtte üç üyeyi atama yetkisini de kapsayacak şekilde değiştirilmeli ve biraz önce işaret edilen Meclis'in onay şartına bağlanmalıdır. Meclis'teki müzakereler, adayların seçilme sürecini daha şeffaf hale getirirken, onay şartı da Danıştay'ın demokratik meşruiyetine ciddi bir katkı sunacaktır.

III- 159/III. fıkra gereği Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun üç üyesi Yargıtay, bir üyesi Danıştay üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.

Anayasa, hâkim ve savcılar arasında ayrım gözetmemekte, atama ve terfi işlemlerini aynı Kurula tevdi etmektedir. ABD'de olduğu gibi savcılık mesleği Adalet Bakanlığı bünyesinde ve yürütme erkine dâhil kabul edilirse savcıların yürütme dolayısıyla doğrudan Cumhurbaşkanı veya Adalet Bakanı tarafından atanmaları gerekir. Şayet 1982 Anayasası düzenlemesine sadık kalınacak ise bu madde gereği tek başına Cumhurbaşkanı tarafından yapılan atamaların Meclis onayına tabi kılınması yargıyı daha da güçlendirecektir.

Anayasa Mahkemesi, Danıştay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na Meclis onayından sonra üye atanabilmesi, yalnızca atama sürecini daha şeffaf hale getirmekle kalmayacak, yürütme-yargı, yürütme-yasama ilişkilerini daha sağlıklı bir noktaya taşıyacaktır. Benzer bir görüşü savunan Atar da 2017 değişiklikleri ile Hâkimler Savcılar Kurulu üyelerinin çoğunlukla temyiz mahkemeleri tarafından seçilmesi usulünün terkedilerek Cumhurbaşkanı dışında yedi üyenin doğrudan TBMM tarafından seçilmesini Batı ülkelerinde yaygın olan "parlamentonun yargı kuruluna üye seçmesi" ilkesine yer vermesi nedeniyle olumlu bulmuştur.⁷

c) Azil Yetkisi

1982 Anayasası 104. madde VIII ve IX. fıkralar Cumhurbaşkanının atama yetkisi yanında azletme yetkisini de açıkça düzenleyip hüküm altına alır. Metcalf'ın başkanların gücünü ölçen çizelgesine göre başkan, kabine üyelerini kendi isteği doğrultusunda azledebiliyorsa "4", meclisin onayıyla azledebiliyorsa "3", yalnızca meclisin güvensizlik oyu verdiği bakanları azletme yetkisine sahipse "0" puan alacaktır.⁸ İlk şık en yüksek puan ve yetkinin tamlığına son şık ise azil konusunda asgari yetkiye bir başka deyişle yetkisizliğe işaret eder. Anayasanın kabine üyelerinin azli hususunda tek başına yetkilendirdiği Cumhurbaşkanının bu alandaki yetkisi tamdır ("4" puan). ABD başkanları da kabine üyeleri ve diğer üst düzey yöneticileri azletme konusunda yetilidir. Farklılık şuradan kaynaklanır; 1982 Anayasası bu yetkiyi açıkça düzenlerken, ABD Anayasasında düzenleme yoktur. Boşluk Yüksek Mahkeme kararlarıyla doldurulmuştur: Başkanlar, kabine

⁷ Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 323.

⁸ Metcalf, op. cit., s. 670.



üyeleri yanında Senatonun onayıyla atanan diğer üst düzey yöneticileri de diledikleri zaman azledebilirler.

Erkler ayrılığı, hâkimlerin yürütme erkinden bağımsız olarak çalışabilmelerini gerektirir. Bilhassa meslekten çıkarma kararlarının hükümete dâhil veya hükümetin belirlediği bir organ tarafından verilmesi söz konusu olamaz. 1982 Anayasası 159/IIIIV. fıkraya göre HSK, “...Adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; ...”

Kurul’un yedi üyesinin doğrudan meclis tarafından seçilmesi, hâkim ve savcılar için önemli bir teminattır. Kurulun Cumhurbaşkanı tarafından atanan dört üyesinin atamalarının da Meclis onayına tabi kılınması, yürütme-yargı ilişkilerinde yargı bağımsızlığını güçlendiren bir etkiye bulunacaktır.

B) ABD Başkanının Atama Yetkileri

a) Atama Yetkisi

ABD Anayasası Madde 2 Bölüm 1 yürütme yetkisini tek başına başkana verir. Aynı madde Bölüm 3 ise “yasaların tatbik edilmesinde gerekli özeni gösterme yükümlülüğü”nü başkanın asıl sorumluluğu olarak belirler. Madde II, Bölüm 3’ün son cümleleri ise “Başkan, kanunen başka şekilde öngörülmedikçe ya da başka bir usul düzenlenmemiş olmak kaydıyla Senato tarafından onaylanmak şartıyla büyükelçi, konsolos, Yüksek Mahkeme hâkimleri ve diğer bürokratların atamasını yapar”⁹ şeklindedir.

Görüldüğü üzere ABD Anayasası Türk Anayasasından farklı olarak hem yürütme erkine dâhil olan üst düzey yöneticilerin hem de Yüksek Mahkeme ve federal hakimlerin atama yetkisini tek bir maddeyle düzenlemiştir. En önemli farklılık atamaların Senato onayına tabi tutulmasıdır.

ABD Anayasası iki tür atama yetkisi tanımlar. Üst düzey yöneticiler ve bu tanıma dâhil olmayan diğer çalışanlar.¹⁰ Atamalar arasında özellikle siyasi görevliler (*political officers*) önem taşır. Başkanın, Senato’nun onayıyla atadığı bakan, bakan yardımcısı ve danışmanlar memur statüsünde değildir ve bu nedenle memuriyet güvencelerinden istifade edemezler.¹¹

⁹ Edward S. Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Revised by Harold W. Chase and Craig R. Ducat, Fourteenth Edition, Princeton University Press, New Jersey, 1978, s.176-177.; Donald P. Kommers, John E. Finn, Gary J. Jacopsohn, *American Constitutional Law*, Volume 1: Governmental Powers and Democracy, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2010, s. 117.

¹⁰ Corwin, op. cit., s. 177.

¹¹ Ibid., s. 178.



Kongre yasayla daha düşük nitelikli diğer görevlilerin atamasını tek başına Başkan'a, mahkemelere ya da bakanlara bırakmayı uygun bulabilir.¹² Senato, federal hâkimlerle Yüksek Mahkeme üyeleri dışındaki subay, bürokrat ve diğer üst düzey yöneticiler için görüşmeleri blok halinde yapmakta ve çoğu zaman oybirliğiyle atamaları onamaktadır.¹³ İki asrı aşan uygulamaların da gösterdiği gibi bakan adaylarının yalnızca %2 gibi son derece küçük bir oranı reddedilirken, Yüksek Mahkeme üyeliğine aday olan hâkimlerde bu oran %25'tir.¹⁴

Diğer yandan kamuoyunu en çok meşgul eden atamalar bakan, ordu komutanları ya da büyükelçiler değil federal hâkimler bilhassa Yüksek Mahkeme üyeleridir. Başkan'ın aday gösterdiği hâkimler, Senato'nun mutlak çoğunluğu ile onaylanırsa "iyi halleri" devam ettiği sürece kaydı hayat şartıyla atanmış olurlar.¹⁵

Yüksek Mahkeme'ye atanacak hâkimler, Başkan ve Senato arasında çetin mücadelelere konu olduğu için, Senatonun onay yetkisini yalnızca şekli bir gereklilik olarak kabul etmek yanlıştır.¹⁶ Örneğin Başkan Bush, Ocak 2005 yılında hukuk danışmanlığını üstlenen Harriet Miers'i aday göstermiş, tecrübe ve hukuki müktesebatının yetersizliği eleştirisine maruz kalınca da 27 Ocakta adayını geri çekmiştir.¹⁷ Yüksek Mahkeme üyelerinin atamalarının siyasal bir süreç olduğu ve başkanların kendi siyasi fikirlerine yakın olan hukukçuları aday gösterdikleri unutulmamalıdır.¹⁸ Hâkimler de çoğunlukla beklenildiği gibi kararlar vermekte bazen de hayal kırıklığı yaratmaktadırlar. Başkan Eisenhower Yüksek Mahkeme'ye atadığı hâkimler Earl Warren ve William J. Brennan'ın liberal eğilimli kararlarını görünce "Bu atamalar görevim sırasında yaptığım en büyük aptallıktı" demiştir.¹⁹ İlginç olan bir husus da ABD Anayasasının Yüksek Mahkeme üyeliği için hukuk fakültesi mezunu olma ya da hukukçu olma şartları getirmemesine

¹² Ellis, op. cit., s. 16.; Kommers et al., op. cit., s. 177.

¹³ Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 145.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Richard A. Posner, *An Affair of State: The Investigation, Impeachment and Trial of President Clinton*, Harvard University Press, paperback edition, 2000, s. 97.; Kommers et al., op. cit., s. 12.

¹⁶ Corwin, op. cit., s.178.

¹⁷ Kommers et al., op. cit., s. 12.

¹⁸ Yüksek Mahkeme üyeliğine aday gösterilen ve Senato Adalet Komisyonu önünde ifade veren muhafazakâr eğilimli New York Federal Temyiz Mahkemesi hâkimi Brett Kavanaugh'un ataması 1980'li yıllarda üç ayrı kadına cinsel tacizde bulunduğu iddiaları nedeniyle yapılamamıştır. Ülke gündemine oturan iddiaların açıklığa kavuşması için FBI tekrar inceleme başlatmış bu nedenle de atama süreci tamamlanamamıştır. <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-kavanaugh/trump-wavers-on-supreme-court-nominee-kavanaugh-idUSKCN1M61NE> (04.10.2018) Brett Kavanaugh, Senatonun 05.10.2018 günlü oturumunda yapılan oylamada 49 hayıra karşılık 51 evet oyu alarak Yüksek Mahkeme'ye atanmıştır. Üç aydır süren mücadele de Cumhuriyetçi'lerin zaferiyle sonuçlanmıştır. <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45771808>

¹⁹ Kommers et al., op. cit., s. 13.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



rağmen üyelerin hemen hemen tamamının ülkenin en prestijli hukuk fakültesinden mezun yetkin hukukçular arasından atanmış olmasıdır.²⁰

b) Azletme

Başkan'ın yasaların tatbik edilmesinde gerekli özeni gösterme yükümlülüğü, ona yargı mensupları dışındaki tüm çalışanları disipline aykırı fiilleri nedeniyle işten atma yetkisi tanır.²¹ Bununla birlikte Başkanın bağımsız düzenleyici kurullar üzerindeki etkinliği sınırlı ve zayıftır.²² Azletme yetkisinin hiç tanınmadığı kurumlar da vardır. Örneğin Merkez Bankası Başkanı ve Merkez Bankası Yönetim Kurulu Üyeleri (*Board of the Federal Reserve System*) azledilemez. İkna etmek bu konuda kullanılacak tek araçtır.²³

Tartışma konularından ilki kanun gereği Senato onayıyla başkan tarafından atanan yöneticilerin, Senato onayı alınmaksızın azledilip azledilemeyeceklerine ilişkindir. Yüksek Mahkeme *Myers v. United States* (1926) kararında; Başkan'ın iradesiyle hükümette görev alan kişilerin, yetkileri ister anayasayla isterse yasayla tanımlanmış olsun, başkanın tek yanlı iradesiyle azledilebileceğini, atama kadar azletme yetkisinin de başkanın yürütme yetkileri arasında bulunduğu karar vermiştir.²⁴ Bu kararda Yüksek Mahkeme ayrıca Başkanı, atadığı bürokratları azletme yetkisinden mahrum bırakmaya matuf 1867 tarihli *Tenure of Office Act*'in (Senato'nun rızasıyla azledilmesinde dönük) geçersiz olduğunu, aynı etkiyi doğuracak sonraki tarihli yasaların da aynı durumda olacaklarını açıklamıştır.²⁵

Yaklaşık 10 yıl sonra başkanın azletme yetkisi bir başka dava nedeniyle bir kez daha yargıya taşınmıştır. Yasa gereği Senato'nun onayıyla başkan tarafından atanan ve “yetersizlik”, “görevi ihmal” ve “görevi suiistimal” nedenleriyle azledilebilecekleri belirtilen Federal Ticaret Kurulu (Federal Trade Commission) üyelerinin Başkan tarafından azledilip azledilemeyecekleri *Humphrey's Executor V. United States* 295 U.S. 602 (1935) davasında tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme davada şu soruların cevabını aramıştır: İlk olarak yasa görevden almaları “yetersizlik, görevi ihmal ya da görevi suiistimal” ile sınırlamış mıdır? İkinci olarak da şayet Başkanın yetkileri yasayla bu şekilde sınırlanmış ise bu yasa anayasaya uygun mudur?²⁶ Yüksek Mahkeme oybirliğiyle verdiği kararda: “Başkan'ın azil yetkisi yürütmeye bağlı olmayan yasamanın oluşturduğu bir kurulun bağımsızlığını tehdit etmektedir. Güçler ayrılığı ilkesinin korunması

²⁰ Ibid.

²¹ Corwin, op. cit., s.180.

²² Kommers et al., op. cit., s. 107.

²³ Corwin, op. cit., s.191.

²⁴ Ibid., s.181-187.

²⁵ Ellis, op. cit., s. 5-12.

²⁶ Michael A. Genovese, Robert J. Spitzer, *The Presidency and Constitution Cases and Contraversies*, s. 80.



kendi işlevine hâkim olan erkin diğerlerinin bu alana müdahale ve denetimine engel olmayı gerektirir. Başkan kanunun belirlediği koşullara dayanmadıkça Kurul üyelerini azledemez.”²⁷ gerekçesiyle Başkan’ın atama yetkisini kısıtlamıştır.

Kommers ve arkadaşlarına göre sadakatinden, yeteneğinden, zekâsından şüpheye düşülen görevlilerin gecikme olmaksızın görevden alınması yetkinin bütün olarak yürütmede olmasıyla ilgilidir. Mahkeme azletme yetkisinin Kongre’nin atamaya onay verme ya da tavsiyede bulunma yetkisine değil, Başkanın atama yetkisine bağlı olduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, yürütmenin ayrı bir erk olarak, yalnızca başkana ait olduğunu ileri süren *bütüncül başkanlık* fikrini benimsemiştir.²⁸

c) İtham Etme (Impeachment):

ABD Anayasasının II. maddesi 4. Bölümü tüm sivil yetkililerin ihanet, rüşvet veya diğer ağır suç ve eylemler nedeniyle görevden uzaklaştırabileceklerini hüküm altına almıştır. Federal görevliler, Temsilciler Meclisi’nde mutlak çoğunlukla suçlanıp, Yüksek Mahkeme Başkanı başkanlığında toplanan Senatonun 2/3 çoğunluk oyuyla mahkûm edilir.²⁹ Sivil yetkili tanımına başkan, başkan yardımcısı ve bakanlar dışında federal hâkimlerle, Yüksek Mahkeme üyeleri girer. Uygulamada Başkanlar istisna edilirse federal memurlardan yalnızca hâkimler için itham etme usulü tatbik edilmekte [impeachment] diğer yetkililer Başkan tarafından azledilmektedir.³⁰ Richard Nixon ve Bill Clinton örnekleri kadar popüler olmasa da Başkanlar için işletilen itham etme usulü, federal hâkimler bilhassa Yüksek Mahkeme üyeleri için geçerlidir.

ABD Anayasasının II. madde 4. Bölümün devamı Federal ve Yüksek Mahkeme hâkimlerinin iyi halleri devam ettiği sürece görevlerinden alınmasını ve maaşlarının indirilmesini yasaklar. Yargının tepe noktasını oluşturan Yüksek Mahkeme üyelerinin hayat boyu görevde kalmaları ve yalnızca Temsilciler Meclisinde itham edilip Senato tarafından suçun sabit görülmesiyle³¹ azledilebilmeleri yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının en büyük güvencesini oluşturur. Alkolik ve delice hareketleriyle tanınan ama herhangi bir suç işlememiş olan John Pickering ABD Anayasasına göre itham edilip görevden alınan ilk federal hâkimdir.³² 1804 yılında gerçekleşen bu azlin anayasaya uygun olmadığı, siyasi gerekçelerle yapıldığı iddiası pek çok tartışmalara yol

²⁷ Ellis, op. cit., s. 20-22.

²⁸ Kommers et al., op. cit., s. 118.

²⁹ Corwin, op. cit., s. 14; Posner, op. cit., s. 95.

³⁰ Posner, op. cit., s. 97.

³¹ Kommers et al., op. cit., s. 12.

³² Posner, op. cit., s. 99.



açmıştır. Turner’a göre daha sonra itham edildiği halde beraat eden üç hâkimin işlediği suçlar Pickering’in eylemlerinden çok daha ağırdır.³³

Hâkimlerin siyasi gayelerle itham edilmeleri onları kırılğan hale getirerek yargı bağımsızlığını zedeler.³⁴ Bu tehlike Başkana nazaran hâkimlerin siyasi gayelerle yasama organında itham edilme ihtimalini azaltır. Buna rağmen hâkimler için itham edilme eşiği Başkanlara göre iki nedenle daha düşüktür. İlk olarak hâkimler seçilmek yerine atanırlar. İkinci neden daha önemlidir ve üstlenilen vazifenin mahiyetinden kaynaklanır. Hâkim, kanunu temsil eder ve görece küçük suçları bile hukukun altını ciddi şekilde oyar. Oysa Başkanlar siyasetçidir ve yasalara itaat etmeleri beklense bile hukuku mücessem hale getiren kişiler değildirler.³⁵

C) Yetkilerin Mukayesesi

1- 1982 Anayasası atama yetkilerini birden fazla maddede düzenler. Anayasanın 104, 108, 112, 130, 131, 146, 153, 154, 159. maddeleri Cumhurbaşkanı Yardımcılarından, bakanlara, Danıştay üyelerinden rektörlere kadar birçok üst düzey yöneticinin atama yetkisini Cumhurbaşkanı’na vermiştir. Çerçeve anayasa niteliğinde olana ABD Anayasası ise yalnızca Madde II, Bölüm 3 de Başkan’ın atama yetkisini düzenler.

2- 1982 Anayasası 104. maddesi Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Bakanlar ve üst düzey kamu yöneticilerinin atamaları ve azli konusunda Cumhurbaşkanını tek başına yetkili kılar. Metcalf çizelgesinin de işaret ettiği gibi 1982 Anayasası atama hususunda Cumhurbaşkanını ABD Başkanına göre daha güçlü bir yetkiyle donatmıştır.

3- 1982 Anayasası 104. madde VIII ve IX. fıkralar Cumhurbaşkanı’nın atama yetkisi yanında azletme yetkisini de açıkça düzenleyip hüküm altına alır. ABD Anayasası II. Madde III. Bölüm ise Başkan’a atama yetkisine açıkça yer vermiş olmasına rağmen azil konusunda susar. Bu boşluk Yüksek Mahkemesi’nin *Myers v. United States* (1926) ve *Humphrey’s Executor V. United States* 295 U.S. 602 (1935) kararlarıyla doldurulmuştur. Kararlar neticesinde uygulama, başkanın genel yürütme yetkisi ve atama yetkilerinin uzantısı olarak Senato’nun onayıyla atanmış dahi olsa üst düzey yöneticileri azledebileceği yönünde şekillenmiştir. Türk ve ABD Başkanlarının bakan ve üst düzey yöneticileri azletme konusunda eşit yetkiye sahip oldukları ifade edilmelidir.

4- 1982 Anayasası ile ABD Anayasaları arasında atamalara ilişkin en büyük fark yargı organına ilişkindir. Türk Anayasası yetkiyi Yargıtay, Danıştay, YÖK, HSK gibi kurumlarla

³³ Lynn W. Turner, “The Impeachment of John Pickering”, The American Historical Review, Vol. 54, No. 3, Apr., 1949, s. 506.

³⁴ Posner, op. cit., s. 110.

³⁵ Posner, op. cit., s. 104.



Cumhurbaşkanı arasında (yürütme-yargı) paylaştırırken ABD Anayasası, Başkan'la Senato arasında paylaştırır (yürütme-yasamanın bir kanadı).

1982 Anayasasının Yargıtay, Danıştay ve YÖK'e AYM üyeliği için tanıdığı aday belirleme yetkisinden vazgeçilmeli ABD' de olduğu gibi Cumhurbaşkanı AYM, Yargıtay ve Danıştay üyelerini Meclis onay şartına bağlı olarak atayabilmelidir.

5- 1982 Anayasası ile ABD Anayasası'nın belki de tek ortak noktası yürütmenin başta Anayasa Mahkemeleri olmak üzere hâkimleri azletme yetkisinin olmamasıdır. Doğru olan bu düzenlemenin daha da ileri görülebilmesi için HSK'nın hâkim ve savcılarının görevden el çektilmesine ilişkin kararlarının TBMM'nin onayından sonra yürürlüğe girmesi gerekir. Böylece yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı bir üst seviyeye taşınmış olacaktır.

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı açısından Yüksek Mahkeme üyeleriyle diğer Federal hâkimlerin sadece Kongre'nin itham etme [impeachment] usulüyle görevden uzaklaştırılabilmesi nedeniyle ABD düzenlemesinin hâkimler için daha iyi bir güvence temin ettiği ifade edilmelidir.

Kaynakça

Anayurt, Ömer., Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram Ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Atar, Yavuz., Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Brett Kavanaugh: Senate Votes On Supreme Court Nominee,

<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45771808>, (15.10.2018).

Corwin, Edward S., The Constitution And What It Means Today, Revised By Harold W. Chase And Craig R. Ducat, Fourteenth Edition, Princeton University Press, New Jersey, 1978.

Ellis, Richard J., Judgeing Executive Power/Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2009.

Genovese, Michael A., Spitzer, Robert J. The Presidency And Constitution Cases And Contraversies, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

Gözler, Kemal., Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.

Kommers, Donald P., Finn, John E., Jacobsohn, Gary J., American Constitutional

Law, Volume 1: Governmental Powers And Democracy, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2010.



Metcalf, Lee Kendall., “*Measuring Presidential Power,*” Comparative Political Studies, Vol. 33, No. 5 June, 2000., S. 660-685.

Özsoy Boyunsuz, Şule., *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

Posner, Richard A., *An Affair Of State: The Investigation, Impeachment And Trial Of President Clinton*, Harvard University Press, Paperback Edition, Massachusetts, 2000.

Trump Wavers On Supreme Court Nominee Kavanaugh, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-kavanaugh/trump-wavers-on-supreme-court-nominee-%09%09%09kavanaugh-İduskc1m61ne> (04.10.2018)

Turner, Lynn W., “*The Impeachment Of John Pickering*”, The American Historical Review, Vol. 54, No. 3, Apr. 1949, Pp. 485-507.



FOTOKOPİNİN DELİL BAŞLANGICI KABUL EDİLİP EDİLEMeyeCEĞİ SORUNU

Dr. Öğr. Görevlisi Orhan EROĞLU

Ufuk Üniversitesi, Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Ana Bilim Dalı

Öz

Açılmış olan bir davada yapılan yargılamanın asıl amacı, mutlak maddi gerçekliğe ulaşmaktır. Senetle ispat zorunluluğu ise kamu düzeni düşünülerek Türk hukuk sistemine girmiş bir kuraldır. Ancak bu kuralın katı bir şekilde uygulanması bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Kanun koyucu katı şekilciliği bertaraf edebilmek adına delil başlangıcını HMK’da düzenlemiştir. Delil başlangıcının mevcut olması halinde hâkim, senetle ispat zorunluluğunun mevcut olmasına rağmen takdiri delilleri değerlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Delil başlangıcı kabul edilebilecek belgelerin neler olduğu kanunda tahdidi olarak düzenlenmemiş, hangi belgelerin delil başlangıcı kabul edilebileceği içtihatlar ile ortaya koyulmuştur. Günümüzde de içtihatlar ışığında delil başlangıcına bir yenisi daha eklenmiştir ki o da fotokopidir. HUMK döneminde verilen kararlarda fotokopi, yazılı delil başlangıcı kabul edilmezken; HMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra fotokopinin delil başlangıcı olduğu yönünde içtihatlar oluşturulmuştur. Fotokopinin delil başlangıcı olup olmadığı hususunda doktrinde de birçok farklı görüş mevcuttur. Gerek uygulamada gerekse de doktrinde fotokopinin, delil başlangıcı olup olmadığı hususunda kesin bir sonuca varılamamış olması bu çalışmayı meydana getirmiştir. Bu çalışmada, delil başlangıcı kavramı, tanımı, unsurları ve delil değeri; delil başlangıcının değerlendirilmesi ve delil başlangıcı ile diğer delillere başvurulması hususları gerek içtihatlar gerekse de doktrindeki görüşlerden yola çıkarak açıklanmıştır. Delil başlangıcı ana hatları ile ortaya konulduktan sonra verilen bilgiler ışığında fotokopinin niteliği ve delil başlangıcı olarak kabul edilebilip edilemeyeceği sorunu çözüme kavuşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Delil Başlangıcı, Fotokopi, Belge, Senet, Senetle İspat Zorunluluğu, Takdiri Delil.

Abstract

The judgment’s main aim in an opened case is to achieve the absolute material fact. Burden of evidence with note had entered into Turkish Law System with thoughts of public order, but this



rule's strict practices may lead to some circumstances that are against equity. The legislator regulated commencement of proof in code of civil procedure to eliminate strict formalism. Although there is burden of evidence with note, the judge will reach to evaluate discretionary proofs in the presence of commencement of truth. It is not regulated in the law that which documents can be accepted as commencement of truth, but this was regulated in court practices. Nowadays with leading of court practices, a new type of commencement of proof was added, which is photocopy. Although the photocopy was not accepted as commencement of written proof in the decisions given in the era of the old code of civil procedure; when the new code of civil procedure enter in force, court practices that accepts photocopy as commencement of written proof had been constituted. There are several different opinions about the issue of photocopy being whether commencement of proof or not. In the practice or doctrine, the issue of photocopy being whether commencement of proof or not had not resulted in a certain conclusion, and this uncertainty led to this article. In this article, the concept of commencement of proof, its definition, its elements and the importance of proof, the evaluation of the commencement of proof and particular spots of consultation to commencement of proof or other proofs were clarified with the leadings of court practices and opinions in doctrine. After the clarification of essentials of commencement of proof, the photocopy's quality and the problem of whether it can be accepted as commencement of proof or not was solved within the presence of information given.

Key Words: Commencement of proof, Photocopy, Document, Note, Burden of Evidence with note, Discretionary proof.

176

Giriş

Fotokopinin niteliği ve delil başlangıcı olarak kabul edilebilip edilemeyeceği hususu gerek doktrinde gerekse de uygulamada tartışmalıdır. Fotokopinin senet olarak kabul edilemeyeceği fakat yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceği görüşünün yanında, fotokopinin her zaman hile ile yanıltıcı olarak hazırlanabileceği ve bu nedenle delil başlangıcı olarak kabul edilmeyeceği yönünde görüşler de mevcuttur. Başka bir görüşe göre de yazılı delil başlangıcı takdiri bir delildir ve fotokopinin hile ile hazırlandığı ihtimal dışı olarak görülüyor ise bu durumda yazılı delil başlangıcı sayılabilir. Uygulamada mevcut olan bu tartışma içtihatlarda da mevcuttur. Yargıtay'ın bazı kararlarında fotokopi, delil başlangıcı olarak kabul edilirken; bazı kararlarında ise fotokopi, delil başlangıcı olarak kabul edilmemiştir. Bu muğlaklığın giderilmesi amacı ile bu çalışma meydana getirilmiştir. Delil başlangıcı, senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. İspat yükü üzerinde olan tarafa, takdiri deliller ile iddiasını ispat etme imkânı sağlayan delil başlangıcının ve fotokopinin delil başlangıcı olup olmadığı hususunun titizlikle incelenmesi gerekmektedir.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Bu çalışmanın ilk bölümünde delil başlangıcı kavramı, tanımı ve delil değeri açıklanmıştır. Çünkü, fotokopinin delil başlangıcı olup olmadığı hususunun ortaya konulabilmesi için öncelikle delil başlangıcının ne olduğunun ve delil değerinin ortaya konulması gerekmektedir. Yapılan değerlendirmede gerek doktrinden gerekse de içtihatlardan faydalanılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde delil başlangıcının değerlendirilmesi ve delil başlangıcı ile birlikte diğer delillere başvurulması hususu açıklanmıştır. Bu bölümde hâkimin delil başlangıcını nasıl değerlendireceği incelenmiş ve doktrinde tartışma konusu olan delil başlangıcının bulunması halinde yalnızca tanık mı dinleneceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Çalışmamızın son bölümünde ise fotokopini niteliğinin ne olduğu doktrindeki görüşlere de yer verilmek sureti ile ortaya konulmuş ve fotokopinin delil başlangıcı teşkil edip etmediği hususundaki muğlaklık giderilmeye çalışılmıştır.

I. Delil Başlangıcı Kavramı, Tanımı, Unsurları Ve Delil Değeri

A. Delil Başlangıcının Tanımı ve Unsurları

Delil başlangıcının tanımını kanun koyucu HMK m. 202/2’de yapmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; “Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir.”. Bu kapsamda delil başlangıcını, hukuki işlemi tamamen ispat etmemekle birlikte, gerçekleştiğine delalet eden ve aleyhinde sonuç doğuran kişiden veya temsilcisinden sadır olan, senetle ispat mecburiyetini ortadan kaldıran belgedir, şeklinde tanımlamak mümkündür¹. 1086 sayılı HUMK²’ta yazılı delil başlangıcı ibaresi kullanılmakta iken; HMK ile delil başlangıcının yazılı olmasına ilişkin ibare kaldırılmış ve madde delil başlangıcı olarak düzenlenmiştir. HMK ile delil başlangıcının yazılı olma koşulu kaldırılmıştır³. HUMK’ta yazılı delil başlangıcına ilişkin düzenlemede “senet” ibaresi yer almakta iken; HMK’da senet yerine “belge” ibaresi kullanılmıştır. Belge ise senede kıyasla daha üst bir kavramdır. Belge ibaresinin madde içerisinde yer alması sebebi ile HMK ile

¹ POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975, s. 612; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü baskı, Ankara 1978, s. 566; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 2289; KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009, s. 34; KONURALP, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, (KONURALP, İspat Kuralları), s. 38; ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011, s. 389; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1096; GÖRGÜN, L. Şanal, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014, s. 312-313; KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 514; KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, (KURU, Ders Kitabı), s. 279.

² RG, 02.07.1927, S: 622-623.

³ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 417; UYAR, Talih, “Elektronik Posta Verileri”nin “Yazılı Delil” ya da “Delil Başlangıcı” Olarak Senedin “Teminat Senedi” Olup Olmadığının İspatındaki Rolü, Terazi Hukuk Dergisi, C:12, S:125, Ocak 2017, (s.91-92), s. 91.



birlikte delil başlangıcının kapsamı HUMK’a kıyasla genişletilmiştir. Ayrıca HMK’da delil başlangıcının yazılı olma koşulu aranmaması da delil başlangıcının alanının genişlemesinde etkin rol oynamaktadır. Maddede yapılan değişiklikler ile birlikte artık elektronik belgeler de delil başlangıcı kapsamında sayılabilmektedir⁴.

HMK m. 202/2, delil başlangıcının unsurlarını da bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu maddeye göre delil başlangıcının üç unsuru bulunmaktadır⁵. Delil başlangıcının birinci unsuru, belge olmasıdır. Bu, aynı zamanda delil başlangıcının maddi unsurudur. Belge ile kastedilen husus ise HMK m. 199’a göre; “ Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları”dır. Delil başlangıcının bu sayılanlardan biri olması gerekmektedir.

Delil başlangıcının ikinci unsuru, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olmasıdır. HMK m. 202/2’ de ; “kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir” demektedir. Söz konusu maddenin lafzına göre belgenin, aleyhinde sonuç doğuran kişi veya temsilcisi tarafından gönderilmesi yahut vermesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak kanımızca burada kastedilen husus, delil başlangıcının aleyhinde kullanılacak kişiden sadır olması gerektiğidir⁶. Bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için delil başlangıcının mutlaka aleyhine kullanılacak kişi tarafından gönderilmesine lüzum yoktur. Aksi bir yorumun söz konusu olması halinde delil başlangıcının kapsamı çok fazla daraltılmaktadır.

Delil başlangıcının üçüncü unsuru ise iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermesidir⁷. Doktrinde bu unsura gerçeğe yakınlık unsuru da denilmektedir⁸. Delil başlangıcı kabul edilen belgenin, hukuki işlemi bir ihtimalden daha kuvvetli bir şekilde ispat etmesi gerekmektedir. Doktrinde delil başlangıcının sayılan üç unsuruna ek olarak, vakıanın tanıkla ispatının caiz olmaması veya başka bir ifadeyle ilgili vakıanın ispatı bakımından senetle ispat zorunluluğu bulunması unsurunun da mevcut olduğu ileri sürülmüştür⁹. Ancak vakıanın tanıkla ispatının caiz olmaması, delil başlangıcına dair bir şart değildir. Bahsi geçen husus delil başlangıcının mevcut olmasının bir sonucudur. Bir belge,

⁴ GÖKSU, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2011, S:1, C:1, s. 59; YILDIRIM, M. Kamil/TOK, Ozan, İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri, MÜHF-HAD, C:22, S:1, (s.241-250), s. 243; UYAR, s. 91; Karşı görüşte olan yazar; KURU, Baki, Yazılı Delil Başlangıcı(HMK m. 202), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, (KURU, Delil Başlangıcı), s. 1385.

⁵ TİFTİK, Mustafa, Yazılı Delil Başlangıcı, AD, S:1, Y:1984, s. 244

⁶ YILDIRIM/TOK, s. 243.

⁷ UYAR, s. 91.

⁸ YILDIRIM/TOK, s. 243.

⁹ YILDIRIM/TOK, s. 244.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



sayılan üç unsur mevcut ise yazılı delil başlangıcı teşkil eder, sonrasında ise senetle ispat kuralını ortadan kaldırır. Burada zaman bakımından bir farklılık mevcuttur. Kaldı ki kanun koyucu bu hususu HMK m. 202/1’de, delil başlangıcının unsurlarını ise HMK m. 202/2’de düzenlemiştir. Kanunun sistematigi açısından bakıldığında da bu hususun delil başlangıcının bir unsuru olmadığı görülecektir. Bu nedenle bahsi geçen hususun, delil başlangıcının bir unsuru olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyim.

A. Delil Başlangıcının Delil Değeri

Delil başlangıcının, delil değeri olup olmadığı hususunda incelenmesi gereken ilk husus delil başlangıcı ibaresinin lafzıdır. Delil başlangıcında yer alan “başlangıç” ibaresi, söz konusu belgenin delil olabilmek için yeterli olmadığına ilişkin bir düşünce yaratmaktadır. Başka bir deyişle bu ibare ile belgenin delil olabilmesi adına bir başlangıç mevcut ancak delil olabilmesi için yeterli değil gibi bir sonuca ulaşmaktadır.

Doktrinde delil başlangıcının delil değeri incelenirken; delil başlangıcının meydana getirmiş olduğu etki ile birlikte incelenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰. Söz konusu görüşe göre delil başlangıcı tam bir delil olarak kabul edilemez; ancak delil olabilme kapasitesine haizdir. Meydana getirmiş olduğu etki ile birlikte değerlendirildiğinde delil başlangıcı, alelde delillerden farklı olarak özellik arz eden takdiri bir delildir¹¹. Bir başka görüşe göre ise delil başlangıcı, unsurları kanun tarafından belirlenmiş bir takdiri delildir¹².

HMK m. 202/1’e göre; “Senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenilebilir.”. Söz konusu düzenlemeye göre delil başlangıcı, kanuni delil ile ispat edilmesi gereken bir hususta, takdiri delillerin değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır. Kanımızca maddedeki düzenleniş şekline göre delil başlangıcı ne tam bir kanuni delildir ne de tam bir takdiri delildir. Çünkü eğer delil başlangıcı kanuni ya da takdiri bir delil olsa idi üçüncü bir belge olarak düzenlenmezdi. Bu kapsamda delil başlangıcını nitelik olarak bir ispat aracı olarak kabul etmek mümkündür. Diğer delillerden yola çıkıldığında da örneğin tanık delili başlı başına bir delildir. Tanık delilinin meydana gelebilmesi için bazı koşulların sağlanması aranmamıştır. Ancak delil başlangıcında ise belge olma, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olma ve iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösterme koşulları aranmaktadır. Bu koşullar meydana geldiğinde delil başlangıcı oluşmakta ve kanuni delilleri değerlendirmesi gereken

¹⁰ TOK, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016, s. 105.

¹¹ TOK, s. 107; KONURALP, İspat Kuralları, s. 38; KONURALP, s. 154.

¹² YILDIRIM/TOK, s. 244



hâkim, takdiri delilleri değerlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu açıdan bakıldığında da delil başlangıcının bir ispat vasıtası olduğu açıkça görülmektedir.

I. Delil Başlangıcının Değerlendirilmesi Ve Delil Başlangıcı İle Birlike Diğer Delillere Başvurulması

A. Delil Başlangıcının Değerlendirilmesi

HMK m. 200/1'e göre; "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değeri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz". Maddenin lafzında her ne kadar senet ibaresi kullanılmış ise de senet ibaresi ile kastedilen husus kesin delillerdir. Senet ile ispat koşulu öngörülen durumlarda bu durumun senet yanında diğer kesin deliller ile de ispat edilmesi mümkündür. HMK m. 200/1'e göre ispat açısından hukuki işlemin değer veya miktarı esas alınmakta ve miktar veya değer kanunun öngördüğü sınırı aşması halinde ispatın kesin delil ile yapılması gerektiği bildirilmektedir.

Kanun koyucunun düzenlemiş olduğu ikinci bir kural ise senede karşı tanıkla ispat yasağıdır. HMK m. 201'e göre; " Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.". Bu kapsamda, senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan ve senede bağlı her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen hukuki işlemler, kanunun öngördüğü ispat sınırının altında kalsa dahi sadece senetle (kesin delille) ispat edilebilir¹³.

Tanık delili ise HMK m. 240'da düzenlenmiştir. HMK m. 240/2'ye göre; "Tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.". Kanunun lafzı incelendiğinde dava ile ilgili olarak iddia ettiği vakıayı ispat etmek isteyen tarafa, tanık dinletme hakkının verildiği görülecektir. Ancak her

¹³ Y.19.HD., 17.09.2009, E. 2009/998, K. 2009/8386; "Senede karşı menfi tespit davası açıldığına göre HUMK'nın 290. maddesi uyarınca senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı defî olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler, ispat sınırından az bir miktara ilişkin olsa bile ancak senetle ispat edilebilir. Hükümde öngörülen senede karşı senetle ispat kuralı senedin tarafları için geçerlidir. Senedin tarafları kavramına külli halefler yani mirasçılar da dahil olduğundan, mirasçıların külli halef sıfatıyla senede karşı dava açmaları halinde, iddialarını ancak senetle (yazılı delille) ispat edebilirler. Ancak, mirasçılar külli halef sıfatıyla değil de sadece kendi haklarına dayanarak dava açarlarsa, senede karşı olan iddialarını senet (kesin delil) ile ispat etmek zorunda olmayıp, tanıkla ispat edebilirler"; YHGK, 21.04.1978, 13-3608/338, YHGK 12.04.1985, 4-558/317; Y.3.HD., 07.04.2003, 4148/3973 (www.kararara.com-Erişim tarihi: 13.07.2018).



konuda tanık dinletmek de mümkün değildir. HMK m. 200 ve 201’de düzenlenen senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralları tanık dinletme hakkının sınırırır.

Bir davada eğer hukuki işlemin ispatı ancak senet ile yapılabiliyorsa; böyle bir durumda hâkim, ispat açısından bir senedin (kesin delilin) varlığını aramaktadır. Taraflarca bu hususta tanık dinlenilmesi mümkün değildir. Ancak delil başlangıcının mevcut olması halinde HMK m. 202/1 hükmü gereğince tanık dinlenilmesi mümkündür. Delil başlangıcı sayesinde hâkim, senetle ispat kuralı gereğince yalnızca kesin delilleri inceleyebilirken; delil başlangıcı sayesinde takdiri delilleri de inceleme imkânına kavuşmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise delil başlangıcı hukuki işlemin ispat edilmesi ile ilgili değildir. Delil başlangıcı, takdiri delillerin incelenmesine imkân sağlamaktadır. Bir başka deyişle delil başlangıcı, takdiri delillerin önündeki engeli kaldırmakta ve takdiri delillere işlerlik kazandırmaktadır¹⁴.

Delil başlangıcının değerlendirilmesi, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile yakın ilişkilidir¹⁵. HMK m. 202’nin lafzına bakıldığında delil başlangıcının ispat gücü ile alakalı bir sonuca ulaşamamaktadır. Delil başlangıcının mevcut olması ile birlikte hâkim tüm delilleri inceleyebilme ve değerlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu kapsamda delil başlangıcının ispat gücünü hâkim serbestçe değerlendirecektir. Delil başlangıcı, niteliği itibari ile iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermektedir. Başka bir deyişle iddianın doğruluğu açısından bir emare ortaya çıkmaktadır¹⁶. Bunun sonucunda ise hâkim, tarafların ileri sürmüş olduğu delilleri serbestçe değerlendirip kararını vermektedir.

Delil başlangıcının değerlendirilmesi kapsamında, delil başlangıcının tek başına hükme esas alınabilip alınamayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde delil başlangıcının tek başına hükme esas alınabileceği yönünde ağırlıklı görüş mevcuttur¹⁷. Delil başlangıcının tek başına hükme esas alınabilip alınamayacağı hususu değerlendirilirken, delil başlangıcının niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere delil başlangıcı, takdiri delillerin incelenmesine imkân sağlayan bir belgedir. Delil başlangıcı hukuki niteliği itibari ile hukuki işlemi muhtemel olarak göstermektedir. Tamamen ispatı sağlamamaktadır. Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, hâkimin davaya konu uyuşmazlık hakkında hüküm kurabilmesi için, uyuşmazlığa konu hukuki işlemin tamamen ispat edilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde maddi hukuk açısından kurulan hüküm gerçeği

¹⁴ Basım, Aybüke, Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, Ocak 2018, (s.135-187), s. 174; Konuralp, s. 135.

¹⁵ Basım, s. 175.

¹⁶ Konuralp, s. 135; Basım, s. 175.

¹⁷ Postacıoğlu, İlhan E., Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul 1964, (Postacıoğlu, Şehadetle İspat), s. 311; Konuralp, s. 154; TOK, s. 114.



yansıtmayacaktır. Delil başlangıcı ise tamamen ispat sağlamadığı için, delil başlangıcının tek başına hükme esas alınıp karar verilmesi yerinde olmayacaktır. Böyle bir karar delil başlangıcının ruhuna da aykırıdır. Ayrıca delil başlangıcı ile birlikte incelenen takdiri deliller de mevcut olacaktır. Delil başlangıcı tek başına yarımdır ve diğer deliller ile birlikte bir hukuki işlemin tam olarak ispat edilebilmesini sağlar. Bu nedenle delil başlangıcının tek başına hükme esas alınamayacağı kanaatindeyim.

A. Delil Başlangıcı İle Birlikte Diğer Delillere Başvurulması

HMK m. 202/1'e göre; "Senetle ispat zorunluluğu bulunan hallerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir." Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere eğer delil başlangıcının üç unsurunu taşıyan bir belge mevcut ise böyle bir durumda senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmakta ve tanık dinlenebilmektedir. Delil başlangıcı tek başına hukuki işlemi tamamen ispat etmemekte, söz konusu işlemi muhtemel göstermektedir. Yargılamanın amacı ise mutlak maddi gerçekliğe ulaşmaktır. Bu amaç ise delil başlangıcı ile birlikte diğer delillere başvurulmasını da zorunlu kılmaktadır.

HMK m. 202/1 düzenlemesinde yalnızca tanık delilinden bahsedilmiştir. Burada incelenmesi gereken husus; delil başlangıcının mevcut olduğu hallerde sadece tanık mı dinlenebilir yoksa başka delillere de başvurulabilir mi? Kanunun lafzı açısından bir değerlendirme yapıldığında, senetle ispat zorunluluğunun olduğu hallerde eğer delil başlangıcı mevcut ise hâkim yalnızca tanık dinleyebilmektedir. Doktrinde ise kanunun lafzında yalnızca tanık ibaresi geçmekte ise de tanık ifadesi diğer takdiri delilleri ve fiili karineleri de kapsamaktadır¹⁸. Bu görüşü savunan yazarlara göre kanuni delil sisteminin tesis edilmesindeki amaç hâkimi kısıtlamaktır. Tanıkla ispat yasağının lafzında yer alan tanık ibaresi teknik anlamda kullanılmamıştır ve tanık ibaresi diğer delilleri de kapsamaktadır.

Sonuca ulaşılabilmesi için öncelikle tanıkla ispat yasağının değerlendirilmesi gerekmektedir. HMK m. 201'in madde gerekçesi; " Maddede 1086 sayılı Kanunda senede karşı senetle ispat kuralı(veya tanıkla ispat yasağı) hakkındaki hükümler bazı ifade değişiklikleri ile kabul edilmiştir. Senede karşı ileri sürülen hukuki işlemlerin değeri senetle ispat kuralına ilişkin miktardan daha az olsa bile yine senetle ispat edilmelidir." şeklindedir. Madde gerekçesi incelendiğinde de görüleceği üzere tanıkla ispat yasağı ile senede karşı senetle ispat kuralının aynı şeyi ifade ettiği

¹⁸ Berkin, delil başlangıcının bulunması halinde tanık dinlenebileceği görüşündedir. (Berkin, N. M., Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları, İHFM, 1950, C:XVI, S:3-4, (s.799-821), s. 812); KURU, delil başlangıcı ile birlikte tanık dinlenebileceği ve tanık delilinin ispat açısından yeterli olmaması halinde re'sen yemin teklif edebileceği görüşündedir (KURU, s. 2313); KURU ile aynı görüşte olan yazar Bilge/Önen, s. 568. Diğer görüşler için bkz.; Tiftik, s. 256-259; Anıl, Y., Yazılı Delil Başlangıcı, AD, S:1983/2, s. 417, 418; Postacioğlu, s. 311İ TOK, s. 108.



belirtilmiştir. Düzenlemede ise senet dışında başka bir delil ile ispat imkânı olmadığı tanıkla ispat yasağı olarak ifade edilmiştir.

Burada kullanılan tanık ibaresi semboliktir. Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararında senetle ispat kuralının söz konusu olması ve delil başlangıcının bulunması halinde tanık delili dâhil olmak üzere diğer delillerin de incelenebileceğini bildirmiştir¹⁹. Zaten delil başlangıcının düzenlenmesindeki esas amaç senetle ispat kuralının kaldırılmasıdır. Senetle ispat kuralı ortadan kaldırıldıktan sonra, yalnızca tanık dinlenilmesinde güdülen amaç açık değildir. Tanık, temsil kuvveti en yüksek takdiri delildir²⁰. Delil başlangıcı, temsil kuvveti en yüksek olan delilin dinlenilmesine imkân sağlıyor ise çoğun içinde az da vardır mantığı ile diğer delillerin de dinlenilmesi gerekmektedir. Ancak değerlendirilecek olan delillerin ispat gücü önem arz etmektedir. Tanık delili temsil kuvveti en yüksek takdiri delil olduğundan dolayı, yazılı delil başlangıcı ile birlikte bir hukuki işlemin tamamen ispatını sağlayabilir. Tanık delili değil de başka bir takdiri delilin esas alınması halinde ise delil başlangıcını tamamlaması açısından başvurulacak delil sayısı da artabilir. Bir başka açıdan bakıldığında da hukuki işlemin ispatı açısından bir tanığın mevcut olmaması halinde, delil başlangıcına ilişkin düzenleme işlevsiz kalacaktır. Bu nedenle delil başlangıcının mevcut olması halinde tanık dışında başka delillerin de değerlendirebileceği görüşüne biz de katılıyoruz²¹.

I. Fotokopinin Niteliği, Delil Değeri Ve Delil Başlangıcı Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

183

A. Fotokopinin Niteliği

Fotokopi, asıl belgenin bilgi taşıyıcısı ve o belgenin yansıtıcısı olan bir surettir. Fotokopi, asıl belgenin kendisi değil, onun bir kopyasıdır. Fotokopi, asıl olan belgeyi temsil etmektedir ve fotokopi üzerinden, asıl belgede yer alan imza ve yazılar görülebilmektedir²². Fotokopide imza unsuru meydana gelmediği için, bu belgenin senet olarak kabul edilmesi mümkün değildir²³. Başka bir deyişle, belgeyi düzenleyen kişi tarafından el ile atılmış bir imza içermediği için fotokopi senet sayılmaz. Doktrinde de fotokopinin yazı anlamına gelmemesinden dolayı senet sayılmayacağı kabul görmüştür²⁴. Fotokopinin onaylı veya onaysız olması, hukuki değer taşıması açısından önemlidir. Eğer fotokopi onaysız ise hukuki sonuç doğurmaz. Fotokopi ancak aslı gibi olduğu onaylanırsa hukuken değer görecektir ve bu kapsamda özel bir belge olarak kabul edilebilecektir. Doktrinde özel bir belgenin fotokopisinin de özel belge sayılacağı yönünde

¹⁹ Y.13.Hd., 13.10.2014, E. 2013/29994, K. 2014/30905.

²⁰ Konuralp, İspat Kuralları, S. 11.

²¹ Postacıoğlu, Şahadet, S. 311; Tok, S. 112.

²² Konuralp, S. 57.

²³ Postacıoğlu, S. 237; Pekcanitez, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, S. 406, 414.

²⁴ Kuru, C:2, S. 2076; Pekcanitez, S. 331; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, S. 393; Postacıoğlu, S. 597.



görüşler mevcuttur²⁵. Başka bir görüşe göre ise fotokopi aleyhine delil olarak ileri sürülen taraf, fotokopi altındaki imzanın kendisine ait olduğunu beyan ederse, böyle bir durumda fotokopi senet ile eşdeğer kesin bir delildir²⁶.

Fotokopinin delil niteliği ve ispat gücü açısından açık bir düzenleme mevcut değildir. Fotokopinin ispat gücü ile ilgili olarak bizi sonuca ulaştıracak madde HMK m. 216'dır. HMK m. 216/1' e göre; "Belgenin sadece örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebilir." demektedir. Madde içerisinde yer alan "örneğin" ibaresi, fotokopiyi de kapsamaktadır. Eğer açılan bir davada fotokopi sunuldu ve taraflardan biri yahut mahkeme fotokopinin aslının sunulmasını istedi ise; belgenin aslının sunulması mecburidir. Aksi takdirde fotokopi belge ispat açısından bir hüküm ifade etmeyecektir. Belge aslının ibraz edilmesi istendi ve taraf belgenin aslını ibraz edemedi ise burada HMK m. 203'de sayılan senetle ispat zorunluluğunun istisnasının mevcut olup olmadığı hususu incelenecektir. HMK m. 203/1-e'de; "Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hali" senetle ispat zorunluluğunun istisnası kabul edilmiştir.

Bu kapsamda fotokopiye dayanan taraf, senedin aslını mahkemeye sunamaz ve senedin beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğunu ileri sürer ve ayrıca bu hususu kuvvetlendirecek delil veya emareler sunarsa senetle ispat zorunluluğuna rağmen fotokopi belge ile ilgili olarak takdiri deliller değerlendirilebilir. Böyle bir durumda fotokopi belgenin ispat gücü bulunduğu için takdiri delillere başvurulmaz. HMK m. 203/1-e hükmü gereğince senetle ispat zorunluluğunun istisnası bulunduğu için takdiri delillere başvurulur²⁷. Yapılan bu değerlendirme bizi fotokopi belgenin tek başına takdiri delil olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaştırmaktadır. Çünkü senetle ispat zorunluluğunun istisnası bulunduğu için fotokopi bir takdiri delil kabul edilerek değerlendirilebilmektedir. Kanımca fotokopi yalnızca bir bilgi taşıyıcısı ve asıl belgenin bir yansıtıcısıdır ve fotokopilerin her zaman yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkündür. Örneğin, tarafın kendi yazmış olduğu bir metnin altına, üçüncü bir kişinin imzasını yerleştirerek fotokopi çekmesi günümüzde teknolojinin ulaştığı safha dikkatte alındığında çok kolaydır. Açılan bir davada fotokopinin dikkate alınabilmesi için aslı gibi olduğuna dair onaylanması gerekmektedir. Çünkü fotokopi bir yazı değil, bir yansımadır.

A. Fotokopinin Delil Başlangıcı Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

²⁵ Erman, Sahir/Özek, Çetin, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, 1996, S. 518.

²⁶ Konuralp, S. 53, 54.

²⁷ Keser, Salih, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s. 61.



Fotokopinin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmaların odak noktası ise fotokopinin sahte olarak düzenlenebilme ihtimalinin mevcut olmasıdır. Doktrinde bir görüşe göre, fotokopi düzenleyen el ile atılmış imzasını taşımadığı için senet olarak kabul edilemez; ancak yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebilir²⁸. Bu görüşü savunan KURU, aslı mahkemeye ibraz edilmeyen belgenin fotokopisinin yazılı delil başlangıcı sayılabileceğini, düzenleyen el ile atılmış imzasını taşımayan fotokopinin HUMK m. 292'ye göre yazılı delil başlangıcı sayılabileceğini ileri sürmüştür²⁹. Diğer bir görüşe göre ise fotokopi her zaman hile ile yanıltıcı olarak hazırlanabilir ve bu nedenle yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemez³⁰. Bir başka görüşe göre ise yazılı delil başlangıcı takdiri bir delildir ve fotokopinin hile ile hazırlandığı ihtimal dışı olarak görülüyor ise bu durumda yazılı delil başlangıcı sayılabilir³¹. Fransız doktrininde ise rötuş ve değişiklik tehlikesine işaret edilmiş ve senet fotokopisinin aslına eşdeğer tutulamayacağı kabul edilmiştir³².

Yargıtay ise fotokopinin delil başlangıcı olup olmadığı ile ilgili çok çeşitli ve birbiri ile örtüşmeyen kararlar vermiştir. Y.3.HD., 30.10.2013, E. 2013/13510, K. 2013/15470 sayılı kararında; “Bu ilkeler ışığında somut olaya gelince; davacı inanç sözleşmesinin varlığını yazılı delil ya da karşı tarafın elinden çıkmış delil başlangıcı niteliğindeki bir belge ile ispatlayamamıştır. Mahkemece; yazılı delil başlangıcı niteliğinde belge kabul edilen bono dosyada mevcut olmayıp, banka dekontları ise **fotokopi olmakla ve ayrıca HMK.202.md. kapsamında yazılı delil başlangıcı sayılamayacağından**, inanç sözleşmesinin varlığının ispat edildiği kabul edilerek, davanın kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” demek sureti ile fotokopinin yazılı delil başlangıcı olmadığı yönünde karar vermiştir³³.

Y.3.HD., 10.06.2014, E. 2014/772, K. 2014/9296 sayılı kararında; “Yazılı delille veya yazılı delil başlangıcı yoksa satış sözleşmesinin ikrar (HUMK. md.236-HMK.md.188) yemin (HUMK.md.344-HMK.md.227) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır. Davacının yemin deliline dayanması halinde mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir. Somut

²⁸ Kuru, C:2, s. 2076, S. 2185; Anıl, s. 418; Konuralp, S. 60.

²⁹ Kuru, C:2 s. 2076; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru-El Kitabı), s. 457.

³⁰ Postacioğlu, s. 597; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 207, 249; Karafâkih, İ. Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 192-193.

³¹ Tiftik, s. 247.

³² Naklen Konuralp, s. 55.

³³ Y.15.HD., 28.04.2009, E. 2008/3556, K. 2009/2468 sayılı kararında; “Dava arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi, tapu kaydının iptali ve tescil istemlerine ilişkindir. Somut olayda davalı yanca, adı yazılı arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin varlığı kabul edilmeyerek ibraz edilen fotokopi belge altındaki imza da inkâr edilmiş ve belge aslı da ibraz edilememiş olduğundan, varlığı kanıtlanamamış kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı fesih, iptal ve tescil davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı delil başlangıcı dahi kabul edilemeyecek fotokopi belgeye itibar edilerek tanık dinlenmesi ve yine fotokopi belge üzerinde inceleme yapan Adli Tıp raporuna itibar edilerek sözleşmenin varlığı kabul edilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” (www.kararara.com-Erişim tarihi: 14.07.2018).



olayda; taraflar arasındaki, protokol başlıklı belgenin Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan incelenmesinde belgedeki imzaların davalının eli ürünü olduğu, incelemeye konu belgenin fotokopi belge olduğu bildirmiştir. Mahkamece yapılacak iş; davaya konu davalının imzasını taşıyan protokol başlıklı belgenin yukarıda açıklanan bilgiler ışığında yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge kabul edilip, HMK 202.maddesi uyarınca, tanık dahil hertürlü delil ile ispatına imkan verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” demek sureti ile fotokopinin yazılı delil başlangıcı niteliğinde olduğunu bildirmiştir³⁴.

Fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilebilip edilemeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle adi senetlerin durumunun incelenmesi gerekmektedir. Adi senet, hiçbir merci ya da kişi olmadan hazırlanmış olan belgedir. Adi senedin meydana getirilebilmesi için tarafların imzasının olması yeterlidir. Ayrıca tarafların el yazısı ile hazırlanmasına gerek bulunmamaktadır³⁵. Adi bir senedin kesin delil kabul edilebilmesi için, bu senedin sahte olmaması gerekmektedir. Ayrıca senedin mahkeme huzurunda ikrar edilmesi yahut adi senette imzası bulunan kişiden sadır olduğunun ispat edilmiş olması gerekmektedir. HMK m. 209/1’e göre adi senette bulunan imza veya yazı, sahibi tarafından inkâr edilirse; mahkemece bir karar verilinceye kadar o senet delil olarak kullanılamaz³⁶. Fotokopi niteliği itibari ile bir senet kabul edilememektedir. İspat kuvveti açısından da adi senetten çok daha güçsüzdür. Adi senedin sahteliğinin iddia edilmesi halinde mahkemece delil olarak kullanılamayacağı hususu göz önünde bulundurulduğunda fotokopinin sahte olduğu her zaman iddia edilebilir ve sahte olarak düzenlenmiş olması da çok basittir. Adi senetler açısından yapılan değerlendirmeden yola çıkıldığında fotokopinin sahte olarak düzenlenebileceği ihtimali karşısında mahkemece değerlendirilmeye alınamayacaktır.

Delil başlangıcının unsurları; belge olması, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olması ve de iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte söz konusu

³⁴ www.kararara.com-Erişim tarihi: 14.07.2018.

³⁵ Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s. 490; Muşul, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 333; Sungurtekin-Özkan, Meral, Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 277; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 662, 663; KURU, Ders Kitabı, s. 254; Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, Konya 2015, s. 372; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, (KURU, İstinaf), s. 348; ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukuku, Cilt:I, II, III, İstanbul 2017, s. 1790; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/Kodakçoğlu, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 511, 512.

³⁶ Y.12.HD., 26.02.2015, E. 2014/28544, K. 2015/3952; “Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK’nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 29.06.2018).



hukuki işlemi muhtemel olarak göstermesidir. Fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilebilmesi için bu üç unsuru bünyesinde barındırması gerekmektedir. Yazılı delil başlangıcının en önemli unsuru maddi unsur olan belge olmasıdır. Ancak fotokopi, yalnızca bir bilgi taşıyıcısı ve asıl belgenin bir yansıtıcısıdır ve fotokopilerin her zaman yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkündür. Bu kapsamda fotokopinin, yazılı delil başlangıcının maddi unsurunu bünyesinde taşıdığına söylenmesi mümkün değildir.

Delil başlangıcının, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olması unsuru açısından bir değerlendirme yapıldığında ise fotokopinin bu unsuru bünyesinde taşımadığı görülecektir. Çünkü fotokopi bir çoğaltmadır. Fotokopi, günümüzde yaygın olarak kullanılan fotokopi makinelerinden elde edilmektedir. Bu açıdan bakıldığında dolaylı olarak aleyhinde ileri sürülen taraftan sadır olduğu düşünülebilir ise de aleyhinde ileri sürülen taraftan sadır olan fotokopi değil, fotokopinin üzerinde mevcut olan görüntüdür. Fotokopi aleyhinde ileri sürülen tarafın elinden çıkmış değildir. Delil başlangıcının hukuki işlemi muhtemel olarak göstermesi unsuru açısından bir değerlendirme yapıldığında ise fotokopinin sahte olarak düzenlenebilme ihtimali gündeme gelmektedir. Fotokopi de yer alan yansıma her ne kadar hukuki işlemi muhtemel olarak gösterse de fotokopinin sahte olup olmadığı hususu açık değildir. Belgenin aslı mevcut olmadan fotokopinin sahte olarak düzenlenip düzenlenmediği hususunun da açıklığa kavuşturulabilmesi mümkün değildir.

Kanun koyucu da HMK m. 216/1'da yer alan; "Belgenin sadece örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebilir." düzenlemesinde fotokopiyi yalnızca bir örnek olarak düzenlemiş ve ancak aslı ile birlikte bu yansıma bir değer yüklenebileceğini dolaylı olarak göstermiştir.

Fotokopinin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilerek bu hususta takdiri delillerin değerlendirildiği durumlara genel hatları ile bakıldığında aslında fotokopi belgenin mevcudiyeti sebebi ile değil başka sebepler ile takdiri delillerin değerlendirildiği görülecektir. Yukarıda da açıklandığı üzere HMK m. 216/1 hükmü gereğince eğer açılan bir davada fotokopi sunuldu ve taraflardan biri yahut mahkeme fotokopinin aslının sunulmasını istedi ise; belgenin aslının sunulması mecburidir. Taraf senedin aslını sunamaz ve senedin beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğunu ileri sürer ve ayrıca bu hususu kuvvetlendirecek delil veya emareler sunarsa senetle ispat zorunluluğuna rağmen fotokopi belge ile ilgili olarak takdiri deliller değerlendirilebilir. İşte bu noktada esasen fotokopinin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmediği görülecektir. Çünkü takdiri deliller, senetle ispat zorunluluğunun ispatının mevcut olması sebebi ile incelenmektedir. Burada fotokopi yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmez. Burada senedin beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen



bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğunu kuvvetlendiren delil veya emarelere dayanılarak takdiri deliller değerlendirilir.

Fotokopide yer alan yansımayı, aleyhinde ileri sürülen tarafın kabul etmesi halinde fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilebileceği ve diğer takdiri delillerin incelenebileceği hususu gündeme gelebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise takdiri delillerin, fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilmesi sebebi ile incelenmediğidir. Burada karşı tarafın bir ikrarı söz konusudur. Takdiri deliller de bu ikrar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Fotokopi burada yalnızca bir araç konumundadır. İkrar, ikrara konu vakıalar açısından ispat şartını ortadan kaldıran bir usul işlemidir³⁷. İkrar sonucunda lehine ikrarda bulunan taraf, artık ikrar edilen vakıayı ispat etmek için delil göstermek ve bu vakıayı ispat etmek zorunda değildir. Mahkeme, ikrara konu vakıanın, ikrarda bulunan tarafın beyanı yönünde gerçekleştiğini kabul etmek zorundadır. Mahkeme, ikrar edilen vakıanın nasıl gerçekleştiğini araştıramaz, taraflardan bu hususta delil sunmasını isteyemez ve mevcut delilleri de vakıanın ispatı açısından inceleyemez. İkrar edilen vakıa ya da vakıalar dışındaki vakıaları inceleyerek kararını verir³⁸. Fotokopinin aleyhinde sunulan kişi tarafından kabul edilmesi halinde de mahkeme bu hususu incelemeyecek, uyuşmazlık ile ilgili diğer hususlar hakkında delilleri değerlendirecektir. Başka bir deyişle fotokopi yazılı delil başlangıcı niteliğinden değil, ikrarın etkisinden dolayı delil olarak değerlendirilecektir.

Çalışmamızda da kapsamlı bir şekilde anlatıldığı üzere delil başlangıcının mevcut olması ile birlikte hâkim tüm delilleri inceleyebilme ve değerlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu kapsamda delil başlangıcının ispat gücünü hâkim serbestçe değerlendirecektir. Delil başlangıcı, niteliği itibari ile iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermektedir. Başka bir deyişle iddianın doğruluğu açısından bir emare ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucunda ise hâkim, tarafların ileri sürmüş olduğu delilleri serbestçe değerlendirip kararını vermektedir. Fotokopinin ise ispat kuvveti yoktur. Fotokopiye, delil başlangıcı niteliği atfetmek, fotokopinin aynı zamanda senetle ispat kuralını kaldıracağını da

188

³⁷ UMAR, Bilge, Muhtevası ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İÜHFM, 1964/1-2, (s.244-263), s. 250; UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 198; BİLGE/ÖNEN, s. 512; TANRIVER, Süha, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, TBBD, 1993/2, (s.212-243), s. 219; ATALAY, Oğuz, Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, 1999/7-10, (s.7-22), s. 8; KİRAZ, Özgür Taylan, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013, s. 75.

³⁸ Y.16.HD., 17.05.2001, E. 2001/2682, K. 2001/2764; “Dosya içeriğine, toplanan delillere, kararda yazılı gerektirici nedenlere ve taşınmazın miras bırakan tarafından torunu V.'e bağışlandığı sabit olduğuna göre davacının sair temyiz itirazları yerinde değildir. Ancak; mahallinde yapılan 8.9.1989 gün 1989/31-30 sayılı tespit işlemi sırasında davalı V.'in babası bulunan M.'in taşınmazı 3'e paylaştırdığını, ev yapılmakta olan bölümü davacıya verdiğini açıkça belirterek tutanağı imzalamıştır. Davalı V. 1975 doğumlu olup 1989 yılında reşit olmadığından babasının beyanı velayeten davalıyı bağlamaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. maddesi gereğince, mahkeme içi ikrar kesin delil niteliğindedir. Mahkemece ikrarda öngörülen paylaşım durumu dikkate alınarak hüküm kurulması gerekirken bu husus göz önünde tutulmaksızın yazılı biçimde hüküm kurulması isabetsizdir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:14.07.2018).



kabul etmektedir. Senetle ispat kuralı ise kamu düzeni öngörülerek getirilmiştir. Böylesine ispat kuvveti düşük olan bir yansımanın, senetle ispat edilmesi gereken bir hususta aktif rol oynaması kamu düzenine aykırılık teşkil edecek, hemen hemen her olayda fotokopi ile birlikte tanık dinlenerek karar verilebilecek, bu suretle senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kuralı bertaraf edilecek ve mutlak maddi gerçeklikten uzaklaşılacaktır. Bu ise hukuki güvenliği zedeleyecek ve kişilerin adalete olan güvenini sarsacaktır.

Sonuç

Delil başlangıcı, hukuki işlemi tamamen ispat etmemekle birlikte, gerçekleştiğine delalet eden ve aleyhinde sonuç doğuran kişiden veya temsilcisinden sadır olan, senetle ispat mecburiyetini ortadan kaldıran belgedir. Delil başlangıcının üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; belge olması, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olması ve iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel göstermesidir. Delil başlangıcı kabul edilen belgenin, hukuki işlemi bir ihtimalden daha kuvvetli bir şekilde ispat etmesi gerekmektedir.

Delil başlangıcı ne tam bir kanuni delildir ne de tam bir takdiri delildir. Delil başlangıcını nitelik olarak bir ispat aracı olarak kabul etmek mümkündür. Çünkü bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için; belge olma, aleyhinde ileri sürülen taraf yahut temsilcisinden sadır olma ve iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösterme koşulları aranmaktadır. Bu koşullar meydana geldiğinde delil başlangıcı oluşmakta ve kanuni delilleri değerlendirmesi gereken hâkim, takdiri delilleri değerlendirebilme imkânına kavuşmaktadır. Bu açıdan bakıldığında da delil başlangıcı bir ispat vasıtasıdır.

Hâkim, delil başlangıcının mevcut olması halinde senetle ispat kuralı gereğince yalnızca kesin delilleri inceleyebilirken; delil başlangıcı sayesinde takdiri delilleri de inceleme imkânına kavuşmaktadır. Delil başlangıcı hukuki işlemin ispat edilmesi ile ilgili değildir. Delil başlangıcı, takdiri delillerin incelenebilmesine imkân sağlamaktadır. Bir başka deyişle delil başlangıcı, takdiri delillerin önündeki engeli kaldırmakta ve takdiri delillere işlerlik kazandırmaktadır.

Fotokopi, asıl belgenin bilgi taşıyıcısı ve o belgenin yansıtıcısı olan bir surettir. Fotokopi, asıl belgenin kendisi değil, onun bir kopyasıdır. Fotokopi, asıl olan belgeyi temsil etmektedir ve fotokopi üzerinden, asıl belgede yer alan imza ve yazılar görülebilmektedir. Fotokopide, belgeyi düzenleyen kişi tarafından el ile atılmış bir imza içermediği için fotokopi senet olarak kabul edilemez. Fotokopinin tek başına takdiri delil olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Fotokopi yalnızca bir bilgi taşıyıcısı ve asıl belgenin bir yansıtıcısıdır ve fotokopilerin her zaman yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkündür.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Fotokopinin yazılı delil başlangıcı kabul edilebilmesi için yazılı delil başlangıcının üç unsurunu bünyesinde barındırması gerekmektedir. Ancak fotokopi, yalnızca bir bilgi taşıyıcısı ve asıl belgenin bir yansıtıcısıdır ve fotokopilerin her zaman yanıltıcı bir şekilde hazırlanması mümkündür. Bu kapsamda fotokopinin, yazılı delil başlangıcının belge olma unsurunu bünyesinde taşıdığına söylenmesi mümkün değildir. Fotokopi aleyhinde ileri sürülen tarafın elinden çıkmış değildir. Fotokopi de yer alan yansıma her ne kadar hukuki işlemi muhtemel olarak gösterse de fotokopinin sahte olup olmadığı hususu açık değildir. Belgenin aslı mevcut olmadan fotokopinin sahte olarak düzenlenip düzenlenmediği hususunun da açıklığa kavuşturulabilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak çalışmamızda da detaylı olarak incelendiği üzere fotokopinin ispat kuvveti bulunmamaktadır ve fotokopinin delil başlangıcı olduğunu kabul etmek fotokopinin aynı zamanda senetle ispat kuralını kaldıracağını da kabul etmektedir. Senetle ispat kuralı ise kamu düzeni öngörülerek getirilmiştir. Böylesine ispat kuvveti düşük olan bir yansımanın, senetle ispat edilmesi gereken bir hususta aktif rol oynaması kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

Kaynakça

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011.

Anıl, Yaşar Şahin: Yazılı Delil Başlangıcı, Ad, S:1983/2.

Atalay, Oğuz: Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, 1999/7-10, (s.7-22).

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.

Basım, Aybüke: Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, Ocak 2018, (s.135-187).

Berkin, N. M.: Senetle İspat Mecburiyeti Ve Kaidenin İstisnaları, İhfm, 1950, C:XVI, S:3-4, (s.799-821).

Bilge, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967.

Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Baskı, Ankara 1978.

Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukuku, Cilt:I, Iı, Iıı, İstanbul 2017.

Erman, Sahir/Özek, Çetin: Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, 1996.

Göksu, Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları Ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:2011, S:1, C:1.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



- Görgün, L. Şanal: Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Karafakih, İ. Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Karşı, Abdürrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Keser, Salih: Medeni Yargılama Hukukunda Delil Başlangıcı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Kiraz, Özgür Taylan: Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2013.
- Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 2009.
- Konuralp, Haluk: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009, (Konuralp, İspat Kuralları).
- Kuru, Baki: Yazılı Delil Başlangıcı(Hmk M. 202), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, (Kuru, Delil Başlangıcı).
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995 (Kuru-El Kitabı).
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Bası, Cilt: I, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, (Kuru, Ders Kitabı).
- Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, (Kuru, İstinaf).
- Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Muşul, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Pekcanitez, Hakan: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001.
- Postacıoğlu, İlhan E.: Şehadetle İspat Memnuiyeti Ve Hudutları, İstanbul 1964, (Postacıoğlu, Şehadetle İspat).
- Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Altıncı Bası, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Sungurtekin-Özkan, Meral: Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Tanriver, Süha: Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, Tbbd, 1993/2, (s.212-243).



Tiftik, Mustafa: Yazılı Delil Başlangıcı, Ad, S:1, Y:1984.

Tok, Ozan: Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, Ankara 2016.

Ulukapı, Ömer: Medeni Usul Hukuku, Konya 2015.

Umar, Bilge: Muhtevası Ve Hukuki Mahiyeti Bakımından İkrar Kavramı, İühfm, 1964/1-2, (s. 244-263).

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İspat Yükü, İstanbul 1980.

Uyar, Talih: “Elektronik Posta Verileri”Nin “Yazılı Delil” Ya Da “Delil Başlangıcı” Olarak Senedin “Teminat Senedi” Olup Olmadığının İspatındaki Rolü, Terazi Hukuk Dergisi, C:12, s:125, Ocak 2017, (S.91-92).

Yıldırım, M. Kamil/Tok, Ozan: İtirazın Kaldırılması Yargılamasında Delil Başlangıcının Delil Değeri, Mühf-Had, C:22, S:1, (S.241-250).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2. Baskı, Ankara 2013.



MADEN ARAMA-İŞLETME RUHSATLARININ İPTALİNİN YARGISAL DENETİMİ

Dr. Öğr. Görevlisi Yavuz GÜLOĞLU

Kastamonu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Arş. Gör İlknur CESUR

Kastamonu Üniversitesi, Orman Fakültesi

Arş. Gör. Dr. Alper BULUT

Kastamonu Üniversitesi, Orman Fakültesi

Öz

Madencilik faaliyetleri mer'î Maden Kanunu, Maden Yönetmeliği ve Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik, Orman ve sair mevzuat hükümlerine dayalı olarak yürütülmektedir. Madenlere yönelik yapılan düzenlemeler ile birlikte ruhsat ve izinlerin iptaline yönelik yaptırımlarda da değişiklikler yapılmaktadır. İdarenin ruhsat iptaline yönelik tesis ettiği işlemlerde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü ile görevli birim idari yargı kanalıdır. Yargı kararları ruhsat iptaline yönelik uyuşmazlıklarda mevzuatta yoruma açık bırakılan boşlukların doldurulması adına önem taşımaktadır.

Bu çalışmada öncelikle madencilik faaliyetleri için zorunlu olan ruhsatların hangi durumlarda iptal edildiğine yönelik incelemelerde bulunulmuştur. Ardından örnek yargı kararlarına yer verilerek yargının uyuşmazlık üzerine tutumu analiz edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ruhsat, İdari Yaptırım, Yargı, Madencilik

JUDICIAL REFLECTION of MINING PERMIT CANCELLATION and SOLUTIONS

Abstract

Mining activities are carried out on the basis of the provisions of the Forest Law, Mining Regulation and the Permissions to be Granted in the Areas of Forests, Forest and other relevant

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



legislation. Along with the arrangements made for mines, sanctions for the annulment of licenses and permits are made. The administrative unit is the administrative jurisdiction for the resolution of the disputes arising from the operations of the administration for the cancellation of the license. Judicial decisions are important for filling in the gaps in the legislation that are left open for interpretation in disputes regarding the cancellation of the license.

In this study, first of all, it was investigated that the licenses which are obligatory for mining activities were canceled. Then, the decision of the judiciary on the dispute was tried to be analyzed by giving examples of judicial decisions.

Key Words: License, Administrative Sanction, Jurisdiction, Mining

1. Giriş

Anayasa'nın 168. maddesi, doğal servet ve kaynaklardan sayılan madenlerin ve madencilik faaliyetlerinin tabi olduğu Maden Kanununun anayasal dayanağıdır. Madenlerin aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir ve Devlet bu hakkını gerçek ve tüzel kişilere ancak belirli bir süre için devredebilecektir. Gerçek ve tüzel kişilerin maden arama ve işletme hakkına sahip olmaları için Devlet tarafından Maden Kanununda işaret edilen şekle uygun olarak yetkilendirilmeleri gerekmektedir. İlgili kanunda yetkilendirmenin “ruhsat, imtiyaz ve sertifika” ile gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

Maden Kanunu'nun 7'nci maddesinde düzenlenen; “Madencilik faaliyetlerinde izinler” başlıklı düzenlemede geçen izin, ruhsat ile aynı hukuksal sonuçları doğurmamaktadır. Ruhsat alındıktan sonra madenci tarafından direk faaliyete geçilemeyeceği, ilgili mercilerden gerekli izinlerin alınması zorunluluğu da mevcuttur. Bu durumda ruhsat ve izin kavramlarının aynı hukuki sonucu doğurmadığı, hukuksal açıdan farklı anlamlar taşıdıkları ortaya çıkmaktadır. Ruhsat sahibi gerekli izinleri almak ve izin hususunda ortaya çıkması muhtemel riskleri de üstlenmek zorundadır. Bu açıdan bakıldığında madenci, ruhsat vasıtasıyla izinleri alabilmek için yetkilendirilmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan ruhsat iptali, Maden Kanunu'nda; “Ruhsat Feshi” terimi ile 5'inci maddede, “Ruhsat İptali” terimi ile 10, 13, 17, 24 ve 33'üncü maddelerde yer almaktadır.

2. Bulgular

İdari yaptırım Danıştay 13'üncü Dairesi'nin 25.12.2006 tarih ve E.2005/9375, K.2006/4919 sayılı kararında; “Herhangi bir yargı kararı gerekmesizin yasaların açıkça tanıdığı yetkiye bağlı olarak idare hukukunun kendine has yöntemleri ile doğrudan uyguladığı yaptırımlar.” olarak tanımlanmıştır. Aynı kararda Danıştay, uyuşmazlık nedeni kurallar hakkında davalı tarafından



herhangi bir yazılı uyarıda bulunulmaksızın ruhsatın iptal edilmesini veya askıya alınmasını idari yaptırım olarak kabul etmektedir.

Ruhsat iptali yaptırımı ya idari yaptırım şekli olarak ya da yargı kanalı aracılığıyla gerçekleşmektedir. İdari yaptırım olarak ruhsat iptali, olan ruhsatı iptal etme yetkisini kullanması ile uygulanmakta ve bu işleme karşı süresi içinde dava açılmaması halinde idarenin işlemi kesinleşmekte, ruhsatın iptal edilmesi işlemi hakkında bir davanın açılmış olması halinde yargı mercileri tarafından idarenin işleminin uygun bulunması gerekmektedir.

2.1. Madencilik Faaliyetinde Ruhsat ve İzin

Maden ruhsatlarının alınması aşamasına yönelik düzenlemeler Maden Yönetmeliğinde belirtilen usul ve esaslara göre gerçekleştirilmektedir. Ruhsat sahibinin faaliyete geçebilmesi için gerekli olan izinler ise Maden Kanununun 7'nci maddesi ile düzenlenmiştir. İlgili madde hükmü faaliyetlerin Devlet ormanlarına denk gelmesi halinde alınması gereken izinler için 6831 sayılı Orman Kanununu işaret etmektedir.

Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi ve gerekli tesislerin inşası için çevresel etki değerlendirme raporunda yer alan esaslara bağlı olarak izin alınması zorunludur.

Alınan izinler ruhsat hukuku devam ettiği sürece geçerli olacak ve ruhsat hukukunun sona ermesi ile geçerliliğini yitirecektir. Maden arama ve işletme faaliyetlerinin gerçekleştirilmek istendiği sahanın izne tabi yerlerden olması, bu yerlerin bağlı oldukları kanun hükümleri uyarınca izin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak ruhsat alındıktan sonra sahanın izne tabi yerler içerisine alınması neticesinde, ilgili kanun hükümlerinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartı sağlanarak, kazanılmış hakların korunması suretiyle faaliyetlere devam edilir.

Maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli ruhsat sahası içerisinde yer alan zorunlu ve geçici tesisler adına iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarının alınması zorunludur. Maden Kanununda bu ruhsatları vermeye yetkili kurum il özel idareleri olarak belirlenmiştir.

2. 2. Orman Kanunu'nda Madencilik Faaliyetleri İçin İzin ve İzin İptali

Maden Kanununun madencilik faaliyetlerinde izinler hakkında düzenleme yapan 7. maddesinde yer alan hüküm ışığında Devlet ormanlarına isabet eden sahalarda gerçekleştirilmek istenen maden arama faaliyetleri için 6831 sayılı Orman Kanunu uyarınca izin alınması zorunludur. İzinlerin alınması sürecinde uyulması gereken usul ve esaslar “Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik” ve “Orman Kanununun 16'ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği” ile düzenlenmiştir.



2. 3. Maden Hukukunda Ruhsat İptali Yaptırımı

Maden Kanunu'nun 5'inci maddesinde, “*maden haklarının ve sorumluluklarının miras yolu ile devredilebileceğine*” yer verilmiştir. Mirasçılardan biri tarafından müracaat edilerek, mahkemenin, mirasçılar arasında en ehil olana maden haklarının devredilmesine ya da bu mümkün olmazsa ruhsatın satılmasına karar vermesi sağlanabilir. Ancak altı ay içerisinde miras hakkı sahiplerinden birinin müracaat etmemesi dolayısıyla maden haklarının intikali sağlanmaması halinde ruhsatlar için fesh işlemi gerçekleştirilecektir.

Maden Kanunu'nun 7'nci madde hükmünün son fıkrası uyarınca, “*çevresel etki değerlendirmesi, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, mülkiyet izni sahibi olmadan veya kanun dışı faaliyette bulunulmasının tespiti halinde*” 30.000 TL idari para cezası uygulanır ve yürütülen madencilik faaliyeti durdurulur. Anılan madde hükmünde bahsedilen ihlalin üç yıl içerisinde en az üç defa tekrarlanması neticesinde ruhsat iptal edilir.

10. maddenin 5. fıkrası hükmünde yer alan kurala göre, “*gerçek olmayan ve yanıltıcı nitelik taşıyan beyanda bulunularak kanun hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eden ve haksız suretle hak iktisabı sağlayan ruhsat sahipleri*” adına 50.000 TL idari para cezası işlemi tesis edilir. Söz konusu ihlalin ikinci kez tekrarlanması halinde ceza katlanarak uygulanır ve üç yıl içerisinde maddede yer alan kuralların üç kez ihlali ruhsat iptali yaptırımını doğurur.

Maden Kanunu'nun 13'üncü maddesi de, yürürlükte olan ve her yıl ocak ayının sonuna kadar yatırılması zorunlu tutulan ruhsat bedelinin yatırılmaması veya eksik yatırılması halinde ruhsat sahibine 20.000 TL tutarında idari para cezası verilir. Ruhsat sahibine tanınan üç aylık süre zarfında bahsi geçen bedelinin tamamı yatırılmaz ise ruhsat iptal edilir.

Kanunun 17. maddesinde ruhsat sahibi tarafından genel arama dönemi sonuna kadar “*maden arama projesinde belirtilen maden kaynağına ilişkin bilgilerin ve genel arama dönemi içerisinde yapılan faaliyetlere dair yatırım harcamalarının da belirtildiği arama faaliyet raporunun*” Genel Müdürlüğe sunulmaması halinde arama ruhsatının iptal edileceği düzenlenmektedir. İstenilen belgelerin verilmesi ancak Genel Müdürlük tarafından uygun bulunmaması halinde ise ruhsat sahibine 20.000 TL idari para cezası uygulanır. Kendisine eksiklerin tamamlanmasına yönelik bir ay süre verildiği yazılı olarak tebliğ edilen ruhsat sahibinin verilen sürede eksikleri tamamlamaması durumunda arama ruhsatı iptal edilir.

17. Maddede belirtilen yükümlülükleri yerine getiren ruhsat sahipleri IV. Grup madenler için detay arama dönemine geçiş hakkı elde eder. II (b) grubu, III ve V. Grup madenleri kapsayan arama ruhsatlarında ise genel arama dönemi sonuna kadar işletme ruhsatı talebinde bulunulmaması halinde ruhsat iptal edilir.



Detay arama dönemine geçiş hakkı sağlayan IV. Grup madenler için, detay arama dönemi sonuna kadar; Genel Müdürlüğe verilmesi zorunlu olan detay arama faaliyet raporunda eksikliklerin bulunması, kendisine tebliğ edilen bir ay süre içerisinde eksiklikleri tamamlayan veya arama ruhsat dönemi sonuna kadar işletme ruhsatı talebinde bulunmayan ruhsat sahipleri hakkında ruhsat iptali yaptırımı uygulanır.

Maden Kanununun 24. maddesinin 11. fıkrasındaki kurala göre ise; kanunun 7. maddesi uyarınca gerekli izinlerin alınmasının ardından işletme izni verilir. “İşletme dönemi ruhsatının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl içerisinde tamamlanması gereken; çevresel etki değerlendirmesi kararı, mülkiyet izni, işyeri açma ve çalışma ruhsatı ile birlikte Genel Müdürlük kayıtlarına işlenen alanlar için alınması gereken izinlerin süresi içerisinde tamamlanmaması halinde” söz konusu ruhsatlar için her sene 50.000 TL idari para cezası uygulanmaktadır.

24. maddenin 12. fıkrasında da ruhsat iptali yaptırımına yönelik kurala yer verilmiştir. Bu kurala göre; üretim faaliyetinin gerçekleştirildiği beş yıllık süre zarfında “üretimin en az olduğu herhangi üç yılda yapılan toplam üretim miktarının, projede sunulan üretim miktarının %30’undan daha az olması halinde” ruhsat sahibine 50.000 TL idari para cezası uygulanır. İdari para cezası işleminden başlanmak üzere geri doğru üç yıllık dönemlerde gerçekleştirilen üretim miktarının projede sunulan üretim miktarının %30’undan az olması halinde ruhsat sahibi adına 50.000 TL idari para cezası işlemi tesis edilir. Beş yıllık içinde anılan kurala göre iki defa idari para cezası işlemi uygulanan ruhsatlar iptal edilir.

29.maddeye göre “maden bölgesi” olarak ilan edilen alan dâhilinde yer alan maden ruhsatlar için “tüzel kişiliği haiz bir şirkette” birleştirme işleminin gerçekleştirilebilmesi için, söz konusu alandaki maden rezervinin yarısına tekabül eden ruhsat sahiplerinin talebi şartı aranmaktadır. İki kiden az olmaması gereken talep sayısının yeterli sayıda olmaması durumunda belirlenen alanda ki tüm ruhsatlar iptal edilir. Belirlenen alanda birleştirmenin talep edilmesi ve gerekli koşulların sağlanması halinde birleştirme işlemine dâhil olmayan ruhsatlar iptal edilir. İptal edilen ruhsatların yatırım giderlerinin, birleştirme yapılan ruhsat sahibi tarafından altı ay içerisinde ödenmemesi ve dolayısıyla iptal edilen ruhsat alanlarının birleştirilmiş ruhsata ilave edilmemesi halinde tüm ruhsatlar iptal edilir.

2. 4. Danıştay Kararlarında Ruhsat ve İzin İptali Yaptırımı

Birleştirme işlemine konu edilen ruhsatlardan birinin kararın verildiği tarihten önce iptal edilmesi ile dava konusu maden işletme ruhsatları hakkında birleştirme işlemi gerçekleştirilemez.” (Danıştay 8’nci Dairesi 13.11.2015 tarih ve E.2012/9663, K. 2015/9891 sayılı kararı)



“Ruhsat sahibinin, izinlerin kanunda öngörülen sürede sonuçlanamamasında atfedilecek herhangi bir kusur bulunmamakta ise ruhsat iptal edilemez.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 06.11.2015 tarih ve E.2015/3761, K.2015/9425 sayılı kararı)

“ÇED izni alınmadan madencilik faaliyeti gerçekleştirilemez.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 06.11.2015 tarih ve E.2015/11216, K.2015/9420 sayılı kararı)

“Mera vasfında olan arazide madencilik faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi için mera vasfının ekonomik ve çevresel etkilerin birlikte değerlendirilerek değiştirilmesi suretiyle izin verilebilir.” (Danıştay 17’nci Dairesi’nin 27.10.2015 tarih ve E. 2015/6252, K.2015/4348 sayılı kararı)

“Birinci derece doğal sit bölgesinde hiçbir şekilde madencilik faaliyetinde bulunulamaz.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 05.10.2015 tarih ve E.2013/5442, K.2015/7975 sayılı kararı)

“İdareden kaynaklanan nedenlerle kanunda öngörülen süre içerisinde gerekli izinlerin alınarak Maden İşleri Genel Müdürlüğü’ne ibraz edilmemesinden bahisle tesis edilen işletme ruhsat iptali işlemi hukuka aykırıdır.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 23.06.2015 tarih ve E.2014/1404, K.2015/6345 sayılı kararı)

“ÇED gerekli değildir belgesine dayanılarak orman izni verilemeyeceği açıktır.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 09.06.2015 tarih ve E.2014/11861, K.2015/5747 sayılı kararı)

“İski İçme Suyu Havzaları Kontrol Yönetmeliği ile koruma altına alınan yerlerde işletme izni verilebilmesi için İski Genel Müdürlüğü’nden izin alınması gereklidir.” (Danıştay 8’inci Dairesi’nin 02.06.2015 tarih ve E.2012/6251, K.2015/5358 sayılı kararı)

“Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliği’nin muhtelif maddelerinin Danıştay Sekizinci Dairesi tarafından iptal edilmesi ile anılan yönetmeliğe dayanılarak verilen arama ruhsatının yasal dayanağının ortadan kalktığından bahisle arama ruhsatının iptaline yönelik verilen karar hukuka aykırıdır.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin E. 2011/4954, K.2015/6058 sayılı kararı)

“Süresi içerisinde faaliyete geçilmemesi halinde maden ruhsatları iptal edilir.” (Danıştay 8’nci Dairesi’nin 30.05.2005 tarih ve E.2004/2122, K.2005/2529 sayılı kararı)

3. Sonuç ve Öneriler

Maden hukukunda ruhsat iptaline ilişkin yaptırım 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 7., 10., 13., 17., 24., ve 33. madde hükümleri düzenlemektedir. Danıştay’ın ilgili dairelerine yansıyan uyuşmazlık konularının ağırlıklı olarak; 3213 sayılı Maden Kanunu’nun 7’nci maddesi uyarınca ilgili idare/kurumlardan alınması gereken izinlerin kanunda öngörülen süre içerisinde alınarak ibraz edilememesi neticesinde ruhsat iptaline ve/veya izin talebinin reddedilmesine dair işlemlerin tesis edilmesinin olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay kararlarında genellikle; arazi, imar planı içerisinde



yer alsın veya almasın gayri sıhhi müessese ruhsatının mutlaka alınması gerektiği, ancak söz konusu ruhsat alınmaksızın faaliyette bulunulması halinde de ruhsat iptali yaptırımının uygulanamayacağı üzerinde durulmaktadır. Maden arama ve işletme faaliyetlerinin kanunda gösterildiği şekliyle yalnızca ruhsat ve izne tabi olduğu bunun dışında kanunda öngörülmemen bir sınırlamanın idari düzenlemeler ile getirilemeyeceği yargı kararlarından varılan bir diğer neticedir. Aynı zamanda madencilik faaliyetlerinde bulunulmak istenen saha özel kanun hükümlerine bağlı olarak yönetiliyor ve işletiliyorsa öncelikle o kanun hükümlerinin dikkate alınması gerektiği yine yargı kararlarında önemli yer bulmaktadır. Bunların yanı sıra teknik ve mali eksikliklerin verilen süre içerisinde tamamlanmaması halinde mevzuatta öngörülen ruhsat iptali yaptırımı Danıştay kararlarında hukuka uygun bulunmuştur. Tanınan süre içerisinde faaliyete başlanılmaması durumunda yine idare tarafından uygulanan ruhsat iptali yaptırımının Danıştay tarafından onandığı analiz edilmektedir. Danıştay ilgili daireleri, madencilik faaliyetleri için alınması zorunlu olan izinlerin, idare tarafından sonuçlandırılmadan önce alanında uzman kişilerden oluşan bilirkişi heyeti tarafından yerinde incelemelerde bulunularak hazırlanan rapora önem vermekte ve söz konusu raporun eksik olması veya yeterli görülmemesi halinde verilen iznin iptalini uygun görmektedir.

Madencilik faaliyetleri toplumun zamana bağlı olarak değişen ihtiyaçları dikkate alınarak ve gelecek nesillerin haklarını da koruma altına alarak yürütülmesi gereken faaliyetlerdir. Özellikle ormanlık alanlarda gerçekleştirilen bu faaliyetler doğal miras olarak kabul edilen ormanlar geniş ölçüde zarar vermekle birlikte, rehabilitasyonu çok uzun süreçler gerektirmektedir. Bu hususta kamu yararının tespitine dayalı analizler toplumun da katılım sağladığı bir ölçekte yapılmalıdır. Kanun koyucular, politikacılar, sivil toplum kuruluşları ve halkın birlikte oluşturacakları karar mekanizmalarının madencilik faaliyetleri için büyük önem taşıdığı düşünülmektedir.

Kaynakça

Resmi Gazete, 1982. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, S. 17863, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (Erişim Tarihi: 20.09.2018).

Resmi Gazete, 1985. 3213 Sayılı Maden Kanun, S. 18785, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3213.pdf> (Erişim Tarihi: 15.09.2018).

Resmi Gazete, 2007. Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik, S. 26470, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/03/20070322-7.htm> (Erişim Tarihi: 20.09.2018).

Resmi Gazete, 2014. Orman Kanununun 16 ncı Maddesinin Uygulama Yönetmeliği, S. 28976, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.19588&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=16> (Erişim Tarihi: 15.08.2018).

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Resmi Gazete, 2017. Maden Yönetmeliği, S. 30187, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/09/20170921-1.htm> (Erişim Tarihi, 20.09.2018).

Karataş, İ., (2016). Maden Ruhsatlarının İptali ve Yargısal Denetimi. Yüksek lisans Tezi, Kastamonu Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü. Kastamonu.



DAMAGES of A MEMBER BECAUSE of THE LIBEL OR THE DEFAMATION AGAINST HER/HIS GROUP*

Dr. Mehmet AKÇAAL

Selçuk Üniversitesi

Abstract

It is controversial in the literature whether the sufferer can sue for libel or defamation against his/her professional, religious, ethnic, racial or political group. This issue is different from the damage by reflection. Because tort is against a value considered as holy, not against a person in this issue. So this type of infringement is about direct damage. This article analyses the concept of personality right in the first place. Secondly, it explains the role of balance between the personality right and freedom of speech. Thirdly, it describes the conditions of legal liability. Finally, it sheds light on the similar concepts and provisions in the Turkish Criminal Code.

Key Words: Personality right, freedom of speech, libel, defamation, damage by reflection.

201

I) Concept of Personality Right

Personality right is an absolute right on all personal values. The concept of personality right involves bodily integrity, health, freedom, name, reputation and the right to privacy¹.

Personality right involves material, emotional and social values. Examples for material values are bodily integrity right to life and health. Family integrity and marital union are classified as emotional values. Social values are personal honour and reputation, right on his/her name, right on his/her personal pictures and respect for his/her private life. Some of these are protected under international conventions².

The basic of this study is an oral presentation in 5th International Symposium on Law in İstanbul.

¹ Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, p. 827; Ansay, T. (2005). Introduction to Turkish Law. Ankara: Turhan Kitabevi, p. 93; Serozan, R. (2011). Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, p. 412; Aydın, G. S. (2017). Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, p. 55 et seq.

² Honsell, H., Vogt, N. P. & Wiegand, W. (2015). Obligationenrecht I Art. 1-529 OR. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, p. 388; Eren, p. 827-828; Zeytin, Z. & Ergün, Ö. (2013). Türk Medeni Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, p. 81 et seq.; Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2013). Medeni Hukuk. İstanbul: Beta Yayıncılık, p. 147-148.



Both natural persons and legal persons have personal honour and reputation. Personal honour and reputation is the most infringed value of all³.

II) The Balance Between The Personality Right and Freedom of Speech

Personality right can be asserted to everyone. And everyone has to respect it. It is a result of this right to be a constitutional and fundamental right. Article 17/I of the Constitution of the Republic of Turkey states that everyone has the right to life and the right to protect and improve his/her corporeal and spiritual existence. And Articles 18-25 of the Constitution are about the protection of personality right, as well⁴.

Personality rights and freedom of speech are fundamental rights and freedoms. Both of them are protected by constitutions in democratic societies like Turkey⁵.

Freedom of speech (expression) is regulated in Article 26 of the Constitution of the Republic of Turkey. Everyone has the right to express and disseminate his/her thoughts and opinions by speech, in writing or in pictures or through other media, individually or collectively. On the other hand, personality right is one of the restrictions of the freedom of speech. So, a balance between the freedom of speech and personality right has to be taken into consideration about whether personality right is infringed or not⁶.

202

III) Conditions of Legal Liability

Personality right is protected by the Turkish Civil Code no 4721 and by the Turkish Code of Obligations. The most important provisions about the protection of personality are Article 23–25 of Turkish Civil Code and Article 58 of the Turkish Code of Obligations no 6098. There are five actions to protect personality rights under these articles of the Civil Code. The applicant may ask the court to prohibit a threatened infringement, to order that an existing infringement cease and to make a declaration that an infringement is unlawful if it continues to have an offensive effect. Action for damages and satisfaction and for handing over profits in accordance with the provisions governing agency without authority can be brought, too. Furthermore, in the doctrine, it is accepted to be sued an action for unjust enrichment regarding the infringement of personality

³ Dural, M. & Ögüz, T. (2010). Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Vol.: 2. İstanbul: Filiz Kitabevi, p. 120; Helvacı, S. & Erlüle, F. (2011). Medeni Hukuk. İstanbul: Legal Kitabevi, p. 82.

⁴ Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. & Oktay-Özdemir, S. (2012). Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler. İstanbul: Filiz Kitabevi, p. 153.

⁵ Helvacı, S. (2012). Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayınları, p. 97 et seq.

⁶ Akipek, J. G., Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2012). Türk Medeni Hukuku, Vol.: 1. İstanbul: Beta Yayınları, p. 386 et seq.



right. Acts against a person's honour and reputation may also be prevented or stopped under these Articles of the Civil Code and the Code of Obligation⁷.

Acts against a person's honour and reputation is also a tort. The conditions which are necessary to hold the tortfeasor responsible for tort are unlawful act, damage, fault and causal relation between the act and the injury (proximate cause) (C. O. Arts. 49-76). So the second condition of a tort is damage to another person. This may be material or immaterial (moral) damage. Immaterial damages may be recovered if specifically provided for in the statute. For example, Article 58 of Code of Obligations is about this issue. It states that any person whose personality rights are unlawfully infringed is entitled to a sum of money by way of satisfaction. The court may order that satisfaction be provided in another manner instead of or in addition to monetary compensation⁸.

IV) Similar Concepts and Examples

When B claims A to be a prostitute, there is no infringement of personality right of her family's members. Because there is no link for unlawfulness here. There is no provision applicable for damage by reflection about the infringement of personality right except Article 56/II⁹.

But relating the infringement of personality right of a family member involves the personality rights of other members can be demanded immaterial damage. When B blames A to be thief and immoral person and extends this claim to all his/her family, it is an infringement of personality right of each family member. Because an act can infringe directly personality right of two or more person. These persons can suit for compensation, while there is directly damage for all. For example, when B claims that family A is thief¹⁰.

A slander about a society that it smuggles infringes personality right of both legal person and natural person (administrator). But a slander aims only a member of professional does not give right to other members to demand compensation because of this reason. When B claims that Dr.

⁷ Hatemi, H. & Kalkan Oğuztürk, B. (2013). Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler). İstanbul: Vedat Kitapçılık, p. 57 et seq.; Zevkliler, Aydın et seq. (2012). Medeni Hukuk Temel Bilgiler. Ankara: Turhan Kitabevi, p. 107 et seq.

⁸ Feyzioglu, F. N. (1967). Borçlar Hukuku Umumi Hükümler. İstanbul: Fakülteler Matbaası, p. 334 et seq.; Tunçomağ, K. (1976). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol.: 1. İstanbul: Sermet Matbaası, 430 et seq.; Tandoğan, H. (2010). Türk Mesuliyet Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, p. 11 et seq.; Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri. Ankara: Beta Yayınları, p. 87 et seq.; Kılıçoğlu, A. M. (2012). Medeni Hukuk Temel Bilgiler. Ankara: Turhan Kitabevi, p. 192 et seq.; Akıncı, Ş. (2017). Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler. Konya: Sayram Yayıncılık, p.136 et seq.

⁹ Oğuzman, M. K. & Öz, M. T. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık, p. 259.

¹⁰ Oğuzman & Öz, p. 263.



A works for mafia transporting organs unlawfully, even his/her colleague cannot demand compensation because of infringement of professional reputation¹¹.

One of the types of damage is damage by reflection. Damage by reflection is a type of damages of persons except victim. As a rule, only the victim has the right to demand the compensation for damages. It is principle not to be compensated the reflective damage. So, neither in tort law third persons who are not directly subjected to an unlawful act nor in law of contract third persons who are not a part of a contract can claim compensation. To be able to compensate the reflective damage, the law must expressly provide it¹². The damage in this study is similar to the damage by reflection, but not the same. Because in cases of damage by reflection, there must be two or more persons. However, someone's group is not a person. There is only one person whose social and common value related to his/her group is damaged by way of libels, defamations, accusations, slanders, wrong information or improper criticism¹³.

But, as a rule, no one has a duty to express his/her thoughts and opinions in a type of not hurting somebody's feelings or demoralizing someone or his/her group. Freedom of speech guaranteed both in international conventions and in constitutions involves also extremely opinions and scathing criticism. European Court of Human Rights shares also the same opinion in many cases¹⁴. But, if the expression infringes directly personality right of a member of a group, he/she can demand his/her immaterial damages to be compensated. The condition for it is libel or defamation to involve the all group members. Accusing an ethnical group of genocide or degrading it; classification a religion as a barbarian persons' religion and (bogus) claiming all persons are guilty that reside in a specific region or in a certain domicile are example of it¹⁵.

Negative expressions about a historical event or about a certain person without aiming all persons in a social group do not infringe ex officio personality right of members. It does not matter how important he/she or historical event for them is. Examples are claiming an event to be genocide in a certain country's history and accusing a historical person for a social group of acting

¹¹ Oğuzman & Öz, p. 264.

¹² Tekinay, Selahattin S. et seq. (1993). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. İstanbul: Sermet Matbaası, p. 562 et seq.; Kılıçoğlu, K. (2012). Yansıma Yoluyla Zarar. Ankara: Turhan Kitabevi, p. 21 et seq.; Çakırca, S. İ. (2012). Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 73 et seq.

¹³ Oğuzman & Öz, p. 258.

¹⁴ See Handyside v. United Kingdom, App. No: 5493/72, (ECHR. 1976) para. 49, "...Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society...", (<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57499&filename=001->), (Date of Access:13.11.2018).

¹⁵ Oğuzman & Öz, p. 258.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



censurable or chargeable. These are not infringements for other citizens or members of national or religious group. These examples are quite different from expressing to someone that his/her mother is a prostitute or a murderer. Because reasonable no one considers that a natural person's personal honour and dignity depends on his/her national or religious group, even if he/she believes in this type of claims¹⁶.

If negative expression/criticism is not only about a historical event or a person, but also involves claims about the character of persons in a social group, then it can be asserted that it is an infringement of personality right for all the members. Here some authors take (negative) perception and social effects of the infringement into consideration to compensate the immaterial damage. So expressions which are frivolous or don't have far-reaching influence cannot be compensated by uncountable persons. Otherwise the law can be useful for social lynch¹⁷.

V) Provisions in the Turkish Criminal Code

Some torts are not crimes or some crimes are not torts. Both can occur together, too¹⁸. Libel or defamation against a person's professional, religious, ethnical, racial or political group is both tort and crime in Turkish law.

There are some provisions in criminal codes regarding the subject matter, especially in the Turkish Criminal Code no 5237. For example, article 125/I, III of Turkish Criminal Code states that any person who acts with the intention to harm the honour, reputation or dignity of another person through concrete performance or giving impression of intent, is sentenced to imprisonment from three months to two years or imposed punitive fine. In case of commission of offense with defamatory intent, by mentioning sacred values in view of the religion with which a person is connected, the minimum limit of punishment may not be less than one year.

Moreover, any person who openly humiliates another person just because he belongs to different social class, religion, race, sect, or comes from another origin, is punished with imprisonment from six months to one year. Any person who openly disrespects the religious belief of group is punished with imprisonment from six months to one year if such act causes potential risk for public peace (TCC. Art. 216/II-III). Finally, any person who publicly denigrates Turkish Nationality shall be sentenced to six months to two years of imprisonment (TCC. Art. 301/I).

¹⁶ Oğuzman & Öz, p. 258-259.

¹⁷ Oğuzman / Öz, p. 259.

¹⁸ Reisoğlu, S. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınları, p. 269.



All these provisions show that there are sanctions for libel or defamation in criminal law, as well. Article 125 of Turkish Criminal Code is one of the offenses against individuals (TCC. Art. 81 et seq.).

VI) Problems

Here is easier to define professional group and whether it involves the sufferer or not. For example, attorney at laws need to be registered to a bar association. On the other hand, sometimes it is not so clear to define in which social group the person takes part. It is almost uncertain. For example, how must be understood the concept of religious, ethnical, racial, political or ethnical group. We can take consider citizenship to determine the person's ethnical or racial group here. Because everyone bound to the Turkish State through the bond of citizenship is a Turk (Cons. Art. 66/I).

On the other hand, to be able to compensate the immaterial damage, it is also important which theory must be chosen regarding immaterial damage. There are three theories about it. These are objective theory, subjective theory and mixed theory¹⁹. In accordance with subjective theory, suffering or regretting because of unlawfully act is a condition of compensation. It is unclear who suffers because of unlawfully claims or not when it is accepted here immaterial damages to be compensated. Because of this reason, I principally prefer to objective theory. So it is important whether someone's moral values decreases or not as a result of libel or defamation against his/her social group²⁰.

VII) Conclusion

The subject matter is different from the damage by reflection. Libel or defamation against someone's social group is a type of direct damage.

The conditions for the Article 58 of the Code of Obligations no 6098 are necessary to hold responsible tortfeasor for this type of infringement. The conditions in accordance with Article 58/I are unlawful action, fault, moral damage and causality.

To be able to sue for moral compensation, the infringement must breach directly the rights of personality of a group member. If the expression is only about a certain member or a specific event, it is not accepted as the infringement of the personality right.

References

Akıncı, Ş. (2017). Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler. Konya: Sayram Yayıncılık.

¹⁹ Antalya, G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol.: 1. Istanbul: Beta Yayınları, p. 494 et seq.

²⁰ Eren, p. 555 et seq.



- Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2013). Medeni Hukuk. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri. Ankara: Beta Yayınları.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T. & Ateş Karaman, D. (2012). Türk Medeni Hukuku, Vol.: 1. İstanbul: Beta Yayınları.
- Antalya, G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol.: 1. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ansay, T. (2005). Introduction to Turkish Law. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Aydın, G. S. (2017). Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İşgörme. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Çakırca, S. İ. (2012). Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zarar. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Dural, M. & Öğüz, T. (2010). Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, Vol.: 2. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Eren, F. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Feyzioğlu, F. N. (1967). Borçlar Hukuku Umumi Hükümler. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Hatemi, H. & Kalkan Oğuztürk, B. (2013). Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Helvacı, S. (2012). Gerçek Kişiler. İstanbul: Legal Yayınları.
- Helvacı, S. & Erlüle, F. (2011). Medeni Hukuk. İstanbul: Legal Kitabevi.
- Honsell, H., Vogt, N. P. & Wiegand, W. (2015). Obligationenrecht I Art. 1-529 OR. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Kılıçoğlu, A. M. (2012). Medeni Hukuk Temel Bilgiler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kılıçoğlu, K. (2012). Yansıma Yoluyla Zarar. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Oğuzman, M. K., Seliçi, Ö. & Oktay-Özdemir, S. (2012). Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. K. & Öz, M. T. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Reisoğlu, S. (2012). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınları.
- Serozan, R. (2011). Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tandoğan, H. (2010). Türk Mesuliyet Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.



Tekinay, Selahattin S. et seq. (1993). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. İstanbul: Sermet Matbaası.

Tunçomağ, K. (1976). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol.: 1. İstanbul: Sermet Matbaası.

Zevkliler, Aydın et seq. (2012). Medeni Hukuk Temel Bilgiler. Ankara: Turhan Kitabevi.

Zeytin, Z. & Ergün, Ö. (2013). Türk Medeni Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Abbreviations

App.	: Application
Art.	: Article
Arts.	: Articles
C. O.	: Turkish Code of Obligations no 6098
Cons.	: Constitution
ECHR.	: European Court of Human Rights
No.	: Number
p.	: Page
para.	: paragraph
TCC.	: Turkish Criminal Code no 5237
v.	: versus
Vol.	: Volume



MESLEKİ EĞİTİM KANUNUNDA 6764 SAYILI KANUNLA ÇIRAK VE STAJYERLERE İLİŞKİN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Öz

Çıraklık sözleşmesi ile bir mesleği işyerinde öğrenen kişiye çırak; teorik olarak bir mesleği öğrenmiş, ancak bilgi ve uygulamasını geliştirmek üzere çalışan kişiye stajyer denilmektedir. Çıraklık ve stajyerliğe ilişkin düzenlemeler 4702 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda yer almaktadır. Bu çalışma kapsamında çırak ve stajyerliğe ilişkin genel bilgilere kısaca değinilecektir. Mesleki Eğitim Kanununda 2016 yılında 6764 sayılı Kanunla birtakım değişiklikler yapılmıştır. Çalışmanın esasını da bu değişikliklerin değerlendirilmesi oluşturmaktadır. Bu Kanun ile Mesleki Eğitim Kurulu'nun yanı sıra Yükseköğretim Kurulu'na da yetkiler verilmiştir. Çıraklık eğitimi de Mesleki Eğitim Kanunu ile düzenlenmiştir. Çıraklık için Mesleki Eğitim Kanununda getirilmiş olan 14-19 yaş sınırı Kanunda 6764 sayılı Kanunun 39. maddesinde yapılan bir değişiklik ile mülga edilmiştir. Çıraklık süresinin en az 2, en fazla 4 yıl olabileceğine dair olan hüküm de yine 2.12.2016 tarihli değişiklik ile mülga edilmiştir. Artık çıraklık süresine ilişkin böyle bir sınırlandırma hükmü bulunmamaktadır. Stajyerler bakımından da 2016 tarihli değişiklik ile Mesleki Eğitim Kanunu stajı tanımlamış, ücret ödeneceğini öngörmüş, staj yerlerinin belirlenmesi bakımından da yetkili olan birimleri belirtmiştir. Çırak ve stajyerler, hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve genel sağlık sigortası bakımından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında olup, yaşlılık, malullük ve ölüm sigortası gibi uzun vadeli sigorta kolları kapsamında tutulmamaktadır. Belirtilmelidir ki bu çalışmanın hazırlandığı dönemde sosyal güvenlik haklarına ilişkin birtakım değişikliklerin yapılması da gündemdedir.

Anahtar Kelimeler: Çırak, Stajyer, Mesleki Eğitim Kanunu, 6764 Sayılı Kanun.



ASSESSMENT of AMENDMENTS MADE by THE ACT NO. 6764 on VOCATIONAL EDUCATION ACT RELATED to APPRENTICES and INTERNS

Abstract

With an apprenticeship contract, a person who learns a profession in a workplace is called an apprentice; a person who has learned a profession theoretically but is working to improve his knowledge and practice is called intern. Regulations on apprenticeship and internship are included in the Vocational Education Act No. 4702. In this study, general information about apprenticeship and internship will be briefly mentioned. A number of amendments were made in the Vocational Education Act in 2016 with the Act No. 6764. The basis of the study is the evaluation of these amendments. With this Act, besides the Vocational Education Council, the Higher Education Council has also been given authority. Apprenticeship training is regulated by the Vocational Education Act. For the apprenticeship, the 14-19 age limit which was introduced in the Vocational Education Act, was infringed by an amendment made in Article 39 of Act No. 6764. The provision stating that the apprenticeship period could be at least 2 and at most 4 years was also amended by the change dated 2.12.2016. There is no provision of such limitation for apprenticeship anymore. In terms of interns, with the amendment dated 2016, the Vocational Education Law stipulated the internship, predicted that salary will be paid, and specified the units which are also authorized for the determination of internship places. Apprentices and interns are covered by the Social Insurance and General Health Insurance Act in terms of disease, occupational accident and occupational disease insurance and general health insurance and they are not covered by long term insurance branches such as old age, invalidity and death insurance. It should also be noted that during the period of this study, it is also in the agenda to make some changes regarding social security rights.

Key Words: Apprentice, Intern, Vocational Education Act, Act No. 6764.

1. Çıraklık

1. 1. Tanımı ve Genel Koşulları

Mesleki Eğitim Kanununa göre çırak; çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştiren kişiye denir. Çıraklık sözleşmesi, iş görme borcu doğuran bir sözleşme olmayıp, konusu bir mesleğin öğretilmesi olan sözleşme türüdür. Çıraklık, üretim verimliliğini artırmak isteyen bir işyerinde



kalifiye işçi yetiştirmenin en elverişli yolu olarak görülmektedir. Zira bu yolla eğitilmiş işgücü artacağından verimlilik ve işte devamlılık artar, iş kazaları azalır¹.

Türk hukukunda çıraklığın tarihi gelişimine bakıldığında orta çağa kadar dayanan çok eski zamanlardan beri meslek eğitiminde önemli bir yeri olduğu görülmektedir². Cumhuriyet öncesi dönemde çıraklara ilişkin yazılı düzenlemeler ise Mecelle’de yer almaktadır³. Ancak burada esas düzenlenen çırakların hak ve yükümlülükleri değil, ona meslek veya sanat öğreten ustanın ücret hakkıdır. Mecelle’nin 568. maddesinde “*Bir ilm, ya sanat ta’lîmi için, üstâd istîcar olundukda, eğer müddet beyan olunur ise, icâre müddet üzerine mün’akid olur. Hatta üstâd, ta’lîme hazır ve müheyyâ bulunmak ile ücrete müstahak olur. Şâkird gerek ta’allüm etsin ve gerek etmesin. Ve eğer müddet beyan olunmaz ise, icâre fâsid olarak mün’akid olur. Bu sûrette şâkird ta’allüm ederse, üstâd ücrete müstahak olur ve illa ücret alamaz.*” hükmünün yanı sıra 569. maddesinde “*Bir kimse, meselâ oğlunu sanat öğrenmek için ustaya verip, ehad-ı hümmâ âhara ücret şart etmedikleri halde, çocuk sanat öğrendikten sonra yekdiğerinden mutâlebe etseler, örf ve âdet-i belde ne ise anınla amel olunur.*” hükümleri ile ustanın ücret hakkı düzenlenmiştir.

1977 yılına kadar Borçlar Kanunu ile düzenlenen çıraklık ilişkisi, daha sonra sırasıyla Çırak, Kalfa ve Ustalık Kanunu, Çıraklık ve Mesleki Eğitimi Kanunu, Mesleki Eğitim Kanunu ile düzenlenmiştir⁴. Belirtmelidir ki bu konuda 1993 yılında Türkiye tarafından da onaylanmış olan 142 No’lu İnsan Kaynaklarının Geliştirilmesi Sözleşmesi ile ülkemizde mesleki rehberlik ve mesleki eğitim politika ve programları kabul edilip, geliştirmek bir vazife olarak yüklenilmiştir.

TBK m. 393’e göre “*İş sözleşmesine ilişkin hükümler, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak koşuluyla ve kıyas yoluyla çıraklık sözleşmesine de uygulanacaktır.*” Mesleki Eğitim Kanununun 13. maddesine göre de *bu kanunun uygulandığı yer ve meslek dallarında borçlar kanununun çıraklık sözleşmesine dair hükümleri uygulanmaz.* Uygulamada çırakların pek çoğu Mesleki Eğitim Kurulunca Mesleki Eğitim Kanununa tabi kılınan işyerlerinde çalışmaktadır, ancak kapsam dışında kalanlara TBK m.393/3 uyarınca hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır⁵. Kanunen işçi değil, öğrenci statüsünde sayılmakta olan çıraklara İş Kanunu da,

¹Demircioğlu, Murat; Y9HD, 14.9.1977, E.1977/9775, K.1977/13293 Kararının Değerlendirilmesi, İHU, İşK 5 (No.2), s.2. Engin, Murat; “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren, C.8, S.5, Eylül 1994, 11-31. s.22. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017, s. 74. Süzek, Sarper; İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s.144. Bostancıoğlu, Zeynep/Dinler, Müberra; Türkiye’de Çıraklık Eğitiminin Dünü Bugünü Geleceği, Çıraklık Dünü, Bugünü, Yarını Arama Konferansı, Sakarya 2017, 3-28, s.19.

² Uşan, M. Fatih; Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994, s.16. Özellikle Ahi teşkilatında çıraklık için bkz. Bostancıoğlu/Dinler, s.7-13.

³ Saymen, Ferit H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s.420.

⁴ Daha eski tarihli düzenlemeler ve uygulama için bkz. Saymen, s.420 vd. 1994 yılına kadar ayrıntılı bilgi için Uşan, Çıraklık, s.17 vd. Bostancıoğlu/Dinler, s.16-17.

⁵ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s.191.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu da uygulanmaz⁶. Ancak belirtilmelidir ki çıraklar, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunun kapsamına dâhil edilmiştir.(İSGK m.2/1)

Çıraklık sözleşmesine göre bir mesleği işyerinde öğrenen çırak, işçi değildir⁷. Zira tarafların esas borcu karşılıklı olarak iş görme ve ücret ödeme değil, bir işin öğretilmesi, mesleğin tekâmülünü sağlamaktır⁸. Her ne kadar çıraklar işçi sayılmasa da, asgari ücret ödeme vb. yükümlülüklerden kaçmak için esasında işçi olanların çırak adı altında çalıştırılması durumu ile karşılaşılabilir⁹. Yargıtay böyle durumlarda çalışmanın emsal işçilerin düzeyinde mi olduğu yoksa eğitim gören bir öğrenci düzeyinde mi olduğuna bakarak işçi olup olmadığını tespit etmektedir¹⁰. Ayrıca kararlarında “...uygulamada çıraklığın yozlaştırıldığı, salt işgücünden yararlanılan kimselerin çırak adı altında işyerlerine alındığı ve yasal yükümlerden kaçınıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, sözleşmede diğer tarafa verilen ada göre değil, gerçek çalışma ilişkisine bakarak bir kimsenin işçi veya çırak olduğu saptanmalıdır. Çıraklık sözleşmesinde anlaşmanın üstün niteliği, bir meslek ve sanatın öğrenilmesidir. Ufak menfaatler karşılığında işverenin kişisel işlerinin görülmesi, üretimle ilgili çalışmalara katılma, meslek ve sanat öğreniminin arka planda tutulduğu durumlarda çıraklık ilişkisinden bahsedilemez. Burada önemli olan işverene ve işyerine katkıdır ki, ancak bir iş ve hizmet ilişkisi durumunda söz konusu olur ve işçiye bütün sigorta kolları uygulanır.”¹¹ ifadelerine yer vererek kişinin işçi yahut çırak

212

⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 76. Süzek, s.146. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.189. Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap; İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, s.59. Dolayısıyla çıraklar işyerlerinde yapılacak grev oylaması ve yetki tespitinde de sayıya dâhil edilmezler. Uşan, Çıraklık, s.31. Ekonomi, Münir; İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984, s.48.

⁷ Saymen, s.423. Ekonomi, s.46. Esener, Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978, s.116. Engin, s.23. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 74-75. Süzek, s. 145. Başbuğ/Yücel Bodur, s.58. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, Çıraklık, s.7. İşçi olmamakla birlikte işçiliğe yakın, işçiliğe benzer bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.188.

⁸ Saymen, s.421. Ekonomi, s.46. Esener, s.116 ve 132. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 75. Uşan, Çıraklık, s.43. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.189.

⁹ Kutal, Metin; 3308 Sayılı Yasada Çıraklık Statüsü, Eğitimi ve Çırakların Korunması, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXIII, S.9, Aralık 1986, s.324 vd. Lordoğlu, Kuvvet; Türkiye’de Çocuk İşçiliğine İlişkin Değerlendirme ve Saptamalar, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ekim-2016-Mart-2017, 19-28. s.26. Engin, s.25. Gökalp, Özge Tuçe; Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma, Electronic Journal of Vocational Colleges, Mayıs 2011, 125-135, s.127-128. Seçer, Öz; Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 28/2010, 1425-1452, s.1430. Çırakların kanuni çalışma süresinin çok üstünde, hafta tatili yapmadan, yıllık izin kullanmadan çalıştırıldıkları yönünde bkz. Akış, Nalan/ İrgil, Emel/ Pala, Kayıhan/ Aytekin, Hamdi; Gemlik Çıraklık Merkezinde Okuyan Çırakların Çalışma Koşulları ve Sosyal Sorunları, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, 15-20, s.18-19. Akyüz, Emine; Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Baskı, Ankara 2013, s.474-475.

¹⁰ Y9HD, E.2007/12812, K.2008/7878, T.08.04.2008, www.kazanci.com

¹¹ Y9HD, E.1974/5703, K. 1974/6922, T. 29.11.1974. Aynı yönde; Y10HD, E.1975/321, K. 1975/982, T.20.02.1975. www.kazanci.com

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



olup olmadığının saptanmasında gerçek çalışma ilişkisinin belirlenmesi bakımından yol göstermektedir¹².

Çıraklar, İş Kanununa tabi olmadıkları gibi, iş yasalarının işçi sayısına hukuksal sonuçlar bağladığı durumlarda, işçi sayısı hesabına da dâhil edilmezler (Mesleki Eğitim Kanunu m.11) ve çıraklıkta geçirilen süre işçilik hakları bakımından da değerlendirmeye alınmaz¹³. Çıraklık süresince çıkacak uyuşmazlıklarda da iş mahkemesi değil, Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır¹⁴. Ancak öğretide çıraklara dair uyuşmazlıkların da ihtisas gerektiren bir husus olması hasebiyle iş mahkemelerinde görülmesinin daha uygun olabileceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır¹⁵.

1.2.Çıraklık Eğitimi

Çıraklık eğitimi, Mesleki Eğitim Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanunda 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, Kanunun kapsamına girecek meslek, kamu ve özel sektöre ait kurum, kuruluş ve işyerleri ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları belirleme yetkisi Mesleki Eğitim Kurulu yanında Yükseköğretim Kurulu'na da verilmiştir. Öğretide bu düzenlemenin her ne kadar esneklik sağlasa da çıraklığa ilişkin hükümlerin uygulama alanını genişleteceği, belirsizliklere yol açabileceği yönünde eleştiriler getirilmektedir¹⁶. Ancak 9 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 703 sayılı KHK m.193 ile Mesleki Eğitim Kurulu kaldırılmış ve bu kurula yapılan atıfların Cumhurbaşkanınca belirlenecek bir kurul ya da merci olarak anlaşılacağı zikredilmiştir. 2 Ağustos 2018 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış olan 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile görevin tevdi edildiği kurum Milli Eğitim Bakanlığı olmuştur. Esasında bütün bu değişikliklerden önce de Mesleki Eğitim Kurulu'nun bünyesinde kurulduğu ve faaliyetlerini yürüten müessese Milli Eğitim Bakanlığı idi. Bu konuda yapılan değişikliğin gerekçesi mesleki eğitime ilişkin vazifenin Millî Eğitim Bakanlığı Hayat Boyu Öğrenme Genel Müdürlüğü'nden alınıp Millî Eğitim Bakanlığı Meslekî ve Teknik Eğitim Genel Müdürlüğüne verilmesi olabilir. Ancak bunun için Mesleki Eğitim Kanununun ilgili hükmünde değişiklik yapılmasının amacı tarafımızca anlaşılamamıştır. İç işleyişe ilişkin kurum kanunlarında

¹² Uşan, Çıraklık, s.8 vd. dn.28'de belirtilen yazarlar. Engin, s.24. Gökalp, s.127-128.

¹³ Başbuğ/Yücel Bodur, s.59. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 76 dn. 43.

¹⁴ "Çırak ile işveren arasındaki uyuşmazlık iş mahkemesinde değil, görevli hukuk mahkemesine çözümlenmesi gerekir." Y9HD, E. 2009/42975, K. 2009/33400, T.02.12.2009 www.kazanci.com . Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 77. Yürekli, Sabahattin; Çıraklık Kavramı, Çırakların Sosyal Güvenliği ve Çıraklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi, Prof.Dr. Erdoğan MOROĞLU'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.1065 vd.

¹⁵ Uşan, Fatih; Çıraklık Alanında Yapılan Son Yasal Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.1, Ocak 2003, 20-29, s.29.

¹⁶ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 76.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



değişiklik yeterli olabilirdi kanaatindeyiz¹⁷. O halde hali hazırda Mesleki Eğitim Kanununun uygulama alanını belirleme yetkisi Milli Eğitim Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu'ndadır.

Çıraklık eğitimi teorik ve pratik eğitim olarak planlanmıştır. Çıraklar, mesleğin özelliğine göre haftada sekiz saatten az olmamak üzere ücretli izinli sayılarak genel ve mesleki eğitim görürler. Aday çırak ve çıraklar, pratik eğitimlerini usta öğreticinin gözetiminde işyerlerinde, işyerindeki eksik kalan pratik eğitimleri ile teorik eğitimlerini mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya Bakanlıkça uygun görülen işyerlerinin eğitim birimlerinde yaparlar. (Mesleki Eğitim Kanunu m.12)

Okulların kapasite ve fiziki imkânlarının yetmediği düşünülerek işletmelerde de beceri eğitimi verilmesini mümkün kılan Mesleki Eğitim Kanununun 6764 sayılı Kanunla değiştirilmiş 18. maddesinde, çırakların eğitim yapabileceği işletmelerin nitelikleri düzenlenmiştir. Buna göre; *on ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az olmamak üzere mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine beceri eğitimi, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencilerine staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırır*. Burada daha önce yalnızca beceri eğitimi yer alırken artık ortaöğretim öğrencileri de düşünülerek staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırma imkânı da eklenmiştir. Bu değişikliği öngören maddenin taslak gerekçesine göre “*Otelcilik ve turizm sektörü gibi yoğunlaştırılmış eğitim yapıları alanlar hariç işletmelerde mesleki eğitim ders yılı süresince, staj ise yarıyıl ve yaz tatillerinde yapılmaktadır. Dolayısıyla işletmeler, beceri eğitimi yapılmayan yarıyıl ve yaz tatillerinde staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırma imkânı bulabilecektir.*”

Bu Kanun kapsamında on ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince her yıl şubat ayı içerisinde il millî eğitim müdürlüklerine ve o ildeki yükseköğretim kurumlarına bildirilir. Bu hususta değişiklik yapılmadan önce il milli eğitim müdürlüğü yerine il mesleki eğitim kuruluna bildirim yapılması gerekli idi. Belirtilmelidir ki bu maddede yer alan on personel sayısını beş personele kadar indirmeye Cumhurbaşkanı yetkilidir.

Ancak işletmede çalışan personel sayısı on ve daha az ise böyle bir teknik eğitim yaptırma zorunluluğu getirilmemiştir. Böyle bir durumda iradi olarak mesleki eğitim kapsamına alınıp alınmadığına bakılmaksızın ondan az personel çalıştıran işletmeler de mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerine beceri eğitimi, staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırabilirler. Esasında bu düzenleme Kanunun 23. maddesinde yer almaktayken, 18. maddesine dâhil edilmiş

¹⁷ Çalışmanın hazırlandığı tarihte Milli Eğitim Bakanlığı yetkilileri ile yapılan görüşmelerde Mesleki Eğitim Kurulu'nun yerine yeni bir kurul ihdas edilmediği, Bakanlığın hali hazırda sekreteryaya işlerini de yürütmediği, yakın bir dönemde yeni bir kurul ihdas edilmesinin beklendiği yönünde mülâhazalar edinilmiştir.



ve 23. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun metninin daha anlaşılır ve bütüncül olması bakımından değişiklik yerinde olmuştur.

Belirtildiği üzere Mesleki Eğitim Kanunu m. 18’de yapılan en temel değişiklik, beceri eğitiminin yanı sıra staj ve tamamlayıcı eğitimin de getirilmiş olmasıdır. Tamamlayıcı eğitim Kanunun 3. maddesinde tanımlandığı üzere “*açık öğretim yoluyla eğitimi yapılamayan alan veya dallarda, mesleki ve teknik orta öğretim programlarını tamamlayamadan okuldan ayrılanlar ile yurtdışında öğrenim görenlerin denklik işlemleri sonucunda tespit edilen eksik meslek alan veya dal derslerini işletmelerde mesleki eğitim esaslarına göre tamamlamalarına imkân sağlayan eğitimi*” ifade eder. Bu değişikliği daha net okuyabilmek için 6764 sayılı Kanunla Milli Eğitim Temel Kanununda konu ile ilgili yapılan değişiklikleri de görmek gereklidir. Milli Eğitim Temel Kanununda yapılan değişikliklere göre “*Ortaöğretim; ilköğretime dayalı dört yıllık zorunlu örgün veya yaygın öğrenim veren genel, mesleki ve teknik öğretim kurumları ile mesleki eğitim merkezlerinin tümünü kapsar. Bu okul ve kurumları bitirenlere, bitirdikleri programın özelliğine göre diploma verilir. Ancak mesleki eğitim merkezi öğrencilerinin diploma alabilmeleri için Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenen fark derslerini tamamlaması zorunludur.*” (md.26) “*Ortaöğretim, çeşitli programlar uygulayan liseler ile mesleki eğitim merkezlerinden meydana gelir.*” (md.29) Ortaöğretimin tanımının değiştirildiği bu haliyle çıraklık eğitiminin zorunlu ortaöğretim kapsamına alındığı ve tamamlayıcı eğitimin elzem hale geldiği söylenebilir.

215

Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği’nin m. 21/7’ye göre, *mesleki eğitim merkezine kayıtlı öğrenciler aynı zamanda Açık Öğretim Lisesi, Mesleki Açık Öğretim Lisesi veya Açık Öğretim İmam Hatip Lisesine de kayıt yaptırabilirler. Mesleki Açık Öğretim Lisesine kayıt yaptıran öğrenciler, mesleki eğitim merkezinde karşılığı olan derslerden yüz yüze eğitim programına devam ettirilmez. Bu hükümden de anlaşıldığı kadarıyla çıraklar bakımından amaç, 4+4+4 = 12 yıllık zorunlu eğitimin, çıraklık eğitimine sekte vuran ortaöğretim ayağını by-pass etmek gibi düşünülebilir. Artık çırakların açık lise okumasına gerek yoktur, ancak isterlerse de okuyabilirler.*

1.3. Çıraklık Şartları

Bir kişinin işyerinde çırak olarak bulunabilmesi için yazılı olarak akdedilmiş bir çıraklık sözleşmesinin bulunması gerekmektedir¹⁸. Özel bir kanunla düzenlenmeden önce çıraklık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir şekli mi yoksa sui generis bir sözleşme mi olduğu

¹⁸ Çıraklara uygulanacak özel kaynaklara çıraklık sözleşmesi yanında iç yönetmelik ve işyeri uygulamalarının da dâhil olduğu yönünde bkz. Uşan, Çıraklık, s.36. Ancak kanaatimizce bu özel kaynaklar iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduklarından çıraklık bakımından bir kaynak olarak addedilemezler.



yönünde öğretide tartışmalar olsa da artık Kanunda çıraklık sözleşmesi kendine özgü münhasır bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁹.

Çıraklık sözleşmesine ilişkin ayrıntılar Mesleki Eğitim Kanununun 13. maddesinde yer almaktadır. “İşyeri sahibi, aday çırağı ve çırağı çalıştırmaya başlamadan önce bunların velisi veya vasisi veya reşit ise kendisi ile yazılı bir biçimde çıraklık sözleşmesi yapmak zorundadır. Çıraklık sözleşmesi; çırağın sözleşme süresi içinde reşit olması halinde çırağın rızasıyla; işyeri sahibinin değişmesi halinde yeni işyeri sahibinin aynı mesleği sürdürmesi durumunda ve rızasıyla devam eder, aynı mesleği sürdürmüyorsa sözleşme feshedilir. Fesih halinde çırağın önceki çalışmaları geçerli olup; yeni yapacağı çıraklık sözleşmesi ile çıraklık statüsünü devam ettirerek çıraklık süresini ve eğitimini tamamlar.” Kanunda geçerlilik şartı olarak gösterilmiş bulunan yazılılık şekli sağlanmaz ise sözleşmenin ileri etkili geçersizlik yaptırımına mı tabi tutulacağı yoksa geçersiz olan çıraklık sözleşmesini iş sözleşmesi olarak mı kabul etmek gerektiği yönünde öğretide tartışmalar bulunmaktadır²⁰. Yargıtay bu hususta 1977 yılında verdiği bir kararında tahvil görüşünü benimsemiş ve işçi olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir²¹.

Çıraklık sözleşmesi kurulabilmek için Mesleki Eğitim Kanununda getirilmiş olan 14-19 yaş sınırı Kanunda 2/12/2016 tarihinde 6764 sayılı Kanunun²² 39. maddesi ile yapılan bir değişiklikle mülga edilmiştir. Ancak çırak olabilmek için hala en az ortaokul veya imam-hatip ortaokulu mezunu olmak şartı aranmaktadır. Bu halde dolaylı olarak, çırak olabilmek için 13 yaşın doldurulması gerekeceğini ifade edebiliriz²³. Dolaylı açıklamalarla bu sonuca ulaşmak hukuk tekniği açısından sağlıklı değildir. Zira 1997 yılına kadar 13 yaşını doldurunca çırak olunabilirken, 4306 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 14 yaşını doldurmak aranmıştır. 13 yahut 14 yaşın doldurulması üzerinde bir tercih yapılmıştır. Şimdi ise ortaokul veya imam-hatip ortaokulunun bitirildiği yaş esas alınacaktır. Bu yaş kişinin ilkökula başladığı yaşa göre değişecektir. İlkokula başlama yaşı da 66 aya çekildiğinden çıraklık yaşı 13 de olabilir, 14 yahut daha geç bir yaş da olabilir. Ancak bu yaş sınırının kaldırılmasının nedeni mesleki eğitim merkezlerinin de ortaöğretimden sayılmasıdır. Bu halde, ortaokul yahut imam hatip ortaokulunu bitiren bir genç lise yahut mesleki eğitim merkezine gidebilir. Artık dışarıdan açık lise okuması zorunluluğu yoktur. Mesleki eğitim merkezinde geçirilen süre hem çıraklık süresi hem ortaöğretim süresi olacaktır. 12. Sınıfta ustalık sınavına girecektir. Bir diğer ifadeyle yaş sınırının

¹⁹ Centel, Tankut; Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982, s.50. Saymen, s.422. Ekonomi, s.48. Uşan, Çıraklık, s.46-47. Engin, s.24. Değirmencioglu, s.3.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, Çıraklık, s.75. Çenberci, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s.74.

²¹ Çelik, Nuri; Ferdi İş İlişkilerinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay’ın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, İstanbul 1979, s.8 vd.

²² 9.12.2016 Tarih, 29913 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²³ Başbuğ/Yücel Bodur, s.59. İlkokula 5,5 yahut 6 yaşında başladığı göz önüne alındığında 13- 14 yaşında çıraklığa başlanabileceği hususunda görüşümüzle aynı yönde bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 77.



kaldırılması 12 yıllık zorunlu eğitim programının içine çıraklık döneminin monte edilmesi ihtiyacından ileri gelmiştir.

Çıraklık sözleşmesi kurabilmek için üst sınır olarak öngörülen 19 yaş da kaldırılmıştır. Fakat Kanunun 10. maddesinde yer alan “..., *ondokuz yaşından gün almış olanlardan daha önce çıraklık eğitiminden geçmemiş olanlar, yaşlarına ve eğitim seviyelerine uygun olarak düzenlenecek mesleki eğitim programlarına göre çıraklık eğitimine alınabilir.*” hükmü hala yürürlüktedir. Öğretide bu hükmün unutulduğu için kaldırılmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁴. Keza Kanunun 13. maddesinde de “*Bu Kanun kapsamında bulunan il ve mesleklerde faaliyet gösteren işyerleri, Bakanlıkça tespit edilecek illerde ve meslek dallarında on dokuz yaşından gün almamış kişileri çıraklık sözleşmesi yapmadan çalıştıramazlar.*” hükmü yer almaktadır. Her iki düzenleme birlikte incelendiğinde görülmektedir ki gerçekten de kanunkoyucu 19 yaş sınırını kaldırırken Kanunda 19 yaşın yer aldığı diğer düzenlemelerle bağlantıyı ihmal etmiştir.

Çıraklık sözleşmesi kurulmasında yaş bakımından bir üst sınır olarak, ortaöğretim kurumlarına kayıtlı olabilmek için Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği m.21’de aranan 22 yaş üst sınırının geçerli olup olmadığı bir soru olarak akla gelebilir. Ancak bu sorunun cevabı da yine aynı maddede hüküm altına alınarak düzenlenmiştir. Buna göre; “*mesleki eğitim merkezine kayıt ve ilişik kesmeye ilişkin hususlarda bu fıkranın yaşla ilgili hükümleri uygulanmaz.*” Bu hüküm de açıkça göstermektedir ki çıraklık için üst yaş sınırı kaldırılmıştır.

217

1.4.Çıraklık Süresi

Çıraklık süresine ilişkin düzenlemelerde 3308 sayılı Kanunda önce bir deneme süresi ve ardından 2-4 yıllık bir çıraklık dönemi olarak belirlenmişti. “*Çıraklığa, mesleğin özelliğine göre Bakanlıkça tespit edilecek bir aydan az, üç aydan fazla olamayacak bir deneme dönemi ile başlanır. Deneme döneminden sonra taraflar 10 gün içinde ilgili Mesleki Eğitim Merkezi Müdürlüğüne başvurmadığı takdirde çıraklık sözleşmesi kesinleşir ve bu dönem çıraklık süresinden sayılır. Deneme döneminde ücret ödenir. Aday çıraklıktan çıraklığa geçenler deneme dönemini yapmış sayılırlar.*” Çıraklık süresinin en az 2, en fazla 4 yıl olabileceğine dair olan hüküm ise 6764 sayılı Kanun, 02.12.2016 tarihli değişiklikle mülga edilmiştir. Artık çıraklık süresine ilişkin böyle bir sınırlandırma hükmü bulunmamaktadır. Değişikliğe ilişkin kanun gerekçesinde Bakanlığın çıraklık eğitimi süresini mesleğin özelliğine göre ilgili kuruluşların görüşünü alarak tespit edeceği yer almaktadır. Ayrıca yine gerekçede “*Çıraklık eğitiminin düzenli*

²⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 77. Öğretide daha önce de Mesleki Eğitim Kanununa tabi çıraklar için 19 yaş sınırının bulunduğu, ancak Borçlar Kanununa tabi çıraklar için böyle bir yaş sınırlamasının bulunmadığı, bu nedenle 19 yaşını aşkın kişilerin de Borçlar Kanununa tabi çırak olabilecekleri yönünde görüşler bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, Çıraklık, s.64.



devam etmesi esastır. Pratik eğitimdeki devamsızlıklar çıraklık süresine eklenecektir.” ifadeleri bulunmaktadır. Gerekçenin bağlayıcı olmadığı gözetildiğinde devamsızlıkların süreye eklenmesine ilişkin hususun, açık bir kanun hükmü ile düzenlenmesinin hukuk tekniği açısından daha doğru olacağı kanısındayız. Çıraklık süresine ilişkin hükümlerin kaldırılması da yine mesleki eğitim merkezlerinde geçirilen sürenin ortaöğretimden sayılması hususu ile paraleldir. Bu durumun doğal sonucu olarak da nasıl ki ortaöğretim 4 yıllık bir süreçse, ortaöğretimden sayılan çıraklık ve kalfalık da toplam 4 yıllık bir süreç olacaktır. Kanunda yer 2-4 yıllık sürenin kaldırılması esasında, mesleki eğitimin, zorunlu eğitimin son 4 yıllık sürecinden sayılması nedeniyle 4 yılın değil, 4 yıla kadar olan 2 yıl ve daha fazla olan sürenin kaldırılması şeklinde anlaşılmalıdır.

Çıraklık süresinin sonu ise Mesleki Eğitim Kanununun 16. maddesinde “Çıraklar kabul edilebilir mazeretleri dışında çıraklık eğitimi süresi sonunda açılacak ilk kalfalık sınavına girmek zorundadırlar... Çıraklık sözleşmesi ilk kalfalık sınavını izleyen ikinci kalfalık sınavının tamamlanması ile sona erer. “ hükmü ile belirlenmiştir. 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası çıraklık süresi sonunda teknisyen unvanı kazanılacaktır. Bazı Lise, Okul ve Fakülte Mezunlarına Unvan Verilmesi Hakkında Kanunun 6764 sayılı Kanunla değiştirilmiş 3. maddesine göre; “Gördükleri mesleki teknik öğretim alanlarına göre; Mesleki ve teknik öğretim veren ortaöğretim kurumlarından mezun olanlar ile denkliği Millî Eğitim Bakanlığınca kabul edilen diğer mesleki ve teknik öğretim veren ortaöğretim kurumlarından mezun olanlar ve bu okullara denk mülga okullardan mezun olanlara “teknisyen” unvanı verilir.

Çıraklık süresi konusunda Yargıtay vermiş olduğu kararlarında “somut uyumsuzlukta, SGK kayıtlarına göre davacı davalı işyerinde 21/09/2004-28/01/2006 ve 06/04/2006-02/05/2013 tarihleri arasında iki dönem çalışması bulunduğu, yine dosya arasında bulunan Mesleki Eğitim Merkezi kayıtlarına göre, davacının 13/09/1999 tarihinden itibaren davalı işyerinde çıraklık sözleşmesi kapsamında çalıştığı, 30/09/2002 tarihinde kalfalık belgesi aldığı, ayrıca yine dosya arasında bulunan askerlik durumuna dair belgelerden davacının 21/02/2003 ila 21/05/2004 tarihleri arasında askerlik yaptığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında hükme esas alınan raporu hazırlayan bilirkişi tarafından davacının 18 yaşını bitirdiği tarih olan 17/06/2001 tarihi ile askere gittiği tarih arasındaki dönem yani 17/06/2001 ila 20/02/2003 tarihleri arasında da davalı işyerinde çalıştığı kabul edilerek bu dönemde hesaplama esas hizmet süresine eklenmiştir. Ancak, davacının iş akdi 4857 Sayılı yasa döneminde sona ermiştir. On sekiz yaşını bitirmemiş çıraklar 1475 Sayılı Kanun kapsamı dışında sayılmışken, 4857 Sayılı Yasada böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla 4857 Sayılı Kanun döneminde kişi 18 yaşını bitirse dahi, mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını almaya devam ediyor ve gelişmesini sürdürüyor ise çıraklık konumu değişmeyecektir. Davacı 30/09/2002 tarihinde kalfalık belgesi



aldığına göre, davacının hesaplamaya esas hizmet süresinin bu tarihten başlatılması yerine, çırak olarak çalıştığı 17/06/2001 tarihinden başlatılması hatalıdır.”²⁵ ifadelerine yer verilmektedir.

1. 5. Çıraklara Ödenecek Ücret

Çıraklık süresince, çırağa her türlü vergiden müstesna, asgarî ücretin yüzde otuzundan az olmamak üzere bir ücret ödenecektir. Ancak bu iş görme borcunun karşılığı değil, kanundan doğan bir sosyal ücrettir²⁶.

Bu konuya ilişkin hüküm Mesleki Eğitim Kanununun 25. maddesinde yer almaktadır. İlgili düzenleme “*Aday çırak ve çıraklar ile işletmelerde mesleki eğitim gören, staj veya tamamlayıcı eğitime devam eden öğrencilere işletmeler tarafından ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar, düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir. ... aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin yüzde otuzundan aşağı ücret ödenemez. Bu amaçla kamu kurum ve kuruluşları gerekli tedbirleri alır.*” şeklindedir. Burada ücret ve artışı belirleyecek sözleşmenin kimler arasında kurulacağı Kanunun 6764 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde “*aday çırak veya çırağın velisi veya vasisi veya kişi reşit ise kendisi; öğrenciler için okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında Bakanlıkça belirlenen esaslara göre düzenlenecek sözleşme*” biçiminde belirlenmiş idi. Ancak mevcut düzenlemede sözleşmenin kimler arasında olacağı açıkça belirtilmese de sözleşmenin tarafları değişmediğinden eski düzenlemenin de sadece açıklayıcı nitelikte olduğunu ifade edebiliriz.

Çırakların ücret hakkına ilişkin bir diğer düzenleme de 6764 sayılı Kanunla Mesleki Eğitim Kanununa eklenen geçici 12. maddedir. Bu düzenlemeye göre “*2016-2017 eğitim ve öğretim yılı sonuna kadar uygulanmak üzere²⁷ aday çırak ve çıraklar ile 18. madde hükümleri uyarınca işletmelerde mesleki eğitim gören, staj veya tamamlayıcı eğitime devam eden öğrencilere, 25. maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılacak ödemeler asgari ücretin net tutarının yüzde otuzundan az olamaz. Ödenebilecek en az ücretin; yirmiden az personel çalıştıran işletmeler için üçte ikisi, yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işletmeler için üçte biri, 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 53. maddesinin üçüncü fıkrasının (B) bendinin (h) alt bendi için ayrılan tutardan Devlet katkısı olarak ödenir. Bu kapsamda yapılacak ödemeleri beş eğitim ve öğretim yılına kadar uzatmaya Cumhurbaşkanı yetkilidir...Kamu kurum ve kuruluşlarına Devlet katkısı ödenmez. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ve Türkiye İş Kurumu tarafından belirlenir.*” Böylece çırak ve stajyerlere ücret ödenmesi zorunluluğu getirilmiş ve bu ücretin de işletmede çalışan personel sayısına göre 1/3 ya da 2/3’ünün devlet

²⁵ Y9HD, E. 2017/7336, K. 2017/19697, T. 4.12.2017 www.kazanci.com

²⁶ Ekonomi, s.46. Süzek, s.145. Engin, s.23. Esener, s.116. Başbuğ/Yücel Bodur, s.59.

²⁷ Ancak 2018-2019 eğitim öğretim yılında da uygulanmış ve Cumhurbaşkanı tarafından 3 yıl daha uzatılmıştır. 15 Ağustos 2018 tarihli 42 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, 15 Ağustos 2018 Tarihli ve 30510 Sayılı Resmi Gazete.



tarafından İşsizlik Sigortası Fonundan ödeneceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Yani mevcut durumda 480 TL'nin 320TL'si ya da 160 TL'si devlet tarafından karşılanacaktır.

Çıraklara her yıl tatil aylarında en az bir ay ücretli izin verilecektir. Ayrıca mazeretleri kabul edilenlere okul müdürlüğünün görüşü alınarak bir aya kadar ücretsiz izin de verilebilir. (Mesleki Eğitim Kanunu m.26)

1.6.Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Çıraklık

Çırakların sosyal güvenlik hukuku yönünden incelenmesinde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa başvurmak gerekecektir. 5510 sayılı Kanunda 02.12.2016 Tarihli ve 6764 Sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddeye göre “3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.” O halde çıraklar, hastalık, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve genel sağlık sigortası bakımından Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında olup, yaşlılık, malullük ve ölüm sigortası gibi uzun vadeli sigorta kolları kapsamında tutulmamaktadır.

15.04.1987 tarih 3351 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile 506 sayılı Kanuna ek geçici 1.madde ile çıraklara prime esas kazancın alt sınırının talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin tamamını 2 yıl içinde ödemeleri şartı ile hizmet borçlanması hakkı verilmiş, ancak bu borçlanmanın aktüeryal dengeleri bozması nedeniyle 5510 sayılı Kanun ile çıraklık borçlanmasından vazgeçilmiştir²⁸. Her ne kadar bu çalışmanın hazırlandığı esnada çıraklıkta veya stajda geçirilen sürenin uzun vadeli sigorta kollarına dahil edilmesine ilişkin talepler, bu sürenin borçlanılmasına ilişkin talepler, TBMM’de bu iki yolu da kapsayan Ocak 2018, Mart 2018 ve Mayıs 2018 tarihli üç farklı yasa teklifi ve tartışmalar olsa da, çıraklık yaşlılık aylığı hesabında sigortalılık başlangıç tarihi olarak dikkate alınmamaktadır. Bir diğer ifadeyle çıraklara Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilen sigorta sicil numarası sadece

²⁸ Öztuna, Barış; Çırakların Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri, Mali Çözüm Dergisi, Eylül Ekim 2017, Y. 27, S. 143, 69-82, s.81.



kısa vadeli sigorta kollarını kapsamakta olup, ölüm, emeklilik, malullük açısından bir önemi yoktur²⁹.

Çırakların sosyal güvenlik haklarına ilişkin Mesleki Eğitim Kanununda 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası çırakların sigorta primlerinin asgari ücretin yüzde ellisi üzerinden, Bakanlık ile mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin bütçesine konulan ödenekten karşılanacağı düzenlenmiştir. bu değişiklikten önce “*Sigorta primleri ... bunların yaşına uygun asgari ücretin % 50'si üzerinden Bakanlık ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin bütçesine konulan ödenekle karşılanır.*” hükmü yürürlükte idi. O halde halihazırda asgari ücrette 16 yaşından büyükler-küçükler ayrımının kalkmasına paralel, açıklayıcı mahiyette bir değişiklik yapıldığını söyleyebiliriz.

Çırak ve stajyerlere ilişkin 5510 sayılı Kanunda yer alan diğer düzenlemeler ise şöyle sıralanabilir:

Madde 7 (Sigortalılığın başlangıcı): “*Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için çalışmaya, meslekî ve teknik eğitime, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimine, staja veya bursiyer olarak göreve başladıkları tarihten, ... itibaren başlar.*”

Madde 80: “*Aday çırak, çırak, işletmelerde mesleki eğitim, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında staj, tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrencilerin prime esas kazançları ilgili kanunlarında öngörüldüğü şekilde belirlenir.*” Bu konuda 3308 sayılı Kanun “...bunlara aynı Kanuna göre işgöremezlik ödenekleri bağlanacak sürekli işgöremezlik gelirine esas olacak günlük kazançların tespitinde sigorta primine esas tutulan ücret dikkate alınır.” hükmü ile işgöremezlik gelirine esas günlük kazançlarının sigorta primine esas tutulan ücret miktarı olduğunu düzenlemektedir. Prime esas kazanç miktarı açıkça Mesleki Eğitim Kanununun 25. maddesinde asgari ücretin yüzde ellisi olarak belirlenmiştir

Madde 87: “*5 inci maddenin (b) bendinde belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim görenler ile meslekî veya teknik ortaöğretimde okumakta iken staja tâbi tutulan öğrenciler ile tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler için Millî Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördükleri okullar veya kurumlar, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler için projenin yürütüldüğü kamu kurum ve kuruluşları, özel sektör kuruluşları ve üniversiteler, yükseköğretim sırasında staja tâbi tutulan veya*

²⁹ Öztuna, s.76.



işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler için öğrenim gördükleri yükseköğretim kurumu, ... prim ödeme yükümlüsüdür.”

Son olarak vurgulamak gerekir ki 6764 sayılı Kanun pek çok konuda değişiklik getirmiştir. Bu Kanunla değişikliğe gidilmeden önce 2-4 yıllık çıraklık süresi öngörülenler ve çıraklık eğitimi devam edenler bakımından bir mağduriyet doğmaması için Kanuna eklenen Geçici madde 11'e göre *“Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte çıraklık eğitimine devam etmekte olanlar, eğitimlerini başladıkları programa ve mevzuata göre sürdürür.”*

2. Stajyer

2. 1. Tanımı ve Genel Koşulları

Stajyer, belli bir mesleki bilgiyi teorik olarak öğrenen birisinin, o mesleğin uygulamasını izleyerek bilgisini geliştirmek ve sağlamlaştırmak amacıyla bir başkasının yanında çalışan kişi olup, ne işçi ne de çıraktır³⁰. Mesleki Eğitim Kanunu da stajı; *“Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmeleri, sektörü tanımaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışmayı”* ifade eder biçiminde tanımlamıştır. Uygulamada, işe girişten sonraki, işyerini öğrenmek, işyerine uyum sağlamak amacıyla çalışılan geçici durumu ifade eden stajyerlik tamamen farklıdır. Bu kişi memur değilse ve iş sözleşmesine göre çalışması söz konusu ise işçidir³¹.

Tanımlar maddesine ilişkin değişikliğin taslak gerekçesinde *“Staj ise öğrenimleri sırasında haftalık ders çizelgelerine göre akademik derslerin ağırlığı nedeniyle (anadolu teknik programı) işletmeye gönderilemeyen veya alanda yeterli işletme bulunamaması nedeniyle öğrenimine okulda devam etmek zorunda kalan anadolu meslek programı öğrencilerinin okuldan mezun olabilmeleri için yarıyıl ve yaz tatillerinde yapmakla yükümlü olduktan toplam 40 işgünü (320 saat) süreli çalışmadır. Yükseköğretim öğrencilerinin stajları ile ilgili esaslar ise Yükseköğretim Kurumlarının öğretim programları ve yönetmeliklerinde düzenlenmektedir.”* ifadeleri ile staj tanımlanmıştır

2. 2. Stajyerlere Ödenecek Ücret

Stajyerlere de Mesleki Eğitim Kanununun 25. maddesinde 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası ücret ödemesi öngörülmüştür. Buna göre; *“...işletmelerde mesleki eğitim gören, staj veya*

³⁰ Ekonomi, s.48. Süzek, s.149. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.191. Başbuğ/Yücel Bodur, s.59-60. Seçer, s.1432.

³¹ Başbuğ/Yücel Bodur, s.60.



*tamamlayıcı eğitime devam eden öğrencilere işletmeler tarafından ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışlar, düzenlenecek sözleşme ile tespit edilir... işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler ile mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında staj veya tamamlayıcı eğitim gören öğrencilere asgari ücretin net tutarının; yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde otuzundan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde onbeşinden” az ücret ödenemeyecektir. Fakat geçici madde 12’ye göre “...ödemeler asgari ücretin net tutarının yüzde otuzundan az olamaz. Ödenebilecek en az ücretin; yirmiden az personel çalıştıran işletmeler için üçte ikisi, yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işletmeler için üçte biri, 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (B) bendinin (h) alt bendi için ayrılan tutardan Devlet katkısı olarak ödenir.” Devlet katkısının ve ücret ödemesinin söz konusu olmadığı stajyerler ise “*staj yapacak işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencileri ile öğretim programı gereği staj yapmak zorunda olmayan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlar*”dır. Ayrıca ücret zorunluluğunun bulunmadığı bir diğer hal madde 25’te yer alan stajını *yükseköğretim kurumları ve birimlerinde yapan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlardır*.*

Çıraklar bakımından olduğu gibi stajyerlere de ödenen bu ücret iş görme borcunun karşılığı değil, kanundan doğan bir sosyal ücrettir³². Esasında Kanunda yapılan bu değişiklik öncesinde stajyerlere ücret ödenmesi zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ancak stajyerlere ücret ödemesi yapılması ile de karşılaşılıyordu. Bu ödemelerin hukuki niteliği bağış idi³³. Ancak artık bu ödeme bir sosyal ücret niteliğindedir.

Stajyerler bakımından ücret ödenmesi zorunluluğu getiren bu Kanun değişikliğinin gerekçesi Taslak gerekçede “...*Staj, öğrencilere okulda kazandıkları mesleki yeterlikleri işletmede doğrudan üretim faaliyetlerine katılarak kullanma ve üretime katkı sağlama imkânı vermektedir. Bu durumda öğrencinin staj için aldığı ücretin karşılıksız olmadığı değerlendirilmektedir. Öğrenciye ücret ödenmesinin; öğrencinin aldığı eğitim ve staja önem vermesine katkı sağlayacağı, özellikle staj uygulamasında, staj yapılmadığı halde yapılmış gibi gösteren dosya düzenlenmesini önleyeceği değerlendirilmektedir.*” şeklinde ifade edilmektedir. Gerçekten de sahte stajların çokluğu ve staj yapmanın kendilerine katkı sağlamadığına dair stajyerler arasında var olan inanç, ücret ödenmesi yolu ile kaliteli bir staj dönemi geçirmede bir teşvike vesile olabilir.

³² Süzek, s.149. Başbuğ/Yücel Bodur, s.60.

³³ Ekonomi, s.48. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.192.



2. 3. Stajyer Sayısı ve Staj Süresi

Mesleki Eğitim Kanununun 6764 sayılı Kanunla değişik m.18'e göre; “On ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalıştırdıkları personel sayısının yüzde beşinden az olmamak üzere mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumu öğrencilerine beceri eğitimi, mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumu öğrencilerine staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırır. Öğrenci sayısının tespitinde kesirler tam sayıya tamamlanır. Bu işletmeler mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumu öğrencilerine staj yaptırabilir.”

Stajyer olarak çalışan bir kişi, staj dönemi sona ermesine rağmen işçi gibi çalışmaya devam ediyorsa o kişi ile işveren arasında zımni bir iş sözleşmesinin kurulduğu söylenecektir³⁴.

2. 4. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Stajyerlik

5510 sayılı Kanunda 02.12.2016 Tarihli ve 6764 Sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddeye göre “3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen... meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, ... hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olunan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.” Prime esas kazanç ise 3308 sayılı Kanunun 25. Maddesinde “mesleki ve teknik ortaöğretim okul ve kurumlarında okumakta iken staja, tamamlayıcı eğitime veya alan eğitimine tabi tutulan öğrencilerin sigorta primleri asgari ücretin yüzde ellisi üzerinden, Bakanlık ile mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin bütçesine konulan ödenekten karşılanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Sonuç ve Eleştiriler

Türkiye, genç nüfus yapısı ile sahip olduğu avantajı gelişim ve kalkınmanın her alanında göstermek için eğitime gereken önemi vermek zorundadır. Bu noktada mesleki eğitimin kaliteli ve arzu edilir seviyede olması, insan kaynağımızı en elverişli biçimde kullanmamızı sağlayacaktır. Uluslararası rekabet bakımından, mesleki ve teknik eğitime önem verilmesi, tabiri caizse beşeri sermayemizin kıymetini bilmek anlamına gelecek, kalkınmada itici bir kuvvet olacaktır.

Mesleki eğitime kurumsal bir kimlik kazandırıp, ülkemizde ilerlemesini sağlayan bir düzenleme olan 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda yapılan değişiklikler olumlu olmakla birlikte; ulaşılmak istenen hedef bakımından arzu edilen seviyede değildir.

³⁴ Ekonomi, s.49. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.192.



Mesleki Eğitim Kanununda 6764 sayılı Kanunla 2016 yılında yapılan değişiklikler özü itibariyle kısaca şöyle sıralanabilir;

- Çıraklık eğitimi düzenleyen Mesleki Eğitim Kanununda 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası, Kanunun kapsamına girecek meslek, kamu ve özel sektöre ait kurum, kuruluş ve işyerleri ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları belirleme yetkisi Mesleki Eğitim Kurulu yanında Yükseköğretim Kurulu'na da verilmiştir. Ancak 9 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 703 sayılı KHK m.193 ile Mesleki Eğitim Kurulu kaldırılmıştır. Hali hazırda Mesleki Eğitim Kanununun uygulama alanını belirleme yetkisi Milli Eğitim Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu'ndadır.

- Mesleki Eğitim Kanununun 6764 sayılı Kanunla değiştirilmiş 18. maddesinde, çırakların eğitim yapabileceği işletmelerin nitelikleri düzenlenmiştir. Burada daha önce yalnızca beceri eğitimi yer alırken artık ortaöğretim öğrencileri de düşünülerek staj ve tamamlayıcı eğitim yaptırma imkânı da eklenmiştir. Bu eğitimi yaptırmak zorunda olan Kanun kapsamında on ve daha fazla personel çalıştıran işletmeler, çalışma ve iş kurumu il müdürlüklerince her yıl şubat ayı içerisinde il millî eğitim müdürlüklerine ve o ildeki yükseköğretim kurumlarına bildirilir. Bu hususta değişiklik yapılmadan önce il millî eğitim müdürlüğü yerine il mesleki eğitim kuruluna bildirim yapılması gerekli idi.

- Kanunun 23. maddesinde yer almaktayken, 23. maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla 18. maddesine dâhil edilen düzenleme ile Kanun metni daha anlaşılır ve bütüncül olmuştur.

- Mesleki Eğitim Kanunu 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası stajı tanımlamıştır.

- Milli Eğitim Temel Kanununda ve Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde 6764 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra çıraklık eğitimi zorunlu ortaöğretim kapsamına alınmış ve mesleki eğitim merkezleri ortaöğretim kurumu olarak sayılmıştır. Böylece çıraklar bakımından amaç, 4+4+4 = 12 yıllık zorunlu eğitimin, çıraklık eğitimine sekte vuran ortaöğretim ayağını by-pass etmek gibi düşünülebilir. Artık çırakların açık lise okumasına gerek yoktur, ancak isterlerse de okuyabilirler.

- Bu değişikliklerle paralel olarak çıraklık sözleşmesi kurulabilmek için Mesleki Eğitim Kanununda getirilmiş olan 14-19 yaş sınırı Kanunda 6764 sayılı Kanunla yapılan bir değişikliklerle mülga edilmiştir. Ancak çırak olabilmek için hala en az ortaokul veya imam-hatip ortaokulu mezunu olmak şartı aranmaktadır. Bu halde dolaylı olarak, çırak olabilmek için 13 yaşın doldurulması gerekeceğini ifade edebiliriz. Çıraklık için üst yaş sınırı kesin olarak kaldırılmıştır.

- Çıraklık süresinin en az 2, en fazla 4 yıl olabileceğine dair olan hüküm ise 6764 sayılı Kanun ile mülga edilmiştir. Artık çıraklık süresine ilişkin böyle bir sınırlandırma hükmü bulunmamaktadır. Çıraklık süresine ilişkin hükümlerin kaldırılması da yine mesleki eğitim merkezlerinde geçirilen



sürenin ortaöğretimden sayılması hususu ile paraleldir. Bu durumun doğal sonucu olarak da nasıl ki ortaöğretim 4 yıllık bir süreçse, ortaöğretimden sayılan çıraklık ve kalfalık da toplam 4 yıllık bir süreç olacaktır.

- 6764 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonrası çıraklık süresi sonunda teknisyen unvanı kazanılacaktır.

- Mesleki Eğitim Kanununun 25. maddesinde yapılan değişiklikle çıraklar ve işletmeler arasında ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışları düzenleyecek sözleşmenin kimler arasında kurulacağı artık açıkça yazmamaktadır. Ancak taraflar değişmediğinden eski hüküm de açıklayıcı nitelikte kalmaktadır.

- 6764 sayılı Kanunla Mesleki Eğitim Kanununa eklenen geçici 12. madde ile çırakların yanı sıra stajyerlere ücret ödenmesi zorunluluğu getirilmiş ve bu ücretin de işletmede çalışan personel sayısına göre 1/3 ya da 2/3'ünün devlet tarafından İşsizlik Sigortası Fonundan ödeneceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Yani mevcut durumda 480 TL'nin 320 TL'si ya da 160 TL'si devlet tarafından karşılanacaktır. Bu düzenleme 2018-2019 eğitim öğretim yılında da uygulanmış ve Cumhurbaşkanı tarafından 3 yıl daha uzatılmıştır. Devlet katkısının ve ücret ödemesinin söz konusu olmadığı stajyerler ise *“staj yapacak işletme bulunamaması nedeniyle stajını okulda yapan ortaöğretim öğrencileri ile öğretim programı gereği staj yapmak zorunda olmayan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlar”*dır. Ayrıca ücret zorunluluğunun bulunmadığı bir diğer hal madde 25'te yer alan stajını *yükseköğretim kurumları ve birimlerinde yapan yükseköğretim öğrencilerinin yaptıkları stajlardır*.

- Çırakların ve stajyerlerin sosyal güvenlik hukuku yönünden incelenmesinde 5510 sayılı Kanunda 6764 Sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddesine göre çıraklar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası ve genel sağlık sigortası ile; stajyerler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve genel sağlık sigortası uygulanır. Prim ödeme yükümlüleri de 87. maddede “5. maddenin (b) bendinde belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim görenler ile meslekî veya teknik ortaöğretimde okumakta iken staja tâbi tutulan öğrenciler ile tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler için Millî Eğitim Bakanlığı veya bu öğrencilerin eğitim gördükleri okullar veya kurumlar,... özel sektör kuruluşları ve üniversiteler, yükseköğrenim sırasında staja tâbi tutulan veya işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler için öğrenim gördükleri yükseköğretim kurumu, ... prim ödeme yükümlüsüdür.” şeklinde düzenlenmiştir.

- Bu Kanunla değişikliğe gidilmeden önce 2-4 yıllık çıraklık süresi öngörülenler ve çıraklık eğitimi devam edenler bakımından bir mağduriyet doğmaması için Kanuna eklenen Geçici madde



11'e göre; "Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte çıraklık eğitime devam etmekte olanlar, eğitimlerini başladıkları programa ve mevzuata göre sürdürür."

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu; 1475 sayılı Kanun hükümlerine yapılan atıfların kaldırılmamış olması, Mesleki Eğitim Kurulu'nu kaldırırken görevlerine ilişkin hükümlerle diğer bazı maddelerinde Kurulun adını zikrettiği yerlerin hala yürürlükte olması, İş Sağlığı Güvenliği Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gibi kanunlara ilişkin içerik yönünden atıflar içermekle birlikte güncel Kanun isimleri ile atıfların olmaması, 818 sayılı Borçlar Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa atıfların bulunması, gibi yönleri bakımından 2016 tarihinde değişiklikler yapılmasına rağmen, güncellikten uzak olması hasebiyle şekli eleştiriler yöneltmeye oldukça müsaittir.

Ayrıca Kanunda çırak ve stajyerlerin çalışma koşullarına ilişkin yeterli düzenlemelerin bulunmaması da eleştiri konusu olmaktadır³⁵.

Kaynakça

Akış, Nalan/ İrgil, Emel/ Pala, Kayıhan/ Aytekin, Hamdi; Gemlik Çıraklık Merkezinde Okuyan Çırakların Çalışma Koşulları ve Sosyal Sorunları, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2004, 15-20.

Akyüz, Emine; Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 3. Baskı, Ankara 2013.

Başbuğ, Aydın/ Yücel Bodur, Mehtap; İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018.

Bostancıoğlu, Zeynep/Dinler, Müberra; Türkiye'de Çıraklık Eğitiminin Dünü Bugünü Geleceği, Çıraklık Dünü, Bugünü, Yarını Arama Konferansı, Sakarya 2017, 3-28.

Centel, Tankut; Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği, İstanbul 1982.

Çelik, Nuri; Ferdi İş İlişkilerinin Kurulması ve Sona Ermesi Açısından Yargıtay'ın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1977, İstanbul 1979.

Çelik, Nuri/Canıklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.

Çenberci, Mustafa; Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985.

Demircioğlu, Murat; Y9HD, 14.9.1977, E.1977/9775, K.1977/13293 Kararının Değerlendirilmesi, İHU, İşK 5 (No.2).

Ekonomi, Münir; İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1984.

³⁵Uşan, Çıraklık, s.91. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.190.



- Engin, Murat; “Gençlerin İş Güvenliği”, Çimento İşveren, C.8, S.5, Eylül 1994, 11-31.
- Esener, Turhan; İş Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- Gökalp, Özge Tuçe; Türk İş Hukukunda Çocuk İşçi Çalıştırma, Electronic Journal of Vocational Colleges, Mayıs 2011, 125-135.
- Kutal, Metin; 3308 Sayılı Yasada Çıraklık Statüsü, Eğitimi ve Çırakların Korunması, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXIII, S.9, Aralık 1986.
- Lordoğlu, Kuvvet; Türkiye’de Çocuk İşçiliğine İlişkin Değerlendirme ve Saptamalar, Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, Ekim-2016-Mart-2017, 19-28.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- Öztuna, Barış; Çırakların Sosyal Güvenlik Sistemindeki Yeri, Mali Çözüm Dergisi, Eylül Ekim 2017, Y. 27, S. 143, 69-82.
- Saymen, Ferit H.; Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Seçer, Öz; Çocuk ve Genç İşçilerle İş Sözleşmesinin Kurulması ve Bu Sözleşmeden Doğan Ücret Üzerinde Çocuk ve Genç İşçilerin Tasarruf Hakkı, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 28/2010, 1425-1452.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- Uşan, M. Fatih; Çıraklık Sözleşmesi, Konya 1994.
- Uşan, M. Fatih; Çıraklık Alanında Yapılan Son Yasal Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Çimento İşveren Dergisi, C.17, S.1, Ocak 2003, 20-29.
- Yürekli, Sabahattin; Çıraklık Kavramı, Çırakların Sosyal Güvenliği ve Çıraklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi, Prof.Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999.



BLOKZİNCİR TABANLI BITCOIN'İN ULUSLARARASI ALANDA VE TÜRKİYE'DE VERGİLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Tuğçe AKDEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

Öz

Bitcoin, açık kaynaklı yazılım kullanan taraflar arası (peer-to-peer) bir ödeme sistemidir. İşlemler, herhangi bir merkezi veya yöneticisi olmayan, geleneksel banka veya diğer güvenilir üçüncü şahıslar gibi doğrudan aracı bulunmayan kullanıcılar arasında yapılır. Bunlar ağ düğümleri (network nodes) tarafından doğrulanır ve hesap birimi olan blok zincirin bulunduğu herkese açık, dağıtık kayıt sistemi içerisinde kaydedilir.

Dijital bir ödeme sistemi olan Bitcoin'in niteliği ise, ülkeler arasında farklı şekillerde tanımlandırıldığı için (para, menkul kıymet, emtia gibi) uluslararası alanda ve Türkiye'de vergileme sistemi içerisindeki yeri de henüz tam olarak bir netlik kazanamamıştır. Bu kapsamda blok zincir teknolojisinin temel görünümü olan Bitcoin uygulamasının ve bunun vergilendirilmesinin yapacağı olası katkıların başlıklandırılması önem arz etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme, Bitcoin, Gelir Vergisi, Kurumlar Vergisi, Katma Değer Vergisi.

Giriş

Teknoloji çağıın gerekleri doğrultusunda hızla gelişmekte, genişlemekte ve internet, hayatımızın her alanına etki etmektedir. Bununla birlikte elektronik ticaret yaygınlaşmakta ve yeni kavramlar ortaya çıkmaktadır. Bilgisayar teknolojisinde yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı kavramlardan bir tanesi de Bitcoin'dir. Dijital çağın yeni mübadele aracı olarak kabul edilen Bitcoin, diğer para birimleri, mallar veya hizmetler karşılığında edinilen elektronik ve kripto bir varlık şeklinde ifade edilmektedir.

Günümüz itibarıyla kullanıcı sayısının altı milyona yaklaşmış olduğu Bitcoin'in henüz dünya genelinde tam anlamıyla sanal para olarak kabul görmüş olmaması, uygulamada hukuki niteliğinin belirlenmesinde yarattığı sorunlar olarak karşımıza çıkmakta ve bu sorunlardan en önemlisi ise vergilendirme alanında olmaktadır.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Sürekli olarak gelişen dijital ekonominin bir parçası olarak kabul edilen kripto paranın yükselişini fark eden hükümetler artık bu konuda düzenleme yapmaya başlamış veya önemli adımlar atmıştır. Buna göre çalışmada öncelikle Bitcoin'in temeli işlenecek, daha sonra yapılacak hukuki nitelendirme açıklamaları doğrultusunda Bitcoin'in uluslararası alanda örneklerle vergilendirilmesinin nasıl olduğu okuyucuya verilecektir. En son, Türkiye'de Bitcoin'in vergilendirilmesi konusuna ve tartışmalarına yer verilecek olup sonuç ve önerilerle çalışma sonlandırılmış olacaktır.

Bitcoin Nedir, Nasıl İşler?

Dijitalleşen ve globalleşen yaşamın her alanına sirayet eden teknoloji sayesinde, üretim faktörleri ve tüketim sanal ortama kaymakta; ödeme araçları ile finansal araçlar da hızlı bir şekilde dijitalleşmekte ve içinde bulunulan çağın gereklerine aynı hızda uyum sağlamaktadır. Bu kapsamda kripto paralar içerisinde en önemli konumda bulunan Bitcoin, blok zincir denilen sanal ve açık kaynaklı kod yazılımına dayanmakta, değişimi mümkün olmayan şifreler bütününden oluşmaktadır.³⁶ Diğer taraftan güçlü yazılımlar ile donatılan bilgisayarlar tarafından oluşturulan, kodlar zinciri ve dijital imzalarla birbirine bağlanan blok zincirler sayesinde Bitcoin işlemleri, herkesin kullanımına açık (anonim olmayan) ve takip edilebilir bir sistem yaratmaktadır.³⁷

İlk üretimi 4 Ocak 2009 tarihinde yapılan Bitcoin, yazılım tabanlı eşler arası bir ödeme sistemi olarak dijital para birimi olarak tanıtılmış; halen gizemini koruyan Satoshi Nakamoto isimli (ya da takma isimli) bir kişi ya da gruba atfedilmiştir.³⁸ Belirli bir hükümet veya merkez bankası tarafından denetlenmeyen Bitcoin, aynı zamanda merkezi otoriteler tarafından para birimi olarak da kabul edilmemektedir. Bununla birlikte bir grup kişi tarafından ödeme, transfer, biriktirme ve yatırım aracı olarak kabul gören alternatif sanal para olarak varlığını sürdürmektedir.³⁹

Bitcoin kazanmanın farklı yöntemleri mevcuttur. Bunlar:⁴⁰

Alım satım ile

Kripto para borsası üzerinden,

Takas yolu ile veya

İsteyen herkesin internet üzerinden ağa katılıp kapalı uç işlemci olarak kripto para üretimi ile mümkün olmaktadır.

³⁶Bitcoin Nasıl Çalışır?, <https://bitcoin.org/tr/nasil-calisir>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.

³⁷ Greenwood, Peter Evans- Hillard, Robert - Harper, Ian ve Williams, Peter, Bitcoin, Blockchain, and Distributed Ledgers: Caught Between Promise and Reality, Deloitte, 2016, s.5-16.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Nakamoto, Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2008.

³⁹ Sarkın Şahin, Figen, "Kripto Para: Alternatif Sanal Para", Vergi Dünyası, Sayı:443, 2018, s.27.

⁴⁰ Bitcoin Genel, <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-elde-edilir>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.



Bitcoin, açık kaynaklı yazılım kullanan taraflar arası (peer-to-peer) bir ödeme sistemidir. İşlemler, herhangi bir merkezi veya yöneticisi olmayan; geleneksel banka veya diğer güvenilir üçüncü şahıslar gibi doğrudan aracı bulunmayan kullanıcılar arasında yapılır. Bunlar ağ düğümleri (network nodes) tarafından doğrulanır ve hesap birimi olan blok zincirin bulunduğu herkese açık, dağıtık kayıt sistemi içerisine kaydedilir.⁴¹

Kripto para işlemlerinin yapılabilmesi için internet üzerinden açılan bir sanal cüzdan oluşturulması gerekmektedir. Sanal cüzdanın korunması sorumluluğu ise gerçek hayatta olduğu gibi kişiye ait olmaktadır. Ayrıca cüzdanlararası transferde Bitcoin'in yanlış gönderimde paranın geri alınması da mümkün değildir.⁴²

Bir işlemin blok zincire işlenmesi ise, Bitcoin madencileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Bitcoin madenciliği piramit şeması gibidir. Matematiksel işlemler ile Bitcoin üretilir diğer kullanıcılar onaylar (Consensus) ve sisteme kaydedilen bir miktar Bitcoin ödül olarak Madenciye verilir.

Görünürde, yirmi bir milyondan fazla Bitcoin birimi oluşturulmayacak olsa da zaten daha küçük altcoinlerin olması - milliBitcoin, microBitcoin ve satoshi gibi - bu sayıyı uygulamada ikiye katlayacaktır. Artık Bitcoinler, hükümetler tarafından çıkarılan para birimlerine göre daha değerli hale gelmeye başlamıştır.⁴³ 31 Ekim 2018 tarihi itibarı ile Bitcoin'in piyasa değeri yaklaşık 109 milyar dolar olarak tahmin edilir iken⁴⁴; 17 milyon 352 bin adet ise Bitcoin üretimi yapılmış bulunmaktadır.⁴⁵

231

Bitcoin'in Hukuksal Anlamda Niteliği Nedir?

Bitcoin, herhangi bir merkezi otorite veya belirli bir devlet tarafından ihraç edilip denetlenmediği için herhangi bir hukuksal düzenlemeye de tabi değildir. Bu durum ise uygulamada ne yazık ki birçok vergilendirme ve yasal sorunlarını da beraberinde getirmiş; Bitcoin'in hukuki nitelendirmesinin yapılması gerekliliği tartışmalarına yol açmıştır.

Uygulamada Bitcoin para, menkul kıymet veya dijital emtia olarak üç şekilde değerlendirilmektedir. Buna göre öncelikle ilgili kavramlar kısaca açıklanacak olursa;

⁴¹ Ainsworth, R.T. ve Shact, A.B., "Blockchain Technology Might Solve VAT Fraud", Tax Notes International, 83(10), 2016, s.1166.

⁴² Bitcoin, <https://bitcoin.org/tr/bilmeniz-gerekenler>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.

⁴³ Sheppard, Lee A., "News Analysis: Is Bitcoin Going Out of Style?", Worldwide Tax Daily, 12.09.2017, <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-daily/currency-transactions-and-issues/news-analysis-bitcoin-going-out-style/2017/09/12/1wbw6?highlight=bitcoin>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.

⁴⁴ Market Capitalization, <https://www.blockchain.com/tr/charts/market-cap>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.

⁴⁵ Bitcoins in Circulation, <https://www.blockchain.com/tr/charts/total-bitcoins>, Erişim Tarihi: 01.11.2018.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Para: Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracıdır.⁴⁶ Paranın iktisat bilimine göre dört temel fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar: Paranın değişim aracı, ortak hesap ve değer ölçüsü, tasarruf ve borçlanma aracı ile iktisat politikası aracı olmasıdır.

Ekonomide dijital para ise, elektronik olarak saklanan ve transfer edilebilen değerler olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷

Menkul Kıymet: Dönemsel gelir sağlayan, ibareleri aynı ve misli niteliğe haiz olan, ortaklık veya alacaklık hakkı getiren, belli bir bedeli temsil eden, yatırım vasıtası işlevi gören ve seri halde çıkartılan kıymetli evraktır.⁴⁸

Emtia: Türk Dil Kurumu tarafından “mal” olarak ifade edilen emtia⁴⁹, esasen ticarete konu olan mallardır. Tarım, ormancılık, enerji ürünleri, değerli madenler ile kimyasal ve hammaddeler benzeri alt gruplara ayrılmaktadır. En çok işlem hacmi olanlar: altın, gümüş, bakır, buğday, petrol vb.dir.⁵⁰

Örneklerle Bitcoin’in Uluslararası Alanda Vergilendirilmesi

Bitcoin şu an için kendine özgü bir sistem işleyişine sahiptir. Şifreli para hacminin en yüksek olduğu ülke Amerika Birleşik Devletleri’dir. Bitcoin’in sanal bir para olduğu ve ABD Doları, Avro ile diğer gerçek veya sanal paralar arasında değişimi veya satın alınabilmesi mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple Bitcoin’in federal vergi sistemindeki yeri, satın alma gücü ile satma gayesini ifade eden ve ticari bir mal olan “Emtia” olmaktadır. İşte bu kapsamda genel vergilendirme ilkeleri esas alınarak Bitcoin işlemleri vergilendirilmeye tabi tutulmaktadır.⁵¹

Birleşik Krallık’ın 3 Mart 2014 tarihinde yayınladığı “HM Revenue and Customs Brief 09/14” başlıklı bildirisine göre, Bitcoin ve benzeri kripto paraların döviz gibi değerlendirildiği ve bunların Katma Değer Vergisi (KDV) karşısındaki durumunun, işletmelerin Bitcoin faaliyetlerinden doğan gelirlerinin KDV ile ilişkilendirilemediği için KDV’den istisna sayılacağı belirtilmiştir. Kısacası sanal para birimlerinin vergi işlemlerinde, döviz ve kredi ilişkileri ile ilgili genel kurallar geçerli olacaktır. Diğer taraftan Bitcoin’le ilgili işlem yapan bir şirketin kâr ve zararları, normal kurumlar vergisi kuralları çerçevesinde hesaplara yansıtılacak ve

⁴⁶TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdc599d9b44d3.62376126, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁴⁷ Gökçe, Öznur, “Kriptografik Para “Bitcoin”, Vergi Dünyası, Sayı: 439, 2018, s.103.

⁴⁸ Gökçe, agm., s. 104.

⁴⁹TDK, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdc59a23fd370.34511179, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁰ Gökçe, agm., s.104.

⁵¹ Internal Revenue Bulletin: 2014-16 (2014), Notice 2014-21, 2014-16 IRB 938, https://www.irs.gov/irb/2014-16_IRB, Erişim Tarihi: 02.11.2018.



vergilendirilecektir. Adi ortaklığın Bitcoin işlemleriyle ilgili kar ve zararları ise hesaplarına yansiyarak normal gelir vergisi kuralları uygulanacaktır.⁵²

Almanya Federal Finansal Denetleme Kurumu'nun 19 Aralık 2013 tarihli bildirimine göre, Bitcoin ve benzeri kripto para birimleri hukuki anlamda bağlayıcı parasal araçlar olarak tanımlanmıştır (private money). Buna göre Bitcoin satışından elde edilen kazançlar (1 yıldan az süreli olmak veya 600 Avro'yu aşmak şartıyla) gelir vergisi (sermaye değer artış kazancı) olarak verilebilir.⁵³

İsviçre Federal Konseyi Ekim 2013'te, İsviçre parlamentosundan Bitcoin hakkında görüş almak üzere bir girişimde bulunmuş; dijital para birimlerinin etkilerini ve risklerini değerlendirmek için bilgilendirme istemiştir. İsviçre Federal Vergi Dairesi'nin sözcüsü, Bitcoin'deki işlemleri tamamlayan vergi mükelleflerine henüz bir yönlendirme yapılmadığını, ancak "mevcut yasalara göre, dijital para birimi cinsinden gelirin veya servetin vergilendirilmesini belirlemek mümkün olduğunu" belirtmiştir. KDV'den istisna olarak kabul edilen Bitcoin, genel olarak servet üzerinden alınan vergiler içerisinde değerlendirilmiş, döviz olarak kabul edilmiş, ödeme yöntemi yasal hale getirilmiştir. Örneğin Bitcoin şu an için vergi ödemelerinde kullanılır olmuştur.⁵⁴

Avustralya Vergi Dairesi ise, Bitcoin'e yakından bakmakta ve vergi sonuçlarının doğurabileceği normal gelişmelerin bir parçası olarak, Bitcoin ve diğer ödeme sistemlerinin izlenmesine yönelik bazı çalışmalar yapmaktadır. Buna göre Avustralya, Bitcoin'i emtia olarak tanımlamakta ve istisnalar saklı kalmak kaydı ile sermaye kazanç vergisine tabi tutmaktadır.⁵⁵

Bitcoin gibi sanal paralar İsrail tarafından da yine emtia olarak kabul edilmekte ve gelir vergisi, sermaye kazanç vergisi ve KDV'ye konu olabilmektedirler.⁵⁶

⁵² HM Revenue and Customs Brief 09/14 (2014), Tax Treatment of Activities Involving Bitcoin and Other Similar Cryptocurrencies, <https://www.gov.uk/government/publications/revenue-and-customs-brief-9-2014-bitcoin-and-other-cryptocurrencies>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵³ Bitcoins: Aufsichtliche Bewertung und Risiken für Nutzer, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins_en.html, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁴ How are Cryptocurrencies Taxed in Switzerland?, <https://switzerland.bc.events/en/article/how-are-cryptocurrencies-taxed-in-switzerland-90768>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁵ Transacting with Cryptocurrency, https://www.ato.gov.au/General/Gen/Tax-treatment-of-crypto-currencies-in-Australia---specifically-bitcoin/?page=2#Transacting_with_cryptocurrency, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁶ <https://cointelegraph.com/news/israel-confirms-cryptocurrency-will-be-taxed-as-property-not-currency>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



İsveç, Bitcoin ve diğer kripto para birimlerinin gelişmesine büyük ilgi göstermiş ve İsveç vergi dairesi (Skatteverket), dijital para birimlerinin vergi uygulama sonuçlarını “çok aktif bir şekilde” tartışmaya devam etmektedir.⁵⁷

Buna karşılık birkaç ülke ise Bitcoin’i yasaklamış veya sınırlamış bulunmaktadır. Örneğin Rusya, Bitcoin’in kara para aklanması ve terörizmin finanse edilmesi amaçları doğrultusunda kullanılabileceğini belirtmiş olup Bitcoin hakkında ayrı bir vergi düzenlemesinin yapılamayacağını açıklamıştır.⁵⁸ Vietnam, Bangladeş, Fas, Ekvator, Cezayir, Bolivya, Nepal, Makedonya gibi ülkeler Bitcoin ve diğer kripto paraların ticaretinin yasadışı olduğunu savunmuş ve Bitcoin’i illegal bulmuştur.⁵⁹

Bitcoin’in Türkiye’de Vergilendirilmesi

Türk vergi sistemine bakılacak olursa, durum bizim sistemimizde halen tam olarak bir netlik kazanamamıştır.

1993 yılından itibaren Avrupa Birliği tarafından incelemeye alınan elektronik paraya ilişkin en son tarihli 2009/110/EC sayılı Direktife⁶⁰ paralel olarak düzenlenen 2013 tarihli 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun’un 3.maddesinin (ç) bendi, elektronik parayı şu şekilde tanımlamıştır:

*“Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanun’da tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer”*dir.

Bitcoin açısından elektronik para kavramına yaklaşıldığında bu tanıma göre Bitcoin’in ülkemiz elektronik para kuruluşları tarafından kabul edilmediği açıkça görülmektedir.⁶¹ Aynı zamanda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yapılan açıklamadan da anlaşılabileceği

⁵⁷Sweden Plans to Regulate Bitcoin as an Asset and Implement a Capital Gains Tax, <https://99bitcoins.com/sweden-plans-to-regulate-bitcoin-as-an-asset-and-implement-a-capital-gains-tax/>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁸Russia: Bitcoin Owners and Miners Will Not Face ‘Separate’ Tax Laws, <https://bitcoinist.com/russia-cryptocurrency-standard-tax-laws/>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁵⁹ 11 Countries Where Bitcoin Is a Crime, <https://bitcoinist.com/11-countries-bitcoin-still-illegal/>, Erişim Tarihi: 02.11.2018.

⁶⁰ Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the Taking up, Pursuit and Prudential Supervision of the Business of Electronic Money Institutions Amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and Repealing Directive 2000/46/EC, OJ L 267/7, 10.10.2009.

⁶¹Ayrıntılı bilgi için bkz: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Elektronik_Para_Kuruluslari/Elektronik_Para_Kuruluslari.aspx, Erişim Tarihi: 02.11.2018.



gibi Bitcoin'in elektronik para olarak değerlendirilmeyeceği hakkında basın duyurusu da ayrıca yapılmıştır. Buna göre özetle:⁶²

“...Herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmeyen ve karşılığı için güvence verilmeyen bir sanal para birimi olarak bilinen Bitcoin, mevcut yapısı ve işleyişi itibarıyla Kanun kapsamında elektronik para olarak değerlendirilmemekte, bu nedenle de söz konusu Kanun çerçevesinde gözetim ve denetimi mümkün görülmemektedir.

Diğer taraftan, Bitcoin ve benzeri sanal paralar ile gerçekleştirilen işlemlerde tarafların kimliklerinin bilinmemesi, söz konusu sanal paraların yasadışı faaliyetlerde kullanılması için uygun bir ortam yaratmaktadır. Ayrıca Bitcoin, piyasa değerinin aşırı oynak olabilmesi, dijital cüzdanların çalınabilmesi, kaybolabilmesi veya sahiplerinin bilgileri dışında usulsüz olarak kullanılabilmesi gibi risklerin yanı sıra yapılan işlemlerin geri döndürülemez olmasından dolayı operasyonel hatalardan ya da kötü niyetli satıcıların suistimalinden kaynaklı risklere de açıktır...”

Bitcoin uygulamasına menkul kıymetler açısından bakıldığında ise, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin 1.fıkrasının (o) bendi Menkul Kıymetleri; “Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere;

- 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını,
- 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları”

olarak tanımladığı için şu an ki düzenlemelere göre Bitcoin'in menkul kıymet sayılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

Diğer taraftan Sermaye Piyasası Kurulu'nun 27 Kasım 2017 tarih ve 43 sayılı toplantısında belirttiği üzere, “sanal paralara ilişkin Türkiye’de bir düzenleme veya tanımlama bulunmadığı ve Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında yer alan türev araçlara dayanak teşkil edebilecek unsurlar içerisinde sanal para birimlerinin bulunmadığı dikkate alınarak, bu aşamada müşterilere yönelik sanal para birimlerine dayalı spot veya türev işlemler yapılmaması gerektiği hususunda bildirimde bulunulmasına karar verildiği” bildirilmiştir.⁶³

Ancak son zamanlarda Bitcoin vergilendirmesine yönelik araştırmalar hız kazanmış ve Maliye Bakanlığı, Sermaye Piyasası Kurulu ve Merkez Bankası ile ortak çalışmalara başlamıştır.

⁶² Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Basın Açıklaması, Sayı: 2013/32, 25 Kasım 2013, https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/12574bitcoin_hk_basin_aciklamasi.pdf, Erişim Tarihi: 03.11.2018.

⁶³ Kahraman, Abdülkadir “Endüstri 4.0 ve Sanal Para”, Dünya Gazetesi, 2018, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/endustri-40-ve-sanal-para/407633>, Erişim Tarihi: 03.11.2018.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Merhum Gelir İdaresi Başkanı Sayın Adnan Ertürk'ün 12 Aralık 2017 tarihli demeci; “*Sermaye Piyasası Kurulu, menkul kıymetin dayalı olduğu ‘gerçek’ bir ürünün olması gerektiğini ve Bitcoin’in menkul kıymet tanımına uymadığını belirttiği için; Merkez Bankası uzmanlarının ise paranın bir devlet bankası tarafından değer karşılığında basılması gerektiğinden yola çıkarak Bitcoin’e para denilemeyeceğini ifade ettiği için; bu iki ifadeden yola çıkarak Türkiye’nin kripto parayı bir ‘emtia’ olarak kabul edeceği yönündeki fikir giderek güçleniyor.*” Şeklinde olmuştur.⁶⁴

Gelir Vergisi Kanunu’nun (GVK) 2. maddesine göre, gelire giren kazanç ve iratlar yedi başlık altında toplanmıştır. Bunlar: “ticarî kazançlar, ziraî kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ile diğer kazanç ve iratlardır.”

Buradan yola çıkarak Bitcoin’in emtia olma özelliği ön plana çıktığı için eğer gerçek bir kişinin bir kez Bitcoin alıp sattığı ve buradan bir gelir elde etmiş olduğu varsayılırsa bu kazanç ya değer artışı kazancı ya da arızı kazanç olarak vergilendirilecektir. Ancak Değer Artış Kazancı GVK’nın mükerrer 80. maddesinde belirtilenlerle sınırlandırılmış olup yazılı mal ve hakların elden çıkarılmasından doğan kazançlar olarak ifade edilmiştir. Bitcoin’in elden çıkarılması yazılı olamayacağı için değer artış kazancı içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Arızı Kazançlar ise GVK’nın 82. maddesinde hüküm altına alınmış olup, “*arızî olarak ticarî muamelelerin icrasından veya bu nitelikteki muamelelere tavassuttan elde edilen kazançların*” vergilendirilmesi kabul edildiğinden Bitcoin kapsamında yapılan geçici alım satım işlemlerinin vergilendirilmesi gündeme gelecektir.

236

Eğer gerçek kişi sürekli Bitcoin alıp satıyor ve buradan gelir elde ediyor ise bu durumda gelir vergisi beyannamesi verip kazancından gelir vergisi ödemekle yükümlü olacaktır. Diğer bir ifadeyle devamlı faaliyeti ve belirli bir organizasyonu ile ticari kazanç elde eden mükellefin Bitcoin alım satımı vergilendirmeye tabi tutulacaktır.

Ayrıca emtia niteliğinde sayılacak bir Bitcoin işleminin KDV karşısındaki durumu da %18 KDV oranına tabi olacaktır. Çünkü Bitcoin; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 17. Maddesinin 4. Fıkrasının (g) bendinde düzenlenen “*Külçe altın ve külçe gümüş teslimleri ile kıymetli taşların (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebrecet, inci) 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre Türkiye’de kurulu borsalarda işlem görmek üzere ithali, borsaya teslimi ve borsa üyeleri arasında el değiştirmesi, döviz, para, damga pulu, değerli kâğıtlar, hisse senedi, tahvil...*” KDV’den istisna hükümlerine göre değerlendirilmeyeceğinden, bu sebeple, ticari faaliyet kapsamında değerlendirilen Bitcoin işlemlerinden elde edilen kazançlar,

⁶⁴ CNN Türk, Türkiye’de Bitcoin’den Para Kazanan Gelir Vergisi ve KDV Ödeyebilir, <https://www.cnnturk.com/ekonomi/turkiyede-bitcoinden-para-kazanan-gelir-vergisi-ve-kdv-odeyebilir>, Erişim Tarihi: 03.11.2018.



Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi gereğince vergilendirilmeye tabi tutulacak; Bitcoin üzerinden yapılan sözleşmelere yönelik Damga Vergisi de söz konusu olacaktır.

Sonuç

1982 Anayasası'nın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümündeki 73. maddesi vergi hukukunun Anayasa'da yer alan dayanağını ve asli kaynağını oluşturmaktadır. Bu maddede "vergi ödevine" ilişkin kurallar yer almaktadır.

Sözü edilen maddenin ikinci fıkrası, "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*" şeklindedir. Bu hüküm "mali güce göre ödeme ilkesi"ni ifade etmekte olup vergide eşitlik ilkesinin diğer bir görünümüdür. Vergide eşitlik ilkesinden söz edebilmek için yatay ve dikey adalet kavramları önem taşır. Durumları eşit olan kimselerin eşit miktarda vergi ödemeleri yatay eşitlik iken; durumları farklı olanlar için farklı miktarda vergi ödemeleri ise dikey eşitlik olarak adlandırılır.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına gelecek olursak, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" şeklinde düzenlendiğini görmekteyiz. Bu hüküm de bize diğer bir vergi ilkesi olan "kanunilik ilkesinin" benimsendiğini göstermektedir. Anayasa bu hükmüyle, keyfi ve takdiri uygulamayı önlemek istemektedir. Yani burada verginin mükellefi, konusu, vergiyi doğuran olayın tespiti, muafiyet ve istisnaları, matrahın tespiti gibi her hususun kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki vergileme ile ilgili sorunlar kamuoyunda sürekli tartışma konusu olmaya devam edecektir. Görüldüğü üzere, Bitcoin'e yatırım yapacak kişilerin vergisel riskleri bilmesi ve ona göre ihtiyatlı davranması onların yararına olacaktır. Kamusal anlamda ülkemizde bağlayıcı temel kaynağımız Anayasa göz önünde bulundurulmak üzere dünya örnekleri ile karşılaştırma yapılarak Bitcoin'in hukuki nitelendirmesi yapılmalı ve ilgili yasal düzenlemeler hayata geçirilmelidir. Bu kapsamda başta eşitlik ilkesi olmak üzere vergilendirmede açıklık ve şeffaflık ilkelerine de uyum sağlanmış olacaktır.

Kaynakça

11 Countries Where Bitcoin Is a Crime. <https://bitcoinist.com/11-countries-bitcoin-still-illegal/> adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

Ainsworth, R.T. ve Shact, A.B. (2016). Blockchain Technology Might Solve VAT Fraud. Tax Notes International, 83(10), 1165-1174.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Basın Açıklaması. Sayı: 2013/32, 25 Kasım 2013, https://www.bddk.org.tr/websitesi/turkce/Duyurular/Basin_Aciklamalari/12574bitcoin_hk_basin_aciklamasi.pdf adresinden erişildi. (ET: 03.11.2018)



Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu.
https://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Kuruluslar/Elektronik_Para_Kuruluslari/Elektronik_Para_Kuruluslari.aspx, adresinden erişildi. (ET:02.11.2018)

Bitcoin Genel. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-elde-edilir> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Bitcoin Nasıl Çalışır?. <https://bitcoin.org/tr/nasil-calisir> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Bitcoin. <https://bitcoin.org/tr/bilmeniz-gerekenler> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Bitcoins in Circulation. <https://www.blockchain.com/tr/charts/total-bitcoins> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Bitcoins: Aufsichtliche Bewertung und Risiken für Nutzer.
https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins_en.html adresinden erişildi. (ET: 11.11.2018)

CNN Türk. Türkiye'de Bitcoin'den Para Kazanan Gelir Vergisi ve KDV Ödeyebilir,
<https://www.cnntrk.com/ekonomi/turkiyede-bitcoinden-para-kazanan-gelir-vergisi-ve-kdv-odeyebilir> adresinden erişildi. (ET: 03.11.2018)

Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the Taking up, Pursuit and Prudential Supervision of the Business of Electronic Money Institutions Amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and Repealing Directive 2000/46/EC, OJ L 267/7, 10.10.2009.

Gökçe, Ö. (2018). Kriptografik Para “Bitcoin. Vergi Dünyası, Sayı: 439, 102-107.

Greenwood, P. E.- Hillard, R. - Harper, I. ve Williams, P. (2016). Bitcoin, Blockchain, and Distributed Ledgers: Caught Between Promise and Reality. Deloitte,

HM Revenue and Customs Brief 09/14 (2014). Tax Treatment of Activities Involving Bitcoin and Other Similar Cryptocurrencies. <https://www.gov.uk/government/publications/revenue-and-customs-brief-9-2014-bitcoin-and-other-cryptocurrencies> adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

How are Cryptocurrencies Taxed in Switzerland?. <https://switzerland.bc.events/en/article/how-are-cryptocurrencies-taxed-in-switzerland-90768> adresinden erişildi. (ET:02.11.2018)

<https://cointelegraph.com/news/israel-confirms-cryptocurrency-will-be-taxed-as-property-not-currency> adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

Internal Revenue Bulletin: 2014-16 (2014). Notice 2014-21, 2014-16 IRB 93.
https://www.irs.gov/irb/2014-16_IRB adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Kahraman, A. (2018). Endüstri 4.0 ve Sanal Para. Dünya Gazetesi, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/endustri-40-ve-sanal-para/407633> adresinden erişildi. (ET: 03.11.2018)

Market Capitalization. <https://www.blockchain.com/tr/charts/market-cap> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Nakamoto, S. (2008). Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.

Russia: Bitcoin Owners and Miners Will Not Face ‘Separate’ Tax Laws. <https://bitcoinist.com/russia-cryptocurrency-standard-tax-laws/> adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

Sarkın Şahin, F. (2018). Kripto Para: Alternatif Sanal Para. Vergi Dünyası, Sayı:443, 25-37.

Sheppard, L. A., .News Analysis: Is Bitcoin Going Out of Style?. Worldwide Tax Daily, 12.09.2017. <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-daily/currency-transactions-and-issues/news-analysis-bitcoin-going-out-style/2017/09/12/1wbw6?highlight=bitcoin> adresinden erişildi. (ET: 01.11.2018)

Sweden Plans to Regulate Bitcoin as an Asset and Implement a Capital Gains Tax. <https://99bitcoins.com/sweden-plans-to-regulate-bitcoin-as-an-asset-and-implement-a-capital-gains-tax/> adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

TDK.http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdc599d9b44d3.62376126 adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

TDK.http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5bdc59a23fd370.34511179 adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)

Transacting with Cryptocurrency. https://www.ato.gov.au/General/Gen/Tax-treatment-of-crypto-currencies-in-Australia---specifically-bitcoin/?page=2#Transacting_with_cryptocurrency adresinden erişildi. (ET: 02.11.2018)



6183 SAYILI KANUN BAKIMINDAN LİMİTET ŞİRKETLERİN AMME BORÇLARININ YAPILANDIRMA KAPSAMINDAN ÇIKMASI

Arş. Gör. Kerem ÖNCÜ

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı

Öz

Birçok amme borçlusu gibi limitet şirketler de, yapılandırma kanunlarından faydalanarak amme borçlarını indirimli şekilde ödemektedirler. Peşin ödemede konumuz açısından tartışılacak bir husus bulunmamaktadır. Ancak ödemenin taksitle yapılması kararlaştırıldığında ve söz konusu taksitler ödenmediğinde, amme borcu yapılandırma kapsamından çıkmaktadır. Bu durumda bakiye alacak tekrar tahsil edilebilir hale gelmektedir. Ancak bu noktada, vergi idaresi ile yargı organı arasında bir görüş ayrılığı bulunmaktadır. Vergi idaresi, yapılandırma bozulduğu takdirde bakiye alacak üzerinden tahsile kaldığı yerden devam etmektedir. Ancak yargı organı yapılandırılan borcun niteliğinin değiştiğine ve yeni bir borca dönüştüğüne, tahsilin de buna göre yapılması gerektiğine karar vermektedir. Bu çalışmada söz konusu görüş ayrılığı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Limited şirket, amme borcu, yapılandırma, kanuni temsilci, şirket ortağı

Giriş

Kamu borçlarının yapılandırılmasına ilişkin kanunlar, iki yılda bir düzenli şekilde kabul edilmeleri sebebiyle, hukuk sisteminin bir parçası haline gelmiştir. Ancak bu, söz konusu kanunların vergi hukukundaki müesseselerle uyumlu olduğu anlamına gelmemektedir. Mükellefler söz konusu kanunlar kapsamında devlete olan borçlarını yapılandırmaktadırlar. Taksitler ödenmediğinde ise, borç yapılandırma kapsamından çıkmakta, bakiye alacak cebren tahsil edilmektedir. Ancak, 6183 sayılı Kanun'daki limitet şirketlerin, ortakların ve kanuni temsilcilerin sorumluluğu ile ilgili özel hükümler, vergi idaresi ile yargı organını karşı karşıya getirmektedir.

Çalışmada bu görüş ayrılığı üzerinde durulacak ve tartışılmalı konu bir nebze de olsa açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Öncelikle, limitet şirketlerin amme borçlarının nasıl tahsil edileceği genel hatları itibarıyla değerlendirilecektir. Sonrasında, amme borcunun yapılandırılmasına imkan veren kanunların ortak özellikleri, avantajları, doktrindeki eleştiriler üzerinde durulacak, borç yapılandırma kapsamından çıktığında nasıl tahsil edildiği ve yargı



organının bu konudaki görüşü ele alınacaktır. Bu noktada, yapılandırmanın hukuki mahiyeti değerlendirilecek, vergi idaresi ile yargı organı arasındaki görüş ayrılığı ile ilgili, olması gereken hukuk yönünden bazı tavsiyelerde bulunulacaktır.



I. Limitet Şirketlerin Amme Borcu

6183 sayılı Kanun madde 35 ve mük. madde 35 uyarınca, limitet şirketlerin amme borçlarının tahsili için öncelikle şirketin malvarlığına başvurulması gerekmektedir. Süreç, şirket adına düzenlenen ödeme emrinin hukuka uygun şekilde tebliğ edilmesi ile başlamaktadır. Kanunda belirtilen süre içinde amme borcu ödenmediğinde, kamu alacağını cebren tahsil edilmektedir. Şirket hakkında malvarlığı araştırması yapıldıktan sonra, borcu karşılayacak kadar malvarlığı bulunması durumunda, söz konusu malvarlığından kamu alacağı tahsil edilecektir. Ancak herhangi bir malvarlığına rastlanılamamışsa veya şirketin malvarlığı borcu karşılamaya yetmiyorsa, bu durumda kanuni temsilcinin ve ortakların malvarlığına başvurulacaktır.

VDDK, bir kararında sürecin nasıl izlenmesi gerektiğini şu şekilde vurgulamıştır:

“Şirket tüzel kişiliği adına ödeme emri düzenlenip düzenlenmediği, dolayısıyla kamu alacağının kesinleşip kesinleşmediği, hacze başvurulup başvurulmadığı belirlenmeden şirketin borcu nedeniyle kanuni temsilcinin takibi mümkün değildir.”¹

Limitet şirketin amme borcundan dolayı şirket ortağı ve kanuni temsilcinin malvarlığına başvurulabilmesi için, 6183 sayılı Kanun md. 35/1 uyarınca amme borcunun şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Kısmen veya tamamen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması, vergi idaresinin takdirine bırakılmamış, kanun koyucu tarafından bizzat tanımlanmıştır. 6183 sayılı Kanun madde 3 uyarınca;

- Tahsil edilemeyen amme alacağı; amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını,
- Tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı terimi ise; amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağının veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranılan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını ifade etmektedir.

Görüldüğü üzere, vergi idaresi şirket hakkında yapacağı takibi keyfi olarak yarıda bırakıp, ortak veya kanuni temsilcinin malvarlığına başvurma imkanına sahip değildir. Danıştay, bu konu

¹ Danıştay VDDK 2002/395E, 2002/491K, 13.12.2002.



üzerinde titizlikle durmaktadır. VDDK kanuni temsilcinin malvarlığına hangi durumda başvurulabileceğini şöyle ifade etmiştir:

“Olayda, şirketin ödenmeyen vergi borçlarının tahsili amacıyla şirket hakkında bankalar ve belediyeler nezdinde menkul ve gayrimenkul mal araştırması yapıldığı ve herhangi bir malvarlığına rastlanmadığının saptanması üzerine söz konusu kamu alacağının tahsili için kanuni temsilci olan davacı adına ödeme emri düzenlendiği anlaşılmıştır.”²

Konunun üzerinde titizlikle duran VDDK, şirket adına kayıtlı olup haczedilen gayrimenkulün satışı esnasında, ilk artırmada alıcı çıkmaması sonrası kanuni temsilciye ödeme emri gönderilmesini hukuka aykırı bulmuştur:

“Hacizli gayrimenkulün ilk artırmada alıcısının çıkmaması şirket hakkındaki tüm takip yollarının tüketildiği sonucunu doğurmaz. 6183 sayılı Yasayla idareye tanınan cebren tahsil yolları sonuçlandırılmadan ve borçlu şirketin aciz halinde olduğu tespit edilmeksizin VUK madde 10 gereğince, temsilci sıfatıyla davacı adına ödeme emri düzenlenemeyeceğinden ödeme emrinin iptali yolundaki kararda hukuka aykırılık görülmemiştir.”³

I. Amme Borcunun Yapılandırılması

Kişilerin devlete olan borçlarının yapılandırılması imkanı tanıyan kanunlar, en geç iki yılda bir düzenli olarak kabul edilmeleri sebebiyle, vergi hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Birçok kişi bu kanunlardan faydalanarak borçlarını yapılandırmakta, kamu alacağını olması gerekenden daha geç ve daha az ödemektedir. Devlet ise, tahsil edilip edilemeyeceği şüpheli olan amme alacaklarını, zaman ve emek harcamadan tahsil etmektedir. Söz konusu kanunların vergi ihtilaflarını azalttığını, gerekli inceleme yapılmadan kesilen cezaları kaldırarak adaleti sağladığını, idarenin ve yargının yükünü azaltmak gibi önemli kamu yararlarını gözettiğini belirten Anayasa Mahkemesi,⁴ şimdiye kadar bir iptal kararı vermemiştir.⁵ Söz konusu avantajlarına karşın, bu kanunlar eşitlik ilkesi bakımından eleştirilmekte, vergi suçları ile mücadeleyi olumsuz etkilemekte ve sistemi sürekli bu kanunlara mecbur etmektedir.⁶ Bunun dışında, yapılandırma vergi hukukundaki birçok müessese ile yakından ilişkili olmasına rağmen, kanunlarda bu ilişki göz ardı edilmekte, bu ise bazı hukuki tartışmaların doğmasına sebep

² Danıştay VDDK 2002/395E, 2002/491K, 13.12.2002.

³ Danıştay VDDK 1999/153E, 1999/507K, 26.11.1999.

⁴ Anayasa Mahkemesi, 1986/5E, 1987/7K, 19.03.1987. Anayasa Mahkemesinin benzer değerlendirme yaptığı başka bir kararı: 2014/177E, 2015/49K, 14.5.2015.

⁵ Saban, Vergi Hukuku, s. 188; Yaltı, Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar, Vergi Sorunları Dergisi, S. 272, Mayıs 2011, s. 9.

⁶ Yaltı, Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar, Vergi Sorunları Dergisi, S. 272, Mayıs 2011, s. 9; Saban, Vergi Suçlarında Affı Anayasa İle Sorunsallaştırmak, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 18, Yıl 2001, s. 462, 467, 470.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



olmaktadır. Bunlardan biri de 6183 sayılı Kanun'daki limitet şirketlerin amme borcundan sorumluluğudur.

Amme borcunun yapılandırılması durumunda, genellikle cezalar silinmekte, gecikme zammı/faizi güncellenmekte, kalan meblağ ise peşin veya taksitle ödenmektedir. Taksitlerin zamanında ödenmemesi durumunda, amme borcu yapılandırma kapsamından çıkmaktadır. Bu durumda söz konusu borç, 6183 sayılı Kanun kapsamında tekrar tahsil edilebilir hale gelmektedir. Ancak, tahsilin nasıl yapılacağı konusu belirsizdir. Yapılandırma kapsamından çıkan amme alacağının tahsilinin kaldığı yerden mi, yoksa önce limitet şirkete ödeme emri tebliğ edilmek suretiyle baştan mı başlayacağı konusunda, vergi idaresi ve yargı organı birbirinden farklı düşünmektedir.

Vergi idaresi uygulamada, yapılandırma kanunlarında belirtildiği şekilde ödemelerin aksamaması durumunda, tecili kaldırmakta ve bakiye borç üzerinden takibe kaldığı yerden devam etmektedir. Ancak yargı organı bu konuda vergi idaresinden farklı düşünmektedir. 10.01.2001 – 22.03.2001 tarihleri arasında yönetim kurulu üyeliği yapan davacıya, şirketin 2001 yılı kurumlar vergisi borcu sebebiyle kanuni temsilci sıfatıyla ödeme emri gönderilmiştir. Ancak şirket, 21.04.2003 tarihinde 4811 sayılı Kanun uyarınca matrah artırımında bulunup kamu alacağını yapılandırmıştır. İlk taksit ödendikten sonra diğerleri ödenmemiştir. Bunun üzerine malvarlığı araştırması neticesinde şirketin kamu alacağını karşılayacak bir malvarlığı bulunamamış ve kanuni temsilci sıfatıyla davacı hakkında takibe geçilmiştir. Ancak Danıştay 4. Dairesi, matrah artırımında bulunup taksitlendirilen kamu alacağının, davacının kanuni temsilciliği dönemi dışında tahakkuk ettiğini kabul etmiş ve davacının sorumlu olamayacağına karar vermiştir.⁷

Danıştay, matrah artırımı ve geçmiş kamu borcunun yapılandırılmasını birlikte ele almıştır. Matrah artırımı, kamu borcunun yapılandırılmasından farklı bir konudur. Vergi yükümlüsü, matrah artırımına başvurmadan önce böyle bir borç bulunmamaktadır. Bu sebeple matrah artırımını konusunda Danıştayın görüşüne katılmakla birlikte, mevcut kamu borcunun yapılandırılması konusunda kuşklar söz konusudur. İlk derece mahkemeleri ve istinaf mercileri de uygulamada Danıştayın kararına benzer biçimde, yapılandırma kanunları kapsamında yapılan başvurular ile borcun tutarı, vadesi, dönemi ve ödenmemesi durumunda sorumlu tutulacak kişilerin değiştiğini, yani niteliğinin değiştiğini, eski borcun sona erip yeni bir borcun doğduğunu, eski borcun sorumluluğunun da ortadan kalktığını, yinelenen bu borcun ödenmemesi durumunda önce asıl borçlu şirketin malvarlığına başvurulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.

Tahsil aşamasına gelmiş ve şirket adına ödeme emri tebliğ edildikten sonra, yapılandırmaya konu olan bir kamu borcunun yeni bir borç haline gelip gelmediği ve hukuki niteliğinin değişip

⁷ Danıştay 4. D. 2010/8194, 5800, 28.06.2011; Aktaran: Coşkun, Açıklamalı – İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s. 400.



değişmediği üzerinde durulması gereken bir konudur. Zira yapılacak değerlendirmeye göre, borç yapılandırma kapsamından çıktığında bakiye alacağın tahsilinin 6183 sayılı Kanun uyarınca nasıl yapılacağı da değişecektir.

I. Amme Borcunun Hukuki Niteliğinin Değişmesi ve Bu Kapsamda Yapılandırmanın Hukuki Mahiyeti

Yargı organı ile vergi idaresi arasındaki görüş ayrılığının odak noktası, yapılandırma işleminin hukuki mahiyeti ile alakalıdır. Amme borcu yapılandırıldığında, bedel değişmektedir. Yapılandırma kanunlarına dayanarak çıkarılan genel tebliğlerde, kamu alacağı kalemlerinden hangilerinin aynı kalacağı, cezalardan hangilerinin silineceği, hangilerinde ne kadar indirimle gidileceği faizlerin nasıl hesaplanacağı örnekleriyle gösterilmektedir.⁸ Taksitler ödenmediğinde cebren tahsili gereken bakiye alacağın miktarı ve hangi kalemlerden oluştuğu da bellidir. Bu sebeple yapılandırılan amme alacağının ve taksitler ödenmediğinde tahsili gereken bakiye alacağın yeni bir borca dönüşmediği düşünülmektedir.

6183 sayılı Kanun'da borcun niteliği konusunda tek bilgi, bunun bir kamu alacağı olmasıdır. Bu, yapılandırma öncesinde de, sonrasında da aynıdır. 6183 sayılı Kanun'da ve yapılandırma kanunlarında, amme alacağının yapılandırılması durumunda borcun niteliğinin değiştiğini ifade eden bir hüküm bulunmamaktadır. Yapılandırma durumunda silinen, indirim yapılan ve korunan kamu alacağı kalemleri bellidir. Ödenmediğinde bakiye alacak yine 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilecektir. Bunun dışında amme borcunun tarafları açısından da bir değişiklik olmamaktadır. Konu ile ilgili belirtilenler, borcun niteliğinden ziyade niceliğinin değiştiği yönündedir. Bu sebeple amme alacağının yapılandırılması durumunda, borcun niteliğinin değişmediği düşünülmektedir.

Yapılandırma, Türk Borçlar Kanunu madde 133'teki borcun yenilenmesi ile özdeşleştirilmektedir.⁹ Borcun yenilenmesi, "Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı" başlıklı 3. bölümde düzenlenmiştir. Kanun'da yenileme ile ilgili bir tanım yer almamakla birlikte,¹⁰ hükmün ilk fıkrasında yenilemenin, yeni bir borçla mevcut bir borcun sona erdirilmesi şeklinde olduğu ifade edilmiştir.

Borcun yenilenmesi, mevcut borcun sona ermesini sağlamaktadır. Doktrinde, yenileme durumunda borcun mu yoksa daha geniş anlamda borç ilişkisinin mi sona erdiği konusunda farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, yenileme durumunda taraflar arasındaki borç ilişkisi

⁸ Vergi ve Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 7143 Sayılı Kanun Genel Tebliği (Seri No: 1), Örnek 4; http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/mevzuat/7143Teb/7143Teb_serino1.pdf (ET: 22.10.2018)

⁹ Altaş, Vergi Borçlarının Yapılandırılma ve Borcun Niteliğinin Değişmesi, <http://www.alomaliye.com/2018/07/02/borcun-niteliginin-degismesi/> (ET: 05.09.2018)

¹⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 870.



sona ermemekte, dar anlamda borç sona ermektedir.¹¹ Diğer bir görüşe göre ise, yenileme durumunda önceki borç ilişkisi sona ermektedir.¹² Amme borcu yapılandırıldığında, amme borcu ve kamusal borç ilişkisi sona ermemekte, bedel değişmektedir.

Yenilemede, kanunda belirtildiği üzere, yeni bir borcun kurulması gerekmektedir. Borcun miktarında, ödeme koşullarında yapılan değişiklikler, yenileme olarak addedilmemektedir.¹³ Yapılandırmada ise borcun miktarı ve ödeme şartlarında birtakım değişiklikler yapılmaktadır. Nitekim buna ilişkin kanun maddelerinde, alacak kalemlerinden hangilerinin silineceği, hangilerinde indirimle gidileceği, hangi kalemlerin aynı kalacağı, peşin ve taksitle ödeme gibi hususların ayrıntılı şekilde kararlaştırılmaktadır.¹⁴ Ayrıca, yapılandırma sonucunda ödenecek meblağ yeni bir borç sayılsa bile, buna taraflar kendi iradeleri ile karar vermemekte, ilgili kanunda düzenlenmektedir. Bu sebeplerle yapılandırmanın borçlar hukukundaki borcun yenilenmesi kurumuna benzediği görüşüne katılmak mümkün değildir.

Yargı organının yapılandırılan amme borcunu yeni bir borç olarak nitelemesi, kötü niyetli bazı tasarruflara sebebiyet verebilir. TTK madde 625 uyarınca müdürler, şirketi temsile yetkilidir. Borç yapılandırılmadığında veya yapılandırma kapsamından çıktığında amme alacağının ödenmemesinden sorumlu olacak olan kanuni temsilci sonuçlarını bilerek yapılandırmaya karar vermektedir. Konuyu örnek üzerinden açıklamak gerekirse, bir limitet şirket hakkında yapılan malvarlığı araştırması neticesinde, şirket adına kayıtlı olan iki adet araba dışında hiçbir şeyin bulunmadığını, söz konusu arabalar üzerinde de birçok haciz bulunduğunu düşünelim. Amme alacağının tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması üzerine, ortak ve kanuni temsilcilere yönelmeden önce yapılandırma başvurusu yapılıyor. Birkaç taksit dışında diğerleri ödenmiyor ve alacak yapılandırma kapsamından çıkıyor. Bu durumda, 6183 madde 35 ve mük. madde 35'i tekrar baştan işletmek, şirkete vakit kazandırmak dışında bir işe yaramayacaktır. Ayrıca sorumlu olması gereken şirketin kanuni temsilcisi ve ortakları da haksız yere avantajlı konuma gelecektir.

Danıştayın bu kararı, Anayasa Mahkemesinin kanuni temsilcilerin sorumluluğu ile ilgili verdiği iptal kararı ile de çelişmektedir.¹⁵ Şirket hakkında yüklü miktarda vergi ve ceza tesis edilmesine

¹¹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1289.

¹² Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 871.

¹³ Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, s. 825.

¹⁴ Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 7143 Sayılı Kanun Genel Tebliği (Seri No: 1) Örnek 4'te yapılandırılan ve ödenmesi gereken alacak kalemleri ve ödeme şekli ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/mevzuatek/7143Teb/7143Teb_serino1.pdf (ET: 29.08.2018)

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, 2014/144E, 2015/29K, 19.3.2015:

“İtiraz konusu kuralın getiriliş amacının; amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olması hâlinde bu şahısların sorumluluk uygulamasının, amme alacaklarının düzenlendikleri kanunlardaki kanuni ödeme sürelerinde veya özel ödeme sürelerinde farklı şahısların olması hâlini de kapsadığı görülmektedir.



sebeplere ve borcu ödemeyen kanuni temsilcinin şirketten ayrıldığını düşünelim. Yeni kanuni temsilci borcun yapılandırılması için başvuruda bulunup, şirketin içinde bulunduğu ekonomik durum sebebiyle taksitleri ödeyemediğinde, bakiye alacak kusurlu olan ilk kanuni temsilciden tahsil edilmelidir. Ancak Danıştayın kararındaki gibi bu yeni bir borç olarak nitelendiğinde, ikinci kanuni temsilci sorumlu olacaktır. Bu Anayasa Mahkemesinin kararı ile de çelişen, hukuken kabul edilemez bir sonuçtur.

Yargı organı bu kararı ile kötü niyetli tasarrufları himaye etmiş olacaktır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk sistemi korumayacağına göre, bu durumda yapılandırma sonrasında kamu alacağının tahsili sürecinin baştan başlamaması, bakiye alacağın yapılandırma öncesi kaldığı yerden tahsil edilmesi gerekmektedir.

Konu, borcun yenilenmesinden ziyade, 6183 sayılı Kanun madde 48'deki tecil müessesesine daha çok benzemektedir. Amme borçlusu zor durumda olduğunu vergi idaresi nezdinde kanıtlayabildiğinde, kural olarak teminat karşılığı alacağın tecili ve taksitlendirilmesi mümkün olmaktadır. Aralarındaki fark, yapılandırmada indirim yapılırken tecilde indirim söz konusu olmamaktadır. Bunun dışında, tecilde kural olarak borçludan teminat alınmaktadır. 6183 sayılı Kanun madde 48'in son fıkrası uyarınca, tecil şartlarına riayet edilmemesi durumunda, amme alacağı muaccel olur. Bu durumda, borçludan teminat alınmışsa, ödeme emri tebliğ edilerek borcu ödemesi aksi halde teminatın paraya çevrileceği belirtilir. Şayet borçludan teminat alınmamışsa, önceden ödeme emri tebliğ edilmemiş olması şartıyla ödeme emri tebliğ edilir ve borcun cebren tahsiline başlanır.¹⁶

Tecil müessesesinde, borcun niteliğinin, sorumluların değiştiğine veya yeni bir borç haline geldiğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar ödeme emri tebliğ edilmekteyse de bu, teminat paraya çevrilmeden önce, amme borçlusuna son bir kolaylık sağlamak içindir. Nitekim 6183 sayılı Kanun madde 56'da bu husus vurgulanmaktadır. Aksi halde limitet şirketlerle ilgili özel düzenlemelerin tekrar baştan uygulanması anlamında değildir. Kaldı ki, borçludan teminat alınmadığında ve önceden ödeme emri tebliğ edildiğinde, tekrar bir ödeme emri gönderilmeksizin cebren tahsil işlemlerine başlanmaktadır.

Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebilir. Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır."

¹⁶ Coşkun, Açıklamalı – İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s. 499.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



Amme alacağının cebren tahsil süreci, 6183 sayılı Kanun'da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bunun birden çok sebebi bulunmaktadır. Bunlardan biri, mülkiyet hakkını sınırlandırması sebebiyle 1982 Anayasası madde 13 gereği yasal düzenlemenin zorunlu olmasıdır. Bunun dışında, Anayasa madde 73/3'te düzenlenen verginin yasallığı ilkesi, tahsil usulünü de kapsamaktadır.¹⁷ Bu kurallar vergi idaresi için bağlayıcı olduğu kadar, yargı organı için de bağlayıcıdır. Yapılandırma kanunlarında bakiye alacağın tahsili sürecinde ayrıntılı düzenlemeye gidilmemesi veya mevcut düzenlemelerle bağlantı kurulmaması bir eksikliktir. Bu durumda 6183 sayılı Kanun'daki mevcut hükümlerin uygulanmasından başka bir çözüm bulunmamaktadır. Kanunda limitet şirketin amme borcundan sorumluluğu, ödeme emrinin hangi durumlarda tebliğ edileceği ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Kanuna uygun şekilde, limitet şirket adına ödeme emri tebliğ edildikten sonra, yapılandırılan ve bu kapsamdan çıkan amme borcunun bakiyesinin yeni bir borç olduğu ve tekrar şirkete ödeme emri tebliği gerektiği düşünülüyorsa, bu yasa koyucu tarafından 6183 sayılı Kanun madde 56'daki gibi ayrıca kararlaştırılmalıdır. Açık yasal dayanak olmadan bu şekilde farklı bir süreç izlemeye vergi idaresinin de yargı organının da bir yetkisi bulunmamaktadır.

Sonuç

Yapılandırma, hukuki niteliği itibarıyla yeni bir borcun doğmasını, borcun niteliğinin değişmesini sağlamamaktadır. Aksine, yapılandırma neticesinde kamu borcunun sadece niceliği değişmektedir. Bu sebeple hukuki niteliği itibarıyla, borcun yenilenmesinden ziyade 6183 sayılı Kanun'daki tecil müessesesine daha çok yaklaşmaktadır. Danıştayın görüşü doğrultusunda yapılandırma yeni bor borç olarak ele alındığında ve taksitler ödenmeyip bakiye alacak tahsil edilebilir aşamaya geldiğinde, tekrardan limitet şirketin malvarlığına başvurma zorunluluğu söz konusu olacak, bu da şirketin kanuni temsilcisi ve ortaklarını hukuka aykırı şekilde avantajlı konuma gelmiş olacaktır. Bu, hukuka aykırı bir yorum olacağı gibi, kanuna ve Anayasa Mahkemesinin kanuni temsilcilerin amme borcundan sorumluluğu ile ilgili kararına da aykırı olacaktır. Bakiye alacak için şirkete tekrar ödeme emri gönderilmesi, 6183 sayılı Kanun madde 56'daki gibi özel bir hükmü gerektirmektedir. Yasada böyle bir düzenleme olmadığı müddetçe, idare de yargı organı da buna karar verme yetkisine haiz değildir. Bu sebeplerle amme borcu

¹⁷ Anayasa Mahkemesi, 1977/109E, 1977/131K, 29.11.1977:

“Anayasa'nın 61. maddesinin son fıkrasına göre, vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler ancak kanunla konulur. Anayasa koyucunun, her çeşit malî yükümlerin kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması gereğini götüğünde kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek ya da tüzükte belli ettirerek bir malî yükümlerin ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Malî yükümlerin yükümlülükleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir malî yüküml bu yönleri dolayısıyla, kanunla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açılabilmesi olasıdır. Bu bakımdan yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri keskin çizgilerle belirtilerek kesinlikle kanunlarla düzenlenmelidir.”



yapılandırma kapsamından çıktığında, bakiye borcun tahsiline, yapılandırma esnasında hangi aşamada kaldıysa o aşamadan devam edilmelidir.

Kaynakça

- Altaş, B. (02.07.2018). Vergi borçlarının yapılandırılma ve borcun niteliğinin değişmesi. <http://www.alomaliye.com/2018/07/02/borcun-niteliginin-degismesi/> (ET: 05.09.2018)
- Coşkun, M. (2016). Açıklamalı – içtihatlı amme alacaklarının tahsil usulü hakkında kanun. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Eren, F. (2017). Borçlar hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. (2016). Borçlar hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Maliye Bakanlığı. (2018). Vergi ve bazı alacakların yeniden yapılandırılmasına ilişkin 7143 sayılı kanun genel tebliği (Seri No: 1). http://www.gib.gov.tr/sites/default/files/fileadmin/mevzuatek/7143Teb/7143Teb_serino1.pdf. (ET: 22.10.2018)
- Saban, N. (Ekim 2015). Vergi hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Saban, N. (2001). Vergi suçlarında affı anayasa ile sorunsallaştırmak. Anayasa Yargısı Dergisi. Cilt 18. s. 451-475.
- Yaltı, B. (Mayıs 2011). Devlet (siyaseten) unuttur, bilim (hukuku) hatırlar. Vergi Sorunları Dergisi. S. 272.
- Yavuz, N. (2012). Türk borçlar kanunu şerhi. Ankara: Adalet Yayınevi.



4857 SAYILI İŞ KANUNU'NA GÖRE İŞ GÜVENCESİ KAPSAMINDA OTUZ İŞÇİ SAYISININ BELİRLENMESİ

Banu ÖZDEN

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş olan, feshin geçerli sebebe dayandırılması ile ilgili hükümler uyarınca otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin, işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilirken bir takım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlardan bir tanesi çalışma konumuzu oluşturan, işçinin çalıştığı işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması koşuludur. Çalışmamızın konusu 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Güvencesi Kapsamında Otuz İşçi Sayısının Belirlenmesi olduğundan öncelikle Kanun düzenlemesinin 158 sayılı Sözleşme ve Anayasa bakımından değerlendirilmesi, daha sonra otuz işçi sayısının nasıl hesaplanacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İş güvencesi, otuz işçi, 158 sayılı sözleşme.

Giriş

İş güvencesi ile ilgili hükümler ülkemizde ilk defa, 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'ne uygun olarak, 09.08.2002 tarihinde kabul edilen, 15.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4773 sayılı İş Kanunu, Sendikalar Kanunu İle Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalışanlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁵⁴⁴ ile kabul edilmiştir. Söz konusu kanunun 13/A⁵⁴⁵ maddesi uyarınca 1475 Sayılı İş Kanunu'na eklenen iş güvencesi hükümleri; 'On Veya daha fazla işçi çalıştıran iş yerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.' şeklinde düzenlenmiştir. Esasında iş güvencesinin amacı,

⁵⁴⁴ RG. 15.08.2002, S.24847.



işçinin işinin güvence altına alınması olup işçiyi, keyfi denilebilecek fesihlere karşı korumaktır ⁵⁴⁶. Zira 4773 sayılı Kanun öncesinde fesih bildirimiyle yapılan fesihlerde bir sebep gösterilmesi zorunluluğu olmadan taraflardan her biri kanunda belirtilen bildirim sürelerine uymak şartıyla sözleşmeyi feshedebilmekteydi. Bu durum özellikle işçinin korunması bakımından sakıncalı görülmekteydi ⁵⁴⁷.

15.03.2003 tarihinden itibaren işyeri ölçüt alınarak on işçi çalışan işyerlerinde uygulanmaya başlayan iş güvencesi; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile işverene ait aynı işkolundaki tüm işyerlerini kapsama alan işyeri ve işletme ölçütüne göre otuz işçi çalıştırılan işyerleri için uygulanmaya devam etmiştir. 4857 sayılı İş Kanunun 18.maddesinin birinci fıkrası uyarınca ' Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır'. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre 'İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir'.

I.Düzenlemenin 158 Sayılı Sözleşme Ve Anayasa Bakımından Değerlendirilmesi

1. 158 Sayılı Sözleşme Bakımından

Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi, Türkiye tarafından 09.06.1994 tarihinde onaylanmıştır. Bu sözleşme, iş ilişkisinin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde, bu son vermenin işveren tarafından haklı bir nedene dayandırılması gerektiğini, haklı nedeni ispat yükümlülüğünün işverene ait olduğunu ve feshin geçerli bir sebebe dayanmadığı kanaatini taşıyan işçinin bu son vermeye ilişkin itiraz hakkını düzenlemektedir.

Sözleşmenin 2.maddesinin 1.bendine göre, 'Bu Sözleşme tüm ekonomik faaliyet alanlarına ve hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlara uygulanır'. Aynı maddenin 5. bendine göre ise, 'İşçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam edilen işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan hallerde, hizmet sözleşmesi ile istihdam olunanlardan sınırlı bir kategori, gerekli olduğu takdirde, bir ülkedeki yetkili makam veya uygun bir kuruluşça, varsa, işçi ve işveren kuruluşlarına danışıldıktan sonra bu sözleşme hükümlerinin tamamı veya bazı hükümleri kapsam dışında bırakılabilir' ⁵⁴⁸. Sözleşmenin bu maddeleri incelendiğinde feshe karşı korumanın uygulama alanına bazı istisnalar getirilebileceğini kabul edildiği ve "işletme büyüklüğü" ve "özel istihdam şartları" göz önünde tutularak küçük işletmelerin iş güvencesi kapsamı dışında bırakıldığı sonucuna

⁵⁴⁶ Eyrenci, Ö. ve Taşkent, S. ve D. Ulucan (2017), Bireysel iş hukuku, İstanbul: Beta Basım, s. 196.

⁵⁴⁷ Narmanlıoğlu, Ü. (2014), İş hukuku ferdi iş ilişkileri I, İstanbul: Beta Basım, s. 495.

⁵⁴⁸ Centel, T. (2004). Türkiye'nin onayladığı ILO sözleşmeleri, İstanbul : Mess Yayınları, s.570.



varılmaktadır.⁵⁴⁹ Bu sözleşme her ne kadar iş güvencesinin kural olarak bütün işçilere uygulanmasını arzu etmekteyse de bazı ölçüler çerçevesinde istisnalarının da olabileceğini kabul etmektedir⁵⁵⁰.

158 sayılı Sözleşme'ye uygun olarak düzenlenen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13/A-1 maddesi 'On veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan ve işletmenin bütününe sevk ve idare eden iş veren vekili niteliğinde olmayan bir işçinin belirsiz süreli hizmet akdini fesheden işvereni işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır'. şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesi incelendiğinde, iş güvencesi hükümlerinin küçük işyerleri açısından uygulanmasının uygun görülmediği ve bundan dolayı on veya daha fazla işçi çalıştıran işyerinde çalışan işçilerin iş güvencesi kapsamına alınmadığı açıklama konusu yapılmıştır. Aynı zamanda gerekçede, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesi'nin de işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceğinden bahisle on işçi ölçütünün getirilme sebepleri açıklanmıştır⁵⁵¹. Öğretide belirli bir sayıdan az işçi çalıştıran işyerlerinde ekonomik günü zayıf olan küçük işletmelerin iş güvencesinin getirdiği fesih usulünü kaldıramayacağı, işçi ile işveren arasındaki yakın kişisel ilişkilerin ön plana çıktığı ve işin başarısının uyumlu bir çalışma ortamını gerekli kıldığı küçük işyerlerinde bu koşullara uymayan işçilerin daha basit bir usulle işten çıkarılmasının uygun olduğu ifade edilmiştir⁵⁵². Bununla beraber, getirilmiş olan on işçi ölçütü 4857 sayılı İş Kanunu ile otuza çıkarılmış ve madde gerekçesinde esaslı bir neden belirtilmemiştir. Öğretide on işçi sayısının otuz işçiye çıkarılmasının sebebi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işverenin mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlarla işçiyi örgütlediği yer olarak tanımlanması ve işverenin aynı işkolunda birden fazla işyeri varsa, işyerinde çalışan işçi sayısının

⁵⁴⁹ Soyer, P.(2002). 158 sayılı ILO sözleşmesi çerçevesinde yapılması gerekenler, Galatasaray Üniversitesi /İstanbul Barosu, İş hukukuna ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri İstanbul : İstanbul Barosu Yayınları, s.273.

⁵⁵⁰ Aktay, N. (2003). 4773 sayılı yeni iş güvencesi kanunu ve getirdiği yeni düzenlemeler, Kamu İş Dergisi, C.,7, S.2/03, s.5.

⁵⁵¹ Akçakaya E. (2004): Hazırlık çalışmaları ile birlikte mukayeseli gerekçeli İş Kanunu, Ankara: Adil Yayınevi , s.65.

⁵⁵² Süzek, S. (2015): İş hukuku, Beta Basım, s. 578 ve 13.dipnotta belirtilen yazarlar, Çelik, N. ve Caniklioğlu, N ve Canbolat T. (2016): İş hukuku dersleri, İstanbul: Beta Basım, s. 378, M. Alp, s, Bununla beraber söz konusu on işçi ölçütü yine de öğretide eleştirilere de uğramıştır. 1475 Sayılı Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında Türk-İş görüşü, ülkemizdeki imalat sanayinin büyük çoğunluğunun ondan az işçi çalıştırdığı göz önüne alındığında iş güvencesi kapsamının daraltılmış olduğu, bir kısım işçilerin haksız feshe karşı korunmasının büyük çoğunluğunun ise koruyucu sistemin dışında tutulmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği, bu denli ayrımcı bir düzenlemenin çağdaş bir yaklaşım olmadığı yönünde olmuştur. Akçakaya, s.65. Soyer'e göre; ülkemizdeki küçük işletmelerin ne derece yaygın olduğu göz önüne alınırsa bunların güvence sisteminin dışında bırakılarak korunmalarının, kayıtlı sektör karşısında sahip bulundukları avantajlı konumu daha da iyileştirmek ve bir haksız rekabet ortamına kavuşturulmalarını sağlamak gibi bir sonuç ortaya çıkabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Aynı zamanda bir sınırlama getirilecekse yapılacak tercihin, işletmeleri küçültmeye teşvik etmeyecek düzeyde olmasına özen gösterilmelidir. Soyer, s. 274, Alp, M. (2003). İşçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.,5, S.1, s,7, Ekonomi, M. (2002). Hizmet akdinin feshi ve iş güvencesi konulu toplantı metni, Çimento İşveren Dergisi, s.4.



tespitinde bu yerlerdeki toplam işçi sayısı dikkate alınması şeklinde yorumlanmıştır⁵⁵³. Ancak 158 sayılı ILO sözleşmesinin sınırlı bir işçi kategorisinin kapsam dışı bırakılabileceğine ilişkin hükmü, ondan fazla işçi çalıştıran küçük sayılamayacak işyerlerinin iş güvencesinin uygulama alanının dışında tutulmasını açıklayamamaktadır⁵⁵⁴.

2. Anayasa Bakımından

İş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçilerin çalıştığı işyerlerindeki işçi sayısının otuza çıkarılması, ülkemiz açısından çok sayıda işyerini kapsam dışında bırakarak, iş güvencesinden yararlanabilecek işçi sayısını önemli ölçüde azaltmıştır. Bu gerekçelerle söz konusu düzenlemeye ilişkin, TBMM Ana Muhalefet Partisi, iş sözleşmesinin feshinin ancak haklı nedene dayalı olarak yapılabilmesi ilkesinin, çalışma hakkının bugün çağdaş demokratik toplumların üzerinde anlaştığı bir parçası olduğu, 18. maddenin birinci fıkrasında bu ilkedan, en az otuz işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçilerin yararlanmasına olanak tanındığı halde, otuzdan az işçinin çalıştırıldığı işyerlerindeki işçilerin bu olanaktan yoksun bırakıldığı, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu, bu kuralın uygulanmasının pek çok işçinin iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanılmadan feshedilmesine yol açabileceği, Türkiye'deki işçilerin neredeyse yarısının otuzdan az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışıyor olmasının, bu tehlike ile baş başa bırakılan işçi sayısını ortaya koyduğu gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi; 'İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18.maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütünün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir.' gerekçesine dayanarak söz konusu iptal isteminin reddine karar vermiştir⁵⁵⁵. Kararda, işçi sayısına ilişkin yasal kuralın, işletmenin büyüklüğü ve niteliğine göre bazı işçilerin iş güvencesi hükümleri dışında tutulabileceğine ilişkin 158 sayılı sözleşmeye uygunluk gösterdiği belirtilmektedir.

⁵⁵³ Günay, C.İ. (2010) , İş güvencesi uygulamasında hukuki sorunlar ve uygulamalar, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İş Dergisi, s. 154.

⁵⁵⁴ Süzek, s. 578.

⁵⁵⁵ AYM, 19.10.2005, E.2003/66 K.2005/72, İstanbul Barosu İçtihat Bankası.



Belirtmek gerekir ki her ne kadar bazı işyerleri veya işçilerin iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmasının 158 sayılı Sözleşmeye uygun olduğu söylene de işçi sayısına ilişkin bir kısıtlamanın ülkemiz için gerekli olup olmadığı, gerekli olduğu kabul edilirse kısıtlamanın hangi ölçüde olacağı üzerinde durulması gerekir ⁵⁵⁶. Bu hususta, öğretide 1475 sayılı İş Kanunu döneminde, hüküm altına alınan on işçi sınırlamasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve çalışma hakkına aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Zira işçi sayısının sınırlanması, esasen küçük işyerlerinin yapısal ve iktisadi özelliklerinin yarattığı farklılıklara dayandığından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Aynı zamanda iş güvencesi hükümlerinin kapsamı dışında bırakılanların tamamen korumasız kalmamaları, kötü niyetli fesih halinde dava açmak ve tazminat istemek hakkına sahiptirler. Dolayısıyla söz konusu hüküm çalışma hakkına da aykırı değildir ⁵⁵⁷. Ancak on işçi ölçütünün otuz işçiye çıkarılması sonucunda küçük işyerleri ile birlikte orta ölçekli çok sayıda iş yerinin iş güvencesi kapsamının dışında kaldığından hükmün yerindeliğinin kabulü olanaksız hale gelmiş ve Anayasa'daki 'ölçülülük ilkesi' ne ters düşmüştür ⁵⁵⁸. Bundan başka otuz işçi sayısı düzenlemesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine ters düştüğünü de söylenebilir. Zira bu düzenleme ile otuz veya daha fazla işyerlerinde çalışan işçiler ile otuzdan az işçinin çalıştığı işyerlerindeki işçiler arasında ayırım yapılmış olduğundan Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılığı da beraberinde getirmektedir ⁵⁵⁹. Kanaatimizce otuz işçi ölçütü, ülkemizdeki işletme kapasiteleri ve kayıt dışı sektörler göz önüne alındığında, Türkiye koşullarında isabetli olmadığı söylenebilir.

II. Otuz İşçi Sayısının Hesaplanması

1. Genel Olarak

Bir işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için çalıştığı işyerinde otuz veya daha fazla işçinin çalışması gerekmektedir. Ancak elliden fazla işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına alındığından (m. 4/b) bu işyerlerinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanmaları için otuz işçi sayısı yerine en az elli bir işçi sayısı esas alınacaktır ⁵⁶⁰. Bununla birlikte işyeri sendika temsilcileri hakkında iş güvencesinden yararlanma söz konusu olduğunda otuz işçi ölçütü dikkate alınmayacaktır. Zira 6356 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 24.maddesi, işyeri sendika temsilcisi için bir güvence öngörmüştür. Yargıtay da işyeri sendika temsilcilerinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları bakımından işçi sayısının aranmayacağı yönünde karar vermiştir ⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ Çelik, N. (2007): İş güvencesi kapsamı ile ilgili otuz işçi sayısını düzenleyen iş kanunu kuralının iptali isteminin Anayasa Mahkemesince reddi üzerine düşünceler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl, 6, S.12., Güz 2007/2, s.3.

⁵⁵⁷ Çelik, Caniklioglu, Canbolat, s.379,

⁵⁵⁸ Çelik,Caniklioglu,Canbolat, s.380.

⁵⁵⁹ Süzek, s. 579.

⁵⁶⁰ Çelik,Caniklioglu,Canbolat, s. 379.

⁵⁶¹ Yargıtay 9.HD. 2006/1254E. 2006/551K., 06.03.2006T.



1475 sayılı İş Kanunun yürürlükte olduğu dönemde işçi sayısının tespiti konusunda açık bir hüküm bulunmaktayken 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte otuz işçi sayısının nasıl tespit edileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, işverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir ve toplam işçi sayısı en az otuz veya otuzu aştığı takdirde geçerli bir sebep olmadıkça işçilerin iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidilemez.

2. Çalışmanın Dayandığı İş Sözleşmesinin Özelliği

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre otuz işçi koşulunun belirlenmesinde, işverene iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler dâhil edilir⁵⁶². Otuz işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçilerin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. İşçinin iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli olabilir⁵⁶³. Mevsimlik işlerde çalışanlar⁵⁶⁴ ile hastalık, iş kazası, gebelik ya da normal izin ve askerlik nedenleriyle iş yerinde bulunmayanlar ve sözleşmesi askıda olan işçiler de otuz işçi sayısının hesabına dâhil edilirler. Ancak fiilen bu nedenlerle iş yerinde çalışmayan işçi yerine ikame işgücü istihdam edilmişse, bu durumda otuz işçi sayısının belirlenmesinde iki işçi değil tek işçi hesaba katılmaz. Dolayısıyla hastalık, iş kazası, gebelik, normal izin ya da askerlik nedenleriyle işyerinde bulunmayan işçiler, yerlerine geçici olarak ikame işçi istihdam edilmediği sürece sayı ölçütünde göz önünde bulundurulurlar⁵⁶⁵. Diğer bir ifade ile bu işçiler yerine geçici olarak çalıştırılan işçiler bu sayıya dâhil edilmezler⁵⁶⁶. Deneme süresi içinde işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanmayacak olmasına karşın otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınır⁵⁶⁷. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun kapsamında çalışan özel güvenlik görevlileri de otuz işçi sayısının belirlenmesinde hesaba katılırlar⁵⁶⁸. Aynı zamanda iş sözleşmesinin feshi üzerine işe iade davası açan işçilerin iş sözleşmeleri askıda olsa bile otuz işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınırlar. Örneğin otuz iki işçinin çalıştığı bir işyerinde beş işçinin iş sözleşmesi feshedilmiş ve bu işçilerin işe iade davası sürerken diğer bir işçinin açtığı işe iade davasında en az otuz işçi koşulunun tespiti, işe iade davası açmış olan işçiler için devam eden

⁵⁶² Manav,E.(2009).İş hukukunda geçersiz fesih ve geçersiz feshin hüküm ve sonuçları, Ankara:Turhan Kitabevi,s. 41.

⁵⁶³Çelik,Caniklioğlu,Canbolat,, s.289., Kılıçoğlu, M. ve Şenocak, K. (2007) : İş güvencesi hukuku, İstanbul: Legal Kitabevi, s.162 Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı, M. Ve Baysal, U. (2017): İş hukuku ders kitabı cilt 1: bireysel iş hukuku, Ankara: Lykeion Yayınları, s.336, Eyrenci,Taşkent,Ulucan, s. 201, Demir, F, (2017). En son Yargıtay kararları ışığında iş hukuku ve uygulaması, İzmir: Albi Yayıncılık, s. 296.

⁵⁶⁴ Yargıtay'a göre; otuz işçi sayısının belirlenmesinde; belirli-belirsiz süreli, tam- kısmi süreli, daimi-mevsimlik iş sözleşmesi ile çalışanlar arasında bir ayırım yapılamaz. Yargıtay 9 HD. 2007/30769E., 2008/9217K., 21.04.2008T.(Meşe İçtihat Bilgi Bankası) Kanunda mevsimlik işlerde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanıp yararlanmayacağı belirtilmediğine göre bu işlerde çalışanların iş güvencesi hükümlerinden yararlanacaklarının kabulü gerekir.

⁵⁶⁵ Kılıçoğlu,Şenocak, s.162, Eyrenci,Taşkent,Ulucan, s.168, Kar, B. (2009): İş güvencesi ve uygulaması (2008 yılı emsal kararları ile birlikte) Ankara: Yetkin Yayınları, s.93.

⁵⁶⁶ Manav, s. 42.

⁵⁶⁷ Centel. T. (2013): İş güvencesi, İstanbul: Legal Kitabevi, s.39.

⁵⁶⁸ Kılıçoğlu,Şenocak, s.162, Manav, s. 41.



yargılamanın sonucuna bağlı olacaktır. Yargıtay bu konuda önceki kararlarında iş sözleşmesi askıda olan işçilerin işçi sayısına dâhil edilip edilmeyeceği hususunu, açmış oldukları işe iade davasının bekletici mesele yapılması yönünde hüküm kurmakla sonuca bağlamış iken daha sonraki kararlarında, yargılamaların uzaması nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan işçilerinde işçi sayısına dâhil edileceğini kabul etmiştir ⁵⁶⁹. Aynı zamanda fesih bildirim tarihinden önce iş sözleşmesi feshedilen, bu nedenle işe iade davası açıp, lehine feshin geçersizliğine karar verilen işçinin işverene işe başlatılması için başvurusu halinde, adı geçen işçinin de otuz işçi sayısında değerlendirilmesi gerekir ⁵⁷⁰.

Öğretide bir görüşe göre, çağrı üzerine çalışanlar, tele çalışanlar ve evde çalışanlar da işçi sayısının hesabında dikkate alınmalıdır. Zira İşK. m.2/3 uyarınca bir yer iş organizasyonu içinde yer alıyorsa o yer de iş yerinden sayılmaktadır. Dolayısıyla işverenin iş organizasyonuna dâhil olan çalışmaların yapıldığı yerler de işyerinden sayılacak ve burada çalışanlar bakımından da İş Kanunu hükümleri uygulanacaktır ⁵⁷¹. Buna karşılık diğer bir görüşe göre işverenin işçisi olarak nitelendirilebilecek durumda bulunmakla birlikte evde çalışanlar ve tele çalışanlar sayıya dâhil edilmezler. Çünkü İşK. m.18/1’de iş güvencesi kapsamındaki işyerleri belirlenirken otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerleri ifadesi kullanıldığından salt işyerine bağlı çalışmayı yeterli görmemiştir ⁵⁷².

İş güvencesi kapsamında olmayan işveren vekilleri ve yardımcıları da işyerinde çalışan işçi sayısına dâhil edilirler ⁵⁷³. Zira, İşK. m.2/5 uyarınca işveren vekilliği sıfatı işçilere tanınan hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır. Ancak bu kişilerin işçi sayısına dâhil edilmeleri için işveren vekilinin sözleşmesinin vekalet sözleşmesi değil iş sözleşmesi olması gerekmektedir. Eğer işveren ve işveren vekili arasındaki temel ilişki özel hukuka ait vekalet sözleşmesine dayanıyorsa ve kapsamı sadece işin yönetimini içeriyorsa, bu kişi işveren vekili olmasına karşın işçi sayılmayacaktır ⁵⁷⁴.

İş Kanunu’nun kapsamı dışında kalan ve işçi sıfatını taşımayan çırak, stajyer ve meslek öğrenimi gören öğrencilerle, süreksiz işlerde çalışanlar, iş yerinde ödünç iş ilişkisine göre çalıştırılanlar ile alt işverenin işçileri otuz işçi sayısının hesabında dikkate alınmazlar. Alt işverenin işçileri ile geçici (ödünç) iş sözleşmesi ile çalışan işçiler, kendi işverenlerinin işyerindeki işçi sayısına dâhil edilirler. Bu karşın Yargıtay’a göre ⁵⁷⁵ iş güvencesi hükümlerinden kaçmak amacıyla işçilerin bir kısmının muvazaalı olarak alt işverenin işçisi olarak gösterilmesi halinde bu işçilerin de işçi sayısına dahil edilmesi gerekir. Yani alt işveren ilişkisinin geçersiz sayılması gereken hallerde taraflarca alt işveren sayılan kişiye bağlı olarak çalışanlar otuz işçi sayısının tespitinde hesaba katılmalıdır. Alt işveren işçileri ile geçici işçi sağlayan

⁵⁶⁹ Yargıtay 9. HD, 2009/27187E, 2009/33920K., 22.11.2010T. Centel, s.39

⁵⁷⁰ Yargıtay 9. HD., 2013/5859E., 2013/14013K., 09.05.2013 T., http://www.calismatoplum.org/sayi39/abc/13_39.pdf

⁵⁷¹ Kılıçoğlu, Şenocak, s.162, s163, Centel, s.39

⁵⁷² Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal, s. 336.

⁵⁷³ Demir, s. 296.

⁵⁷⁴ Kılıçoğlu, Şenocak, s.164.

⁵⁷⁵ Yargıtay 9. HD., 2007/29950E, 2008/7008K, 31.03.2008T., <http://mess.org.tr/content/SicilEylul2008201413.pdf>, Yargıtay 9. HD, 2013/21752E., 2013/15487K., 25.09.2013 T., <http://www.tekstilisveren.org/hukuk/yargi-karari>.



işverenle iş sözleşmeleri devam eden geçici işçiler, kendi işverenlerinin işyerindeki sayının belirlenmesinde hesaba katılırlar. Aslında “bordro işvereni” olarak faaliyet gösteren ve yaptıkları iş, işverenlerine işçi temin etmekten ibaret olanlara kayıtlı bulunan işçiler de sayı ölçütünde göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷⁶.

3. İşverenin Birden Çok İşyerinin Olması

İş Kanunu mad.18/4 uyarınca ‘İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir’. Hükmün amacı bazı işverenlerin sırf iş güvencesinin kapsamına girmekten kaçınmak amacıyla işçilerin her işyerinde otuzdan az işçi çalıştırmak suretiyle bölmelerinin önlenmesidir⁵⁷⁷. Bu düzenleme ile işverenin birden çok işyerinin olması durumunda, işyerlerinin aynı bölge veya il sınırları içerisinde bulunması koşulu aranmamış; işyerlerinin aynı işkolunda bulunmaları yeterli sayılmıştır⁵⁷⁸. Bu durumda aynı işverene ait işyerleri, aynı il sınırları içinde de olsa, farklı işkolunda iseler toplam işçi sayısının saptanmasında göz önünde tutulmazlar⁵⁷⁹. Öğretide maddede geçen ‘aynı işkolunda’ ibaresi, iş güvencesi hükümlerini daraltmış olması nedeniyle eleştirilmiş ve işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁵⁸⁰. Bir görüşe göre de yapılacak olan bir Kanun değişikliği ile hükümde geçen ‘aynı işkolunda’ ibaresinin Kanundan çıkarılması isabetli olacaktır⁵⁸¹.

İşyerinde çalışan otuz işçi sayısının hesabında, işverenin aynı iş kolunda birden fazla işyeri yoksa sadece işçinin çalıştığı işyerindeki işçilerin sayısının otuzu bulup bulmadığı araştırılır ve bu sayı sağlanmışsa işçi, iş güvencesinden yararlanabilir. İşverenin aynı iş kolunda birden çok işyerinin bulunması halinde bu işyerlerinin tümündeki toplam işçi sayısının otuz veya daha fazla olup olmadığı araştırılır. Yargıtay da “İşletme düzeyinde imzalanan toplu iş sözleşmesinin aynı işverene bağlı aynı işkolunda altı adet işyerini kapsaması halinde, 4857 sayılı Kanunun 18’inci maddesinde yer alan otuz işçi ölçütünün belirlenmesinde bu altı işyerinde çalışan toplam işçi sayısı nazara alınır.” hükmüyle işverenin aynı işkolundaki işyerlerindeki toplam işçinin esas alınacağını belirtmiştir⁵⁸². Yani aynı iş kolundaki işyerleri tek tek değil tamamı bir bütün olarak ele alınır ve bunlardaki toplam işçi sayısı otuz sayısına ulaşıyorsa, her bir işyerinde kaç işçi çalıştığına bakılmaksızın o işyerlerindeki tüm işçiler iş güvencesinden yararlanır⁵⁸³. Böylece işverenin aynı iş koluna ait birden fazla işyeri bulunması halinde bu işyerlerinde çalışan işçi sayısı otuz veya daha fazla ise işyerlerinden birinde beş işçi bile çalışıyor olsa iş güvencesi

⁵⁷⁶Yargıtay 9. HD, 2013/21752E., 2013/15487K., 25.09.2013 T., <http://www.tekstilisveren.org/hukuk/yargi-karari>

⁵⁷⁷ Kılıçoğlu, Şenocak, s.160, Süzek, s. 579., Demir, s.297

⁵⁷⁸Demir, s. 296, Süzek, s.580 Mollamahmutoğlu,Astarlı, Baysal, s.335.

⁵⁷⁹ Süzek, s. 580.

⁵⁸⁰Demir, s. 297, Çelik,Canikoğlu,Canbolat, s. 381, Göktaş S. (2008). İş sözleşmesinin işverence feshi ve iş güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl, 66, S.1, Ankara: s.24.

⁵⁸¹ Çelik,Caniklioğlu,Canbolat,, s.381.

⁵⁸²Yargıtay 9. HD 2013/5859E., 2013/14013K., 09.05.2013T. Yargıtay 9. HD., 2003/19269E., 2003/20526K., 11.12.2003T.

⁵⁸³ Kar, s. 92.



hükümleri uygulanacaktır. İşverenin ayrı iş koluna ait birden fazla işyeri varsa İşK. m.18/4 uygulama alanı bulmayacaktır. Buna karşın, işverene ait işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin aynı iş koluna girip girmediklerine bakılmayacaktır. Bu nedenle İş Kanunu'na tabi bir işyerinde otuz işçi sayısının saptanmasında gazeteciler dikkate alınacakları gibi, bir basın işyerinde İş Kanunu'na tabi işçiler örneğin, bekçi, muhasebeci gibi işler de göz önüne alınacaktır⁵⁸⁴.

Uygulamada grup şirket ya da şirketler topluluğu adı altında faaliyet gösteren ve ortak yönetime tabi bulunan işyerlerinde, yasal sayının nasıl tespit edileceği, her bir işverene ait işyerindeki işçilerin mi yoksa tüm işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçilerin mi toplamının esas alınması gerektiği sorununun beraberinde getirmektedir. Öncelikle grup şirket ya da şirketler topluluğu konusunda Yargıtay, birlikte istihdam kavramına yer vermekte olup özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet vermektedir. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbirleriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir⁵⁸⁵. Birlikte istihdam ilişkisinin kurulabilmesi için işçilerin aynı grupta yer alması zorunlu değildir ve işçilerin işverenlerle ayrı ayrı sözleşme yapmaları gerekli değildir. İşverenler işçiye karşı müteselsil sorumludur. Birlikte istihdamda işveren grubunu oluşturanlar işçi karşısında bir bütün olarak tek bir işveren durumundadır⁵⁸⁶. Bu konu hakkında öğretide ileri sürülen bir görüşe göre İş Kanunu, özü ve sistematığı itibarıyla, işçinin aynı anda tek bir işverenin olması gerektiğini esas aldığından Yargıtay'ın ortaya attığı birlikte istihdam deyimini İş Kanunu'nun sistemine yabancı kalmaktadır⁵⁸⁷.

258

Otuz işçi sayısının tespit edilmesiyle ilgili olarak Yargıtay'ın 2006 yılında vermiş olduğu bir kararına göre, 'Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene ve birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini; işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir. Bu gibi bir ilişkide, işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, bir başka anlatımla tüm

⁵⁸⁴ Göktaş, s.24, İş Kanunu'nun 116. maddesi ile Basın İş Kanunu'nun 6. maddesi değiştirilmiş ve İş Kanunu'nun 18. maddesinin kıyas yoluyla uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Böylece gazeteciler de İş Kanunu'ndaki koşullarla iş güvencesi kapsamına alınmıştır. Buna karşılık Deniz İş Kanunu'nun kapsamındaki işçiler hakkında henüz böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Süzek, s. 577.

⁵⁸⁵ Kar, s.95.

⁵⁸⁶ Aktay, s. 60.

⁵⁸⁷ Centel, s. 43.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir ⁵⁸⁸. Böylece Yargıtay, grup şirketlerinde birlikte istihdam şeklindeki çalışmada işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene hizmet verdiğini belirterek böyle bir ilişkide tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile davalı şirkete hizmet veren işçilerin otuz işçi ölçütünde dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu gibi bir ilişkide işçi ile işverenler arasında tek bir iş ilişkisi vardır ve otuz işçi kıstasında tüm grup şirketlerindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir ⁵⁸⁹.

Yargıtay 2008 tarihli bir kararında, ‘Aynı gruba ait olsalar da farklı tüzel kişilere ait işyerlerindeki işçi sayısının iş güvencesi kapsamına girme bakımından göz önünde bulundurulması mümkün değildir. Başka bir anlatımla salt aralarında organik bağ bulunduğundan hareketle gruba ait şirketlerde çalışan işçilerin 30 işçi sayısının belirlenmesinde dikkate alınması doğru değildir. Davacı işçinin gruba ait şirketlerce birlikte çalıştırıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Bu durumda iş güvencesi hükümleri kapsamına girmek bakımından işyerinde 30 veya daha fazla işçi çalışma koşulu gerçekleşmiş olmadığından davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır ⁵⁹⁰ demek suretiyle farklı tüzelkişiler tabirini kullanarak bu farklılığı meydana getirirken gerekçeleri belirtmiştir⁵⁹¹. Yargıtay bu kararında, tüzel kişiliğin aynı olmasını aramasına karşın, birlikte istihdamın bulunup bulunmadığına da dikkat etmektedir ⁵⁹². Söz konusu kararda davacı işçi, grubu oluşturan şirketler tarafından birlikte çalıştırıldığını ispat edememiştir. Eğer davacı bu iddiasını ispat etmiş olsaydı Yargıtay yine önceki kararında olduğu gibi burada da tüm şirketlere hizmet veren işçilerle davalı şirkete hizmet veren işçilerin otuz işçi ölçütünde dikkate alınacağı sonucuna varmış olacaktı.

Birden fazla tüzel kişi halinde işverenin saptanması konusunda, bir görüşe göre, işverenin kim olduğu belirlenirken her bir şirketin ayrı bir tüzel kişilik olduğunun ve farklı işverenlerin var olduğunun ileri sürülmesi İş Hukuku’nun gerekleriyle bağdaşmayacaktır. Bu durumda tüzelkişilik perdesinin kaldırılması teorisinden yola çıkılarak otuz işçi sayısının belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda işçiler aynı ya da benzeri çalışma şartlarında, aynı yöneticilerin otoritesine tabi olarak çalıştırılmaktadır ve dolayısıyla bu işyerlerinde çalışan işçiler otuz işçi sayısına dâhil edilmelidir⁵⁹³. Kanaatimizce İşK.’nın

⁵⁸⁸ Yargıtay 9.HD. 2006/1163E., 2006/4714K. 27.02.2006T., ; ‘Dava dışı ve davacının çalıştırıldığı grup Şirketi ile aynı adreste davalı dahil 4 Şirketin bulunduğu ve 4 Şirketin de aynı işkolu olan mali müşavirlik hizmeti verdikleri , şirketlerin bir kısım ortaklarının aynı olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen olgulara göre, işyerinde “birlikte istihdam” olgusunun olduğu ve davalılar arasında adi ortaklık bulunduğu izlenimi doğmaktadır. 30 işçi kıstasında tüm çalışanların, tüm grup şirketindeki işçilerin toplam sayısının dikkate alınması gerekir’. Kılıçoğlu,Şenocak, s. 161. Ayrıca, Yargıtay 9.HD. 2007/1163E., 2007/4714K, 31.03.2008T., Yargıtay 9.HD. 2013/5859E., 2013/14013K., 09.05.2013T.,http://www.calismatoplum.org/sayi39/abc/13_39.pdf

⁵⁸⁹ Çelik, N. (2014) : Grup şirketlerinde işçilerden bir kısmının aynı anda birden fazla işverene hizmet vermesinden doğan Sorun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S. s.28.

⁵⁹⁰ Yargıtay 9 HD., 2007/29950E., 2008/7008K., 31.3.2008T.,

⁵⁹¹ Aktay, N. (2008). , İş güvencesinde otuz sayısının tespiti ve şirketler grubu kavramı bordro işvereni tabiri alt işveren asıl işveren ilişkisinde muvazaa tabiri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, s. 60.

⁵⁹² Centel, s. 43.

⁵⁹³ Çankaya, O.G. ve Günay, C.İ ve Göktaş. S. (2006). Türk iş hukukunda işe iade davaları, Ankara, Yetkin Yayınevi , s. 199.



18/4 maddesi aynı işkolu esasını benimsediğinden farklı tüzelkişilere ait işyerlerinde çalışan işçilerin otuz işçi sayısına dâhil edilmesi kanunun amacına uygun düşmemektedir.

4. Türkiye’de Faaliyet Gösteren Yabancı Şirketler

Yabancı şirketlerin Türkiye’de bir şirket kurmak suretiyle faaliyet göstermeleri hukuken mümkün bir olgudur. Durum böyle olunca, yabancı şirketin yurt dışındaki merkez işyerlerinde veya diğer ülkelerdeki iş yerlerinde çalışan işçi sayısının Türkiye’deki işyerinde çalışan işçi sayısına dâhil edilip edilmeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda Yargıtay’ın 2006⁵⁹⁴ ve 2007⁵⁹⁵ yılında vermiş olduğu iki önemli kararı bulunmaktadır. 2006 yılında vermiş olduğu kararda, merkezi Almanya’da olan bir firmanın Türkiye’deki irtibat bürosunda çalışan ve sayıları otuzun altında bulunan işçilerin iş güvencesi hükümlerinden yararlanmaları sorunu değerlendirilmiştir. 2008 yılında vermiş olduğu kararda da merkezi yine yurt dışında bulunan bir şirketin Türkiye’deki şubesinde çalışan işçilerin iş güvencesinden yararlanmalarına ilişkindir. Her iki kararında da Yargıtay; ‘Kanun koyucu tarafından yurt dışında aynı iş kolundaki işyerlerinde çalışan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapılmamış olması anlamlıdır. Başka bir anlatımla, aynı iş kolundaki işyerlerinin sadece ülke sınırları çerçevesinde değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. O halde, işçi lehine hareket edilmeli ve aynı işkolunda başka işyerleri olduğu açık ve kesin olan davalı işverene ait tüm işyerleri dikkate alındığında işçi sayısı bakımından gerekli yasal şartların mevcut olduğu kabul edilmelidir.’ şeklinde hüküm kurmuş ve otuz işçi sayısının hesabında işverenin aynı iş kolunda yurt dışındaki işyerlerinin de dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay bu kararlarında işçi lehine yorum yaparak, yasa koyucunun yurt dışındaki işyerlerinin dikkate alınmayacağı yönünde açık bir düzenleme yapmış olmamasından hareketle, merkezi yurt dışında bulunan yabancı şirketlerin şubesinde çalışan işçilerin, buralarda çalışan işçi sayısı otuzdan az olsa bile, iş güvencesinden yararlanabileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay’ın bu kararlarını farklı bir gerekçeyle savunan bir görüşe göre; söz konusu olayda hem kişi bakımından hem yer bakımından yabancılık unsuru vardır. İşverenin yabancı olması hukuki ihtilafı kişi bakımından yabancı unsurlu hale getirmektedir. Aynı zamanda yurt dışındaki işçilerin iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınıp alınmaması ihtilaf konusu olduğundan, yurt dışındaki işyeri de hukuki ihtilafı yer bakımından yabancı unsurlu hale getirmektedir⁵⁹⁶. İş Kanunu’nun 18.maddesi milletlerarası özel hukuk ilkeleri çerçevesinde doğrudan uygulanabilir bir kuraldır⁵⁹⁷. Bu kuralın gerçekleşmesi de yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçileri de hesaba katmakla mümkün olacaktır. Bununla birlikte işçinin korunması iş hukukunun temel ilkelerinden birisidir ve iş

⁵⁹⁴ Yargıtay 9. HD., 2006/9818E., 2006/19560K, 03.07.2006T., Meşe İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁹⁵ Yargıtay 9. HD., 2006/32297E, 2007/3272K, 12.02.2007T., Meşe İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁹⁶ Uşan, F. ve Aygöl, M. (2008) :Türkiye’de bulunan şubede çalışanlar için iş güvencesi uygulamasında aynı işverene ait yurt dışında bulunan işçilerin de sayıda dikkate alınması kararına getirilen eleştirilerin değerlendirilmesi, Legal İSGHD, s.52.

⁵⁹⁷ Kar, s.97.



güvencesinin kapsamı ne kadar geniş tutulursa işçinin de o derece lehine olacaktır. Aynı zamanda doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin ekonomik, politik ve sosyal yapılanmasını korumak amacıyla, özellikle ekonomik olarak zayıf olanların korunması amacıyla yabancı ülkelerdeki hukuki ilişkilere uygulanabilir ⁵⁹⁸. Bu görüşü ve Yargıtay'ın kararını eleştiren diğer bir görüşe göre ise mülkiyet (ülkesellik) ilkesi uyarınca kanunlar kural olarak yurt içinde uygulanır. Yargıtay ise İş Kanunu'nun uygulama alanını yurtdışındaki diğer işyerlerine kadar genişletmiştir. Bu durum da mülkiyet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir ⁵⁹⁹. Öğretide ileri sürülen bir çözüm uyarınca devletler özel hukukunun ve bu hukuktaki doğrudan uygulanabilir kurallar ilkesinin uygulanması, devletler özel hukukuna giren bir kanunlar ihtilafının bulunması halinde mümkündür Doğrudan uygulanabilir kurallara başvurulmasındaki amaç, birden fazla ülke hukukunun uygulanması mümkün olan bir durumda, hakimin sosyal amaçlı koruyucu nitelikteki kuralları içeren hukuku yeğlemesidir. Kanunlar ihtilafı bulunmayan bir durumda doğrudan uygulanabilir kurallara başvurulmasına gerek yoktur. Gerçi Yargıtay kararına konu olayda işveren yabancı olduğu için yabancılık unsuru bulunmakta ve yabancı hukukun uygulanabilirliği akla gelmektedir. Bu durumda sorun şöyle çözümlenecektir. MÖHUK m.1'e göre; 'Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.' Hukuki ilişkideki taraflardan birinin yabancı olması, yabancılık unsuru kriteri için yeterlidir. Yargıtay'a konu olan uyuşmazlıklarda, davalı işveren yabancı olduğundan hakim, res'en MÖHUK'a bakarak ihtilafa uygulanacak kuralı tespit edecektir. MÖHUK m.24 ⁶⁰⁰ ve m.27 ⁶⁰¹ birlikte

⁵⁹⁸Uşan, F. ve Aygül, M. (2007): İş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında 30 işçi çalıştırılması koşulu açısından gerekli sayının tespitinde Türkiye'de bulunan irtibat bürosunda çalışan işçiler için yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçiler dikkate alınabilir mi?, Legal YKİ Dergisi, Sayı: 3, s.78.

⁵⁹⁹ Centel, s.44. , Manav, 41, Tuncay, C. (2007): İşe İadede 30 İşçi Ölçünün Yorumu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6, s.79, Odaman, S. (2007) : Yurt dışında çalışan işçilerin iş güvencesi açısından işçi sayısı tespitine etkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6, s.85, Alp, M. (2009) : Bireysel iş ilişkisinin sona ermesi ve kıdem tazminatı, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna ilişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, s. 149.

⁶⁰⁰ MADDE 24 - (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur

⁶⁰¹ MADDE 27 - (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 25-26-27 Ekim 2018

The 5th International Symposium on Law 25-26-27 October

İSTANBUL



incelendiğinde somut olaya uygulanacak hukuk Türk Hukuku olarak tespit edilecektir. Şöyle ki, 24.maddeye göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların seçmiş olduğu hukuk uygulanır. Taraflar eğer uygulanacak hukuku seçmemişlerse o sözleşmeye en sıkı ilişki hukuku yani karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken hukuku uygulanır. İş sözleşmelerin düzenleyen 27. maddeye göre de; işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı haklar saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuk uygulanacaktır. Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. Karara konu olaylarda da sadece işveren yabancı olup, iş sözleşmesi Türkiye’de yapılmıştır ve çalışan işçi Türk vatandaşıdır. Aynı zamanda işçi Türk kanunlarına göre işten çıkarılmıştır. Dolayısıyla böyle bir ilişkiye Türk Hukuku kurallarının uygulanması gerekmektedir.⁶⁰²

Burada asıl çözümlenmesi gereken husus İşK. m.18’in nasıl yorumlanacağı olup katıldığımız görüşe göre öncelikle Türkiye’de irtibat bürosu veya şubesi bulunan şirketlerin yapısını inceleyerek ayrı ayrı işçi çalıştırma nedenini tespit edilmelidir. Eğer iş güvencesi hükümlerinden yararlanılmasının önüne geçmek amacıyla böyle bir yapı söz konusuysa aynı işverene ait olan yurt dışındaki işyerlerindeki işçiler de otuz işçi sayısının hesabına katılmalıdır. Böyle bir amaç söz konusu değilse yurt dışında çalışan işçilerin iş güvencesi hükümleri dâhilinde değerlendirilmesi söz konusu olmamalıdır⁶⁰³.

5. İşçi Sayısının Belirleneceği Zaman

İş Kanunu’nun, iş güvencesi bakımından otuz ve daha fazla işçi sayısını esas alırken, işyerinde çalışan işçi sayısı ifadesiyle yetinmiş ve başkaca bir kriter aramamıştır. Dolayısıyla işyerindeki işçi sayısının artması veya azalması yasanın uygulanmasını nasıl etkileyeceği sorusunu ortaya çıkarmaktadır⁶⁰⁴.

Öğretide bir görüşe göre, işe iade davası açan işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte, o işyerinde çalışan işçi sayısı dikkate alınmalı ve otuz işçi ölçütü bu tarihe göre belirlenmelidir. İşçinin iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalışıyorsa o işçi iş güvencesi kapsamında sayılmalıdır⁶⁰⁵. Diğer bir görüşe göre, işçi sayısının ölçütü yönünden işyerinin normal işleyebilmesi için en az otuz işçinin çalışmasını gerektirmesi ve bu niteliğinin iş sözleşmesinin fesih bildiriminin karşı tarafa ulaştığı tarihte var olması gerekmektedir⁶⁰⁶. Bu görüşe göre işveren tarafından, aynı anda iş sözleşmesi feshedilen işçiler de işçi sayısının hesabında dikkate alınacaklardır. Aksi

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

⁶⁰² Tuncay, s.79.

⁶⁰³ Odaman, s.86.

⁶⁰⁴ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 200.

⁶⁰⁵ Eyrenci, Taşkent, Ulucan, s. 200, Süzek, s. 581, Kar, s.94, Çil, Ş. (2007): İş Kanunu şerhi 1. Cilt, Ankara, Turhan Kitabevi, s.927., Demir, s.297.

⁶⁰⁶ Kılıçoğlu, Şenocak, s.162.



takdirde, yani işyerinde fesih tarihinde fiilen çalışan işçi sayısının esas alınması halinde işveren kanuna karşı hile yapmak suretiyle çalıştırdığı işçilerin iş güvencesinden yararlanmasına engel olabilir ve kapasitesi itibariyle otuzdan fazla işçinin çalıştırılması gereken bir işyerinde, işveren işçileri iş güvencesi hükümlerinden yararlandırmamak adına otuzdan az işçi çalıştırabilir. Dolayısıyla işyerinin aslında çalıştırması gereken işçi potansiyeline bakılmalıdır ⁶⁰⁷. İşletmenin normal işleyebilmesi için en az otuz işçinin çalışmasının gerekmesi koşulu arandığında, fesih anında işçi sayısındaki ani düşmeler dikkate alınmayacaktır. İşyerinin normal faaliyeti için çalıştırılması gerekli işçi sayısının tespiti, işyerinde çalışan önceki işçi sayısına bakılması ve gelecekte ihtiyaç duyacağı olası gelişmelerin gerekli kıldığı işçi sayısının tahmin edilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Bu bağlamda hizmet planlamaları ve personel görev şeması önemli emare teşkil eder. Ayrıca işyerinde kayıt dışı çalıştırılan işçilerin ve bu durumu bilenlerin tanıklıkları da güçlü bir dayanak oluşturacaktır ⁶⁰⁸.

Yargıtay’a göre, iş sözleşmesi feshedilen işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi için İş. K. 18. madde uyarınca iş yerinde feshi tarihi itibariyle otuz veya daha fazla işçinin çalışması gerekmektedir ⁶⁰⁹.

Kanaatimizce, işçilerin iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla aynı anda birden çok işçinin iş sözleşmesini fesheden işverenin bu davranışının önüne geçilmesi için, fesih bildirimimin işçiye ulaştığı tarihte işyerinin normal işleyebilmesi için gerekli olan işçi sayısının dikkate alınması gerekmektedir.

IV. Otuz İşçi Sayısının İspatı

Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi uyarınca, ‘Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.’ Bu hüküm doğrultusunda, işyerinde otuz işçi çalıştığının ispatı kural olarak işe iade davası açmış olan işçiye düşecektir. Bu konuda öğretilde ileri sürülen bir görüşe göre, iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, bir iş sözleşmesinin mevcut olduğunu, iş güvencesi kapsamında bir işyerinde çalıştığını ve işverenin bulunduğu fesih bildiriminin geçerli bir sebebe dayanmadığını ispat etmelidir ⁶¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise bir işyerinde çalışan işçilerin bütün kayıtları işveren tarafından tutulduğundan işyerinde otuzdan daha az işçi çalıştığını, bu nedenle işyerinin iş güvencesi kapsamında olmadığını işveren ispat etmekle yükümlüdür ⁶¹¹.

Yargıtay’a göre, fesih tarihi itibariyle otuz veya daha fazla işçinin çalıştırılmasına ilişkin husus kamu düzenine ilişkin olduğu için bu durumun res’en araştırılması gerektiği ve tarafların bu konuda bir talepte

⁶⁰⁷ Manav, s.47

⁶⁰⁸ Kılıçoğlu, Şenocak, s.162,

⁶⁰⁹ Yargıtay 9. HD., 2003/12917E., 2004/29103K., 22.12.2004 T. , 2004/33948E., 2005/3661K., 08.02.2005T, 2004/30907E., 2005/1534K., 26.01.2005T.

⁶¹⁰ Çankaya, Günay, Göktaş, s.200.

⁶¹¹ Kar, s.95



bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın mahkemece Çalışma Bölge Müdürlüğü ve Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan fesih tarihi itibarıyla çalışan işçi sayısı sorulmalı gerekirse bu hususta tanık dinlenmek suretiyle sonuca gidilmelidir ⁶¹².

III. Düzenlemenin Nispi Emrediciliği

İş güvencesinin kapsamı açısından kanunda öngörülen işyerinde az otuz işçi çalışması koşulunun işçi lehine azaltılabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmiştir ⁶¹³. Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklarda, fesih tarihi itibarıyla işyerinde çalışan işçi sayısının otuzdan az olmasına rağmen, fesih tarihinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinde sendika üyesi işçilerin iş sözleşmelerinin geçerli bir neden olmadan feshedilmesi halinde işyerinde çalışan işçi sayısına bakılmaksızın İş.K.'nın iş güvencesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Başka bir ifadeyle, taraflar arasında böyle bir husus kararlaştırılmışsa iş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında işçi sayısının otuz veya daha fazla olup olmadığına bakılmayacaktır.

Sonuç

İş Kanunumuz iş güvencesi hükümlerinin, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde uygulanacağını düzenlemektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer alan on işçi ölçütünün otuza çıkarılmış olması ülkemiz açısından çok sayıda işyerini iş güvencesinin kapsamı dışında bırakmıştır.

İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir. Yargıtay'a göre, grup şirketlerinde birlikte istihdam şeklindeki çalışmada işçilerin bir kısmının aynı anda birden fazla işverene hizmet verdiğini belirterek böyle bir ilişkide tüm şirketlere hizmet veren işçiler ile davalı şirkete hizmet veren işçilerin otuz işçi ölçütünde dikkate alınması gerekir. Yine Yargıtay'a göre, otuz işçi sayısının hesabında işverenin aynı iş kolunda yurt dışındaki işyerlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre otuz işçi koşulunun belirlenmesinde, işveren iş sözleşmesi ile bağlı olan işçiler dâhil edilir. Otuz işçi sayısının tespitinde göz önünde bulundurulacak işçinin iş sözleşmesinin devam etmekte olması yeterli olup, ayrıca fiilen çalışıyor olması gerekmemektedir. İşçinin iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli ya da tam veya kısmi süreli olabilir

İş Kanunu'nun, iş güvencesi bakımından otuz ve daha fazla işçi sayısını esas alırken, işyerinde çalışan işçi sayısı ifadesiyle yetinmiş ve başkaca bir kriter aramamıştır.

⁶¹² Yargıtay 9. HD., 2006/10023E., 2006/13003K., 08.05.2006T, Manav, s. 45.

⁶¹³ Yargıtay 9. HD., 2005/12317E., 2005/19404K., 26.05.2005T., 2010/4905E., 2010/426K., 22.02.2010 T.,



Fesih tarihi itibarıyla otuz veya daha fazla işçinin çalıştırılmasına ilişkin husus kamu düzenine ilişkin olduğu için bu durumun res'en araştırılması gerekir. İş güvencesinin kapsamı açısından kanunda öngörülen işyerinde az otuz işçi çalışması koşulunun işçi lehine azaltılabilir

Kaynakça

Akçakaya E. (2004): Hazırlık çalışmaları ile birlikte mukayeseli gerekçeli İş Kanunu, Ankara: Adil Yayınevi.

Aktay, N. (2003). 4773 sayılı yeni iş güvencesi kanunu ve getirdiği yeni düzenlemeler, Kamu İş Dergisi, C.,7, S.2/03.

Aktay, N. (2008). , İş güvencesinde otuz sayısının tespiti ve şirketler grubu kavramı bordro işvereni tabiri alt işveren asıl işveren ilişkisinde muvazaa tabiri, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11.

Alp, M. (2003). İşçinin feshe karşı korunması (iş güvencesi yasası), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.,5, S.1.

Alp, M. (2009) : Bireysel iş ilişkisinin sona ermesi ve kıdem tazminatı, İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna ilişkin Kararlarının Değerlendirilmesi.

Centel, T. (2004). Türkiye'nin onayladığı ILO sözleşmeleri, İstanbul : Mess Yayınları.

Centel. T. (2013): İş güvencesi, İstanbul: Legal Kitabevi.

Çankaya, O.G. ve Günay, C.İ ve Göktaş. S. (2006). Türk iş hukukunda işe iade davaları, Ankara, Yetkin Yayınevi .

Çelik, N. ve Caniklioğlu, N ve Canbolat T. (2016): İş hukuku dersleri, İstanbul: Beta Basım.

Çelik, N. (2007): İş güvencesi kapsamı ile ilgili otuz işçi sayısını düzenleyen iş kanunu kuralının iptali isteminin Anayasa Mahkemesince reddi üzerine düşünceler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl, 6, S.12. Güz 2007/2.

Çelik, N. (2014) : Grup şirketlerinde işçilerden bir kısmının aynı anda birden fazla işverene hizmet vermesinden doğan Sorun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S.

Çil, Ş. (2007): İş Kanunu şerhi 1. Cilt, Ankara, Turhan Kitabevi

Demir. F, (2017). En son Yargıtay kararları ışığında iş hukuku ve uygulaması, İzmir: Albi Yayıncılık.

Ekonomi, M. (2002). Hizmet akdinin feshi ve iş güvencesi konulu toplantı metni, Çimento İşveren Dergisi.

Eyrenci, Ö. ve Taşkent , S. ve D. Ulucan (2017), Bireysel iş hukuku, İstanbul: Beta Basım.



- Göktaş S. (2008). İş sözleşmesinin işverence feshi ve iş güvencesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl, 66, S.1.
- Günay, C.İ. (2010) , İş güvencesi uygulamasında hukuki sorunlar ve uygulamalar, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu İş Dergisi.
- Kar, B. (2009): İş güvencesi ve uygulaması (2008 yılı emsal kararları ile birlikte) Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, M. ve Şenocak, K. (2007) : İş güvencesi hukuku, İstanbul: Legal Kitabevi.
- Manav,E.(2009).İş hukukunda geçersiz fesih ve geçersiz feshin hüküm ve sonuçları, Ankara:Turhan Kitabevi.
- Mollamahmutoğlu, H. ve Astarlı, M. Ve Baysal, U. (2017): İş hukuku ders kitabı cilt 1: bireysel iş hukuku, Ankara: Lykeion Yayınları.
- Narmanlıoğlu, Ü. (2014), İş hukuku ferdi iş ilişkileri I, İstanbul: Beta Basım.
- Odaman, S. (2007) : Yurt dışında çalışan işçilerin iş güvencesi açısından işçi sayısı tespitine etkisi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6.
- Soyer, P.(2002). 158 sayılı ILO sözleşmesi çerçevesinde yapılması gerekenler, Galatasaray Üniversitesi /İstanbul Barosu, İş hukukuna ilişkin sorunlar ve çözüm önerileri İstanbul : İstanbul Barosu Yayınları.
- Süzek, S. (2015): İş hukuku, Beta Basım.
- Tuncay, C. (2007): İşe İadede 30 İşçi Ölçünün Yorumu, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S.6
- Uşan, F. ve Aygül, M. (2008) :Türkiye’de bulunan şubede çalışanlar için iş güvencesi uygulamasında aynı işverene ait yurt dışında bulunan işçilerin de sayıda dikkate alınması kararına getirilen eleştirilerin değerlendirilmesi, Legal İSGHD.
- Uşan, F. ve Aygül, M. (2007): İş güvencesi hükümlerinin uygulanmasında 30 işçi çalıştırılması koşulu açısından gerekli sayının tespitinde Türkiye’de bulunan irtibat bürosunda çalışan işçiler için yurt dışındaki işyerlerinde çalışan işçiler dikkate alınabilir mi?, Legal YKİ Dergisi, Sayı: