

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: IX

SAYI: 1

YIL: 2014

HAZİRAN – 2014
KAYSERİ

SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR

Osman ÖZDEMİR

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAİL</u> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
--	--

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Yayıncı: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. Sağlık Sok No:21 Sıhhiye/Ankara Tel: 0312 435 30 30 –
Fax: 0312 435 24 72 – www.seckin.com.tr – yayin@seckin.com.tr
Baskı : Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Tic. A.Ş. **Sertifika No:** 12416

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırma kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer TEOMAN

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL
Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL
Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Murat DOĞAN Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK
Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

EDİTÖR YARDIMCILARI

Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN • Prof. Dr. İsmail KAYAR • Yrd. Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL • Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN • Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK • Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL • Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK • Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN • Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL • Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI • Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR • Arş. Gör. Hilal AKIL • Arş. Gör. Özlem ERKAL • Arş. Gör. Beyza ESKİCİ • Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI • Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN • Arş. Gör. İsmail ATAMULU • Arş. Gör. Fatih AYDIN • Arş. Gör. Alpaslan BALCI • Arş. Gör. Harun BODUR • Arş. Gör. Ranegül CAMIZ • Arş. Gör. Aynur CİDECİGİLLER • Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ • Arş. Gör. Eda DEMİRSOY • Arş. Gör. Osman DURAN • Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK • Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY • Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY • Arş. Gör. Derya Başak MEDENİ • Arş. Gör. Emine GÜLSELCEN KAFKASYALI • Arş. Gör. Arif KALKAN • Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU • Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN • Arş. Gör. Emre KÖROĞLU • Arş. Gör. Alperen POLAT • Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL • Arş. Gör. Volkan ÖZÇELİK • Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR • Arş. Gör. Abdulkadir SAKA • Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU • Arş. Gör. Gökhan ŞAHAN • Arş. Gör. Oğuz USTA • Arş. Gör. Mustafa UYANIK • Arş. Gör. Vakkas YEĞRİM • Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ • Arş. Gör. Allı YEŞİLYURT • Arş. Gör. Hakan YILDIRIM • Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* DERGİDEKİ İSİM SIRALAMALARI UNVAN VE SOYADI ESAS ALINARAK YAPILMAKTADIR.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Yalçın BOSTANCI

Yrd. Doç. Dr. Halid ÖZKAN

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdiren Hal:
"Uyuşmazlığın Kapsam Dışında Olduğunun Tespiti" 1

Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK

Tehlike Sorumluluğu.....23

Yrd. Doç. Dr. Ali EKİN

Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN

Yargıtay Kararları ve 6552 Sayılı Kanun ile Son Değişiklikler Işığında
Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Hizmetlerinin Sosyal Güvenlik Hukuku
Bakımından Değerlendirilmesi.....53

Yrd. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN

6102 Sayılı TTK'ya Göre Sermaye Şirketlerinin Bağımsız Denetimi81

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI

Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN

6356 Sayılı Kanun Bakımından Sendikal Güvencelerin Değerlendirilmesi..... 107

Dr. Gonca Gülfem BOZDAĞ

Family Reunification as the Most Common Form of Immigration in the
Member States of the EU 133

Dr. Gonca Gülfem BOZDAĞ

Comparison of the Law of Copyright Applied to Computer Programs in the
European Union and in Turkey 145

Arş. Gör. Aslıhan ERBAŞI

Provisional Measures in ICSID Proceedings Focusing on Energy Related Disputes...159

Arş. Gör. Firdes Şeyda TÜRKAY

Kitap İncelemesi:

Macid Hadduri, İslam Hukukunda Savaş ve Barış..... 175

KAMU HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL

İdarenin Hukuk Kurallarını Üst Normlara Uygunluk Bakımından Kontrol Etme ve
Kuralı Uygulamayı İhmal Etme Yetkisi..... 183

Dr. Ersan ÖZKAN

Dr. Ali Rıza BAYLAN

Şiddet Suçlarının İşlenme Yöntemleri.....217

Özel Hukuk

**HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA
ARABULUCULUK FAALİYETİNİ SONA ERDİREN HAL:
"UYUŞMAZLIĞIN KAPSAM DIŞINDA OLDUĞUNUN
TESPİTİ"**

*Yrd. Doç. Dr. Yalçın BOSTANCI**
*Yrd. Doç. Dr. Halid ÖZKAN***

ÖZET:

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre; arabuluculuk faaliyetini sona erdiren haller: Tarafların anlaşmaya varması, arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirilmesine karar vermeleri, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesidir. Arabuluculuk faaliyetini sona erdiren bu hallerden uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi hali, doğrudan arabuluculuğun kapsamı ile ilgili olup arabuluculuk faaliyetinin sınırlarını çizmektedir.

Hukuk uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamı dahilinde olup-olmadığının tespiti, bir arabuluculuk faaliyeti için kanaatimizce en önemli aşamadır. Çünkü bu tespit, başlamış bir arabuluculuk faaliyetini sonlandırabileceği gibi kapsam dışında olan başlamamış bir arabuluculuk faaliyetinin de başlamasına engel olacaktır.

Arabuluculuk uygulamasında da önemli olacağı kanaati ile çalışmamızda arabuluculuğun başlama anı, genel olarak arabuluculuğun kapsamı, arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıklar ve uyuşmazlığın CMK uyarınca uzlaşma kapsamına girmemesi konuları incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Arabuluculuğun Kapsamı, Uzlaşma.

* Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD.

** Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD.

SUMMARY:

In accordance with Law No. 6325 on Mediation in Law Disputes, the situations which dissolve the mediation activity are: negotiation of the parties, detection by the mediator that further efforts for mediation are unnecessary, one of the parties informing its withdrawal to the other party or to the mediator, deciding parties' mutual agreement to terminate the mediation, detection of the inconvenience of the dispute for mediation and the dispute is related with a crime which is not included in the context of conciliation (Victim-offender mediation) in accordance with the Code of Criminal Procedure No. 5271. Out of the situations which dissolve the mediation activity; detection of the inconvenience of the dispute and detecting that the dispute is related with a crime which is not included in the context of conciliation in accordance with the Code of Criminal Procedure No. 5271 are directly related with the scope of mediation and draws the line for mediation activity.

In legal disputes, determining whether the dispute is within the context of mediation or not is the most important stage for a mediation activity in our opinion. Because this detection can not only dissolve a started mediation activity but also can prevent the start of an uninitiated activity.

Considering that it might be important also for mediation applications, starting time of mediation, the context of mediation in general terms, disputes not convenient for mediation and dispute not being included in conciliation in accordance with the Code of Criminal Procedure, shall be studied herewith.

Keywords: Mediation, The Context of Mediation, Conciliation (Victim-Offender Mediation).

GİRİŞ

Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak amacıyla iletişimini kolaylaştıran, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan uzmanlık eğitimi almış olan üçüncü kişinin katılımı ile yürütülen bir usuldür¹.

Uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözüme kavuşturulması birçok ülkede tartışılan bir konudur. Söz konusu durumun ülkelerin gündemine gelmesinde yargıdaki iş yükünün fazlalığı, yargılama giderlerinin yüksek olması ve yargı sisteminin genel olarak yavaş işlemesi etkili olmuştur. Alternatif çözüm yollarına başvurunun kabul edilmesinde yargıyı ortadan kaldırmak veya yargıya alternatif getirmek düşüncesi değil, uyuşmazlıkların daha kolay ve hızlı çözümü ile toplumdaki barışın sağlanması amaçlanmaktadır².

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her ülkenin sosyolojik gerçeklerine göre farklılık gösterebilmektedir. Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Fransa ve Macaristan'da arabulucuya başvuru tamamen tarafların iradesine bırakılmış iken; İngiltere, İspanya ve İtalya gibi bazı ülkelerde ise arabulucuya teşvik sistemi vardır³. Almanya'nın bazı eyaletlerinde de belirli bir miktara kadar arabuluculuğa başvuru zorunludur⁴.

¹ **Tanrıver**, Süha, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıkları ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan II. Cilt, Ankara 2010, s. 2025.

² **Akcan**, Recep, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 39; 6325 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de söz konusu görüşü destekleyecek nitelikte olmak üzere şu ifadeler yer verilmiştir: "Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümü yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmaktadır. Bu yolların geniş kapsamlı ve etkin bir biçimde işlerlik kazanması mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkı sağlayacaktır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkanını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır".

³ **Akcan**, s. 40; Arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilgili ayrıntılı bilgi ve ülke uygulamaları için bkz. **Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009; **Sarısozen**, Serhat, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011; **Tıktık**, Çiğdem Yazıcı, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, **Özsumcu**, Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013; **Yakut**, Bahadır, Amerika Birleşik Devletlerinde Arabuluculuk Mesleği, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 73-74; **Yakut**, Bahadır, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 67-68; **Özbay**, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma

Türk hukuk sisteminde arabuluculuk kurumu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak 2007 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu tasarısı ile gündeme gelmiştir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir⁵. Kanunun uygulanmasına yönelik olarak ise, Hukuk Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği çıkarılmıştır⁶.

Arabuluculuk sisteminin başarılı olmasında arabuluculuk yolu ile çözümlenebilecek uyuşmazlıkların doğru belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

6325 sayılı Kanunun arabuluculuğun sona ermesi başlıklı 17. maddesinde "*uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi*" arabuluculuğu sona erdiren hal olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanması durumunda ortaya çıkan anlaşma tutanağının ilam niteliğinde belge haline gelebilmesi yetkili ve görevli mahkeme tarafından şerh edilmesine bağlı olduğundan; ilgili mahkemenin şerh kararı verebilmesi için temel şartlardan biri uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasıdır. Bu nedenlerle hem taraflar hem de arabulucu açısından faaliyetin başında veya devamı sırasında uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Bu çalışmada arabuluculuk faaliyetinin başlama anına ilişkin olarak kısaca bilgi verildikten sonra, yürürlükte olan mevzuat çerçevesinde genel olarak arabuluculuğun kapsamı, arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlıklar ve uyuşmazlığın CMK uyarınca uzlaşma kapsamına girmemesi hususları incelenmeye çalışılacaktır.

I. HUKUKİ ARABULUCULUK FAALİYETİNİN BAŞLAMA ANI

6325 sayılı Kanununun 16. maddesine göre, arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda

Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2004/3-4; **Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006/64; **Tanrıver**, Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim 2006, Ankara 2007.

⁴ **Bulur**, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, 2007/4, s. 30-46; **Bulur**, Alper, Avukatlık Kanunu M. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, 2010/89, s. 196-241.

⁵ RG., 22.06.2012, 2331.

⁶ RG., 23.01.2013, 28540.

anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Kanunun ilgili hükmünün incelenmesinden arabuluculuk sürecinin başlamasının zamanaşımı ve hak düşürücü süreyi durdurduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

II. ARABULUCULUĞUN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulmasında hangi uyuşmazlıkların kapsama dahil olduğu 6325 sayılı Kanunun 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir"*.

Kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarında söz konusu olacaktır. Özel hukuk kapsamında yer alan uyuşmazlıklarda da arabuluculuk faaliyetinin söz konusu olabilmesi için uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden⁷ kaynaklanması gerekecektir. Buna göre kamu düzenini ilgilendiren veya tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etmelerine imkan vermeyen hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların da çözümlenmesinde arabuluculuk yoluna başvurulamayacaktır.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların neler olduğu hususunda öğreti ve Yargıtay kararlarında da bir birliğin olduğu söylenemez⁸. Öğretide yalnız tarafların arzularına tabi olan işler, tarafların dava konusu üzerinde sulh ve kabul yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri işler, sulh sözleşmesine konu olanlar, iki tarafın arzusuna tabi olan konular, tarafların arzu ve iradesine tabi olan uyuşmazlıklar, iki tarafın arzusuna tabi olmayan işler, kamu

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Semizoğlu**, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İBD, C. 82, S. 5, 2008.

⁸ **Akcan**, s. 42.

düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, irade serbestisine tabi konular, kamu düzenine ilişkin olmayan hususlar, amme intizamıyla ilgili kanunları ihlal eden meseleler gibi farklı şekilde ifade edilen kavramları görmek mümkündür⁹. Hem öğreti hem de Yargıtay kararlarında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri tartışmalı konulara örnek olarak, mülkiyet değişikliğini içeren taşınmazın aynına ilişkin davalar, iş davaları, kira bedelinin tespiti davası, kira sözleşmesinden kaynaklanan tahliye davaları, kat mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar, vekalet ücreti, faiz ve cezai şartta ilişkin uyuşmazlıklar verilebilir¹⁰.

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kapsamının düzenlendiği 6325 sayılı Kanunun 1. maddesinin gerekçesinde konu, *"her şeyden önce arabuluculuk kurumunun işlerlik kazanacağı alan, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarıdır. Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları" bağlamında uygulanma alanı bulacaktır. Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir"* şeklinde ifade edilmiştir.

Buna göre, malvarlığı ile ilgili uyuşmazlıklarda, gayrimenkul ve alacak davalarında, manevi tazminat taleplerinde, istisna sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulabileceği kabul edilmektedir¹¹.

B. Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Uyuşmazlıklar

6325 sayılı Kanunda arabuluculuğa elverişli olan konular sayma şeklinde ifade edilmediğinden yukarıda kısaca belirtildiği şekilde genel kural çerçevesinde hangi uyuşmazlığın ya da konunun arabulucu aracılığı ile çözümlenebileceği tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte kapsam ile ilgili olarak uygulamada çok sayıda tartışma çıkacağı tahmin edilmektedir. Söz konusu tartışmalara son vermek adına kapsama giren konular tek tek belirtilerek listeleme usulü tercih edilebilir. Söz konusu usulde de konuların tam olarak sayılamaması ihtimali ile ilgili eleştiriler olabilecektir. Ancak mevcut şekilde, özellikle arabu-

⁹ Alongaya, Yavuz / Yıldırım, Kamil/ Deren- Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, İstanbul 2006, s. 215; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 407; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 849; Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2007, s. 694 vd.

¹⁰ Akcan, s. 43.

¹¹ Özbek, s. 746.

lucu tarafından düzenlenen anlaşma tutanağının şerh edilme aşamasında uyuşmazlıklar çıkma ihtimali yüksek görünmektedir.

Kanunda tercih edilen mevcut yöntemin ise, statik olmayan, gelişmeye açık ve dinamik bir yapı oluşturduğu kabul edilmelidir¹².

6325 sayılı Kanununun 1. maddesi ve madde gerekçesi dikkate alındığında, çekişmesiz yargı alanına giren işlerde tarafların uyuşmazlık üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün olmadığından arabuluculuk usulünün bu alanlarda uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹³.

Çekişmesiz yargı işleri kural olarak ilgililerin iradesine tabi olmayan, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı, ihtilaf yokluğu kriterlerinin söz konusu olduğu ve çekişmesiz yargı işinin sona ermesinin mutlaka mahkeme kararına ihtiyaç duyduğu faaliyetler olduğu için, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri mevcut değildir. Buna bağlı olarak söz konusu hallerde sulh ve tahkimden bahsedilemez¹⁴. Söz konusu ilkeler çerçevesinde çekişmesiz yargı işleri arabuluculuğa konu olamaz¹⁵.

6325 sayılı Kanununun m.1 hükmü, tasarıdan farklı olarak iki fıkradan oluşmaktadır. Tasarıda bulunmadığı halde Kanunda yer alan ifadeye göre "*aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*". Söz konusu düzenleme, 6251 sayılı Kanun¹⁶ ile onaylanması uygun bulunan Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 48. maddesine de uygundur. Söz konusu hükme göre, "*taraflar, iş bu sözleşme kapsamındaki her türlü şiddete ilişkin olarak arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki ve diğer tedbirleri alır*".

Genel olarak kamu düzenine ait olan konularda, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmelere ait konularda, nesep ile ilgili uyuşmazlıklarda, ahvali şahsiye davaları, iflas davaları, evlilik davalarında (MK. 146'daki mutlak butlan davası, MK. 148'deki nisbi butlan davası, MK. 161'deki boşanma davası, MK. 170'deki yargısal ayrılık) arabuluculuk usulüne başvurulamayacaktır¹⁷.

¹² **Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 639.

¹³ **Özmumcu**, s. 287.

¹⁴ **Kuru**, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 171; **Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 33 vd.

¹⁵ **Pekcanitez**, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, 2005/5, s. 14; **Kekeç**, Elif Kismet, Arabuluculuk Yolu ile Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011, s. 92; **Özbek**, s. 745.

¹⁶ RG., 29.11.2011, 28127.

¹⁷ **Özbek**, s. 745.

İflas ile ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuğun önünün açılması gerektiği ileri sürülmektedir. Birleşik Devletler İflas Hukuku sisteminde arabuluculuk uygulanmakta ve başarılı olduğu kabul düşünülmektedir¹⁸.

Yargıtay Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıkların çözümünde emredici hüküm nedeni ile davanın ana gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinde görülmesinin zorunlu olduğunu, dolayısıyla tahkime gidilemeyeceğini ifade etmektedir^{19,20}

İş uyuşmazlıklarında 4857 sayılı Kanundan önceki dönemde tahkim yoluna gidilemeyeceği kabul edilmekteydi²¹. Yargıtay, hizmet sözleşmesine konulacak hükümler ile işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik olarak tahkim yolunun kararlaştırılmayacağını, zira kıdem tazminatının kıdem tazminatının gerçekleşmesi için yasada öngörülen koşulların kamu düzeni ile ilgili olduğunu, konunun hakem tarafından çözümlenemeyeceği kanaatindeydi²². Toplu iş uyuşmazlıklarında kanun gereği olan resmi arabuluculuk ve tahkim, bireysel iş uyuşmazlıklarında, ekonomik bakımdan işverene göre daha zayıf durumda olan işçinin korunması ve işçinin tabii hakimi olan iş mahkemelerinden mahrum bırakılmaması amacıyla kabul edilmemiştir²³.

İş hukuku alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına en çok ihtiyaç duyulan alanlardan birisidir. İşçi-işveren ilişkilerinin yoğun kişisel nitelik taşıması, devamlılık göstermesi ve açılacak davaların bu ilişkilere zarar vererek ilişkilerin tamamen yıkılmasına yol açacak olması, karşılıklı yıpratma ile geçen dava süreci sonrasında tarafların eski kişisel ilişkilerini tekrar kurabilmelerinin imkansız olması nedenleri ile alternatif uyuşmazlık çözümleri iş uyuşmazlıklarında daha önemli bir yere sahip olmalıdır. İş uyuşmazlıklarının tarafların karşılıklı anlaşması ile çözüme kavuşturulması hem sosyal barış hem de iş barışına hizmet edecek olan bir durumdur²⁴.

¹⁸ **Özbek**, s. 746.

¹⁹ (YHGK, 03.07.1974, 5-1450/810), YKD, Temmuz 1975, s. 9; **Özbek**, s. 748.

²⁰ Doktrinde Yargıtayın söz konusu görüşü eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. **Özbek**, s. 748; **Alongaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 608; **Belen**, Herdem, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 225.

²¹ (Y.9.HD, 07.09.1987, 8058/7373), **Bozkurt**, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 1999, s. 513.

²² (Y.9.HD, 21.05.1992, 5081/5366), **Bozkurt**, s. 514.

²³ (Y.9.HD, 14.09.1964, 4983/5429), **Çenberci**, Mustafa, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969, s.176.

²⁴ Aynı yönde görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Başterzi**, Fatma, Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TISK Akademi, 2007/1, s. 141 vd.; **Yılmaz**, Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8, s. 5 vd.; **Günay**, Cevdet İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s.

4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği dönemde 20. maddenin 1. fıkrasında "*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*" hüküm yer almaktaydı. İş Kanununda yer alan söz konusu hükmün "*toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²⁵. Buna karşılık İş Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "*taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*" hükmünün iptali istemi, işçinin uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkin olduğundan Anayasanın 36. maddesine aykırılıktan bahsedilemeyeceği gerekçeyle reddedilmiştir²⁶.

4857 sayılı Kanunun 20/1 hükmünde, iş akdi feshedilen işçinin başvurabileceği yollar düzenlendiği için sözleşmenin feshinden önce iş sözleşmesi yapılırken veya sözleşmenin devamı süresince, fesih halinde özel hakeme gidilmesinin kararlaştırılması geçersiz sayılmaktadır²⁷.

İş güvencesi ile ilgili bireysel iş uyuşmazlıklarının hakeme götürülmesi konusunda temel husus işçinin iradesinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra mevcut olmasıdır. Yargıtay, iş güvencesi dışındaki diğer bireysel iş uyuşmazlıklarının ise özel hakeme götürülemeyeceği kanaatindedir. Bununla birlikte bireysel iş uyuşmazlıklarının özel hakem yolu ile çözümlenmesinin yasaklanma amacı işçinin iş mahkemesine gitme imkanının elinden alınmasıdır. Arabuluculuk sisteminde tarafların her aşamada uyuşmazlığı mahkemeye götürme imkanının varlığı, arabulucunun hakem gibi karar vermemesi, arabuluculuk faaliyetinin süreleri durdurması da dikkate alındığında bireysel iş uyuşmazlıklarının arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi ile ilgili herhangi bir hukuki engelin bulunmadığı söylenebilecektir.

238; **Çenberci**, s. 80; **Çelik**, Nuri, İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973, s. 3; **Esener**, Turhan, İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yolu ile Çözümü, İstanbul 1970, s. 1; **Süral**, Nurhan, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Ankara 1982, s. 8; **Subaşı**, İbrahim, Türk Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Barışçı Çözüm Yolları, İHD, Ekim-Aralık 1991, s. 530.

²⁵ (AYM, 19.10.2005, E. 2003/66, K. 2005/72), RG., 24.11.2007, S. 26710.

²⁶ **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 634.

²⁷ **Süzek**, s. 634; Yargıtay tarafından geçersiz olarak değerlendirilen tahkim sözleşmelerine ilişkin olarak bkz. (Y.9.HD, 24.09.2007, 13995/27723), İHSGHD, S. 16, 1545-1547; (Y.9.HD, 22.01.2007, 25759/10), İHSGHD, S. 15, s. 1071; (Y.9.HD, 24.09.2007, 13952/27942), YKD, Ocak 2008, s. 48-49; Ayrıntılı bilgi ve (Y.9.HD, 22.03.2004, 5846/5621) sayılı kararının değerlendirilmesi için bkz. **Akyiğit**, Ercan, İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi, Karar İncelemesi, Tühis, Ağustos-Kasım 2004, s. 106 vd.

C. Uyuşmazlığın CMK Uyarınca Uzlaşma Kapsamına Girmemesi

Uzlaşma²⁸, ceza muhakemesinde²⁹ karşılıklı olarak (şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi arasında) anlaşılması³⁰ sonucunda failin cezalandırılma riskinin izale edilip, uyuşmazlığın sona erdirilmesi olarak tanımlanmakta^{31,32} olup, uyuşmazlığın sona erdirilmesi bakımından arabuluculuk ile benzerlik göstermektedir³³. Uzlaşma kurumu, CMK 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlemiş olup, uzlaşmanın kapsamında kalan suçlar CMK m.253'e göre belirlenecektir³⁴.

²⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin kenar başlığı "uzlaşma" olmasına rağmen; hem madde metninde hem ilgili yönetmelikte (Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik) "uzlaştırma" kavramı da uzlaşma yerine tercihen kullanılmıştır. Halbuki Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte iki kavram arasındaki fark ortaya konmaya çalışılmıştır (bkz. CMKGUUIY m.4). Aynı hukuki müessese için birden fazla kavramın kullanılması, kafalarda soru işareti oluşturabileceği gibi mevzuatta birbiri yerine kullanılan birden fazla kavram olacağı için isabetsiz bir seçimdir. Mevzuatta buna yönelik birbiri yerine kullanılan uzlaşma ve uzlaştırma kavramları ayrıştırılmalı, ilgili yönetmelikteki farka göre genel bir düzenleme/düzeltilme yapılmalı ya da uzlaşma/uzlaştırma kavramlarından birinin tercih edilip tüm mevzuatta aynı kavram kullanılmalıdır. Bu görüşlerimizin dışında doktrinde "uzlaşma" kavramının alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından "müzakere" ile eş anlamlı olarak kullanılmasından dolayı, ceza muhakemesinde uzlaşma yerine "uzlaştırma" kelimesinin tercih edilmesinin daha doğru olacağı yönünde de bir görüş mevcuttur. **Özbek**, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma" AÜHFD, Yıl 2005, Cilt 54, Sayı 3, s. 294-295

²⁹ Uzlaşma, ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından bir yönüyle ceza hukukuna diğer yönleri bakımından ise ceza muhakemesi hukukuna ilişkindir. Bkz. (4. CD., 21.11.2008, E. 15823 - K. 21037); Yüksek Mahkeme ile doktrindeki aynı görüş için bkz. **Ünver**, Yener / **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 344-345.

³⁰ "Uzlaşma, uyuşmazlığın taraflarının bu süreçte anlaşılması ve anlaşmaları anlamına gelir" (6. CD. 19.01.2010, E. 16595- K. 221)

³¹ **İpek**, Ali İhsan / **Parlak**, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler ile Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 3.

³² Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin m. 4/1-b göre ise; Uzlaşma: *Uzlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma süreci sonunda anlaşmış veya anlaşmış olmalarını...* ifade eder.

³³ İngilizce karşılığı "ADR" olan (Alternative Dispute Resolution) alternatif uyuşmazlık çözümleri; dava alternatifi olarak hizmet veren çözümler ve uyuşmazlığın mahkeme dışı yollarla çözülmesi gibi değişik başlıklar altında da incelendiği söylenmektedir. Bkz. **Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, 2010 İstanbul, s. 473; Hem arabuluculuk hem de uzlaştırma alternatif uyuşmazlık çözüm usullerindedir. Daha geniş bilgi için bkz. **Özbek**, Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşım Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", AÜHFD, Yıl 2002, Cilt 51, Sayı 2, s. 135 vd.

³⁴ Hangi suçların uzlaştırma kapsamında olacağı yasa koyucunun bir takdiridir. Bazı ülkeler uzlaşma kapsamındaki suçları çok geniş bazı ülkeler ise çok dar tutmaktadır. Bkz. **Şahin**, Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan, C. 6 Sa. 1-2, 1998, s. 255 vd.; **Çetintürk**, Ekrem, Ceza Adalete Sisteminde Uzlaştırma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 136 vd. (Not: Atıf yapılan bu tez kitap olarak basılmış olup, basısı tükenmiş olduğundan tez formatına atıf yapılmıştır).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 17. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre³⁵; 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde, arabuluculuk faaliyeti sona erecektir. Söz konusu hüküm ile birlikte arabuluculuk faaliyetinin yürütüleceği fiil, uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili ise arabulucu herhangi bir şekilde arabuluculuk faaliyetine devam edemeyecek, taraflar arasındaki uyuşmazlığı anlaşma ile sonuçlandıramayacaktır. Anılan hükme göre, arabuluculuk faaliyeti için taraf başvurularını kabul edip arabuluculuk yapma yetkisini haiz arabulucu, öncelikle arabuluculuk konusunun uzlaşma kapsamında yer almayan bir suç ile ilgili olup-olmadığının tespitini yapmalıdır. Arabulucu bu tespiti 5271 sayılı CMK uyarınca yapacaktır.

CMK 253. maddede hangi suçların uzlaşma kapsamında olduğu belirtilmiştir³⁶. CMK m.253'e göre; soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan

³⁵ Söz konusu düzenleme Kanun metnine son anda girmiş olup, kanunun gerekçesinde bu hükme ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Düzenleme, alt komisyonda da yüzeysel olarak tartışılmıştır.

³⁶ TCK m.86: Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç),
TCK m.88: Kasten Yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi
TCK m.89: Taksirle Yaralama,
TCK m.106/1/2.c, Tehdit, Malvarlığına yönelik veya sair bir kötülük yapacağı şeklinde tehdit hali,
TCK m.116, Konut Dokunulmazlığını İhlal (m.142/4 hırsızlık suçu işleme amaçlı olması halinde uzlaşma hükümleri uygulanmaz),
TCK m.117/1, İş ve Çalışma Hürriyetini İhlal,
TCK m.123/1, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma,
TCK m.125 vd. Hakaret, (m.131/1 gereği kamu görevlisine görevi nedeni ile hakaret hali hariç)
TCK m.132 Haberleşmenin Gizliliğini İhlal,
TCK m.133 Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması,
TCK m.134 Özel Hayatın Gizliliğini İhlal,
TCK m.146/1 Kullanma Hırsızlığı. Kanaatimizce kullanma hırsızlığı hırsızlık suçundan bağımsız bir suç tipidir ve şikayete tabidir. Bu suç tipi için etkin pişmanlık hükmü de düzenlenmediğinden uzlaşmaya tabidir.
TCK m.150. Bir görüşe göre; Alacağın tahsili maksadıyla cebir veya tehdit kullanılması (150/1); bu halde tehdit ve yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiğinden, işlenen fiilin tehdit (1061-2.c) suçunun şikayete bağlı hali ile sınırlı olması veya yaralama suçunun 86. maddenin 1. veya 2. fıkrasını aşmayan boyutta bulunması durumunda uzlaşma da uygulanmalıdır.
Bkz. (<http://www.uzlasma.adalet.gov.tr/doc/ihtiyac/grprplr/2grup.pdf>) (Er. Tar. 15.08.2013) Kanaatimizce madde gerekçesinde de belirtildiği üzere TCK m.150, yağma suçunun daha az ceza gerektiren halleridir. Bir suçun daha fazla ve daha az cezayı gerektiren halleri o suçla ilişkindir. Yağma suçu bakımından TCK m.168/3'de etkin pişmanlık hükümleri düzenlendiği için TCK m.150'de yer alan "Alacağın tahsili maksadıyla cebir veya tehdit kullanılması" hali de uzlaşma kapsamı dışında kalmaktadır.

suçlar (253/1-a), şikayete tabi olup-olmadığına bakılmaksızın madde metninde yer alan katalog suçlar³⁷ (253/1-b), özel kanunlarda düzenlenmiş şikayete tabi suçlar ve yurt dışında işlenen suçlar³⁸ aksi öngörülmedikçe uzlaşmaya tabidir. Aksinin öngörüldüğü yani mevzuatımızda şikayete tabi olsa da uzlaşma kapsa-

TCK m.156/1 Bedelsiz Senedi Kullanma,

TCK m.160 Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu

TCK m.167 Mala karşı suçlarda, zarar gören & fail arasında yakın akrabalık ilişkileri (TCK m.167/2 de belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde söz konusu suçlar şikayete tabidirler. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (TCK m.153/1, 2), Hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m.154/1), Hakkı olmayan yere tecavüz (TCK m.154/3);

TCK m.209/1 Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması

TCK m.233/1 Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali

TCK m.234 Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması

TCK m.239 Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

TCK m.342/2, Yabancı Devlet Temsilcilerine Karşı Suç (hakaret) Doktrinde TCK'nın 343. maddesi uyarınca karşılıklılık koşulu olması halinde yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret suçu bakımından TCK. m.342/2 gereği, bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından, bu suç her ne kadar şikâyete tabi olsa da uzlaşma kapsamında olmadığı savunulmaktadır. **Sezer**, Ahmet, Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 43 Bu gerekçe TCK m.340 ve 341 için geçerli olup, TCK m.342/2 için geçerli değildir. Her ne kadar TCK m.342/1 hükmü ile "Türkiye Cumhuriyetinde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş yabancı devlet temsilcileri ile bunların diploması memurları veya uluslararası kuruluşların temsilcileri ile bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurları, kendilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından, kamu görevlisi kabul" edilmiş olsalar da, yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret suçunun ayrı bir hüküm ile mağdurun şikayetine tabi olması maddede sayılan yabancı temsilcilere hakaret suçunun uzlaşma kapsamında kalmasına neden olmaktadır.

- ³⁷ 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),
2. Taksirle yaralama (madde 89),
3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),
4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),
5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

- ³⁸ TCK m.11/2: Vatandaş tarafından yurtdışında işlenen suçlar, (TCK m.11. maddedeki diğer şartları sağlamalı: -Bir Türk vatandaşının TCK 13. maddede yazılı suçlar dışında aşağı sınırı bir yıldın az hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye'de kovuşturulabilirliği bulunması ve zarar görenin şikayeti olması hali)

TCK m.12/2: Yabancı tarafından yurtdışında işlenen suçlar, (TCK m.12. maddedeki diğer şartları sağlamalı: (Bir yabancı TCK 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması, failin Türkiye'de bulunması ve suçtan zarar görenin şikayetçi olması hali)

mı dışında tutulan suçlar da mevcuttur^{39,40} (TCK m.105 Cinsel Taciz Suçu gibi)^{41,42}.

Bu noktada belirtmekte fayda vardır ki; arabuluculuğun uygulama alanının uzlaşma hükümlerine gönderme yapılmak suretiyle daraltılması kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Halihazırda uzlaştırma müessesesinin uygulanabilirliği, işlevselliği ve kapsamı, mevcut düzenlenmiş haliyle tartışmalı ve eleştirilmekte iken⁴³, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa gidilebilecek fiillerin uzlaşma kapsamında yer alan suçlara göre tespiti, arabuluculuk müessesesini de uygulamaz hale getirecektir. En basit örneğiyle, malına kasten zarar verdiği mağdur ile arabulucu vasıtasıyla anlaşmak isteyen fail, mağdurun zararını tazmin etmek istemiş, mağdur da bunu kabul etmiş ve arabulucuya başvurmuş olsunlar, bu

-
- ³⁹ - Etkin pişmanlık hükümleri uygulanan suçlar,
 - Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar,
 - Mağduru kamu tüzel kişiliği olan suçlar
 - Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olan suçlar (CMK m.253/3)
 - 6136 sayılı kanun kapsamında yer alan suçlar,
 - Çek suçları,
 - Terörle Mücadele Kapsamında işlenen suçlar,
 - Ön ödemeye tabi suçlar.
- ⁴⁰ Yazar, "Kullanma Hırsızlığı" suçu için TCK m.168 bağlamında etkin pişmanlık hükmü düzenlendiği gerekçesi ile uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağını söylemektedir. **Küçükyumuk**, Adnan, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s. 79; Kanaatimizce madde metninde geçen "Hırsızlık" ifadesinin kullanma hırsızlığı suçunu da içine alacak şekilde geniş yorumlanması isabetsiz olacaktır. Hangi suçların uzlaşma kapsamında kalacağı maddi ceza hukukunu ilgilendirdiğinden kıyas ve genişletici yorum yasağı söz konusudur. Bu sebeple de şikayete bağlı kullanma hırsızlığı suçunun uzlaşma kapsamında yer alan suçlardan olduğunu düşünmekteyiz.
- ⁴¹ "Cinsel taciz suçunun takibinin şikayete bağlı olduğu ve 5560 sayılı yasayla değişik CMK'nın 253/3 maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği..." (5. CD., 06.04.2010 E. 2009/11745, K. 2010/2716)
- ⁴² Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve dolayısıyla cinsel taciz suçu, 2006 tarihli 5560 sayılı Kanun değişikliği ile uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır. Bu değişiklikten önceki tarihte işlenen cinsel suçlarda değişiklikten önceki TCK m.73/8 gereği, uzlaştırma yoluna gidilebilecektir. "5237 sayılı Yasa'nın 105/1. maddesinde yaptırıma bağlanan suçun 5237 sayılı TCK'nın 73/8 maddesi uyarınca uzlaşma hükümlerine tabi olduğundan..." (5. CD., 15.06.2006, E. 8658-K. 5607)
- ⁴³ Eleştiriler için bkz. **Çetin**, Soner Hamza, "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem/Sayı: 2009/82, s. 30 vd.; **Ünver/Hakeri**, s. 358 vd.; **Soygüt Arslan**, Mualla Buket, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma: Temel Sorunlar ve Öneriler", web sayfası, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_936.htm) (Er. Tar. 12.08.2013); **Yıldız**, Ali Kemal, "Uzlaşma - Şikayet İlişkisi (YTCK m.73)", s. 16 vd. (<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=5>) (Er. Tar. 12.08.2013);

durumda mala zarar verme suçunun (TCK m.151) uzlaşma kapsamında yer alan suçlardan olmaması nedeniyle arabuluculuk kapsamı dışında kalan bir hukuki uyuşmazlık söz konusu olacak ve taraflar arasında arabuluculuk mümkün olmayacaktır.

Arabuluculuk Kanunu m.17'deki düzenlemeyi, fiilin sonuçlarını cezai ve hukuki sonuçları olarak bölerek⁴⁴, fiilin cezai değil sadece hukuki sonuçları hususunda arabuluculuk faaliyetinde bulunabileceği şeklinde yorumlamak istesek de; kanunun açık hükmü karşısında bu mümkün değildir. Pek tabii kamu düzenine ilişkin olan ve kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği iş ve eylemler arabuluculuk kapsamı dışında kalmalıdır. Fakat uygulamada en fazla rastlanılan olaylarda arabuluculuk yapılamaması, uygulanabilirliği olmayan bir arabuluculuk müessesesi doğuracaktır. Örneğin taksirle ölüme sebebiyet verilen bir ameliyat sonrası, hatalı tıbbi müdahalede bulunan hekim, ölenin hasta yakınları ile tazminat hususunda anılan mevcut düzenleme nedeniyle anlaşamayacaktır.

Bu husustaki çözüm önerimiz arabuluculuk yapılacak hukuki uyuşmazlığa ilişkin fiilin kısmen ceza hukukunu ilgilendirmesi ve üzerinde anlaşılan konuların bir suç ile ilgili olması halinde, fiilin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak arabuluculuk faaliyetinde bulunulabileceği konusunda kanuna hüküm eklenmesidir. Ayrıca üzerinde anlaşılan hususların bir suç ile ilgili olup da, C. Savcılıkları/Ceza Mahkemeleri önüne gelmesi halinde, icra edilebilirlik şerhi bulunan arabuluculuk anlaşma belgesinin C. Savcılıkları ve Ceza Mahkemelerini bağlamayacağına kanuni düzenleme ile kabul edilmelidir. Bununla birlikte sadece fiile ilişkin olarak hukuk mahkemelerinin görev ve yetkisinde kalan hukuki uyuşmazlık ve uyuşmazlığın neticeleri hususunda anlaşmaya varılabileceğinin kanunda belirtilmesi gerekmektedir.

Bir diğer alternatif çözüm önerimiz ise, şayet Arabuluculuk Kanunu m.17'deki düzenleme hususunda eleştiri getirdiğimiz hususlar nazara alınmadan uygulamaya devam edilmesi öngörülürse, CMK gereği uzlaşma kapsamında yer alan suçların genişletilmesidir. (TCK m.151: Mala zarar verme, TCK m.105: Cinsel Taciz⁴⁵, TCK m.243: Bilişim Sistemine Girme suçlarının uzlaşma kapsamına alınması gibi)

⁴⁴ "Uzlaşma her ne kadar ceza hukuku ihtilâfının çözümü kısmen ve adli bir kontrol mekanizması altında ceza hukuku dışındaki kişi ve kurumlarla ve usullerle çözümünü sağlamakta ise de,... hem özel hem de ceza hukuku ihtilâflarını çözen her iki hukuk dalına müşterek bir kurum değildir." **Ünver / Hakeri**, s. 361; Buna karşın CMK m.253/19 hükmüne binaen uzlaşma etkisini sadece ceza hukukunda değil, özel hukuk alanında da göstermektedir. **Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I, Ankara 2007, s. 68; Arabuluculuk müessesesi de hem özel hem ceza hukuku ihtilâflarını birlikte çözen bir kurum durumunda değildir.

⁴⁵ Doktrinde bu suç tipinin uzlaşmaya tabi olmasının ahlaka uygun düşmeyeceği görüşü mevcuttur. **Öztürk**, Bahri / **Tezcan**, Durmuş /**Erdem**, Mustafa Ruhan / **Sırma**, Özge/ **Saygılar**, Yasemin F. /**Alan**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara

Bir diğer değinilmesi gereken husus ise, takibi şikayete tabi olmasına rağmen kamu idaresini de ilgilendiren bazı suçlar bakımından korunan hukuki değer dikkate alınmadan CMK gereği uzlaşma kapsamı dışında bırakılmış olması ve dolayısıyla arabuluculuk kapsamı dışında kalmış olmasıdır. Örneğin bir kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret eden bir kişi, hakaret ettiği kamu görevlisi ile geleceğe yönelik olarak kamu görevlisi tarafından açılması olası bir tazminat davasının açılmaması için arabulucu önünde anlaşabilmelidir. Çünkü kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret edilmiş⁴⁶ olsa da kamu görevlisinin şeref ve haysiyeti de failin suç tipini ihlali ile zedelenecek değerlerdir⁴⁷. Bu nedenle de ceza mahkemesinde yürütülecek muhakemeden bağımsız olarak kamu görevlisi ile hakaret fiilini gerçekleştiren kişinin arabulucuya başvurup ceza muhakemesinin konusu dışında kalan hukuki uyuşmazlıkları hususunda anlaşmalarının önünde engel bulunmaması gerektiği görüşünderiz. Şikayete tabi olmayan ve uzlaşma kapsamında yer almayan⁴⁸ "kamu görevlisine hakaret suçu" (TCK m.125/3) bakımından arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi imkanı Arabuluculuk Kanunu m.17/1-d hükmü nedeniyle bulunmamaktadır.

Bunların dışında Arabuluculuk Kanunu m.17'de yer alan "uyuşmazlığın uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesinden" ne anlaşılması gerektiği muğlaktır. Çoğu uyuşmazlık doğrudan veya dolaylı olarak bir suçla ilgili olabilmektedir. İş kazası nedeniyle yaralanma/ölüm, trafik kazaları, aile içi şiddet nedeniyle boşanma gibi. Bu hususta arabuluculuk faaliyetinin arabulucu tarafından sona erdirilmesi için uyuşmazlığın konusunun "**doğrudan bir suçla ilgili olması**" gerektiği görüşünü taşımaktayız. Uyuşmazlığın konusunun dolaylı olarak bir suç olduğu durumlarda ise taraflar arabulucuya başvurabilmelidir. Örneğin kendisini sürekli döven ve vücudunda kırıklar oluşmasına neden olan kocasından bu sebeple boşanmak isteyen kadın, kocasıyla mal paylaşımı hususunda anlaşmak üzere arabulucuya başvurabilmelidir. Her ne kadar kocanın karısını vücudunda kırıklar oluşacak şekilde dövmesi uzlaşma kapsamı dışında kalan kasten yaralama suçunu oluştursa da, gerek hukuki uyuşmazlığın

2010, s. 788; Doktrindeki bu görüşe karşın reşit kişilerin vücuda herhangi bir müdahale olmadan cinsel dokunulmazlığın ihlal edildiği cinsel taciz suçu bakımından uzlaşma yoluna gidilmesinden cinsel dokunulmazlığın pazarlık konusu edildiğinin anlaşılması gerektiği görüşünderiz.

⁴⁶ Yazara göre; kamu görevlisi kamu idaresi adına görev yapmakta olup, görevini yapması dolayısıyla hakarete maruz kalması aynı zamanda kamu idaresine de hareket edildiği anlamına gelir. Çünkü, fail hakareti kişisel nedenden dolayı değil görevden dolayı etmiştir. **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010, s. 322

⁴⁷ Bkz. **Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 858-859

⁴⁸ "Hakaret suçunun nitelikli hali olarak görülen kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçun şikâyete tabi tutulması suç ve ceza politikası bakımından açıklanabilirse de, bunun uzlaştırma kapsamının belirlenmesi bakımından izahı bulunmamaktadır." **Çetintürk**, s. 265, Biz de yazarın bu görüşüne itibar etmekteyiz.

konusunun mal paylaşımı olması gerek ise cezai soruşturmanın boşanmadan ayrı olarak zaten yürütüleceği dikkate alındığında arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesinde zaruret bulunmamaktadır.

Ceza muhakemesinin yürütülüp tamamlanması neticesinde hukuk mahkemelerinde açılacak olası davaların önüne geçebilmek adına⁴⁹ doğrudan kamu düzenine ilişkin olmayan, fiiller ve neticeleri hususunda da arabuluculuk faaliyeti yürütülebilmelidir. Örneğin uygulamada sıkça rastlanılan trafik kazalarından doğan maddi ve manevi tazminat davaları mahkemelerin iş yükünü oldukça artırmaktadır. Mevcut Arabuluculuk Kanunu hükümlerine göre; trafik kazasında tak-sirli ölüm gerçekleşmişse CMK gereği uzlaşma kapsamı dışında kalan bir suç olduğundan arabuluculuk faaliyeti gerçekleştirilemeyecektir. Halbuki kusurunu kabul eden fail ile suçtan zarar gören, ceza muhakemesinin dışında kalacak şekilde mağdurun hayatta kalan bakmakla yükümlü olduğu ailesi ile destekten yoksun kalma tazminatı, manevi tazminat ve benzeri hususlarda anlaşabilmelidir.

En nihayetinde çalışmamızda ele aldığımız düzenlemeler halen yürürlükte olduğu dikkate alındığında, uyuşmazlık konusu fiilin, CMK gereği uzlaşma kapsamında yer almayan bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde, bu durum tutanak altına alınmalıdır (HUAK m.17/2). Bu tutanakta, söz konusu fiilin CMK hükümleri gereği uzlaşma kapsamında olmadığı ve bu fiile ilişkin olarak arabuluculuk faaliyeti yapılamayacağı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.17/1-d gereğince arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiği yazılıp; arabulucu, taraflar veya vekillerince imza altına alınmalıdır. Herhangi bir şekilde bu tutanak/belge taraflar veya vekillerince imzalanmaz ise gerekçesi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından da imzalanabilir (HUAK m.17/2).

SONUÇ

Hukuk uyuşmazlıklarında, uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamı dahilinde olup-olmadığının tespiti, bir arabuluculuk faaliyeti için en önemli aşamadır. Çünkü bu tespit, başlamış bir arabuluculuk faaliyetini sonlandırabileceği gibi kapsam dışında olan başlamamış bir arabuluculuk faaliyetinin de başlamasına engel olacaktır.

Hukuk uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulacak olan arabuluculuk müessesesinin yargı üzerindeki iş yükünü azaltma fonksiyonuna sahip olabilmesi uygulama alanının geniş olmasına bağlıdır. Kamu düzenini ilgilendirmeyen, kişilerarasındaki özellikle malvarlığı değerlerine ilişkin olan tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulabilir olması uygulama açısından önem-

⁴⁹ Uzlaştırma sonucunda "Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır" (CMK m.253/19).

lidir. 6325 sayılı Kanunda yer alan ve müessesenin kapsamını daralttığı düşünülen düzenlemenin, uygulamada tartışmalara yol açacağı ve arabulucu önünde düzenlenen anlaşma tutanağının kapsam açısından değerlendirildiğinde şerh edilmesinde tereddütler olacağı kanaatindeyiz.

Uygulamada özellikle ticari uyuşmazlıklarda ve bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun geniş bir uygulama alanı bulacağı beklentisi vardır. İşçi-işveren ilişkilerinin yoğun kişisel nitelik taşıması, devamlılık göstermesi ve açılacak davaların bu ilişkilere zarar vererek ilişkilerin tamamen yıkılmasına yol açacak olması, karşılıklı yıpratma ile geçen dava süreci sonrasında tarafların eski kişisel ilişkilerini tekrar kurabilmelerinin imkansız olması nedenleri ile alternatif uyuşmazlık çözümleri iş uyuşmazlıklarında daha önemli bir yere sahip olmalıdır. İş uyuşmazlıklarının tarafların karşılıklı anlaşması ile çözüme kavuşturulması hem sosyal barış hem de iş barışına hizmet edecek olan bir durumdur. Benzer durum ticari uyuşmazlıklar için de geçerlidir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden olan arabuluculuk müessesesi ile ilgili olarak kapsam konusunda değerlendirme yapılırken tahkim uygulamasında yer alan tereddütler dikkate alınarak dar yorum yapmanın hatalı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü arabuluculukta tarafların uyuşmazlığı yargıya taşıma imkanları sürecin sonuna kadar devam etmekte ve en önemlisi tahkimden farklı olarak uyuşmazlığı taraflar çözüme kavuşturmaktadır. Buna göre geçmiş dönemdeki tahkime başvurma ile ilgili Yargıtay kararları dikkate alınarak değerlendirme yapmak yerine 6325 sayılı Kanun ile amaçlanan hususların gözünde tutularak sonuca gitmek gerekir.

Uzlaşma müessesesinin büyük ölçüde şikayete bağlı suçlar ile sınırlı tutulmuş olması ve kapsamındaki suçların az olması nedeniyle arabuluculuk müessesesinin alan ve kapsamını da HUAK m.17/1-d gereği daralacaktır. Arabuluculuğun uygulama alanının uzlaşma hükümlerine gönderme yapılarak daraltılması kanaatimizce isabetsizdir. Çünkü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun esas amacı gerekçede de belirtildiği üzere uyuşmazlıkların dava yolu ile çözümünü yerine tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak uyuşmazlığa son vermeleri, hem bu yolla toplumsal barışın korunmasını sağlamak hem de mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır⁵⁰. Mevcut düzenleme Kanununun esas amacını sağlamayı engellemektedir.

Arabuluculuk Kanunu m.17'de yer alan "uyuşmazlığın uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi" ifadesinden, arabuluculuk faaliyetinin arabulucu tarafından sona erdirilmesi için uyuşmazlığın konu fiilin "**doğrudan bir suçla ilgili olması**" anlaşılmalıdır.

⁵⁰ TBMM Meclis Tutanakları, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Genel Gerekeçesi, (<http://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0486.pdf>) (Er. Tar. 15.08.2013)

Arabuluculuk yapılacak hukuki uyuşmazlığa ilişkin fiilin kısmen ceza hukukunu ilgilendirmesi ve üzerinde anlaşılan konuların bir suç ile ilgili olması halinde, fiilin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak arabuluculuk faaliyetinde bulunulabileceği ve suçla ilintili fiilin hangi hukuki sonuçlarına ilişkin arabuluculuk faaliyetinde bulunulabileceği hususları düzenlenerek Arabuluculuk Kanununa eklenmelidir.

İcra edilebilirlik şerhi bulunan arabuluculuk anlaşma belgesinin doğrudan bir suç ile ilgili bir uyuşmazlığı konu etmiş olması halinde; C. Savcılıkları ve Ceza Mahkemelerini bağlamayacağının kanuni düzenleme ile kabul edilmesi gerekmektedir.

Kanun Koyucu, HUAK m.17 düzenlemesinde herhangi bir eksiklik olmadığı ve halihazırda ihtiyaca cevap verdiği kanısını devam ettirirse en azından; CMK m.253 gereği uzlaşma kapsamında kalan suçlar genişletilmeli ve katalog halinde madde metninde yer verilmelidir. Çünkü CMK m.253 mevcut hali ile karmaşık bir görüntü sergilemektedir.

KAYNAKÇA

- Akcan**, Recep, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008.
- Akyiğit**, Ercan, İş Güvencesi Uyuşmazlığının Özel Hakeme Götürülmesi, Karar İncelemesi, Tühis, Ağustos-Kasım 2004.
- Alongaya**, Yavuz / **Yıldırım**, Kamil/ **Deren- Yıldırım**, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı, İstanbul 2006.
- Alongaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 608; **Belen**, Herdem, Kat Mülkiyetinde Yönetim Planına Tahkim Şartı Konulması ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- Ansay**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Başterzi**, Fatma, Eşitlik Kurumu: Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Modeli, TİSK Akademi, 2007/1.
- Bozkurt**, Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Ankara 1999.
- Bulur**, Alper, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, 2007/4, s. 30-46.
- Bulur**, Alper, Avukatlık Kanunu M. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, 2010/89, s. 196-241.
- Centel**, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010.
- Çelik**, Nuri, İş Hukukumuzda Uzlaştırma ve Arabuluculuk, İstanbul 1973.
- Çenberci**, Mustafa, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 1969.
- Çetin**, Soner Hamza, "Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem/Sayı: 2009/82.
- Çetintürk**, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Esener**, Turhan, İş Hukukunda Uyuşmazlıkların Barış Yolu ile Çözümü, İstanbul 1970.
- Günay**, Cevdet İlhan, İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2000.
- İpek**, Ali İhsan / **Parlak**, Engin, Mevzuatta Yapılan En Son Değişiklikler ile Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Kekeç**, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yolu ile Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2011.
- Kuru**, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- Küçükyumuk**, Adnan, Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.
- Özbay**, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2004/3-4.

- Özbek**, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma" AÜHFD, Cilt 54, Sayı 3, Yıl 2005.
- Özbek**, Mustafa, "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşım Hareketinin Ortaya Çıkardığı Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Cilt 51, Sayı 2, AÜHFD, Yıl 2002.
- Özbek**, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2009.
- Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Özel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, Ankara 2008.
- Özümücü**, Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2013.
- Öztürk**, Bahri / **Tezcan**, Durmuş /**Erdem**, Mustafa Ruhan / **Sırma**, Özge/ **Saygılar**, Yasemin F. /**Alan**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Pekcanitez**, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, 2005/5.
- Sarısozen**, Serhat, Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Işığında Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma, Ankara 2011.
- Semizoğlu**, Hakan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları, İBD, C. 82, S. 5, 2008.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2010.
- Soygüt Arslan**, Mualla Buket, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma: Temel Sorunlar ve Öneriler", web sayfası, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_936.htm) (Er. Tar. 12.08.2013).
- Subaşı**, İbrahim, Türk Hukukunda İş Uyuşmazlıkları ve Barışçı Çözüm Yolları, İHD, Ekim-Aralık 1991.
- Süral**, Nurhan, İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları, Ankara 1982.
- Süzek**, Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012.
- Şahin**, Cumhuriyet, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a Armağan, C.6 Sa. 1-2, 1998.
- Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt I, Ankara 2007.
- Tanrıver**, Süha, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim 2006, Ankara 2007.
- Tanrıver**, Süha, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıkları ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan II. Cilt, Ankara 2010.
- Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006/64.

- Tanrıver**, Süha, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Getirdikleri ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009.
- Tıktık**, Çiğdem Yazıcı, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.
- Ünver**, Yener / **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 7. Baskı, Ankara 2013.
- Üstündağ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Yakut**, Bahadır, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ve Arabuluculuk, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 67-68.
- Yakut**, Bahadır, Amerika Birleşik Devletlerinde Arabuluculuk Mesleği, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 73-74.
- Yıldız**, Ali Kemal, "Uzlaşma - Şikayet İlişkisi (YTCK m.73), (<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=5>) (Er. Tar. 12.08.2013).
- Yılmaz**, Ejder, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Değiştirilmesi İhtiyacı, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2007/8.

TEHLİKE SORUMLULUĞU

*Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK**

ÖZET:

Tehlike sorumluluğu bilimsel çalışmalarda yerini almış olmakla birlikte özel kanunlar dışında yasal bir düzenlemeye kavuşmuş değildir. Genel bir kuralla mı yoksa özel bir kuralla mı düzenlense daha iyi olacağı tartışmaları yer almaktaydı. Kanun koyucu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde tehlike sorumluluğu genel bir kural ile düzenlenmiştir. Gelişen teknoloji, ortaya çıkan zararlar bu yasal düzenlemenin uygulamaya ne şekilde yansıtacağını da gösterecektir. Burada zararın sıklığı veya ağırlığı esas alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Tehlike Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Genel Kural, Özel Kural.

ABSTRACT:

Responsibility for risk had not been attained a legal arrangement except in special laws, although scientific studies have take place in. Does a general rule or if a special rule does regulate discussions, which would be better, was located. Responsibility for risk is regulated by a general rule in article 71 of the Turkish Code of Obligations which no. 698 and lawgiver. Developing technology, arising damages will also show that the practice of this legal arrangement will be reflected in what way. Here, frequency or weight of harm shall be considered.

Keywords: Responsibility, Responsibility For Risk, Faultless Responsibility, General Rule, Special Rule.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD.

GİRİŞ

Sanayi devrimiyle birlikte teknolojik alanda ilerlemeler başlamış ve bu da beraberinde yeni bir sorumluluk türünün doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır. Tehlike sorumluluğu denilen bu sorumluluk türü Türkiye’de henüz ilerleme aşamasındadır ve Batı ülkelerinde olduğu gibi fazla bir gelişme kaydetmemiştir.

Tehlike sorumluluğu Türkiye’de gelişme gösteren bir sorumluluk türü olduğu için bu konuyla ilgili yapılan çalışmalar da sınırlı bir düzeyde bulunmaktadır. Bu nedenle yeni çalışmalar yapılarak Türk Hukukundaki bu eksiklikler bir an önce giderilmelidir.

Bu çalışmada yeni gelişme gösteren bir sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunun ne olduğu, gelişmesini sağlama açısından ne tür bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu, neler yapılması gerektiği, doktrin tartışmaları ve Türkiye’de tehlike sorumluluğunun hangi aşamada olduğu belirtilmeye çalışılmıştır.

I. TANIM VE KAVRAM

Tehlike sorumluluğu kavramı, kusursuz sorumluluk hallerinin bir türünü ve en ağırını oluşturur. Tehlike sorumluluğunun en ağırını oluşturmasının nedeni meydana getirilen tehlikenin yol açtığı zararı karşılama düşüncesidir. Tehlikenin özel ağırlığı faaliyetlerin, işletmelerin veya tesisatın zarara yol açmağa aşırı eğiliminden veya sebep oldukları kazaların nitelik veya nicelik bakımından ağır sonuçlar doğurmasından kaynaklanmaktadır¹. Örneğin nükleer enerji ile çalışan bir işletmedeki patlama tehlike sorumluluğuna örnek gösterilebilir.

¹ **Tandoğan, Haluk**, Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 1979, C. 10, S. 2, s. 294; **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 1969, s. 324; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012, s. 503; **Tandoğan, Haluk**, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara 1981, s. 26; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 672; **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011, s. 177 – 178; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011, s. 304, 351; **Oğuzman, Kemal M./Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010, s. 485, 488; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 640; **Ulusan, İlhan**, Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/.../21-Ilhan-ULUSAN.pdf, s. 2897 – 2898; **Büyüksağış, Erdem**, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 8, S. 1, s. 6; **Uyar-Özbek, Zeynep**, Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri, *ylt.*, Diyarbakır 2009, s. 56; **Akartepe, Alpaslan**, Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 16, S. 1 – 2, s. 167.

Başkaları için ağır tehlike oluşturan faaliyette bulunan veya böyle bir nesneyi elinde bulunduranlar bu özel tehlikenin gerçekleşmesinden doğan zararı gidermekle yükümlü tutulmalıdır. Rizikonun yüklenilmesi yoluyla zararın telafi edilmesini amaçlayan bu esas tehlike sorumluluğudur².

Benzer faaliyet ve işletmelerin onlarla karşılaştırılabilen faaliyet ve işletmelere nazaran daha büyük tehlike taşımaları, bu tür olgulara tehlike sorumluluğu bağlanmasını haklı göstermektedir. Örneğin atlı arabalara oranla motorlu taşıt araçlarının kazaya ve zarara sebep olma eğilimi çok daha fazladır³.

İsviçre Hukukunda tehlike sorumluluğu, özellikle ağır bir tehlike taşıyan bazı faaliyetleri, işletmeleri veya tesisatı yürüten veya işletenler için özel kanunlarla tanınan bir sorumluluktur⁴. Bir görüşe göre bir kişinin kendisine kusur veya özen eksikliğinin yüklenmediği fakat meydana gelen zarardan sorumlu olduğu her durumda ağırlaştırılmış objektif sorumluluk söz konusudur⁵. Örnek olarak İsviçre Hukukunda otomobil işleticilerinin, demiryolu işleticilerinin sorumluluğu ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olarak düzenlenmiştir.

Tehlike sorumluluğu, kusura dayanmayan, sözleşme dışı bir sorumluluk türüdür. Tehlike sorumluluğunun varlığı için, tehlike oluşturan tesis, faaliyet ve işletmeye özgü tehlikenin gerçekleşmesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir; objektif özel ödevinin ihlali ve kusur gibi unsurların, tazminat sorumluluğunun doğması bakımından hiçbir rolü yoktur⁶.

Tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırıdır. Sorumluluk için, kusurlu olmak veya gözetim ödevinin ihmali aranmaz. Yapılan işin veya işletilen kuruluşun tehlike yaratması sorumluluk için yeterlidir. Ağır sanayi kuruluşları, kara, hava, deniz yolu taşımacılığı, elektrik, su, doğalgaz boru hattı işletmeleri, yüksek gerilim hatları, baz istasyonları⁷, atom santralleri gibi kuruluş ve

² **Tiftik, Mustafa**, Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Erzurum 1997, s. 6.

³ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 26.

⁴ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 26; **Tandoğan**, Tehlike, s. 294.

⁵ **Deshenau, Henri/Tercier, Pierre**, Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim Özdemir), Ankara 1983, s. 110.

⁶ **Tiftik**, s. 8; **Eren**, s. 501; **Ayan, Mehmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 250; **Kılıçoğlu, Mustafa**, Sorumluluk Hukuku, Cilt 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, s. 453.

⁷ 4. HD. 13.10.2009, E. 7669 K. 11165 "...Uyuşmazlık son yıllarda kullanılan cep telefonlarındaki haberleşmeyi sağlayan ve baz istasyonları olarak isimlendirilen tesisin kullanılması sonucu bir zararın doğup doğmadığı ve doğmuşsa bu zararın hangi durumlarda söz konusu olabileceği ve yine giderilmesi konusunda ne gibi önlemlerin alınması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu

işletmeler her an tehlike yaratabilirler⁸. Hatta Yargıtay tapu sicilinin tutulmasından doğan zararı dahi tehlike sorumluluğu kapsamından değerlendirmiştir⁹.

II. TEHLİKE SORUMLULUĞUNU GEREKTİREN SEBEPLER VE DÜŞÜNCELER

A. Kusurun Yetersizliği

Kusur sorumluluğuna göre, bir kimse, ancak hukuka aykırı ve kusurlu davranışıyla sebep olduğu zarardan sorumludur. Kişinin kusurunun olmadığı yerde sorumluluğu da olmayacaktır.

Oysa ulaşım, enerji ve üretim araçlarından kullanılan büyük makinelerin, teknik araç ve gereçlerin, yeni kimyasal ve biyolojik buluşların modern toplumda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak görmek, birçok nedenlerle doyurucu olmaktan uzaktır. Bu kadar karmaşık teknik bir süreç ve sosyal ilişki içinde gerçekleşen zararlarda kusurun rolü, ya çok azalmış, ya da hiç kalmamıştır¹⁰.

tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi nedeniyle de kamuya hizmet vermeyi amaçladığı tartışmasızdır. Ne var ki, bu hizmetin verilmesi ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibi sorumludur. Hatta bu sorumluluk kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmek gerekir. Bu özelliği nedeniyle tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin, tesisin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediğinin ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir. Bu sonuç genel sorumluluk kurallarının aksine, davalı işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklanmaktadır.” Yargıtay’ın benzer bir kararı için bkz. 4. HD. 13.07.2009, E. 7416 K. 9376 (UYAP).

⁸ **Çelik, Ahmet Çelik**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Yeni Bir Düzenleme, İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu, s. 1 – 7, www.tazminat.hukuku.com

⁹ HGK. 20.04.2011, E. 13-37 K. 198 “...Devletin “tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna” ilişkin olarak, kusursuz sorumluluk/ağırlaştırılmış sebep/ağırlaştırılmış objektif sorumluluk/ tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır... Burada, kusursuz sorumluluğun dayanağı, tapu siciline bağlı büyük çıkarların ve yanlış tesciller sonucunda sicile güven ilkesi yüzünden aynı hakların yerinin doldurulmaz biçimde değişmesi ve bu hakların sahiplerinin onlardan yoksun kalmaları tehlikesinin varlığı ile açıklanabilir. Görüldüğü üzere, tapu sicilinin tutulmasını üzerine alan Devlet, tapu siciline tanınan güvenden ötürü, hak durumuna aykırı kayıtlardan doğan tehlikeyi de üstlenmektedir. Tapu sicil müdür ya da memurunun kusuru olsun olmasın, tapu sicilinin tutulmasında kişilerin mameleki çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırı davranılmış olması yeterlidir. Kusurun varlığı ya da yokluğu Devletin sorumluluğu için önem taşımamakta, sadece Devletin memuruna rücu halinde iç ilişkide etkisi söz konusu olmaktadır.” (UYAP).

¹⁰ **Eren**, s. 501; **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 2; **Cevdet, Yavuz**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, dosya.marmara.edu.tr/huk/fakultedergisi/2008.C.14.S.4/29-61.pdf; **Saraç, Senem**, Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme, ylt., İstanbul 2012, s. 13.

Kişinin kusuru olmadan meydana gelen zararların, zarar gören üzerinde bırakılması hakkaniyete uygun düşmemektedir¹¹. Kişinin işletme veya faaliyette menfaati varsa ve tehlikeli işletmelerin riskini göze alıyorsa zarar görenin korunması gerekmektedir.

Günümüzde enerji kaynakları, ulaşım araçları ve üretimde kullanılan makineler, o derece hızlı, karmaşık ve büyük boyutlar kazanmıştır ki, gerekli her türlü tedbir alınsa dahi, zararın doğumunu önlemek çoğu zaman imkânsız hale gelecek¹² ve kusur sorumluluğu yetersiz kalacaktır.

Kusurun yetersizliği, tehlike sorumluluğunu gerektiren bazı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hakkaniyet fikri de bunların başında gelmektedir. Bu fikre göre hakkaniyet gerektiriyorsa, zarar veren kusurlu olmasa bile, sebep olduğu zararı tazmin etmelidir¹³. Hakkaniyet fikri tehlike sorumluluklarında genellikle mali gücü çok olan işletenin sorumlu tutulmasında tehlike yaratma düşüncesi yanında hesaba katılabilir. Burada zarar verenle zarar gören arasında ekonomik durumlarının karşılaştırılması söz konusudur. Bu karşılaştırma sonunda hakkaniyet ve adalet duyguları, zarar görene oranla ekonomik yönden daha güçlü durumda olan zarar vereni kusursuz olmasına rağmen sorumlu kılabılır.

Sebebiyet ilkesine göre ise, sorumluluğun doğması için objektif unsur olan zarara sebep olma yeterlidir, kişinin kusurlu olması gerekmez; fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı yeterlidir¹⁴.

Tehlike ilkesine göre de toplum hayatına faydalı ve zaruri bazı faaliyetler vardır ki başkaları için mutlaka bir tehlikesi oluşturur. Bu tür faaliyetlere izin verilmesi toplumun menfaati gereği olduğu için bunlar tamamen hukuka uygundur. Bu faaliyetler hukuka uygun olsa bile girişimde bulunan kişiler bu faaliyetlerin tehlikelerini de yüklenmelidirler. Başkaları için yoğun tehlike taşıyan faaliyetlere izin verilmesi, kişilerin uğradıkları zararların telafi edilmesi ile kabul edilebilir¹⁵.

B. Kusuru İspat Güçlüğü

Başkaları için yoğun tehlike taşıyan tesis, faaliyet ve işletmelerin yol açtığı zararlarda, zararın sebebi olarak insan fiilinin rolünü ve katkısını, kusurlu bir

¹¹ Tiftik, s. 11; **Ulusan, İlhan**, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, 1970, C. 4, S. 6, s. 33; **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 2.

¹² **Eren**, s. 501.

¹³ **Eren**, s. 497; **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 5; **Ulusan**, Tehlike, s. 33; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995, s. 469; **Reisoğlu**, s. 143.

¹⁴ **Tiftik**, s. 16.

¹⁵ **Tiftik**, s. 16.

davranışın bulunup bulunmadığını tespit etmek hem çok külfetli hem de imkân-sız olabilmektedir¹⁶. Bu karmaşık şartlar içerisinde kusurlu bir davranışın bulunup, bulunmadığını, kimin kusurlu bir davranışta bulunduğunu belirlemek mümkün değildir¹⁷. Bu kadar tehlikeli araç ve gereçler içinde insan davranışının zararın sebebi olabilme ihtimali, diğer teknik ve mekanik sebeplerle kıyaslan-mayacak derecede küçük ve önemsizdir.

Hem teknik araçların karmaşık niteliğinden hem de işletmelerin karmaşık örgütlenmesinden doğan ispat güçlüklerinin rizikosu mağdura yüklenmemeli-dir¹⁸. Kusuru ispat güçlüğü de hakkaniyet, tehlike vb. düşüncelerin ortaya çık-masına neden olmuştur.

C. Teknik Gelişmeler

Tehlike sorumluluğu sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan teknik buluşla-rın, makineleşmenin biçimlendirdiği modern toplum ve uygarlığın zorunlu kıl-dığı bir sorumluluk türüdür¹⁹.

Bir kısım tesis, faaliyet ve işletmeler, her türlü tedbir alınsa dahi önleneme-yecek zararlı sonuçlara yol açabilmektedir. Oysa bu gibi faaliyetler ve tesisler, çoğunlukla toplum hayatı için vazgeçilmez ihtiyaçları karşılamaktadır. Toplum için vazgeçilmez kabul edilen bir kısım tesis ve faaliyetlerin, tüm tedbirlere rağmen engel olunamayan zararlarına, kişilerin katlanmasını istemek, onları hukuki korumadan yoksun bırakmak hakkaniyet düşüncesine aykırı düşmektedir. Bu durumda tehlike fikrine göre başkaları için yoğun tehlike taşıyan böyle tesis, faaliyet ve işletmelerden fayda sağlayan kişiler, bunların sebep olduğu zararları da gidermelidirler²⁰.

Teknik gelişmeler karşısında kusur ilkesinin değerinin azalmasının sebebi tehlike ihtimali artmış bulunan işletme ve tehlikeli faaliyetler sonucu doğan zararların nitelik ve nicelik olarak etkinliği ve yüksekliğidir²¹.

D. Sosyal Düşüncedeki Gelişmeler

Sanayi devriminin ortaya çıkardığı büyük sermaye ve gelişmiş teknoloji karşısında ekonomik yönden güçsüz insanların korunması sosyal adaletçi görüş-lerin etkisiyle sorumluluk hukukunda önem kazanmıştır. Teknik araçların ve

¹⁶ Tiftik, s. 13; Eren, s. 501; Tandoğan, Sorumluluk, s. 2.

¹⁷ Eren, s. 501; Tiftik, s. 13; Tandoğan, Sorumluluk, s. 2.

¹⁸ Tandoğan, Sorumluluk, s. 2.

¹⁹ Eren, s. 495; Yavuz, s. 36; Saraç, s. 15.

²⁰ Tiftik, s. 12 – 13; Tandoğan, Sorumluluk, s. 2; Reisoğlu, s. 143.

²¹ Ulusan, Tehlike, s. 30.

makinelerin kullanılmasından zarara uğrayanlar, genellikle ekonomik bakımdan zayıf kimselerdir. Bu nedenle, kusurun bulunmadığı kazalardan doğan zarara, kişilerin katlanmasını istemek, sosyal düşünceye aykırı düşmektedir. Sosyal düşünceye göre zararların tazmini gerekir. Ekonomik düşünceye göre de tehlike, işletme faaliyetlerine giren bir unsur olduğu için, tehlikeli faaliyetin olumsuz sonuçlarına işleten katlanmalıdır²².

Ayrıca teknolojiye dayalı faaliyet ve işletmelerde çalışan kimselerde genellikle ekonomik ve sosyal durumları itibariyle güçsüz olan kimselerdir ve çoğu zaman kusurlu davranışlarıyla zarara sebebiyet vermektedirler. Zararın tazmini bu kişilere yükletildiği takdirde çoğu zaman hiçbir tazminat alınmamaktadır. Bu nedenle de kusur sorumluluğu yeterli olmamaktadır²³.

Tehlike sorumluluğunun dayandırıldığı diğer fikirlerden biri ise hâkimiyet (egemenlik alanı) fikridir. Bu fikre göre, bir kimsenin hâkimiyet alanı içinde bulunan bir şey veya insan, başkasına zarar vermişse, sorumluluk hâkimiyet sahibine ait olmalıdır. Bu kimsenin o şey veya şahıs üzerinde denetleme ve gözetim imkânı vardır. Denetleme ve gözetim sayesinde zararlı sonucun gerçekleşmesi belirli bir oranda önlenebilir²⁴. Örneğin motorlu araç işletenin, araçlar üzerindeki denetim ve gözetimi örnek verilebilir.

Hâkimiyet fikrine yakın bir fikir de hukuki alan kuramıdır. Bu kurama göre bir kimse kendi hukuki alanı içinde ortaya çıkan olaylardan meydana gelen zararı tazmin etmelidirler²⁵.

Diğer bir fikirde yarar ile zarar arasında bağıllık düşüncesidir. Bazı yazarlarca menfaat ve fayda sağlamaya bağlanan sorumluluk olarak ifade edilmiştir. Bu fikre göre, bir faaliyetin yararlarını elde eden kimse kusuru olmasa bile o faaliyetin sebep olduğu zarara katlanmalıdır. Burada telafi edici adaletin bir görüntüsü söz konusu olmaktadır²⁶. Tehlike menfaat ilkesi de denilen bu düşünceye göre bir nimet-külfet dengesi söz konusudur²⁷.

Görüldüğü gibi kusurun yetersizliği, kusuru ispat zorluğu ve teknik gelişmeler çeşitli fikirlerin ortaya atılmasını sağlamıştır. Belirtilen bu sebepler tehlike sorumluluğunun doğmasına neden olmuştur. Bunlar içerisinde en etkili olan teknik gelişmelerdir. Çünkü tehlike sorumluluğunun doğması, gelişmesi teknik gelişmelere paralel bir ilerleme kaydetmiştir. Günümüz teknolojisinde bu ge-

²² Tiftik, s. 14 – 15; Ulsan, Tehlike, s. 27 – 28.

²³ Tiftik, s. 14; Eren, s. 497; Ulsan, Tehlike, s. 30.

²⁴ Eren, s. 497; Tiftik, s. 17; Tandoğan, Sorumluluk, s. 5.

²⁵ Tandoğan, Sorumluluk, s. 5.

²⁶ Tandoğan, Sorumluluk, s. 5; Tiftik, s. 17.

²⁷ Ulsan, Tehlike, s. 33; Tiftik, s. 17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 672.

lişmeler gün geçtikçe daha da çok artacak ve bu da tehlike sorumluluğuna olan ihtiyacı gösterecektir.

Tehlike sorumluluğunun dayandırıldığı fikirlerden en önemlisi ise hakkaniyet fikri ve tehlike fikridir. Türk Hukukunda en önemli ilkelerden olan hakkaniyet fikri kusurun olmadığı yerde de zararın tazminini öngörmüştür. Teknolojik gelişmelerin beraberinde getirdikleri riskler kusur olmasa bile giderilmelidir. Zararı, zarar gören kimsenin üzerine yıkmak hukuk düzenin ilkelerine de ters düşmektedir.

III. TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN BENZER SORUMLULUKLARDAN FARKI VE ORTAK YANLARI

A. Kusur Sorumluluğundan Farkı ve Ortak Yanları

Tehlike sorumluluğu da kusur (haksız fiil) sorumluluğu gibi sözleşme dışı bir sorumluluktur. Kusur sorumluluğu ile arasındaki tek ortak yön de esasen budur. Aralarındaki fark ise üç madde halinde sayılabilir: İlk olarak kusur sorumluluğunda, zarar giderimi için hukuka aykırı bir eylem olmalıdır. Tehlike sorumluluğunda ise hukuka aykırı bir eylem olmasa dahi uygun illiyet bağı bulunduğu takdirde zarar giderilecektir. İkinci olarak kusur sorumluluğunda, hukuka aykırı eylemi yapanın kusurlu olması gerekmektedir. Oysa tehlike sorumluluğunda sorumluluk için kusur şart değildir. Burada sorumluluk kusur yerine, kanunun öngördüğü belli bir olguya bağlanmıştır. Son olarak ise kusur sorumluluğunda, sorumluluğun ortaya çıkması için bir insan “davranışının” ortaya çıkması gerekir. Tehlike sorumluluğunda ise sorumluluk bir insan davranışından olabileceği gibi bir makine, araç vasıtasıyla da olabilir.

B. Olağan Sebep Sorumluluğundan Farkı ve Ortak Yanları

Olağan sebep sorumlulukları²⁸ objektif bir özen gösterme ödevinin yerine getirilmemesine dayanır veya özen ödevi yerine getirilseydi dahi yine zararın ortaya çıkacağını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı verir. Tehlike sorumluluğu ise tehlike fikri esastır. Ortak yönleri ise ilk olarak ise kişinin davranışı sorumluluk sebebi olarak gösterilmişse sebep sorumluluğunda sorumlu kişinin veya onun eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin ayırt etme gücünün olmaması sorumluluğu ortadan kaldırmaz. İkinci olarak sorumlu kişiye isnat edilen özen eksikliğinin kusur derecesini, hatta objektifleştirilmiş ihmal derecesinin bulmasına gerek yoktur. Üçüncü olarak sebep sorumluluklarında kişi kusuru olmasa bile başkasının eylemlerinden sorumlu olabileceklerdir. Karayolları Trafik Kanunu'na göre motorlu taşıt işletenin yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Dördüncü ve son olarak sebep

²⁸ Tandoğan, Sorumluluk, s. 10 – 12, 23; Tandoğan, Tehlike, s. 292; Deshenaux/Tercier, s. 17.

sorumluluğu umulmayan hallerde de doğar. Motorlu taşıt işleten, yolda toz veya böcek kaçması yüzünden kazaya sebep olsa dahi yine de sorumludur.

C. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesinin Tehlike Sorumluluğuyla Karşılaştırılması

Tehlike sorumlulukları ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine²⁹ dayanan sorumluluklar sözleşme dışı kusursuz sorumluluklardır. Fedakârlığın denkleştirilmesinin başlıca örnekleri komşuluk ilişkisinden doğan müdahaleler ile zaruret halidir. İkinci olarak fedakârlığın denkleştirilmesinde kişinin müdahalesi ve bu müdahalenin sonucu, hukuka aykırı nitelik taşımamaktadır. Tehlike sorumluluğunda tehlikeli uğraş veya işletmede bulunanın bu uğraş ve işletmesi hukuka uygundur fakat bu uğraş sonucunda ortaya çıkan zarar hukuka aykırıdır. Üçüncü olarak tehlike sorumluluğunu doğuran olaylarda sorumlu kişi zararlı sonucu istememekte önlemek için gerekli tedbirleri almaktadır³⁰. Buna karşılık fedakârlığın denkleştirilmesinde müdahalenin sonucu önceden bilinmektedir ve zarar bir işletme kazasından değil müdahalenin normal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dördüncü olarak işletmenin karmaşık niteliği dolayısıyla oluşan zararı belli bir kimsenin eylemine bağlamak pek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle işletmenin normal olarak yol açtığı zararlar için fedakârlık sorumluluğu, işletme kazaları için ise tehlike sorumluluğu söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikri ileri sürünlere göre maden ve petrol işletmesinin doğmasından ortaya çıkan zararlar fedakârlık sorumluluğunda değerlendirilmektedir.

IV. TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN UNSURLARI

Tehlike sorumluluğunun ortaya çıkması için bir takım unsurlar gerekmektedir. Bunlar tehlikenin varlığı, tipik tehlikenin gerçekleşmesi ve illiyet bağıdır.

A. Tehlikenin Varlığı

Tehlike sorumluluğundaki tehlike kavramı, genel koruyucu tedbir gerektiği ölçüde alınsa dahi önlenemeyen ve kaçınılmaz surette zararlara yol açan, önleyici tedbirlerin çok sınırlı çerçevede yararlı olabileceği yüksek tehlike potansiyelini ifade eder³¹. Tehlike sorumluluğunun temelini oluşturan tehlike, zararın sık sık gerçekleşmesi ihtimali ve yüksekliliğini veya gerçekleşen zararın şiddet, yoğunluk, büyüklük ve ağırlığını ifade eder³².

²⁹ Tandoğan, Sorumluluk, s. 50; Eren, s. 505 – 508.

³⁰ Tehlikeyi önleme yükümlülüğü hakkında geniş bilgi için bkz. Şen-Doğramacı, Hayriye, Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, 20. Yıl Hukuk Özel Sayısı, s. 55 vd.

³¹ Tiftik, s. 19; Saraç, s. 64.

³² Eren, s. 503; Tiftik, s. 19 – 20; Tandoğan, Sorumluluk, s. 26; Tandoğan, Tehlike, s. 294; Deshenaux/Tercier, s. 17 vd.

Bir kısım faaliyet ve işletmelerin başkalarına zarar verme ihtimali çok yüksek seviyededir. Bu faaliyet ve işletmeler üçüncü kişilere zarar vermede tipik bir eğilim taşımaktadır. Bu işletme ve faaliyetlere motorlu taşıt araçları örnek olarak gösterilebilir. Bazen de tesis, faaliyet ve işletmeler en küçük nicelik ve nitelik bakımından çok ağır zararlar verebilmektedir. Örneğin nükleer enerji ile çalışan bir işletmedeki basit bir kaza çok ağır sonuçlara yol açabilir³³.

Tehlike sorumluluğunun sabit olması için ya konun koyucunun tehlike sorumluluğunu belli bir faaliyet alanında öngörmesine ya da genel kural ile geliştirilmiş, zarar doğma ihtimalinin veya zarar miktarının yüksekliğine bağlı bir ölçüye ihtiyaç vardır³⁴.

B. Tipik Tehlikenin Gerçekleşmesi

Tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zararın, mutlaka sorumluluğun bağlandığı tesis, faaliyet ve işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu olması gerekir. Bir faaliyet veya işletmeden meydana gelen zarar, kanunda açıkça tanımlanmış tipik tehlikenin gerçekleşmesinden doğmuş olmadıkça, zarar verici olaydan tehlike sorumluluğu söz konusu olmaz³⁵.

Fakat kanunla tipik tehlike sorumluluğunun bağlandığı olgudan, meselâ motorlu taşıtın işletilmesinden doğan zarar, tehlike sorumluluğunun varlığına karine teşkil eder. Bu şekilde düzenlemeler yapan kanunların çoğu, illiyet bağı kesen durumların varlığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânını tanımaktadır³⁶.

İşletmeye özgü tipik tehlike, zararın işletmeyle ilgili olup olmadığını tespit etme başlıca ölçüt oluşturmakla birlikte, sorumluluğun ortaya çıkması için mutlaka bu tehlikenin somut olayda gerçekleşmiş olması şart değildir. Zararı doğuran olayın işletmenin kendine özgü niteliğiyle ilişkili olması sorumluluğun kabulü için yeterlidir³⁷.

C. İliyet Bağı ve İliyet Bağı Kesken Sebepler

Sorumluluğun gerçekleşebilmesi için, tehlike sorumluluğu bağlanan tesis, faaliyet veya işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesiyle zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Bu her sorumluluk türü için geçerli bir ana kuraldır³⁸.

³³ Tiftik, s. 20; Eren, s. 503.

³⁴ Tiftik, s. 20.

³⁵ Tiftik, s. 23.

³⁶ Tiftik, s. 23; Tandoğan, Sorumluluk, s. 27; Tandoğan, Tehlike, s. 295 – 296.

³⁷ Tandoğan, Sorumluluk, s. 27.

³⁸ Yavuz, s. 43; Akartepe, s. 170; Saraç, s. 60.

Tipik tehlikenin gerçekleşmesinden kaynaklanmadıkça zarar ne kadar büyük olursa olsun tehlike sorumluluğu yoktur. Burada amaç nicelik ve nitelik bakımından ağır tehlike arz eden faaliyet ve işletmelerin zararlarından üçüncü kişileri korumaktır³⁹.

Tehlike sorumluluğunun ana koşulu, tehlikenin zarar içinde gerçekleşmiş olmasıdır. Hâkim görüş tarafından ayrıca zararın uygun illiyet bağı içinde yapılmış olması istenmekle birlikte, bu en fazla tecavüzün devamı halinde doğabilecek zararlar için düşünülebilir⁴⁰. Aksi halde tehlike sorumluluğu çok daha kapsamlı olacaktır.

Mahkeme kararlarından bazı örnekler⁴¹: “Hareket halinde bir vagonun atlayarak ölen bir yolcu için mahkeme demiryolları işletmesinin sorumlu olacağını kabul etmiştir, mahkemeye göre, zarar demiryolları işletmesinin bir fiilinden doğmuştur. Olayda yolcu, yakında bir kaza olacağı paniği içinde kendisini kurtarmak için trenden atlamıştır.” Sadece kişideki panik nedeniyle işletmeyi sorumlu tutmak yerinde değildir. Burada tehlike kavramı çok geniş olarak yorumlanmıştır.

“Bir yolcunun seyahat sırasında öldürülmesi olayında dul eşin açtığı davayı mahkeme işletmeyle ölüm arasında bir nedensellik bağı olmaması nedeniyle reddetmiştir”.

“Davalı, bir hırsızca yük kamyonunu kiralamış ve o da bir polis kontrolü sırasında aracı bilinçli olarak direğe çarparak bir polisin ölümüne sebep olmuştur. Devlet ölen polisin geride kalan aile fertlerine bakmak zorunluluğu sebebiyle, araç sahibine karşı dava açmış ve bunun üzerine davayı kabul eden mahkeme, devletin söz konusu aracın doğurduğu tehlikelerden meydana gelen zararlar için dava hakkı olduğunu ve aracın kiralanana sürücü tarafından kasten adam öldürme suçunda kullanılmış olmasının bu bakımdan bir öneminin olmayacağına karar vermiştir.”

Tehlike sorumluluğunu öngören kanunlar, genellikle illiyet bağını kesen durumların varlığı halinde sorumluluktan kurtulma imkânı tanımaktadır. Mesela zarar görenin ağır kusuru, üçüncü şahsın ağır kusuru ve mücbir sebep tehlike sorumluluklarında illiyet bağını kesen ve sonuç olarak sorumluluktan kurtulma imkânı veren durumlar olarak kabul edilmektedir (KTK. m. 86 /I)⁴².

³⁹ Tiftik, s. 24 – 25.

⁴⁰ Deutsch, Erwin, Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri (Çeviren: Şeref Ertaş), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, S. 2, s. 255.

⁴¹ Deutsch, s. 255.

⁴² Tiftik, s. 24; Eren, s. 705 vd; Yavuz, s. 44.

Fakat bazen tehlike sorumluluğu bağlanan olgular için üçüncü kişinin kusuru, sorumluluktan kurtulma sebepleri arasında sayılmamaktadır. Yine mücbir sebep, sadece tabii afet ve savaş halleriyle sınırlı olarak kabul edilmektedir (İsviçre Atom Kanunu). İsviçre Hukuku hava taşıt aracı işletenin, üçüncü kişinin kusurunu ya da mücbir sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasını kabul etmemiştir. Karayolları Trafik Kanunu'na göre de işletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için illiyet bağımlı kesen sebepler yanında kusurun olmadığını da ispatlaması gerekir⁴³.

Tehlike sorumluluğunda illiyet bağımlı kaldıran etkenler üç tanedir. Bunlar mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur. İlliyet bağımlı kesen bu sebepler tehlike sorumluluğunu düzenleyen kanunlara göre değişmektedir. Bunun sebebi tehlike sorumluluklarının ağır sonuçlarının farklı olması ve bu sorumluluk türünün yeni gelişmekte olmasıdır.

1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep, zararın meydana gelmesine kaçınılmaz surette yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan sorumlu kişinin faaliyet ve işletmesine yabancı, olağanüstü bir olaydır⁴⁴.

Başka bir tanıma göre tehlikeli işletme, girişim ve tesisten sorumlu olan kimseyle bağlantılı olmayan, önceden görülemeyen, olağanüstü nitelikte, karşı konulmaz bir güçle dışarıdan gelen bir olaydır⁴⁵. Örnek olarak yıldırım düşmesi, yer çökmesi, aşırı fırtına veya kasırga, zelzele, savaş, ihtilâl, isyan, genel grev söylenebilir⁴⁶.

Mücbir sebebin umulmayan hal durumu ile karıştırılmaması gerekir. Umulmayan hal, sorumlu kişiye isnat edilmeyen ve genel davranış kurallarından doğan bir ödevin ihlâline kaçınılmaz bir şekilde sebep olan olaydır⁴⁷.

Tehlike sorumluluğunda kusur aranmasa da kişi olayın zararlı sonuç vermesinde kusurlu ise mücbir sebepten yararlanamaz. Örneğin tehlikeli tesisata koruyucu tedbir olarak paratoner taktırmayı ihmal eden işleten, yıldırım düşmesi sonucu çevreye verilen zarar dolayısıyla mücbir sebepten yararlanamaz⁴⁸.

⁴³ Tiftik, s. 24; Tandoğan, Sorumluluk, s. 28 – 29; Mücbir sebep dışındaki hallerde illiyet bağımlı kesilme yönünde bkz. Doğan, Mehmet Şirin/Atalay, Ezgi, Tehlike Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s. 31; Saraç, s. 137 vd.

⁴⁴ Tiftik, s. 25; Eren, s. 557; Deshenaux/Tercier, s. 35.

⁴⁵ Bkz. Ulsan, Tehlike, s. 45.

⁴⁶ Eren, s. 558; Tiftik, s. 25; Deshenaux/Tercier, s. 35.

⁴⁷ Geniş bilgi için bkz. Eren, s. 557 vd.

⁴⁸ Tiftik, s. 26.

Mücbir sebep, İsviçre Askeri Teşkilat Kanunu'nda Motorlu Taşıtlı Araçları Kanunu'nda ve Elektrik İşletmelerinin Sorumluluğuna İlişkin Kanun'da illiyet bağıını kesen sebepler arasındadır⁴⁹. Fakat Atom Kanunu mücbir sebebi sadece savaş ve doğal afet durumlarıyla sınırlarken Uçak Vasıtaları Kanunu ve Sorumluluk Kanunu mücbir sebebi sorumluluktan kurtulma sebebi olmaktan çıkarmıştır⁵⁰.

Mücbir sebeple ilgili verilen mahkeme kararlarına göre⁵¹; “Uçurtmasını telle uçurtan bir çocuk, telin yüksek gerilim hattına dokunmasıyla yanarak ağır yaralanmıştır ve bunun üzerine çocuk tarafından açılan tazminat davasını kabul eden mahkemeye göre burada her ne kadar haricen, vuku bulan ve kaçınılması imkânsız bir olay söz konusu ise de, kazanın olması olağandışı bir hal sayılmaz”

“8 metre yükseklikteki yüksek gerilim hattının yanına, demir telle sarılmış bir saydam mast, misafirlerin kabulü için konmuş ve elektrik hattından gerilimin sıçramasıyla kaza meydana gelmiştir. Mahkeme bu davada tazminat davasını reddederek, mücbir sebebi olağanüstü, engellenemez ve harici tesirlerle meydana gelen bir olay söz konusu olması nedeniyle kabul etmiştir.” Mücbir sebep illiyet bağıını kesen sebepler arasında yer almalıdır; aksi halde sorumluluk fazlasıyla genişletilmiş olacaktır.

2. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar görenin kusurunun sorumluluktan kurtulma sebebi sayılabilmesi için bu kusurlu davranışın tehlikeli faaliyet veya işletmeden doğan zarar verici olayı ikinci plana itecek ve zararlı sonucun uygun sebebinin oluşturacak yoğunlukta bulunması gerekir⁵². Örneğin hareket halinde bulunan tramvay, tren veya diğer taşıtlı araçlarından atlama, trenin düdükle uyarmasına karşın kişinin demiryolu geçidinden karşıya geçmesi zarar görenin ağır kusurunu oluşturmaktadır ve illiyet bağıını kesmektedir⁵³. Bu örneklerdeki zarar görenin kusurlu davranış, işletenin faaliyetini geri plana itecek kadar şiddetli yoğunlukta ortaya çıkmakta ve zararlı sonucun tek sebebi olmaktadır.

Bazı kanunlar tehlikenin niteliğinden dolayı zarar görenin ağır kusurunun varlığını aramışlardır. Örneğin Elektrik İşletmelerine İlişkin Kanun ve Motorlu Taşıtlı Araçları Kanunu ağır kusuru aramıştır. Oysa Demiryolları Sorumluluğuna İlişkin Kanun hafif kusur halinde dahi demiryolu işletmesinin sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak nitelik kazanmıştır. Bu son durumda Federal Mahkemeye göre zarar görenin kusuru oluşan kazanın tek sebebi olmalıdır⁵⁴.

⁴⁹ **Uluslan**, Tehlike, s. 46.

⁵⁰ **Deutsch**, s. 256; **Tiftik**, s. 27; **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 27.

⁵¹ **Deutsch**, s. 256 – 257.

⁵² **Tiftik**, s. 27; **Eren**, s. 563; **Deschenaux/Tercier**, s. 36; **Saraç**, s. 140.

⁵³ **Uluslan**, Tehlike, s. 47. Başka örnekler için bkz. **Eren**, s. 563.

⁵⁴ **Uluslan**, Tehlike, s. 47.

Zarar görenin ağır kusuru illiyet bağımlı kesen sebepler arasında yer almalıdır. Fakat hafif bir kusurla illiyet bağımlı kesilmesi tehlike sorumluluğunun amacına ters düşmektedir. Zira bu sorumlulukta amaç tehlikeli faaliyette bulunan kişileri sorumlu tutmaktır. Zarar görenin hafif kusuru tazminatta indirim sebebi olmalıdır.

3. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü kişinin kusurlu davranışı, tehlikeli faaliyet veya işletmeye özgü tehlikenin gerçekleşmesiyle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağımlı keserek yoğunlukta olduğu takdirde işleten sorumluluktan kurtulur⁵⁵.

Üçüncü kişinin kusurunun ağır bir kusur olması gerekir. Meselâ otomobilin çarpması sonucu yaralanan kişi kaldırıldığı hastanede personelin ağır ihmali

⁵⁵ **Tiftik**, s. 29; **Eren**, s. 566; **Deshenau/Tercier**, s. 37; **Saraç**, s. 141. 21. HD. 05.04.2012, E. 4196 K. 5289 "...Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazalarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan, akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. Tehlike sorumluluğu, en ağır kusursuz sorumluluk halini oluşturmaktadır. Az öncede değinildiği gibi, işveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa dahi meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulma olanağı yoktur. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki tehlike sorumluluğu bir "sonuç" sorumluluğu da değildir. Gerçekten zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden dolayı meydana gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle işverenin işlenmesi veya bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı bulunmuyorsa, işverenin sorumluluğundan söz edilemez. Öteki sorumluluk hallerinde olduğu gibi, tehlike sorumluluğunda da 3 halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar mücbir neden, zarar görenin kusuru ve 3. kişinin kusurudur. Öğretide illiyet bağımlı kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri ve bu arada tehlike sorumluluğu içinde geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Yargıtay uygulamasında illiyet bağımlı sadece kusura bağımlı sorumluluktan değil sebep ve özellikle tehlike sorumluluğunun kurulabilmesi için zorunlu olduğu kabul edilmektedir. İlliyet bağımlı kesilmesine neden olan bu çeşitli durumların öncelikle tehlike sorumluluğu içerisinde kabul edilmesi gerekir. Çünkü kusurlu olmadığı gibi, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirmiş olan bir işvereni, işyeri ya da işletmeyle uzaktan, yakından ilgili bulunmayan mücbir nedenlerden sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.1987 tarih ve 1986/9 -722 Esas, 203 karar sayılı kararı da aynı doğrultudadır. Somut olaya gelince: davacının içinde bulunduğu uçakta önceden var olan bir arızanın tespit edilemediği, her hangi bir uçuş yapı hatasına veya çalışma eksikliğine rastlanılmadığı, kazanın başka bir kalkış denemesi yapılmadan alana zamanından önce inilmek istenmesinden kaynaklandığı, pilotların uçağı riske atabilecek durumlardan kurtulmak için eğitilmeleri gerektiği Irak Sivil Havacılık Dairesi Uçuş Güvenliği Departmanının dosya içerisinde bulunan kaza sonrası nihai raporlarından anlaşılmaktadır. Nitekim hükme esas alınan kusur bilirkişi raporunda da uçağın hava şartları ve pilotaj hatasından düşmüş olabileceği vurgulanmıştır. Hal böyle olunca işverenin kusurunun bulunmadığı, kendisinden beklenen özeni gereği gibi yerine getirdiği, kazanın meydana gelmemesi için alacağı bir önlemin bulunmadığı, pilotaj hatasının da kusursuz sorumluluğun tüm halleri için gerekli illiyet bağımlı keseceği göz ardı edilerek davanın reddi yerine yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir." (UYAP).

yüzünden ölmüştür. Burada motorlu taşıt aracının işletilmesiyle ölüm olayı arasındaki illiyet, hastane personelinin ağır ihmali ile kesilmiştir⁵⁶.

Bazı kanunlar üçüncü kişinin kusurunu illiyet bağına kesen sebepler arasında görmemiştir. Örneğin uşak işletmelerinde, atom tesislerinde, boru hatlarıyla payplaynlarda durum böyledir. İsviçre Hava Taşıt Araçlarına İlişkin Kanun üçüncü kişinin kusurunu illiyet bağına kesmeyeceğini belirtmektedir. Üçüncü kişinin ağır kusuruyla trenin raydan çıkması da illiyet bağına kesmemektedir⁵⁷. Burada tehlikenin çok büyük olduğu düşüncesine dayanılarak üçüncü kişinin ağır kusurunu illiyet bağına kesecek yoğunluğa ulaşılamayacağı iddia edilmektedir. Örneğin bir uçağın sabotajla düşürülmesinde illiyet bağı kesilmemektedir. Tehlikenin çok büyük olduğu durumlarda illiyet bağına üçüncü kişinin ağır kusuruyla kesilmemesi fikrine katılmak doğru görünmektedir.

Üçüncü kişinin davranışının tehlike sorumlusunu sorumluluktan kurtarması için kusurlu bir davranış gerekir. Ayrıca üçüncü kişi ayırt etme gücüne sahip olmalıdır.

D. Hukuka Aykırılığın ve Kusurun Aranmaması

Tehlike sorumluluğunda hukuk kurallarınca izin verilen bir olgu söz konusudur. Türk-İsviçre Hukukundaki hâkim görüş gereğince, hukuka aykırılık, sorumlu kişinin fiillerine ilişkin bir niteliktir. Bu nedenle eylem ve hukuka aykırılık tehlike sorumluluğunun unsurları sayılamazlar⁵⁸.

Hukuka aykırılık unsuru objektif bir nitelikle değerlendirildiğinde zararın hukuka karşı olan veya olmayan bir eylemle oluşturulması olayı gözetilmeksizin, yapılan işin zarara uğrayan kimselerin çıkarlarını zedelemiş olmasıdır. Tehlike yaratan etkenler göz önünde tutulursa, bunların yarattığı kazaların çoğunlukla subjektif anlamda hukuka karşı olmadığı, işletmeye ilişkin normlara uyulduğu görülür ve hukuka aykırılıktan söz etme olanağı kalmaz⁵⁹.

Tehlike sorumluluğu kusurunu aramadığı objektif bir sorumluluktur. Tehlike sorumluluğunun gerçekleşmesi için, sorumluluk bağlanan tipik tehlikenin gerçekleşmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı yeterlidir. Kusurdan bahsedebilmek için ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Oysa tehlike sorumluluğunda tesis, faaliyet veya işletmenin meydana getirdiği zararlardan, işletenin ayırt etme gücüne sahip olmasa da sorumluluğu vardır. Tehlike sorumlusunun

⁵⁶ Tiftik, s. 30.

⁵⁷ Eren, s. 567; Tiftik, s. 30 – 31; Tandoğan, Sorumluluk, s. 27 – 28; Tandoğan, Tehlike, s. 296.

⁵⁸ Tandoğan, Sorumluluk, s. 9 – 10; Tiftik, s. 33 – 34; Doğan/Atalay, s. 31; Saraç, s. 66 vd.

⁵⁹ Ulusan, Tehlike, s. 42 – 43.

sorumluluğu doğuran objektif olgu yanında, ayrıca zararın ortaya çıkmasında etkili olan bir kusuru da varsa buna ek (munzam) kusur denir.

Ek kusur, sebep sorumluluğunun bu niteliğini değiştirmez; ama başka sonuçlar doğurabilir⁶⁰: İlk olarak ek kusur varsa illiyet bağımlı kesen durumların varlığına rağmen, tehlike sorumlusunun sorumluluğunun devamına hükmedebilir. Örneğin KTK. m. 86 f. 1'de motorlu araç işleteni, illiyet bağımlı kesen durumlarda, ancak kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru bulunmaması ve araçtaki bir bozukluğun kazayı etkilememiş olması şartıyla sorumluluktan kurtulur. İkinci olarak ek kusur sebebiyle hâkim, zarar görenin kusuru vb. sebeplere dayanılarak ileri sürülen tazminatta indirim talebini reddeder. Ek kusurun, özellikle zarar görenin kusurunu etkisizleştirdiği kabul edilerek, tazminatta indirim bu sebeple reddedilir. Üçüncü olarak ek kusur, birden fazla tehlike sorumlusunun sorumluluğu halinde, rücu meselesinin çözümünde de etkili olur. Dördüncü ve son olarak ek kusur, sorumlulukların çatışması halinde sorumlulardan her birinin zarardan katlanması gereken kısmın tespitine yarar.

Burada hukuka aykırılığın ve kusurun aranmaması tehlike sorumluluğunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Burada amaç kusur olmasa da tehlikeye maruz kalan kişiyi korumaktır.

V. TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN DÜZENLENMESİ VE TÜRK HUKUKUNDA TEHLİKE SORUMLULUĞU

Tehlike sorumluluğu halleri, yabancı hukuk çevrelerinde özel kanunlarla düzenlenmektedir. Tehlike sorumluluğunu doğuran bu haller kaynak itibariyle işletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk olmak üzere iki kategoriye girer. Burada işletme sorumluluğu kural, işletme dışı sorumluluk ise istisnadır. Batı ülkelerinde başlıca tehlike sorumluluğu halleri; demiryolu, gemi, posta, sivil hava aracı, motorlu araç, atom tesisi, elektrik, gaz, patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis ve işletmelerin işletici ve sahiplerinin bu işletme ve tesis nedeniyle tabi tutuldukları sorumluluklardır. Bu gibi hallerde işletme sorumluluğu söz konusu olur. İşletme dışı tehlike sorumluluğunda ise, avcılarının avlanmalarından, devletin askeri manevra ve tatbikatlarından doğan zararlar örnek gösterilebilir. Bunlarda sorumluluk kaynağı bir faaliyettir⁶¹.

Bu kanunlar bir yandan çok farklı zamanlarda çıkartıldığından, diğer yandan çok farklı halleri düzenlediklerinden aralarında genel bir uyum bulunmamaktadır. Bu nedenle, yabancı doktrinde, tehlike sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural konulması fikri savunulmaktadır. Bu genel kuralın aynen kusur

⁶⁰ Tiftik, s. 35 – 36; Tandoğan, Sorumluluk, s. 8.

⁶¹ Eren, s. 667; Tandoğan, Sorumluluk, s. 26; Tandoğan, Tehlike, s. 295.

sorumluluğunu düzenleyen genel kural gibi, tehlike sorumluluğu hallerinin tamamını kapsaması fikri hâkimdir. Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde Fransa, Belçika, İtalya ve Hollanda genel bir hüküm koymuşlardır⁶².

Diğer bir görüş ise tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hükmün konulmasına taraftar değildir. Bu görüşü savunanlara göre bütün tehlike sorumluluğunu kapsayacak genel bir hükümde, tehlike kavramını tanımlamak mümkün değildir. Her somut durum için tehlike sorumluluklarını düzenleyen kanunlar muhafaza edilmeli ve yeni durumlar için de özel tehlike sorumlulukları kanunla düzenlenmelidir. Böylece tehlike arz eden tesis, faaliyet ve işletmelerin malik ya da işletenleri için potansiyel sorumluluk bakımından açıklık, şeffaflık ve kesinlik temin eder. Tehlike sorumluluğu Almanya, İsviçre ve Avusturya'da özel kanunlarla düzenlenmektedir⁶³.

Üçüncü bir görüş ise meselenin çözümünü, somut durumun özellik ve şartlarına göre karar verebilecek konumda olan hâkime, mahkeme içtihatlarına bırakmaktır⁶⁴. İngiltere ve ABD'de mahkeme içtihatlarına göre karar verilmektedir. Sorunu hâkime ve mahkeme içtihatlarına bırakmak yanlış bir fikir olarak görünmektedir. Bu düşünce yargının var olan iş yükünü daha da artıracaktır. Türk Hukukunda kanunda hüküm bulunmayan durumlarda sorunun çözümü hâkime bırakılmaktadır.

A. Tehlike Sorumluluğunun Özel Kanunlarla Düzenlenmesi

Sorumluluğun özel kanunlarla düzenlenmesini savunanların ileri sürdükleri fikir öncelikle hukuki güvenliğin sağlanması açısından faydalıdır. Hukuki güvenlik kişilerin önceden ne gibi sorumluluklarla karşılaşacaklarını bilmelerini, hak ve yükümlülüklerinin sınırlarını tespit edip, hareketlerini bu sınırlar içerisinde düzenlemesi imkânını verir. Potansiyel sorumluluk bakımından açıklık, şeffaflık ve kesinlik sağlar. Oysa tehlike sorumluluğu genel kanunlarla düzenlenseydi özel kanunlarda olduğu gibi açıklık, şeffaflık ve kesinlikten söz edilemezdi⁶⁵.

Sorumluluğun özel kanunlarla düzenlenmesinin ikinci bir faydası ekonomik bakımdandır. Tehlike sorumluluğunun ekonomik taşınabilirliği sorumluluk risklerinin sigorta edilebilirliğine ve bu riske isabet eden sigorta primlerinin tespit edilebilirliğine bağlıdır. Tehlike taşıyan tesis, faaliyet ve işletmelerin ma-

⁶² Eren, s. 504; Tiftik, s. 53 – 54; Tandoğan, Sorumluluk, s. 40; Tandoğan, Tehlike, s. 318; Ulusan, Tehlike, s. 56.

⁶³ Eren, s. 504; Tandoğan, Tehlike, s. 317; Tandoğan, Sorumluluk, s. 39 – 40; Tiftik, s. 53; Ulusan, Tehlike, s. 55.

⁶⁴ Tiftik, s. 54, 57; Eren, s. 504; Ulusan, Tehlike, s. 55.

⁶⁵ Tiftik, s. 57; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 142.

lik ya da işletenleri, bu yüzden tehlike sorumluluğu risklerinin sınırlandırılmasına ihtiyaç duyarlar. Tehlike sorumluluğunu öngören özel kanunlar tazminat sorumluluğunun azami tutarını belirleyen hükümlere yer vermektedir. Genel kurallarda ise bu azami tutar belli olmayacağından risklerin sigorta edilmesi işletmeciler için masraflı olacaktır⁶⁶.

Üçüncü bir fayda ise tehlike sorumluluklarının kanun koyucu tarafından öngörülmesi girişimcilere arzu ettikleri hareket serbestisini sağlar. Böylelikle girişimciler sürpriz bir sorumlulukla karşı karşıya kalmazlar.

Tehlike sorumluluklarının özel kanunlarla düzenlenmesi faydalarının yanında bazı sakıncaları da beraberinde getirmektedir. İlk olarak kanun koyucunun teknik yeniliklere yabancılığı ve ayrı zamanlarda düzenleme yapmak durumunda olması sorumluluğu öngören kuralların ahenksiz ve birlikten uzak, birbiriyle bağlantısı olmayan bir mahiyette oluşmasına neden olmaktadır. Ayrıca tehlike sorumluluklarının, teknik yeniliklere paralel olarak oluşturulmasındaki uzun gecikmeler, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı düşmektedir⁶⁷.

Tehlike sorumluluklarının özel kanunlarla düzenlenmesinin ikinci bir sakıncası kanun koyucunun keyfi hareket etmesine yol açmaktadır. Kanun koyucunun tehlike sorumluluğunu düzenlemekteki çekingenliği, kanunlaştırma süreci mağdurların korunmasına engel olmuştur. Kanun koyucu, ekonomik menfaat düşüncesiyle bazı tehlikeli faaliyet ve işletmeler için tehlike sorumluluğunu öngörmekten kaçınmıştır⁶⁸.

Üçüncü bir sakınca ise ekonomik, sosyal ve siyasi sebeplerle bazı tehlikeli işletmeler için özel kanunlar çıkarılıp aynı derecede tehlike taşıyan başka işletme türleri için tehlike sorumluluğunun konulmaması mahkemeleri, tehlike sorumluluklarının kapsamını genişletmeye ve tehlikeli faaliyet girişimcisinin, başkalarının zarar görmemesi için gerekli tedbirleri almamış olması halinde TBK. m. 49 hükmünün uygulanabilmesi için, “tehlikeyi uzaklaştırma ödevinin ihlaline dayanarak kusurun varlığını varsaymaya yöneltmektedir”⁶⁹.

Aynı zamanda sırf kanun öngörmedi diye tehlike sorumluluğunun uygulanmaması büyük haksızlıklara yol açmaktadır. Burada kazuistik metot kanun koyucunun uygulayıcıya olan güvensizliğini göstermektedir. Özel kanunlarla yapılan düzenleme her olay için çözüm getirmeye çalışmakta ve bu nedenle maddelerde teferruatla incek bir yoğunluk kazanmaktadır. Her ne kadar özel kanunlarla düzenleme bazı faydalar sağlasa da genel kural ile düzenleme daha yararlı olacaktır.

⁶⁶ Tiftik, s. 58 – 59; Tandoğan, Sorumluluk, s. 41.

⁶⁷ Tiftik, s. 60, Tandoğan, Sorumluluk, s. 41.

⁶⁸ Tiftik, s. 61.

⁶⁹ Tiftik, s. 58; Tandoğan, Sorumluluk, s. 41.

Günümüzde özel kural ile düzenleme yapma gün geçtikçe değerini kaybetmektedir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte bazı alanlarda da tehlike sorumluluğuna ihtiyaç duyulmaktadır ve özel kanun yapmayla bu ihtiyaçlara sağlıklı bir çözüm getirilememektedir. Ayrıca özel kanunla düzenleme yapma tehlike sorumluluğu gerektiren ihtiyaçlara bir adım geriden cevap vermektedir.

B. Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi

Daha önce ifade edildiği gibi özel kanunlarla düzenlenen tehlike sorumlulukları, tehlike sorumluluğu konularının sadece bir kısmını kapsamaktadır. Tehlike sorumluluğunun genel kural ile düzenlenmesini savunanlara göre tehlike sorumluluklarının kazuistik yöntemle düzenlenmesi daima yetersiz kalmaya mahkûmdur. Yeni teknik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan tehlikeli tesis, faaliyet ve işletmeler için yeniden kanun çıkarma veya düzenleme yapmak gerekecektir⁷⁰.

İsviçre ve Alman Hukuk doktrininde, hukuk düzeninin birlikteliği açısından genel bir tehlike sorumluluğu öngörülmesi düşüncesi gün geçtikçe daha fazla savunulmaktadır. Bu sayede tüm yüksek tehlike taşıyan tesis, faaliyet ve işletmelerin mağdurları için hukuki korunma sağlanmış olacaktır. Tehlike sorumluluğunun genel bir kural ile düzenlenmesi halinde genel kural ile hem sabit bir ölçü getirilmiş hem de yeni olgulara uygun bir çözüm bulunmasına imkân verecek esneklik sağlanmış olacaktır. Tehlike sorumluluğunu genel kural ile düzenleyen ülkelerde içtihatlar, toplumun ihtiyacını karşılayabilecek çözümler üretmektedirler⁷¹.

Genel kural ile düzenlemeyi savunanlara göre tehlikenin gerçekleştiğinde sorumlu kişinin yüksek tazminat ödemesi gerektiği fikri isabetsizdir. Genel tehlike kuralını kapsadığı riskler, sorumluluk sigortası ile karşılanacaktır⁷².

Avusturya Hukukunda hâkim görüş, tehlike sorumluluğu öngören özel kanunların kıyas yoluyla uygulanması gerektiği yönündedir. Herhangi bir tehlike sorumluluğu kuralının temelini oluşturan değer yargısı ve dengelediği menfaat durumu, tehlike sorumluluğu öngörülmemiş bir tehlikeli tesis, faaliyet veya işletmede “aynı ölçüde söz konusu ise”, çıkarılmış kuralın kıyas yolu ile duruma uygulanması haklı görülmelidir⁷³. Fakat bu görüş şiddetle eleştirilmiştir⁷⁴.

⁷⁰ Tiftik, s. 65; Kılıçoğlu, Mustafa, s. 20.

⁷¹ Tiftik, s. 66 – 67.

⁷² Tiftik, s. 68; Tandoğan, Sorumluluk, s. 41.

⁷³ Tiftik, s. 71; Tandoğan, Sorumluluk, s. 41 – 42.

⁷⁴ Eren, s. 504; Tandoğan, Tehlike, s. 317; Tandoğan, Sorumluluk, s. 39; Tiftik, s. 53; Ulu-san, Tehlike, s. 55.

Kıyas yolu ile uygulanmaya örnek olarak motorlu botla yaralanmaya motorlu araç işletenin sorumluluğu uygulanabilir.

Türk Hukuku bakımından tehlike sorumluluğunun kıyas yoluyla genişletilerek uygulanmasını kabul etmek mümkün değildir. Türk Hukuku kusur sorumluluğunu ilke olarak kabul etmiştir.

C. Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluğunun Düzenlenmesi

Türkiye’de tehlike sorumluluğu halleri Batı ülkelerine oranla çok az düzenlenmiştir. Bunlar 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre motorlu araç işletenin sorumluluğu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu’na göre sivil hava aracı işletenin sorumluluğu, 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu’na göre, devletin askeri manevralar ve atışlardan doğan sorumluluğu, 2872 Sayılı Çevre Kanunu’na göre, çevreyi kirletenin sorumluluğu, 8559 Sayılı Petrol Kanunu’na göre, petrol hakkı sahibinin sorumluluğu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre, imalatçının sorumluluğu, 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun’a göre, ürün güvenliğine ilişkin özellikleri etkileyen ürünü üreten, imal eden, islah eden veya ürüne adını ticaret markasını veya ayırt edici işaretleri koyarak kendini üretici olarak tanıtan, geniş anlamıyla üreticinin sorumluluğu, 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun’a göre sivil amaçlı nükleer tesis işletenin ve nükleer madde taşıyanın sorumluluğu ve 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu’na göre genetik yapısı değiştirilmiş organizma ve ürünleri ile ilgili faaliyette bulunanların sorumluluğudur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir düzenleme getirmiştir.

Bir görüşe göre⁷⁵ bütün tehlike sorumluluklarını içerecek, muhteva ve kapsamı özenle belirlenmiş, hukuka güveni zedelemeyecek genel bir kural, aynen kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 49’da olduğu gibi Türk Medeni Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu’na konulmalı, bu hüküm, her somut olayda özel tehlike hallerine uygulanmalıdır. Bu şekilde kanun koyucunun bugüne kadar göstermiş olduğu ihmal ve gecikme, genel soyut bir kuralla giderilmiş olacaktır. Fakat böyle genel nitelikte bir kural düzenleninceye kadar, hâkime kıyas, yorum ya da hukuk yaratma yoluyla tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenleme yetkisi tanınmalıdır. Bu şekilde gemi, demiryolu, atom aktörleri gibi işletmeler de tehlike sorumluluğuna tabi tutulmalıdır.

Diğer bir görüşe göre de⁷⁶ tehlike sorumluluğu genel bir kural ile düzenlenmelidir. Türkiye’de tehlike sorumlulukları düzenlenmesinde geç kalmıştır.

⁷⁵ Eren, s. 504.

⁷⁶ Tandoğan, Sorumluluk, s. 41 – 42; Tandoğan, Tehlike, s. 319.

Fakat bunun bir yararı da vardır. Değişik zamanlarda İsviçre ve Almanya'da çıkarılmış özel kanunlardan ve bunların uygulanmasından yararlanarak çeşitli tehlike sorumluluklarına ait ortak genel kuralları tek bir kanunda toplayıp, genel esaslardan sonra her sorumluluğun kendisine özgü kurallarını ayrı bölümlerde göstermek ve bir bölüme de bu sorumlulukların yarışması ve çatışması sorunlarına ayırmak mümkün olabilir ya da Türk Borçlar Kanunu'na tehlike sorumluluğuna ait genel kurallar konulup, özel kanunlarda her işletmenin kendisine özgü olan kurallara yer verilebilir. Bu düzenlemeler sayesinde yeni tehlikeli faaliyetler için özel düzenlemeler yapılmaya kadar genel kurallardan yararlanılır.

Tehlike sorumlulukları düzenlenirken İsviçre'de haklarında özel kanun çıkarılmamış tehlikeli faaliyet ve işletmeler için de sorumluluk düzenlenebilir. Böylece büyük bayındırlık işleri yapanlar, baraj işletmeleri, zehirleyici ve patlayıcı madde tutucuları, akaryakıt ve benzin depoları, basın, radyo, televizyon gibi kitlelere yönelik yayınlarda bulunan işletmeler ve kişilere ilişkin bilgiler toplayan bilgi bankaları için tehlike sorumluluğu konulması düşünülebilir⁷⁷.

Türk Hukukunda kanun koyucunun, tehlike sorumluluklarını düzenlemekte yavaş hareket etmesinin, tehlikeli faaliyet ve işletmelerin büyük kısmının kamu kuruluşları tarafından yürütülmekte ve işletilmekte olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir. Devletin ve aynı zamanda özel sektörün konulacak tehlike sorumluluklarının getireceği mali yükümlülüklerin altından nasıl kılacağı sorulmuştur. Bu sorunlar sorumluluk sigortası yoluyla çözülebilir ve sosyal devlet ilkesi gereği tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır⁷⁸.

Mevcut tehlike sorumluluğu sisteminde düzenlenmeyen yeni teknik gelişmeleri de kapsayacak, tamamlayıcı bir genel kurala ihtiyaç olduğu bilinmekteydi⁷⁹. Türkiye'de yokluğu hissedilen tehlike sorumlulukları mahkeme içtihatları vasıtasıyla TMK. m. 1'e dayanılabileceği konusunda Türk hukuk doktrininde işverenin hukuki sorumluluğu çerçevesinde olumlu cevap veren yazarlar vardır⁸⁰.

Yargıtay, tehlikeli işletmelerde çalışan işçilerin uğradıkları kazalardan doğan zararın sosyal sigortalarca karşılanmayan kısmı için, ne işverenin ne de işçinin kusurunun bulunmaması halinde, işverenin tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu tutulmasını kabul etmiştir⁸¹. Yargıtay'ın 1980 tarihinden sonra

⁷⁷ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 42; **Tandoğan**, Tehlike, s. 319.

⁷⁸ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 36.

⁷⁹ **Tiftik**, s. 69. Aynı görüş için bkz. **Ulusan**, Tehlike, s. 47.

⁸⁰ **Tiftik**, s. 76; **Ulusan**, Tehlike, s. 51.

⁸¹ Yargıtay'ın 27.03.1957 tarihinde verdiği İçtihadî Birleştirme Kararı'na göre "Sanayinin gösterdiği olağanüstü gelişmeler ve iktisadi hayata hâkim olan makineleşme hareketi tehlike ih-

kusursuz sorumluluğun bir türü olarak tehlike sorumluluğunu kabul ettiği belirgin kararları vardır.⁸²

Bir görüşe göre Türkiye’de nükleer enerji ile çalışan işletmeler hakkında da tehlike sorumluluğu düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca İsviçre’de olduğu gibi yalnız suların kirlenmesiyle değil, hava kirlenmesi ile ilgili olarak tehlike sorumluluklarının düzenlenmesi, hem bu işletmelerden zarar görenleri korumak hem de işletmeleri bir takım önlemler almaya sevk etmek bakımından önemlidir. Yine petrol hakkı sahibinin sorumluluğunun, büyük petrol tankerlerinin patlama ve deniz kirlenmesi sonucundaki sorumluluğun, tüp gazları kullananlar, saklayanlar, dağıtımını yapanlar ve taşıyanların sorumluluğunun, yapımcının sorumluluğunun tehlike sorumluluğu çerçevesinde düzenlenmesi gerekmektedir.⁸³

Türkiye’de tehlike sorumluluğuyla ilgili yapılan çalışmalar çok sınırlı düzeydedir. Bu nedenle tehlike oluşturan alanlarda yeni çalışmalar yapılması gerekmektedir. Bu çalışmalar yapılmadığı sürece tehlike sorumluluğu kapsamına girecek konular mahkeme içtihatlarına, hâkime bırakılmakta ve köklü bir çözüm üretilmekten uzak kalmaktadır. Daha öncede belirtildiği gibi tehlike arz eden alanlardaki çözüm teknolojik gelişmelere ayak uyduracak genel bir çözüm olmalıdır.

Diğer bir görüşe göre de TBK. m. 69’da düzenlenen yapı malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu sorumlulukta kurtuluş karinesine dayanılmadığı gibi yapıların niteliği itibariyle tehlike ilkesine dayanması gerekir. Ayrıca TBK. m. 576’da otel ve han işletmelerin sorumluluğu da tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmelidir. Burada da kurtuluş kanıtına dayanılmamaktadır. Son olarak iş kazalarından doğan sorumluluğun da bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁴

timallerini eskisine göre pek çok artırdığı cihetle kusura dayanan mesuliyet sistemiyle zararların karşılanmasına birçok hallerde imkân kalmadığı görüldüğünden, kanunlara, sırf zarar tehlikesinin mevcut olması esasına dayanan bir takım mesuliyet hükümleri konulmasına zaruret duyulmuştur ki, bunlara kusursuz mesuliyet hükümleri yahut tehlike esasına dayanan mesuliyet hükümleri denilmektedir. Borçlar Kanunu’nun kusursuz mesuliyet hükümleri arasında konulmuş bulunan TBK. 66. madde hükmünü kusur sebebine dayanılarak değil ve fakat içtimai tehlike dolayısıyla kabul edilmiş hükümlerden saymak içtimai ihtiyaçlara tamamıyla uygun düşecektir. Bu TBK. madde 66 hükmünün kusura değil, sadece içtimai tehlike esasına dayandığı kabul edilince, bir kimsenin bir işini görmeye vazifelendirdiği diğer kimsenin bu işi görmesi dolayısıyla meydana gelen zarardan, ne kendisinin ne de işi görenin herhangi bir kusuru aranmaksızın mesul tutulacağı neticesine varılır.” İBK. 27.03.1957, E. 1 K. 3 (www.kazanci.com).

⁸² 9. HD. 29.12.1981, E. 11284 K. 15904 (YKD, 1984, C. 10, S. 4, s. 512); HGK. 18.03.1982, E. 9722 K. 203 (YKD, 1988, C. 14, S. 5, s. 598).

⁸³ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 35 – 36, 46; **Ayan**, s. 250; **Çelik**, s. 2.

⁸⁴ **Uluslan**, Tehlike, s. 49 – 50.

Yapı malikinin sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olarak değerlendirilebilmesi için tehlike arz eden bir faaliyetin olması gerekir. Binalarda da tehlike unsuru taşıyan asansör vb. yönler dikkate alınarak tehlike sorumluluğu içerisinde yapı malikinin sorumluluğuna da yer verilebilir. Fakat istenilen çözüm genel bir çözümdür. Kanunda genel bir tehlike sorumluluğunun kapsamı çizilerek; bu kapsam içerisine giren faaliyetlerden doğan zararlara da sorumluluk yüklenebilecektir.

Nihayet TBK. m. 71’de tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlığında genel bir düzenleme getirmiştir. TBK. m. 71 f. 1’ göre “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.”⁸⁵ Bu hüküm gereği tehlike sorumluluğundan söz edilebilmesi için ilk olarak faaliyetin tehlike oluşturması ikinci olarak ise bu tehlikenin önemli ölçüde olması aranmaktadır. Ancak bu iki kıstasın her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir⁸⁶. Maddenin ifade tarzı değerlendirildiğinde ise “tehlike arz eden bir faaliyet” yerine “tehlike arz eden bir işletme” ifadesinin yerinde olmadığı, maddenin uygulama alanını daraltacağı, tehlikeye yol açan etkenlerin sadece işletme faaliyetleriyle sınırlı tutulamayacağı ve hâkimin böyle dar bir söylem karşısında ortaya çıkabilecek çok sayıda uyuşmazlığın çözümünde büyük güçlüklerle karşılaşılacağı belirtilmiştir⁸⁷. Gerçekten de sorumluluğu işletme faaliyeti ile sınırlandırmak tehlike sorumluluğunun uygulama alanını daraltacak ve yıllarca gelişmesi beklenen bu sorumluluk tipi istenildiği şekilde ilerleme kaydedemeyecektir.

TBK. m. 71 f. 2’de tehlike oluşturan işletme ifade edilmeye çalışılmıştır. Hükme “Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir⁸⁸. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.” Bir görüşe göre, maddedeki “mahiyeti”

⁸⁵ Çelik, s. 4. Müteselsilen sorumluluğun yerinde bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Akkayan-Yıldırım, Ayça, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 208, 211; Saraç, s. 116 vd.

⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 354; Akkayan-Yıldırım, s. 290; Saraç, s. 25.

⁸⁷ Uluslan, Denkleştirme, s. 2899. Aynı ifade tarzının tehlike arz eden faaliyetin bir işletme faaliyeti ile sınırlandırılmasına yol açacağından yerinde olmadığı vurgulanmıştır. Bkz. Yılmaz, s. 574.

⁸⁸ Antalya, s. 640, 645 – 646; Yavuz, s. 45; Yılmaz, Süleyman, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, s. 560, 570. Madde düzenlemesinin başarısızlığı hakkında bkz. Kılıçoğlu, s. 354. Burada işletmenin faaliyette olması aranmaz. Bkz. Antalya, s. 646.

deyimi fazla olmuştur. Bu ifade ile tehlikeli tüm faaliyetlere ilişkin değil, yürütülmesi sırasında tehlikeli nesnelere kullanılmalarını gerektiren faaliyetlere ilişkin genel bir kural elde edilir⁸⁹. Önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet kavramı, objektif ve subjektif ölçütler yardımıyla açıklanır. Objektif ölçüt, faaliyetin sıkça veya ağır bir zarara yol açma tehlikesi taşımasıdır. Subjektif ölçüt ise faaliyet sırasında uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile tehlikenin ortadan kaldırılamayacak kadar önlenemez olmasıdır⁹⁰. Burada işletmenin faaliyette olması aranmaz⁹¹. Bu hükme göre öncelikle büyük özen gösterilmesine rağmen sık veya büyük zararların doğmasına elverişlilik tehlike kriterinin tespitinde esas alınmaktadır. İkinci olarak ise benzeri tehlikeler oluşturan işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike oluşturmaktadır⁹².

TBK. m. 71 f. 3 ise belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümlerinin saklı olduğunu düzenlemiştir. Örneğin trafik kazalarındaki hukuki uyuşmazlıklara anılan fıkra gereği Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri değil, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki tehlike sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır.

TBK. m. 71 f. 4'e göre "Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini⁹³ isteyebilirler." Bu fıkra ile işletme faaliyetlerine izin verilmiş olup olmamasının bir öneminin olmadığı ortaya koyulmuştur. Ancak izin alınması ile alınmaması arasında sorumluluğun sonuçları bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Şayet izin alınmış olması halinde doğan zarar uygun bir bedelle denkleştirilebilecek, izin alınmamış ise doğan zararın tamamı tazmin edilecektir⁹⁴.

⁸⁹ **Yılmaz**, s. 572.

⁹⁰ **Büyüksağış**, s. 4 – 5; **Saraç**, s. 38 vd.

⁹¹ **Antalya**, s. 646.

⁹² **Kılıçoğlu**, s. 354 – 355; **Antalya**, s. 645; **Büyüksağış**, s. 10; **Korkusuz**, s. 28; **Erişgin, Nuri**, Tehlike Bağlı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. 49, S. 1, s. 148; **Uyar-Özbek**, s. 56.

⁹³ Denkleştirme kavramının gereksiz olduğu yönünde bkz. **Çelik**, s. 6. Düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz. **Yılmaz**, s. 573. "Tehlike sorumluluğunda tehlikeli faaliyet, işletme ve eşyaların yol açtıkları zararlı sonuçlara ilişkin olarak ihlâl yasağı (das Verletzungsverbot) geçerliliğini korurken, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin uygulanmasında girişilen müdahalelerin yanı sıra ika edilen zarar bakımından da bu yasak ortadan kalkmaktadır". Bkz. **Ulusan**, Denkleştirme, s. 2094. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi bakımından değerlendirilmenin doğru olmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Akkayan-Yıldırım**, s. 218 – 219; **Korkusuz, Refik**, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, www.yeniyyuzuyil.edu.tr/files/CV/yeni/yenicvler/.../REFKCV2072 012.pdf, s. 39; **Akarteppe**, s. 170 – 171; **Saraç**, s. 74.

⁹⁴ **Kılıçoğlu**, s. 353; **Antalya**, s. 646 – 647. Eleştiri için bkz. **Saraç**, s. 71 – 72. İzin verilmiş ve izinsiz tehlikeli işletmeler ayrımının yapay kaldığı belirtilmiştir. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 352.

VI. TEHLİKE SORUMLULUĞU VE SORUMLULUK SİGORTASI

19. yüzyılın sonlarından bu yana, toplumsal düşünce gittikçe egemen olmaya başlamış ve zararın bireysel bir kusurdan ileri gelmediği hallerde de, toplumun mağduru korunması ve zararı mağdura bırakmamak gerektiği savunulmuştur. Bugünkü sorumluluk hukuku, kişilere sorumluluk yüklemekten çok zararı tazmin etmeye ağırlık vermektedir⁹⁵.

Toplumsal düşünce, önceleri sebep sorumluluğunun kabulünde büyük rol oynamakla beraber zamanla sorumluluğun yerini sigortalara bırakmasını sağlamıştır. Böylece bireysel sorumluluğun yerini kollektif sorumluluk almaya başlamıştır⁹⁶.

Kusurlu olmayan zarar sorumlusu, sigorta yaptırma suretiyle tazminat ödeme riskini sigorta şirketlerine aktarabilecektir. Bu da girişimcilerin güvenli bir şekilde faaliyetlerini sürdürmelerini sağlayacaktır⁹⁷.

Sorumluluk sigortaları, kusursuz sorumluluk hallerinin kabulünü ve gelişmesini sağlamıştır. Sözleşmelerden doğan sorumluluk sigortaları yanında zorunlu mali sorumluluk sigortaları da önem taşımaktadır⁹⁸. Türk Hukukunda zorunlu mali sorumluluk sigortası, motorlu kara taşıt araçları (KTK. m. 91) ile Türk hava sahasında uçuş yaparak Türk ve yabancı sivil hava araçları için üçüncü kişilere verecekleri zarar bakımından (TSHK. m. 138) öngörülmüştür⁹⁹. Zorunlu mali sorumluluk sigortası sosyal düşünceye dayanmaktadır.

Sorumluluk sigortası teknik faaliyetlerle ilgilenen kişilerin girişimlerine olumlu yönde katkı sağlamaktadır. Girişimciler tazminat ödeme korkusuyla faaliyetlerden geri kalmamaktadır. Zorunlu mali sorumluluk sistemiyle de tehlike sorumluluğunun düzenlenmesine ve gelişmesine katkı sağladığı düşünülmektedir.

SONUÇ

Günümüzde kusur ilkesine dayanan sorumluluğun kişileri korumakta yetersiz kaldığı, tehlike taşıyan tesis, işletme ve faaliyetlerin meydana getirdiği zararlardan korumak için tehlike sorumluluğuna ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir.

Tehlike sorumluluğuna duyulan ihtiyaç kanun koyucu tarafından dikkate alınmış ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel bir kural ile düzenlen-

⁹⁵ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 12; **Tiftik**, s. 117; **Saraç**, s. 154.

⁹⁶ **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 13.

⁹⁷ **Ulusan**, Tehlike, s. 117; **Tandoğan**, Sorumluluk, s. 13.

⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. **Deshenau/Tercier**, s. 250 vd.

⁹⁹ **Ulusan**, Tehlike, s. 118; **Tunçomağ**, s. 324.

miştir¹⁰⁰. Genel bir kural ile yapılan düzenleme teknik gelişmelere ayak uyduracak niteliktedir ve böylece her olaya yönelik kanun yapılması yoluyla kazuistik düzenlemenin sakıncaları bertaraf edilecektir. Genel kural ile yapılan düzenlemeler sayesinde zamana bağlı olarak ortaya çıkan tehlikeli faaliyetlere de çözüm bulunabilecektir. Şayet tehlike sorumluluğu özel kurallara bağlanmış olsa kıyas yoluyla diğer olaylara uygulanması mümkün olmayacaktır. Örneğin Karayolları Trafik Kanunu ile getirilmiş olan tehlike sorumluluğu başka olaylara uygulanamayabilir. Ancak genel kural düzenlemesi, özel kural getirilmesine de engel değildir. TBK. m. 71 düzenlemesi varken özel bir düzenleme ile havayolu taşımacılığı ile ilgili tehlike sorumluluğu düzenlemesi getirilebilir.

TBK. m. 71 ile getirilen tehlikeli işletme faaliyetleri sorumluluğun kapsamını daraltır niteliktedir. Bu nedenle her türlü tehlikeli faaliyetler sorumluluğun tespitinde daha iyi çözümler üretebilirdi. TBK. m. 71 f. 4'te yer alan "hukuk düzenince izin verilmiş olma" düzenlemesine ihtiyaç görünmemektedir. Zira tehlike oluşturan hallerde zarara sebep olan bu zararı gidermekle yükümlü olmalıdır.

¹⁰⁰ Genel bir düzenlemenin amaca uygun olduğu, kazuistik düzenlemeler olursa kıyasa başvurulamayacağı yönünde bkz. **Yavuz**, s. 61; **Akkurt, Sinan Sami**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Anlamında Tehlike Sorumluluğuna Genel Bir Bakış, Konya Barosu Dergisi, Yıl 40, S. 23, s. 44; **Yılmaz**, s. 571; **Korkusuz**, s. 43; **Saraç**, s. 20 – 21. Genel düzenlemenin doğru olmadığı yönünde bkz. **Büyüksağış**, s. 7.

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

bkz. : bakınız

E. : Esas

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu

İBK. : İçtihadı Birleştirme Kararı

K. : Karar

KTK. : Karayolları Trafik Kanunu

m. : madde

TBK. : Türk Borçlar Kanunu

TMK. : Türk Medeni Kanun

s. : sayfa

TSHK. : Türk Sivil Havacılık Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi

BİBLİYOGRAFYA

- AKARTEPE**, Alpaslan: Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. 16, S. 1 – 2, s. 159 – 190.
- AKKAYAN-YILDIRIM**, Ayça: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2012, C. 70, S. 1, s. 203 – 220.
- AKKURT**, Sinan Sami: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Anlamında Tehlike Sorumluluğuna Genel Bir Bakış, Konya Barosu Dergisi, Yıl 40, S. 23, s. 42 – 45.
- ANTALYA**, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012.
- BÜYÜKSAGIŞ**, Erdem: Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C. 8, S. 1, s. 1 – 19.
- ÇELİK**, Ahmet Çelik: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Yeni Bir Düzenleme, İşletme Tehlikeleri ve Tehlike Sorumluluğu, s. 1 – 7, www.tazminat.hukuku.com
- DESHENAU**, Henri/**TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim Özdemir), Ankara 1983.
- DEUTSCH**, Erwin: Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri (Çeviren: Şeref Ertaş), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1981, S. 2, s. 245 - 259.
- DOĞAN**, Mehmet Şirin/**ATALAY**, Ezgi: Tehlike Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 2004/3, s. 27 – 54.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2012.
- ERİŞGİN**, Nuri: Tehlike Bağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C. 49, S. 1, s. 137 – 154.
- HATEMİ**, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2011.
- KILIÇOĞLU**, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Cilt 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002 (Kılıçoğlu, Mustafa).
- KORKUSUZ**, Refik: Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, s. 23 – 44. www.yeniuyuzyl.edu.tr/files/CV/yeni/yenicvler/.../REFKCV2072012.pdf
- OĞUZMAN**, Kemal M./**ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2010.

- REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul 2011.
- SARAÇ**, Senem: Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme, ilt., İstanbul 2012.
- ŞEN-DOĞRAMACI**, Hayriye: Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğünün Sorumluluk Hukukundaki Yeri ve Önemi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2013, 20. Yıl Hukuk Özel Sayısı, s. 55 – 65.
- TANDOĞAN**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Ankara 1981 (Tandoğan, Sorumluluk).
- TANDOĞAN**, Haluk: Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1979, C. 10, S. 2, s. 291 – 321 (Tandoğan, Tehlike).
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TİFTİK**, Mustafa: Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Erzurum 1997.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Borçlar Hukuku 1. Cilt Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 1969.
- ULUSAN**, İlhan: Tehlike Sorumluluğu Üstüne, Mukayeseli Hukuk Araştırma Dergisi, 1970, C. 4, S. 6, s. 23 – 57 (Uluslan, Tehlike).
- ULUSAN**, İlhan: Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzedemelerinin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, s. 2897 – 2905. journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/.../21-İlhan-ULUSAN.pdf (Uluslan, Denkleştirme).
- UYAR-ÖZBEK**, Zeynep: Türk Hukukundaki Kusursuz Sorumluluk ve Tehlike Sorumluluğu Halleri, ilt., Diyarbakır 2009.
- YAVUZ**, Cevdet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, s. 29 – 60, [dosya.marmara.edu.tr/huk/fakulte/dergisi/2008 C. 14 S. 4/29-61.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fakulte/dergisi/2008/C.14/S.4/29-61.pdf)
- YILMAZ**, Süleyman: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Sebep Sorumluluklarına İlişkin Yeni Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 59, s. 551 – 578.

**YARGITAY KARARLARI VE 6552 SAYILI KANUN İLE
SON DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA
TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞINDA GEÇEN
HİZMETLERİNİN SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Yrd. Doç. Dr. Ali EKİN**
*Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN***

ÖZET:

Sosyal güvenlik hukukunda genel prensip sigortalılığın tekliği ilkesidir. Bu kapsamda yurt dışında çalışan vatandaşlarımızın bu ülkelerde çalışmaları dolayısıyla ülkelerinde sigortalı olamamaları durumu söz konusudur. İfade edilen mağduriyet ise yurt dışı hizmet borçlanması ile giderilmeye çalışılmıştır. Yurt dışı hizmet borçlanması müessesesi 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun ile düzenleme altına alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yurt Dışı Hizmet Borçlanması, Sigortalılığın Tekliği İlkesi, 3201 sayılı 3201 sayılı Yurt Dışında bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun.

ABSTRACT:

The general rule is the uniqueness of insurance policy in the social security law. This unjust treatment have removed with Social security debiting for work rendered abroad. Time spent by Turkish nationals abroad may be taken into consideration in respect of their social security entitlements through the implementation of the conditions stipulated by Act No. 3201 of 08 May 1985 on the Eöaluation of Time Preiolds Spent by Turkish Nationals Abroad in Respect of Their Social Security Benefits.

Keywords: Social Security Debiting for Work Rendered Abroad, The Uniqueness of Insurance Policy, Act No. 3201 of 08 May 1985 on the Evaluation of Time Preiolds Spent by Turkish Nationals Abroad in Respect of Their Social Security Benefits.

* Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Toplum içerisinde yaşayan bireyler kimi sosyal olgularla karşılaşmakta ve çalışma faaliyetleri ya da sigortalılıkları bu sebeple engellenmektedir. Bu tür durumlarda kişiler sigortalı sayılmadıklarından, yaşlılık sigortasından faydalanma koşullarını tamamlama noktasında prim ödeme gün sayıları ve sigortalılık süreleri açısından yoksun kalmaktadırlar. İfade edilen mağduriyetin önlenmesi için öngörülmuş olan hizmet borçlanması ise yurt içinde doğum, askerlik, fahri asistanlık, tutukluluk ve gözaltı gibi ya da yurt dışında çalışılması hallerinde prim ödemediği geçirilmiş çalışma sürelerinin, sonradan prim ödeme suretiyle borçlanılarak uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalılık süresine ve prim ödeme gün sayısına eklenmesi ile telafi edilmesi işlevini görmektedir¹. Bu kapsamda hizmet borçlanması, yurt içi hizmet borçlanması ve yurt dışı hizmet borçlanması olarak tasnif edilmektedir. Bu çalışmada ise yurt dışı hizmet borçlanması inceleme konusu yapılacaktır.

Sosyal güvenlik sistemlerinde sigortalılığın tekliği ilkesi benimsenmiş ve bu bağlamda bir kimsenin aynı anda birden fazla ülkede sigortalı olması arzu edilmemiştir. Ülkemizde de bu durum gözetilmiş ve yurt dışında hayatlarını idame ettiren vatandaşlarımızın bu süreleri belirli şartlarda sigortalılık sürelerine dahil edebilmelerine imkan tanınmıştır.

Çalışmamızda 3201 sayılı Yurt Dışında bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun değerlendirme konusu yapılacaktır. Bu bağlamda yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanma koşulları ve sigortalılık süresine etkisi incelenecektir.

¹ Ali Rıza **Okur**, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 10, İstanbul 2006, s. 129; Can **Tuncay**, “Doğum İzni Borçlanması – Karar İncelemesi-“, Legal İSGHD, C. 7, S. 27, İstanbul 2010, s. 1019; Kadir, **Arıcı**, “5510 Sayılı Kanunun Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4A) da Doğum Borçlanmasından Faydalanabilirler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 5, S. 19, İstanbul 2010, s. 163-164; Talat **Canbolat**, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanır ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, Beta Yayıncılık, s. 2253; Saim **Ocak**, “Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması (Karar Tahlili)”, Legal İSGHD., C. 8, S. 32, İstanbul 2011, s. 1506 (Borçlanma); Saim **Ocak**, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 2, S. 29, İstanbul 2011, s. 315 (Yurtdışı Hizmet Borçlanması); Ali **Güzel**/Ali Rıza **Okur**/Nurşen **Caniklioğlu**, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 587; YHGK, 18.05.2011, E. 2011/10-311, K. 2011/322 (Legalbank, E. T. 21.10.2013).

TÜRK VATANDAŞLARININ YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI

I. GENEL OLARAK

Yurt dışında çalışması nedeniyle yurt dışında geçirdiği süreleri sosyal güvenlik açısından değerlendiremeyen ya da çalıştığı ülke ile Türkiye arasında ikili anlaşma imkanının bulunmadığı ülkelerde çalıştığı süreleri Türk sosyal sigorta sisteminde değerlendirme imkanı bulamayan kimselere yurt dışında çalıştığı bu süreleri borçlanma imkanı sağlanmış ve kolaylaştırıcı bir yol öngörülmüştür². Bu bağlamda yurt dışı hizmet borçlanması, yabancı ülkelerde geçen belirli bazı hizmet sürelerinin Türkiye’de geçmiş gibi sayılarak sigortalılık sürelerine dahil edilmesi olarak tanımlanabilecektir³.

II. BORÇLANABİLECEK KİŞİLER

Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ya da sosyal güvenlik sözleşmesinde sigortalılığın başlangıcı konusunda özel hüküm bulunmayan ülkelerde çalışan vatandaşların söze konu süreleri borçlanma ihtiyacı doğmaktadır. Zira bu kişilerin yurtdışında geçen çalışmalarını ülkemizde sağlanan yaşlılık sigortasından faydalanma koşulları içerisinde kabul ettirebilmeleri açısından borçlanma yapmaları zaruridir. Bu sebeple öncelikle Türkiye ile aralarında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ya da bulunsa dahi sözleşmede sigortalılığın başlangıcına ilişkin hüküm bulunmayan ülkelerde çalışan Türk vatandaşları yurt dışı hizmet borçlanması yapabileceklerdir.

Buna ilaveten SSGSSK’nın 4. maddesinin son fıkrasında ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan Türk vatandaşlarının 4/1-a kapsamında sigortalı sayılacakları ve istekleri halinde uzun vadeli sigortalı kollarından da faydalanabilecekleri hüküm altına alınmıştır. İşte bu imkandan faydalanan Türk vatandaşlarının da çalışmalarını sigortalılık süresine dahil edebilmek için ayrıca yurt dışı hizmet borçlanmasına konu etmelerine ihtiyaçları bulunmamaktadır⁴. Ancak dile getirilen çalışma süresinde sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelere çalışmaya gönderilen Türk işçilerinin yalnız kısa vadeli sigorta kollarından faydalandırılması halinde borçlanma imkanının doğacağı da belirtilmelidir⁵.

² Hediye **Ergin**, “Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Legal İSGHD., C. 5, S. 18, İstanbul 2008, s. 554 (Son Değişiklikler); **Okur**, s. 110; **Arıcı**, Doğum borçlanması, s. 163.

³ Can **Tuncay**/Ömer **Ekmekçi**, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 560; Fatih **Uşan**, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 254.

⁴ Eda **Manav**, “Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 30, İstanbul 2013, s. 113.

⁵ Süleyman **Tuncay**/Ahmet **Aras**, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010, s. 50; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 569-571.

3201 sayılı Kanunda⁶ 18 yaşını doldurmuş ve yurtdışında çalışmış Türk vatandaşları ile yurtdışında hiçbir işte çalışmamış olsa da 18 yaşını doldurmuş ev kadınlarının borçlanma hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir⁷. Gerçekten 3201 sayılı Kanunun 3. maddesi, “*Bu Kanunun 1. maddesinde belirtilenler ile, yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye’de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa, Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye’de çalışması varsa, en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar.*” hükmünü öngörmektedir. Buna karşılık daha önce Türkiye’de örneğin hizmet sözleşmesi ile çalışmanın esas alındığı bir sigortalılık ilişkisi bulunması halinde ise 4/1-a kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir⁸.

3201 sayılı Kanun gereğince borçlanma yapacak olan sigortalıların hangi kapsamda değerlendirileceği de önem arz etmektedir. Nitekim 3201 sayılı Kanunun 5. maddesine 4. fıkra hükmü olarak eklenen ek fıkra ile, “*Yurtdışı hizmet borçlanmasına ait süreler SSGSSK’ya göre hangi sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağı belirlenmesinde; Türkiye’de sigortalılıkları varsa, borçlanma talep tarihindeki en son sigortalılık haline göre, sigortalılıkları yoksa, aynı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında geçmiş sigortalılık süresi olarak kabul edilir.*” hükmü getirilmiştir. Bu sebeple, Türkiye’de herhangi bir sigortalılığı bulunmayanların 4/1-b kapsamında sigortalı olarak değerlendirilmesi gerekecektir⁹. Buna karşılık daha önce Türkiye’de örneğin hizmet

⁶ Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, RG. 22.05.1985, S. 18761.

⁷ Mahmut **Çolak**/Ercüment **Öztürk**, Yurt Dışındaki Türk Vatandaşlarının Emeklilik Yolları ve Sosyal Güvenliği, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, s. 63; **Uşan**, s. 254-255; **Fatma Baştzerzi**, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayını, Ankara 2006, s. 213-214; Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 46; **Pakin Akın**, Ebru, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 90.

⁸ “*Bu hüküm borçlanma yaparı iyileştirici nitelikte gözükiyorsa da sonradan borçlanılan süreyle kıyaslandığında eşitlik ilkesine aykırı gözükmektedir.*”, Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 568; “*...Somut olayda, davacının Türkiye’de 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında 1.4.1971-30.06.1971 tarihleri arasında 90 gün sigortalı çalışması bulunmakta olup Kanun’un 5. maddesine göre yurt dışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılması gerektiğine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile 4/1-(a) maddesi kapsamında borçlanma talebinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...*”, Y.21.HD., 30.09.2013, E. 2013/16349, K. 2013/17369 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 13.09.2013, E. 2013/12774, K. 2013/16128 (Yayınlanmamış Karar).

⁹ “*...Türkiye – Fransa arasında aktedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesinde, Türk sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmadan önce, Fransa sosyal güvenlik rejimine tabi olunması halinde, Fransa sosyal güvenlik rejimine tabi olunan tarihin, Türkiye’de Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilk defa tabi olduğu tarih olarak kabul edileceği yönünde açık hüküm bulunurken; söz konusu Uluslararası sözleşmede, yurtdışında geçirilen çalışma sürelerinin,*

sözleşmesi ile çalışmanın esas alındığı bir sigortalılık ilişkisi bulunması halinde ise 4/1-a kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir¹⁰.

III. BORÇLANILABİLECEK SÜRELER

Yurtdışı hizmet borçlanmasında yurtdışında geçen sigortalılık süreleri ile bu süreler arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri¹¹ ve ev kadını olarak geçen süreler¹² esas alınmaktadır¹³. Mülga Kanun döne-

akit ülke mevzuatına göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi aşamasında, hangi sigortalılık niteliğine göre borçlanılabileceği konusunda açık ve özel bir düzenleme de yer almamaktadır. Bu durumda, 3201 sayılı Yasa kapsamında yapılmak istenilen borçlanmanın, 5510 sayılı Yasanın 4/1-b maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup, aksini öngören mahkeme kabulü yerinde değildir...”, Y.10.HD., 14.02.2013, E. 2013/864, K. 2013/2266 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 11.02.2013, E. 2011/19280, K. 2013/1884 (Yayınlanmamış Karar); Y.21.HD., 06.03.2013, E. 2013/3854, K. 2013/4046; Y.21.HD., 10.04.2013, E. 2013/5849, K. 2013/7166 (Legalbank, E. T. 23.11.2013); “...Somut olayda, davacının borçlanma talep tarihi 10.04.2012 olup bu tarihten önce Türkiye’de 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılığı bulunmadığından 3201 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 4. fıkrasına göre yurt dışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(b) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılacağına ilişkin Kurum işlemi doğru olduğu halde mahkemece yerinde olmayan gerekçeyle davacının yurt dışı borçlanmasının 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında olduğunun tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 10.10.2013, E. 2013/16700, K. 2013/18390 (Yayınlanmamış Karar).

¹⁰ “Bu hüküm borçlanma yaparı iyileştirici nitelikte gözüküyorsa da sonradan borçlanılan süreyle kıyaslandığında eşitlik ilkesine aykırı gözükmektedir.”, Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 568; “...Somut olayda, davacının Türkiye’de 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında 1.4.1971-30.06.1971 tarihleri arasında 90 gün sigortalı çalışması bulunmakta olup Kanun’un 5. maddesine göre yurt dışı hizmet borçlanmasına ait sürelerin 5510 sayılı Kanun’un 4/1-(a) bendi kapsamında sigortalılık haline göre geçmiş sayılması gerektiğine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile 4/1-(a) maddesi kapsamında borçlanma talebinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 30.09.2013, E. 2013/16349, K. 2013/17369 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 13.09.2013, E. 2013/12774, K. 2013/16128 (Yayınlanmamış Karar).

¹¹ Çalışma sürelerine dahil olan bir yıllık işsizlik süresi ile çalışma süresinin sonundan itibaren bir yıllık işsiz kalınan sürenin borçlanılabilemesinin mümkün olduğuna göre çalışma süreleri dışında iki yıllık işsizlik süresinin borçlanılabileceğine ilişkin bkz. Resul **Aslanköylü**, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, (SSK ve BAĞ-KUR KANUNU ile Karşılaştırmalı), C. II, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 1737; “...Somut olayda, erkek olan davacının yurtdışında fiili çalışması 01.01.1992 tarihinde başlamakta olup öncesindeki dönem okul eğitimine ilişkindir. Davacının borçlanılabileceği süre 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerinden ibaret olup yurt dışında sigortalı çalışmasından önce geçen okul eğitimi dönemini işsizlik süresi kapsamında borçlanması mümkün değildir. Mahkemece 10.11.1967 doğumlu davacının yurtdışında sigortalı çalışmasının başladığı 01.01.1992 tarihi ile izinle Türk vatandaşlığından çıktığı 14.06.2002 tarihleri arasında geçen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerini borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe

minde olduğu üzere SSGSSK. döneminde de yurtdışında geçen askerlik sürelerinin de borçlanması mümkün olmalıdır¹⁴.

Burada kimi sürelerin yurt dışı hizmet borçlanmasında dikkate alınmayacağı da belirtilmelidir. Buna göre; 18 yaşın doldurulmasından önce yurtdışında sigortalı ya da ev kadını olarak geçen, Türk vatandaşlığının kazanılmasından önce veya Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonra yurtdışında sigortalı veya ev kadını olarak geçen, ikili sosyal güvenlik sözleşmesine göre kendilerine kısmi aylık bağlanmış olanların yurtdışında geçen sigortalılık süreleri arasında ve bu sürelerin bitim tarihinden sonraki işsizlik sürelerinin, sosyal güvenlik kanunlarına göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları kapsamında geçen sürelerle çakışan yurtdışı sürelerinin borçlanmaya konu olamayacağı da yönetmelikte hüküm altına alınmıştır¹⁵ (Yurt Dışında Geçen Hizmetlerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik. m. 6).

IV. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Yurt dışı hizmet borçlanması hakkından faydalanılabilmemesinin koşulları; vatandaşlık, yurda kesin dönüş, geçerli sigortalılık süresi, bu sürelerin belgelenmesi ve yazılı başvuru ile tahakkuk ettirilen borcun ödenmesi olarak sıralanabilecektir¹⁶.

ile işsizlik süresi kapsamında borçlanması mümkün olmayan 10.11.1985-31.12.1991 tarihleri arasındaki okul eğitimi süresi de dahil edilerek davacının 10.11.1985-14.06.2002 tarihleri arasında yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanabileceğinin tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 18.07.2013, E. 2013/12178, K. 2013/14953 (Yayınlanmamış Karar).

¹² “...Davacı "kadın" olup yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken ev kadını olarak geçen süreleri de borçlanabilir. Davacı Almanya'da 15.10.1985 tarihinden itibaren ikamet etmekte olup bu tarihten itibaren geçen süreyi ev kadını olarak borçlanma hakkı bulunduğu mahkemece, davacının 15.10.1985-27.4.2000 tarihleri arasında geçen süreyi borçlanma hakkının bulunduğu tespitine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile ev kadınlığı süresi dışlanarak yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 04.07.2013, E. 2013/11841, K. 2013/14453 (Yayınlanmamış Karar).

¹³ Ali **Güzel/Saim Ocak**, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Legal İSGHD., C. 3, S. 12, İstanbul 2006, s. 1344; Mehmet **Bulut**, Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulamalar, 2. B., Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 718-719; **Manav**, s. 110; Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 564-565; **Uşan**, s. 255; **Ocak**, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 316; **Ergin**, Geçici Hükümler, s. 260; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 568-570; Fatma **Başterzi**, s. 214-215; Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 48-49;

¹⁴ Mülga Sosyal Güvenlik Kanunları döneminde yurtdışında geçen askerlik sürelerinin de borçlanılabileceğine ilişkin bkz. **Okur**, s. 130.

¹⁵ Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 49; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 569-571; **Bulut**, s. 719-720.

¹⁶ **Bulut**, s. 716.

A. Türk Vatandaşlığı Koşulu

Yurt dışı hizmet borçlanmasında Türk vatandaşlığı koşulu iki halde aranmaktadır. Buna göre de borçlanılması istenilen sürelerde ve talep tarihinde vatandaşlığın bulunması hallerinde yurt dışı hizmet borçlanmasının yapılabilmesi mümkündür¹⁷. Nitekim 3201 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2 maddesi b bendinde de ancak Türk vatandaşlarının Türk vatandaşı iken geçen sürelerinin sosyal güvenlik hukuku bakımından dikkate alınabilmesine müsaade edildiği görülmektedir. Durum böyle olmakla beraber Türk vatandaşlığından izinle ayrılma durumunda vatandaşlığı haiz olmasa da izinle ayrılmadan önceki sürelerin yurt dışı hizmet borçlanmasına konu olabileceği Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir¹⁸. Ancak izin almak suretiyle vatandaşlıktan çıktıktan sonraki süre

¹⁷ Levent **Akın**, “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 959 (Borçlanma); Hediye **Ergin**, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 4, S. 16, İstanbul 2009, s. 164 (Borçlanma); Hediye **Ergin**, “Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması”, Legal İSGHD., C. 6, S. 24, İstanbul 2009, s. 1469 (Göç); **Manav**, s. 110; Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 561; Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 44; **Ergin**, Geçici Hükümler, s. 260; **Bulut**, s. 716.

¹⁸ “...Somut olaya gelince; 06.03.1962 tarihinde, doğumla Türk vatandaşı olup, Türkiye’de, 10.01.1989-30.11.1989 tarihleri arasında hizmet sözleşmesine dayalı çalışmaları bulunan, Bakanlar Kurulu’nun 23.12.1998 gün ve 1998/12263 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilen ve vatandaşlıktan çıkma belgesini teslim aldığı 26.08.1999 tarihi itibarıyla Türk vatandaşlığını kaybedip, halen Türk vatandaşı olmadığı anlaşılan davacının; 28.11.2005 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumu’na başvurarak Almanya’da geçen çalışmalarının 3201 sayılı Kanun’a göre değerlendirilmesi için borçlanma talebinde bulunduğu, davalı Kurum tarafından, yurtdışında geçen çalışma sürelerini borçlanma hakkının sadece Türk vatandaşlığına haiz olanlara tanındığı gerekçesiyle isteğinin reddedildiği hususları tartışmasıdır. Her ne kadar 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinin 2. ve 6. maddeleri borçlanmanın kabul edilebilmesi için davalı kuruma başvuru tarihinde hak sahibinin Türk vatandaşı olma şartını aramış ise de; Anayasa, Türk Vatandaşlık Kanunu ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve özü gözetilerek yukarıda açıklanan maddeler birlikte değerlendirildiğinde, Türk vatandaşlığından izinle çıkan ve borçlanma talep tarihinde Türk vatandaşlığını haiz olmayan davacıyı, Türk Vatandaşlık Kanunu’nun sosyal haklar bakımından vatandaş gibi kabul ettiği, ayrıca Türk vatandaşlığından izinle çıkmadan önce yurtdışında gerçekleşen çalışma sürelerine ilişkin borçlanma hakkının, Türk Vatandaşlık Kanunu ile kazanılmış hak sayılarak korunması ve Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanması gerektiği belirgindir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş bir haktır. Kazanılmış haklar, Hukuk Devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlardandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2. maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı, hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez. Hal böyle olunca, davacının Türk vatandaşı olarak yurt dışında çalıştığı süreleri 3201 sayılı Kanun gereğince borçlanabileceğinin kabulü gerekir...”, YHGK., 28.04.2010, E. 2010/10-210, K. 2010/240 (Legalbank, E. T. 22.11.2013); Y.10.HD., 11.02.2013, E. 2011/19280, K. 2013/1884 (Yayınlanmamış Karar); Hatice Duygu **Özer**, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012 s. 330; bu konuda verilmiş olan 29.09.2010 tarih, E. 2010/10-472, K. 2010/440 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararını haklı bulan görüş için ayrıca bkz.: **Canbolat**, s. 2260.

açısından ise yurt dışı hizmet borçlanması yapılamayacağı da vurgulanmaktadır¹⁹. Gerçekten 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda²⁰ doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin ve üçüncü dereceye kadar olan altsoylarının, Türk Vatandaşlık Kanunu'nda belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla aynen yararlanmaya devam edecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu madde kapsamında bulunan kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olacakları öngörülmüştür (TVK. m. 28/1-2). Bu bakımdan 3201 sayılı kanun gereğince Türk vatandaşı olarak geçirilen sürelerin borçlanılabilirliği mümkün kabul edilmeli, ayrıca bu kişilerin borçlanma talebi anında Türk vatandaşı olma şartı aranmamalıdır²¹. Yurt Dışında

¹⁹ “...Somut olayda, davacının Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilmiş olup çıkma belgesini teslim aldığı 12.06.2001 tarihinde Türk vatandaşlığını kaybetmiştir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilerek davacının çıkma belgesini teslim aldığı 12.06.2001 tarihine kadar geçen süreyi borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde 26.06.2001 tarihine kadar geçen süreyi borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 11/07/2013, E. 2013/5254, K. 2013/14898 (Yayınlanmamış Karar); “...Davaya konu somut olayda uyumsuzluk; çekişme konusu dönemde yürürlükte bulunan 403 sayılı Türk vatandaşlık Kanununun 20. maddesi uyarınca dava tarihinden önce 12.06.2009 tarihinde yürürlüğü giren 5901 sayılı Türk vatandaşlık Kanununun 25. maddesi gereğince, Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığından çıkmasına izin verilip, 24.03.1999 tarihinde Alman vatandaşlığına geçen, borçlanma talebi Kurumca reddedilen dönemde Türk vatandaşı olmadığı çekişmesiz bulunan davacının 24.03.1999 tarihinden sonra Almanya'da gerçekleşen çalışma sürelerini 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanarak sosyal güvenliği bakımından değerlendirilip, değerlendirilemeyeceğine ilişkin olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.04.2010 gün ve 2010/10-210-240 sayılı kararında da açıkça belirtildiği üzere 3201 sayılı Kanunun 1. ve uygulama yönetmeliğinin 2. maddesine göre, Türk vatandaşlarının; Türk vatandaşı olarak yurtdışında gerçekleşen çalışmalarını borçlanabilecekleri öngörülmüş olup, Türk vatandaşlığının kaybedilmesinden sonraki dönemde gerçekleşen hizmetlerin borçlanması mümkün bulunmadığından bu döneme ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde kabule karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”, Y.10.HD., 21.11.2011, E. 2010/8194, K. 2011/15524 (Legalbank, E. T. 22.11.2013); Y.10.HD., 05.09.2013, E. 2013/14819, K. 2013/15344 (Yayınlanmamış Karar).

²⁰ RG., 12.06.2009, S. 27256.

²¹ “...Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulacağına ilişkin genel hüküm aynen korunmaktadır. Bu hükme göre, Türk vatandaşlığını çıkma izni dışındaki yollardan biriyle kaybeden kişiler yabancı muamelesine tabi tutulacaktır...Her ne kadar, 3201 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinde, borçlanma tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiş ise de; gerek, 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesinde; gerekse önceki 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesindeki yasal düzenlemeye yer verilerek, doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanların, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş olup; anılan kişilerin bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiştir. Açıklanan kanun maddeleri, açıkça, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kazanılmış haklarının koru-

Geçen Hizmetlerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte, borçlanma tarihinde de Türk vatandaşı olunması gerektiği belirtilmiş ise de; gerek, 12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28. maddesinde; gerekse mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesindeki yasal düzenlemeye yer verilerek, doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığından vatandaşlıktan çıkma izni alanların, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuş olup; anılan kişilerin bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmiştir. Açıklanan kanun maddeleri, açıkça, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kazanılmış haklarının korunacağını isabetli bir şekilde belirtmektedir²². Nitekim 6552 sayılı kanun²³ ile 3201 sayılı kanunun 1. maddesinde yapılan değişiklikle; doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri borçlanma yoluyla sigortalılığa dahil edilebileceği kabul edilmiştir (6552 sayılı Kanun m. 28).

Çifte vatandaşlığın bulunması ise borçlanma talebine engel oluşturmayacaktır²⁴. Bunun yanında Yargıtay kararında²⁵ da belirtildiği üzere Türk soylu

nacağını belirtmektedir...Somut olayda, 15.04.1968 doğumlu davacının 04.06.1986 tarihinden itibaren yurt dışında çalışması bulunmaktadır. Davacı 26.09.2003 tarihinde izinle vatandaşlıktan çıkmış ve 07.09.2012 tarihinde borçlanma başvurusunda bulunmuştur. 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre erkek Türk vatandaşları yurt dışında 18 yaşını doldurduktan sonra, Türk vatandaşı iken geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik sürelerini borçlanabilir. Davacı 15.04.1968 doğumlu olup 18 yaşını 15.04.1986 tarihinde ikmal etmiş ise de yurt dışındaki sigortalılığı 04.06.1986 tarihinde başladığından bu tarihten önceki dönemi borçlanamaz. Mahkemece, davacının 04.06.1986-05.09.2003 tarihleri arasında yurt dışında Türk vatandaşı iken geçen süreyi 07.09.2012 tarihindeki prime esas asgari günlük kazanç üzerinden 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi gerekirken borçlanılması mümkün bulunmayan 15.04.1986-03.06.1986 tarihleri arasındaki süreyi de borçlanma hakkı bulunduğu tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 30.09.2013, E. 2013/16623, K. 2013/17370 (Yayımlanmamış Karar); Y.21.HD., 04.07.2013, E. 2013/11592, K. 2013/14451 (Yayımlanmamış Karar); Yabancı ülke vatandaşlığına geçmek amacıyla Türk vatandaşlığından ayrılan kişilere şu anda mavi kart verilmekte olup bu şekilde sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları bakımından tanınan haklardan faydalandırılmaya devam edilmektedir (Ocak, Karar İncelemesi, s. 261).

²² Y.21.HD., 04.07.2013, E. 2013/10940, K. 2013/14449 (Yayımlanmamış Karar).

²³ RG., 11.09.2014, S. 29116.

²⁴ Uşan, s. 255; Okur, s. 127; Ergin, Borçlanma, s. 164; Ergin, Göç, s. 1470; Ergin, Son değişiklikler, s. 562; Manav, s. 111; Murat Göktaş/ Erden Çakar/Murat Özdamar, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 230.

²⁵ Y.10.HD., 17.02.2004, E. 2004/355, K. 2004/939 (Legalbank, E. T. 25.11.2013), aksi yönde ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İçin bkz: "...Dava; Bulgaristan göçmeni olarak Türkiye'ye gelen, bilahare Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığına kabul edilen ve Kuruma baş-

vatandaşların da yurtdışında geçmiş hizmetlerini borçlanma konusu yapabilmelerine de olanak tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Burada sonuç itibariyle Türk vatandaşı iken yurtdışında geçirilen sürelerin borçlanması mümkün olarak kabul görmekle beraber borçlanma talebinde bulunurken de Türk vatandaşlığının mevcut olması gerektiği belirtilmelidir²⁶. Borçlanma yapıldıktan sonra vatandaşlığın değişmesinin ise borçlanmaya herhangi bir etkisi olmayacaktır²⁷.

B. 18 Yaşın İkmal Edilmesi

Türk vatandaşlarının yurt dışında ancak 18 yaşından sonra geçirdiği süreler borçlanmaya konu edilebilecektir²⁸. Borçlanma yapabilmek için çalışılan ülke ile

vuru tarihinde Türk vatandaşı olduğu çekışmesiz bulunan davacının, Bulgaristan'da gerçekleşen hizmetlerinin, çalışmanın yapıldığı tarihte Türk vatandaşı olma ve borçlanma için 2 yıllık süre koşulu aranmaksızın 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandırılmasının mümkün bulunduğunun tespiti istemine ilişkindir. ...3201 sayılı Kanun bir borçlanma yasası olup, 1. maddede yapılan açık tanıma göre, ancak Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşı olarak yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilmeleri öngörülmüştür. Anılan kanun, yurtdışı hizmet borçlanması hakkının kullanılabilmesi için çalışmanın geçtiği dönemde sigortalı ile uyrukluk ilişkisini aranmakta olup, "Türk soylu ya da sonradan Türk vatandaşlığını kazanmış olmak" yeterli bulunmamaktadır. 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabileceklerine İlişkin Kanunun 1. maddesinde, Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlandığı, kapsam başlıklı 2. maddesinde ise; bu kanunun Türk soylu yabancıların Türkiye'de çalışmalarına, kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde çalıştırılabilmelerine izin verilmesini, meslek kuruluş ve sosyal güvenlik kurumları ile ilişkilerini, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Anılan düzenleme ile Türk soylu yabancılar ile kurulan sosyal güvenlik ve çalışma ilişkisinin sınırları belirlenmiştir. Yasaya bakıldığında bu sınırın, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına tanınan ve yurtdışı hizmetlerinin sosyal güvenlikleri açısından değerlendirilmesini amaçlayan borçlanma hakkını içermediği, borçlanma kanunlarına da atıfta bulunmadığı açıktır. Kaldı ki; bir başka ülke vatandaşı iken, o ülkede geçen çalışmaların, davacı yönünden yabancı ülkede geçmiş hizmet olarak adlandırılmasına ve kabulüne imkan bulunmamaktadır. Anayasa ve 3201 sayılı Kanunun amaç ve ruhuna bakılmaksızın sadece borçlanma talebi sırasında Türk vatandaşı olmasının yeterli kabul edilmesi isabetsiz olup, 3201 sayılı Kanun uyarınca tanınan borçlanma hakkından, yurtdışında Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olarak çalışan ve borçlanma sırasında Türk vatandaşı olanlar yararlanabilirler. Göçmen olarak Türkiye'ye gelenler, yurtdışında çalıştıkları sürede Türk vatandaşı olmadıkları için borçlanamazlar. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınmanın ise geçmişe etkili bulunmaması nedeniyle, yurtdışında sadece Türk vatandaşlığını kazandıkları günden sonraki süreleri borçlanarak değerlendirilebilirler...", YHGK., 23.11.2005, E. 2005/10-492, K. 2005/646 (Legalbank, E. T. 25.11.2013).

²⁶ **Güzel/Ocak**, s. 1352; **Okur**, s. 105; **Ergin**, Geçici Hükümler, s. 260.

²⁷ **Canbolat**, s. 2256.

²⁸ **Okur**, s. 126; **Ergin**, Borçlanma, s. 165; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 562; **Manav**, s. 112; Ev kadınları için de 18 yaşından sonraki sürelerin borçlanması evlenme yaşının hukukumuzda olağanüstü hallerde 16'ya kadar düşürülebilmesi, mahkeme kararı ile erginlik yaşının 15 olarak belirlenmesi karşısında eleştirilmiştir. Söze konu hükmün SSGSSK'da da öngörüldüğü üzere 18 yaşın altındaki sürelerin sigortalılık sürelerinden sayılmayacağı hükmüne paralel bir düzenleme olarak telakki edilmektedir (**Ergin**, Son değişiklikler, s. 562-563).

Türkiye arasında ikili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunması ise gerekli değildir²⁹. Yine ev kadınlarının borçlanma hakkından yararlanabilmeleri için ayrıca evli olmaları gibi bir koşul da öngörülmemiştir³⁰. Bu bakımdan erkeklerin yurt dışında geçen süreleri borçlanarak yaşlılık sigortasından faydalanabilmeleri için fiili olarak bir işte çalışması ve bunu belgelendirmesi gerekmekte iken³¹, kadınlar 18 yaşını doldurduktan sonra yurtdışında geçen sürelerin tamamını veya diledikleri kadarını herhangi bir şart aranmaksızın borçlanabilmektedirler³².

C. Yurt Dışında Geçen Sürelerin Belgelendirilmesi

Borçlanma hakkından yararlanabilmek için; Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması olanların, en son tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna, Türkiye’de sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışması olmayanların, Kuruma; Sosyal güvenlik sözleşmeleri uygulanmak suretiyle kısmi aylık bağlanmış olanların, aylık aldıkları sosyal güvenlik kuruluşuna yazılı olarak başvuruda bulunmaları da şarttır³³ (YHBY. m. 5). Başvuru için herhangi bir süre koşulu da bulunmamaktadır³⁴.

²⁹ Aslanköylü, s. 1737; Çolak/Öztürk, s. 63.

³⁰ Ergin, Son değişiklikler, s. 566; Manav, s. 113.

³¹ “...Mahkemece, bozma ilamı doğrultusunda davalı Kuruma müzekkere yazılarak hizmet belgesinde “Rentenversicherung der Angestellten” olarak belirtilen 01.06.1995-30.04.2004 tarihleri arasındaki dönemde fiili çalışmaya dayalı olup olmadığı sorulmuş, cevabi yazıda, bu sürenin “Sözleşmeli çalışanlar için emekli sigortası” anlamına geldiği bildirilmiş, Mahkemece yazı içeriğine göre davacının yurt dışında çalışmadığı kanaatine varıldığı belirtilerek, davacının 16.06.1995-30.04.2004 tarihleri arasında yaşlılık aylığı almaya hak kazandığının tespitine, yaşlılık aylığının 01.11.2008 tarihinden itibaren başlanmış olması nedeniyle 01.11.2008 tarihinden sonraki dönem yönünden davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmişse de; 16.06.1995 – 30.04.2004 dönemi yönünden kurulan hüküm eksik inceleme ve araştırmaya dayalıdır. Mahkemece, 16.06.1995 – 30.04.2004 dönemi yönünden kesin dönüş yapma koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği yöntemince araştırılmadığı gibi, Alman Sigorta Hizmet Cetvelinde 01.04.1999 – 30.04.2004 tarihleri arasında ANV şeklinde gözüken ayların Kurumun iddia ettiği gibi fiili çalışma olup olmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu dönem yönünden, fiili çalışma bulunup bulunmadığı, Alman sigorta mercii ile yazışma yapılarak gerekirse, “Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi” hükümlerinden de yararlanılmak suretiyle belirlenmeli, uyumsuzluk konusu 16.06.1995 – 30.04.2004 tarihleri arası dönem yönünden de kesin dönüş olgusu yöntemince araştırılmalıdır...”, Y.10.HD., 22.03.2013, E. 2013/31, K. 2013/5584 (Legalbank, E. T. 22.11.2013).

³² Uğur, s. 219; Ergin, Son değişiklikler, s. 566.

³³ 3201 sayılı kanunun 3. maddesinde kesin dönüş tarihinden itibaren 2 yıl içinde borçlanma talebini aramaktaydı. 2 yıllık sürenin bu bağlamda hak düşürücü süre olduğu, bu süre geçtikten sonra sigortalının borçlanma talebinde bulunmasının mümkün olmadığı kabul edilmekteydi (Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat., “Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 894); Süleyman Tuncay/Aras, s. 64.

³⁴ Manav, s. 115.

Yurtdışı hizmet borçlanmasına esas teşkil edebilecek sürelerin ayrıca belgelendirilmeleri de gerekmektedir³⁵. Buna göre de borçlanma yapılabilmesi için;

Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmiş ülkelerde geçmişse;

Çalışılan ülkede bağlı bulunulan sigorta merciinden alınacak hizmet cetveli veya sigorta kartlarından,

Sigortalıların çalıştıkları iş yerlerinin resmi kuruluşlara ait olması veya resmi kuruluşlarca ya da kamu kurumu olarak kabul edilen kuruluşlarca düzenlenmesi halinde, belgelerin ayrıca tasdikine gerek kalmaksızın; çalışılan ülkede işyerinin ait olduğu belediyelerce düzenlenmiş hizmet belgeleri, vergi dairelerince çalışılan sürelerle ilişkin düzenlenmiş belgeler, iş bulma kurumlarınca işsizlikte geçen sürelerle ilişkin verilen belgeler, ilgili meslek kuruluşları veya birliklerince veya diğer resmi kuruluşlarca verilen hizmet belgelerinden,

Yurtdışında kendi adına ve hesabına çalışanların bağlı oldukları vergi dairesi, ilgili meslek kuruluşu veya birliklerince verilen hizmet belgesinden,

Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden durumlarına uygun olan belgenin Kuruma ibraz edilmesi gerekir.

Borçlanılacak süre sosyal güvenlik sözleşmesi akdedilmemiş ülkelerde geçmişse;

Bulunulan ülkelerdeki Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerden alınacak ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerinden, yurtdışında çalıştıkları iş yerlerinden alacakları hizmet sürelerini gösterir bonservisleri ile birlikte pasaportlarında bulunan çalışma izinlerinin tercümelerinden,

Gemi adamları, çalıştıkları geminin bayrağını taşıdıkları ülkelerde bulunan Türk konsoloslukları, çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlikleri veya ataşelikler gibi temsilciliklerinden alacakları ve yurtdışı borçlanma için kullanılacağı belirtilen hizmet belgelerini veya işyerlerinden alacakları sigortalılık sürelerini gösterir bonservisleri ile gemilerde çalıştıklarını gösterir belgelerde kayıtlı bulunan çalışma izinlerinin tercümeleleri ya da pasaportlarında çalışma süreleri ile örtüşen giriş-çıkış tarihlerini gösterir sayfaların örneklerinden durumlarına uygun olan belgenin Kuruma ibraz edilmesi gerekir.

³⁵ Süleyman Tuncay/Aras, s. 50.

Ev kadını olarak geçen süreler, yurtdışında oturduklarına dair alacakları ikamet belgesinin Türkiye’de yeminli tercüme bürolarınca yapılmış veya yurtdışında bulunan Türk temsilciliklerince akredite edilmiş tercümanlarca yapılmış ve ilgili temsilcilikçe onaylanmış tercümesi ya da çalışma ve sosyal güvenlik müşavirlik veya ataşeliğinin bulunduğu Türk temsilciliklerinde söz konusu birimlerin ikamet belgesine istinaden düzenleyecekleri belge ile birlikte, ikamet belgesi temin edilemiyorsa yurtdışına çıkış ve yurda giriş tarihlerinin, fotoğraf ve künye bilgilerinin bulunduğu pasaport sayfalarının fotokopisi ya da emniyet müdürlüklerinden alacakları yurda giriş-çıkış çizelgesi ile belgelendirilir (YHBY. m. 15).

D. Geçerli Bir Sigortalılık İlişkisinin Bulunması

Değerlendirilen sürelerin aylık bağlanmasında dikkate alınabilmesi için ev kadınları dışında yurt dışında o ülke mevzuatına göre geçerli bir sigortalılık süresinin de geçirilmiş olması gerekmektedir³⁶. Diğer bir deyişle burada sigortalılık süresinden kastedilen belirli bir sigortalılık süresinin değil, uzun vadeli bir sigortalılık ilişkisinin olduğu da belirtilmelidir. Bu bağlamda Yargıtay kararlarında çocuk eğitimi için zorunlu prim süresi³⁷, analık sigortasında geçen sürelerin³⁸, gebelik/analık koruması ve çocuk yetiştirme nedeniyle sigorta kapsamında

³⁶ **Ergin**, Göç, s. 1472; **Manav**, s. 112; “...04.11.2011 günlü Alman Mercii yazısına göre, 01.04.1987 tarihinden sonra ilk kez Almanya’da isteğe bağlı prim ödeyenler yönünden Almanya’da ikamet etme mecburiyeti bulunmasına, Türk Vatandaşı olup Türkiye’de ikamet edenlerin Almanya’da isteğe bağlı prim ödeyememesine, 01.01.2005-31.12.2007 tarihleri arası dönemde Almanya’da isteğe bağlı prim ödeyen davacının, aynı dönemde Almanya’da ikamet etmiş bulunmasına göre, yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA...”, Y.10.HD., 24.01.2013, E. 2012/23216, K. 2013/859 (Yayınlanmamış Karar).

³⁷ “...Somut olayda, dava dosyası içerisinde yer alan Alman sigorta kurumuna ait sigorta hesabında, davaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihi olarak öngörülen 18.04.1983 tarihini de içeren 18.04.1983-02.06.1986 tarihleri arası dönemde “Mutterschutz Schwangerschaft (hamilelik/analık koruması)”, 01.03.1990-28.02.1991 tarihleri arası dönemde ise “pflichtbeitragszeit für kindererziehung (çocuk eğitimi için zorunlu sigorta prim süresinin)” dönüşümlü olarak kayıtlı bulunması karşısında; anılan sigorta hesabındaki kayıtlı sürelerin, yukarıda bahsedilen Uluslararası Ek Sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malüllük, yaşlılık ve ölüm Sigortalardan Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesi, rant sigortası kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair yukarıdaki sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikteki rant sigortasına giriş tarihi açıkça belirlenmeli ve böylece davacı istemi bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir...”, Y.10.HD., 04.07.2013, E. 2013/9318, K. 2013/15245 (Yayınlanmamış Karar).

³⁸ “...Somut olayda, dava dosyası içerisinde yer alan tercümeli 09.05.2012 günlü Alman sigorta kurumuna ait sigorta hesabında, davaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihi olarak öngörülen 01.10.1987 tarihini de içeren 05.10.1986-31.08.1987 tarihleri arası dönemde

yer alan³⁹ ve bu şekilde uygulanan uzun vadeli sigortalı kapsamında değerlendirilemeyen sigortalılık sürelerinin yurt dışı hizmet borçlanmasında dikkate alınamayacağı belirtilmelidir. Diğer taraftan yurtdışında işsizlik sigortasından yardım görenlerin fiilen çalışmışlar gibi değerlendirilmesi gerektiğine Yargıtay tarafından vurgu yapılmaktadır⁴⁰.

E. Yurda Kesin Dönüş Koşulunun Aranıp Aranmayacağı

Yurt dışı hizmet borçlanmasından faydalanabilmek için yurda kesin dönüş koşulunun^{41,42} da yerine getirilmesinin aranıp aranmadığının incelenmesi gereke-

“*pfllichtbeitragszeit für kindererziehung (çocuk yetiştirme için zorunlu prim süresi)*”, 07.09.1987-31.10.1987 tarihleri arası dönemde ise “*Mutterschutz Schwangerschaft (hamilelik/analık koruması)*” sürelerinin dönüşümlü olarak kayıtlı bulunması karşısında; anılan sigorta hesabındaki kayıtlı sürelerin, yukarıda bahsedilen Uluslararası Ek Sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman rant sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesi, rant sigortası kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair yukarıdaki sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikteki rant sigortasına giriş tarihi yapılacak araştırma ile açıkça belirlenmeli ve böylece davacı istemi bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre karar verilmelidir...”, Y.10.HD., 04.07.2013, E. 2013/10518, K. 2013/15246 (Yayınlanmamış Karar).

³⁹ “...Somut olayda, davacının 24.06.1985-30.4.1996 tarihleri arasında gebelik/analık koruması ve çocuk yetiştirme nedeniyle sigorta kapsamına alındığı ve bu dönemde fiili çalışmasının bulunmadığı, 10.08.1968 doğumlu davacının fiili çalışmasının 18 yaşını ikmal etmesinden sonra 01.12.2001 tarihinde başladığı ve bu tarihin uluslararası sözleşme hükümlerine göre ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulünün mümkün olduğu anlaşılmaktadır...”, Y.10.HD., 30.09.2013, E. 2013/14867, K. 2013/17362 (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁰ Y.10.HD., 04.07.2013, E. 2012/24369, K. 2013/15163 (Yayınlanmamış Karar).

⁴¹ “...3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun’un 6. maddesinin (A) bendi hükmü gereğince; bu kanun kapsamında borçlanan ve borcunu ödeyen sigortalılara yaşlılık sigortasından aylık tahsisi için yurtdışındaki çalışma ilişkisi sona erdirilerek yurda kesin dönülmüş olması gerekir. Türkiye dışındaki bir ülkenin sosyal sigorta kurumundan işsizlik sigortası yardımı veya hastalık parası alınması, yurt dışında oturulduğunun ve kesin dönüş yapıldığının, emekli aylığı veya malullük aylığı bağlanması ise, kesin dönüş yapıldığının karinesi olup, bu karinelerin aksi, somut olayın özellikleri içinde belirlenecek aynı güçte kanıtlarla kanıtlanabilir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre çelişkili bilgiler olması ve hükmeye dayanarak alınan İ... Federal İş Acentesinin “28.03.1996 – 28.02.2005 tarihleri arasında davacının işsiz olarak kayıtlı olduğu ve bu zaman içerisinde ödenme hakkı olmadığı” belirtildiği belge taraflar arasında kesin hüküm olan ilk dava dosyası içinde bulunup kesin dönüşün ispatına ilişkin yeterli kabul edilmediği ile (usul ekonomisi ilkesi de gözetildiğinde) bu çerçevede kesin hüküm karar tarihi olan 16.03.2006 tarihinden önce davacıya yaşlılık aylığı bağlanmasının mümkün olmadığı gözetilerek, Mahkemece, kuşku ve duraksamaya yer veremeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gereken davacının yurda kesin dönüş yaptığı tarih; yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler çerçevesinde yapılacak araştırma ile belirlendikten sonra karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve yanlılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.10.HD., 01.04.2013, E. 2013/3020, K. 2013/6328 (Legalbank, E. T. 02.10.2013).

cektir. Kesin dönüş, aylık tahsis talebinde bulunanların yurtdışındaki çalışmalarının sona ermesini, ikamete dayalı bir sosyal sigorta ya da sosyal yardım ödeneği almamaları durumunu ifade etmektedir (YHBY. m. 4/1-d). Diğer bir ifade ile kesin dönüş kavramı yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının çalışma hayatlarına yönelik sosyal güvenlik ve işyeri bakımından tüm ilişkilerini sona erdirerek ülkesine dönüş yapma durumunu anlatmaktadır⁴³. Anayasa Mahkemesi'nin yurda kesin dönüş yapma koşulunu içeren hükmü iptal etmesi⁴⁴ dolayısıyla artık bu koşulun hizmet borçlanması için geçerli bir şart olmadığını kabul etmek gerekir⁴⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi 3201 sayılı Kanunun yaşlılık sigortasından faydalanabilmek için geçerli olan 6. maddesini iptal etmemesi dolayısıyla yurtdışı hizmet borçlanması yapan bir kişinin aylık talebinde bulunabilmesi için yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmesi gerekecektir⁴⁶. Daha geniş bir anlatımla bir kişi

⁴² "...Borçlanma yoluyla değerlendirilen süreler gözetilerek 3201 Sayılı Kanun uyarınca yaşlılık aylığının bağlanabilmesi, anılan kanunun 6. maddesinde öngörülen "yurda kesin dönüşmüş olması" koşulunun varlığı halinde mümkün olup, bu hususta yurtdışında çalışanlar ile ev kadınları hakkında bir ayırımı gidilmemiştir. Evli olsun yada olmasın yurtdışında ev kadını olarak bulunan Türk vatandaşları bakımından yurda kesin dönüş koşulundan ise; yerleşmek niyetiyle ve sosyal güvenliklerini de burada sağlamak üzere anavatana dönüş yapmaları, bir başka ifade ile ikametgahının Türkiye'ye nakli biçiminde anlaşılması gerekir. Dosya kapsamından, davacının yurda kesin dönüş yaptığına dair bilgi ve belgenin bulunmadığının anlaşılması karşısında; yurda kesin dönüş yapma koşulunun davacı yönünden gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak, saptandıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, Mahkemece bu yönde herhangi bir inceleme yapılmayarak, eksik araştırma ve yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsiz bulunmuştur...", YHGK., 04.07.2012, E. 2012/10-291, K. 2012/437 (Legalbank, E. T. 29.10.2013).

⁴³ **Özer**, s. 336; **Aslanköylü**, s. 1743; **Çolak/Öztürk**, s. 68; **Bulut**, s. 745.

⁴⁴ AYM., 12.12.2002, E. 2000/36, K. 2002/198, RG., 25.04.2003, S. 25089.

⁴⁵ Saim **Ocak**, "Türkiye'deki Sigortalılığı Üzerinden Malullük ya da Emekli Aylığı Alan Kişinin Yurt Dışında Çalışması", Legal İSGHD, C. 9, S. 36, İstanbul 2012, s. 211 (Yurtdışında Çalışma); Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 566; **Akın**, Borçlanma, s. 997; **Ergin**, Geçici Hükümler, s. 261-262; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 577; **Manav**, s. 114; Fatma **Başterzi**, s. 217; **Özer**, s. 336; **Pakin Akın**, s. 91.

⁴⁶ Can **Tuncay/Ekmekçi**, s. 567; **Uşan**, s. 257; **Akın**, Borçlanma, s. 974; **Ocak**, Yurtdışında Çalışma, s. 211; **Ergin**, Borçlanma, s. 169; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 579; Fatma **Başterzi**, s. 220; **Manav**, s. 119; **Özer**, s. 336; **Çolak/Öztürk**, s. 78; **Pakin Akın**, s. 91; Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 61; "...Yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen hizmetlerinin borçlandırılarak, ülkemiz sosyal güvenlik mevzuatında malullük, yaşlılık ve ölüm hallerinde Türkiye'de geçmiş hizmet gibi değerlendirilmesini sağlamak amacıyla kabul edilen 3201 sayılı Kanun hükümleri uyarınca borçlandırılan sürelere dayalı olarak hangi şartlarda aylık bağlanacağı anılan Kanunun 6. maddesinde belirlenmiştir. Tahsis yapılabilmesi için aranan koşullardan birisi, yurda kesin dönüşmüş olmasıdır. Şu halde, yapılması gereken iş; davacının borçlanma işleminin geçerliliğine karşın, aylık bağlanabilmesi için 6'ncı maddenin aradığı kesin dönüş koşulu varlığı yeniden ve usulince (bu anlamda özellikle yurtdışı sigorta mercii ait son tarihli tercümelî hizmet cetveli celbedilmeli v.s) araştırılarak belirlenmeli; yukarıda belirtilen takip dosyası ile ödeme belgeleri (tahsilat makbuzları) davalı Kurum'dan getirtilerek, uyumsuzluğa konu aylıkların fer'ileriyle birlikte icraen tahsil edilip edilmediği saptanmalı, böylece yapılacak inceleme ve değerlendirme sonuca göre bir karar

yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmemiş olsa da yurt dışı hizmet borçlanması yapabilecek iken aylık almak için başvuruda bulunuyorsa bu takdirde yurda kesin dönüş koşulunu yerine getirmiş olması aranacaktır⁴⁷.

F. Tahakkuk Ettirilen Borcun Ödenmesi

Başvuru tarihinde tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması gerekmektedir⁴⁸. Borçlanma tutarı, SSGSSK'nın 82'nci maddesinde belirtilen alt ve üst sınırları arasında kalmak kaydıyla başvuru sahibince seçilen prime esas günlük kazancın %32'sinin borçlanılacak gün sayısı ile çarpımı kadardır (3201 sy. Kanun m. 4)⁴⁹.

Borçlanma tutarının tespitinde, adi posta veya kargo yolu ile veya Kuruma doğrudan yapılan yazılı başvurularda yurtdışı hizmet borçlanma talep dilekçesinin Kurumun evrak kayıtlarına intikal ettiği tarih esas alınır. Taahhütlü, iadeli

verilmelidir...”, Y.10.HD., 14.02.2013, E. 2013/1579, K. 2013/2248 (Yayınlanmamış Karar); “...davacının 3201 sayılı Kanun gereğince 12.04.1970 – 26.07.1995 tarihleri arasına ilişkin borçlanma işleminin geçerliliği karşısında, iptal edilen ilk aylığının yeniden bağlanabilmesi için 6. maddenin aradığı kesin dönüş koşulunun; 19.10.2009 tarihli TR 4 belgesine göre 31.12.2008 tarihinden sonra yurt dışı çalışmasının bulunmadığı, hastalık ve işsizlik yardımı almadığı gözetilerek değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucunda, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”, Y.10.HD., 04.07.2013, E. 2012/24369, K. 2013/15163 (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁷ “...davacının 3201 sayılı Kanun gereğince 12.04.1970 – 26.07.1995 tarihleri arasına ilişkin borçlanma işleminin geçerliliği karşısında, iptal edilen ilk aylığının yeniden bağlanabilmesi için 6. maddenin aradığı kesin dönüş koşulunun; 19.10.2009 tarihli TR 4 belgesine göre 31.12.2008 tarihinden sonra yurt dışı çalışmasının bulunmadığı, hastalık ve işsizlik yardımı almadığı gözetilerek değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme sonucunda, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”, Y.10.HD., 04.07.2013, E. 2012/24369, K. 2013/15163 (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁸ “...3201 sayılı Kanun'un 4/1 maddesine göre borçlanma tutarı tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde ödenir. Tahakkuk ettirilen prim borcunu tebligat tarihinden itibaren üç ay içerisinde ödemeyenler için yeniden başvuru şartı aranır. Somut olayda Kurumun davacıyı 5510 sayılı Kanun'un 4/1-(b) maddesi kapsamında borçlandırması yerinde olup 16.04.2012 tarihli yazının tebliğinden itibaren 3 ay içerisinde borçlanma tutarının ödenmesi gerekir. Davacının 26.04.2012 tarihli dilekçesinden borçlanma tutarının davacıya tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Davacının 26.03.2012 tarihli başvurusu üzerine tahakkuk ettirilen borcu süresinde ödememesi halinde yeniden başvuru şartı aranır. Mahkemece Kurum işlemleri ve borçlanma tutarının tebliğ işlemleri hukuka uygun ve borçlanma istemi reddedilmediği halde Kurumun borçlanma istemini reddettiği düşüncesi ile davacının 26/03/2012 tarihinde uygulanan günlük asgari prim miktarı üzerinden borçlanma işleminin gerçekleştirilmesi gerektiğinin tespitine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 30.09.2013, E. 2013/16287, K. 2013/17367 (Yayınlanmamış Karar).

⁴⁹ “08.05.2008 tarihinden önce 3201 sayılı kanun gereğince SSK, Bağ-Kur ve özel-banka borsa sandıklarına yurtdışı borçlanması yapanların ödeyecekleri tutarların hesaplanmasında günlük 3,5 dolar dikkate alınmaktaydı. Yurtdışı borçlanması yapacak olanlar bu rakamdan daha az veya fazlasını da ödeyememekteydiler.”, Ali Tezel/Resul Kurt, Sosyal Güvenlik Reformu Yorum ve Açıklaması, 6. B., Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, s. 314; Ergin, Son değişiklikler, s. 576.

taahhütlü veya acele posta olarak gönderilen yurtdışı borçlanma taleplerinde ise dilekçenin postaya verildiği tarih, Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilir (YHBY. m. 10/2). Yurtdışı Hizmet Borçlanma Talep Dilekçesi ile seçilen bir günlük borçlanma miktarının tespitine esas kazanç, borç tutarının ilgiliye tebliğ tarihine kadar yapılacak yazılı başvuru üzerine, yeniden belirleyeceği prime esas kazançta göre değiştirilebilecektir (YHBY. m. 10/3). Kurumca tahakkuk ettirilen borç tutarı, ilgiliye iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir. Posta alındısının ilgiliye teslim edildiği tarih, borcun tebliğ tarihidir. Borçlanma başvuru sahiplerine borçlanma tutarı Türk Lirası cinsinden tebliğ edilir. Tebliğ edilen borç, Türkiye’de ödenmesi halinde Türk Lirası, yurtdışından ödenmesi halinde ise Yeni Türk Lirası karşılığı döviz olarak ödenir (YHBY. m. 10/3-5).

Tahakkuk ettirilen borcun tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde ödenmemesi halinde, borçlanma işlemi geçersiz sayılacaktır (3201 sy. K. m. 4). Üç aylık süre içerisinde borcun bir kısmının ödenmesi halinde, ödenen miktara isabet eden süre geçerli sayılacaktır. Borcun bir kısmını veya tamamını ödemenenlerin, bu sürelerinin Kanuna göre değerlendirilmesi, yeniden yazılı başvuruda bulunmaları ve tahakkuk eden borç miktarını süresi içinde ödemeleri şartına bağlıdır (YHBY. m. 10/6). Yine ödenmesi gereken miktarın tamamını ödemenenlerin ise ödedikleri miktarın isabet ettiği sürenin geçerli sayılacağı hükme bağlanmıştır (YHBY. m. 10/6). Bu bağlamda dikkate alınan prim ödeme gün sayısının aylık bağlamaya yetecek miktarda olup olmadığı da önem kazanmaktadır. Zira geçerli addedilen prim ödeme gün sayısı aylık bağlamaya yetecek miktarda ise kişinin daha sonraki süreler için borçlanma talep etmeye gerek duymayabilecektir. Aksi takdirde diğer sürelerin de borçlanmaya konu edilmesi gerekecektir.

Prim iadesi suretiyle yurtdışı hizmetlerinin tasfiye edilmesi, bu sürelerin 3201 sayılı Kanun uyarınca borçlandırılarak sigortalının sosyal güvenliği bakımından değerlendirilmesinde engel olmayacağı Yargıtay tarafından vurgulanmaktadır. Ancak sosyal güvenlik sözleşmeleri uyarınca yabancı ülkede çalışmaya başlanılan tarihin işe giriş tarihi olarak belirlenmesi o ülkede sigortalılığın bulunması şartına bağlanmıştır. Bu takdirde Yargıtay tarafından tasfiye edilmiş olan sigortalılık sürelerinin başlangıç tarihine itibar edilmeyeceğine hükmedilmiştir⁵⁰.

⁵⁰ “...tasfiye edilen yurt dışı hizmetlerin, sigortalılık başlangıcında esas alınıp alınamayacağı konusuna gelince; Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, konuya ilişkin 29. maddesinin 4. bent hükmü, bir kimsenin Türk sigortasına girmeden önce, Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, rant sigortasına giriş tarihinin, Türk sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceğini belirtmekle birlikte, anılan hükmün uygulanabilirliği, her iki ülke mevzuatına göre dikkate alınabilecek bir sigortalılık süresinin bulunması halinde mümkündür. Sigortalı hizmetlerin tasfiye edilmesi halinde, tasfiyeye uğramış hizmetlerin sosyal sigorta hukuku açısından geçerliliğini yitirmiş

Son olarak SSGSSK. ile mülga kanunların yürürlükteki hükümlerine veya sosyal güvenlik kanunlarına göre aylığa hak kazanılmış olması değerlendirilen sürelerin aylık bağlanmasında dikkate alınabilmesi için gereken şartlardan biri olarak tezahür edilmelidir⁵¹ (Yön. m. 13).

Vatandaşlarımızın çalıştıkları ülkelerde ödedikleri primleri esas itibariyle o ülkelerde kalmaktadır. Ancak bazı ülkeler yaptıkları yasal düzenlemelerle ülkelerine dönenlere ödedikleri primlerin iade edileceğini kabul etmektedir⁵². Bununla beraber primlerin transferinin bu şekilde sağlanabilmesi için 3201 sayılı Kanun gereğince primleri iade edecek ülke ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunması aranmaktadır (3201 sy. K. m. 10). Gerçekten yabancı ülkelerde sosyal güvenlik kurumlarına yatırılmış bulunan primlerin, sosyal güvenlik sözleşmeleri ile Türkiye'ye transferlerinin sağlanması ve bu sözleşmelerde primlerin iadesine engel hükümler bulunmaması halinde transfer edilen primlere ilişkin sürelerin tamamının, borçlanılarak tahakkuk ettirilen borcun tamamının ödenmiş olması halinde, transfer olunan primlerin tamamı; transfer olunan primlere ilişkin sürelerin bir kısmının, borçlanılarak tahakkuk ettirilen borcun ödenmiş olması halinde, transfer olunan primlerin borçlanılan gün sayısına isabet eden orandaki miktarı transfer tarihindeki cari kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak Kurumca sigortalıya, hak sahiplerine veya mirasçılara iade edileceği hüküm altına alınmıştır⁵³ (3201 sy. K. m. 10).

sayılması ve artık her iki ülke mevzuatına göre nazara alınabilecek bir sigortalılık süresi kalmayacağından, Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, konuya ilişkin 29. maddesinin 4. bent hükmü uyarınca, rant sigortasına giriş tarihinin, Türkiye'de sigorta başlangıcı olarak sayılması mümkün olmayacaktır. Kuşkusuz bu halde sigorta başlangıcı, 3201 sayılı Yasanın 5. madde hükmü çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir. Şu halde yapılması gereken iş; 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlanmaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihini de kapsayan 09.09.1976-19.10.1983 tarihleri arası yurt dışı hizmetlerin, tasfiye edilip edilmediği usulünce yapılacak araştırma ile belirlenmeli; tasfiye edildiğinin anlaşılması halinde, sigorta başlangıç tarihine yönelik davacı istemi, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde yeniden yapılacak değerlendirme ile, varılacak sonuca göre karar verilmelidir...”, Y.10.HD., 24.01.2013, E. 2012/25407, K. 2013/842 (Yayınlanmamış Karar); Aynı yöndeki karar için bkz. Y.10.HD., 19.09.2013, E. 2013/13387, K. 2013/16839 (Yayınlanmamış Karar).

⁵¹ **Özer**, s. 334.

⁵² **Ergin**, Son değişiklikler, s. 581; **Özer**, s. 340; **Aslanköylü**, s. 1762-1766.

⁵³ “...01.01.1977-30.04.2008 tarihleri arası muhtelif dönem 11.100 gün (370 ay) İsviçre’de geçen çalışmalarından, 01.07.1980-31.12.2007 tarihleri arası 9.900 günü (330 ay) 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlanarak borçlanma bedelini ödeyen davacıya; anılan 11.100 günlük çalışma süresine ilişkin transfer edilen 131.997,20 İsviçre Frangından, 9.900 gün karşılığı olan 117.729,20 İsviçre Frangı iade edilirken; 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlandırılmayan 1.200 gün karşılığı 14.268 İsviçre Frangı ise, bağlanacak yaşlılık aylığında değerlendirileceğinden bahisle iadesi yapılmamıştır. Öte yandan, 9.900 gün üzerinden ve 01.07.2008 tarihinden itibaren davacıya bağlanan yaşlılık aylığında, 24.02.2010 tarih 72790 sayılı aylık değişiklik kararıyla, 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlandırılmayan 1.200 günlük yurt dışı süresi, SSK kapsamında sigortalılık süresi kabul edilmek suretiyle, prim gün sayısına dahil edilerek 11.100 gün

V. YURT DIŞI HİZMET BORÇLANMASININ SİGORTALILIK SÜRESİNE ETKİSİ

Yurt dışında çalışan bir Türk vatandaşının çalıştığı ülke ile Türkiye arasında sosyal güvenlik sözleşmesi mevcut ve bu sözleşmede sigortalılığın başlangıcı yönünden bir hüküm bulunması halinde bu sözleşmeye itibar edilecektir (SSGSSK. 38/son)⁵⁴.

Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, buldukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre borçlanma konusu hizmetlerinden sonra Türkiye’de tescili bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek tespit edilecektir. Hiç tescili olmayanlar için de, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarih sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir⁵⁵. Örneğin, yurda kesin dö-

üzerinden aylık yeniden hesaplanmış ve oluşan fark aylıklar, davacıya 18.03.2010 tarihinde ödenmiştir. İş bu dava ile, davacı; 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlandırılmayan 1.200 günlük yurt dışı çalışma süresi karşılığı olan 16.775,30 TL'nin (karşılığı 14.268 İsviçre Frangı) yasal faiziyle birlikte tahsilini dava konusu yapmıştır. Yukarıdaki bilgiler ışığı altında; 24.02.2010 tarih ve 72790 sayılı aylık değişiklik kararıyla, 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlandırılmayan 1.200 günlük yurt dışı süresinin, SSK kapsamında sigortalılık süresi kabul edilmek suretiyle, prim gün sayısına dahil edilerek, toplam 11.100 gün üzerinden aylığın yeniden hesaplanarak oluşan fark aylıkların, davacıya 18.03.2010 tarihinde ödenmiş olması karşısında, davanın red-dine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.10.HD., 24.01.2013, E. 2012/22597, K. 2013/857 (Yayınlanmamış Karar).

⁵⁴ “..Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, konuya ilişkin 29.maddesinin 4. bent hükmü, bir kimsenin Türk sigortasına girmeden önce, Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, rant sigortasına giriş tarihinin, Türk sigortasına giriş tarihi olarak kabul edileceğini öngörmüştür. Ancak, anılan sözleşme hükmünün uygulanabilmesi; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mehille, Alman Rant sigortasına giriş tarihini içerecek şekilde (somut olayda 26.09.1978) yurt dışı borçlanmasının usulince yapılmasının sağlanması halinde mümkün olup, bu husus gözetilmeksizin, yazılı şekilde sigorta başlangıcına hükmedilmesi isabetli görülmemiştir...”, Y.10.HD., 21.02.2013, E. 2013/1216, K. 2013/2840 (Legalbank, 22.11.2013); “...Türkiye Cumhuriyeti ile Fransa Cumhuriyeti arasında akdedilen Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, konuya ilişkin 30. maddesinin 1. bent hükmü, bir işçinin Türk mevzuatına tabi olmadan önce Fransız Sosyal Güvenlik rejimlerinden birine tabi olmuşsa Fransız mevzuatına ilk tabi olunan tarihin, Türkiye’de Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilk defa tabi olduğu tarih olarak kabul edileceğini öngörmüştür. Ancak, anılan sözleşme hükmünün uygulanabilmesi; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mehille, Fransız sosyal güvenlik rejimine ilk tabi olunan tarihi de içerecek şekilde (somut olayda 01.01.1983) yurt dışı borçlanmasının usulince yapılması halinde mümkün olup, bu husus gözetilmeksizin, yazılı şekilde sigorta başlangıcına hükmedilmesi isabetli görülmemiştir...”, Y.10.HD., 14.02.2013, E. 2013/864, K. 2013/2266 (Yayınlanmamış Karar).

⁵⁵ **Ocak**, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 317; **Ergin**, Son değişiklikler, s. 578-579; Süleyman **Tuncay/Aras**, s. 59-60; **Bulut**, s. 736; “...Dosyadaki belgelerden davacının Türkiye’de ilk kez

nüş yaptıktan sonra yurt dışında 10.06.2001-09.06.2011 tarihleri arasında 3600 günlük hizmetini borçlanmak isteyen ve Türkiye’de işe giriş tarihi 10.05.2013 olan bir sigortalının sigortalılık süresinin başlangıcı 10.05.2013 tarihinden geriye doğru götürülerek 10.05.2003 olarak tescil edilecektir. Bu durumda borcun işe giriş tarihinden sonra ödenmiş olmasının, sigortalılık başlangıcının tespitine bir etkisi de olmayacaktır⁵⁶. Yurt dışında 18 yaşın altında çalışmaya başlanmış olması halinde de 18 yaşın tamamlandığı tarihin işe giriş tarihi olarak kabul edilmesi gerekecektir⁵⁷.

Hiç tescili olmayanlar için borcun ödenmesinden geriye gidilmesi hususunun hak kayıplarına neden olduğunu gözeten Yüksek Mahkeme geçiş dönemindeki şartlardan faydalanabilmesi için kanunun aradığı tarihlerde sigortalı olarak çalışmış olma şartı arayarak mağduriyeti giderme eğiliminde olmaktadır^{58, 59}.

506 sayılı Yasa kapsamında 1.3.1995 tarihinde çalışmaya başladığı Libya’da 1.7.1981-1.5.1984 tarihleri arasında geçen 1021 günlük süreyi 3201 sayılı Yasa uyarınca borçlanarak borçlanma bedelini 23.2.2009 tarihi itibarıyla ödediği, davalı Kurum tarafından davacının sigortalılık başlangıcının 3201 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca borçlanılan süre kadar geriye götürülerek 1.5.1992 olarak tespit edildiği anlaşılmıştır. Davacının yurt dışında çalıştığı ve borçlanma yaptığı ülke Libya’dır. Türkiye ile Libya devleti arasında imzalanmış Sosyal Güvenlik Sözleşmesi var ise de anlaşma metninde Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29/4. maddesinde ön görüldüğü gibi davacının Türk sigortasına girişten önce bir Libya rant sigortasına girmiş olması halinde bu girişin Türk sigortasına giriş olarak kabul edileceği yolunda paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple davacının sigortalılık başlangıcının 506 sayılı Yasa’nın 108 ve 3201 sayılı Kanunun 5. maddesine göre tespit eden Kurum işlemi yerinde olup davanın reddi gerekirken mahkemece, sosyal güvenlik anlayışı, sigortalı yararına yorum ilkesi gerekçe gösterilerek açık yasal düzenlemelere rağmen davacının sigortalılık başlangıcının Libya’da ilk kez çalışmaya başladığı tarih olduğunun tespitine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 23.09.2010, E. 2009/11606, K. 2010/8852 (Legalbank, E. T. 24.11.2013).

⁵⁶ Çolak/Öztürk, s. 76.

⁵⁷ Y.10.HD., 10.10.2013, E. 2013/13216, K. 2013/18936 (Yayınlanmamış Karar).

⁵⁸ *Uyuşmazlık; yaşlılık aylığında kademeli geçişi öngören 4447 ve 4759 Sayılı Kanunların yürürlüğünden sonra yapılan yurtdışı hizmet borçlanmasının, kademeli geçişte aranan sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır. Sigortalılara yurtdışında geçen çalışmalarını borçlanabilme olanağı veren 3201 Sayılı Kanunun 6. maddesi hükmü uyarınca değerlendirilen sürele istinaden aylık tahsisi yapılabilmesi için tahakkuk ettirilen döviz borcunun tamamının ödenmiş olması gerekmektedir. Borçlanılan sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilebilmesi, yasada belirtilen süre içerisinde olmak üzere borçlanma primlerinin Kuruma ödenmiş olması koşuluna bağlı olup, yasada belirtilen borçlanma koşulları gerçekleşmeden, yurtdışında geçen sürenin sigortalılık süresi olarak değerlendirilmesine yasaca olanak bulunmamaktadır. Geçici 10. maddede öngörülen geçiş dönemi yaşlılık aylığı koşullarının belirlenmesinde, sigortalının 4447 ve 4759 Sayılı Kanunlar ile düzenlenen Geçici 10. maddenin yürürlüğe girdiği tarihlerde mevcut ve geçerli sigortalılık sürelerinin dikkate alınması yasa gereğidir. Davacının belirtilen tarihlerde tahsis kapsamında değerlendirilecek sigortalılık süresi bulunmamaktadır. Yurt dışı borçlanma talebi ve borçlanma bedelinin ödenmesinin ise anılan maddelerin yürürlüğünden sonraki tarihlerde yapıldığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.*

Özetle kademeli geçiş hükümlerinin öngörüldüğü 23.05.2002 tarihinden önce geçirilmiş olan bir sürenin varlığı kademeli geçiş hükümlerinden faydalandırıl-

Yargıtay H.G.K.'nın 15.3.2006 gün 2006/21-36 Esas 2006/80 Karar, 8.7.2009 gün 2009/21-309 Esas 2009/322 Karar sayılı kararlarında da açıklanan bu maddi ve hukuki ilkeler gözetildiğinde, davacının yaşlılık aylığından yararlanma koşullarının, 3201 Sayılı Kanun uyarınca borçlanmanın yapıldığı 13.12.2005 tarihinde yürürlükte bulunan 1479 Sayılı Kanunun 35. maddesine göre değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yurt dışı çalışmaların borçlanılması yoluyla elde edilen sigortalılık süresi dikkate alınarak, Geçici 10. maddesindeki değerlendirmeden hareketle sonuca varılmış olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”, YHGK., 04.07.2012, E. 2012/10-291, K. 2012/437 (Legalbank, 29.10.2013); Özer'e göre sigortalıların kuruma borçlanma yaptıkları tarih itibarıyla yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre yaşlılık sigortasından aranan şartlara göre faydalanıp faydalanamayacağı belirlenecektir (Özer, s. 337).

⁵⁹ “...3201 Sayılı Kanun uyarınca yurt dışı hizmet borçlanması, yurt dışında geçmiş sürelerin Türkiye’de geçmiş gibi değerlendirilmesi imkanını tanımaktadır. Bu Kanun hükümlerine göre borçlanılan yurt dışı çalışma süresi, bedelinin ödenmesi halinde, ait olduğu devrede dikkate alınarak, tahsis istemi yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır. İkili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde özel hüküm bulunmayan veya sözleşme imzalanmayan ülkelerdeki çalışmalarını borçlananlar yönünden sigortalılık başlangıcının ve dolayısıyla sigortalılık süresinin nasıl hesaplanacağı ise 3201 Sayılı Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, Türkiye’de tescilli bulunan sigortalılar yönünden sigortalılık başlangıcı, tescil tarihinden itibaren borçlanılan süre kadar geriye gidilerek bulunacak tarih; tescili olmayanlar yönünden ise, borcun tamamen ödendiği tarihten borçlanma süresi kadar geriye gidilerek bulunacak tarihtir.

Ancak bu kabule göre, Türkiye’de sigortalı olarak tescilli bulunanlar 506 Sayılı Kanunun Geçici 81. maddesinin sigortalının lehine olan kademeli geçiş hükmünden yararlanırken, tescili bulunmayanların ise daha sonra yurt dışı hizmet borçlanması yolu ile kazanılan sigortalılık süresinden yararlanamaması şeklinde bir adaletsizlik ortaya çıkmaktadır. 4956 Sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra borçlanılanlar, borçlandığı sürelerin Geçici 81. maddenin 4956 Sayılı Kanun ile değişikliğe uğradığı 23.5.2002 tarihindeki sigortalılık süresinin hesabında dikkate alınmayarak, Geçici 81. maddeden yararlandırılmaması, 3201 Sayılı Kanun ile sigortalılara tanınmış olan hakların ortadan kaldırılmasını sonucunu da doğurmaktadır. Nitekim, aynı ilkeler H.G.K.'nın başta 29.9.2010 gün ve E: 2010/10-471, K: 2010/439; 29.2.2012 gün ve E: 2011/10-803, K: 103 Sayılı ilamları olmak üzere çok sayıda ilamında da istikrarla vurgulanmıştır.

Açıklanan hukuksal nedenler karşısında: Yerel Mahkemenin, davacının yaşlılık aylığına esas sigortalılık süresinin hesabında, daha önce sigortalı olarak Türkiye’de tescilli olmayanların 506 Sayılı Kanunun Geçici 81. maddesinin yürürlük tarihinden sonra, yürürlük tarihinden öncesine ait devreye dair olarak yapacakları borçlanmaların, Geçici 81. madde uygulamasında gözetilmesi gerektiğini kabulle ve bu yolla 3201 Sayılı Kanun uyarınca borçlanarak kazandığı sigortalılık süresini de dikkate alarak, davacının yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığının 506 Sayılı Kanunun Geçici 81. maddesindeki koşullara göre belirlemesi ve bu değerlendirme ile ilk kararda direnmesi ilke olarak, usul ve yasaya uygundur...” , YHGK, 28.03.2012, E. 2012/10-27, K. 2012/254; YHGK., 06.04.2011, E. 2010/10-692, K. 2011/71 (Legalbank, E. T. 29.10.2013); Aynı yöndeki 29.09.2010 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararını uygun bulan ve değerlendiren görüş için bkz. **Ocak**, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 311-324; Aynı görüş için bkz. Levent **Akın**, “Tebliğ: Sosyal Sigortalıların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu İş, Ankara 2012, s. 525 (Sosyal Sigortalı).

ması için yeterli addedilmeli, Türkiye’de daha önceden tescil edilmiş bir sigortalılığın bulunup bulunmadığına bakılmamalıdır⁶⁰.

Son olarak 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinin son fıkrasında yer alan sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerdeki bu Kanuna göre borçlananların sözleşme yapılan ülkede çalışmaya başlanılan tarihin ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilmeyeceği hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Yurtdışı hizmet borçlanması sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ülkelerde geçen hizmetlerin değerlendirilmesi ya da aralarında sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ancak sözleşmede özel hüküm bulunmayan ülkelerde geçen hizmetler için önem arz ettiği belirtilmişti. İşte 5. maddenin son fıkrası sosyal güvenlik sözleşmesinde böyle bir hüküm bulunmayan hallerde işe giriş tarihinin nasıl kabul edilmesi gerektiği konusunda tereddütlerin giderilmesi açısından getirilmiş bir düzenleme olarak kabul görmelidir. Yoksa sosyal güvenlik sözleşmelerinde hüküm bulunması halinde zaten yurt dışı hizmet borçlanması yapılmasına dahi gerek bulunmayacaktır. Bu bakımdan ele alınan bu hükmün süre tespiti ve sigortalılık başlangıç tarihine yönelik olarak çelişki yarattığı fikri savunulmamalıdır⁶¹.

Diğer bir açıdan Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere uluslararası sözleşmelerin Anayasamızın 90/son maddesi gereğince Türk kanunlarına nazaran hiyerarşik üstünlüğü bulunmaktadır⁶². Bu bağlamda da 3201 sayılı Kanunda

⁶⁰ **Canbolat**, s. 2265; **Ocak**, Yurtdışı Hizmet Borçlanması, s. 323.

⁶¹ Söz konusu hükmün Anayasa ve Vatandaşlık Kanunu ile çelişki içerisinde bulunduğu görüşü için bkz. **Canbolat**, s. 2262-2263; Aslanköylü’ye göre de 3201 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bir kısım ülkelerle sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış bulunmaktaydı. Kanun koyucu tarafından kanuna dahil edilmek istenmeyen bir hükmün uygulanmasının yeni bir hükmün niteliği taşımasından dolayı yargı ve yürütmenin böyle bir hakkı bulunmamaktadır (**Aslanköylü**, s. 1755).

⁶² YHGK., 28.03.2012, E. 2012/10-27, K. 2012/254 (Legalbank, E. T. 29.10.2013); *Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29’uncu maddesi hükmü gereğince, Hollanda’da çalışmaya başlanılan 04.03.1991 tarihinin Türkiye’de sigorta başlangıcı olarak tespiti istemine ilişkin olup; Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin, konuya ilişkin 29’uncu maddesi hükmü, Malullük, Yaşlılık ve Ölüm sigortaları hakkındaki Türk mevzuatının uygulanmasında, sigortalı, Türkiye’de yaşlılık sigortasına tabi işe girmeden önce, Hollanda’da bir yaşlılık sigortasına tabi olmuşsa, bahis konusu Hollanda rejimine tabi olduğu ilk günün, Türk mevzuatına göre yaşlılık sigortasına tabi işe ilk defa girdiği gün olarak kabul edileceğini öngörmüştür. Ancak bunun için Hollanda Sigorta Merciiinden anılan sözleşmenin 29’uncu maddesine uygun şekilde yurtdışı çalışmalarını gösterir çalışma belgeleri getirilerek sigortalının Hollanda yaşlılık rejimine ilk tabi olduğu tarihten itibaren mahal bırakmayacak şekilde belirlenmelidir. Somut olayda; her ne kadar Rotterdam Başkonsolosluğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Ateşeliği’nin hükme esas alınan yazısında, davacının 04.03.1991 – 31.08.2004 tarihleri arasındaki dönemde Hollanda’da çalıştığı işyerleri ve dönemleri gösterilmiş ise de; anılan belgenin, davacının Ateşeliğe ibraz ettiği belgelere istinaden düzenlendiği, Hollanda Sigorta Merciiine ait bu-*

yer alan hükmün ancak sosyal güvenlik sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir⁶³. Buna karşılık, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi sosyal güvenlik sözleşmeleri uyarınca işe giriş tarihinin belirlenbilmesi için borçlanma yapılması gerektiğine işaret etmekte⁶⁴ iken Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise kanaatimizce de isabetli olarak işe giriş tarihinin uluslararası sözleşmelerin hiyerarşik yapısı uyarınca üstün olduğundan bahisle borçlanma yapılmasına dahi gerek duyulmadan tespit edilmesi gerektiğine vurgu

lunmadığı ve Hollanda yaşlılık sigorta rejimi bilgilerini içermediği anlaşılmaktadır. Bu durumda; yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, davacıya ait Hollanda yaşlılık sigorta rejimine tabi sigortalılık sürelerini gösterir Hollanda Sigorta Mercii hizmet cetvelleri gibi ilgili kayıt ve belgeler davalı Kurum'dan usulünce celbedilip, Hollanda yaşlılık rejimine ilk tabi olunan tarih belirlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...”, Y.10.HD., 05.07.2013, E. 2013/11376, K. 2013/15368 (Yayınlanmamış Karar).

⁶³ Libya ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmesinde hüküm bulunmamasından dolayı 3201 sayılı kanunun uygulanması gerektiği yönünde bkz. Y.21.HD., 23.09.2010, E. 2009/11606, K. 2010/8852 (Legalbank, E. T. 24.11.2013); kararın ayrıntısı için bkz. dn. 663; Libya ile imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesinde Libya'da sürekli nitelikte çalışan Türk vatandaşlarının uzun vadeli sigorta kollarının Türk sosyal güvenlik kuruluşlarınca yerine getirileceği kabul edildiğinden, Libya'da çalışan vatandaşların borçlanma yapmalarına gerek bulunmamaktadır (**Manav**, s. 118).

⁶⁴ *...Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 13.2.2002 t., 2002/10-21 E., 2002/70 K. sayılı anılan kararında belirtildiği üzere; Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin 29'uncu maddesinin 4'üncü bendinde, "Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman Rant Sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir." Hükümüne yer verilmiş ise de bu hüküm, sözleşmenin 27'nci ve 29'uncu maddeyle bir bütün olarak yorumlanmadıkça tek başına uygulanamaz. Nitekim 29'uncu maddenin 3'üncü bendinde, 27'inci maddeye yollamada bulunularak, "...ancak, sözleşmenin 27'inci maddesine göre bir aylık veya gelir talep etme hakkının mevcut olması halinde, aşağıdaki hükümler uygulanır." Denmektedir. Kaldı ki, sözleşme hukukunda, sözleşme bir bütün olarak yorumlanıp aleyhe ve lehe olan hükümler birlikte uygulanır. Bu ilke, özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi sosyal güvenlik sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 28, Sayı 5, Mayıs 2002, s. 685-686.) Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, anılan sözleşme hükmünün uygulanabilmesi, Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında imzalanan sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında, Türkiye'de sigorta başlangıcına esas olan Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin, 3201 sayılı Kanun kapsamında borçlanılması ile mümkündür. Unutulmamalıdır ki Alman Rant Sigortasına giriş tarihinin Türk sigorta başlangıcı olarak kabulü özünde söz konusu tarih itibarıyla bir gün çalışıldığının kabulü anlamını da taşımaktadır. Bu nedenle, Türk sigorta başlangıcı olarak kabul edilen tarihe ilişkin sürenin fiilen borçlanılmış ve Türk sosyal güvenliği bakımından değerlendirilebilir hale getirilmiş olmasını aramak, yerinde olacaktır. Şu halde yapılması gereken iş; davacı tarafa yöntemine uygun şekilde verilecek mehille, Alman Rant sigortasına giriş tarihini içerecek şekilde ve borçlanma talep tarihinde ki şartlar çerçevesinde yurt dışı borçlanması, herhangi bir yurtiçi sigortalılığı olmadığından 5510 sayılı Kanununun 4/1-b madde kapsamında öngörülen sigortalılık niteliğinde olmak üzere, usulünce sağlanmalı ve borçlanmanın varlığı halinde, sigorta başlangıcına hükmedilmelidir...”, Y.10.HD., 20.09.2013, E. 2013/11820, K. 2013/16908 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 13.09.2013, E. 2013/12772, K. 2013/16132 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 19.09.2013, E. 2013/13942, K. 2013/16835 (Yayınlanmamış Karar);*

yapmaktadır⁶⁵. Nitekim söze konu aykırılığı ve çelişkiyi gidermek adına kanun koyucu 6552 sayılı Kanun'un 29. maddesi doğrultusunda 3201 sayılı Kanun'un 5. maddesine yapılan eklemeye ile Türkiye ile arasında ikili sözleşme bulunan ülkelerde yaşayan vatandaşların emeklilik işlemleriyle ilgili olarak esas alınacak süre diğer ülkedeki ilk işe giriş tarihi olarak kabul edileceğini hüküm altına almıştır. Bu bağlamda açılan davalardan feragat edilmesi halinde de yargılama giderlerine hükmedilemeyeceği de ayrıca kabul edilmiştir (3201 sayılı Kanun geç. m. 8).

Son olarak yurtdışında geçen sigortalılık süresinin işe giriş tarihi olarak kabul edilebilmesi için ayrıca bu sigortalılık ilişkisinin fiili çalışmaya dayalı gerektiği de belirtilmelidir⁶⁶. Bu bakımdan gebelik/analık koruması, okul öğrenimi

⁶⁵ "...3201 sayılı Kanun'un 17.04.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun ile değişik 5. maddesinin son fıkrasında "Sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülkelerdeki hizmetlerini, bu Kanuna göre borçlananların, sözleşme yapılan ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak dikkate alınmaz." hükmü bulunmakta ise de Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yöntemine göre yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşme hükümleri 3201 sayılı Kanunun 5. maddesinden önce uygulanma önceliğine sahip olduğundan ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerde ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerde ilk defa çalışmaya başlanılan tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmesi için 3201 sayılı Yasa kapsamında borçlanma talebinde bulunulması veya kısmen de olsa borçlanma bedelinin ödenmesi zorunlu değildir. Uluslararası sözleşmelere konulan bu yöndeki hükümlerin amacı; yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının ülkemize dönmesi halinde uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan haklar yönünden önem arz eden sigortalılık başlangıç tarihinin belirlenmesinde ülkemizde çalışan sigortalılar ile aynı koşullara tabi tutmak olup bu hüküm 3201 sayılı Yasa'da yer alan yurtdışı borçlanma hükümlerinden bağımsız bir sosyal güvence olduğundan uygulanması için borçlanma koşulu da aranmaz. Yurtdışında çalışan Türk vatandaşlarının yurtdışında geçen hizmetlerinin borçlandırılarak ülkemiz sosyal güvenlik mevzuatına malullük, yaşlılık ve ölüm (uzun vadeli sigorta kolları) hallerinde Türkiye'de geçmiş hizmet gibi değerlendirilmesini sağlamak amacıyla yürürlüğe giren 30.05.1978 tarih ve 2147 sayılı Kanun ile 08.05.1985 tarih ve 3201 sayılı Kanun'ların kendilerinden önce yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler ile yabancı bir ülkede çalışan Türk vatandaşlarına tanınan sosyal güvenlik haklarını koşula bağlaması, ortadan kaldırması veya sınırlaması da Anayasa'nın 90. maddesinin açık hükmü karşısında mümkün değildir. Mahkemece, yukarıda yer alan maddi ve hukuki olgular ile taleple bağlılık kuralı da gözetilerek davacının fiili çalışmasının bulunduğu ve 18 yaşını ikmal ettiği tarihin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak tespitine karar verilmesi gerekirken 3201 sayılı Yasa kapsamında prim ödemesi bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...", Y.21.HD., 10.10.2013, E. 2013/17038, K. 2013/18395 (Yayınlanmamış Karar).

⁶⁶ "...Somut olayda, davacının 01.04.1988-31.03.1989 tarihleri arasında "çocuk yetiştirme (Pflichtbeitragszeit für Kindererziehung)" nedeniyle sigorta kapsamına alındığı ve bu dönemde fiili çalışmasının bulunmadığı, fiili çalışmasının 18 yaşını ikmal etmesinden sonra 18.07.1994 tarihinde başladığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, yukarıda yer alan maddi ve hukuki olgular gözetilerek davacının Almanya'da fiili (eylemli) çalışmasının başladığı 18.07.1994 tarihinin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile yazılı biçimde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...", Y.21.HD., 18.07.2013, E. 2013/12138, K. 2013/14950 (Yayınlan-

ve çocuk yetiştirme süreleri olarak kabul edilen sigortalılık süreleri fiili çalışma kapsamında değerlendirilmediğinden borçlanma konusu da yapılamayacaktır⁶⁷. Yine sosyal güvenlik sözleşmesinde esas alınan bir sigortalılık hali söz konusu olmalıdır. Nitekim Türk-Alman sosyal güvenlik sözleşmesine göre ev hanımı iken geçirilen süreler ile yardım niteliğinde yapılan ödemeler yurtdışında geçen çalışma olarak kabul edilmediğinden sigortalılık başlangıç tarihi olarak da dikkate alınmayacaktır (ek söz. m. 29/4)⁶⁸.

mamış Karar); "...Somut olayda, davacının 05.06.1989-31.07.1990 tarihleri arasında "Gebelik/Analık Koruması (Schwangerschaft/Mutterschutz)" ve "çocuk yetiştirme (Pflichtbeitragszeit für Kindererziehung)" nedeniyle sigorta kapsamına alındığı ve bu dönemde fiili çalışmasının bulunmadığı, fiili çalışmasının 18 yaşını ikmal etmesinden sonra 15.04.1991 tarihinde başladığı anlaşılmaktadır..." Y.21.HD., 18.07.2013, E. 2013/11982, K. 2013/14949 (Yayınlanmamış Karar); Y.21.HD., 11.07.2013, E. 2013/10529, K. 2013/14758 (Yayınlanmamış Karar); "...dava dosyası içerisinde yer alan 30.10.2012 günlü Alman sigorta kurumuna ait sigorta hesap cetvelinde, davaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihi olarak öngörülen 01.06.1986 tarihinde başlayan ve 30.11.1988 tarihine kadar devam eden dönemde "Pflichtbeitragszeit für Kindererziehung (çocuk yetiştirmeden dolayı zorunlu prim süresi)" olarak bir sürenin kayıtlı bulunması karşısında; anılan sigorta hesabındaki kayıtlı sürenin, yukarıda bahsedilen Uluslararası sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman Rant Sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesi, rant sigortası kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair yukarıdaki sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikteki rant sigortasına giriş tarihi belirlenmeli ve böylece davacı istemi bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir..." Y.10.HD., 20.09.2013, E. 2013/13687, K. 2013/16912 (Yayınlanmamış Karar); "...Somut olayda, dava dosyası içerisinde yer alan 27.01.2011 günlü Alman sigorta kurumuna ait sigorta hesabında, davaya konu yapılan ve rant sigortasına giriş tarihi olarak öngörülen 01.08.1977 tarihinde başlayan ve 04.07.1980 tarihine kadar devam eden dönemde "Pflichtbeitragszeit berufliche Ausbildung (mesleki eğitimden dolayı zorunlu prim süresi)" olarak bir sürenin kayıtlı bulunması karşısında; anılan sigorta hesabındaki kayıtlı sürenin, yukarıda bahsedilen Uluslararası sözleşme hükmü kapsamında, uzun vadeli sigorta kollarından olan malullük, yaşlılık ve ölüm Sigortalarından Alman Rant Sigortasına giriş niteliğinde bir sigortalılık süresi olup olmadığı usulünce araştırılmalıdır. Yapılacak araştırma neticesi, rant sigortası kapsamında bulunmadığının anlaşılması halinde, Türk-Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesinin sigorta başlangıcına dair yukarıdaki sözleşme hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikteki rant sigortasına giriş tarihi belirlenmeli ve böylece davacı istemi bu çerçevede yeniden değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmelidir..." Y.10.HD., 05.07.2013, E. 2013/11369, K. 2013/15371 (Yayınlanmamış Karar); Y.10.HD., 20.09.2013, E. 2013/12759, K. 2013/16909 (Yayınlanmamış Karar).

⁶⁷ Y.21.HD., 11.07.2013, E. 2013/10431, K. 2013/14757 (Yayınlanmamış Karar); Y.21.HD., 04.07.2013, E. 2013/11937, K. 2013/14454 (Yayınlanmamış Karar).

⁶⁸ "...Yurt dışında iken fiili (eylemlî) çalışması bulunmadığı halde o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına göre yardım niteliğinde ödeme yapılan dönemler ile ev hanımı olarak geçen sürelerin Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi anlamında yurt dışında geçen çalışma olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Öte yandan prim kesintisi yapılmaksızın yurt dışında eğitim süresi olarak veya meslek öncesi eğitim kursu geçen sürelerin de sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi mümkün değildir...Anılan uluslara-

SONUÇ

Yurt dışı hizmet borçlanması, yurt dışında çalışan ya da yurt dışında ev kadını olarak hayatını idame ettirmiş olan Türk vatandaşlarının geçirdikleri bu süreleri Türkiye’de sigortalı olarak geçirmiş gibi kabul edilmesine olanak sağlayan bir düzenlemedir. Yurt dışı hizmet borçlanması esas itibariyle sosyal güvenlik sözleşmesi bulunmayan ya da sosyal güvenlik sözleşmesi bulunup da sözleşmede yurt dışında geçen sürelerin sigortalılığına dahil edilmesine ilişkin süre bulunmayan ülkelerde çalışan ya da ev kadını olarak geçirilen süreler için söz konusu olacaktır.

Yurt dışı hizmet borçlanmasından faydalanabilmek için öncelikle Türk vatandaşı olmak gerekmektedir. Diğer taraftan erkek vatandaşların fiilen çalışmaları, diğer bir anlatımla uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmalarını aramaktadır. Ancak ev kadını olarak da sigortalı olarak da geçirilen sürelerin 18 yaşın tamamlanmasından itibaren dikkate alınacağı belirtilmelidir.

Yurt dışı hizmet borçlanmasından faydalanabilmek için diğer bir şart da tahakkuk ettirilen borcun yatırılmış olmasıdır. Bu bağlamda bir kişi prim borcunu da ödemesi halinde bu sürelerin sigortalılığına dahil edilmesini sağlayacak ve uzun vadeli sigorta kollarından özellikle yaşlılık sigortasından sağlanan haklardan primin yatırıldığı tarihi takip eden ay başından itibaren diğer şartların oluşturulması kaydıyla faydalanabilecektir.

rası sosyal güvenlik sözleşmesi ile Almanya’da çalışan Türk vatandaşlarının ülkemize dönerek çalışması ve/veya borçlanması halinde uzun vadeli sigorta kollarından bağlanacak aylıklara hak kazanma koşullarında yurt dışında çalışmaya başladıkları tarihin dikkate alınması yoluyla sosyal güvenlik haklarının korunması amaçlanmıştır. Anılan hüküm, borçlanma hakkından bağımsızdır...Mahkemece, yukarıda yazılı hukuksal nedenler gözetilerek 17.01.1965 doğumlu davacının 01.04.1999 tarihinden itibaren Almanya’da eylemli çalışması bulunduğu gözetilerek 01.04.1999 tarihinin ülkemizde sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabulüne karar verilmesi gerekirken davacının borçlanma hakkını kullanmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Y.21.HD., 10.10.2013, E. 2013/15718, K. 2013/18387 (Yayınlanmamış Karar).

KAYNAKÇA

- Akın**, Levent, “4958 Sayılı Yasa ve Anayasa Mahkemesi Kararının Yurt Dışı Hizmet Borçlanmasına Etkileri”, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 953-998 (Borçlanma).
- Akın**, Levent, “Tebliğ: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Kamu İş, Ankara 2012, s. 405-595 (Sosyal Sigortalar).
- Arıcı**, Kadir, “5510 Sayılı Kanunun Yürürlük Tarihinden Önceki Dönemde Doğum Yapan Kadın Sigortalılar (4A) da Doğum Borçlanmasından Faydalanabilirler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 5, S. 19, İstanbul 2010, s. 159-168.
- Aslanköylü**, Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, (SSK ve BAĞ-KUR KANUNU ile Karşılaştırmalı), C. II, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Başterzi**, Fatma, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayını, Ankara 2006.
- Canbolat**, Talat, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması Yapanlar da Kademeli Geçişten Yararlanırlar ve Sigortalılığın Başlangıç Tarihi İkili Sosyal Güvenlik Anlaşmalarına Göre Belirlenir (Karar İncelemesi)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 2, Beta Yayıncılık, 2243-2265.
- Caniklioğlu** Nurşen/**Canbolat**, Talat, “Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 867-895.
- Çolak** Mahmut/**Öztürk** Ercüment, Yurt Dışındaki Türk Vatandaşlarının Emeklilik Yolları ve Sosyal Güvenliği, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.
- Ergin**, Hediye, “Son Değişiklikler Işığında Yurtdışı Hizmet Borçlanması”, Legal İSGHD., C. 5, S. 18, İstanbul 2008, s. 551-592 (Son Değişiklikler).
- Ergin**, Hediye, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasında Son Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 4, S. 16, İstanbul 2009, s. 163-180 (Borçlanma).
- Ergin**, Hediye, “Zorunlu Göçe Tabi Tutulduktan Sonra Türk Vatandaşlığına Alınanların Yurtdışı Hizmet Borçlanmasından Yararlanması”, Legal İSGHD., C. 6, S. 24, İstanbul 2009, s. 1463-1475 (Göç).
- Göktaş**, Murat/**Çakar**, Erden/**Özdamar**, Murat, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011.
- Güzel**, Ali /**Ocak**, Saim, “Yurtdışı Hizmet Borçlanmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler ve Yargı Kararları Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Legal İSGHD., C. 3, S. 12, İstanbul 2006, s. 1309-1354.
- Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012
- Manav**, Eda, “Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşlarının Çalışma Hayatına İlişkin Önemli Sorunlar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, C. 3, S. 30, İstanbul 2013, s. 109-132.

- Ocak**, Saim, “Sigorta Başlangıcından Önceki Doğumlar Nedeniyle Hizmet Borçlanması (Karar Tahlili)”, Legal İSGHD, C. 8, S. 24, İstanbul 2011, s. 1477-1523 (Borçlanma).
- Ocak**, Saim, “Türkiye’deki Sigortalılığı Üzerinden Malullük ya da Emekli Aylığı Alan Kişinin Yurt Dışında Çalışması”, Legal İSGHD, C. 9, S. 36, İstanbul 2012, s. 209-229 (Yurtdışında Çalışma).
- Ocak**, Saim, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Yurtdışı Hizmet Borçlanması Hakkında 29.09.2010 Tarihli Kararın İncelenmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 2, S. 29, İstanbul 2011, s. 311-324 (Yurtdışı Hizmet Borçlanması).
- Ökur**, Ali Rıza, “Yurt Dışı Hizmet Borçlanması ve Türk Vatandaşlığı Koşulu”, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 3, S. 10, İstanbul 2006, s. 129.
- Özer**, Hatice Duygu, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012.
- Pakin Akın**, Ebru, Türk Hukukunda Kadın İşçilerin Sosyal Güvenliği, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.
- Tezel**, Ali/**Kurt**, Resul, Sosyal Güvenlik Reformu Yorum ve Açıklaması, 6. B., Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009.
- Tuncay** Süleyman/**Aras** Ahmet, Sosyal Güvenlik Sistemimizde Son Düzenlemelerle Hizmet Borçlanmaları (İçtihatlı ve Örnekli), Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.
- Tuncay**, Can, “Doğum İzni Borçlanması –Karar İncelemesi–”, Legal İSGHD, C. 7, S. 27, İstanbul 2010.
- Tuncay**, Can/**Ekmekçi**, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Uşan**, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 1. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

**6102 SAYILI TTK'YA GÖRE
SERMAYE ŞİRKETLERİNİN BAĞIMSIZ DENETİMİ***
(Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Hükümler ile Bir Karşılaştırma)

*Yrd. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN***

ÖZET:

Amerika'da yaşanan "Enron" ve "WorldCom" gibi skandallar sebebiyle ekonomideki aktörlere olan güven sarsılmış, Amerika ve onu takiben Avrupa ülkelerinde şirketlerin bağımsız denetimine ilişkin yasal düzenlemeler gözden geçirilmiştir. Bu çerçevede şirketlerin bağımsız denetimi konusu şirket yönetimlerinin serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konu olmaktan çıkmış ve bu konuda emredici hükümler getirilmiştir. Dünyadaki gelişmiş ülkeler ile entegrasyonunu ilerletmek ve özellikle de AB'ye katılım sürecinde mesafe kat etmek isteyen Türkiye de bu konuda benzer düzenlemeler getirmiştir. Çalışmamız bu konuya karşılaştırmalı bir bakış açısı getirmek istemektedir.

Anahtar Kelimeler: Bağımsız Denetim, Sermaye Şirketleri, Denetçi, "Enron Skandalı", Sarban-Oxley Kanunu.

ZUSAMMENFASSUNG:

Die in den USA ereignete Skandale wir "Enron" und "WorldCom" haben das Vertrauen an die Akteure der Wirtschaft zerrüttet und infolge dessen haben die USA und ihnen folgend die Mitgliedsstaaten der EU das Thema Abschlussprüfung der Gesellschaften wieder geprüft. Im Rahmen dieser Bestrebungen ist das Thema Abschlussprüfung nicht mehr eine Angelegenheit der Geschäftsleitung, über das sie frei entscheiden kann, vielmehr wurden zwingende Regeln geschaffen. Türkei möchte die Integration ihrer Wirtschaft mit der Wirtschaft der entwickelten Ländern vertiefen und den Beitrittsprozess mit der EU fortsetzen. Daher hat die Türkei über dieses Thema ähnliche Regelungen erlassen. Diese Arbeit will einen rechtsvergleichenden Blick über dieses Thema verschaffen.

Schlüsselwörter: Abschlussprüfung, Revisionsstelle, Kapitalgesellschaften, "Enron" Skandal, Sarban-Oxley Act.

* Bu çalışma TÜBİTAK'a sunulan araştırma projesi çerçevesinde sağlanan burs yardımıyla 2014 yılında Almanya'da yapılan araştırma çerçevesinde hazırlanmıştır.

** Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Öğretim Üyesi.

A. GİRİŞ

Bağımsız denetime ilişkin yapılan ulusal hukuki düzenlemelerin büyük çoğunluğu için Amerikan kanun koyucusunun Amerika’da yaşanan “Enron” ve “WorldCom” gibi skandallar sebebiyle hazırlamış olduğu 30 Temmuz 2002 tarihli Sarbanes – Oxley Act (SOX)’dan etkilenmiş olduğu söylenebilir. Amerika’nın bu skandallardan çıkardığı dersler Türk hukukundaki birçok reformun kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği ve İsviçre hukuklarında yankı bulmuş ve bunu müteakiben Türk hukukunda da hazırlanan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde bağımsız denetim konusu gündeme gelmiş ve yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

Türkiye’deki sermaye birikiminin reel ekonomiye transferi için vatandaşların hisselerini satın alacakları şirketlerin finansal durumları hakkında bilgi sahibi olması önemlidir. Ayrıca bağımsız denetim yabancı yatırımcıların Türkiye’de faaliyet gösteren şirketlere ortak olmaya ilişkin kararlarını verirken bu şirketlerin güvenilirliklerini ortaya koymak açısından önemli bir faktördür. Türkiye ekonomisinin dinamizmini koruyabilmesi için yabancı sermayenin vazgeçilmez bir rol oynadığı dikkate alındığında konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır.

B. BAĞIMSIZ DENETİM

Sözlük anlamı itibariyle denetim, bir konu hakkında gözlem yapmak, onu incelemek ve kontrol etmek fonksiyonunu üstlenen bir süreçtir. 6102 Sayılı TTK’da düzenlenen ve çalışmamızın konusunu teşkil eden denetim ise, “*bir ekonomik birimin belli bir döneme ait bilgilerin önceden belirlenmiş ölçütlere olan uygunluk derecesini saptamak için finansal ve/veya finansal olmayan işlemlerini kontrol etmek, araştırmak, incelemek ve bu konuda bir rapor düzenlemek amacıyla bağımsız bir uzman tarafından yapılan kanıt toplama ve değerlendirme süreci*”¹ni ifade eden muhasebe denetimidir. Yani denetim yükümlülüğünün kontrol, bilgilendirme ve onay gibi fonksiyonları vardır².

Denetim faaliyetinin değişik bakış açılarına göre sınıflandırıldığı görülür, konusuna ve amaçlarına göre, gerçekleştirenlere, yapılma zamanına ve yapılış şekline göre gibi³. Günümüzde “denetim”, “denetleme”⁴ ya da “bağımsız denetim” denildiğinde anlaşılan denetim ise, konusuna ve amaçlarına göre denetim

¹ Bozkurt, Nejat: Muhasebe Denetimi, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 23; Türker, Masum: Denetim Çalışma Kağıtları Rehberi, İstanbul 2012, par.2.1, s.2.

² Baumbach/Hopt/Hopt/Merkt, § 316 No. 1; MüKo-HGB/Ebke, § 316 Rn 24.

³ Türker, M.: par. 2. 3, s. 1.

⁴ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 397-406 maddelerini kapsayan üçüncü bölümünün başlık olarak kullandığı ifade bu şekildedir.

türleri⁵ arasında yer alan finansal tablolar denetimi yani tam denetimdir⁶. Bu denetim türünden anlaşılması gereken ise “bir işletmenin finansal tablolarının, ilgili işletmenin finansal durumunu ve faaliyet sonuçlarını doğru, dürüst, genel kabul görmüş muhasebe ilke ve standartları ile yasal düzenlemelere uygun olarak yansıtıp yansıtmadığı konusunda bir görüş oluşturma faaliyeti-dir”⁷.

6102 Sayılı TTK m.397/1.f. göre aynı maddenin “dördünü fıkra[sı] uyarınca denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir”. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre “yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı da denetim kapsamı içindedir”.

Denetimin konu ve kapsamını düzenleyen m. 398/1.f. göre ise, “Şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi; envanterin, muhasebenin ve Türkiye Denetim Standartlarının öngördüğü ölçüde iç denetimin, bu Bölüm hükümleri anlamında 378’inci madde uyarınca verilen raporların ve 397’nci maddenin birinci fıkrası çerçevesinde yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimidir. Bu denetim, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar. ...

Denetleme, şirketin ve topluluğun, malvarlıksal ve finansal durumunun 515’inci madde anlamında dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılmadığını, yansıtılmamışsa sebeplerini, dürüstçe belirtecek şekilde yapılır”.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ayrıca “denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için 378’inci maddede öngörülen sistemi ve yetkili komiteyi kurup kurmadığını, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunar. Bu raporun esasları Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenir”.

⁵ Türker, M.: par. 2. 3, s. 1, 2.

⁶ Özkorkut, Korkut: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, İkinci Tıpkı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, Ankara 2013, s. 4, 5.

⁷ Özkorkut, K.: s. 4.

C. BAĞIMSIZ DENETİME TABİ OLACAK ŞİRKETLERE İLİŞKİN KRİTERLER

I. 6102 Sayılı TTK Hükümleri

a. Genel Olarak

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önce Türk hukukunda bağımsız denetime ilişkin düzenlemeler sadece Sermaye Piyasası Kanunu⁸ m.35'te ifade edilen sermaye piyasası kurumları ile Sermaye Piyasası Kanununa (SerPK) tabi anonim şirketler (halka açık anonim şirketler), bankalar, sigorta şirketleri, bireysel emeklilik şirketleri, faktöring şirketleri, finansman şirketleri, enerji piyasasında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişiler, tarımsal üretici birlik ve merkez birlikleri gibi özellikli bazı yapılanmalar için söz konusu idi. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girme ise ile birlikte bu “parçalı yapı”⁹ kaldırılıp kanunun 397. ile 406. maddelerinde “denetleme” başlığı altında getirilen hükümlerle bütün sermaye şirketleri bağımsız denetime tabi tutulmak istenmiştir. Bu bölümdeki 397. maddenin 6335 Sayılı Kanun ile değiştirilmiş son halindeki 1. fıkrasına göre “Dördüncü fıkra uyarınca denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun ... denetlenir”. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu maddenin ilk fıkrasına “Dördüncü fıkra uyarınca denetime tabi olan şirketlerin ...” ifadesi ile başlanmış ve aynı madde bünyesinde ileriye doğru bir atfın yapılmış olması kanun yapma tekniği açısından pek şık olmamıştır. Madem bu maddenin sistematığı açısından dördüncü fıkradaki bilgilere atf yapılmadan birinci fıkrayı düzenlemek mümkün olmuyor, önce dördüncü fıkradaki hükmün birinci fıkra olarak düzenlenmesi ve şu anda yürürlükte olan birinci fıkranın da sonradan düzenlenmesi daha pratik bir çözüm olacaktır.

6102 sayılı TTK m. 397'ye 6335 Sayılı Kanun ile eklenen 4. fıkraya göre “398'inci madde kapsamında denetime tabi olacak şirketler Bakanlar Kurulunca belirlenir”. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu 19.12.2012 tarihli, 2012/4213 sayılı kararı ile şirketlerin bağımsız denetiminde dikkate alınacak kriterleri belirlenmiştir. Kararın amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde “Bu kararın amacı ... denetime tabi olacak şirketlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir”. Kararın tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1/b bendine göre, bu kararda geçen; “Şirket: 6102 Sayılı Kanunla düzenlenen sermaye şirketlerini” ifade eder. Nihayet kararın bağımsız denetime tabi olacak şirketler başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında ise “Tek başına veya bağlı ortaklıkları ve iştirakleriyle birlikte aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayan şirketler ile ... bağımsız denetime tabidir”.

⁸ R.G. 30.12.2012, S. 28513.

⁹ Özkorkut, K.: s. 8.

Aynı konuyu düzenleyen bu hükümlerde farklı kavramların kullanılmış olması akla şu soruları getirebilir: Bağımsız denetime tabi olacak şirketler hangileridir? Acaba 6102 Sayılı TTK m. 397/1'de "*anonim şirketler ve şirketler topluluğu*" ifadesi ile bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin kapsamı anonim şirketler ve şirketler topluluğu ile sınırlı tutulmuş iken, 19.12.2012 tarihli, 2012/4213 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında "*şirketler*" ifadesinin kullanılması yoluyla kapsam tekrar genişletilmiş midir?

Bu sorulara anılan Bakanlar Kurulu Kararının tanımlar başlıklı m. 2/1, b bendi, bu kararda kullanılan "şirket" ifadesinden sermaye şirketlerinin anlaşılması gerektiği şeklindeki düzenlemesi ile (kısmen) cevap vermektedir. Zira 6102 Sayılı TTK m.397/1'deki "*anonim şirketler ile şirketler topluluğu*" ifadesi sermaye şirketlerinin tamamına denk gelmemektedir. Buna göre 6102 Sayılı TTK'nın sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere ilişkin, uygulanacak hükümler başlıklı m. 565/2 fıkrası, "*Birinci fıkrada gösterilen hususların dışında, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça anonim şirket hükümleri uygulanır*" demek suretiyle 6102 Sayılı TTK m.124/2 gereği bir diğer sermaye şirketi türü olan sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin de (Bakanlar Kurulu Kararındaki şartları sağladıkları sürece) bağımsız denetime tabi olacaklarına işaret etmektedir. Bakanlar Kurulu Kararındaki ölçütleri sağlamamaları halinde ise TTK m. 397/5 gereği anonim şirketler, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile 4572 Sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenen denetime tabi olacaklardır.

Aynı şekilde 6102 Sayılı TTK'nın limited şirketlere ilişkin, denetçi başlıklı 635. maddesi "*397'nci maddenin beşinci ve altıncı fıkraları dışında kalan, Anonim şirketin denetçiye (...) denetime ve özel denetime ilişkin hükümleri limited şirkete de uygulanır*" demek suretiyle anonim şirketler ve şirketler topluluğunun yanı sıra 6102 Sayılı TTK m.124/2 gereği bir başka sermaye şirketi türü olan limited şirketlerin de (Bakanlar Kurulu Kararındaki şartları sağladıkları sürece) bağımsız denetime tabi olacaklarını ortaya koymaktadır. Limited şirketler şayet Bakanlar Kurulu Kararındaki ölçütleri sağlamıyor ise bu halde TTK m. 635 gereği ("*397'nci maddenin beşinci ve altıncı fıkraları dışında kalan, Anonim şirketin denetçiye denetime ve özel denetime ilişkin hükümleri limited şirkete de uygulanır*") herhangi bir denetime tabi olmayacaklardır. Yukarıdaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun Resmi Gazetede yayımlandığı 14.2.2011 tarihinden sonra yapılan değişikliklerle sermaye şirketleri arasında denetim bakımından farklar oluşturulmuştur. Geline en son noktada Bakanlar Kurulu Kararındaki ölçütleri sağlamayan limited şirketler için herhangi bir denetimin öngörülmemiş olmasını haklı gösterecek nedenler ise bulunmamaktadır¹⁰.

¹⁰ Memiş, Tekin, Şirketler Hukukunda Denetim, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVI Sayı: 3-4 Yıl: 2012, s. 151-186 (162).

b. Kooperatifler

Ayrıca 6102 sayılı TTK'nın son haline göre Kooperatiflerin bağımsız denetime tabi olup olmayacağı sorusu ile de karşılaşılacaktır. İlk bakışta 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 98. maddesindeki „*Bu kanunda aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki Anonim şirketlere ait hükümler uygulanır*“ şeklindeki ifade gereği kooperatiflerin de bağımsız denetime tabi olacağı düşünülebilir. Fakat 6102 sayılı TTK'nın 397. maddesinin 4. fıkrasına göre „*398. madde kapsamında bağımsız denetime tabi olacak şirketler Bakanlar Kurulunca belirlenir*“. Bu hükmün yapmış olduğu yetkilendirme çerçevesinde Bakanlar Kurulu 2012/4213 sayılı Kararı ile (kararda belirtilen diğer kriterleri de sağlaması halinde) bağımsız denetime tabi olacak şirketler ifadesinden anlaşılması gerekenin bu kararın 2. maddesinin 1/b hükmüne göre sermaye şirketleri olduğuna işaret etmektedir. 6102 sayılı TTK m.124/2 hükmü gereğince kooperatifler şahıs şirketi – sermaye şirketi tasnifine tabi tutulmadığı ve netice itibarıyla sermaye şirketi olmadığına göre kooperatiflerin 6102 sayılı TTK m. 397 vd.daki bağımsız denetime tabi olmayacağı anlaşılmaktadır. Kooperatiflerin bu hükümlerde öngörülen bağımsız denetime tabi olmadığına ilişkin bir diğer argümanı ise 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun „*Kooperatif Organları*“ başlıklı beşinci bölümünde organ olarak „*A) Genel Kurul*“ (m.42) ve „*B) Yönetim Kurulu*“ (m.55) yanında „*C) Denetçiler*“ in (m.65) de düzenlenmiş olması ve kooperatiflerin denetimine ilişkin kendi kanununda zaten özel hükümlerin mevcut olmasıdır. Kooperatiflere 6102 sayılı TTK'daki anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanması ancak özel kanun niteliğindeki 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda hüküm bulunmaması halinde mümkündür.

Kooperatifler bağımsız denetime tabi olmamakla beraber 6455 sayılı Kanununun 80. maddesi ile 6102 sayılı TTK m. 397'a eklenen 5. fıkraya göre „*Dördüncü fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler ile 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları bu fıkra hükümlerine göre denetlenir*“. Buna göre 4. fıkra kapsamı dışında kalan anonim şirketler ve 4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların üst kuruluşları için tekrar bir denetim öngörülmüştür. Söz konusu anonim şirketler ve 4572 sayılı kanuna tabi kooperatiflerin (tarım satış kooperatifleri) denetimine ilişkin bir yönetmelik taslağı¹¹ oluşturulmuş ancak henüz son halini alıp yürürlüğe girmemiştir. Hukukumuzda birden çok kooperatif türü mevcut iken neden sadece 4572 sayılı Kanuna tabi kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları için bu hükme göre bir denetim öngörüldüğüne ilişkin hiçbir gerekçe ifade edilmemiştir.

¹¹ <http://www.ticaretkanunu.net/anonim-sirketler-ile-tarim-satis-kooperatifleri-ve-ust-kuruluslarinin-denetlenmesine-dair-yonetmelik-taslagi/>

TTK m. 397/5 hükmündeki “bu fıkra hükümlerine göre denetlenir” ifadesi, bu hükümde bahsedilen denetlemenin aynı maddenin ilk 4. fıkrası ve 398. maddede düzenlenen denetimden farklı bir denetim olduğu intibayı uyandırmaktadır. Fakat 6102 sayılı TTK'ya bu hükmü getiren 6455 sayılı Kanunun 22. maddesi ile 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkındaki Kanunun 5. Maddesi de su şekilde değiştirilmiştir: “*Bakanlıkça ortak sayısı ve ciro gibi kıstaslar dikkate alınarak belirlenen birlikler 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerine göre bağımsız denetime tabidir*”. Bu çerçevede Gümrük ve Ticaret Bakanlığı 14.06.2013 tarih ve 28677 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Olacak Tarım Satış Kooperatif Birliklerinin Belirlenmesine Dair Tebliğ'i yayınlamış ve bu Tebliğ'in 3. maddesinin 1, b) – e) hükümlerinde bağımsız denetime tabi olacak kooperatif birliklerinin tarım satış kooperatifleri birlikleri olduğunu ifade etmiştir. Bunların tabi olacağı denetimin TTK m. 397 anlamında bir bağımsız denetim mi yoksa bundan farklı bir denetim mi olduğu sorusuna ise yine aynı Tebliğ'in 3. maddesinin 1, c) hükmü şu şekilde cevap vermektedir: “*Bu Tebliğin uygulanmasında; ...*”

ç) *Denetim: Usul ve esasları Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından belirlenen bağımsız denetimi ... ifade eder*”.

Yukarıda ifade edilen her iki hüküm beraberce dikkate alındığında 4572 sayılı Kanuna tabi kooperatiflerin de TTK m. 397 vd. hükümlerinde düzenlenen bağımsız denetime tabi olacakları anlaşılmaktadır. Yine TTK m.397/5 son cümlesinde “... , bu fıkra uyarınca denetim yapacak denetçilere de kıyasen uygulanır” ifadesi de bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira bu fıkra uyarınca yapılacak denetimi düzenleyen tebliğe bakıldığında, bu tebliğin amacının söz konusu denetimin kapsamını ya da icrasının usulünü farklı bir şekilde belirlemek değil, “bağımsız denetime tabi olacak tarım satış kooperatif birliklerinin belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek” olduğu, yani bağımsız denetime tabi olmanın farklı kriterlere bağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

6102 sayılı TTK m. 397/5 hükmündeki “*4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları bu fıkra hükümlerine göre denetlenir*” ifadesi söz konusu kooperatiflerin bağımsız denetime tabi olması ile bu kooperatiflerin üst kuruluşlarının bağımsız denetime tabi olacağı sonucunu beraberinde getirmeyeceğini ortaya koymaktadır. Aynı şekilde 14.06.2013 tarih ve 28677 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Olacak Tarım Satış Kooperatif Birliklerinin Belirlenmesine Dair Tebliğ'in m.4/5 hükmü de “*Bu Tebliğ uyarınca denetime tabi olma şartlarını taşımayan bir birlik, sadece bağlı ortaklığının veya iştirakinin denetime tabi olması nedeniyle denetime tabi olmaz. Ayrıca, birliğin denetime tabi olması nedeniyle bağlı ortaklıkları, iştirakleri ve ortak kooperatifleri de denetime tabi tutulmaz*” demek suretiyle aynı görüşü desteklemektedir.

II. 19.12.2012 Tarih ve 2012/4213 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

6102 sayılı TTK m. 397/4 hükmünün yapmış olduğu yetkilendirme çerçevesinde Bakanlar Kurulu bağımsız denetime tabi olacak şirketlere ilişkin bir karar almıştır. Buna göre a) kararın 3. maddesinde belirtilen 3 ölçütten (aktif toplam, yıllık net satış hasılatı ve çalışan sayısı) en az iki tanesini sağlayan şirketler, b) kararnameye ekli (I) sayılı liste kapsamında yer alan şirketler, c) kararnameye ekli (II) sayılı listede yer alan şirketler, tek başına veya bağlı ortaklıkları ve iştirakleriyle birlikte listede belirtilen sınırlamalar (aktif toplam, yıllık net satış hasılatı ve çalışan sayısı) dikkate alınarak 6102 sayılı TTK ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde bağımsız denetime tabi olacaktır.

Söz konusu kararnamenin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre ise kararnameye ekli (I) sayılı liste kapsamında olanlar hariç olmak üzere a) 24/11/1994 tarih ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna tabi kuruluşlar ile b) kararnameye ekli (II) sayılı listenin yedinci sırası kapsamına giren kuruluşlar hariç olmak üzere sermayesinin en az %50 ve daha fazlası Devlete, il özel idarelerine, kanunla kurulmuş vakıflara ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler bu kararın kapsamı dışındadır, yani bağımsız denetime tabi değildir.

D. YABANCI HUKUK DÜZENLEMELERİ İLE KARŞILAŞTIRMA

I. Konunun Düzenlenme Yeri

Bağımsız denetime tabi olacak şirketleri belirlemeye yönelik 6102 sayılı TTK m.397'deki düzenleme ve bu hükmün verdiği yetki çerçevesinde çıkarılan diğer düzenleyici işlemler dikkate alındığında ilk olarak bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin hangileri olacağını belirleme yetkisinin bu maddenin 4. fıkrası ile Bakanlar Kuruluna verilmiş olduğu görülmektedir. İsviçre Hukukunda ise bu konu 16.12.2005 tarihinde İsviçre Özel Hukuk Kanunu'nun ("Zivilgesetzbuch") Borçlar Hukuku isimli ("Obligationenrecht") 5. bölümüne eklenen ve 01.01.2008 tarihinden itibaren yürürlükte olan bağımsız denetim ("Revisionsstelle") başlıklı 727 vd. maddeleri düzenlemektedir. Bu hükümler, 6102 sayılı TTK m.397 gibi bağımsız denetime tabi olacak şirketleri tali düzenlemelere bırakmamış bizzat düzenlemiştir. Benzer şekilde Alman Hukukunda da bu konu Alman Ticaret Kanunu'nun ("Handelsgesetzbuch") son halini 19.07.2002 tarihinde alan ve 26.07.2002 tarihinden itibaren yürürlüğe giren, denetim yükümlülüğü ("Pflicht zur Prüfung") başlıklı 316 vd. maddelerinde düzenlenmekte olup, denetime tabi olacak şirketlerin belirlenmesi tali düzenlemelere bırakılmamıştır.

II. Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Türü

6102 sayılı TTK'nın öngördüğü sisteme göre bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin belirlenmesi bağlamında şirket türleri arasında bir ayırım yapılmış, yani sadece sermaye şirketleri olan anonim, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ve limited şirketler (4572 sayılı Kanun kapsamındaki kooperatifler ve bunların bağımsız denetime tabi olmayan üst kuruluşları) belli şartlar altında bağımsız denetime tabi tutulmuş olup, şahıs şirketleri için böyle bir denetim öngörülmemiştir.

Halbuki (mülga) 6762 Sayılı eski Türk Ticaret Kanununa mehz teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu (Das Schweizerische Obligationenrecht/OR) şirket türleri arasında böyle bir ayırıma gitmeyip, öngörülen kriterleri yerine getiren her tür şirket için bağımsız denetimi zorunlu kılmıştır. OR m. 727/I göre şu şirketler ve bir konzern söz konusu ise konzernler (tam) bağımsız denetim yaptırmak zorundadır: 1) Halka açık şirketler, 2) Toplam bilanço büyüklüğü, yıllık kazanç ve yıllık ortalama (tam zamanlı) çalışan sayısı itibariyle verilen eşiklerden (en az) ikisini bir birini takip eden iki faaliyet yılı içerisinde aşan şirketler, 3) Konsolide finansal tablo oluşturma mükellefiyeti bulunan şirketler, 4) Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ayrıca payların en az %10'unu teşkil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde yine (tam) denetim yaptırılması gerekir, 5) Ve son olarak 3. fıkrada kanunun (tam) bağımsız denetimi gerektirmemesine rağmen, şirket ana sözleşmelerinin öngörmesi veya şirket genel kurulunun almış olduğu karar gereği yıllık bilançonun (Jahresrechnung) (tam) bağımsız denetiminin zorunlu hale geleceği ifade edilmektedir.

Bu hüküm OR'nin anonim şirketlere ilişkin bölümünde yer almakla birlikte, türe bakılmaksızın mümkün olduğu ölçüde en geniş uygulanma alanına ulaşma amacını gütmektedir¹². Yani İsviçre Hukukunda anonim şirketler, limited şirketler¹³ ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler¹⁴ yanında kooperatifler¹⁵, küçük ve orta ölçekli işletme sınırını¹⁶ aşmaları halinde ticari

¹² Böckli, s. 10, Rn. 19.

¹³ OR m. 818/1'e göre anonim şirketlerin bağımsız denetimine ilişkin hükümler limited şirketlere de aynen uygulanır. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre ayrıca şirket sözleşmesi şirket malvarlığının azalması halinde ortakların malvarlığının artırılması yükümlülüğü var ise –bağımsız denetim için öngörülmesi olan kriterler mevcut olmasa bile- ortaklar şirketin bağımsız denetimini talep edebilirler.

¹⁴ OR m. 764/2'ye göre aksi kanunda öngörülmediği sürece anonim şirketlere ilişkin hükümler sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de aynen uygulanır.

¹⁵ OR m.906/1'e göre anonim şirketlerin bağımsız denetimine ilişkin hükümler kooperatiflere de aynen uygulanır. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre ayrıca aşağıda ifade edilen kişi ve kişi grupları da –bağımsız denetim için gerekli şartlar oluşmasa bile- kooperatifin (tam) bağımsız denetimini talep edebilirler:

1. Kooperatif ortaklarının %10'u,

faaliyet yürüten dernekler¹⁷ ve küçük olanlar hariç vakıflar¹⁸ da bağımsız denetime tabidir.

6102 sayılı TTK'nın bağımsız denetime ilişkin hükümleri ve dolayısıyla m. 397 hükmünün ilham kaynağı olan Alman Hukukunda ise Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz) Anglo-Sakson hukuk sisteminin aksine anonim şirketler için yönetimde dualist bir yapı (*dual-board system/ two-tier system*) öngörmüştür. Buna göre kurucular ve daha sonraki dönemlerde genel kurul (AktG m. 96'daki şartların gerektirmesi halinde kısmen işçiler)¹⁹ tarafından seçilen bir gözetim kurulu (Aufsichtsrat) ve onun atadığı, üst düzey şirket yöneticilerinden oluşan yönetici kurul (Vorstand) bulunmaktadır²⁰. Bu sistemde gözetim kurulu yönetici kurulu denetler²¹. Bu denetleme konumuza bakan yönüyle yönetici kurulun yılsonu bilançosunu, faaliyet raporunu ve kar dağıtım teklifini

2. Kooperatif sermayesinin en az %10'unu temsil eden paylara sahip ortaklar,

3. Şahsi sorumluluk esasına tabi olan veya kooperatif malvarlığının azalması halinde malvarlığının tekrar arttırılmasına katılma yükümlülüğü altında olan ortaklar.

¹⁶ Art. 69b f.2 ZGB hükmüne göre, (bilanço büyüklüğü) 10- (yılık kazanç) 20- (yıl boyu tam zamanlı olarak çalışan işçi sayısı) 50 sınırının altında olan dernekler bağımsız denetime tabi değildir, ancak eğer dernek tüzüğünde üyelerin şahsi sorumluluğu veya dernek malvarlığının azalması halinde malvarlığının arttırılmasına üyelerin katılması zorunluluğu öngörülmüş ise, bu şartlardan etkilenen sadece bir üyenin dahi talep etmesi halinde derneğin (kısmi) bağımsız denetime tabi olması söz konusudur. Daha fazla bilgi için bkz. Florian Zihler (2007) 4; Botschaft 2004A, 4050 vd., No. 2.4.1.1.

¹⁷ Art. 69b ZGB 2005. – Botschaft 2004 A, 4048 vd., No.2.4.1.1.

¹⁸ Art. 83b ZGB 2005. Vakıfların gözetiminden sorumlu kurum bağımsız denetim yükümlülüğünden muafiyete veya bu yükümlülüğün daha da katılaştırılmasına karar verme yetkisine sahiptir. Ayrıca 24.08.2005 tarihli Vakıfların Bağımsız Denetimine İlişkin Yönetmelik. Yönetmelik küçük vakıfların bağımsız denetimden yükümlülüğünden muafiyetini de ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Buna göre bir birini takip eden iki faaliyet yılında bilanço toplamı 200000 Frank altında olan ve kamuya ilan edilmiş bağış talebinde bulunmayanlar talep etmeleri halinde bağımsız denetim yükümlülüğünden muaf olurlar. – Botschaft 2004 A, 4052 vd., No. 2.4.1.2.

¹⁹ Almanya'ya özgü olan bu durum, işçi temsilcilerinin şirket gözetim kurullarına seçilmelerini sağlayan Mibestimmungsgesetz ve Montan-Mitbestimmungsgesetz isimli kanunlarda düzenlenmektedir.

²⁰ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Theisen, R. Manuel: Gesetzliche versus funktionsgerechte Informationsversorgung, ZGR, 2013, s. 1 vd.; Semler, Johannes: Der Aufsichtsrat - Die Karriere einer Einrichtung, NZG, 2013, s. 771 vd.; Ünal, Mustafa: Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması, Batider, Y. 1982, C. XI, S. 3, s. 51; Arslan, İbrahim: Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s. 11 vd.; Aksoy, Mehmet Ali: Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, Sa. 1-2, s. 54 vd.

²¹ Daha fazla bilgi için bkz. Pütz, Lasse/ Sick, Sebastian: Die Aufgabe des Aufsichtsrats im Compliance-Management-System, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf, 2012; Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011, s. 1106.

gözetim kuruluna sunması şeklinde kendini gösterir. Gözetim kurulu da yapmış olduğu denetimin sonucunu - eğer yılsonu bilançosunun hesap denetçisi tarafından denetlenmesi gerekiyorsa ayrıca hesap denetçisinin yapmış olduğu denetimin sonucunu da ekleyerek – yazılı olarak genel kurula sunar.

Bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin türü bağlamında Türk hukuku ile Alman hukuku arasında büyük bir benzerlik olup, Alman hukukunda da bağımsız denetim yükümlülüğü sadece sermaye şirketleri (AG, GmbH, KGaA, SE) için öngörülmüştü. Bu konuyu düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 316/1 hükmüne göre HGB 267/1 anlamında küçük olmayan sermaye şirketlerinin yıllık bilançolarının (Jahresabschluss) ve yıllık finansal durum raporlarının (Lagebericht) bir bağımsız denetçi tarafından denetlenmesi gerekir. Daha sonradan AB'nin 90/605/EWG Direktifi gereği Alman Ticaret Kanununa (HGB) 24.02.2000 tarihinde eklenen 264a²² maddesi bağımsız denetime tabi olan şirket türlerine ilişkin hükmün uygulama alanını genişletmiştir²³. Buna göre kişisel sorumluluğa tabi olan ortaklarının gerçek kişi olmaması şartıyla 267/1'deki kriterleri sağlamaları halinde şahıs şirketleri de bağımsız denetim yükümlülüğüne tabi olacaklardır. Bu durum özellikle de Alman KOBİ'lerinde uygulaması çok fazla olan GmbH & Co. KG (İsviçre hukukunda mevcut olmayıp, Alman ve Avusturya hukuklarında mevcut olan, kişisel sorumlu olan ortağı bir limited şirket olan komandit şirket) şirket türünü ilgilendirmektedir.

III. Bağımsız Denetim Türleri

Türk Hukukunda bağımsız denetim kendi içinde farklı kategorilere ayrılmadan, bağımsız denetime tabi olacak tüm şirketler için aynı şekilde öngörülmüştür. Alman Hukukunda da denetim kapsamı yönüyle benzerlik arz eder. İsviçre Hukukunda ise denetime tabi olan şirketin ekonomik önem derecesine göre farklı yoğunlukta iki tür denetim söz konusudur, yani tam denetim ("*Ordentliche Revision*") ve sınırlı denetim ("*Eingeschränkte Revision*").

a. Tam Denetim

1. Genel Olarak

Halka açık şirketler ve ekonomik açıdan önem arz eden ama borsaya kote edilmemiş şirketler için bunların dahili kontrol sistemlerinin ("*Interner Kontrollsystem*") de dikkate alındığı, şirket üst yöneticilerinin ücretlerinin ve onlara verilen kredilerin de incelendiği, oldukça katı kuralların getirildiği tam denetimin öngörülmüş olması.

²² 24.02.2000 tarihli Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz - KapCoRiLiG (BGBl. I S. 154), yürürlük tarihi: 09.03.2000.

²³ Daha fazla bilgi için bkz. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbeuch HGB/Ebke, § 316 No. 3 vd.

2. İsviçre

aa. Denetimin Şartları

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m.727'ye göre aşağıdaki kriterleri yerine getiren şirketlerin tam bağımsız denetim yaptırması gerekir:

- (1) Halka açık şirketler (tam) bağımsız denetim yaptırmak zorundadır. Halka açık şirket olarak kabul edilen şirketler ise şunlardır:
 - (a) Pay senetleri borsaya kote edilmiş olan,

Buradaki pay senetleri ifadesini dar anlamamak gerekir. Yani pay senetlerinin ("Beteiligungspapiere") onu satın alan kişiye aynı zamanda oy hakkı da sağlayıp sağlamadığı önem arz etmez. Ayrıca alan kişiye sadece kardan veya duruma göre tasfiyeden pay talep etme hakkı tanıyan senetleri ve payları satın alma hakkını içeren senetler de bu kapsama dahildir²⁴. Söz konusu senetlerin illa ki İsviçre Borsasına kote edilmiş olması da gerekmez, İsviçre dışındaki her hangi bir borsaya kote edilmiş olması da yeterlidir²⁵.

- (b) Piyasaya tahvil (borçlanma senetleri) ihraç etmiş (bunların borsaya kote edilmiş olması gerekmez)²⁶ olan²⁷,
- (c) Yukarıda (a) ve (b) bentlerindeki şirketlerin konsolide finansal tablolarındaki varlıkların veya cironun en az %20'sine katılmış olan şirketler²⁸;

Bu hüküm ile bağımsız denetime tabi olmanın beraberinde getirdiği külfetlerden kaçınmak amacıyla yavru şirketlerin İsviçre hukukundaki hükümlere göre gerekli kriterleri taşımayacak hale gelmesini sağlamaya yetecek kadar işlemlerinin aynı konzerinin başka ülkelerdeki yavru şirketlerine kaydırılmasının önüne geçilmek istenmiştir²⁹. (a) ve (b) şıklarındaki ölçütlere göre İsviçre'de toplam yaklaşık 300 şirketin var olduğu³⁰ ve (c) şikkındaki ölçüte göre ise yak-

²⁴ Böckli, Peter: Revisionsstelle und Abschlussprüfung nach neuem Recht, Schultess, Zürich, 2008, s. 49, No. 105.

²⁵ Böckli, s. 49, dipnot 255.

²⁶ Böckli, s. 49, No. 105.

²⁷ Bunların kote edilmiş olup olmamasına ilişkin bkz. Florian Zihler (2007) 2, Anm. 10, Zihler ayrıca 10 milyon (İsviçre) Franktan daha az tahvil ihraç etmiş olan şirketlerin halka açık şirket olarak kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.

²⁸ Bu hükmün Amerikan şirketlerinin İsviçre'deki yavru şirketlerinin bağımsız denetime tabi olmasını sağlamak amacıyla maddeye konulup konulmadığına ilişkin düşünceler için bkz. Böckli, s. 50, no. 106; Hükmün konuluş sebebinin bu değil de, her iki hukuk sisteminin bağımsız denetime ilişkin hükümlerinin birbirine yaklaştırılması, ahengin sağlanması amacını güttüğü yolundaki düşünce için: Botschaft 2004A, 4012, no. 2.1.1.1.

²⁹ Böckli, s. 50, no. 106.

³⁰ Böckli, s. 49, no. 105.

laşık 100 şirketin³¹ bağımsız denetime tabi olması gerektiği dikkate alındığında bu amaca ulaşıldığı söylenebilir.

- (2) İkinci olarak toplam bilanço büyüklüğü (10 milyon İsviçre Frankı), yıllık kazanç (20 milyon İsviçre Frankı) ve yıllık ortalama (tam zamanlı) çalışan sayısı (50 kişi) itibariyle verilen eşiklerden³² (en az) ikisini bir birini takip eden iki faaliyet yılı içerisinde aşan şirketler.

Bu eşikler tek tek şirketler için dikkate alınır³³, konzern söz konusu olması halinde konzernin bu eşikleri aşması sadece onun için (tam) bağımsız denetime tabi olma sonucunu doğurur.

- (3) Konsolide finansal tablo oluşturma mükellefiyeti bulunan şirketler,

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 663e maddesi konsolide finansal tablo oluşturma mükellefiyetini düzenler. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, bir şirketin oy çokluğu yoluyla veya başka yollarla bir ya da daha fazla şirketi tek bir yönetim çatısı altında bir araya getirmesi halinde (konzern) konsolide finansal tablo oluşturma gerekir. Maddenin ikinci fıkrası ise şirketin yavru şirketleriyle beraber şu kriterlerden iki tanesini bir birini takip eden iki dönemde aşmaması halinde konsolide finansal tablo oluşturma mükellefiyetinin olmayacağını hükme bağlar. Bu kriterler şu şekildedir: (a) Bilanço büyüklüğü 10 milyon İsviçre Frankı, (b) Yıllık kazancı 20 milyon İsviçre Frankı ve (c) yıllık ortalama (tam zamanlı) çalışan sayısı 200 kişi. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise (a) pay senetlerinin bir borsaya kote edilmiş olması, (b) piyasaya tahvil (borçlanma senetleri) ihraç edilmiş olması, (c) payların en az %10'unu teşkil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde ve (d) bunun şirketin malvarlığı ve kazanç durumunun mümkün mertebe güvenli bir şekilde değerlendirilebilmesi için zorunlu olması halinde konsolide finansal tablo oluşturulması gerekecektir. Bu durumda sadece bu "küçük konzern" in konsolide finansal tabloları değil, ayrıca konzern üst şirketinin kendi finansal tabloları da (tam) bağımsız denetime tabi olacaktır³⁴.

- (4) Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ayrıca payların en az %10'unu teşkil eden pay sahiplerinin talep etmesi halinde yine (tam) denetim yaptırılması gerekir.

Buna İsviçre literatüründe azınlığın "opting out" hakkı denilmektedir. Bu hak uygulamada azınlık grubu için gayet etkili bir imkan teşkil etmektedir³⁵.

³¹ Böckli, s. 50, no. 106.

³² 1991 tarihli OR m.727b hükmüne göre bu eşikler tam iki katı kadar yani 20-40-200 şeklinde öngörülmüş idi.

³³ Böckli, s. 51, no. 107.

³⁴ Böckli, s. 51, no. 109.

³⁵ Karşl. Amtl. Bull. NR (2005) 74; Nicolas Duc (2006) 135/36; Florian Zihler (2007) 15.

Şirket paylarının %10'unu temsil eden pay sahipleri nitelikli azınlık grubunu teşkil ederler ve bu azınlık grubu OR m.736'ya göre önemli sebeplerin varlığı halinde mahkemeden şirketin feshedilmesini isteme hakkına sahiptir. Fakat OR m.736'daki durumdan farklı olarak %10'luk azınlık grubunun (tam) bağımsız denetimi talep edebilmesi ne önemli bir sebebin varlığını gerektirir ne de mahkemeye başvurulması gerekir.

Azınlık grubu bu talebini genel kurul esnasında şekle bağlı olmaksızın ileri sürebilir (OR m.702/2). Çünkü azınlık grubunun bu yöndeki talebi OR m.702/II, 4 anlamında pay sahiplerinin dile getirmiş oldukları ve yönetim kurulu tarafından kayda alınması gereken/protokol edilmesi gereken açıklamalardır³⁶. Gündeme bağlılık ilkesi açısından değerlendirilecek olursa OR m.700/III'e göre genel kurul toplantısına davette belirtilmeyen konular üzerine görüşme yapılması ve kararlar alınması mümkün değildir. Ancak bunun istisnasını olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmasına yönelik talepler, özel denetim yapılmasına yönelik talepler ve pay sahiplerinden birinin talebi üzerine bağımsız denetçinin seçilmesi konuları oluşturur. Dolayısıyla özel denetim talebi de gündeme bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. İspat kolaylığı sağlaması açısından genel kurul toplantısı haricinde bu talebin ileri sürülmesi halinde ise yazılı şekil tavsiye edilir³⁷.

Söz konusu azınlık grubunun henüz devam etmekte olan faaliyet yılı ile ilgili olarak bu talebi ileri sürmesi beklenir. Bu durumda yönetim kurulu zaman açısından problemsiz bir şekilde olağanüstü genel kurul toplantısı çağırısı yapıp bağımsız denetçilerin seçilmesi sürecini başlatabilir. Azınlık grubunun bu talebini faaliyet yılının bitmesinden sonraki bir dönemde olağan genel kurul toplantısından önce ve hatta bu toplantı esnasında ileri sürmesi halinde ise kanunda bu talebin reddedilmesi gerektiğine ilişkin bir işaret olmadığı için sınırlı bağımsız denetim ile ilgili olarak bu tür durumlar için OR m.727a/IV'te öngörülen çözüm kıyas yoluyla uygulanabilir³⁸. Yani söz konusu azınlık grubu olağan genel kurul toplantısından en geç 10 gün önce (tam) bağımsız denetim yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. Bu durumda yönetim kurulu olağan genel kurul toplantısında bağımsız denetçinin seçilmesini OR m.700/III'teki imkandan yararlanarak gündeme bağlılık ilkesine takılmadan gündeme alacak ve yıllık bilançonun ve karın kullanılması/dağıtılmasına ilişkin oylamayı da bağımsız denetimin sonucunun genel kurula sunulacağı toplantıya kadar erteleyecektir. OR m.727a/IV'te olağan genel kurul toplantısından en geç 10 gün önce ifadesi yer aldığı için faaliyet yılının sona ermesini takip eden olağan genel kurul toplantısı esnasında

³⁶ Böckli, s. 52, Dipn. 268.

³⁷ Böckli, s. 52, no. 112.

³⁸ Böckli, s. 53-54, no. 114-115.

%10'luk azınlık grubu tarafından (tam) bağımsız denetimin talep edilmesinin geçerli olmayacağı sonucuna varmak gerekir³⁹.

%10'luk azınlık grubunun talebi üzerine (tam) bağımsız denetim sadece söz konusu faaliyeti yılına ilişkin sonuç doğurur, yani bu talep ilgili şirketin artık her yıl (tam) bağımsız denetim yaptırması gerekliliğini beraberinde getirecek şekilde şirket sözleşmesini değiştirmiş olmaz. Söz konusu azınlık grubunun elinde bulundurduğu bu silah şirket üzerinde ciddi bir baskı oluşturur. Çünkü her şeyden önce aslında (tam) bağımsız denetime tabi değil iken bunu denetimi yaptırmak zorunda olmanın beraberinde getireceği ekstra giderler olacaktır. Ayrıca bu durumda şirketteki karar alma süreçleri uzayacak, yıllık faaliyetin onaylanması veya karın değerlendirilmesi ile ilgili yapılacak oylamalar ertelenecek ve yönetim kurulunca daha önceden yapılmış olan bir takım planlamalar (elde edilen kar ile yeni yatırımlara girişilmesi gibi) sekteye uğrayacaktır. Tabii söz konusu azınlık grubunun elindeki bu hak da diğer bütün haklarda olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması yasağına tabidir⁴⁰.

- (5) Ve son olarak 3. fıkarda kanunun (tam) bağımsız denetimi gerektirmemesine rağmen, şirket ana sözleşmelerinin öngörmesi veya şirket genel kurulunun almış olduğu karar gereği yıllık bilançonun (tam) bağımsız denetiminin zorunlu hale geleceği ifade edilmektedir.

Normalde (tam) bağımsız denetim yaptırmak zorunda değil iken söz konusu şirketin bağımsız denetim yükümlülüğüne tabi olması sonucunu doğuracak şekilde şirket sözleşmesinin değiştirilmesi OR 704/T'de sayılan önemli kararlardan olmadığı için bu kararın nitelikli çoğunlukla alınması gerekmez, basit çoğunluk yeterlidir. Şirket sözleşmelerinin böyle bir kararı önemli işler kategorisine dahil edip bu kararın alınması için nitelikli çoğunluğu şart koşması da mümkündür. Bu durumda nitelikli çoğunluk şartı aranacaktır. Genel kurulun bu kararı alabilmesi için ayrıca azınlık grubunun talebindeki durumun aksine toplantıdan önce bu konunun gündeme dahil edilmiş olması gerekir. Şirket sözleşmesinin bu yönde değiştirilmesi ile henüz devam etmekte olan faaliyet yılı da dahil olmak üzere gelecekteki tüm yıllar için (tam) bağımsız denetim yükümlülüğü doğmuş olacaktır. Buna karşın kanun ve şirket sözleşmesi gereğince sınırlı denetim yeterli iken genel kurul kararı ile şirketin tam bağımsız denetime tabi tutulması tıpkı %10'luk azınlık grubunun talebi üzerine olduğu gibi sadece henüz devam etmekte olan faaliyet yılı ile ilgili olarak sonuç doğurur⁴¹.

³⁹ Böckli, s. 54, no. 116.

⁴⁰ Böckli, s. 56, no. 121.

⁴¹ Böckli, s. 57, no. 124.

bb. Denetçiye İlişkin Şartlar

İsviçre’de hukuki dayanağını 16.12.2005 tarihli Revisionsaufsichtsgezet’den alan ve ülkemizdeki Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu ile aynı fonksiyonu üstlenen Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) bulunmaktadır. RAG 4. 5. ve 6. maddelerinde bağımsız denetçiler üç sınıfa ayrılmaktadır. Buna göre:

- (i) Yetkilendirilen denetçiler (zugelassene Revisoren)
- (ii) Yetkilendirilen uzman denetçiler (zugelassenen Revisionsexperten)
- (iii) Devlet tarafından gözetlenen denetim şirketleri (staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen)

OR m.727b hükmünün birinci fıkrasına göre halka açık şirketlerin tam bağımsız denetimi için bağımsız denetçi olarak devlet gözetim ve denetiminde olan bir bağımsız denetim şirketi (die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen) seçilmelidirler. Bu şirketler kanunun yetkili denetçi (zugelassener Revisor) veya yetkili uzman denetçi (die zugelassenen Revisionsexperte) tarafından yapılmasını şart koştuğu diğer denetimleri de devlet tarafından gözetlenen bir bağımsız denetim şirketine (staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen) yaptırmak zorundadırlar. Devlet tarafından gözetlenen bağımsız şirket olarak kabul edilmenin şartlarını ise RAG m.6 şu şekilde düzenlemektedir:

- (a) Şirket üst yönetim organlarının üyelerinin çoğunluğunun bağımsız denetçi olma yeterliliğine sahip olması gerekir,
- (b) Bağımsız denetim faaliyetinin icrasına katılan kişilerin en az 1/5’inin bağımsız denetçi olma yeterliliğine sahip olması gerekir,
- (c) Bağımsız denetim faaliyetini yöneten kişilerin tümünün bağımsız denetçi olma yeterliliğine sahip olduğunun güvence altına alınmış olması gerekir,
- (d) Şirketin yönetim yapılanmasının denetlenecek şirketlerin tek tek gözetlenmesine imkan sağlaması gerekir.

Ayrıca devlet tarafından yürütülen mali denetimlerin yukarıdaki dört şartı yerine getirmesi halinde bu denetim de tüzel kişi bağımsız denetçi olarak kabul edilir. Fakat bu denetimin devlet/kamu tarafından gözetlenen ve denetlenen denetim şirketi olarak kabul edilmez.

Aynı hükmün ikinci fıkrası tam bağımsız denetim yaptırmakla yükümlü olan diğer şirketlerin ise bağımsız denetçi olarak 16.12.2005 tarihli RAG hükümlerine göre yetkili bir uzman denetçiyi (zugelassener Revisionsexperte) görevlendirmek zorunda olduklarını düzenlemektedir. Bunlar kanun tarafından yaptırılması şart koşulan diğer denetimleri de aynı şekilde yetkili bir uzman

denetçiye yaptırmak zorundadırlar. Yetkili bir uzman denetçi olarak kabul edilebilmenin şartlarını ise RAG m.4 düzenlemektedir. Buna göre hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin yetkili uzman denetçi unvanını alması mümkündür. Tüzel kişilerin yetkili uzman denetçi unvanı için taşınması gereken şartlar yukarıda izah edilmiştir. Bir gerçek kişinin yetkili uzman denetçi olarak kabul edilebilmesi için ise onun RAG m.4/II'de belirtilen ilgili alanlarda öğrenim ve tecrübe şartlarını yerine getirmesi ve iyi bir itibara sahip olması gerekir.

RAG m.3/II hükmüne göre izinli bağımsız denetçilik ve uzman bağımsız denetçilik unvanları gerçek kişiler için süresiz bir şekilde verilirken, devlet/kamu tarafından gözetlenen ve denetlenen bağımsız denetim şirketlerine bu unvanlar sadece 5 yıl için verilir.

2. Almanya

Alman Ticaret Kanunu'nun (HGB) 316. maddesinde aynı kanunun 267. maddesindeki şirketlerin büyüklüğe göre sınıflandırılmasında kullanılan eşiklere atıfta bulunulmuş, bu kriterlere göre küçük şirketler sınıfına dahil olmayan sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre aşağıdaki üç kriterden en az iki tanesini bir birini takip eden iki hesap yılı içinde (f.4) yerine getirmeyen sermaye şirketleri küçük şirketlerdir:

- (1) Kanunun 283/III hükmüne göre bilançonun aktif tarafında açık hesap olarak tespit edilen kalemlerin çıkarılmasından sonra geriye kalan bilanço büyüklüğü 4 840 000 Euro,
- (2) Faaliyet yılının son gününden önceki son 12 aydaki cirosu 9 680 000 Euro,
- (3) Yıllık ortalama 50 çalışan.

Aynı hükmün 2. fıkrasına göre orta büyüklükteki sermaye şirketleri ise 1. fıkradaki 3 kriterden en az iki tanesini yerine getiren, fakat aşağıdaki 3 kriterden en az iki tanesini yerine getirmeyen şirketlerdir:

- (1) Kanunun 283/III hükmüne göre bilançonun aktif tarafında açık hesap olarak tespit edilen kalemlerin çıkarılmasından sonra geriye kalan bilanço büyüklüğü 19 250 000
- (2) Faaliyet yılının son gününden önceki son 12 aydaki cirosu 38 500 000 Euro
- (3) Yılda ortalama 200 çalışan (31 Mart, 30 Haziran ve 30 Eylül'deki ortalamalar esas alınarak)

Son olarak aynı hükmün 3. fıkrasına göre büyük sermaye şirketleri ise 2. fıkrada belirtilen kriterlerden en az iki tanesini yerine getiren şirketlerdir. Ayrıca HGB m. 264d hükmünde düzenlenen sermaye piyasalarına yönelmiş sermaye şirketleri ise ("*Kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaft*") başkaca hiçbir

şarta gerek kalmaksızın daima büyük sermaye şirketi olarak kabul edilirler. 264d hükmüne göre sermaye piyasalarına yönelmiş şirket ise Alman Sermaye Piyasası Kanunu m.2/V (WpHG) anlamında organize olmuş bir piyasa üzerinden aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen değerli kağıtları dolaşıma sunan veya piyasaya sunmak için başvuruda bulunan şirkettir.

3. Denetimin Konusu ve Kapsamı

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bağımsız denetimi düzenleyen hükümleri incelendiğinde TTK'nın denetlenecek hususları sınırlayıcı bir şekilde (numerus clausus) belirlemiş olduğu görülmektedir. Gerçekten TTK m.397'ye göre “denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun [konsolide] finansal tabloları denetçi tarafından, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir”. Buna göre denetlenecek hususların başında anonim şirketlerin (ve bu hükümlerin özelliği dolayısıyla bağımsız denetime tabi tüm sermaye şirketlerinin) finansal tabloları ve şirketler topluluğu söz konusu ise topluluğun (konsolide) finansal tabloları gelir. Muhasebe biliminde finansal tablolar, işletmenin finansal durumunun ve finansal performansının ortaya konulması amacıyla işletmeyle ilgili olarak, varlıklar, borçlar, öz kaynaklar, (kar ve zarar da dahil) gelir ve giderler, ortakların ortak olmaları sebebiyle yaptıkları katkılar ve ortaklara yapılan dağıtımlar ve nakit akışları gibi bilgilerin sunulduğu tabloları ifade eder⁴². TTK'da “finansal tablo” kavramının tanımı yer almamakla birlikte 68. maddeye göre her “tacir, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilanço) çıkarmak zorundadır”. Bu hükümle de finansal tabloların içeriğine ilişkin bilgi verilmektedir. TTK'nın bağımsız denetimin konu ve kapsamını düzenleyen m. 398/I hükmüne göre ise, “şirketin ve topluluğun finansal tabloları ...; envanterin, muhasebenin ve Türkiye Denetim Standartlarının öngördüğü ölçüde iç denetimin, bu Bölüm hükümleri anlamında 378'inci madde uyarınca verilen raporların ... denetimidir. Bu denetim, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar. ... Denetleme, şirketin ve topluluğun, malvarlıksal ve finansal durumunun 515'inci madde anlamında dürüst resim ilkesine uygun olarak yansıtılıp yansıtılmadığını, yansıtılmamışsa sebeplerini, dürüstçe belirtecek şekilde yapılır”.

Bağımsız denetimin kapsamına dahil olan bir diğer husus ise TTK m. 516'da düzenlenen yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporudur. Bu hükme göre “yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, şirketin, o yıla ait faaliyetlerinin akışı

⁴² Bknz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 432, 433, par. 17-41.

ile her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtır. Bu raporda finansal durum, finansal tablolara göre değerlendirilir. Raporda ayrıca, şirketin gelişmesine ve karşılaşması muhtemel risklere de açıkça işaret olunur. Bu konulara ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesi de raporda yer alır". Yönetim kurulunun faaliyet raporu ayrıca şu hususları da içermelidir: a) Faaliyet yılının sona ermesinden sonra şirkette meydana gelen ve özel önem taşıyan olaylar, b) Şirketin araştırma ve geliştirme çalışmaları, c) Yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilere ödenen ücret, prim, ikramiye gibi mali menfaatler, ödenekler, yolculuk, konaklama ve temsil giderleri, aynı ve nakdî imkânlar, sigortalar ve benzeri teminatlar. Yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi finansal tabloların denetimine göre daha sınırlı bir denetimdir. Zira yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun içeriği yukarıda izah edildiği gibi geniş olmasına rağmen yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi burada yer alan finansal bilgilerin, denetlenen finansal tablolar ile tutarlı olup olmadığı ve gerçeği yansıtmadığının denetimi ile sınırlıdır. Yani denetçi "YK'nın yıllık faaliyet raporunu; Dünya ve ülke ekonomisi bakımından, AO'nun yatırım politikası açısından istihdam, üretim, çalışma programı (bütçe) hedeflerine uygun olup olmadığı yönünden denetlemez; fiyatlama ve pazarlama ilkelerine uygunluğunu kontrol etmez. Tüm bu hususlar denetim dışıdır. Denetim sonuçları, AO'nun ve/veya Topluluğunun makro politikalarını ortaya koymaz"⁴³.

Bağımsız denetimin kapsamına giren hususlar arasında ayrıca envanter ve muhasebe denetimi de bulunmaktadır. Envanterin hazırlanmasına ilişkin düzenlemeler TTK m.66 ve 77'de yer almaktadır. TTK m.66/I'e göre "Her tacir, ticari işletmesinin açılışında, taşınmazlarını, alacaklarını, borçlarını, nakit parasının tutarını ve diğer varlıklarını eksiksiz ve doğru bir şekilde gösteren ve varlıkları ile borçlarının değerlerini teker teker belirten bir envanter çıkarır". TTK m.398/I hükmüne göre ise "Şirketin ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimi; envanterin, muhasebenin ve ... denetimidir. Bu denetim, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kanuna ve esas sözleşmenin finansal tablolara ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığının incelenmesini de kapsar". Envanterin bağımsız denetimin kapsamına dahil olması gerekliliğinin ayrıca denetlenecek olan bilançonun envantere dayalı olarak hazırlanıyor olması gibi mantıksal bir gereksesi de vardır⁴⁴.

TTK m.398/I hükmünün gerekçesinden anlaşılacağı üzere Türkiye Denetim Standartlarında öngörüldüğü ölçüde şirket iç denetim biriminin denetimi de bağımsız denetimin kapsamına girmektedir. Gerçekten de hükmün gerekçesinde denetleme-

⁴³ Bknz. Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 431, par. 17-36 ve 17-37.

⁴⁴ Özkorkut, s. 219.

nin konusu ve kapsamının birinci fıkra kapsamında sayma yöntemi ile belirlendiği ifade edildikten sonra “*Hem şirketin hem de topluluğun denetimi şu belgelerin denetimini ifade eder: ..., uluslararası denetim standartları bağlamında muhasebe iç denetimlerinin ve ...*” denilmektedir. Uluslararası denetim standartları kapsamında iç denetim ile kastedilen ne olduğu sorusuna da yine hükmün gerekçesinde, “*şirket içerisindeki çeşitli komiteler, özellikle halka açık şirketlerde denetim komitesi veya müfettişler aracılığıyla yapılan veya holdinglerde bütün topluluğu kapsar şekilde yapılan denetimler*”in anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

4. Denetim Raporu

İsviçre Borçlar Kanunu’nda 2005 yılında yapılan değişiklik öncesinde bağımsız denetçiler denetlenen şirketin pay sahiplerine yönelik hazırladıkları denetim raporunun yanında, şirket yönetim kuruluna hitaben de denetim raporuna göre daha az kapsamlı ve ilk raporu tamamlayıcı mahiyette bir “Açıklama Raporu” (“*Erlaeuterungsbericht*”) hazırlıyorlardı⁴⁵. 2005 yılında yapılan değişikliklerden sonra ise bu “Açıklama Raporu”nun yerine geçmek üzere daha kapsamlı olan ve pay sahiplerinin bilgisine sunulmayan⁴⁶ bir “Kapsamlı Denetim Raporu” hazırlanır ve yönetim kuruluna sunulur. Böylece “*Açıklama Raporunun konumu (“Erlaeuterungsbericht”) mer’i hukuka göre (bkz. Art. 729 a OR) güçlendirilmiş bulunmaktadır*”⁴⁷. Bu “kapsamlı denetim raporu” denetçilerin denetim hakkındaki nihai “hükmü” vermelerine yol açan bütün tespitleri içerir. Yani bir diğer ifadeyle bu kapsamlı açıklama raporu denetim hakkındaki hükmün gerekçesini teşkil eder⁴⁸.

Bu kapsamlı rapor daha önceki açıklama raporunun çok ötesinde bir içeriğe sahiptir. Çünkü 1991 tarihli Art 729 a OR hükmünün geçerli olduğu dönemde bağımsız denetçilerin açıklayıcı rapor için kullandıkları modeller çoğu zaman yeterli bilgiyi içermemekten ve tatmin edici olmaktan uzak idi; bu modeller 1 Ocak 2008 tarihi itibarıyla artık uygulamadan kalkmış bulunmaktadırlar⁴⁹. Yeni kapsamlı rapor ise birçok kategorideki konulara ilişkin ifadeler içerir. Bu kategoriler şu şekildedir: i) denetimin icrasına ilişkin ifadeler, ii) Muhasebeleştirilmeye (Rechnungslegung) ilişkin tespitler, iii) iç denetime ilişkin tespitler, iv) denetim çalışmalarının sonuçlarının sunumu, v) denetçilerin denetim hakkındaki hükümleridir.

⁴⁵ Art. 729a OR 2005; buna ilişkin PS 260 (2004) No: 17A vd. – Daha önce Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 33 N. 48 vd.; HWP (1998) II, 431 vd.; Rolf Watter, BSK (2002) Art. 729a N. 3 vd.; Peter Böckli (2004) § 15 N. 177 vd. – daha güncel olarak Stenz/Renfer (2007) 15.

⁴⁶ En azından şirket tarafından bu bilgilendirme gerçekleşmez. Krşl. vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 33 N. 49. Bu (daha uzun olan) raporu incelemek ise Art. 697 a OR’da ifadesini bulan “özel denetim” çerçevesinde mümkün olacaktır.

⁴⁷ Botschaft 2004A, 4024, No: 2.1.3.2.2.

⁴⁸ Böckli, s. 139, No. 323.

⁴⁹ Böckli, s. 141, dipnot No. 674.

Denetçiler bunun yanında bir de denetlenen tek şirketin ve duruma göre konzernin yıllık faaliyet raporunun denetiminin sonucu, yönetim kurulunun bilanço karının değerlendirilmesine yönelik teklifinin denetimine ilişkin sonucu kısa ve yazılı bir şekilde genel kurula sunmak üzere bir özet şeklinde rapor hazırlar. Bu rapor ise şu hususlara ilişkin bilgiler içerir: i) denetim ekibinin yöneticisi konumunda olan kişinin bağımsızlığına ve denetim faaliyeti açısından mesleki yeterliliğine ilişkin bilgiler (Art.728 b, f.2, No.2 ve 3 OR), ii) denetlenen şirketin yıllık faaliyet raporunun ve duruma göre konzern raporunun (Konzernrechnung) bu konuya ilişkin normlara uygun olup olmadığı hakkındaki hüküm, iii) karın değerlendirilmesine ilişkin teklifin normlara uygunluğu hakkındaki onay, iv) yıllık faaliyet raporunun (Jahresrechnung) onaylanması konusunda genel kurula tavsiye kararı⁵⁰.

Denetçiler genel kurula sundukları bu özet şeklindeki kısa denetim raporunda kesin denetim hükmünü de vermiş olurlar. Bu denetim hükmü şu şekillerde olabilir: i) sınırsız (uneingeschraenkte) onay, yani denetime tabi konularda kanuna ve şirket sözleşmesine aykırılıkların tespit edilmediğine ilişkin onay⁵¹, ii) sınırlı onay, yani muhasebeleştirilmeye (Rechnungslegung) ilişkin hükümlere aykırılıklar tespit edilmesine rağmen bunların muhasebeleştirme sonucunu (Rechnungslegung) etkileyecek derecede olmaması ve şirket yönetimi ile yapılan müzakereler neticesinde bu eksikliklerin giderilemediğine ilişkin onay⁵², iii) reddedici onay, yani tespit edilen eksikliklerin sonuca etkili olduğu ve bu eksikliklerin giderilmesinin şirket yönetimi ile yapılan müzakereler neticesinde de mümkün olmadığına ilişkin tespit⁵³.

Denetçiler denetim faaliyeti esnasında kanuna veya şirket sözleşmesine aykırılıklar tespit ettiklerinde bunları yönetim kurulu ile paylaşmalı⁵⁴ ve (varsa) yanlış anlaşımaların ortadan kaldırılması imkanını yönetim kuruluna tanımalıdır. Bu aykırılıklar çok önemli derecede aykırılıklar teşkil ediyorsa⁵⁵, bu tespitlerin ayrıca genel kurula da bildirilmesi gerekir⁵⁶.

⁵⁰ Böckli, s. 149.

⁵¹ Böckli, s. 156 vd.

⁵² Böckli, s. 160 vd.

⁵³ Böckli, s. 162 vd.

⁵⁴ Art. 728 c, f. 1 OR. – Ayrıca denetçilerin uygulamaları için bkz. PS 250 (2004) No. 32 vd.

⁵⁵ Art. 728 c, f. 2 OR, Art. 729 b OR (1991 tarihli hüküm) kıyasen bildirim yükümlülüğünü düzenlemekte ve “önemli olaylar”dan bahsetmekte idi. Böckli bu değişiklik ile kavramlar arasında bir uyumlaştırmanın amaçlandığını düşünmektedir, bkz. Böckli, s. 172. Aynı şekilde 12 Ekim 2004 tarihli BGH hükmü: 4P.208/2003, Erw. 2.4.1.

⁵⁶ Aynı fikirde 26 Nisan 2007 tarihli BGH hükmü: 4C.45/2006, Erw. 7.3. - Krşl. Rolf Watter, BSK (2002) Art.729b N. 2/3.

b. Sınırlı Denetim

Küçük ve orta ölçekli (10-20-50⁵⁷ eşliğini aşmayan) işletmeler için İsviçre Borçlar Kanunu sınırlı bir denetimi yeterli görmüştür. Kanun bu düzenlemeye yer vermekle mevzuatın gerçeklikle olan bağını muhafaza etmeye çalışmıştır. Zira henüz kanunun bu farklılaştırmaya gitmediği dönemde de küçük ve orta ölçekli işletmelerin denetiminde şu ilginç durumlar ile karşılaşılıyordu:

- i) Kanun tam bir denetimi (“full audit”) gerektirdiği halde sıklıkla gerçek bir tam denetimin yapılmadığı gözlemlenmekteydi⁵⁸. Bu tür işletmelerde denetçiler daha çok (payların çoğunluğuna sahip olan pay sahiplerinin denetim giderleri konusundaki bilinci de dikkate alınarak) sadece dikkat çekici durumlar, çelişkilerin mevcut olup olmadığının araştırılması ve verilen bilgilerin akla uygun olup olmadığının⁵⁹ gözden geçirilmesi (“review”⁶⁰) ile yetiniyorlardı.
- ii) Şirket yönetimleri çoğunlukla yıllık faaliyet raporunun oluşturulmasında denetçilerden sadece danışmanlık hizmeti değil, aynı zamanda bu raporun hazırlanmasında onlara daha aktif görevler veriyorlardı.

İsviçre kanun koyucusu küçük ve orta ölçekli işletmelerin çoğunun personel eksikliği ve uzmanlık bilgisi eksikliği sebebiyle dışarıdan yardım almadan ticari defterlerin tutulması ve yıllık faaliyet raporunun hazırlanmasında yetersiz kaldıklarını gözlemlemiş ve bu yükümlülüklerin tam olarak yerine getirilebilmesi için dışarıdan danışmanların görevlendirilmesinin bu tür işletmeler için önemli bir gider kalemi oluşturacağını, bunun yerine denetçilerden yardım alınmasının daha etkili ve uygun olacağını düşünmüştür. Denetçiler bu çalışmalarda rol almasının onların denetlenecek konularla ilgili daha fazla bilgi sahibi olacağı gibi bir avantajdan da bahsedilir⁶¹. Bu yüzden küçük ve orta ölçekli işletmeler için tam denetim yerine daha farklı bir düzenleme öngörülmüştür.

Sınırlı denetimin tam denetim ile farklarını kısaca şu şekilde özetlemek mümkündür:

- i) Denetçinin uzmanlık tecrübesi bağlamında daha az sıkı şartların var olması (Art. 5 RAG 2005);

⁵⁷ Bir birini takip eden iki faaliyet yılında belirtilen şu eşiklerden iki tanesini aşmayan şirketler:

a) Bilanço büyüklüğü açısından 10 Milyon İsv. Frankı, b) 20 Milyon Franklık ciro büyüklüğü, c) Yıllık ortalama olarak 50 kişilik tam zamanlı çalışan sayısı (Art. 727 f.1 No. 2 OR 2005).

⁵⁸ Art. 728 f. 1 OR 1991. – Benzer şekilde Botschaft 2004A, 3978, No. 1.1.3.; Jakob Baer (2007) 48.

⁵⁹ Karşl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (1996) § 33 N. 23.

⁶⁰ Karşl. PS 910 (2004).

⁶¹ Böckli, s. 187, No. 452.

- ii) Bütün konuların değil, sadece kanun hükümlerine veya şirket sözleşmesine aykırılıkları olduğu hususunda belirtilerin olduğu olayların araştırılması (Art. 729a Abs. 1 Ziff. 1 OR 2005);
- iii) İnceleme metodunun sadece sorgular, analitik inceleme işlemleri ve makul ölçülerde detay incelemeleri ile sınırlı olması (Art. 729a Abs. 2 OR 2005) ve (Art.728a, f.2 OR 2005 hükmünden farklı olarak) iç denetim sistemini dikkate almakla açıkça yükümlendirilmemiş olması (Art. 729a OR 2005);
- iv) Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 OR 2005 hükmü ile karşılaştırıldığında) Bir iç denetim sisteminin mevcut olup olmadığının denetim raporunda belirtilmesinin gerekli olmadığı dikkate alındığında, denetim konusunun da sınırlı olduğu (Art. 729a OR 2005);
- v) Sadece genel kurula bir özetleyici denetim raporun sunulması gereği ve yönetim kuruluna detaylı bir denetim raporunun sunulması yükümlülüğünün olmaması (Art. 729b, f.1 OR 2005);
- vi) Yönetim kurulu ve genel kurula karşı bir bildirim yükümlülüğünün olması fakat aşırı borçlanılma hali yani borca batıklık halinde mahkemeye karşı bildirim yükümlülüğünün olması (Art. 729c OR 2005);
- vii) “Embedded audit” imkanı, yani denetçilerin ticari defterlerin tutulması ve yıllık faaliyet raporunun hazırlanmasında belli şartlar altında rol alması imkanının tanınmış olması (Art. 729 f.2 OR 2005.)⁶²;
- viii) Tam denetimde olup da sınırlı denetimde olmayan durum ise, denetçilerin rotasyonu, yani onların belli bir süreden sonra artık aynı şirketi denetleyememeleri, bir süre ara vermeleri gerekliliği ve konzernrechnung denetiminin olmamasıdır (Art. 727 f.1 No. 3 OR 2005).

Yukarıda verilen karşılaştırma neticesinde kanun hükümlerine ve şirket sözleşmesine aykırılıkların tam denetime göre sınırlı denetim çerçevesinde ortaya çıkarılmaması riskinin daha büyük olduğu söylenebilir⁶³. Fakat denetim çerçevesinde yapılan incelemelerin bu riski azaltacak şekilde şekillendirilmesi gerekir.

IV. Denetimin Yürütülmesi Tarzı ile İlgili Fransa'daki “Joint Audit” Örneği

Bir diğer Avrupa Birliği üyesi ülke olan Fransa'da ise “Joint Audit” kurumu⁶⁴ mevcuttur. Buna göre bağımsız denetime tabi olan bir şirketin denetimi bir

⁶² Daha fazla bilgi için bkz. Böckli, s. 207, No. 494 vd.

⁶³ Botschaft 2004A, 4027, Ziff. 2.1.4.2.1.

⁶⁴ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Ratzinger-Sakel, Nicole V.S./ Lambacher, B.Sc., Erfahrungen mit dem Joint Audit in Frankreich, Der Betrieb 2013, s. 1369 vd.

birinden bağımsız olan en az iki farklı denetçi tarafından icra edilmelidir. Bu sisteme göre denetçiler, öncelikle denetimi yapılacak konuları kendi aralarında paylaşırlar ve denetim sonunda beraberce kaleme alacakları bir raporu hazırlar ve şirkete sunarlar. Böylece denetim sonucunun objektifliği biraz daha arttırılmış ve aynı zamanda bu görevlendirilen bir birilerini de denetlerler. Fakat bu sistemin dezavantajları ise bu denetçiler arasında ihtilaf çıkma ihtimali, denetimin daha fazla zaman ve maliyeti gerektirmesi ihtimalleridir.

V. Denetim ile İlgili Pay Sahiplerine Tanınan Tercih Hakları

Küçük ve orta ölçekli işletmeler bakımından sisteme esneklik kazandırmak için İsviçre Hukukunda pay sahiplerine denetim ile ilgili bazı tercih imkanları tanınmıştır.

Bu imkanların başında “opting out” diye ifade edilen ve belli şartların mevcut olması halinde pay sahiplerinin şirketin denetim dışı kalmasına karar verme imkanı gelir. Bir arada bulunması gereken bu şartlar şu şekildedir:

- i) Şirketin sınırlı denetime tabi olmayı gerektiren şartları taşıması,
- ii) Şirketin yıllık ortalama itibariyle tam zamanlı olarak en fazla 10 işçi çalıştırmaması,
- iii) Tüm pay sahiplerinin oy birliği,
- iv) Pay sahiplerinden hiç birinin daha sonradan sınırlı denetimi talep etmemiş olması.

Bu şartların tamamının bir arada bulunması halinde, şirket sözleşmesi buna uygun olarak değiştirilir, sınırlı denetime başlanmış hatta bitirilmiş olsa bile hemen sonuçlarını doğurur ve denetim gereksiz hale gelir. Şirketin denetim dışı kalması sadece bir yıla ilişkin değildir, şartlar değişmediği sürece denetim yapılmayacaktır. Bu durumda şirket yönetim organının normal şartlarda denetlenecek olan konularla ilgili sorumluluğu ise daha da artacaktır⁶⁵. Ayrıca şirket sözleşmesinin de bu doğrultuda değiştirilmesi gerekir.

Pay sahiplerine tanınan bir diğer tercih imkanı ise “opting down” diye ifade edilen imkandır. “opting out” için gerekli olan şartların tamamının varlığı halinde pay sahipleri, denetimden tamamen vazgeçmek yerine kanunun aradığı şartları taşımayan, yani kanunen denetim yapma yetkisi olmayan bir kişiye denetimi yaptırmaktır. Tabii bu durumda icra edilecek denetimden kanunun bahsettiği anlamda bir denetimin varlığını kabul etmek mümkün olmayacaktır.

⁶⁵ Daha fazla bilgi için bkz. Böckli, s. 229 vd.

Nihayet pay sahiplerine tanınan bir diğer imkan ise azınlık pay sahiplerinin konumunu güçlendiren, “opting out” veya “opting down” kavramlarının tersi bir etkiye sahip olan “opting up” imkanıdır. Yani normal şartlar altında sınırlı bir denetim yapılması gereken orta ve küçük ölçekli işletmeleri için payların %10'unu elinde bulunduran pay sahiplerinin talebi üzerine sınırlı denetim yerine tam denetim yapılması gerekliliğidir (Art. 727, f.3 OR).

F. SONUÇ

Yukarıda Türk, Alman ve İsviçre hukuklarındaki düzenlemeler arasında yapılan karşılaştırma dikkate alındığında Türk hukukunda bağımsız denetim konusunun Alman hukukundaki düzenleme ile çok benzerlik taşıdığı gözlemlenmektedir. Küçük ve orta ölçekli işletmelerde bağımsız denetimin getireceği ekstra maliyetler dikkate alındığında ve azınlık pay sahiplerinin şirketteki konumlarının güçlendirilmesi amaçlandığında İsviçre hukukunda pay sahiplerine tanınan “opting out”, “opting down” ve “opting up” imkanlarının Türk kanun koyucusu tarafından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kanun koyucunun her konuda olduğu gibi bağımsız denetim konusunda da sadece bir ülkedeki düzenlemeyi esas alıp bir hukuki kurumu iç hukukumuzda transfer etmek yerine çok farklı ülkelerdeki düzenlemeleri ve tecrübeleri araştırması daha faydalı olacaktır. Örneğin bir Avrupa Birliği üyesi ülke olan Fransız hukukundaki “Joint Audit” kurumu da Türk hukukunda bağımsız denetim konusunun tekrar ele alınmasında dikkate değerdir.

6356 SAYILI KANUN BAKIMINDAN SENDİKAL GÜVENCELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI**
*Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN***

ÖZET:

18.10.2012 tarihinde kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu karşılaştırıldığında sendikal güvenceler konusunda önemli değişiklikler öngörüldüğü görülmektedir. Çalışmamızda; sendika üyeliği güvencesi, işyeri sendika temsilciliği güvencesi ve sendika yöneticiliği güvencesi incelenecek ve 2821 sayılı kanunda yer alan sendikal güvence hükümleri ile olabildiğince mukayese edilecektir. Makalemizde Yargıtay kararlarına da yeri geldikçe değinilerek 6356 sayılı Kanun'un sendikal güvenceye ilişkin getirmiş olduğu hükümler Yüksek Mahkeme'nin kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sendikal Güvenceler, İşyeri Sendika Temsilciliği Güvencesi, Sendika Üyeliği Güvencesi, Profesyonel ve Amatör Sendika Yöneticiliği Güvencesi.

ABSTRACT:

Significant alterations are seen between the Trade Unions and Collective Bargaining Agreements no 6356 adopted on 18.10.2012 and Trade Unions Code no 2821. In our working, trade union membership assurances, workplace union representation assurances and trade union directorship assurances will be examined and the articles of Trade Unions Code no 2821 will be compared. Supreme Court decisions will be partly mentioned In our article and the articles about assurances of new code no 6356 will be examined together.

Keywords: Trade Union Assurances, Workplace Union Representative Assurance, Trade Union Membership Assurance, Professional and Amateur Trade Union Directorship Assurance.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Ana Bilim Dalı Başkanı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Ana Bilim Dalı.

GİRİŞ

Anayasamızın 51. maddesi itibariyle çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Sendikaların faaliyetlerini icra edebilmeleri amacının ideal anlamda yerine getirilebilmesi bakımından sendikayı oluşturan üyelerin güvence altına alınması gerekmektedir. Bu koruma ise sendikaya üye olan kişiler açısından sınırlı olmayıp, işyerinde sendikayı temsil etme hakkına sahip olan işyeri sendika temsilcilerini ve sendikada yöneticilik yapan kişileri de kapsamaktadır. Bu alanda Kanun Koyucu söz konusu korumayı sağlayabilmek açısından bir takım düzenlemeler öngörmüştür.

Çalışmamızda söz konusu sendikal güvenceler bakımından 18.10.2012 tarihinde kabul edilen ve 07.11.2012’de yürürlüğe giren 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu irdelenecektir. Bu Kanun kapsamında kabul edilen ve bu alanda mülga 2821 sayılı Kanunu’na nazaran bir takım yenilikler öngören sendika üyeliği, işyeri sendika temsilciliği ve sendika yöneticiliği güvenceleri ele alınacaktır. Nihayet 6356 sayılı Kanun ile sağlanan güvencelerin amacına ulaşıp ulaşmadığı hususu da ayrıca değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle “sendikal özgürlük” kavramına kısaca değinip, ilerleyen bölümlerde sendikal özgürlüğün en önemli teminatı olan sendikal güvenceler hususu incelenecektir.

I. GENEL OLARAK SENDİKAL ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

Anayasamızın 51. maddesi itibariyle çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Anayasamızın 51. maddesi her ne kadar “sendika kurma hakkı” başlığını taşımaktaysa da bu hakkın aynı zamanda bir özgürlük olduğu genel olarak kabul gören bir husustur. Bu bağlamda sendika hakkının sendika özgürlüğünün daha somutlaştırılmış özel bir halini ifade ettiğini belirtelim.

Sendikal özgürlük iki kapsamda ele alınmaktadır. Doktrinde bu husus kolektif ve bireysel sendika özgürlüğü olarak nitelendirilmektedir¹. Bireysel sen-

¹ Melda **Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 35; Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 24. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 405.; Nizamettin **Aktay**/Kadir **Arıcı**/Emine Tuncay **Senyen-Kaplan**, İş Hukuku, 6. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2013, s. 309A. Can Tuncay/ Burcu Savaş; Toplu İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 30.

dika özgürlüğü ise pozitif ve negatif sendika özgürlüğü olarak ikiye ayrılır. Bunlardan pozitif sendika özgürlüğü sendika kurma ve kurulmuş olan bir sendikaya üye olma ile faaliyetlerine katılabilmeyi, negatif sendika özgürlüğü ise sendikaya üye olmama ve üyelikten ayrılabilmeyi ifade eder².

Bireysel sendika özgürlüğü Anayasamızın 51. maddesinde anayasal olarak güvence altına alınmıştır ve bu özgürlük gereğince kişiler önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptirler³. Bunun yanında bu kimseler sendikalara üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına da sahiptirler. Pozitif sendika özgürlüğünün bir diğer yönü ise bireylerin sendikaların faaliyetlerine katılabilme serbestisidir.

Pozitif sendika özgürlüğü, çalışanlar ve işverenlerin kurulmuş olan sendikalara girme hakkı mevcut sendikalar arasında bir seçim yapma hakkını da içine alır⁴. Zira aynı işkolunda faaliyette bulunmak üzere birden çok sendika kurulabilir. Buna “sendika çokluğu ilkesi” denir. Dolayısıyla sendika özgürlüğünün neticesi olarak; işçi ve işverenler kendilerine en yakın sendikaya üye olabilir veya bu mahiyette bir sendika bulamazlar ise yeni bir sendika kurabilirler.

Negatif sendika özgürlüğü, kişinin herhangi bir sendikaya üye olmama, üye olmuş ise ondan ayrılabilme, bir sendikaya üye olmaya zorlanamama, kısaca sendikasız kalabilme özgürlüğünü ifade eder⁵. Negatif sendika özgürlüğü bir anlamda pozitif sendika özgürlüğünün tamamlayıcısı ve güvencesidir. Anayasamızın 51/I fıkrası hükmünde yer bulan negatif sendika özgürlüğüne ilişkin olarak 6356 sayılı Kanun m. 17/III’de de “Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz...” hükmüne yer verilmiştir.

Kolektif sendika özgürlüğü ise, en genel tanımıyla sendikaların varlıklarının korunması ve faaliyetlerinin güvence altına alınmasıdır⁶. Her ne kadar Anayasamızın bireysel sendika özgürlüğünü düzenleyen 51. maddesinde açıkça söz edilmemiş olsa da sendikaların varlık nedenlerinden hareket edilme suretiyle anayasamızın kolektif sendika özgürlüğünü de güvence altına aldığı belirtilmelidir.

² Aktay/Arıcı/Seniyen-Kaplan, s. 309.; Ahmet Terzioğlu, “Bireysel Sendika Özgürlüğü Kavramı ve Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısının Bu Yönde Getirdiği Hükümler”, Hukuk, Ekonomi ve Siyaset Aylık İnternet Dergisi, Sayı 128, Ekim 2012, s. 2.

³ Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 255.

⁴ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 334-335.

⁵ Aydın Başbuğ, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Şeker-İş, s. 72.; Ünal Narmanhoğlu, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, 2. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 12.

⁶ Narmanhoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 12.

Kolektif sendika özgürlüğünden söz edebilmek için öncelikle sendikaların varlığının devlete karşı korunması gerekmektedir. Bu bağlamda sendikalar idari makamların izni olmaksızın serbestçe kurulabilir ve sendikaların idari kararlarla kapatılmaları mümkün değildir.

Sendikaların faaliyetlerinin güvence altına alınması kolektif sendika özgürlüğünün bir diğer gereğidir. Bu bağlamda başta toplu iş sözleşmesi, grev yapma hakları olmak üzere işyeri sendika temsilcisi atama, aidat toplama vb. faaliyetlerde bulunma hakkı, kolektif sendika özgürlüğü kapsamında ele alınmaktadır⁷.

II. SENDİKA ÜYELİĞİ GÜVENCESİ

A. Genel Olarak

6356 sayılı Kanun kapsamında yalnızca sendikaya üye olmak özgürlüğü değil, bir işçinin sendikaya üye olmama özgürlüğü bulunduğu da kabul edilmiştir (m.25). Başka bir deyişle işe alınmada, çalışma ilişkilerinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde hiçbir sendikaya üye olmamış bir işçinin, örneğin bir sarı sendikaya yani işverenin tahakkümü altındaki bir işçi sendikasına üye olmaması dolayısıyla da ayrıma tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

25. maddenin koruma altına aldığı bir diğer kısım ise sendikaya üye olan işçilerdir. Bunlar açısından sağlanan güvence de işe alınmalarında, çalışma ilişkilerinde ve iş sözleşmesinin sona ermesinde üye olduğu sendikadan ayrılması veya başka bir sendikaya üye olmaması sebebiyle ayrıma maruz bırakılmayacak olmalarıdır. Sendikal ayırım yasağının tek istisnası ise mülga 2821 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleridir (m.25/2).

Sendika üyeliği güvencesi bakımından 6356 sayılı Kanun, ilk olarak işçilerin işe alınmalarında, ardından iş ilişkilerinin devamında ve nihayet iş sözleşmelerinin sona ermesinde sendikal ayırımın yapılamayacağını düzenlemektedir. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanun ile sendika üyelik güvencesi açısından; işe almada, çalışma ilişkisinin devamında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde olmak üzere üçlü bir ayrıma gidildiği söylenebilecektir. Zira 6356 sayılı Kanun, işverenin sendikalı sendikasız işçi ayırımı yapamayacağını, sendikalı işçileri farklı muameleye tabi tutamayacağını, sendikal faaliyetleri sebebiyle işçileri işten çıkaramayacağını hüküm altına almıştır⁸.

⁷ Tunçomağ/Centel, s. 239.; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 310.

⁸ A. Can Tunçay/F. Burcu Savaş, Toplu İş Hukuku, 3. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 95-96; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 318.

B. İşe Alınmada Sendika Üyeliği Güvencesi

6356 sayılı Kanunun m. 25/I, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 31/I hükmünü bir bakıma tekrar etmiş ve işçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri, üyelikten çekilmeleri ya da herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağını hüküm altına almıştır. Bu hükümden hareketle bir işveren, işçileri işe almada, sendikaya üye olma ya da olmama gibi sendikal nitelikte ayırım yapamayacaktır⁹. İşe alma konusunda, uygulamada işverenlerin “kara liste uygulaması” düzenlemesinin geldiği belirtilmektedir¹⁰. Söz konusu uygulamada işverenlerin, sendikal faaliyetlerle iştigal eden ya da sendika önderliği yapan işçilerin isimlerinin yer aldığı listeleri elden ya da işveren kuruluşları vasıtasıyla yayarak onların işe alınmalarını önleme yoluna gittikleri görülebilmektedir¹¹. Yine ayırım yasağına aykırı uygulamalara diğer bir örnek olarak da işçi kuruluşları tarafından gerçekleştirilen Fransız Hukukunda “çalışmayı engelleme” (Mise a L’Index) adı verilen ve bir disiplin uygulaması olarak sendikadan ayrılmış olan işçilerin işverenlerce işe alınmalarını engellemek ya da çalışmaya devam eden üyenin işten atılması için işverene baskı yapılması gösterilmektedir¹².

İşverenin söze konu sendikal nitelikte ayırımı esas alarak işçileri işe alması halinde ne tür bir yaptırıma maruz kalacağı ise 2821 sayılı Kanundan farklı olarak 6356 sayılı Kanun ile çözüme kavuşturulmuştur. Gerçekten 2821 sayılı Kanun, işverenin işçileri işe almasında sendikal nitelikte ayırım yapmasını yasaklamış iken, işverenin söze konu yasağı aykırı hareket etmesi halinde herhangi bir yaptırım öngörmemişti. 6356 sayılı Kanun’un 25/4. maddesinde ise işe almada sendikal ayırım yapan işveren sendikal tazminata¹³ mahkûm edilecektir. Bu hüküm ile işe alınmada sendikal ayırımı maruz kalan işçi, işverenden en az 1 yıllık ücret tutarında tazminat talep edebilecektir.

İşe alınmada sendikal ayrımcılık hususunda irdelenmesi gereken bir diğer olgu tazminata esas olan ücretin nasıl belirleneceğidir. Zira işe alınmada sendikal ayırımı tabi tutulan ve işe alınmayan işçinin ücret almaya başlamadığı (ücre-

⁹ Tuncay/Savaş, s. 96; Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 157-158.

¹⁰ Fevzi Şahlanan, “Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)”, LİSGHD, S. 37, 2013, s. 4.

¹¹ Şahlanan, s. 4.

¹² Şahlanan, s. 5.

¹³ Mülga 2821 sayılı Kanunda yer almayan ancak uygulama ve doktrinde kabul edilmiş olan sendikal tazminat kavramına 6356 sayılı Kanun’da yer verilmiştir (Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 162.). Kötüniyet tazminatından farklı olarak sendikal tazminatın yalnızca iş sözleşmesinin feshi halinde değil, işe alınmada ve çalışma ilişkilerindeki ayrımcılık halinde de hükmedileceğine vurgu yapılmaktadır (Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 166).

tinin belirlenmediği) düşünülecek olduğunda, tazminata esas alınacak ücretin ne şekilde dikkate alınacağı merak konusu olmuştur¹⁴. Kanaatimizce burada emsal ücret dikkate alınmalıdır^{15, 16}. Başka bir deyişle sendikal ayrıma tabi tutularak işe alınmayan işçi ile aynı şartlara sahip işe yeni başlayan bir işçinin alabileceği ücret, tazminat tutarında dikkate alınmalıdır. Örneğin, lise mezunu ve ustalık belgesine sahip bir kişinin sendikal nedene dayanılarak işe alınmaması halinde, çalışma hayatı içerisinde aynı şartlara sahip bir işçinin ne kadar ücret ile işe başlayacağı tespit edilmeli, buna göre de tazminata esas alınacak ücret belirlenmelidir.

Son olarak sendika özgürlüğüne aykırı önlemler maddi zarara değil de manevi zarara yol açmış ise TBK'nın 58. maddesi uyarınca işçinin manevi tazminat ileri sürebilme hakkının da mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁷.

C. Çalışma İlişkilerinde Sendika Üyeliği Güvencesi

6356 sayılı Kanun açısından 25. maddede öngörüldüğü üzere işçiler arasında çalışma şartları bakımından da sendikal ayırım yapılamayacaktır. Söz konusu düzenlemenin, işverenin eşit davranma borcunun sendikal özgürlük bakımından da somutlaşmış şekli olduğu belirtilmektedir¹⁸. 6356 sayılı Kanun m. 25/II hükmüne; bir işveren, sendikaya üye olup olmaması unsurlarını nazara alarak işçiler arasında çalışma şartları bakımından da herhangi bir ayırım yapamayacaktır. Örneğin, bir işçinin, sendikaya üye olması nazara alınarak yalnızca kış aylarında yıllık izin talebinin kabul edilmesi, yaz aylarında izin kullanma talebinin reddedilmesi ya da bir diğer örnek olarak çalışma saatleri açısından sendika üyesi olmayan işçilere daha esnek uygulama sağlanması da sendikal ayırım olarak kabul edilmelidir.

İşe alınma halinde olduğu üzere fesih dışında bir durum olan çalışma ilişkilerinde de sendikal ayırım yapılması halinde 6356 sayılı Kanun m. 25/4 gereğince sendikal tazminat gündeme gelecektir. Yine daha önce de belirtildiği gibi sendikal tazminatın işçinin en az 1 yıllık ücreti tutarında olması gerektiği hü-

¹⁴ Şahlanan, s. 7.

¹⁵ Muhittin Astarlı, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 163; Tuncay/Savaş, s. 97.

¹⁶ Söz konusu ücretin tespitinde asgari ücretin veya toplu iş sözleşmesinde mevcut ise belirlenmiş olan akdi asgari ücretin esas alınması yönündeki görüş için bkz.: Ercan Akyiğit, "Yeni Sitemde sendika Üyeliği ve Güvencesi", Çalışma ve Toplum, 2013/2, s. 78.

¹⁷ Cevdet İlhan Günay, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 796; Esra Baskan, 6356 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, 1. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 206.

¹⁸ Şahlanan, s. 5.

küm altına alınmıştır. Tazminatın hesaplanmasında çıplak ücrete itibar edilecek, başka bir deyişle İş Kanunu 32. maddede belirtilen ücrete ek olarak işverence işçiye sağlanan ek menfaatler dikkate alınmayacaktır. Burada işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını ise sendikal ayrıma maruz kaldığını iddia eden işçi ispat etmekle yükümlüdür¹⁹. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olacaktır (m.25/7). Bu hükümle sendikal ayrımcılık bakımından işçiye bir ispat kolaylığı sağlanmışsa da bu kolaylık doktrinde ifade edilen “yaklaşık ispat” olarak algılanmamalıdır²⁰. Bu hüküm itibariyle işçi sendikal nedenlere dayalı olarak iş sözleşmesinin sona erdirildiğini ve bu şekilde kendisine bir ayrımcılık yapıldığını dolaylı yoldan kendisini haklı çıkaracak komşu vakıaların ispatı yoluyla ve düşük bir ispat ölçüsü ile yapabilmelidir²¹. Zira Yargıtay’ın birçok kararında da ispat ölçüsü düşürülmüştür²².

6356 sayılı Kanun ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümlerinin saklı olduğunu öngörmüştür (m.25/2). Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ücret, prim, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesinden faydalanan sendika üyesi olan veya dayanışma aidatı ödeyen işçiler ile sendika üyesi olmayan işçiler arasında ayırım yapılabilecek, bu açıdan sendikal ayırım yapıldığı iddiasına itibar edilmeyecektir²³.

İşveren tarafından toplu iş sözleşmesinin ücrete ilişkin hükümlerinin sendika üyesi olmayan ve bunun yanında dayanışma aidatı da ödemeyen işçilere uygulanabilmesi ise 6356 sayılı Kanun m. 26/4 hükmü karşısında mümkün gözükmemektedir. Gerçekten söz konusu hükme göre toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sendika üyesi olmayan işçilere uygulanabilmesi için ise toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın yazılı onayı aranmıştır. İşverenin bu hükmün aksine taraf sendikanın yazılı onayı olmaksızın, sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı ödemeyen işçilere de toplu iş sözleşmesi hükümlerini uygulamasının sendikal ayırım teşkil edeceği kabul edilmektedir²⁴.

¹⁹ “...Somut olayda, işyerinde sendikalı sendikasız ayırımı yapılmaksızın zam uygulandığı, sendikal nedenle baskının kanıtlanmadığı anlaşılma ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...”, Y.9.HD., 09.07.2013, E. 2012/28331, K. 2013/20907 (Yayınlanmamış Karar).

²⁰ Hakan Albayrak/Ertuğrul Yuvalı, “İşverenin Eşit Davranma Brcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, LİSGHD, S. 34, Y. 2012, s. 105.

²¹ Albayrak/Yuvalı, s. 97.

²² Y.9.HD., 16.04.2007, E. 2007/9474, K. 2007/10635; Y.9. HD., 05.10.2004, E. 2004/13246, K. 2004/21982 (www.legalbank.net, E. T.: 29.08.2013).

²³ Tuncay/Savaş, s. 98.

²⁴ Tunçomağ/Centel, s. 279.

D. İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Sendika Üyeliği Güvencesi

Uygulamada sıkça karşımıza çıkan bir olgu olan iş sözleşmesinin sona erdirilmesinde sendikal ayırım meselesinin çözümlenmesi açısından da 6356 sayılı Kanunda 2821 sayılı Kanuna göre birçok yeni düzenleme öngörülmüştür. 6356 sayılı Kanunun m. 25/5 hükmü itibarıyla; işverence sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin 4857 sayılı Kanun'un 18, 20 ve 21'inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hükmün devamında işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi ve işçinin işe iadesine hükmedilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21. maddesine göre işçinin başvurusu ile işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği hüküm altına alınmıştır. 2821 sayılı Kanun döneminde işçinin 4857 sayılı Kanun m. 21 gereğince öngörülen 10 iş günü içerisinde işverene başvurması ve işverenin de işçiyi işe tekrar başlatması halinde sendikal tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir. Yeni düzenleme ile sendikal neden gözetilerek bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi ve feshe karşı açılan işe iade davasının olumlu sonuçlanması üzerine, işveren her halükarda işçiyi sendikal tazminat ödemeye mahkum edilecektir²⁵. Sendikal tazminata hak kazanabilmek için feshin sendikal nedenle gerçekleştirilmiş olması yeterlidir. Burada iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçinin iş güvencesine tabi olup olmadığına ya da sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olmasının veyahut deneme süresi içerisinde feshin²⁶ gerçekleştirilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak söz konusu düzenlemenin öngörülen amaca hizmet ettiğini söylemek de oldukça güç gözükmemektedir²⁷. Zira böyle bir durumda iş sözleşmesini sona erdirmeye kararlı olan bir işverenin tekrar işçiyi işe alması beklenemeyecektir²⁸. Kanunda ayrıca işçinin işe başlatılmaması halinde sendikal tazminat ile beraber işe başlatmama tazminatının da öngörülmesi halinde ise bu eksiklik giderilecektir. Başka bir deyişle sendikal tazminata herhalde mahkûm edilecek bir işverenin, iş sözleş-

²⁵ Ünal **Narmanhoğlu**, "6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler", Legal İSGHD., İstanbul 2014, S. 41, s. 39 (Sendikal Tazminat).

²⁶ ".....Deneme süresinde çalışan bir işçiyi yasalarca toplu iş sözleşmesinden yararlanma hakkı, grev hakkı, sendikaya üye olma hakkı verilirken onu koruyucu normlardan yararlandırmamak mümkün değildir. Kaldı ki Kanunda yararlandırmayı engelleyici açık bir norm bulunmamaktadır.... İş sözleşmesinin deneme süresi içinde haklı veya geçerli neden olmadan tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisinin, sendikal hakları ortadan kaldırmaması gerekir.... İş sözleşmesinde deneme süreli kayıt olduğu kabul edilse bile, tazminatsız ve bildirimsiz feshetme yetkisi sendikal hakları ortadan kaldırmayacağından, davacının sendikal nedenle fesih iddiası üzerinde durulmalı ve sendikal nedenin varlığı halinde sendikal tazminatı isteğinin kabulüne karar verilmelidir" ((Y.9. HD, 11.05.2009, E. 2009/15921, K. 2009/13019 (www.legalbank.net, E. T.: 20.08.2013)).

²⁷ **Şahlanan**, s. 8.

²⁸ Aydın **Başbuğ**, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, 1. B., Şeker İş Sendikası, Ankara 2012, s. 75.

mesini feshettiği işçiyi tekrar işe alacağını düşünmenin oldukça güç gözüktüğü, işe başlatmama olgusunun sendikal tazminat yanında ayrıca işe başlatmama tazminatına da bağlanması ile kanunda öngörülen amaca ulaşılabileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte Kanunda işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işe başlatmama tazminatına hükmedilmeyeceği de kabul edilmiştir. Başka bir deyişle 4 ile 8 ay arasında takdir edilecek olan işe başlatmama tazminatına sendikal tazminat ile birlikte hükmedilemeyeceği de zikredilmiştir. Bu durumda söz konusu düzenlemenin uygulamada “iş güvencesi” kurumunun “işe başlatmama tazminatına” dönüştüğü söylemini pekiştirdiği söylenebilir.

2821 sayılı Kanunda iş güvencesine tabi işçilerin sendikal tazminata hak kazanabilmeleri için işe iade davası açmaları koşul olarak kabul edilmekteydi. İş güvencesine tabi olarak çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal bir nedene dayalı olarak feshedilmesi halinde sendikal tazminat talep edebilmesi için öncelikle işe iade davası açması zorunlu tutulmaktaydı. Aksi takdirde sendikal tazminata hak kazanamayacağı kabul edilmekteydi. 6356 sayılı Kanun ise sendikal tazminat için ayrıca işe iade davası açma şartını aramamaktadır. Gerçekten 25/5'in son cümlesi gereğince işçinin 4857 sayılı Kanun'un iş güvencesi hükümlerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği kabul edilmiş, işe iade davası açmak zorunda kalmadan bir işçinin sendikal tazminata hak kazanacağı ifade edilmiştir.

Burada dikkate alınması gereken bir başka husus da 6356 sayılı Kanun tasarı halinde iken İş Kanunu'nun 18. maddesinde aranan 30 ve daha fazla işçi çalıştırma ve işçinin en az altı ay kıdemi aranmaksızın işçinin işe iade davası açabilmesi öngörüldüğü halde²⁹ 6356 sayılı Kanunda İş Kanunu'nun iş güvencesine ilişkin 18, 20 ve 21. madde hükümlerine doğrudan atıf yapılmasıdır. Zira söz konusu atfın yapılması karşısında artık sendikal üyelik güvencesinden salt İş Kanununda öngörülen iş güvencesi hükümlerinden faydalanan işçilerin mi yararlanacağı noktasında duraksama yaşanmaktadır³⁰. Ancak işçilerin işe iade davası açması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminat talep edebileceklerine ilişkin hüküm ile daha önceki düzenlemeden pozitif farklılıkları bulunan 6356 sayılı Kanunun işçi lehine hükümler içermesi beraber değerlendirildiğinde, söze konu tazminatı talep edebileceklerin iş güvencesinden yararlanan işçiler olarak sınırlandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Sonuç olarak sendikal tazminat talep edilebilme noktasında iş güvencesi hükümlerinin bir koşul olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir³¹. Böyle bir durumun kabul edilmesi halinde sen-

²⁹ Başbuğ, s. 75

³⁰ Şahlanan, s. 9.

³¹ Narmanhoğlu, Sendikal Tazminat, s. 38.

dikal tazminat müessesesi salt iş güvencesi hükümlerine tabi işçilerle sınırlandırılacak ve sendikal nedenle sözleşmesi feshedilen işçilerden sendikal tazminat isteyebilecek olanların kapsamı daraltılmış olacaktır. Bu da Anayasada öngörülmuş olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Yine katıldığımız başka bir görüşe göre de 25. maddenin 5. fıkrası son cümlesinde yer alan işe iade davası açma şartına bağlı tutulmaksızın sendikal tazminata hak kazanılacağına ilişkin hükmün geniş yorumlanarak iş güvencesi kapsamı dışında kalan tüm işçilerin sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde dava açma ve sendikal tazminat talebinde bulunma hakkı verilmesinin kabulü gerekmektedir³². Aksi halde 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmeleriyle uyum sağlanamayacaktır^{33,34}.

Eski düzenlemede olduğu üzere sendikal fesih sebebiyle işe iade talebinde bulunabileceklerin yalnızca iş güvencesinden faydalanabilenler olduğu belirtilmelidir³⁵. Burada yalnızca 19. madde hükmü uygulanmayacak, başka bir deyişle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için savunmanın alınması ve feshin yazılı yapılması şartının aranması sendikal fesih açısından bir koşul olarak değerlendirilmeyecektir.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi ise feshin sendikal nedene dayandığını

³² Toker **Dereli**, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum 2013/1, s. 47; Gülsevil **Alpagut**, “6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 129; Mustafa **Kılıçoğlu**, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, 1. B., Bilge yayınevi, Ankara 2013, s. 197; **Tuncay/Savaş**, s. 99; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 450; **Astarlı**, s. 177.

³³ **Dereli**, s. 47; **Kılıçoğlu**, s. 197; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 450; **Astarlı**, s. 177.

³⁴ Teşkilatlanma ve kollektif müzakere hakkı prensiplerinin uygulanmasına müteallik 98 sayılı milletlerarası çalışma sözleşmesi, 10.08.1951 tarihinde kabul edilen 5834 sayılı kanunla hukumuza girmiştir. Sözleşmenin birinci maddesinde işçilerin çalışmaları sırasında sendika hürriyetine zarar getirme ihtimali bulunan ayrımcı uygulamalara karşı tam bir korumadan faydalanmaları esasını getirmekte ve böyle bir korumanın özellikle işçinin bir sendikaya üye olması veya sendikal faaliyetlerde bulunması sebep gösterilerek işine son verilmesi gibi hareketleri önleyici yaptırımların sağlanması gereğini ifade etmektedir. Pir Ali **Kaya**, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 1999, s. 97.

87 sayılı sözleşmenin 11. maddesi uyarınca da hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her devletin, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır (87 sayılı sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowDoc/WLP.../diyih/.../ilosozlesmetr/87)

³⁵ Düzenlemede iş güvencesinden yararlanma bakımından bir ayrımın öngörülmesinin, sendikal özgürlüğün tam anlamıyla korunması bağlamında bir eksiklik olduğu da ifade edilmektedir (**Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 316).

ispatla yükümlüdür (m.25/6). Buna göre; örneğin, bir işçinin iş sözleşmesini yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplere dayanarak fesheden işveren geçerli nedeni ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Bunun aksini yani feshin sebebinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanmadığını asıl sebebin sendikal nedene dayandığını ispat edecek olan ise işçidir³⁶. Burada ispat hususunda da 6356 sayılı Kanun ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. 2821 sayılı Kanun döneminde iş güvencesine tabi olan işçiler ile iş güvencesine tabi olmayanlar arasında ispat yükü açısından bir ayırım yapılmıştı. Sözü geçen maddeye göre iş güvencesine tabi olmayan misalen Deniz İş Kanunu'na tabi bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayanmadığını ispat yükü işverende idi. Bu durum Kanundan kaynaklandığından Yargıtay tarafından da yapılan ayırım kabul edilmekte idi³⁷. İş güvencesi hükümlerine tabi bir işçinin iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiasını işçinin ispatlaması gerekmektedir. Yeni düzenleme ile böyle bir ayırma gidilmeden fesih sebebinin işverenin ispatlaması gerektiği öngörülmüş, gösterilen sebebin dışında başka bir nedene dayandığının ispatı ise işçiye bırakılmıştır³⁸.

25. madde ile öngörülen düzenlemelerin, mutlak emredici nitelikte olduğu ve işçi lehine dahi değiştirilmeyeceği kabul edilmiştir (m.25/8). Bu hüküm doğrultusunda sendikal tazminat ile işe başlatmama tazminatına beraber hükmedilebileceğini öngören bir toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesi hükmü her ne kadar işçi lehine olarak görülse de 6356 sayılı Kanun karşısında batıl addedilecektir. Yine 25. maddenin son fıkrasında işçinin İş Kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu haklarının saklı olduğu kabul edilmiştir. 6356 sayılı Kanun

³⁶ Maddi bir olay niteliği taşımayan niyetin ve saikin sendikal nedenlerden kaynaklandığını ispat güçlüğü ortadadır. İşverenin dış dünyaya yansıttığı görünüşteki iradesi (geçerli veya haklı nedene dayanarak yaptığı fesih işlemi) ile gerçek iradesi arasındaki perdeyi kaldırmanın ve gerçek iradesine (saikine) ulaşarak buna hukuki sonuçlar bağlamanın tek yolu fiili karinelere dir. Sendikal fesih karinesi; işçi ve işveren tarafın işverenin görünüşteki fesih iradesinin arkasına geçerek, gerçek fesih iradesi ve amacını sorgulayacak nitelikte açık ve kesin olan, iş ilişkisinin devamı sürecinde kronolojik olarak gerçekleşen olaylardan hareketle işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetinin işvereni fesih işlemine yönelttiği şeklinde hakim çıkarıldığı sonuçlardır. Sendikal fesih karinesi İş Hukukuna özgü fiili karine olup işçi ve işveren tarafının iddialarının doğruluğu hakkında hakimin kanaat oluşturmasına yarayan; çalışma yaşamı, sendikal yaşam, toplu görüşmeler, iş ilişkileri ve iş yargısı tecrübelerine dayanan değer yargılarıdır. Bu sonuçlar ve değer yargılan feshin sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeniyle yapıldığı iddiasını arttırıyorsa sendikal fesih karinesinin varlığı kabul edilmeli; işverenin feshin başka bir nedene dayandığını ispatlayamaması halinde uyumsuzluk işçi lehine çözümlidir (YHGK. 07.10.2009, E. 2009/9-372, K. 2009/416), www.legalbank.net, E.T.: 06.05.2013)

³⁷ Yargıtay'ın 2010 yılında vermiş olduğu bir kararında Deniz İş Kanunu'na göre çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin feshinin sendikal nedene dayanmadığını ispat yükünün işverene ait olduğunu belirtmiştir (Y.9.HD., 12.10.2010, E. 2010/26836, K. 2010/28653 (www.legalbank.net, E. T.: 06.05.2013)); Y.22.HD., 12.07.2010, E. 2012/13064, K. 2012/16519 (www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.05.2013).

³⁸ **Narmanhoğlu**, Sendikal Tazminat, s. 41-42.

m. 25 hükmünce hak talep edebilecek bir işçinin İş Kanunu ya da diğer kanunlardan doğan hakları da talepte bulunabilmesi imkan dahilindedir. Örneğin; TBK ile haksız fesih tazminatını ileri sürmüş olan bir işçinin 6356 sayılı Kanun ile de sendikal tazminat talep edebilmesi mümkündür.

İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi aynı zamanda işverenin eşit davranma borcuna da aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple İş Kanunu m. 5'te öngörülmüş olan ayrımcılık tazminatının da sendikal tazminat dışında istenip istenemeyeceği tartışma konusu olmaktadır. İş Kanunu m. 5 incelendiğinde, ayrımcılığa maruz kalan işçinin 4 aya kadar ücret tutarında tazminata hak kazanacağı, 6356 sayılı Kanun 25. madde hükümlerinin de saklı olduğu kabul edilmiştir. Bir görüşe göre İş Kanunu 5/6'da yer alan 6356 sayılı Kanunun 23. maddesi hükümlerinin saklı olduğunun belirtilmesinden hareketle ayrımcılık tazminatının eş zamanlı olarak sendikal tazminat ile birlikte talep edebileceği de ileri sürülmektedir³⁹. Ancak söz konusu hükmün lafzı incelendiğinde ayrımcılık tazminatı yanında sendikal tazminata hak kazanacağı yorumuna gitmek hukuk ilkeleri açısından mümkün değildir⁴⁰. Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere aynı fiilden dolayı birden fazla tazminata hükmedilmesi hukuka aykırı kabul edilmiştir⁴¹. Bizim de katıldığımız doktrindeki bakın görüşün de sendikal tazminata hak kazanacak olan işçinin ilave olarak ayrımcılık tazminatına hak kazanamayacağı yönünde olduğunu ifade edelim⁴².

Bu hususta son olarak 6356 sayılı Kanun m. 25/5 son cümle gereği iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sendikal feshe maruz kalmaları halinde sendikal tazminat yerine İş Kanunu m. 17'deki kötüniyet tazminatı isteyip isteyemeyecekleri hususunda isabetli olarak, iş güvencesine tabi olmayan işçilerin sendikal tazminat yerine kötü niyet tazminatını isteme yönünde seçimlik haklarının bulunduğu ifade edildiğini belirtelim⁴³. Zira özellikle ihbar sürelerinin arttırıldığı durumlarda kötüniyet tazminatını tercih etmek işçinin daha lehine olabilecektir⁴⁴. Bunun yanında kötüniyet tazminatı hesabında işçinin asıl ücretin yanında para ile ölçülebilir menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği kanun hükmü gereğidir (4857 sayılı İş Kanunu m. 17). Dolayısıyla kimi zaman kötüniyet taz-

³⁹ Serkan **Odaman**, "Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti", Legal İSGHD, S. 25, Y. 2010, s. 35.

⁴⁰ Aynı görüşte; Sarper **Süzek**, "İşverenin Eşit Davranma Borcu", Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2008, S. 12, s. 35; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 448.;

⁴¹ Y.22.HD., 12.7.2012, E. 2012/13064, K. 2012/16519, www.kazanci.com.tr, E.T.: 06.05.2013.

⁴² Hamdi **Mollamahmutoglu**/Muhittin **Astarlı**, İş Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 665; **Şahlanan**, s. 12; Ertuğrul **Yuvalı**, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 231; **Baskan**, s. 193.

⁴³ Fevzi **Demir**, "İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi", Legal İSGHD, İstanbul 2014, S. 41, s. 22; **Şahlanan**, s. 12.

⁴⁴ **Demir**, s. 22.

minatının sendikal tazminattan daha fazla olabilmesi mümkündür. Sendikal tazminatın alt sınırı, işçinin en az 1 yıllık ücret tutarı olarak kanunumuzda belirlenmiş, bu tazminatın üstünde bir miktarın takdiri ise mahkemeye bırakılmıştır. İşte bu gibi durumlarda mahkemece kötüniet tazminatının sendikal tazminattan yüksek olduğu gözetilerek bir yıldan daha fazla bir tazminata karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

III. İŞYERİ SENDİKA TEMSİLCİLİĞİ GÜVENCESİ

A. Genel Olarak İşyeri Sendika Temsilciliği

Toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikalar, işyerinde sendika temsilcisi atama hakkına da sahip olurlar. Bir işyerinde sendika temsilcisi olarak atanabilmek için STİSK'nın 27. maddesinde de ifade edildiği gibi söz konusu işyerinin işçisi olmak gerekir.

STİSK m. 27/I uyarınca toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendika; “işyerinde işçi sayısı elliye kadar ise bir, elli bir ile yüz arasında ise en çok iki, yüz bir ile beş yüz arasında ise en çok üç, beş yüz bir ile bin arasında ise en çok dört, bin bir ile iki bin arasında ise en çok altı, iki binden fazla ise en çok sekiz işyeri sendika temsilcisini işyerinde çalışan üyeleri arasından atayarak on beş gün içinde kimliklerini işverene bildirir”. Sendikanın atadığı temsilcilerden bir tanesi baş temsilci olarak görevlendirilebilir. Sendika işyeri temsilcilerinin görevi sendikanın yetkisi süresince devam edecektir (STİSK m. 27/I).

İşyeri sendika temsilcileri, işyerindeki işlerini aksatmamak, iş disiplinine aykırı olmamak ve işyeri ile sınırlı olmak şatıyla işçilerin dileklerini dinlemek ve şikâyetlerini çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumunu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve iş kanunları ile toplu iş sözleşmelerinde öngörülen çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmakla görevlidir (STİSK m. 27/III). İşyerlerinde, sendika temsilcilerine görevlerini hızlı ve etkili biçimde yapmalarına imkân verecek kolaylıklar sağlanmalıdır (STİSK m. 27/IV).

B. İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi

İşyeri sendika temsilcisi yukarıda bahsettiğimiz görevleri itibariyle işyerinde diğer işçilere nazaran daha çok risk altındadır. Bu riski bertaraf etmek amacıyla kanun koyucu temsilcilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshine karşı ve çalışma ilişkileri bakımından temsilciye koruma sağlamış bulunmaktadır⁴⁵. Kanunda öngörölmüş korumalardan yalnızca o işyerinde sendika temsilciliği görevini ifa edenler faydalanabilecektir. Bunun dışında işyeri sendika temsilcisi

⁴⁵ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 320.

yardımcısı ya da ona vekalet eden kimseler Kanunda öngörülmüş korumalardan faydalanamayacaklardır⁴⁶.

İşyeri sendika temsilciliğinde sağlanan güvenceler üç dönem içerisinde tasnif edilmektedir. Buna göre; 2821 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1981 tarihi ile 4773 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği döneme kadar geçen dönem (07.05.1983 – 15.03.2003), 4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 6356 sayılı Kanun dönem arasında geçen dönem (15.03.2003-07.11.2012) ile 6356 sayılı Kanun dönemi olarak üçlü bir ayrıma gidilmelidir⁴⁷.

2821 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ilk halinde bir işverenin, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini haklı bir sebep olmadıkça ve sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmedikçe feshedemeyeceği kabul edilmekteydi ve işyerindeki işçi sayısına ve işyeri sendika temsilcisinin kıdemine bakılmaksızın mutlak bir koruma söz konusuydu. Fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde temsilcinin veya üyesi bulunduğu sendikanın iş mahkemesinde dava açma hakkı olduğu düzenlenmişti. Mahkemenin temsilcinin işine iade edilmesine karar vermesi halinde fesih geçersiz sayılarak, iş gördürülmemiş olsa bile temsilcinin işinden çıkarıldığı tarihten başlamak üzere temsilcilik süresinin devamı süresince ücreti ve diğer bütün haklarının işveren tarafından ödeneceği hüküm altına alınmıştı. Bu şekilde iş sözleşmesi sendikal faaliyet sebebiyle feshedilen işyeri sendika temsilcisi, işe iadesine karar verilmesi halinde fesih ile işe iade kararının kesinleşmesi süreci arasındaki mahrum kaldığı bütün ücretlerini alabilmekteydi. İşverenin de işe iade kararına karşı herhangi bir seçimlik hakkı bulunmaktaydı. Başka bir deyişle, işe iade kararı karşısında işyeri sendika temsilcisini işe başlatmama gibi bir hakkı yoktu. İşe iade kararı verilen işçiyi altı işgünü içinde işe başlatmak zorunda olan işverenin işyeri sendika temsilcisi karşısında pasifize hale getirilmiş bir konumu bulunmaktaydı. Bahsedilen bu madde 2003 tarihine kadar iş mevzuatımızdaki tek iş güvencesi hükmü olarak yer almaktaydı.

4773 sayılı İş Güvencesi Kanunu'nun 9. maddesi ise 2821 sayılı Kanun'un 30. maddesini, "işyeri sendika temsilcisinin belirsiz süreli hizmet akdinin işveren tarafından feshinde İş Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır" şeklinde değiştirmiştir. Bu hüküm ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan bir işyeri sendika temsilcisi artık feshine karşı korumadan yararlanamaz hale getirilmiştir. Aynı zamanda yapılan değişiklikten sonra temsilcinin sahip olduğu özel güvence önemli ölçüde ortadan kaldırılmış ve temsilcinin güvencesi iş güvencesi ile

⁴⁶ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 264.

⁴⁷ Lütfi İnciroğlu, "Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 65-66; Can Tuncay, "Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Getirdikleri", Legal İSGHD, S. 28, 2010, s. 1346; Tuncay/Savaş, s. 119-122.

eşitlenmişti⁴⁸. Gerçekten İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası uyarınca temsilcinin hizmet akdinin sadece temsilcilik faaliyetlerinden dolayı feshedilmesi halinde en az bir yıllık ücreti tutarında tazminata hükmedileceği ve işverenin yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyeceği veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağı, aksi halde değişikliğin geçersiz sayılacağı düzenlenmişti. Bu madde ile ise işyeri temsilcisinin iş güvencesi hükümlerine tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu hükme göre bir işyerinde 30 işçi çalışmıyorsa ya da işyeri sendika temsilcisinin 6 aylık kıdemi haiz olmaması halinde işyeri sendika temsilciliği sebebiyle sözleşmesinin feshedilmesi halinde herhangi bir hareket noktası bulunmamaktaydı. Böyle bir durumda işe iade davası açamayan işyeri sendika temsilcisi yalnızca sendikal tazminat talebinde bulunabiliyordu⁴⁹. Ayrıca iş güvencesi hükümlerinden faydalanmasından dolayı İş Kanunu md.18 vd. hükümlerine göre iş güvencesine tabi olan bir işçiden yalnızca işe başlatmama tazminatı yerine en az 1 yıl tutarında sendikal tazminata hak kazanması açısından bir farklılık bulunmaktaydı. 2821 sayılı Kanun'un 30. maddesinin değişiklikten önceki ilk halinde işyeri sendika temsilcisine mutlak bir işe iade hakkı tanınmışken, artık burada işverenin işe iade noktasında bir seçimlik hakkı bulunduğunu kabul edilmekteydi. Zira işe iade kararının verilmesi halinde dahi işveren işyeri sendika temsilcisini işe başlatmama hakkına sahipti. Bunun yaptırımını ise yalnızca en az 1 yıllık ücret tutarında sendikal tazminat olarak belirlenmişti.

Sonuç itibarıyla 2821 sayılı Kanun döneminde iş güvencesinin uygulandığı bir işyerinde işyeri sendika temsilcisi olarak faaliyet gösteren bir işçinin iş sözleşmesi geçerli neden olmaksızın feshedildiğinde, feshin temsilcilik faaliyetinden kaynaklandığının ispatlanması halinde öngörülen işe başlatmama tazminatı 1 yıldan az olmayacak iken bunun dışındaki bir sebepten dolayı feshin geçersizliğine hükmedilmesi ve Kanunda öngörülen sürede işverene başvurulması halinde, işe başlatmama tazminatı dört ila sekiz aylık ücreti arasında belirlenmekteydi. İş güvencesi hükümleri kapsamında olmayan bir işyeri sendika temsilcisi ise ancak temsilcilik faaliyetinden dolayı iş sözleşmesinin feshedildiğini ispat edebilirse sendikal tazminata hak kazanıyordu.

4773 sayılı Kanun ile getirilen bir yenilik ise işverenin, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin çalıştığı işyerini değiştiremeyeceği veya işinde esaslı bir tarzda değişiklik yapamayacağı, aksi halde değişikliğin geçersiz sayılacağı hükmüdür.

⁴⁸ Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, B. 3, Mimoza Yayınları, Konya 2009, s. 384; **Sur**, s. 54; **Çelik**, s. 436; **Akyiğit**, İş Hukuku, s. 467.

⁴⁹ **Sur**, s. 59.

6356 sayılı Kanunun işyeri sendika temsilcisinin güvencesine ilişkin olan 24. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre ise işyeri sendika temsilcilerinin süresi belirli olsun ya da olmasın iş sözleşmelerinin işverence haklı neden olmadıkça ve nedeninin açık ve yazılı şekilde belirtilmedikçe feshedilemeyecektir⁵⁰. Bu şekilde öngörülen hüküm ile 2821 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ilk haline geri dönmüştür. Gerçekten söz konusu hükümle birlikte sözleşmesi belirli süreli olsun ya da olmasın, iş güvencesi hükümlerine tabi bulunsun veya bulunmasın işyeri sendika temsilcisi feshe karşı korunmuştur⁵¹. Görülmektedir ki; bu hükümle birlikte işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesinin önü kapatılmıştır⁵².

Burada haklı neden kavramı içerisinde salt İş Kanunu 25. maddede ele alınan haller olarak değil, Türk Borçlar Kanunu'nun 'Hizmet Sözleşmesinin Feshinde Haklı Sebepler' başlıklı 435. maddede belirtilen sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların haklı sebep sayılacağına ilişkin hüküm de dikkate alınmalıdır⁵³. Zira 6356 sayılı Kanun; 4857 sayılı İş Kanununa tabi olanların yanında diğer İş Kanunlarına ve Borçlar Kanununa tabi olanları da kapsamaktadır. Bu bağlamda Borçlar Kanunu anlamında haklı sebep sayılabilecek bir geçerli nedenle de iş sözleşmesinin feshedilebileceğini kabul etmek gerekir⁵⁴. Yani işyerini kapatan bir işverenin artık işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesini 6356 sayılı Kanun bağlamında sendikal tazminata maruz kalmaksızın feshedebileceği kabul edilmelidir.

İşverenin fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmesi ve bu sebebin haklı bir sebep olması gerektiğine ilişkin yasal düzenleme karşısında sebebin varlığını ve haklılığını ispat yükü işverendedir. Aynı şekilde işveren fesih beyanında bildirmek zorunda olduğu sebeple bağlı olup bunu dava sırasında değiştiremez, daha önce bildirmediği başka sebeplere de dayanamaz⁵⁵. Belirtilen esaslara aykırılık halinde temsilcinin ya da yazılı başvurusu üzerine sendikanın fesih bildirimini tebliğinden itibaren 1 ay içinde işe iade davası açması öngörülmüştür. 1 aylık hak düşürücü süre içerisinde açılan dava da mahkemece temsilcinin işe iadesine karar verilmesi halinde, temsilcilik süresini aşmamak kaydıyla fesih tarihi ile kararın kesinleşme tarihi arasındaki ücret, bu süre içinde ücrete yapılan zamlar, ikramiyeler ve diğer hakların işveren tarafından işyeri sendika temsilci-

⁵⁰ Akyiğit, İş Hukuku, s. 467.

⁵¹ Tuncay, s. 1347, Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 267.

⁵² Astarlı, s. 156.

⁵³ Fevzi Şahlanan, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2013, S. 29, s. 146; Tuncay/Savaş, s. 122-123.

⁵⁴ Tuncay/Savaş, s. 123.

⁵⁵ Şahlanan, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", s. 147.

sine ödenmesi gerekecektir. Bu hükümlerle işyeri sendika temsilcilerine İş Kanunu'nun 21. maddesinde işe iade davasını kazanan iş güvencesine tabi işçi için öngörülen -dört ay- ile sınırlı olan boşta geçen süre sınırı ortadan kaldırılmıştır. Bir görüşe göre yoksun kalınan ücretlerin talep edilebilmesi için işe iade başvurusunda bulunulması gerekmediği⁵⁶ belirtilmekte iken, bizim de katıldığımız görüşe göre temsilcinin işverene başvuru şartı olmaksızın yoksun kalınan ücretlerin talep edilebilmesinin mümkün olmadığı, işe iade başvurusunda bulunulmaması halinde iş sözleşmesinin feshinin geçerli hale geldiği ifade edilmektedir⁵⁷. Yine bu kapsamda temsilci, kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş günü içinde işe başvurması şartıyla işverence altı iş günü içinde işe başlatılmaması halinde dahi iş ilişkisinin sürdüğü kabul edilecektir. Bu sebeple de işyeri sendika temsilcisinin ücreti ve diğer hakları temsilcilik süresince ödenmeye devam edilecektir. Diğer bir deyişle, işe iade davasını kazanan ve altı iş günü içinde işverene başvuran temsilciyi, başvuru tarihinden itibaren altı iş günü içinde işe başlatmayan işveren, iş sözleşmesi hiç feshedilmemiş sayılarak temsilcinin ücretini ve diğer haklarını iş görme borcunu yerine getirmese dahi ödemeye devam edecektir. Ayrıca temsilcinin aynı göreve yeniden atanması halinde de bu yükümlülüğün süreceği öngörülmüştür. Bu düzenleme ile de temsilciye iş güvencesi sağlanmış ve temsilcilik görevini devam ettirmesi güvence altına alınmıştır⁵⁸.

Son olarak mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda mevcut olan işverenin işyeri sendika temsilcisinin yazılı rızası olmadıkça işyerini değiştiremeyeceği veya çalışma koşullarında değişiklik yapamayacağı, aksi bir durumun varlığı halinde değişikliğin geçersiz sayılacağına ilişkin hükmün 6356 sayılı Kanun m. 25/IV itibarıyla muhafaza edildiği görülmektedir. İş değişikliğini kabul etmeyen temsilci, işverenin temerrüdüne ilişkin TBK'nın 408. maddesi uyarınca işverenin yaptığı iş değişikliğini kabul etmeyerek çalışmadığı sürenin ücretini ve diğer haklarını da talep edebilecektir⁵⁹. Söz konusu hüküm kamu düzeni ile ilgili emredici bir nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla işyeri sendika temsilcisinin, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde bulunan ve işverene tanınan çalışma koşullarında esaslı değişiklik hususundaki rıza hükümleri, işyeri sendika temsilcisinin temsilcilik süresi müddetince geçerli kabul edilmemelidir⁶⁰.

⁵⁶ Astarlı, s. 158.

⁵⁷ Narmanlıoğlu, Toplu İş İlişkileri, s. 273; Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 320

⁵⁸ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 320.

⁵⁹ Murat Şen, "İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2007, S. 5, s. 83; Şahlanan, "İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi", s. 149; Astarlı, s. 159.

⁶⁰ Tuncay/Savaş, s. 124.

Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağında iş sözleşmesinin feshine ve işyeri değişikliği ile çalışma koşullarında değişiklik güvencelerinin temsilcilik süresinin sona ermesinden itibaren 6 ay boyunca devam edileceği hüküm altına alınmıştı⁶¹. Ancak 6356 sayılı Kanuna, tasarıda yer alan söze konu hüküm dahil edilmemiştir.

Nihayet belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin yenilenmemesi fesih niteliğinde değerlendirilemeyeceğinden söz konusu halde işe iade kararının alınmasının da mümkün olmadığını belirtmeliyiz⁶².

IV. SENDİKA YÖNETİCİLİĞİ GÜVENCESİ

Sendika yöneticileri genel kurul adına sendikayı yöneten sendikal faaliyetleri organize eden kişilerdir. Bu bağlamda sendika yöneticilerinin bir takım işveren tasarruflarından korunması da bir ihtiyaçtır.

Mülga 2821 sayılı Kanunun 9. maddesinde denetleme kurulu üyelerinin de yönetim kurulu üyeleri ile birlikte yönetici sıfatı bulunduğu öngörülmüştü. Bu durum ise yöneticilik güvencesinden faydalanma noktasında çelişkilere sebep olmaktadır. Buna karşılık 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 29 gereğince yalnızca yönetim kurulu üyeleri ile sendika başkanlarının (şube yönetim kurulu ve başkanları da dahil) yöneticilik güvencesinden faydalanabileceği kabul edilmekteydi⁶³. 6356 sayılı Kanun 2. maddesi ile yapılan tanımla yöneticilik kavramının yalnızca yönetim kurulu üyelerini kapsadığı belirtilerek, denetleme kurulu üyelerinin yönetici sayılıp sayılmayacağına ilişkin yaratılan çelişki giderilmiştir. Dolayısıyla 6356 sayılı Kanunda yer alan tanım doğrultusunda salt işçi konfederasyonları, sendikaları ve şubeleri yönetim kurulu üyelerinin sendika yöneticisi güvencesine sahip olduğunu, disiplin ve denetleme kurulu üyelerinin ise yönetici sayılmamalarından dolayı söze konu güvenceden yararlanamayacaklarını kabul etmek gerekecektir⁶⁴.

Burada ifade edilmesi gereken diğer bir önemli husus da yöneticilik kavramının amatör yöneticilik ve profesyonel yöneticilik olarak tasnif edilmiştir. Amatör yöneticilik, iş sözleşmesi devam ederken aynı zamanda yöneticilik yapan işçilerin konumunu ifade etmekte iken⁶⁵, profesyonel yöneticilik, iş sözleşmesini feshedip yalnızca yöneticilik işi ile iştigal eden kişiyi tanımlamaktadır⁶⁶.

⁶¹ Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Tuncay**, s. 1346.

⁶² **Günay**, s. 786.

⁶³ **Sümer**, s. 394; **Sur**, s. 60; **Çelik**, s. 421; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 478.

⁶⁴ **Astarlı**, s. 143.

⁶⁵ Ercan **Akyiğit**, “Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, LİSGHD, C. 9, S. 36, 2012, s. 5; **Astarlı**, s. 142.

⁶⁶ Murat **Şen**, “Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2008, S. 9, s. 89.

2821 sayılı Kanun döneminde amatör yönetici ile ilgili ayrıca öngörülmüş bir güvence bulunmamaktaydı⁶⁷. 6356 sayılı Kanunda ise amatör yöneticilerin işyeri sendika temsilciliği hükümlerine göre korunacağı kabul edilmiştir (m.24/5). Amatör sendika yöneticileri için getirilen güvencelerin, bu kişilerin yöneticilik görevlerini serbestçe yapmalarını sağlamak üzere hem işverenin yönetim hakkının kullanımı hem de iş sözleşmelerinin haksız feshine karşı getirilmeleri bakımından iki farklı açıdan önem taşıdığı ifade edilmektedir⁶⁸. Amatör sendika yöneticileri de aynen işyeri sendika temsilcileri gibi sendikal faaliyetleri sebebiyle işverenin olumsuz tepkisini alabilecek konumda olduğundan bu tür bir korumanın getirilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bu hükümle birlikte artık amatör yöneticinin de iş sözleşmesi haklı neden dışında ve fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmedikçe feshedilemeyecektir. Bu hükümlere aykırı olarak örneğin haklı nedene dayanmayan haksız şekilde ya da iş güvencesi hükümlerine uygun olarak geçerli nedenle yapılmış olan fesih halinde dahi amatör yöneticinin işe iadesi söz konusudur. Fesih ile işe iade kararının kesinleşmesi arasındaki mahrum kalınan bütün ücret ve diğer haklar amatör yöneticiye ödenecektir. İşveren işe başlatmaması halinde işçinin amatör yöneticilik görevi devam ettiği müddetçe ücret ve diğer haklarını ödemek zorundadır. Bunun yanında işveren, amatör yöneticinin yazılı rızası olmadıkça işyerini değiştiremeyeceği gibi çalışma koşullarında da esaslı değişiklik yapamayacaktır. Aksi takdirde yapılan değişiklik geçersiz sayılacak, işveren bu durumda çalışma koşullarındaki değişikliğin geçerli nedene dayandığını ileri sürerek sözleşmenin feshini düzenleyen İş Kanunu m. 22'den de faydalanamayacaktır.

Mülga 2821 sayılı Kanunda profesyonel yönetici için iş sözleşmesini yöneticilik görevi sebebiyle sona erdiren yöneticinin, görevinin yeniden seçilmeme, seçime girmeme veya kendi isteğiyle çekilme yollarından birisiyle ve yasada sayılmayan şubenin/sendikanın birleşmesi ya da kapanması gibi haller ile sona ermesi ve yöneticilik görevi sebebiyle mahkumiyeti olmaması durumunda 3 ay içinde işverene başvurması koşuluyla işverenin de 1 ay içinde eski işi veya eski işine uygun diğer bir işe alması yükümlülüğü getirilmişti. Ancak işe iade yükümlülüğü mutlak değildi. İşyerinde boş yer varsa ve işveren yeni işçi alacaksa yöneticilikten gelen eski işçiye öncelik verecekti. İşveren eski yöneticiyi işe almazsa salt 2821 sayılı Kanun md.59/2'de öngörülen idari para cezası yaptırımına maruz kalıyor, başka bir yaptırımla karşılaşmıyordu⁶⁹.

6356 sayılı Kanun'da ise profesyonel yöneticiler açısından m. 23'teki güvenceler öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, işçi kuruluşunda yönetici

⁶⁷ Akyiğit, İş Hukuku, s. 461.

⁶⁸ Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan, s. 323.

⁶⁹ Toker, s. 51; Akyiğit, "Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi", s. 9; Çelik, s. 423; Sur, 63; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 487; Tuncay/Savaş, s. 72.

olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin askıda kalacağı ve yöneticinin dilerse işten ayrıldığı tarihte iş sözleşmesini bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin feshedeceği ve kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmüştür. Mülga düzenlemenin aksine burada yöneticilik sebebiyle işten ayrılmak zorunda kalan işçinin iş sözleşmesini feshetmesine gerek bulunmadığı gibi dilerse iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanacağı da öngörülmüştür. Daha önceki düzenlemenin aksine artık yöneticilik sebebiyle işyerinden ayrılmak durumunda kalan işçi, iş sözleşmesini feshetmek gibi bir zorunluluğa maruz bırakılmamıştır. Bu hüküm ile 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinde işçinin iş sözleşmesini kendisinin haklı bir fesih nedeni olmaksızın feshetmesi halinde kıdem tazminatına sınırlı hallerde (askerlik, evlenme, yaşlılık aylığı almak amacıyla...) hak kazanacağına ilişkin hükme zımnen eklemeye yapılmış ve sözleşmesi belirli ya da belirsiz süreli olsun yöneticilik görevi sebebiyle fesih hakkını kullanan işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı kabul edilmiştir. Bu açıdan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinde sayılan haklı nedenle fesih hallerine ek olarak yeni bir durumun da öngörülmüş olduğunu söylemek mümkündür⁷⁰.

6356 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre işyerinden yöneticilik sebebiyle ayrılmak durumunda kalan işçinin iş sözleşmesi kural olarak askıda kalacaktır. 23. maddede askı süresine ilişkin herhangi bir kısıtlama öngörülmediğinden, yöneticilik süresi boyunca iş sözleşmesinin iş görme ve ücret ödeme borçları ifa edilmeyecektir. Ancak Yargıtay mülga Kanun döneminde verdiği bir kararında askı uygulamasının belirli bir zaman ile sınırlı tutulması gerektiği yönünde karar vermiştir⁷¹. Son olarak iş sözleşmesinin askıda olması sebebiyle iş görme ve ücret ödeme borçları ifa edilmeyeceği, sadakat borcu, rekabet yasağı, sır saklama borcu gibi borçların ise varlığını devam ettireceği belirtilmelidir⁷².

6356 sayılı Kanun, iş sözleşmesini feshetmek yerine askıda tutan yöneticinin bu görevinin belirli hallerde sona ermesine göre yöneticiye işe dönme hakkı da tanımıştır. Buna göre; sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi⁷³, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevinin sona ermesi hâlinde iş sözleşmesi askıda olan yönetici, sona erme tarihinden itibaren bir ay içinde ayrıldığı işyerinde işe başlatılmak üzere işverene başvurabilecektir.

⁷⁰ Astarlı, s. 146; Tuncay/Savaş, s. 73.

⁷¹ Y.9.HD., 05.04.2007, E. 2007/1324, K. 2007/9484 (Şen, "Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları", s. 96).

⁷² Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 40 vd.

⁷³ 2821 sayılı Kanunda yer almayan bu düzenleme öğretisi ve Yargıtay kararları ile kabul edilmekte idi (Sümer, 404; Sur, s. 103). Kanunda bu halin de kabul edilmiş olmasının yerinde olduğu görüşü için bkz. Astarlı, s. 147

İşverenin, talep tarihinden itibaren bir ay içinde bu kişileri o andaki şartlarla eski işlerine veya eski işlerine uygun diğer bir işe başlatmak zorunda olduğu öngörülmüş, ancak süresi içinde işe başlatılmadığı takdirde, iş sözleşmelerinin işverence feshedilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Burada mutlak bir işe iade hali öngörülmemiş olup, yalnızca bu başvurunun olumsuz sonuçlanması halinde kıdem tazminatına hak kazanılacağı olgusu vurgulanmıştır⁷⁴. Ancak bu takdirde iş sözleşmesinin işverence feshedilmiş sayılacağından ve bu feshin haklı nedenle fesih niteliğinde kabul edilmesinin de mümkün olmayacağından bahisle kanaatimizce yöneticinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden doğan kıdem tazminatının yanında ihbar tazminatının da ayrıca ödenmesi gerekecektir. Bu durumu klasik bir iş sözleşmesi feshi olarak tezahür etmek de mümkün değildir. Dolayısıyla işe iade gibi bir güvenceden yararlandırılması ya da işverene başka bir yaptırım uygulanması da kabul edilemeyecektir⁷⁵. Ayrıca bir aylık süre içerisinde işverene başvuru tercihi bulunmayan yöneticinin kıdem tazminatına evleviyetle hak kazanması gerekecektir. Zira yöneticilik görevi mahkumiyet nedeniyle sona eren bir işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağını öngören Kanun hükmü karşısında seçime girmemesi üzerine yöneticilik görevi sona eren işçinin bir aylık süre içerisinde başvurmaması sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanamayacağını söylemek hukuka uygun gözükmemektedir. Burada esas itibarıyla 6356 sayılı Kanun m. 23/2'de sayılan hallerde yöneticilik görevi sona eren kişilere kıdem tazminatına ek olarak işe iade hakkının verildiği kabul edilmelidir.

Sayılan nedenler dışında yöneticilik görevi sona eren sendika yöneticisine ise başvuruları hâlinde işveren tarafından yalnızca kıdem tazminatı ödenecek olup işe iade hakkı tanınmamıştır (m. 23/3). Ödenecek tazminatın hesabında, işyerinde çalışılmış süreler göz önünde bulundurulacak ve fesih anında emsalleri için geçerli olan ücret ve diğer hakları esas alınacaktır.

Kanunun yayımı tarihinde sendika yöneticisi olduğu için iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalan yöneticiler hakkında ise 6356 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesi ile ayrı bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre sendika yöneticisi olduğu için Kanunun yayımından önce iş sözleşmesini feshetmiş olan yöneticiler için 23. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrâ hükümleri uygulanacaktır. Başka bir deyişle sendika tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle görevi sona eren yöneticilere işe iade hakkı tanınmış, sayılan haller dışında yöneticilik görevi sona ermiş olan-

⁷⁴ **Akyiğit**, "Yeni Kanun'da Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi", s. 34.

⁷⁵ İşçinin yalnızca kıdem tazminatı isteyebileceği ihbar ve sendikal tazminat isteyemeyeceği yönünde bkz. **Astarlı**, s. 150; **Günay**, s. 762; Ancak aksi görüşte olan **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan** ve **Tuncay/Savaş** ise bu feshin sendikal fesih niteliği taşımasından dolayı 4857 sayılı kanunun 18, 20 ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduklarını dolayısıyla işe iadelerini talep edebileceklerini ileri sürmektedir (**Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 326; **Tuncay/Savaş**, s. 74).

ların ise yalnızca kıdem tazminatına hak kazanacakları belirtilmiştir⁷⁶. İşe iade başvurusunda bulunmama tercihinde olan ve seçime girmemek, yeniden seçilmemek, tüzel kişiliğin sona ermesi ve kendi isteği ile çekilmek suretiyle yöneticilik görevi sona eren işçiler 1 ay içinde işverene başvurması halinde kıdem tazminatına emsal ücret üzerinden hak kazanacaklardır. Bir görüşe göre ise burada yeniden seçilmemek, seçime girmemek, kendi isteği ile çekilmek ya da tüzel kişiliğin sona ermesi sebebi ile yöneticilik görevi sona eren ve 6356 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden yöneticilik sebebiyle iş sözleşmesini fesheden işçilerin işe iade talep hakkı bulunmadığı, başka bir deyişle işe tekrar başlama hakkının olmadığı, bu kişilerin yalnızca 1 ay içerisinde kıdem tazminatı talebinde bulunabilecekleri ileri sürülmüştür⁷⁷. Söz konusu düzenlemenin isabetli olmadığı kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz. Gerçekten 23. maddenin üçüncü fıkrasına göre yöneticilik görevi mahkumiyet sebebiyle sona eren bir işçinin zamanaşımı süresi boyunca kıdem tazminatına hak kazanacağını kabul eden kanun koyucu, ikinci fıkroda kıdem tazminatı talebini yalnızca 1 aylık süreyle sınırlandırmasını hukuka aykırı bulmaktayız. Kanun koyucunun burada 1 aylık süreyi emsal ücret üzerinden kıdem tazminatına hak kazanabilmek için bir süre olarak getirdiği düşünülebilir. Bu çözüm doğrultusunda düşünülecek olduğunda ise 1 ay sonra başvuruda bulunan bir işçinin kıdem tazminatına iş sözleşmesi feshedildiği zamanki ücret üzerinden hak kazanacağı sonucu çıkarılmaktadır.

Son olarak Kanunun yürürlüğünden önce yöneticilik sebebiyle iş sözleşmesini askıda tutan yöneticiler açısından ise 23. maddenin birinci fıkrasındaki haklardan faydalanabileceği başka bir deyişle iş sözleşmesinin devamı süresince fesih hakkını kullanarak kıdem tazminatına hak kazanabilecekleri de belirtilmelidir⁷⁸.

SONUÇ

Gerek Uluslararası Sözleşmeler gerek Anayasamızın öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla 2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu revize edilerek 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 18.10.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 07.11.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile sendikal özgürlüklerin daha etkin bir şekilde hayata geçirilmesi amaçlanmıştır. Bu bakımdan 6356 sayılı Kanun ile öngörülen sendikal güvenceler bağlamında sendikaya üyelik güvencesi (m. 25), sendika işyeri temsilciliği güvencesi (m. 24) ve sendika yöneticiliği güvencesi (m. 23) hakları üzerinde etkin değişiklikler yapılmıştır.

⁷⁶ Akyiğit, “Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, s. 34.

⁷⁷ Başbuğ, s. 79; Günay, s. 761; Astarlı, s. 153.

⁷⁸ Astarlı, s. 154; Tuncay/Savaş, s. 75.

Bir işçinin işe girişinde, iş ilişkisinin devamında ve iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak sendikal açıdan bir takım güvenceler sağlanmıştır. Buna göre; işveren sendikalı sendikasız işçi ayrımı yapamayacağı gibi, bir işçinin sendika üye olmasından veya olmamasından dolayı farklı uygulamalara gidemeyecektir. Böyle bir ayrımın varlığı halinde işçinin işe iade davası açma ya da sendikal tazminat talep edebilmesi mümkün görülmüştür.

İşyeri sendika temsilcisinin de iş sözleşmesi ancak haklı nedenle feshedebilecektir. Ayrıca fesih için şekil şartı da öngörülmüş ve iş sözleşmesinin ancak nedeninin açık ve yazılı şekilde belirtilmedikçe feshedilebileceği kabul edilmiştir. İşyeri sendika temsilcisinin faaliyet alanının daraltılması girişimlerine de Kanun Koyucu cevaz vermemiş ve işçinin yazılı rızası olmadıkça işyerinin değiştirilemeyeceği veya çalışma koşullarında değişiklik yapılamayacağı, aksi bir durumun varlığı halinde değişikliğin geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir. İşyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinin kanunda öngörülen hal dışında feshedilmesi halinde ise mutlak bir iş güvencesi hakkı tanınmıştır. Buna göre de işyeri sendika temsilcisi işe iade edilme-se dahi temsilcilik süresi boyunca işveren ücret ödeme yükümü altında tutulmuştur.

İşçi sendika yöneticiliği yapanların iş sözleşmelerinin askıda olacağı hüküm altına alınarak sendikal faaliyetler özendirilmiştir. Buna göre, sendika yöneticiliğine seçilen bir işçi artık dilerse iş sözleşmesini feshedebilecek dilerse iş sözleşmesinin askıda kalmasını sağlayabilecektir. Ancak söz konusu güvenceden yalnızca profesyonel sendika yöneticileri faydalanabilecektir. Bu bağlamda iş sözleşmesi ile çalışmaya devam ederken ayrıca yöneticilik de yapan amatör sendika yöneticilerinin ise işyeri sendika temsilcisinin sahip olduğu haklarla korunduğu belirtilmelidir.

Sendikal ayırım yasağına karşı olarak faaliyette bulunan işveren sendikal tazminat yaptırımına mahkûm edilecektir. İşveren artık sendikal ayırım uygulaması halinde işe başlatsın ya da başlatmasın işçiye sendikal tazminat ödemekle yükümlüdür. Çıplak ücret üzerinden belirlenecek olan sendikal tazminat işçinin bir yıllık ücretinden aşağı olmamak üzere tespit edilecektir. Bu bağlamda mahkemece, yapılan ayrımın ağırlığı ve kötüniyet tazminatının miktarı gibi bir takım etkenler dikkate alınarak tazminatın miktarı belirlenecektir.

6356 sayılı Kanun kapsamında öngörülen sendikal güvencelerin ideal anlamda olmasa da ileriye yönelik pozitif düzenlemeler olduğu kabul edilmelidir. İş sözleşmesinin feshinin haklı neden dışında geçersiz olacağını öngören işyeri sendika temsilcilerine ve amatör yöneticilerine ilişkin hüküm, sendikal tazminat hakkını işverenin her halükarda ödenmesini kabul eden m. 25 hükmü ile yine profesyonel yöneticinin iş sözleşmesini kural olarak askıda tutan m. 23 hükmü bu tür güvencelere örnek olarak gösterilebilir. Kanun Koyucu'nun bu düzenlemeler ile taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun hareket etme ve sendikal faaliyetlerin sağlıklı bir şekilde çalışma hayatında yer alması gerektiği saikiyle hareket ettiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Aktay**, Nizamettin/**Arıcı**, Kadir/**Senyen-Kaplan** Emine Tuncay, İş Hukuku, 6. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- Akyiğit** Ercan, İş Hukuku, 9. B., Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Akyiğit**, Ercan “Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi”, Legal İSGHD, C. 9, S. 36, 2012, s. 3-36.
- Akyiğit**, Ercan “Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/2, s. 78.
- Albayrak**, Hakan, / **Yuvalı**, Ertuğrul “İşverenin Eşit Davranma Borcuna Aykırı Davrandığı İddialarının İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, S. 34, Y. 2012, s. 73-112.
- Alpagut**, Gülsevil, “6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 113-148.
- Astarlı**, Muhittin, “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Sendikal Güvenceler Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 141-183.
- Başbuğ**, Aydın, Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Şeker İş Sendikası, Ankara 2012
- Çelik**, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 24. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2011.
- Demir**, Fevzi, “İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrım Yasağı Tazminatının Diğer Tazminatlarla İlişkisi”, Legal İSGHD, İstanbul 2014, S. 41, s. 15-26.
- Dereli**, Toker, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, s. 41-64.
- Günay**, Cevdet İlhan, İş Hukuku Yeni İş Yasaları, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- İnciroğlu**, Lütfi, “Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/1, s. 65-68.
- Kaya**, Pir Ali, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası, Ankara 1999.
- Kılıçoğlu**, Mustafa, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu, Bilge yayınevi, Ankara 2013.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin, İş Hukuku, 4. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Narmanlıoğlu**, Ünal, “6356 sayılı Kanunda Sendikal Tazminat Talep Hakkının Kapsamı Hakkında Düşünceler”, Legal İSGHD., İstanbul 2014, S. 41, s. 38 (Sendikal Tazminat).

- Narmanhoğlu, Ünal**, İş Hukuku II - Toplu İş İlişkileri, 2. B., Beta Yayınevi, İstanbul 2013 (Toplu İş İlişkileri).
- Odaman, Serkan**, “*Ayrımcılık Tazminatının Diğer Tazminatlarla Birlikte Mevcudiyeti*”, İSGHD, S. 25, Y. 2010, s. 31-41.
- Sur, Melda**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 2. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2008
- Sümer, Haluk Hadi**, İş Hukuku Uygulamaları, 3. B., Mimoza Yayınları, Konya 2009.
- Süzek, Sarper**, “*İşverenin Eşit Davranma Borcu*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2008, S. 12, s. 24-38.
- Süzek, Sarper**, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989
- Şahlanan, Fevzi**, “*İşyeri Sendika Temsilcisinin Güvencesi*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2013, S. 29, s. 145-150.
- Şahlanan, Fevzi**, “*Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)*”, Legal İSGHD, S.37, 2013, s. 3-13.
- Şen, Murat**, “*İşçinin Çalışma Koşullarındaki Değişikliği Altı İşgünü İçinde Yazılı Olarak Kabul Etmemesinin Sonuçları*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2007, S. 5, s. 76-90.
- Şen, Murat**, “*Profesyonel Sendika Yöneticisinin İşyerinden Ayrılırken İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Sonuçları*”, Sicil İş Hukuku Dergisi, İstanbul 2008, S. 9, s. 85-102.
- Terzioğlu, Ahmet**, “*Bireysel Sendika Özgürlüğü Kavramı ve Toplu İş İlişkileri Yasa Tasarısının Bu Yönde Getirdiği Hükümler*”, Hukuk, Ekonomi ve Siyaset Aylık İnternet Dergisi, Sayı 128, Ekim 2012, s. 1-22.
- Tuncay, A. Can/Savaş, F. Burcu**, Toplu İş Hukuku, 3. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Tuncay, Can**, “*Sendikalar Kanunu Tasarı Taslağının Getirdikleri*”, Legal İSGHD, S. 28, 2010, s. 1340-1348.
- Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut**, İş Hukukunun Esasları, 6. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Yuvalı, Ertuğrul**, İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- www.csgb.gov.tr/csgbPortal/ShowDoc/WLP.../diyih/.../ilosozlesmetr/87.
- www.legalbank.net
- www.kazanci.com.tr

**FAMILY REUNIFICATION
AS THE MOST COMMON FORM OF
IMMIGRATION IN THE MEMBER STATES OF THE EU**

*Dr. Gonca Gülfem BOZDAĞ**

ABSTRACT:

Since family life is the fundamental unit of the society, it should be treated with great respect and care. Even though the concept of “*family*” is based on relations under private law, the protective interference of states should be required owing to its importance given. As a result of the international relations that became highly intense, the progress of free movement of persons and related issues such as immigration and asylum bring out the “*family reunification*” subject required to be dealt with. In this respect, several arrangements made by the competent authorities of the EU, in particular, to avoid the negative effects of immigration. The main point that should be taken into consideration is the balance between the protection of the Member States against mass influx or over population and the foundation of the free movement of people. The limitations to avoid the negative effects of immigration shall be arranged with a fair approach in line with fundamental human rights.

Keywords: Family Reunification, The Treaty of Amsterdam, The Council Directive 2003/86/Ec.

ÖZET:

Aile hayatı toplumun temel yapıtaşı olduğundan, saygıyla ve itinayla ele alınmalıdır. “*Aile*” kavramı özel hukuk ilişkisine dayanmasına rağmen, taşıdığı önem nedeniyle Devletin koruyucu müdahalesini gerektiren bir alan olarak yerini korumuştur. Uluslararası ilişkilerin zaman içinde artması sonucu, kişilerin serbest dolaşımı ve bununla bağlantılı olarak göç ve iltica hususları, çözümlenmesi gereken “*ailelerin yeniden birleşmesi*” konusunun ortaya çıkarmasına neden olmuştur. Bu çerçevede, AB’nin yetkili kurumları, özellikle göçün negatif etkilerini ortadan kaldırmak için düzenlemeler yaptılar. Burada dikkate alınması gereken en önemli husus; ülkelerin, kitlesel sığınmadan ve aşırı nüfustan korunması ile kişilerin serbest dolaşımının kurulması arasında dengenin sağlanmasıdır. Göçün olumsuz etkilerinden kaçınmak için yapılan sınırlandırmalar, temel insan hakları ile uyumlu adil bir yaklaşım içinde olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Aile Birliğinin Yeniden Kurulması, Amsterdam Antlaşması, 2003/86/Ec sayılı Konsey Direktifi.

* Hâkim, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dışişlikler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, gonca.gulfem.yilmaz@adalet.gov.tr.

I. INTRODUCTION

Family life, the corner stone of a community, should be treated with respect and care, since the foundation of a stable and healthy society has been achieved through the unification of healthy families. Crucially, the protection of family life has become an essential issue throughout the development of human rights worldwide. This strong link has influenced not only the family life of EU citizens but also the life of third country nationals owing to the progress of free movement of persons and related issues such as immigration and asylum.

In Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights, it is stated that "*Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence*". One of the main aims of this Article is to protect individuals against arbitrary interference by public authorities. Also under this provision, national authorities have to provide arrangements for supporting family life.¹ In this context, several arrangements have been provided by authorities of the EU for the improvement of family life including avoiding the negative effects of immigration.

In this study, the policy regarding free movement of persons provided by the Treaty of Amsterdam (ToA) will be explained and then I will attempt to analyze family reunification, an important issue introduced through the development of the free movement of persons, particularly after the arrangements of the ToA, under the scope of the Council Directive 2003/86/EC. Finally, I will endeavor to suggest some solutions for preventing double standards between individuals sharing life in the community.

II. THE NEW POLICY OF THE TREATY OF AMSTERDAM

Although the freedom of movement for EU workers is arranged by the Treaty and secondary legislation, it is hard to have control over population displacements into and within the territories of the Member States. In some of the decisions of the ECj regarding Directive 68/360, it is allowed to legitimise the control of the population flowing into the Member States, even if one of the main aims of the EU is establishing a Union which is free of frontiers and internal border controls.² Therefore, the protection of the Member States against mass influx and over population has to be balanced with right to free movement of persons.

Cross-border aspects of the free movement of persons affect all member states. It was agreed that the Maastricht Treaty, in the third pillar, should

¹ Standley K., *Family Law*, 6th ed., (New York: Palgrave Macmillan, 2008), p. 14

² Craig P. and Grainne de B., *EU Law; Text, Cases and Materials*, (3rd ed., New York: Oxford University Press, 2008), p. 750

provide for cooperation in fields such as external border controls, asylum, immigration, and movement across the internal borders by nationals from states outside the Union. However, cross-border crime and illegal immigration has grown despite those provisions. Moreover, the Eastern enlargement has led to a requirement for extensive and specific arrangement regarding these issues.³

According to the Article 7a of the TEU (Treaty on European Union), which was renumbered Article 14 by the Amsterdam Treaty, the Community shall progressively establish '*the internal market*', which aims to provide an area without internal borders based on the free movement of goods, persons, services and capital. However, dispute with regard to the free movement of persons has arisen, since some of the Member States wish to keep frontiers under their control in terms of immigration policy with respect to third-country nationals. The Commission has clarified that issue since the abolishing of controls under Article 7a covers not only EU citizens, but also others regardless their nationalities.⁴

All policies regarding the free movement of persons such as controls on external borders, asylum, immigration and protecting the rights of third-country nationals were brought under the first pillar by the Treaty of Amsterdam. The Schengen Agreement and Convention included in the Treaty, which aimed to cease internal border controls and to establish visa policy, was signed by Member States except the UK and Ireland.⁵

In the view of the European Union, it is accepted that measures as regards asylum and immigration have to be adopted by the Council within the five years of the enforcement of the Treaty of Amsterdam. The time limit is not applicable for measures regarding the rights of citizens of non-member states, immigrants' conditions about entry and residence to Member States.⁶ "*The Treaty moved asylum and immigration out of the inter-governmental decision-making and into the area where legally binding instruments of harmonization can be legislated by the Council of Ministers and a measure of judicial control exercised by the European Court of Justice*".⁷

³ Pinder J. and Usherwood S., *The European Union: A Very Short Introduction*, (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 106

⁴ *Supra* 2, p. 750-751

⁵ The History of the EU, The EU Citizenship, (n.d.), Online at: <http://www.historiasiglo20.org/europe/amsterdam.htm#>, (Accessed 15 March 2009)

⁶ Europa, Activities of the European Union (n.d) Online at: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/a11000.htm#a11006>, (Accessed 15 March 2009)

⁷ Goodwin- Gill Guy S. and Mcadam J., *The Refugee In International Law*, (3rd ed, New York: Oxford University Press, 2007), p. 1

Several measures for immigration policy were decided in some areas such as; *"conditions of entry and residence, and standards on procedures for the issue by Member States of long-term visas and residence permits, including those for the purpose of family reunion"*.⁸

Even though EU Member States agreed the need for closer collaboration regarding immigration, asylum and visa issues, it was extremely difficult to gain agreement to move immigration from the third pillar, which is under the responsibility of national governments, to the first pillar, in which the policies are established by the leadership of EU Commission. For instance, Denmark voted 55-45 percent to approve the Amsterdam Treaty. One of the campaigns against the enlargement of the EU into Eastern Europe illustrated their view with a slogan *'Welcome to 40 million Poles in the EU'*. It was, indeed, surprising to see such fear about the 'immigration threat' in Denmark, a socially liberal country.⁹

As a result of the enlargement policy of the EU, the protection of immigration became more important due to the membership of Eastern Countries. It was such a bold policy with unpredictable results that some of the Member States were prejudiced against the Amsterdam Treaty, particularly, in terms of immigration and asylum procedure. Having this view, it was unlikely that there was a complete consensus to shift the title to the first pillar, where the EU Commission is more competent to describe the policy. The cooperation was supported among the Member States, although they were not willing to give up their national power of discretion on asylum and immigration rules.

III. FAMILY REUNIFICATION

Family reunification is the most common problem of migration in European countries. After workers or students flee to the Member States, they settle down there and begin to look for ways of reuniting with their families.¹⁰

In the view of international protection, family reunification in terms of children is arranged by the Convention on the Rights of the Child. In accordance with Article 10 of the Convention concerned, when an application is submitted to enter or to leave a State Party in order to provide family reunification, it shall be assessed *"in a positive, humane and expeditious*

⁸ Europa, Activities of the European Union (n.d) Online at: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/a11000.htm#a11006>, (Accessed 15 March 2009)

⁹ EU: Amsterdam Treaty, Migration News (1998) Online at: <http://migration.ucdavis.edu/mn/more.php?id=1553040>, (Accessed 12 March 2009)

¹⁰ *European Journal of Migration and Law* 8, the Netherlands, 2006, p. 215

manner". Furthermore, there must not be any contrary results for the applicants and their family members resulting from the application.¹¹

On the other hand, neither the European Convention on Human Rights (ECHR) nor the Charter of Fundamental Rights of the European Union includes any special provision concerning family reunification on a general basis.

Taking into account the EU, the family reunification right has been practised by workers since 1961 controlled under Regulation No. 15¹², it was then issued within the framework of Regulation 1612/68¹³. When the Treaty of Amsterdam introduced policies concerning the free movement of persons, more detailed legislation for the protection of third-country nationals' rights became necessary. Negotiations have been initiated to prepare a directive to provide rights for family reunification. Article 8 of the ECHR and Article 7 of the Charter which protect the right to family have been considered the legal basis of family reunification and these Articles were mentioned in the Preamble of the Directive.

However, the first proposal of the Directive in 2000 was not successful, since the Member States did not want to lose control of the immigration issues surrounding third country nationals.¹⁴ The second proposal prepared on 2 May 2002 was adopted by the Council on 22 September 2003 and the Directive entered into force on 3 October 2003.

IV. THE COUNCIL DIRECTIVE 2003/86/EC OF 22 SEPTEMBER 2003 ON THE RIGHT TO FAMILY REUNIFICATION

The object of the Directive is to determine the right to family reunification of third country nationals, who reside lawfully in the territory of a Member State.¹⁵

Additionally, the Directive sets out the conditions for family members who demand to enter and to reside within a Member State and also it covers the rights of family members who have been accepted by the Member State.

"The right to family reunification should not be limited to persons who are recognized as refugees in accordance with the 1951 Convention but be extended

¹¹ Hodgkin R. and N. Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, (New York: Unicef, 1998), p. 131

¹² Regulation No. 15 of 12 June 1961, OJ 26 August 1961

¹³ Reg. 1612/68 [1968] Spec. Ed. 475

¹⁴ ECRE, 'Information Note on the Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification', (n.d), Online at: <http://www.ecre.org/files/frdirective.pdf> (Accessed 16 March 2009)

¹⁵ Arnulf A., Family Reunification and Fundamental Rights, 611-612, EURLR, 31(5), 2006, p. 1

to all persons granted complementary protection on the basis of a need for international protection".¹⁶ However, the directive shall not apply to asylum-seekers and persons granted temporary protection or subsidiary protection. The 2001 EU Temporary Protection Directive and the 2004 EU Qualification Directive were enacted in terms of temporary protection and subsidiary protection in line with Article 63 of the Treaty of Amsterdam which provides protection invoked as "qualification" and temporary protection for displaced persons and others. The 2004 EU Qualification Directive, interpreting the 1951 Convention and 1967 Protocol refugee definition arranges provisions for subsidiary protection.¹⁷ Since the eligibility and status of "others" in need of protection shall not be merely left to the decision of the States, the international instruments have to be arranged more effectively to cope with the issues. Therefore, the 2001 and the 2004 Directives are crucial steps, although still not sufficient in many ways. Temporary protection and subsidiary protection are the regional response of the EU to the refugee problem emanating from recent developments despite the political concerns. However, those Directives do not include sufficient provisions for family reunification.

Under Directive 2003/86, another arrangement regulating others' rights in terms of family life, is limited to reunification of the nuclear family only. This means the spouse and unmarried minor children of the sponsor shall enjoy this right. It falls within the exclusive discretion of each member state as to whether to extend this right to other categories of family members. A sponsor should have accommodation which meets general health and safety standards, sickness insurance and stable and regular resources, which are sufficient for himself and family members, in order to enjoy the reunification right. Also, it is stipulated that legally accepted spouses and children shall have same rights to employment and education as the sponsor. It should be pointed out that the UK, Ireland and Denmark are not bound by the Directive.¹⁸

V. PROTECTION ON THIRD-COUNTRY NATIONALS

Thanks to the European system granted on the principles of the universality of human rights and non-discrimination, which are capable of preventing discrimination on the basis of nationality, in the preparation process of the

¹⁶ *Position on Refugee Family Reunification by the European Council on Refugees and Exiles*, European Council on Refugees and Exiles, July 2000, p. 3, Online at: <http://www.ecre.org/files/family.pdf>, (Accessed 16 March 2009)

¹⁷ *Supra*, fn. 7, p. 40

¹⁸ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, (n.d.), Online at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0086:EN:NOT>, (Accessed 15 March 2009)

Directive, it was intended to develop common policies in the field of family reunification to ensure better integration through fair treatment of third-country nationals as result of the principle of non-discrimination. Moreover, the Directive aims to provide uniform rights for all individuals in the community avoiding discrimination. As to the second recital of its preamble, the Directive 2003/86 *"respects the fundamental rights and observes the principles recognized in particular in Article 8 of the European Convention... and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union"*.¹⁹

Inevitably, it has to be emphasized that family reunification has a crucial role for the stabilization of the community and it is also crucial to make it easier for third country nationals to integrate into a foreign environment along with their family members. However, once the conditions and restrictions in the Directive have been analyzed, it is obvious that the provisions of the Directive have not provided a completely comprehensive protection for third-country nationals.

In particular, the immigration issue brings about a dilemma which has highlighted the protection needs of third-country nationals and the struggle with issues within the scope of the supranational pillar of the Union, while the Member States have insisted on using their own discretion emanating from their states' sovereignty. Considering several derogations in Article 4(1), 4(6) and 8 or references in Article 7(2) and 15(4) to national law of Member States, it can be asserted that the Directive is not sufficient to provide common standards for the harmonization of national laws in respect of family reunification. Furthermore, an opportunity has been given to the Member States to turn down the family reunification applications in terms of public security or public health requirements.

Thanks to provisions including those conditions, the member states enjoy extreme discretion which could run contrary to fundamental human rights. The Member States are allowed to take integration measures by applying integration tests which could be considered discriminatory, since third country nationals are forced to disclose their religious, ethical, ethnic, ideological views. Also, Articles 8, 13 and 15 provide time limitations with regard to the waiting period of the sponsor, the first residence permit for family members and the waiting period for family members to get independent residence status.

According to the initial proposal, unmarried couples shall have right to entry and residence permit under certain conditions. However the wording of the directive gives member states discretionary power by using the word *"may"* in place of *"shall"*. In addition, where the person has married below the age of

¹⁹ Supra, fn. 15, p. 2

21, his partner is not allowed family reunification. The logic of this limitation is preventing forced marriages and facilitating the integration process. However, it must be remembered that there is no similar condition sought for citizens. Moreover, in view of employment rights of family members, the Directive gives Member States discretion to set a waiting period up to one year before entitling access to employment. The proposal does not include a similar restriction.²⁰

The most controversial provisions of the directive are concerning limitations for children. Article 4(1) provides derogation with regard to imposing integration tests or other requirements for children above the age of 12. Moreover, in Article 4(6), which allows derogation for children above the age of 15, the Member States may request the submission of an application for minor children below the age of 15. Although, these provisions are conditional and only the Member States which have provisions already in their existing legislation can apply these provisions, they are subject to criticism since they could lead to discrimination. Also, *"Article 8 permits a Member State to require the sponsor to have stayed lawfully in its territory for up to three years before being joined by members of his or her family. The Parliament argued that those provisions were incompatible with the rights to family life and non-discrimination, as guaranteed in particular by Articles 8 and 14 of the European Convention on Human Rights"*.²¹

The second preamble of the Directive clearly stated that the Directive would respect the fundamental rights and observe the principles recognized, in particular, in Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The European Parliament applied to the Court of Justice for annulment of Articles 4(1), 4(6) and 8 of the Directive. The Parliament alleged that those provisions were incompatible with the rights to family life and non-discrimination. Surprisingly, the Court ruled that the derogations which limit family reunification for third-country nationals regulated in the Directive do not breach fundamental rights.²² This decision demonstrates that the Court will fail to support a determined approach, especially, regarding children's rights owing to the Member States' influence on the Council.²³

²⁰ Brinkmann G., 'The Immigration and Asylum Agenda', pp. 182-199, European Law Journal, Vol. 10, No. 2, March 2004, p. 191

²¹ Supra, fn. 15, p. 1

²² Case C-540-03, Parliament v Council, [2006] 27 June 2006

²³ Drywood E., 'Giving With One Hand, Taking With the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision', 396-407, EURLR, 32(3), 2007, p. 8

It must be emphasized that the negotiators involved in the preparation process for this Directive tended to ignore the Court's role in the development of free movement of workers. This was due to the fact that many of them were civil servants and the only thing they wanted to acquire from the negotiations was to minimize the effects of the Directive on their national legal decisions. This propensity even continues to be evident after the entry into force of this Directive; for example, in the implementation in Germany. Immediately after the new government in Germany came to power, it took the view that rules to control the access of third national countries to the labour market should fall within the scope of national government and parliament. This indicates how strongly the member states resist against the binding substantive law of the Community and case-law of the Court.²⁴

Indeed, "...*The use of family reunion, or in reality family formation, by children of migrants has been particularly discouraged in Germany; for Turks in both Germany and the Netherlands, it is the main form of family migration. Germany is particularly severe in the conditions stipulated for entry of family members. It has brought down the age at which children can join parents to 16 years, which is lower than the norm of 18 years that prevails in other European countries...*"²⁵

The Nederland's language test can be considered as another example. While the family member who has failed the test is not granted a visa for entry, the government does not provide any language training abroad. This situation no doubt contradicts the principles of proportionality and effective legal protection.²⁶

VI. ASSESSMENT OF THE DIRECTIVE

In a nutshell, the basic deficiencies of the Directive and reconsideration of provisions are stated as follows;

- According to Article 4, it is allowed that only a sponsor's spouse and minor children can enjoy a right to family reunification. It does not include adult children and elderly parents in the reunion. Taking into account cultural differences, the Directive should have included those persons as well.

²⁴ Supra, fn. 10, p. 221- 222

²⁵ Kofman E., Phizacklea A., Raghuram P. and Sales R., *Gender and International Migration In Europe*, (London: Routledge, 2000), p. 66, Online at: <http://books.google.com/books?id=sy-u02qezLQC&dq=GENDER+AND+INTERNATIONAL+MIGRATION+IN+EUROPE&printsec=frontcover&source=bn&hl=tr&ei=Fw xSaNkx4P4Bo3N6MgP&sa=X&oi=book result&ct=result&resnum=4>, (Accessed 15 March 2009)

²⁶ Supra, fn. 10, p. 224

- Article 4(1) provides derogation with regard to imposing integration tests or other requirements for if "*a child is aged over 12 years and arrives independently from the rest of his/her family*". Moreover in Article 4(6), the Member States may request submission of an application for minor children below the age of 15. According to the European Parliament, these provisions breach the fundamental rights of minors and these kinds of restrictions upon the right to benefit from the Directive granted on the age of children also breach the right to respect for family life. Also, the Articles concerned are assessed as a damage against the best interest of the child and result in discrimination.²⁷ Therefore, these limitations have to be reconsidered and arranged in a more respectful form in accordance with Art.6(2) TEU.
- As to Article 4(3), the Member States may provide entry or residence for unmarried couples. Taking into account the modern broader concept of the family, this provision has to include binding terms to the advantage of unmarried couples such as; "*The Member States shall authorise...*" as mentioned in the initial proposal.
- According to Article 4(5), where the person married under the age of 21, his partner is not allowed family reunification. Although this provision aims to prevent forced marriages, there must be some other criteria to indicate those situations, since the age of marriage is traditionally under the age of 21 in several states.
- As to Article 6, the Member States may refuse family reunification applications in terms of public security or public health. For example, in this provision, the Directive gives huge discretion to the Member States which may easily cause breaches of human rights in general. The limits to their authority must be drawn, even if it affects their sovereignty.
- Articles 8, 13 and 15 provide time limitations. Article 8 allows the Member States to require the sponsor to have stayed lawfully in its territory for up to three years before being joined by family members. Also, Articles 13 and 15 provide time limits regarding first residence permit for family members and waiting period for family members to get independent residence status. In particular, Article 8 breaches the rights to family life ensured by Articles 8 of the European Convention on Human Rights. Therefore, time limitations shall be arranged with a fair approach in line with fundamental human rights.

²⁷ Supra, fn. 23, p. 3

- Also, the Directive allows Member States to arrange integration measures such as integration tests. For instance, some Member States require a language test to be taken by family members without providing any prior opportunity for language training. Considering the wife or a minor child of a worker of an uneducated family from an undeveloped country, it is impossible to reunite their family in a Member State which requires a language test. Therefore, this may be considered another implicit reason for refusal.

VII. CONCLUSION

It is essential to formulate the restrictions more attentively, since the right to family life is defined as a fundamental right in the ECHR. Therefore, the limitations of the Directive in terms of family reunification have to be interpreted in a narrow context.

Varied implementations and deficiencies in uniform arrangements may be able to destroy the reliability of Community Law and respect for family reunification at the Community level. The existence of broad distinct approaches between EU citizens and third country nationals brings about discrimination in terms of enjoying and exercising fundamental rights. Therefore, although the immigration and asylum issue was shifted to the first pillar as a result of enlargement policy, it is not sufficient to protect the right of third country nationals.

Consequently, the legislations prepared in the light of ToA have to be applied in line with ECHR and EU Charter of Fundamental Rights and the Directive concerned has to be rearranged without the pressure of the Member States which have fears regarding the loss of their discretion by right of their sovereignty.

BIBLIOGRAPHY

- A. Arnall, Family Reunification and Fundamental Rights, 611-612, EURLR, 31(5), 2006
- Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification, (n.d.), Online at: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0086:EN:NOT>, (Accessed 15 March 2009)
- E. Drywood, 'Giving With One Hand, Taking With the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision', 396-407, EURLR, 32(3), 2007
- E. Kofman, A. Phizacklea, P. Raghuram and R. Sales, Gender and International Migration in Europe, (London: Routledge, 2000), Online at: <http://books.google.com/books?id=sy-u02qezLOC&dq=GENDER+AND+INTERNATIONAL+MIGRATION+IN+EUROPE&printsec=frontcover&source=bn&hl=tr&ei=FwxSaNkx4P4Bo3N6MgP&sa=X&oi=bookresult&ct=result&resnum=4>, (Accessed 15 March 2009)
- ECRE, 'Information Note on the Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification', (n.d), Online at: <http://www.ecre.org/files/frdirective.pdf> (Accessed 16 March 2009)
- EU: Amsterdam Treaty, Migration News (1998) Online at: <http://migration.ucdavis.edu/mn/more.php?id=1553040>, (Accessed 12 March 2009)
- Europa, Activities of the European Union (n.d) Online at: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/all000.htm#all006>, (Accessed 15 March 2009)
- G. Brinkmann, 'The Immigration and Asylum Agenda', pp. 182-199, European Law Journal, Vol. 10, No. 2, March 2004
- Guy S. Goodwin- Gill and J. Mcadam, *The Refugee in International Law*, (3rd ed, New York: Oxford University Press, 2007)
- J. Pinder and S. Usherwood, *The European Union: A Very Short Introduction*, (Oxford, Oxford University Press, 2007)
- K. Groenendijk, 'Family Reunification as a Right Under Community Law', p.215-230, in *European Journal of Migration and Law* 8, the Netherlands, 2006
- K. Standley, Family Law, 6th ed., (New York: Palgrave Macmillan, 2008)
- P. Craig and B. Grainne de, *EU Law: Text, Cases and Materials*, (3rd ed., New York: Oxford University Press, 2008)
- Position on Refugee Family Reunification by the European Council on Refugees and Exiles*, European Council on Refugees and Exiles, July 2000, p. 3, Online at: <http://www.ecre.org/files/family.pdf>, (Accessed 16 March 2009)
- R. Hodgkin and N. Peter, *"Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child"*, (New York: Unicef, 1998)
- The History of the EU, The EU Citizenship, (n.d.), Online at: <http://www.historiasiglo20.Org/europe/amsterdam.htm#>, (Accessed 15 March 2009)

**COMPARISON OF THE LAW OF
COPYRIGHT APPLIED TO COMPUTER PROGRAMS
IN THE EUROPEAN UNION AND IN TURKEY**

*Dr. Gonca Gülfem BOZDAĞ**

ABSTRACT:

Since computer programs have been used in almost every field of our lives, the importance of computer technology has steadily increased so that it is required to be protected in a rigid and secure manner. Therefore, legal protection of computer programs has become a crucial part of many international instruments and also several countries as Turkey have provided legislation protecting author's rights in terms of computer programs. In Turkish law, computer programs are protected by the Turkish Copyright Act (TCA) as literary works in parallel with Council Directive 91/250/EEC on the Legal Protection of Computer Programs (Directive). TCA was adopted to establish a common set of standards for software protection in line with EU law. These arrangements are important, particularly, in terms of the scope of the protection, exceptions of the protection, decompilation and duration limits.

Keywords: Computer Programs, Copyright, Intellectual Property Rights, Council Directive.

ÖZET:

Bilgisayar programlarının neredeyse hayatımızın her alanında kullanılması nedeniyle bilgisayar teknolojisinin önemi giderek artmakta olup, bu durum bilgisayar programlarının kesin ve güvenli bir şekilde korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, bilgisayar teknolojisinin korunması uluslararası düzenlemelerin önemli bir parçası olmuştur ve ayrıca Türkiye gibi birçok ülke bilgisayar programları açısından telif haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Türk hukukunda bilgisayar programları, Bilgisayar Programlarının Yasal Korunmasına ilişkin 91/250/EEC sayılı Konsey Tüzüğü ile uyumlu Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (TCA) çerçevesinde düzenlenmiştir. TCA, AB hukuku ile uyumlu yazılım korunmasına yönelik ortak standartlar oluşturmak amacıyla kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler özellikle; korumanın kapsamı, korumanın istisnaları, derleme ve süre sınırları açısından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayar Programları, Telif Hakkı, Fikri Mülkiyet Hakları, Konsey Direktifi.

* Dr., Hâkim, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dışilişkiler Genel Müdürlüğü Daire Başkanı, gonca.gulfem.yilmaz@adalet.gov.tr.

INTRODUCTION

Nowadays, computer programs have been used in almost every field of our lives such as education, industry, commerce and health, thus the importance of computer technology has steadily increased. Since computer programs have to be protected in a rigid and secure manner due to their widespread usage, inevitably legal protection of computer programs has become a crucial part of many international instruments. Therefore, several countries have provided legislation protecting author's rights in terms of computer programs.

Copyright protection of computer programs is accepted as the most suitable form of protection, since it can be obtained easily and it does not have a flexible structure. In Turkish law, computer programs are protected by the Turkish Copyright Act (TCA) as literary works in parallel with Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (Directive)¹.

In this essay, I will attempt to explain the definition and legal protection of computer programs, and I will then consider the basic implementation of this in Turkey. Finally, I will endeavor to analyze the Directive and TCA with a comparative method, particularly, in terms of the scope of the protection, exceptions of the protection, decompilation and duration limits.

I. AN OVERVIEW ON COMPUTER PROGRAMS

Concerning the use of a computer, it is first necessary to define the term 'computer program' undertaking tasks such as the reception, storage and retrieval of information. Another term, 'computer software' has a wider meaning which includes the program plus the supporting materials concerning the understanding or application of the program.² These notions are important to differentiate, since the installation of a computer is achieved through computer programs and computer software. Although they are used synonymously in the literature concerned, they do not have same definition. The term 'Computer software' enjoys a broader interpretation which contains not only computer programs but also preliminary design materials, databases and computer files.³

According to the Directive⁴, making any definition concerning computer programs must be avoided, since a definition could become out of date and the

¹ Council Directive 91/250/EEC was formally replaced by Directive 2009/24/EC on May 25, 2009. (Europa, Summaries of EU Legislation, http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26027_en.htm, Accessed 26 October 2014)

² Flint, M.F., *A User's Guide to Copyright*, (London: Butterworth & Co Ltd., 1979), p. 197

³ Çölkesen, R., *Bilgisayar Program Tasarımına Yeni Başlayanlar İçin Programlama Sanatı*, İstanbul 2004, p. 15; Ateş M., *Fikri Hukukta Eser*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), p. 151

⁴ Christie A. and Gare S., *Blackstone's Statutes on Intellectual Property*, (9th ed., New York: Oxford University Press, 2008) p. 219

meaning become restricted over time.⁵ According to the Explanatory Memorandum of the Proposed Directive, determining a definition regarding the notion of ‘program’ is intentionally avoided, since a definition may become obsolete quickly.⁶ According to the Directive, computer programs are accepted as literary works, but the protection of copyrights covers only the expression of a computer program, not the ideas and principles of it.⁷

In the Turkish system, “computer program” is defined in Article 1/B of the Turkish Copyright Act No. 5846 (TCA). There is no independent act arranged for computer programs separately, TCA, however, was amended on 7 June 1995 in order to adopt the provisions of Computer Programs Directive⁸.

The protection of computer programs is provided by two different areas of intellectual property law: patent law and copyright law.⁹ Additionally, there are other forms of protection such as the contract law, the law of breach of confidence and design law.¹⁰ However, copyright law is the basic protection for computer programs, while other forms have indirect and exceptional protections.

In Turkish law, computer implemented inventions are protected in Article 5 to 10 of Turkish Patent Act in line with international standards. In view of unfair competition, computer programs are protected within the general provisions of the Turkish Commercial Act, in particular, in Article 55. Moreover, Turkish Contract Law has provided protection for computer programs in case of controversy.

As to international protection, the Berne Convention does not include an explicit definition of computer programs covered by copyright protection, but its language is sufficient to be interpreted for copyright protection of computer programs.¹¹ This Convention came into force in Turkey by Act. No. 4117 on 07

⁵ Derclaye E., “Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law?”, Part I, EIPR, Issue I, 2000, p. 10

⁶ Czarnota B. and Hart R. J., *Legal Protection of Computer Programs in Europe-A Guide to the EC Directive*, (London: Butterworths, 1991), p. 153

⁷ Davis, J., *Intellectual Property Law*, (3rd. ed., New York: Oxford University Press, 2008), p. 70

⁸ Several Articles of TCA were also amended on 21 February 2001.

⁹ Hart T., Fazzani L. and Clark S., *Intellectual Property Law*, (4th ed., New York: Palgrave Macmillan, 2006), p. 18; An application made only for protection of a computer program is covered by copyright law. However, if this computer program has a technical specification, it should be assessed as an invention and as a result of this it may be protected by patent law. Namely, a computerized invention may be protected by patent law whereas just computer programs are only protected by copyright law.

¹⁰ Bainbridge D., *Software Copyright Law*, (London: Pitman Publishing, 1992), p. 12-26.

¹¹ Cornish, W.R., “Computer Program Copyright and the Berne Convention” in A Handbook of European Software Law, (Part I), M. Lehmann and C. F. Tapper (eds.), (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 184.

July 1995 and immediately after this progress, in 1995, TCA was amended in line with the Convention.

II. A GENERAL VIEW TO THE IMPLEMENTATION IN TURKEY

Generally, the implementation and legislation regarding copyright protection of computer programs in Turkey are in line with EU copyright law and its *acquis*, since Turkish Copyright Law was amended on 7 June 1995 in order to align with the Directive.

The term ‘computer program’ is defined in article 1/B of Turkish Copyright Law No. 5846 as a “set of instructions designed so as to enable a computer system to perform a task and function, and the preparatory design material leading to the development and composition of this set of instructions”. Preparatory design materials can be protected only if a computer program can result from it at a later stage.

While determining the eligibility for copyright protection of a computer program, the only criteria is whether or not it has the “characteristic of its author”. Similar to other works, the author of a computer program can be only natural persons. The author is the owner of the exclusive moral and economic rights as soon as the program is developed. Unless otherwise provided by contract or understood from the nature of the commission, where a computer program is created by an employee in the execution of his/her duties, the employer or appointer is entitled to exercise the rights to the program. This rule is also applicable to bodies of legal persons. As all rights are subject to some limitations determined by laws and other rules, the exclusive rights of the authors of computer programs are also subject to limitations.

In Turkish Law, while the transfer of the economic rights or of the authority to use those rights is possible, moral rights cannot be transferred to others. Nevertheless, the transfer of the authority to use the moral rights is legally possible.

Apart from the exceptional limitations dictated by laws, the exclusive rights of the author of a computer program can be infringed by others. Some civil and criminal sanctions and remedies are provided by Turkish Copyright Law in case of infringement of an author’s rights.

In view of the notions used, although the term ‘computer program’ is used in Article 1 of the Directive, it is also mentioned that this term includes the preparatory design material of computer programs. It can be assumed that this term is used not only for ‘computer programs’ but also ‘computer software’, although the provision does not provide any exact definition. As to TCA, an effort has been made to determine the term ‘computer program’. Even if this

Act does not include any certain definition covering ‘computer software’ as with the Directive, it is considered that, in practice, trying to make an absolute definition may restrict the implementation and cause conflicts.

In accordance with Article 2(3) of the Directive, an employer may only exercise economic rights. However, other rights provided by domestic law of Member States can be used by the author of the program.¹² According to Article 18(2) of the TCA, if an employee creates a computer program throughout his employment, the rights to the author’s program shall be exercised by the employer unless there is any agreement to the contrary.

Article 2 of the Directive does not entitle the Member States to recognize legal entities as copyright owners, if those States do not have any legislation accepting legal entities as copyright owners in their domestic law. Namely, the discretion to indicate the situation of legal entities has been given to the Member States by the Directive. With Turkish Copyright Law, the right of being the copyright owner is not recognized for legal entities, but the exercising of those rights by them is permitted.

According to the Directive and the 93/98 Directive, there is no limitation which restricts the duration of moral rights, but the discretion to determine this duration has been given to Member States.¹³ In Turkish Law, there is no limitation for using of moral rights in terms of duration. Also, those rights can be exercised even if the economic rights have been transferred to another person.

III. ASSESMENT OF COMPUTER PROGRAMS DIRECTIVE (1991) WITH TURKISH COPYRIGHT ACT

A. In General

The Directive, which had to be implemented by 1 January 1993, is the first serious attempt by the EU to legislate on copyright protection of computer programs. It defines whether a copyright, a patent or a sui generis right should protect computer programs. Due to the fear of possible different approaches to this by Member States, it endeavored to determine a unified implementation of copyright protection for computer programs.¹⁴

¹² Erel, Şafak N., “Fikrî Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması”, Prof. Dr. İlhan Öztürk’a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, January- June 1994, p. 146.

¹³ Ateş, M., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, p. 258.

¹⁴ Bently L. and Sherman B., *Intellectual Property Law*, (2nd ed., New York: Oxford University Press, 2004), p. 46.

The Directive has high importance for the EU's industrial development, since it ensures effective and reliable legal protection of computer programs in the Member States through the harmonization of basic issues such as, who enjoys what rights, for how long and under what conditions.¹⁵

Thanks to the adoption of the Directive in 1995, all provisions of the TCA are generally in line with the Directive.

B. The Scope of Protection

1. Subject Matter of Protection

To begin with, the application of classical copyright to computer programs and the extent to which they are subject to protection should be clarified. In accordance with Article 1 of the Directive, computer programs should be safeguarded as literary works within the meaning of the Berne Convention. As mentioned before, there is no exact definition of 'computer programs' in the Directive, but it applies to computer programs irrespective of the form in which they are expressed.

According to Article 1(2), logic, algorithms and programming languages are not excluded from copyright protection per se, but only to the extent to which they comprise ideas and principles.¹⁶ Computer programs are considered as 'literary and artistic works' in some aspects such as in the supporting material and program description.

According to the definition in Article 1/B of TCA, a computer program is a set of instructions designed to provide a computer system to perform a task and a function. Also, "preparatory design material" arranged under this Article, since they provide development and composition of this set of instructions, and so preparatory design materials can be protected only if a computer program can result from it at a later stage. Program flow, source code and object code are copyrightable. Copyright protects expression rather than ideas which underlie any element of a computer program. Algorithms and user interfaces are not copyrightable as an element of a computer program.

2. The Requirement of Protection: Originality

In Article 1(3), it is stated that a computer program has to be an 'original' intellectual creation of its author in order to be protected.

¹⁵ Dreier T., The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs, (1991), 9, EIPR, p. 319.

¹⁶ Ibid, p. 320

It is crucial to bring into line the different standards in terms of ‘originality’, since a common market for the software industry is so difficult to establish due to the varied approaches of the Member States. The test of originality under the Directive requires the program to be ‘the author’s own intellectual creation’. It is not important that the program is simple or complex for the requirement of protection, if ‘originality’ is provided.¹⁷

The importance given to originality as a requirement for the protection of computer programs under copyright law has been reduced owing to the acceptance of lower standards. The fundamental criterion of originality under the Directive is very simple; it is essential that the program must not have been copied. In view of originality, Turkish law is also in line with the Directive.

3. Authorship in Computer Programs

According to Article 2(1) of the Directive, it does not entitle the Member States to issue copyright law which does not recognize legal entities as being copyright owners or which does not contain the concept of collective works.¹⁸ In Turkish law, since the copyright owner must be a natural person in Article 1(B) of TCA, it is explicitly implied that legal entities are not recognized as being copyright owners.

Another issue has to be clarified, which is who owns the copyright of a program created by an employee. According to German Copyright Law (Article 69b), it is stated that when an employee creates a computer program during his employment or through obeying the instructions of his employer, the use of all economic rights of the program belongs to the employer, unless there is an agreement to the contrary.¹⁹ In accordance with the Directive, once a computer program is created by an employee during his employment, it is necessary to allocate the copyright to the employer.²⁰ It is expressed in Article 2(3) as;

“[w]here a computer program is created by an employee in the execution of his duties or following the instructions given by his employer, the employer exclusively shall be entitled to exercise all economic rights in the program so created, unless otherwise provided by contract.”

¹⁷ Cornish and Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, (5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 765

¹⁸ Maijboom, A. P., “The EC Directive on Software Copyright Protection” in *Copyright Software Protection in the EC*, Herald D. J. Jongen and Alfred P. Meijboom (eds.), (the Netherlands: Kluwer, 1993), p. 9

¹⁹ Dietz, A., *International Copyright Law and Practice*, “Germany”, Paul Edward Geller and Melville B. Nimmer (eds.), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006, p. GER-55.

²⁰ *Supra*, fn. 12, p. 46

As can be seen, although the Directive does not include the definition of ‘employee’ and ‘employer’, it gives the employer the first ownership of the exclusive rights such as copying, modifying and adapting the computer program. Employer’s rights, however, are limited to these economic rights. Other rights, for instance, moral rights are granted to the employee, even though the Directive does not specifically mention the moral rights which are still covered by national arrangements.

An employer may only exercises economic rights. However, other rights provided by the domestic law of Member States can be used by the author of the program.²¹

In Turkish law there is no special arrangement concerning the owner of a computer program created by employee, thus the general provisions of TCA are applied to these kinds of disagreements. As to Article 18(2) of the TCA, if an employee creates a computer program in the course of his employment, the rights of author’s program shall be exercised by the employer unless there is any agreement to the contrary. It means that the economic rights are to be exercised by the employer unless otherwise arranged by their contract.

On the other hand, before the amendment to the TCA, it was not clear whether the employer might able to exercise only economic rights or both. By the amendment provided in Act No. 4630, it is clarified that the employer may exercise only economic rights, whereas the employee has moral rights to the program.²²

4. Exclusive Rights

Article 4 of the Directive provides the exclusive rights to authorize reproduction, adaptation and distribution for the rightholder of a computer program. Articles 5 and 6 are exceptions to the copyright protection.

Article 4(a) grants the rightholder the exclusive right to authorize “permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole”. Since copying of the software is naturally necessary to achieve its purpose and to apply its function, the controlling of computer programs’ reproduction is inevitable. Also, it is difficult to provide sufficient in-built protection owing to its more complicated and technical structure. Therefore, a criterion specifically to cover protection is compulsory to order to avoid a clear breach of copyright in terms of software. Furthermore, according to Article 4(a), the acts of loading, displaying, running, transmission

²¹ Supra, fn. 10, p. 146

²² Kılıçoğlu, A., Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Yapılan Değişiklikler, ABD, Yıl: 52, Sayı: 4, 1995/4, p. 13-27

or storage of a computer program are subject to the rightholder's authorization, insofar as they all require a reproduction.

Even though the Directive does not define the term 'reproduction', it could be determined by the national law of the Member States. Also, there is no provision for the rightholder to perform publicly or authorize the public performance of the software, which could be seen as a subject which has to be addressed.

Another exclusive right is the "adaptation" set out in Article 4(b). Generally, adaptation of a literary work implies transformation of a given text such as a novel into another literary work such as a play. The Directive has broadly formulated the adaptation right covering the translation, arrangement and any other alteration of a computer program. In regarding computer programs as literary works, different operating systems and general applications may involve programs to be expressed in different ways or to incorporate altered pieces of code for use in a different environment.²³

Any form of distribution to the public can be provided through sale or the consent of the rightholder under the control of the author concerned. If the author and the producer of the product are same, that control appears directly. Also, it is controlled directly if the author assigns his rights to a publisher or producer of programs. When the product is put on the market with the consent of author, his right is deemed to be exhausted. The "first sale" right means that when a copy of a program is sold for the first time in the Community by the copyright holder or with his consent, it is not transferred except under licence or for a limited period.²⁴

According to the 'exhaustion of rights' principle, when a product has been sold with the consent of the rightholder, he should no longer have control over subsequent sale. Moreover, when computer programs are put on the market in one of the Member States, their importation into other Member States may not be prohibited by the rightholder, since his right to control subsequent importation will have expired.

In Turkish law, the right of reproduction of a computer program is granted to the rightholder of the computer program in accordance with Article 22 of the TCA. It can be used by the owner or a person authorized by the owner. The

²³ Tapper, C., "The European Software Directive: The Perspective from the United Kingdom" in *A Handbook of European Software Law*, M. Lehmann and C. F. Tapper (eds.), (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 153

²⁴ Lehmann, M., "The European Directive on the Protection of Computer Programs" in *A Handbook of European Software Law*, M. Lehmann and C. F. Tapper (eds.), (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 171

definition of adaptation of a program is made in Article 1/B (c) of the TCA and also in Article 6; several examples are given without restricting the definition of adaptation.

In accordance with the TCA, as an initial condition for adaptation and distribution, the program has to be reproduced. Therefore, if the original of the computer program is disclosed and submitted to the public, this does not mean the kind of ‘distribution’ that is stated in copyright law, since it has to be reproduced before being submitted. It implies that the distribution right is a wider right which covers reproduction of programs as well.²⁵

According to the TCA, once rights of adaptation and distribution are transferred to another person, it generally means that the reproduction rights are passed with those rights. The distribution right can be exercised through the physical copies of the program. For instance; the submission of a program via the Internet without the consent of the rightholder does not breach the distribution right.²⁶

C. Exceptions to the Protection

According to Article 5(1) of the Directive, if it is necessary for the use of computer program with regard to its intended purposes, and in the absence of specific contractual provisions, the lawful acquirer of a program is entitled to copy, display, run, transmit, or adapt it etc. Under these conditions, such acts do not amount to restricted acts and do not require authorization where the lawful acquirer performs them.

The second exception in Article 5 is that “a person having a right to use the computer program may not be prevented by a contract” to back up a copy. This arrangement does not seem very explanatory. For instance; if the original copy acquired is not used since it was copied onto a hard disk, it seems that the user does not have the right to back it up.²⁷

The third exception in Article 5 declares that the person having a right to use a copy of the software can “observe, study or test the functioning of the program” to establish the underlying principles and ideas. Since this provision is assumed to accord the user a full right to analyse the program, it contrasts with Article 6 addressing program analysis and circumscribes the decompilation right across a variety of restrictions. Thanks to this provision, the Directive

²⁵ Supra, fn. 10, p. 148

²⁶ Ateş, M., Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, p. 172-173

²⁷ Huet, J. and Gingsburg J. C., Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive, 30/2 Colom. J. of Trans. Law, pp. 327-373, 1992, p. 352

illustrates the importance of standardization and interoperability of computer programs, especially in the area of interfaces.

A parallel approach has been followed by the Article 38/1 of TCA and this provision of the Directive has been totally adopted by Turkish Law.

D. Decompilation

Decompilation, mentioned in Article 6, means an act which is the retranslating of a program's object code into source code. In computer programs, the code form in general, bars access to those ideas and principles underlying a program which may not already be determined by studying just the performance of a program.

Generally, rightholder's consent is a requirement, since the act of decompilation constitutes a reproduction or a translation. This broad exclusive right, however, may prevent any unfair misappropriation of the commercially valuable ideas and principles underlying a computer program, thus it strengthens the protection of the program. Moreover, information on the interfaces of an existing program is necessary for the development of programs which may connect to this existing program.²⁸ Therefore, the Directive in its Article 6, accepts a decompilation exception to the exclusive right of reproduction of the author. The Directive should contain an express provision allowing reverse engineering. This was a necessity not only because of the requirement for such a provision but also in some cases, because courts of the Member States were already interpreting some legislation to permit reverse engineering such as 'fair dealing' in the UK and another form of this concept is called 'fair use' in the USA.²⁹ As states have already interpreted their legislation to permit reverse engineering under different wording, an express provision may assist for an uniform concept.

Article 6 has been translated into Turkish almost in same format through Article 38/V of TCA. However, it seems that a flexible arrangement may be used for the definition, since Article 6 is including '...indispensable to obtain the information necessary...' term which is so strict. The indispensability may change case to case, thus it has to be assessed in terms of circumstances of the case. It does not provide a flexible discretion area for the judge in practice and it causes waste of time and effort in terms of commercial benefits. Therefore, as to the Copyright, Design and Patent Act 1988 of the UK, Article 38/V of TCA has to be amended and reformulated with using a flexible word such as 'necessary' instead of 'indispensable'.

²⁸ Supra, fn. 13, p. 323

²⁹ Supra, fn. 5, p. 75-76

E. Term of Protection

According to the Directive, the duration of protection has been indicated the life of the author plus 50 years after his death in Article 8(1). However, some Member States whose duration of protection is longer than 50 years are allowed to apply this longer term (Article 8(2)). This dispute has lost its importance owing to the special conditions of computer programs, since their life, most likely, shorter than 50 years after their creation.³⁰

On the other hand, different implementation of Member States in terms of duration in the area of intellectual property led the EU to harmonize those legislations in a common directive. Therefore, Council Directive 93/98, which repealed Article 8 of the Directive regarding computer program, was adopted. It provides that the term of protection shall be the life of the author plus 70 years after his death (Article 1(1)).³¹

In Turkish law, the duration of protection has been provided in Article 26 and 27 of TCA. It is stated that the protection shall be continued during the life of the author plus 70 years after his death. As clearly seen, the provision with regard to duration is in line with the Directive as well.

V. CONCLUSION

Since it was an inevitable problem to overcome in order to eliminate the trade barriers between the Member States and achieve a common single market, common standards for manufacturers, who wish to market a given product in all Member States, had to be provided. Computer software is one of the major products in the Community. As a result of this, unified and strong intellectual property protection of computer programs has become one of the most important duties on the legislative bodies of the Community, which is why the Directive 1991 has been adopted.

As a candidate country, Turkey has initiated accession negotiations with the European Union and gone through its existing legislation in order to come into line with the EU *acquis*. The TCA was amended on 7 June 1995 to adopt the provisions of the Directive concerned. These amendments were adopted to establish a common set of standards for software protection in line with EU law, as it is increasingly important product in the economy. Since the implementation of the legislation is as crucial as its preparation, Turkey has significantly endeavored to develop its proceedings to cover computer programs as well.

³⁰ Ibid, p. 319

³¹ Council Directive 93/98 of October 1993 on harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain related Rights

BIBLIOGRAPHY

- A. Christie and G. Stephen, *Blackstone's Statutes on Intellectual Property*, 9th ed., (New York: Oxford University Press, 2008)
- A. Dietz, International Copyright Law and Practice, "Germany", (Ed. Paul Edward Geller/Melville B. Nimmer), Publication 399, Release 18, LexisNexis, September 2006
- A. Kılıçoğlu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, ABD, Yıl: 52, Sayı: 4, 1995/4
- A.P. Maijboom, "The EC Directive on Software Copyright Protection" in Copyright Software Protection in the EC, (edited by) Herald D.J. Jongen and Alfred P. Meijboom, (the Netherlands: Kluwer, 1993)
- B. Czarnota and R. J. Hart, Legal Protection of Computer Programs in Europe-A Guide to the EC Directive, (London: Butterworths, 1991)
- C. Tapper, "The European Software Directive: The Perspective from the United Kingdom" in A Handbook of European Software Law, (Part I) edited by M. Lehmann & C.F. Tapper, (Oxford: Clarendon Press, 1993)
- Çölkesen, R., Bilgisayar Program Tasarımına Yeni Başlayanlar İçin Programlama Sanatı, İstanbul 2004
- Cornish and Llewelyn, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, (5th ed., London: Sweet & Maxwell, 2003)
- D. Bainbridge, *Software Copyright Law*, (London: Pitman Publishing, 1992)
- E. Derclaye, "Software Copyright Protection: Can Europe Learn from American Case Law?", Part I, EIPR, Issue I, 2000
- J. Davis, *Intellectual Property Law*, 3rd. ed., (New York: Oxford University Press, 2008)
- J. Huet and J.C. Gingsburg, Computer Programs in Europe: A Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive, 30/2 Colom. J. of Trans. Law, pp. 327-373, 1992
- L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2nd ed., (New York: Oxford University Press, 2004)
- M. Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, 2003
- M. Lehmann, "The European Directive on the Protection of Computer Programs" in a Handbook of European Software Law, (Part I), ed. M. Lehmann and C.F. Tapper, (Oxford: Clarendon Press, 1993)
- M.F. Flint, *A User's Guide to Copyright*, (London: Butterworth & Co Ltd., 1979)
- Ş.N. Erel, "Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması", Prof. Dr. İlhan Öztürk'a Armağan, AÜSBFD, C. 49, S. 1-2, Ocak-Haziran 1994
- T. Dreier, The Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs, [1991], 9, EIPR
- T. Hart, L. Fazzani and S. Clark, *Intellectual Property Law*, 4th ed., (New York: Palgrave Macmillan, 2006)
- W.R. Cornish, "Computer Program Copyright and the Berne Convention" in A Handbook of European Software Law, (Part I), ed. M. Lehmann and C.F. Tapper, (Oxford: Clarendon Press, 1993)

**PROVISIONAL MEASURES IN ICSID PROCEEDINGS
FOCUSING ON ENERGY RELATED DISPUTES**

*Arş. Gör. Aslıhan ERBAŞI**

ABSTRACT:

Provisional measures are very significant tools not only in national, also in international arbitration. They enable security for parties against any injustice in the course of a pending arbitration and therefore provide a successful outcome of the proceedings. Provisional measures include a variety of measures which range from freezing of assets, posting securities, preservation of status quo, etc. The purpose of this paper in general is to try to answer the question whether there are common grounds relied on by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) tribunals to recommend parties provisional measures and in particular whether we can talk about any kind of classification for provisional measures regarding claimants' requests by giving examples of energy related cases. In order to examine these issues the power of an ICSID tribunal to recommend provisional measures, the benefits and the pre-requisites of these measures will be addressed.

Keywords: ICSID, Provisional Measures, Energy Investment, Energy Related Disputes.

ÖZET:

İhtiyati Tedbirler sadece iç hukukumuzda değil, aynı zamanda uluslararası tahkimde de başvurulan etkin bir araçtır. Tahkime taraf olanlar taraflar için tahkim yargılaması süresince ortaya çıkabilecek haksızlıklara karşı garanti sağlamasının yanı sıra, yargılamanın başarılı sonuçlanmasının da destekleyicisidir. İhtiyati tedbirler malvarlığının dondurulmasından, güvenlik sağlamaya, hâlihazır durumun korunması ve benzeri kadar muhtelif tedbirler içermektedir. Bu çalışmanın genel olarak amacı taraflara ihtiyati tedbirler önermesi açısından ICSID – Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne itimadın mantıklı temelleri olup olmadığı ve özelde enerji yatırımı uyuşmazlıklarından örnekler vererek davacıların talepleri ile ilgili olarak ihtiyati tedbirlerin bir sınıflandırılmasından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu konuların analizi çerçevesinde, ihtiyati tedbir öneren bir ICSID hakem heyetinin yetkileri, bu tedbirlerin yararları ve ön şartlarına da değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: ICSID, İhtiyati Tedbirler, Enerji Yatırımı, Enerji Uyuşmazlıkları.

* Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD.

1. INTRODUCTION

Provisional measures are common in international arbitration. Arbitral tribunals recommend them as a matter of urgency to provide a certain status quo and protection for the interests of the parties during the arbitral proceedings are still going on, since parties may suffer from many damages till the tribunal reaches its final award, for example the right or property subject to dispute could be transferred to a third party or lose its edge, the evidences in relation to the dispute could get lost or one of the parties act may cause a harm on other's continuing business, etc.

Thus, the purpose of provisional measures are as explained by SCHREUER contributing to a successful judgement of the tribunal by “*securing discovery of evidence, preserving the parties' rights, preventing self-help, safeguarding the awards, eventual implementation and generally keeping the peace*”.¹

ICSID tribunals are also familiar with this incident due to various requests for provisional measures in recent years. After the amendments in 2006, (to) ICSID's rules included revisions regarding to provisional measures, the relief mechanism of ICSID became much more likely for parties to obtain them in a timely and effective way.² However the ICSID Convention and Rules regarding investor-state arbitration requires a clear and solid statement of the parties addressing their consent in order to issue a provisional recommendation.

Furthermore, the ICSID Convention and Rules do not indicate the types of these measures clearly so we have to look to the practice of arbitral tribunals based on their discretion which is oriented and formed by the nature and facts of the related cases.³ In the light of tribunals' decisions on these provisions we can speak of that there are two types of reliefs. The first one is meaningful reliefs such as securing the existence of evidences, costs or attendancy of witnesses, etc. in order to provide an efficient arbitral procedure, while the second one aims parties' protection, namely the preservation of the status quo.⁴

¹ C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 2009) p. 759.

² See *infra* para. 9.

³ L. Malintoppi, *Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings: What Parties Request and What Tribunals Offer*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, ed., New York: Oxford University Press, 2009), p. 171.

⁴ L. Y. Fortier and O. Renault, *Interim Measures: An Arbitrator's Provisional Views*, Fordham Law School Conference on International arbitration and Mediation, USA, 2008, (New York: MartinusNijhoff Publishers, 2008), p. 9.

Due to its important efficacies providing an expedited procedure to protect the investors' alleged rights from Host states' prejudicial conducts, there are a large number of provisional measures applications in ICSID awards⁵ among which there are quite a few cases filed by companies in energy business.

The aim of this paper is to analyse examples of provisional measures relating to energy disputes in order to present the types of requests of provisional measures in energy related investment arbitration cases. Before doing this, the legal ground of ICSID tribunals' power to recommend provisional measures will first briefly addressed and the pre-conditions of these provisional measures will be examined. Finally common grounds relied on by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) tribunals to recommend parties provisional measures will be presented.

2. THE POWER OF ICSID TRIBUNALS TO RECOMMEND PROVISIONAL MEASURES

The nature and scope of ICSID tribunals' powers with regard to provisional measures stem from two provisions, namely Article 47 of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 39. Article 47 of the ICSID Convention provides that:

“[e]xcept as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party”.⁶

In other words ICSID tribunals are empowered to recommend any provisional measures in any necessary situation in order to preserve parties' rights here. Although the language here pointing to the tribunals' authority ordering these measures do not seem to be coercive due the word 'recommend', in reality they are empowered to order provisional measures.⁷ This has been recognized by numerous international tribunals, for instance in the case of *Tokios Tokelé* the tribunal stated:

“It is to be recalled that, according to a well-established principle laid down by the jurisprudence of the ICSID tribunals, provisional measures 'recommended' by an ICSID tribunal are legally compulsory; they are in effect

⁵ See for a table of ICSID decisions on provisional measures L. Rees, J. Paulson, N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Kluwer International, 2011), p. 418-435.

⁶ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, (as amended and effective April 10, 2006), Article 47.

⁷ *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. Arb/06/11, Decision on Provisional Measures, 17 August 2007, para. 58.

*'ordered' by the tribunal, and the parties are under a legal obligation to comply with them.*⁸

Article 47 of the ICSID Convention has further been elaborated on in Arbitration Rule 39 as following:

Provisional Measures

- (1) At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.
- (2) The Tribunal shall give priority to the consideration of a request made pursuant to paragraph (1).
- (3) The Tribunal may also recommend provisional measures on its own initiative or recommend measures other than those specified in a request. It may at any time modify or revoke its recommendations.
- (4) The Tribunal shall only recommend provisional measures, or modify or revoke its recommendations, after giving each party an opportunity of presenting its observations.
- (5) If a party makes a request pursuant to paragraph (1) before the constitution of the Tribunal, the Secretary-General shall, on the application of either party, fix time limits for the parties to present observations on the request, so that the request and observations may be considered by the Tribunal promptly upon its constitution.
- (6) Nothing in this Rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to or after the institution of the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests.⁹

The recent amendments in 2006 made some revision in Rule 39 to enable parties to submit their request for provisional measures following the registration of the dispute with ICSID, for which the parties should wait until the tribunal had been constituted under the old rule.

⁸ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Procedural Order No. 1, 1 July 2003, para. 4.

⁹ ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, (as amended and effective April 10, 2006), Rule 39.

Even in the case of a jurisdictional objection, provisional measures may be granted before the tribunal decides on its own jurisdiction. Thus a *prima facie* showing of jurisdiction might be enough for tribunals for issuing these measures. The basis of this practice lies in Rule 36(3) of ICSID Convention regulating “*The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.*”¹⁰ In other words ICSID provides a preliminary examination of jurisdiction.¹¹

While the Rule 39 (2) indicates that the tribunals ‘*shall give priority to the consideration of a request*’, the following paragraph entitles the tribunal to grant provisional measures on its own initiative. As rule 39 (1) states, a party can introduce its provisional measures request at any time after the institution of the arbitral proceedings, even though there is an objection against the jurisdiction of the tribunal.¹²

Arbitration Rule 39(5) stipulates that to apply local authorities for provisional measures, parties have to express their intention for this. In other words this provision has a limiting effect on the capacity of domestic courts ordering provisional measures by requiring a specific agreement from the parties on this issue.¹³ Thus provisional measures are preserving the exclusivity of ICSID arbitration to the exhaustion of local administrative or judicial remedies as defined in Article 26 of the ICSID Convention.¹⁴

3. THE PRE-CONDITIONS FOR ICSID TRIBUNALS TO GRANT PROVISIONAL MEASURES

According to Article 47 of the ICSID Convention the circumstances under which provisional measures are required must clearly demonstrate the fact that these measures are necessary to preserve a party’s rights and urgent to avoid irreparable harm.¹⁵ In other words, there are two main issues leading a tribunal to grant provisional measures, a) the existence of a right to be preserved and b) circumstances of necessity and urgency to avoid irreparable harm.¹⁶

¹⁰ See *supra* para. 7, Article 36(3).

¹¹ See Schreuer, *supra* note 1, p. 771-772.

¹² See *id.*, p. 771.

¹³ See Malintoppi, *supra* note 3, p. 160.

¹⁴ *Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Order, 6 September 2005, para. 38.

¹⁵ See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para. 59.

¹⁶ See *id.*, para 61

However, the way how these issues will be determined is open to interpretation, since it is not mentioned in the text of the ICSID Convention. The tribunal in *Railroad Development v. Guatemala* case determined the standard to be applied here as reasonableness, on which the tribunal will decide in the light of all the circumstances of the requests by considering the rights to be protected and their predisposition to irreversible damage.¹⁷

3.1. Necessity and Urgency

As the tribunal in *Plama v Bulgaria* states, “*the need for provisional measures must be urgent and necessary to preserve the status quo or avoid the occurrence of irreparable harm or damage*”.¹⁸

The ambits of “urgency” are determined due to the circumstances of the related case and on the type of measure which is requested. This will generally point the urgency in the traditional sense which refers to a need in a short space of time, whereas in some cases the only time limit pertain to that the measure be granted before an award.¹⁹

The significance of the requested type of measure appears in *Railroad Development Corporation v. Guatemala* case, where the Claimant requested preserving “*all documents*” in the Respondent’s possession arguing that they may get lost due to a change in Guatemala’s government. The tribunal here tried to answer the question about the limits of the protection of documents and concluded that an objective consideration of the facts will enable the tribunal to determine this issue by examining whether the request is necessary and urgent and hold that the claimant had failed to prove these circumstances, since the claimant has only presented a disorder found in government offices, which couldn’t justify the recommendation of provisional measures for preservation of “*all documents*” in tribunal’s view and wasn’t enough to “*place an unfair burden on the Government because of its excessive breadth*”.²⁰

Furthermore, as a general principle the burden of proving the necessity of these measures falls on the party making the application as presented by the tribunal in *Maffezini v. Spain*.²¹

¹⁷ *Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala*, ICSID Case No. Arb/07/23, Decision on Provisional Measures, 15 October 2008, para. 34.

¹⁸ See *Plama v Bulgaria*, *supra* note 14, para. 38, *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para 59.

¹⁹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. Arb/05/22, Procedural Order N° 1, para. 76.

²⁰ See *Railroad v Guatemala*, *supra* note 17, para. 34-36.

²¹ *Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order N° 2, 28 October 1999, para 10.

3.2. Irreparable Harm

With ‘provisional measures’ it is not aimed to protect against any potential or hypothetical harm. An imminent harm, which may affect the requesting party, must be vindicated.²² Furthermore, the tribunals adopt different approaches about essence of this harm. As can be seen from the following examples, while tribunals grant provisional measures to avoid irreparable harm, they prefer to award damages to compensate the alleged prejudices.

Thus, in *Plama v. Bulgaria*, the Tribunal stated that provisional measures must be necessary to “avoid the occurrence of irreparable harm or damage”²³. Since the claimant in the present case is seeking only monetary damages for breaches of respondent’s obligations under the Energy Charter Treaty and this can be compensated for by damages, the tribunal accepts that harm is not irreparable here.²⁴

On the other hand, in *Burlington v. Ecuador*, the Tribunal found a risk of a potential destruction of an on-going investment therefore it ordered establishment of an escrow account to protect the investment.²⁵ Parallel to the tribunal’s decision in *Perenco v. Ecuador* case, where also an escrow account was established to protect claimant from suffering “extensive seizure of its oil production or other assets”.²⁶

Thus, ICSID Tribunals make a distinction between²⁷:

- (a) situations where the alleged loss subject to the arbitration can be compensated by awarding damages; and
- (b) situations where there is a serious risk of harm regarding to the on-going investment.

Furthermore, provisional measures may not be granted when they would cause irreparable harm to the rights of the opposite party,²⁸ otherwise it would

²² See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para. 89.

²³ See *Plama v. Bulgaria*, *supra* note 14, para. 38.

²⁴ See *id.*, para. 46.

²⁵ *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 on Burlington Oriente’s Request for Provisional Measures, 29 June 2009, para 83.

²⁶ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos Del Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/08/6), Decision on Provisional Measures, 8 May 2009, para 60 and 63

²⁷ *Cemex Caracas Investments B. V. and Cemex Caracas Ii Investments B. V. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. Arb/08/15, Decision on Provisional Measures, 03 March 2010, para. 55.

²⁸ See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para. 93.

conflict with the rule indicating “to preserve the respective rights of either party”²⁹.

3.3. Existing Right

When a tribunal may face with a provisional measure request, it only considers the nature of the alleged right, not its existence.³⁰ According to the tribunal in *Occidental* case the right to be preserved which is subject to the provisional measure request, only has to be alleged as a ‘theoretically existing right’³¹. In order to define the theoretically existing right, the tribunal refers to *Maffezini* case, where it was clarified as the right existing ‘at the time of the request and not to be created in the future’³².

Furthermore, this ‘theoretically existing right’ must present Claimants’ legally protected interests, rather than a simple. Therefore, in order to test whether or not claimants’ requests meet these criteria, the tribunal has to check Claimant’s ability to invoke theoretically the mentioned rights.³³

4. PROVISIONAL MEASURES REQUESTS AND ICSID DECISIONS IN ENERGY-RELATED CASES

Recent years have witnessed an increasing number of arbitration procedures involving energy companies’ claims. This trend also reflected in demands of provisional measures. This chapter will address these cases by classifying them according to the types of the request made:

4.1. Non-Agravation of the Dispute

Occidental v Ecuador

The matter of dispute here is about the termination of participation contracts regulating Claimant’s exploration and exploitation activities in Amazon Region. Claimant described its argumentations for its rights shall be protected in two parts: Firstly, their contractual right to carry out exploration and exploitation activities on Block 15 and secondly their right to “prevent further aggravation of the dispute”³⁴. In order to protect these rights, the claimant required a “third-party transfer notice” enabling them to be informed

²⁹ Article 47 of the ICSID Convention

³⁰ See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7., para 63.

³¹ See *id.*, para 64.

³² See *Maffezini v Spain*, *supra* note 21, para 13.

³³ See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para 65.

³⁴ See *id.*, para 62.

in advance about the intention of the government to award the block subject to dispute to a third party and obtainment of necessary precautions to be credited the oil produced from the said Block and shipped through the OCP pipeline towards Claimant's ship-or-pay obligations.³⁵ However these requests are rejected by the tribunal, since according to the tribunal the Claimant could not present sufficient evidence regarding to the presence of its right for specific performance containing restoration of Claimant's operatorship of Block 15 and benefits provided by this operatorship³⁶. Besides claimant, respondent and the tribunal agreed on the fact that economic losses can be compensated by money damages, so the harm in question does not create any necessity or urgency to grant a provisional measure.³⁷

4.2. Security for Cost

There is a common approach among the tribunals regarding to avoid granting the provisional measures involving security of cost. Malintoppi explains this phenomenon as a common perception of tribunals that any decision in this direction could be perceived as interference to the decision on the merits.³⁸

Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO) v Independent Power Tanzania Limited (IPTL)

In this case a Tanzanian public utility called Tanzania Electric Supply Company Limited (TANESCO) entered into a Power Purchase Agreement (PPA) with Independent Power Tanzania Limited (IPTL). Due to the terms of this agreement IPTL was entitled to construct, operate, maintain and own an electric-generating facility in Tanzania and sell electricity to TANESCO for 20 years, once the facility was established. However this agreement was terminated by TANESCO due to some emerging disputes, before the facility's construction had been finished.³⁹ Therefore IPTL requested from the tribunal provisional measures claiming to operate the facility and got capacity payments from the respondent till the tribunal reach an award.⁴⁰

³⁵ See *id.*, para 26 and 30-32.

³⁶ See *id.*, para 22 and 86.

³⁷ See *id.*, para 98-99.

³⁸ See Malintoppi, *supra* note 3, p. 169.

³⁹ J. Crawford, K. Lee and E. Lauterpacht, ICSID Reports, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 221.

⁴⁰ Tanzania Electric Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No ARB/98/8, Decision on Provisional Measures, 20 December 1999, attached as Appendix A to the Final Award on 22 June 2001, para. 3.

IPTL asserted that here is a risk for it to lose its enjoyed rights under PPA, since the lenders to IPTL may foreclose on the loan security and IPTL will lose facility's ownership and in addition to that by the time of the tribunal's final award, TANESCO may not be financially capable with the consequences of the award.⁴¹ The tribunal could not find any evidence regarding to the alleged risk. In addition although in tribunal's view Rule 39 may allow the tribunals to order wholly or partly performance of a contract, tribunal did not agree that the request here is within the scope of Rule 39. In other words the tribunal adopts the view that provisional measures should not be recommended to secure the claim.⁴²

RSM Production Corporation and others v Government of Grenada

Here the Claimant alleged that Granada did not stick to the agreement, which was signed by the parties in 1996 establishing a long-term arrangement for the exploration and extraction of potential oil and gas reserves. Under the terms and conditions of the agreement RSM was entitled to apply for an exploration license within 90 days of signing the agreement and Grenada was obligated to award this license. However, RSM's exploration application was denied by Grenada, which also terminated the contract and so RSM submitted a request for ICSID arbitration. The tribunal decided that Grenada did not breach the agreement, which leads RSM for annulment of this prior award and to refuse to pay advance on costs asked by the tribunal.⁴³ This act aroused Grenada to apply the tribunal for security for costs, since it concerned about that RSM will not pay the costs in the case of the tribunal decision for Granada's favor by the end of arbitral proceedings.⁴⁴ Besides RSM's disobedience the payment Granada pointed for its arguments the RSM's CEO's attempt to hide his personal assets from his creditors a decade ago.⁴⁵

However the tribunal followed previous tribunal's decisions requiring justification of extreme circumstances by the applicant and denied Grenada's application since it could prove neither RSM's inability nor its unwillingness to pay possible costs of the award⁴⁶

⁴¹ See *id.*, para 13 and 18.

⁴² See *id.*, para 14-16.

⁴³ RSM Production Cooperation v. Government of Grenada, ICSID Case No. ARB/10/06, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010, para. 2.

⁴⁴ See *id.*, para. 3. 2.

⁴⁵ See *id.*, para. 5. 23.

⁴⁶ See *id.*, para. 5. 21.

Libananco v. Republic of Turkey

The Claimant here is a concession holder operating ÇEAŞ and Kepez and has the right to perform electricity production, transmission, distribution and marketing functions in Turkey. This concession holder commenced ICSID arbitration proceedings following Turkish government's seizure of its assets and cancellation of its Concession. The Respondent applied for a security cost to preserve its rights in order to enforce a probable award for cost and argues that Libananco does not have an ability to pay this cost since it is a shell company without assets.⁴⁷ However the tribunal rejected this claim due to its dissatisfaction with Respondent's argument and stated that considering the standard practice for ICSID Tribunals making an award of costs against a losing Party on merits, at this stage it is too early to prejudge such an issue.⁴⁸

4.3. Suspension of Parallel Proceedings

Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24

Plama had filed a request for provisional measures in order to insulate its investments subject to the arbitration from all pending insolvency proceedings before the Bulgarian Courts and Bulgarian authorities. Plama claims in its application that it can no longer operate its refinery and keep its investment safe, if its investment vehicle Nova Plama liquidated and its inventory converted to cash due to the domestic courts remedies.

The tribunal admitted that the present proceedings may generally aggravate the dispute between the parties. However, in the tribunal's view if the right to non-aggravation of the dispute give rise to actions which would make the dispute resolution for the tribunal more difficult, it could not order provisional measures.⁴⁹

There are two reasons which led the tribunal to reach this conclusion. First, some of these proceedings were claims of third persons against Plama and could not affect the outcome of the tribunal. The rest was belonging to some Bulgarian government agencies and therefore the tribunal seems to be able at the first stage ordering to discontinue the proceedings against Nova Plama, but subjects of the proceedings in Bulgaria were tax and state aid claims, which were not among claims before the tribunal. In other words in the first group of

⁴⁷ Libananco Holdings Co. v Republic of Turkey, (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, 28 June 2008, para. 31-32.

⁴⁸ See *id.*, para. 59.

⁴⁹ See Plama v. Bulgaria, *supra* note 14, para. 45.

cases the parties and causes of action were different, whereas in the second one claims are.⁵⁰

5. CONCLUSION

The main structure of provisional measures under ICSID arbitration relies on Article 47 of the ICSID convention allowing the tribunals depending on the circumstances to recommend any provisional measures to protect parties' rights. Furthermore, ICSID Rule 39 sheds light on what kind of a procedural way will the tribunals follow to grant these measures. These rules also give us a precise idea about some characteristic features of provisional orders. As a beginning, provisional measures are mandatory in ICSID arbitration. Therefore, except the parties state their consent for domestic or local authorities to issue these reliefs, the tribunal will have jurisdiction to order provisional measures and despite the language of ICSID rules, which indicates that tribunals may 'recommend' them, these measures will be binding on all parties.

Furthermore, although ICSID rules do not grant a coercive authority to tribunals to enforce provisional measures against the disobeyer party, the tribunal as in *MINE v. Guinea* stated "*the Tribunal would take into account in its award the effects of any noncompliance by MINE with its recommendations*"⁵¹

Besides tribunals are allowed to take initiative, even if there is not any request in this direction, for granting provisional measures based upon the circumstances and to amend them⁵². This authority can also be used before the tribunals have ruled on their jurisdiction, namely in the case of jurisdictional objections. In other words this issue is dealt prima facie within the tribunal's jurisdiction, as the tribunal indicated in Occidental case '*without prejudging the future finding on the merits*'.⁵³

The purpose of provisional measures is to protect parties' alleged rights whose existence might be imperilled without these measures.⁵⁴ However, it does not mean that these rights have to be proven as a pre-requisite to obtain provisional measures. The tribunal only deals with the nature of the rights claimed, not with their actual existence, which will be considered later on at the merit phase⁵⁵. Furthermore, as the tribunal in Plama case addressed, the rights

⁵⁰ See *Plama v. Bulgaria*, *supra* note 14, para. 43-44.

⁵¹ See Schreuer, *supra* note 1, p. 768.

⁵² See *supra* note 9, ICSID Rule 39 (3).

⁵³ See *Occidental v Ecuador*, *supra* note 7, para 55 and para 102.

⁵⁴ See *id.*, para 60.

⁵⁵ See *id.*, para 63.

regarding to provisional measures must reasonably be in connection with the alleged rights in the dispute at the tribunal⁵⁶.

Another prominent feature of provisional measures granted by ICSID tribunals is that they show a certain degree of consistency.⁵⁷ They are generally issued to achieve three goals, namely maintenance of the status quo, assistance of the progress of arbitral tribunal and the enforcement of final award⁵⁸. However, by serving these purposes the tribunals are certainly reluctant to grant provisional measures giving to one of the parties more rights than it ever possessed or have title to claim. In other words, the tribunals avoid improving the status of the claimant before the conclusion of the final award⁵⁹. Besides these measures can only be granted in the presence of an existing right and in situations of necessity and urgency in order to protect the parties' rights, which are insecure.

Due to the cases examined above we can classify energy related ICSID cases according to the types of the requests made, which tend to fall into three main categories, namely non-aggravation of the dispute, security of cost and suspension of parallel proceedings.

It can be deduced from the parties' requests and measures granted in these cases, that requests regarding *non-aggravation of the dispute* and *suspension of parallel proceedings* referring similar reference points are more accurate, whereas any criteria has not been determined yet to demonstrate a test for unwillingness or for the degree of impecuniosity to comply with cost awards, although the tribunals agree that Rule 39 entitle them to grant measures in the form of security of costs.

⁵⁶ See *Plama v. Bulgaria*, *supra* note 14, para. 40.

⁵⁷ See *Malintoppi*, *supra* note 3, p. 158.

⁵⁸ See *L. Y. Fortier and O. Renault*, *supra* note 4., p. 9.

⁵⁹ *Phoenix Action v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, 6 April 2007, para 37.

KAYNAKÇA

- C. H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- J. Crawford, K. Lee and E. Lauterpacht, *ICSID Reports*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- L. Malintoppi, *Provisional Measures in Recent ICSID Proceedings: What Parties Request and What Tribunals Offer*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, (C. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich, ed., New York: Oxford University Press, 2009).
- L. Rees, J. Paulson, N. Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, (The Netherlands: Kluwer International, 2011).
- L. Y. Fortier and O. Renault, *Interim Measures: An Arbitrator's Provisional Views*, Fordham Law School Conference on International arbitration and Mediation, USA, 2008, (New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2008).

Uluslararası Kararlar

- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. Arb/05/22, Procedural Order N° 1, 31 March 2006.
- Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5, Procedural Order No. 1 on Burlington Oriente's Request for Provisional Measures, 29 June 2009.
- Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas Ii Investments B.V. v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. Arb/08/15, Decision on Provisional Measures, 03 March 2010.
- Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Procedural Order N° 2, 28 October 1999.
- Libananco Holdings Co. v Republic of Turkey, (ICSID Case No. ARB/06/8), Decision on Preliminary Issues, 28 June 2008.
- Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador, ICSID Case No. Arb/06/11, Decision on Provisional Measures, 17 August 2007
- Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos Del Ecuador, (ICSID Case No. ARB/08/6), Decision on Provisional Measures, 8 May 2009.
- Phoenix Action v Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Decision on Provisional Measures, 6 April 2007.
- Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Order, 6 September 2005.

Railroad Development Corporation v Republic of Guatemala, ICSID Case No. Arb/07/23, Decision on Provisional Measures, 15 October 2008.

RSM Production Cooperation v. Government of Grenada, ICSID Case No. ARB/10/06, Tribunal's Decision on Respondent's Application for Security for Costs, 14 October 2010.

Tanzania Electric Supply Company Limited v Independent Power Tanzania Limited, ICSID Case No ARB/98/8, Decision on Provisional Measures, 20 December 1999, attached as Appendix A to the Final Award on 22 June 2001

Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Procedural Order No. 1, 1 July 2003

Sözleşmeler

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, (as amended and effective April 10, 2006).

ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, (as amended and effective April 10, 2006).

MACİD HADDURİ, İSLAM HUKUKUNDA SAVAŞ VE BARIŞ

*Arş. Gör. Firdes Şeyda TÜRKAY**

Dünyada Müslümanlar tarafından uluslararası hukuk alanındaki ilk eser 8. yy'da imam Muhammed Şeybani tarafından yazılmış olan es-Siyerü'l Kebir¹ olmakla birlikte, bu tarihten on iki asır sonra İslam Hukukunda Savaş ve Barış² adlı eseriyle Macid Hadduri, İslam milletler hukuku ile ilgili kısmen ayrıntılı bilgiler aktarmış, bazı bölümlerde Batı hukuk doktrinine değinirken, belirli bölümlerde de günümüz uluslararası hukuk uygulaması ile ilgili karşılaştırmalara da yer vermiştir.

1908 yılında Musul'da doğan, hukukçu olmanın yanı sıra diplomat da olan Hadduri'nin eseri, üç cildin bir araya getirilmesiyle oluşmuştur. İlk kitapta İslam hukukunun temel kaynaklarına yer verirken, ikinci kitapta savaş hukukunu İslam öğretisi kapsamında cihad odaklı değerlendirmiştir. En uzun bölümü oluşturan üçüncü kitapta ise bir devletin savaş dışı durumda bulunduğu gerçeğe göre tüm durumların incelemesini yaptığı İslam'da barış hukukunu ele almıştır. Hadduri, İslam hukukunu aktarırken, inceleme dönemi olarak İslamiyet'in doğduğu yılları başlangıç noktası olarak seçmiştir. İlerleyen bölümlerde İslamiyet öncesi döneme yer yer atıf yaparak, hem konu bütünlüğünü sağlamakta, hem de bahsedilen konunun dayandığı tarihi uygulamayı aktararak okuyucunun konunun kapsam olarak birçok yönden bilgi sahibi olmasını amaçladığı görülmektedir. Eserde genel olarak tarihsel kapsam Ortaçağ Hristiyanlık öğretisi ile İslam hukuku karşılaştırmalarına da yer verilmiş ve 16. yüzyıla kadar olan dönem ele alınmıştır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD.

¹ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı Hukuku, Arı yay., İstanbul, 2008, s. 301.

² Macid Hadduri, İslam Hukukunda Savaş ve Barış, Türkçesi: Fethi Gedikli, Yöneliş Yay., ISBN: 9756910119, İstanbul, 1999; Kitabın orijinal adı: Macid Khadduri, War and Peace in the Law of Islâm, Baltimore, 1955.

İnsan tabiatının sosyal bir hayvan olması nedeniyle iyi davranmadığı, toplumun otorite olmaksızın hayatını sürdüremeyeceği fikrini savunan İbn Haldun'a atıf yapan yazar; her insanda saldırganlık ve zulüm hissiyatı bulunduğundan, insanları birbirinden sakındıracak hepsi üzerinde egemenliği olan bir düzenleyicinin, insanların kendilerinden üstün birinin olması gerektiğine değinmiştir.³ Hadduri'ye göre, İslam, Müslümanlar için bağlayıcı olduğundan İslam milletler hukuku hükümleri de,, ülkeler üzerinde değil şahıslar üzerinde bağlayıcıdır.⁴ Hâkimiyetin mülkiyeti Allah'ta, kullanılışı vekilinde olduğu,⁵ İslam Devleti'nde, andlaşma, Allah'ın iradesine itaat anlamına gelmekte, ancak bu anlaşmanın iki eşit taraf arasında yapılmayan bir mukavele olduğunu belirtilmektedir.⁶

Eserde özellikle ikinci kitabın konusunu oluşturan cihad kavramı ikinci kitabın başlarında son derece "katı" bir biçimde ele alınmıştır. Darülharb ile savaş veya barış durumu dışında hiçbir görüşe yer vermeyen Hadduri, eserinde tarafsızlık kavramına değinse de bu durumun geçiciliğine vurgu yapmıştır. Diğer İslam milletler hukukunu inceleyen eserlerde darülsulh kavramına üçüncü bir durum olarak yer verilmiştir.

Hadduri'ye göre; belli bir dini evrenselleştirme de araç olan devlet inana işlevi Allah'ın kanununu uygulamaya koymaktır. Bunun için mecburen yayılmacı bir devlet olması gerektiğinden hareketle, İslam gayrimüslim topluluklarla bir arada yaşamayı kabul etmemiştir.⁷ Buna rağmen İslam Devleti'nde gayrimüslimler devlet ile bir zimmet andlaşması yaparak yaşamaya devam etmişlerdir. Zimmilerle yapılan anlaşmalarda taraflar eşit statüde olmasa da yapılan anlaşma süreklilik arz eder, darülharb ile yapılan anlaşmalar ise geçici olarak nitelendirilmiştir.⁸ Bazı yazarlar tarafından ise darülharb kavramının, kelime anlamına bakılarak dünyada Müslümanlarla gayrimüslimler arasında sürekli bir savaş hali olduğunu belirtilse de İslam hukukuna göre, yeryüzünde asıl olanın savaş hali yerine barış hali olduğunu, darülharbin arada anlaşma olmaması nedeniyle her zaman savaş yapmanın mümkün olacağı ülkeleri ifade ettiğini, arada anlaşma olan ülkelerin ise darülsulh olarak adlandırıldığı görülmektedir.⁹ Hadduri'nin görüşünün katılığının aksine; İslam ceza hukukundaki asıl amacın, suçlu olarak addedilen kişinin en başından suçlu olarak kabul edilmesi masumiyet karinesi-

³ Hadduri, s. 19.

⁴ Hadduri, s. 57.

⁵ Hadduri, s. 23.

⁶ Hadduri, s. 22.

⁷ Hadduri, s. 61.

⁸ Hadduri, s. 220.

⁹ İkinci s. 301

nin ihlali anlamına geleceğinden suçlunun cezalandırılması olmadığı, İslam hukukunda kişinin suçsuzluğunun esas alındığı görüşler mevcuttur.¹⁰

Hadduri cihadın tanımını, Allah inancını yayma ve O'nun anlamını bu dünyada üstün kılmak şeklinde yapmış, ancak bu amaç Allah yolunda gayret barışçıl araçlarla da gerçekleştirileceğinden sadece savaş anlamına gelmediğini belirterek ayrıntılarıyla cihad kavramının katı bir savaş yapmaktan ibaret olmadığını ele almıştır.¹¹ İslam hukukuna göre dünya, Müslümanların idaresi altındaki memleket olan darüislam ve İslam âlemi dışındaki bütün devletleri kapsayan darülharb olarak ikiye ayrılmıştır.¹² Gayrimüslimlerin İslam'ı kabul etmemeleri veya baş vergisini ödememeleri halinde, vuruşmaya hazır olup olmadıklarını anlamak için gayrimüslimlere davet yapılmasının olumsuz sonuçlanması ile İslam devletini cihada mecbur bıraktığı, cihadın darülharbi darüislama dönüştürmek üzere devletin aleti haline geldiği savunulmuştur.¹³

Yazar, cihadda inancından dönenlerin ve İslam düşmanlarının cezalandırılma şekli Batı Hristiyanlığı'ndaki gibi *bellum justum* olması, çağrısı yapıldığında uyulma zorunluluğu taşıyan cihadı İslam'ın beş temel şartından biri olması gereken niteliğine dikkati çekmiş, cihadın devlet tarafından ifa edilmesi gerektiği, İslam'ın şartlarının ise şahıslarca yerine getirildiği ayrımına giderek cihad ve İslam'ın şartları arasındaki ayrımı vurgulamıştır.¹⁴ Meşru savaş olan cihad haricindeki bütün savaş biçimleri İslam tarafından yasaklanmaması nedeniyle,¹⁵ savaş hali anlamına gelen cihad kavramı giderek değişerek, söz konusu ödevin terk edilmeden savaş halinin ertelenmesi durumuna geçtiği belirtilmektedir.¹⁶

Hadduri, Sir Henry Maine'e değinerek şu fikre katıldığını belirtmiştir; “İlkel ve eski olan barış değil, aksine savaştır. Savaş insanlık tarihi kadar eski görünüyor, ama barış modern bir icattır.”¹⁷

Cihadı ifa eden ve savaşmak dışında yapması gereken başka bir işi olmayan mukatileyi oluşturan mücahidler mümin, ergin ve akıllı, erkek, sağlam vücutlu,

¹⁰ Mehmet Akman, Osmanlı Devleti'nde Ceza yargılaması, Eren yay., İstanbul, 2004, s. 20.

¹¹ Hadduri, s. 65.

¹² Hadduri, s. 62.

¹³ Hadduri, s. 63.

¹⁴ Hadduri, s. 69.

¹⁵ Hadduri, s. 71; Şer'i hukukta savaş; toprak kazanmak, ganimet elde etmek veya gayrimüslimleri Müslüman yapmak için değil sadece düşman tecavüzlerini def etmek için yapılmıştır ve cihad üç şekilde meşru kılınmıştır: Müdafaa, İslam devleti insanlara zulmeden başka bir devletin bu muamelesini durdurmak, İslam dininin öğrenilmesine ve uygulanmasına engel olan hükümetlere karşı meşru kılınmıştır, Ekinci, s. 304.

¹⁶ Hadduri, s. 74.

¹⁷ Sir Henry Maine, International Law, 1888, s. 8

iktisadi olarak bağımsız, iyi niyetli vasıflara sahip olanlar tarafından meydana getirilmiş olsa da,¹⁸ orduya muhafız olarak yabancı ögelerin ücretli şekilde alınmaya başlamasıyla birlikte Halifenin otoritesi zayıfladığı durumlar meydana gelmiş, ordunun kendi isteğine göre Halifeleri tahtından indirebilir hale geldiği belirtilmiştir.¹⁹ Mücahidler için düşman şehirleri üzerinde kuşatma topu kullanmak, düşman arazisini yakmak veya sele vermek, su kanallarını kesmek, düşmanı susuz bırakmak için zehir kan veya herhangi bir madde atılması caiz olduğu,²⁰ casusluğun Müslümanlar tarafından kullanıldığı, yabancı casusların ölümle cezalandırıldığı,²¹ ölüye muamele konusunda ise bir harbinin öldürülmüşse cesedinin parçalanmaması gerektiği vurgulanmıştır.²² Hukukçuların vuruşmada yer almayan kadın, çocuk, keşiş, ihtiyar, kör, mecnunlara zarar verilmemesi hususunda hemfikir olduğu belirtilmiştir.²³

Savaşanlara ve savaş dışı kalanlara karşı nasıl muamele edileceği İslam hukuku tarafından düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle Hadduri, savaş esirleri ile ilgili olarak hukukçular tarafından imama uygulaması için dört yol tavsiye edildiğini belirtmiştir. Bunlar; Bir kısmını veya hepsini idama mahkum ettirmek, kurtulmalık (fida) ödemeleri karşılığında serbest bırakmak, Müslüman tutsaklarla değiş-tokuş etmek, köleliğe mahkum etmek şeklinde ifade edilmiştir.²⁴ Hukukçular, kadınlar ve çocukların öldürülmeyeceği, ancak mal olarak taksim edilebileceğini kabul etmişlerdir.²⁵ İmam'ın galibiyeti elde etmeyi zor bulursa zafer gerçekleşene dek vuruşmanın sürdürülmesi tavsiye edebileceği gibi,²⁶ bazı hukukçular tarafından Müslümanların bir felakete uğramaları durumunda *force majeure* sebebiyle düşmanlar ile uzlaşılması gerektiği savunulmuş,²⁷ İslam hukuk kuramında ise bozguna sadece *force majeure* durumlarda izin verilmiştir.²⁸

Hadduri, gayrimüslimlere verilen aman'ın, darüislamda bulunduğu Müslüman otorite tarafından koruma altına alındığına dair verilen güvenlik vaadi olduğunu ve bir yılı aşmayan süre boyunca savaşta olmayan harbinin,

¹⁸ Hadduri, s. 96.

¹⁹ Hadduri, s. 97; Nicollo Machiavelli'de Prens adlı eserinde en kötü ordu türünü paralı orduların oluşturduğunu belirtmiştir. Nicollo Machiavelli, Prens: Hükümdar, Çev. Selahattin Bağdatlı, Sosyal Yay., 1994, İstanbul, s. 62.

²⁰ Hadduri, s. 112.

²¹ Hadduri, s. 114.

²² Hadduri, s. 114.

²³ Hadduri, s. 110.

²⁴ Hadduri, s. 132.

²⁵ Hadduri, s. 133.

²⁶ Hadduri, s. 137.

²⁷ Hadduri, s. 138.

²⁸ Hadduri, s. 140.

müstemin sıfatını kazandığını belirtmiştir.²⁹ Resmi amanın, imam veya temsilcileri tarafından verildiğine dikkat çekilmiştir.³⁰ Yazara göre, özel herhangi bir usul veya şart bulunmaksızın sadece tarafların görüş birliği sağlaması gayrimüslimlerle yapılan anlaşmayı bağlayıcı hale getirmekte yeterlidir³¹ ve anlaşmaya varıldığında, anlaşmaya bağlı kalma yükümlülüğü konusunda Müslümanların anlaşma şartlarına bağlı kalmada son derece katı davranmalarını *pacta sunt servanda* ilkesinin İslam hukukundaki varlığı ile açıklanmaktadır.³²

Hadduri, İslam'a davet gibi işlevleri yerine getiren diplomasinin, on yıllı aşmayacak barış görüşmeleri yapmayı mümkün kılan bir kavram olarak ortaya çıktığını,³³ savaş başlamadan önce İslam'ın iletisini ulaştırmak için bir haberci olarak veya vuruşmanın sona ermesinin ardından savaş tutsaklarını mübadele etmek için bir araç olarak sefirlere görev verildiğini belirtmiştir.³⁴ Hz. Peygamber zamanından itibaren dini veya siyasi amaçlarla yabancı ülkelere temsilcilerin gönderildiği, temsilcilere resmi mektuplar teslim edilerek bunları kabul eden devletin başkanlarına iletmeleri için talimatlar verildiği bilinmektedir.³⁵ Yabancı elçilerin dokunulmazlığı sıkı bir şekilde uygulanmasa da Müslüman ve gayrimüslim hükümdarların diplomatik bağışıklık kuralını uygulamayı avantajlı buldukları dönemlere de rastlanmıştır.³⁶

Eserde, üç kitaplık bölümün sona ermesinin ardından Hadduri bir sonuç bölümü ekleyerek, 16. yüzyıla kadar değiştiği dönemleri tamamlamak amacıyla, İslam hukuku uygulamasının günümüzde ne şekilde değiştiğine değinmiştir. Bu bölümün odak noktasında Osmanlı İmparatorluğu ve İslam hukuku öğretisinin söz konusu İmparatorluğu zayıflatan dış etkilerin İslam hukukunu da ne şekilde etkilediğini, objektif bir biçimde genel hatlarıyla ele almıştır. Hadduri darüislamın 16. yüzyılın başında üç ana bölüme dağıldığını, Batı'nın İslam topraklarına nüfuz etmesiyle İslam'ın evrenselden millileşmeye başladığını belirtmiştir.³⁷ Osmanlı İmparatorluğu'nda Batılı tüccarlara imtiyazlar tanındığı, hükümdarların eşit statüde değerlendirildiği, anlaşma süresinin on yıldan hükümdarın ömür süresine uzatıldığından bahsetmektedir.³⁸ Hadduri, Gentilis'e

²⁹ Hadduri, s. 164.

³⁰ Hadduri, s. 164.

³¹ Hadduri, s. 205.

³² Hadduri, s. 205.

³³ Hadduri, s. 249.

³⁴ Hadduri, s. 239.

³⁵ Hadduri, s. 241.

³⁶ Hadduri, s. 243.

³⁷ Osmanlı Devleti, Safevi rejimindeki İran ve Moğol idaresi altındaki Orta Asya ve Hindistan şeklindedir; Hadduri, s. 271.

³⁸ Hadduri, s. 273.

atıfta bulunarak, 1552-1608 yılında Fransuva'yı Türklerle ittifak yaptığı için eleştirdiğini, Grotius'un da aynı doğrultuda Hıristiyan devletlere karşı ayrımcı bir muameleden yana olduğunu, güvensizlik ve karşılıklı saygının olmayışının İslam ve Hristiyanlık arasındaki anlayışın iyi yönde gelişmesini engellediğini savunmuştur.³⁹

17. yüzyılın ikinci yarısında hukukun sekülerleşmesi ve yeni bir güç sisteminin ortaya çıkmasıyla, Avrupalıların, İslam dünyasıyla temasta bulduklarında kendilerinden çok farklı bir toplumla karşılaştıklarına ve eşitlik aramak yerine avantajlar elde etmeye çalışmaları nedeniyle, Müslümanların Hıristiyan egemenliği altına girmemek için mücadele ettiklerine değinilmiştir.⁴⁰ Hadduri, ülkenin yönetiminde tek kaynak olan Şeriat yerine millet kavramının yerleştirilmesi durumunun birleştiricilik yerine karışık bir toplumda parçalayıcı etkisini göstererek,⁴¹ İslam'ın hayatın değişmiş şartlarına uygunluk içinde menfaatlerini gözetmesinin caiz hale geldiğini belirtmiştir.⁴²

Eser, İslam hukuku ve uygulaması hakkında genel hatlarıyla okuyucuya fikir vermesi açısından son derece başarılı olmanın yanı sıra bu alanda yazılmış önemli kaynaklardan biri olarak kabul edilmektedir. Sonuç bölümü İslam hukukunun değişen niteliklerini açıklama konusunda kısıtlı olarak ele alınsa da İslam'ın değişen durumunu belirtirken, İslam hukukunun değişiminde dönüm noktası olan olaylara vurgu yapmaktadır. Bu değerlendirmeyi yapmasında objektiflik yönünü Birleşik Devletler ve İngiltere gibi çeşitli ülkelerde yapmış olduğu araştırmaların onu oldukça etkilemiş olduğu anlaşılmaktadır. İslam Hukukunda savaş ve Barış adlı bu eser, klasikler arasında bulunmakla birlikte, yazıldığı dönemden bu yana oldukça uzun bir süre geçmesi İslam milletlerarası hukuk araştırmalarında klasik bir başvuru kaynağı olma durumunu günümüzde sürdürmekte ve gelecekte de sürdürmeye devam edecek gibi görünmektedir.⁴³ Eser, gerek İslam hukuku ve hukuk tarihi araştırmacılarına ve gerek uluslararası hukuk okuyucularına ışık tutacak ve çalışmalarında yeni bakış açıları sunacak bir kaynaktır.

³⁹ Hadduri, s. 276.

⁴⁰ Hadduri, s. 280.

⁴¹ Hadduri, s. 287.

⁴² Hadduri, s. 294.

⁴³ Fethi Gedikli, Hadduri'nin İki Temel Eseri: İslam Hukukunda Adalet Kavramı ile İslam Hukukunda Savaş ve Barış, *Argumentum*, Yıl: 9-11, Sayı: 58, Ocak-Aralık 1999-2000, s. 470.

Kamu Hukuku

**İDARENİN HUKUK KURALLARINI
ÜST NORMLARA UYGUNLUK BAKIMINDAN
KONTROL ETME VE KURALI UYGULAMAYI
İHMAL ETME YETKİSİ**

*Yrd. Doç. Dr. Atila ERKAL**

ÖZET:

İdarenin uyguladığı normların üst normlara uygunluğunu kontrol etme ve aykırılık durumunda normun uygulanmasını ihmal etmesi yetkisinin bulunup bulunmadığı idare hukukunun tartışmalı konularından biridir. İdarenin uyguladığı normun üst normlara aykırılığını kontrol etme yetkisi genel olarak kabul edilmektedir. Bu yetki çerçevesinde normun üst normlarla çatışmasını tespit etmesi durumunda normun uygulanmasını ihmal etme bakımından yasama organının koyduğu normlar ile yürütme organının koyduğu normlar arasında farklar bulunmaktadır. Özellikle kanunun anayasa ile çatışması durumunda, bunun uygulanmasını ihmal etme yetkisi bulunmamaktadır. Buna karşılık genel düzenleyici işlemlerin üst normlarla çatışması açık ve bariz ise idare bunu uygulamaktan kaçınma yetkisine sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Normlar Hiyerarşisi, Normlarda Çatışma Sorunu, İdarenin Normu Kontrol Yetkisi, İdarenin Normu İhmal Etme Yetkisi, İdari Usul.

ZUSAMMENFASSUNG:

Eines der umstrittenen Themen im Verwaltungsrecht ist, ob die Verwaltung ein Prüfungsrecht bezüglich der von ihr angewendeten Normen hat oder nicht. Die Verwerfungskompetenz der Verwaltung ist ein weiteres Themengebiet im Verwaltungsrecht, in dem kein Konsens besteht. Der Verwaltung obliegt das Prüfungsrecht, Normen anhand von höherrangigen Normen zu prüfen. Soweit festgestellt wird, dass eine Norm rechtswidrig ist, wird eine Verwerfungskompetenz der Verwaltung zwischen dem Gesetz und der Verwaltungsvorschrift differenziert. Insbesondere wenn Gesetze mit der Verfassung kollidieren, hat die Verwaltung keine Verwerfungskompetenz. Demgegenüber besitzt die Verwaltung eine Verwerfungskompetenz bezüglich der untergesetzlichen Rechtsnormen, soweit die Rechtswidrigkeit offensichtlich ist.

Schlüsselwörter: Normenhierarchie, Kollision der Normen, das Prüfungsrecht der Normen durch die Verwaltung, Verwerfungskompetenz der Verwaltung, Verwaltungsverfahren.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Her hukuk sistemi içerisinde bir birlik mevcuttur. Bu nedenle de hukuki sorunların çözümünde hukuki güvenliğin ve hukuk barışının sağlanabilmesi için sadece tek bir doğru çözüm bulunmalıdır.¹ Bu da olaylara uygulanabilecek birden fazla hukuk kuralının bulunması ve birbiri ile çatışması halinde çatışmayı çözecek ilkelerin mevcudiyetini zorunlu kılmaktadır. Normlar hiyerarşisinin etkilerinden biri de budur. Normlar hiyerarşisinde bir alt normun kaynağının bir üst norm olması nedeniyle alt normun üst norma aykırı olamayacağı kabul edilmektedir.²

Kural koyma yetkisi aslen yasama organına ait olsa da yürütme organının da kural koyma yetkisi bulunmaktadır. Devlet erklerinin kural koyma yetkisi bazen aynı erkin koyduğu kurallar bazen farklı erklerin koyduğu kurallar arasında çatışma çıkmasına sebep olabilmektedir. Özellikle yasama organı ile yürütme organının koyduğu kuralların birbiri ile çatışması durumunda, idarenin hangi kuralı uygulayacağı konusunda duraksamalar meydana gelebilmektedir. Bu çatışmanın giderilmesinde birtakım ilkelere başvurulmaktadır. Buna karşılık, normların çatışması durumunda idarenin bu çatışmayı engellemesine yönelik doğrudan bir pozitif düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle somut bir olayda gerek aynı gerekse farklı hiyerarşi içerisinde yer alan kuralların birbiri ile çatışması durumunda idarenin hangi kuralı uygulayacağı hususunda duraksamalar yaşanmaktadır. Dolayısıyla norm çatışması durumunda bunların giderilmesinde mevzu bahis olan ilkeler idare için uygulanabilecek midir? sorusu akla gelmektedir. Diğer taraftan, idarenin uygulayacağı normun üst normlara uygunluğunu denetleme yükümlülüğü olup olmadığı, idarenin denetim yükümlülüğü kabul edilse bile hukuka aykırı gördüğü normu uygulama yükümlülüğü altında olup olmadığı, hükmü uygulamaktan kaçınma, başka bir ifade ile ihmal etme yetkisinin varlığı hususunda da duraksamalar söz konusu olmaktadır. Makalede bu sorunlar üzerinde durulacaktır.

¹ Wolff- Hans J./Bachof Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht I, München 1994, s. 290.

² Bu teori Hans Kelsen'e dayanmaktadır. Ancak karşıt görüşler de mevcuttur. Özellikle, Merkl'e göre hukuk düzeni birbirine bağlı hukuk kurallarından oluşan bir sistemdir ve iki basamaktan oluşur. Bu zorunlu hukuk anlayışından ilki Anayasadır ve hukuku uygulama yetkisi verir. Diğeri ise altta yer alan "somut olarak icra etme"dir. Bunu da hukukun yansıma şeklinin ikili yapısı (Dualismus von Rechtsformen) olarak adlandırmaktadır. Borowski, Martin, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson/Stolleis, (Hrsg.) Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, s. 131 vd.

II. KURAL KOYMA YETKİSİ VE NORMLAR HİYERARŞİSİ

A. Yasama Organının Kural Koyma Yetkisi

Yasama organının temel görevi kural koymaktır.³ Kural koyma işlevini anayasa, kanun, milletlerarası andlaşmaları uygun bulma ve içtüzük yapma yoluyla yerine getirmektedir.

Yasama organı gerek mevcut anayasada değişiklik yapma ve gerekse yeni bir anayasa yapma yetkisine sahiptir. Anayasaların yapılmasına kurma ya da kuruculuk işlevi denilmektedir. Devleti hukuki ve siyasi bir kurum olarak kuran iktidara ya da güce de kurucu iktidar denmektedir. Kurucu iktidar kaynağı ve yetkileri bakımından asli kurucu iktidar ve türev ya da tali kurucu iktidar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴ Yeni bir anayasa yapma yetkisinin asli kurucu iktidara ait olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur. Buna karşılık tali kurucu iktidarın da sil baştan anayasa yapma yetkisine sahip olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.⁵

Anayasa genel ve soyut nitelikte kurallar içeren kanundur. Ancak değiştirilmesi diğer kanunlara göre daha zor koşullara bağlanmıştır ve hiyerarşik olarak daima diğer kanunların üstünde yer almaktadır. Buna anayasanın şekil ve esas bakımından üstünlüğü ilkesi adı verilir.⁶ Anayasanın üstünlüğü ilkesine Türk Hukuku'nda ilk kez 1924 Anayasa'sında yer verilmiştir. 1961 Anayasa'sının 8. maddesi, 1982 Anayasa'sının ise 11. maddesi anayasanın üstünlüğü ilkesine yer vermiştir.⁷

Yasama yetkisinin asli ve genel olması sebebiyle de yasama organı anayasaya aykırı olmadığı sürece tüm alanlarda kanun yapma yetkisine sahiptir. Ayrı-

³ Diğer görevleri için bkz. Anayasa md. 87.

⁴ **Teziç**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009, s. 156.

⁵ Yasama organının yeni anayasa yapıp yapamayacağı konusunda ağır basan görüş tali kurucu iktidarın sil baştan anayasa yapabileceği yönündedir. **Kaboğlu**, İbrahim Ö., Anayasa Kurultayı Amacı ve Anlamı Nedir?, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 14; **Can**, Osman, Yeni Anayasa Çalışmaları Yöntemine İlişkin Birkaç Not, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 127; Buna karşılık Anayasanın 175. maddesinin anayasa değişikliğini düzenlediği, bu nedenle tali kurucu iktidarın anayasada sadece değişiklik yapabileceği, buna karşın sil baştan anayasa yapamayacağı görüşü için bkz. **Gözler**, Kemal, Asli Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?, in: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, İstanbul 2012, s. 45 vd.

⁶ **Akyılmaz**, Bahtiyar / **Sezginer**, Murat / **Kaya**, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 48.

⁷ Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen bu maddeye göre; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz".

ca Anayasanın 90. maddesi uyarınca da Türk Kanunları'nda değişiklik getiren milletlerarası andlaşmaların onaylanması TBMM'nin bunu bir kanunla uygun bulması şartına bağlanmıştır. Milletlerarası anlaşmayı yürütme organı imzalarsa da, andlaşmanın onaylanmasını TBMM bir kanunla uygun bulmalıdır. 1982 Anayasası'nın 90/2. maddesinde, parlamentonun onayına tabi olmayan andlaşmalar da sayılmıştır. Buna göre, ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilmektedir. Bu takdirde andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulmaktadır. Bunun dışındaki andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanabilmesi için parlamentonun izni şart koşulmuştur. Diğer ülkelerde, uluslararası andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması bakımından parlamentonun izin şartı istisnai, Türkiye'de ise kuraldır.⁸

Bunlar dışında yasama organı, Bakanlar Kuruluna, kanun hükmünde kararname çıkartması için kanunla yetki verebilir. Yasama organı ayrıca sadece parlamentoyu bağlayan ve parlamento dışında uygulama alanına sahip olmayan kurallardan oluşan içtüzük çıkartmaktadır. Kanun dışında yaptığı tüm işlemler ise parlamento kararı olarak adlandırılmaktadır.⁹

B. Yürütme Organının Kural Koyma Yetkisi

Yürütme organının kural koyma yetkisi tali nitelikte bir yetkidir. Bu nedenle ancak üst normun varlığı durumunda buna dayanarak kural koyabilmektedir.¹⁰ Yürütme organının kural koyma yetkisi Anayasanın 91. maddesinde kanun hükmünde kararname¹¹, 115. maddesinde tüzük ve 124. maddesinde yönetmelik çıkartma olarak düzenlenmiştir. Tüzük ve yönetmeliklerin üst normlara aykırı olmayacağı açıkça Anayasa ile hüküm altına alınmıştır.¹²

Yürütme organının, tüzük ve yönetmelik dışında adsız düzenleyici işlemler yapma yetkisinin bulunduğu da kabul edilmektedir. Ancak bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre idare ancak tüzük ve yönetmelik yapabilir, bunun dışında

⁸ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Bursa 2011, s. 654.

⁹ Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2011, s. 183.

¹⁰ Danıştay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Buna göre devlet egemenlik hakkına dayanarak gerektiğinde kanunda düzenlenmeyen bir konuyu düzenleyici işlemle düzenleyebilir. DDK, E. 1976/92, K. 1977/160 KT. 25.3.1977, DD. sy. 28, 29, s. 246, 252.

¹¹ Kanun Hükmünde Kararnemelerin hukuki rejimi, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden farklıdır. KHK'nın yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine tabi iken diğerleri idari yargı mercilerince denetlenir.

¹² Benzer yönde bkz. AMK, E. 2010/29, K. 2010/90, K. T. 16.07.2010, RG. 04.12.2010, sy. 27775.

başka isimlerle düzenleyici işlem yapamaz.¹³ Bir başka görüşe göre ise idare tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapabilir, ancak bu işlemler tüzük ve yönetmeliklerin hangisinin öğelerini taşıyorsa, onun hukuki rejimine tabi tutulmalıdır.¹⁴ Son görüşe göre ise takdir yetkisine sahip olan idare bunun doğal sonucu olarak düzenleme yetkisine sahiptir.¹⁵ Uygulamada, yürütme organının Anayasa’da sayılanlar dışında, ‘kararname’, ‘karar’, ‘tebliğ’, ‘sirküler’, ‘genelge’, ‘ilke kararı’, ‘esaslar’, ‘yönerge’, ‘talimat’, ‘statü’, ‘genel emir’, ‘tenbihname’, ‘genel tenbih’, ‘ilan’, ‘duyuru’, ‘plan’, ve ‘tarife’ gibi değişik isimler taşıyan işlemlerle genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı objektif hukuk kuralları koyduğu görülmektedir. Bu tür düzenleyici işlemlere, bunların adı anayasada geçmediği için adsız düzenleyici işlem denmektedir.¹⁶

Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 11/4. fıkrasına göre ise uygulamada birliği sağlamak amacıyla özel hükümler saklı kalmak kaydıyla Resmi Gazete’de yayınlanacak olan adsız düzenleyici işlemlerin karar, tebliğ ve genelge olarak adlandırılacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁷

Bu işlemler dışında idareye bazı kanunlarda istisnaen hukuk yaratma yetkisinin tanındığı da görülmektedir. Örneğin 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu’nun 27. maddesi vali ve kaymakamlara istisnai hallerde hukuk yaratma yetkisi tanımaktadır.¹⁸ Buna göre kanun, tüzük ve yönetmeliklerde bir olaya ilişkin hüküm bulunmadığı takdirde vali ve kaymakamlar bu olaya uygulanacak kural koyma yetkisini haizdirler.¹⁹

C. Yargı Organının Kural Koyma Yetkisi

Yargı organı içtihadı birleştirme kararları ile kural koyar. İctihadı birleştirme kararları Resmi Gazetede yayınlanır ve konusuna göre yargı mercilerini ve idareyi bağlar. Bunun dışında Medeni Kanunun 1/2. maddesi, kanunda uygulanabilir bir hüküm yada örf ve adet hukukunda bir kural bulunmadığı takdirde hakime kural yaratma yetkisi tanımaktadır. Her ne kadar kural koyarken hakim kuralın mahiyetini genel ve objektif ve benzer olaylara uygulanacak nitelikte belirlese de bu kural sadece görmekte olduğu somut olaya uygulanmaktadır.

¹³ **Yarsuvat**, Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHFİM, C. 29, sy. 3., İstanbul 1963, s. 543, 544.

¹⁴ **Duran**, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982, s. 389; **Tan**, Turgut/**Gözübüyük** A. Şeref, İdare Hukuku, C. 1 Ankara 2007, s. 137 vd.

¹⁵ **Günday**, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 225 vd.

¹⁶ **Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2011, s. 276.

¹⁷ RG. 17.2.2006, sy. 26083.

¹⁸ **Akılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 83.

¹⁹ 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu md. 27: “Kanun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında hususi emir bulunmayan mesailde mafevkten istizan imkanı olmadığı takdirde vali, kaymakam ve nahiye müdürleri kendi içtihatlarıyla hareket ederler ve tedbir alırlar.”

D. Normlar Hiyerarşisi

Hukuk düzeninde birliğin sağlanmasına hizmet eden en önemli unsurlardan bir tanesi de normlar hiyerarşisidir.²⁰ Çünkü normlar hiyerarşisi teorisi, normlar arasında belli bir basamak belirleyerek hukuk düzeninin uyum içinde işlemlerini sağlamaktadır. Bu teori temelini Hans Kelsen'den almaktadır. Buna göre normlar arasında aynı basamakta yer alan normlar ve farklı basamakta yer alan normlar birbirinden ayırdedilmektedir.²¹ Ayrıca normlar arasında bir hiyerarşi kurulmakta üstte yer alan norm altta yer alan normun kaynağı olmaktadır. Bu nedenle de altta yer alan norm üstteki norma uygun olmak zorundadır. En üst hiyerarşide yer alan anayasa ise altta yer alan tüm normların geçerlilik sebebi sayılmaktadır.²² Normlar arasındaki bu hiyerarşi normların sahip olduğu gücü göstermektedir. 1982 Anayasası da başlangıç kısmında, 11, 115 ve 124. maddelerinde en üstten başlayarak en alttaki norma kadar bir hiyerarşi olduğunu ve üst norma uyma zorunluluğunu açıkça hüküm altına almıştır.

Yukarıda ifade edildiği üzere her üç erkin de kural koyma yetkisi bulunmaktadır. Mevzubahis kurallar da normlar hiyerarşisinde, hiyerarşik olarak anayasa, kanun, milletlerarası andlaşma, kanun hükmünde kararname, içtihatları birleştirme kararları, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler olarak sıralanmaktadır. Ancak normlar hiyerarşisi açısından milletlerarası andlaşmaların nerede yer alacağı hususunda farklı yaklaşımlar vardır. Kanunun üstünde²³ ya da eşit düzeyde²⁴ yer aldığı konusunda, görüşler mevcuttur. Farklı yaklaşımların kaynağı Anayasanın 90. maddesinde düzenlenen milletlerarası andlaşmalarla ilgili maddenin neredeyse her fıkrasında farklı hukuki sonuçların düzenlenmesidir. Özellikle Anayasa 90/son hükmünde yer alan “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar-

²⁰ **Scholzen**, Hans, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte, Düsseldorf 1977, s. 38.

²¹ **Scholzen**, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, s. 39.

²² **Kelsen**, Hans, Reine Rechtslehre, Wien 1960, s. 198.

²³ **Soysal**, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1996, s. 16; Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bağlamında bkz. **Arslan**, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005, s. 226; Hatta İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk kuralı olarak anayasa üstü değer taşıdığı bahisle anayasa üstünde görüşler de mevcuttur. **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, s. 478; **Yüzbaşıoğlu**, Necmi, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Mayıs 1994, sy. 1 s. 34; Milletlerarası andlaşmalara kanun üstü bir değer verilmesine eleştirel yaklaşım için bkz. **Gözler**, Kemal, Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde90.htm. (Erişim Tarihi, 31.10.2013).

²⁴ **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002 s. 212.

la kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü nedeniyle bu konuda milletlerarası andlaşma ile kanunun çatışması durumunda milletlerarası andlaşmaya öncelik tanınmıştır. Bu hüküm kanun ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmanın çatışması durumunda idarenin kanun hükmünü ihmal edeceği sonucunu da doğurmaktadır.²⁵

Normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan düzenleyici işlemler arasında hiyerarşi olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle yönetmelik çıkartma yetkisinin başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine tanınması ve ayrıca bakanlar kurulunun da yönetmelik çıkartabileceğinin kabul edilmesi, yönetmelikler arasındaki hiyerarşi tartışmasını beraberinde getirmiştir.

²⁵ İdarenin milletlerarası andlaşmaları uygulamadığı, daha çok kanunları uyguladığı görülmektedir. Örneğin 3201 sayılı Kanununun 5/1. maddesine göre yurt dışındaki sigortalılık süreleri; “Yurt dışındaki sigortalılık sürelerinin tespitinde, bunu belirten ve istek sahibinin ibraz edeceği ispatlayıcı belgelerde kayıtlı bulunan tarihler arasındaki son tarihten geriye doğru olmak üzere gün sayıları esas alınır” hükmünü içermekteydi. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi’nin (RG. 10.04.1964, sy. 11976) 29. maddesinde Türk Sosyal Sigorta Mercii için geçerli olan hususlar düzenlenmiştir. Bu maddenin 4. bendine göre “Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman Rant Sigortasına girişi, Türk Sigortasına giriş olarak kabul edilir” 5. Bendinde ise “Türk mevzuatına göre sigortaya devam hususunda, Alman mevzuatına göre geçen sigortalılık süreleri nazara alınır” hükmüne ve Yargıtay’ın içtihatları andlaşmanın uygulanması yönünde olmasına rağmen Sosyal Güvenlik Kurumu işe başlama tarihi açısından milletlerarası andlaşma hükmünü uygulamamaktadır.. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.03.2012 tarihli ve 2012/10-27 Esas, 2012/254 Karar sayılı kararında, ilgili davacının Türkiye’de sigorta başlangıç tarihinin yurt dışında işe başlama tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yargıtay’ın gerekçesi şu şekildedir. “Yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sigortalılık başlangıcı yönünden, buldukları ülke ile yapılan ikili uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde açık hüküm bulunmayan veya hiç sözleşme yapılmayan ülkelerde bulunanların durumu 3201 Sayılı Kanununun 5. maddesinde düzenlenmiştir.... davacının çalışmalarının geçtiği Almanya ile 2.11.1984 tarihinde imzalanan Türk Alman Sosyal Güvenlik Sözleşmesine Ek Sözleşmenin 29. maddesinin 4. bendi hükmü uyarınca yurtdışında ilk defa çalışmaya başladığı tarih olarak kabul edilmesi gerekmektedir.... aynı konu hakkında bir tarafta iç hukuk alanında kabul edilen bir yasa kuralı diğer tarafta uluslararası sözleşmede yer alan farklı bir düzenleme çıkmaktadır. Bu sorun kurallar kademelenmesindeki (Normlar Hiyerarşisindeki) sıralamaya göre çözümlenmesinde kuşku bulunmamaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki; Anayasamızın 90/son maddesinde öngörüldüğü üzere; yöntemine göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Öyle ki, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine dahi başvurulamaz. Anayasa; böylece uluslararası sözleşmenin bir kuralını iç hukuk açısından <Yasa> gücünde görmüş <normlar hiyerarşisi> yönünden daha alt sırada kabul etmemiştir. Bu durumda denilebilir ki, uluslararası sözleşmenin bir kuralına, uygulanma açısından yasal güç tanımak Anayasal bir zorunluluktur”. Kanun Koyucu idarenin andlaşma hükmünü uygulamaması üzerinde 6552 sayılı Kanunla 3201 sayılı Kanunda değişikliğe gitmiş ve 5. maddede açıkça “uluslararası sosyal güvenlik sözleşmelerinde Türk sigortasına girişinden önce âkit ülke sigortasına girdiği tarihin Türk sigortasına girdiği tarih olarak kabul edileceğine ilişkin özel hüküm bulunan ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların âkit ülkede ilk defa çalışmaya başladıkları tarih, ilk işe giriş tarihi olarak kabul edilir” hükmünü getirmiştir.

Aynı hiyerarşi içerisinde yer alan makamların çıkarttığı yönetmelikler arasındaki hiyerarşi, yönetmelik çıkararak makamın hiyerarşisine göre belirlenmektedir.²⁶ Buna karşın aralarında hiyerarşi bulunmayan idarelerin çıkarttığı yönetmelikler arasında hiyerarşi olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre gerek merkezden yönetim kuruluşları ve yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları ve gerekse hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları arasında hiyerarşi olmaması nedeniyle, merkezi idarenin düzenleyici işlemlerinin ya da yerinden yönetim kuruluşlarının diğer yerinden yönetim kuruluşlarının düzenleyici işlemlerinden üstün olmadığı ifade edilmektedir.²⁷ Buna karşın düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşinin, bunları çıkartan makamın idari teşkilat içindeki yerine göre tespit edilemeyeceği de ifade edilmektedir.²⁸ Buna göre düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşi idarelerin yerine getirdikleri görev ve kamu hizmeti çerçevesinde yapacakları düzenlemelerde içerik bakımından genel ve özel düzenleme ilişkisine göre belirlenebilir. Yani Bakanlar Kurulu'nun, Bakanlıklardan ve YÖK'ün de üniversitelerden daha genel düzenleme yapma yetkisine sahip olması nedeniyle hiyerarşik olarak daha üstte yer almaktadır. Kanunkoyucu da düzenleyici işlemler arasındaki hiyerarşiyi bazı kanunlarda hüküm altına almıştır. Örneğin, Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14/5. maddesine göre ilçe belediyelerinin bir düzenleyici işlem olan uygulama imar planları, büyükşehir belediyelerinin çıkarttığı nazım imar planına uygun olmak zorundadır. Bu hükme göre Büyükşehir Belediyesinin çıkarttığı nazım imar planı, ilçe belediyesinin çıkarttığı uygulama imar planının üstünde yer almaktadır.

Pozitif düzenlemeler ile getirilen normlar dışında hukukun genel ilkeleri gibi anayasaüstü normların varlığı ve bunların anayasayla çatışması durumunda hangisinin uygulanacağı hususunda tartışmalar mevcuttur.²⁹ Ancak, konuyu sınırlama amacıyla bu makalede sadece pozitif düzenlemeler arasındaki çatışmalar ele alınacaktır.

III. NORMLARDA ÇATIŞMA SORUNU

Normlar arasındaki çatışma, aynı olaya ilişkin uygulanacak birden fazla normun mevcut olması, bunların aynı konuyu farklı şekilde hüküm altına alması, yani farklı içeriğe sahip olması ve uygulandığında farklı hukuki sonuçlar

²⁶ **Güneş**, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965, s. 189; **Gözler**, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014, s. 445 vd.

²⁷ **Gözler**, İdare Hukuku Dersleri, s. 446.

²⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 69; Benzer şekilde **Güneş**, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 192, 193.

²⁹ **Wolff/Bachof /Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 291 vd.; Bu konuda bkz. **Gözler**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 152 vd.

doğurması durumunda söz konusu olmaktadır.³⁰ Hukuk düzenine ihdas edilen her yeni norm hukuki değişikliği de beraberinde getirmektedir.³¹ Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-a maddesinde de belirtildiği üzere, hazırlanan mevzuat taslaklarının üst normlara aykırı olmaması gerekmektedir. Ancak her mevzuat taslağında bunun gerçekleştirilmesi mümkün olamamaktadır. Hatta Bakanlıklar, çıkarttıkları genelgeler ile, idarelerin çıkartacakları yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlerde üst normlara uygunluğa dikkat etmeleri gerektiğine ve özellikle kanun değişikliklerinde düzenleyici işlemleri bu üst normlara uygun hale getirmeleri gerektiğine dikkat çekmektedir.³² Muhtemel bir norm çatışmasını önlemek için sadece üst normlara uygunluğun araştırılması yeterli değildir. Yürürlüğe girecek bir üst normun aynı zamanda alt normlarla uyum içinde olup olmadığı, çatışan alt normların çıkartılacak üst normla uyum içinde olmasını sağlamak amacıyla alt normun değiştirilmesi için de gerekli sürecin işletilmesi gerekmektedir.³³

Normlar arasında çatışma çıkmasının en önemli nedenlerinden biri kural koyma tekniğidir. Norm yürürlüğe girdiğinde aynı hiyerarşideki bir önceki düzenlemeyi iptal ettiğini açık bir şekilde belirtiyorsa zaten norm çatışmasını da ortadan kaldırıyor demektir. Her ne kadar Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-ç maddesinde, hazırlanan taslaklarda düzenlenen alana ilişkin mevzuatın tamamının gözden geçirilerek, gerekiyorsa mevcut hükümlerde gerekli değişikliklerin yapılacağı veya kaldırılacağı belirtilse de, kanunlar açısından bunun kısmen söz konusu olduğu görülmektedir. Özellikle “*Torba Kanun*” olarak adlandırılan kanun yapımında birden çok kanunda değişikliğe gidilmekte ve hangi maddelerin yürürlükten kaldırıldığı da açıkça düzenlenmemektedir. Bu değişikliklerin birçoğu önceki hükümleri zımnen ilga etse de, uygulayıcılar tarafından bunun tespit edilemediği görülmektedir. Buna karşılık idarenin düzenleyici işlemlerinde, çoğunlukla, usulde paralellik ilkesinin de bir gereği olarak sonraki düzenlemenin önceki düzenlemeyi açıkça yürürlükten kaldırdığı hüküm altına alınmaktadır. Ancak farklı düzenleyici işlemlerle çatışma söz konusu olabilmektedir.

³⁰ **Maurer**, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004, s. 83; **Heckmann**, Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997, s. 142

³¹ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, s. 151.

³² Örneğin, büyükşehir belediyelerince yapılacak imar yönetmeliği revizyon çalışmalarında; Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin genel hükümlerine, tanımlar ve ruhsata ilişkin hükümlerine aykırı hükümlere yer verilmemesi, Tip İmar Yönetmeliği'nde parsel ve yapılaşmaya ilişkin olarak belirlenen azami veya asgari sınırlarının, uygulama imar planı ile hüküm getirilmeksizin sadece yönetmelik hükmü olarak aşılması gerekmektedir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığının 31.10.2008 tarih ve 2008/11 sayılı Genelgesi http://sgb.csb.gov.tr/mevzuat/dosyalar/r_20130923004446599_8ecc0d93-efe9-4d28-b2eb-01e10622e849.pdf (E. T. 23.03.2014)

³³ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen., s. 152.

Normlar hiyerarşisinde çatışma aynı düzeydeki normlar arasında çıkabileceği gibi farklı düzeyde normlar arasında da çıkabilmektedir. Ancak aynı düzeyde normlar arasında bir çatışmanın çıkması ve bunun giderilmesi ile farklı düzeyde normlar arasındaki çatışmanın giderilmesinde başvurulacak yöntemler birbirinden farklılık arz etmektedir. Normların çatışmasında hangi normun uygulanacağı Lex Superior, Lex Posterior ve Lex Specialis ilkelerine göre tespit edilmektedir. Ancak doktrinde bu ilkelerin içerikleri, düzeyleri ve hukuki sonuçları sebebiyle hala yetersiz olduğu ve de tartışmalı olduğu ifade edilmektedir.³⁴

Bu teoriye tamamen karşı çıkanlar da bulunmaktadır. *Merkel* üst normun, alt normun temel esaslarını kapsadığını ifade etmektedir.³⁵ Bu nedenle kanun koyucunun prensipte daha sonradan koyduğu kuralın daha önce koyduğu kuralla çatışır nitelikte bir kural koyamayacağı, önce konulmuş kuralın hukuk düzeninde yer aldığı, sonraki kanunla önceki kanunun kaldırılabilmesinin ancak pozitif bir düzenleme ile verilecek bir yetkiye dayanabileceği, bunun sonucu olarak da özellikle *Lex Posterior* ilkesinin önceliğinin pozitif bir düzenlemeyle hüküm altına alınması gerektiği ifade edilmektedir.³⁶ Diğer taraftan, bahsi geçen ilkelere normu ilga eden (kaldıran) bir gücünün olmadığı, daha çok anayasal sınırlar doğrultusunda kural koyma ya da kural değiştirmeye hizmet eden yorum ilkeleri olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir.³⁷

Normlar arasında çatışmayı giderici bu ilkelerin hukukun farklı dallarında farklı uygulandığı görülmektedir.³⁸ Ayrıca bu ilkeler, hukukta mantık ilkeleri, hukukun genel ilkeleri, yorum ilkeleri, örf ve adet ilkeleri; basit hukuki kavramlar ve hatta kesin geçerliliği olan kurallar olamayacağı şeklinde kategorize

³⁴ **Vranes**, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der "Konfliktlösungsregeln", ZaöRV 2005, s. 391.

³⁵ **Scholzen**, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, s. 40.

³⁶ **Merkel**, Adolf, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues. in: Verdross, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, (unveränderter Nachdruck der Ausgabe von Julius Springer, Wien 1931) Frankfurt am Main: Sauer und Auvermann 1967, s. 252, 294; Nakledebn: **Borowski**, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkel, s. 135.

³⁷ Çatışmayı giderici ilkeler, çatışma halindeki normlar açısından doğru anlamın belirlenmesinde bir yorum ilkesi olarak görülebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vranes, ZaöRV 2005, s. 398 vd.

³⁸ Özellikle uluslararası hukukta 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 30. maddesi aynı konu hakkında birbirini takip eden anlaşmaların uygulanmasını hüküm altına alırken normlar arası çatışmayla ilgili bahsi geçen ilkelerin hepsinin uygulanmasını, aynı düzeyde olan andlaşmalar için öngörmüştür. Bu nedenle de çatışmayı çözecek kurallar arasında hiyerarşi olmadığından hangi ilkenin uygulanacağı sorusu akla gelmektedir. **Alexy**, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. Baden- Baden 1991, s. 303. Ceza Hukuku alanında ise sanığın lehine olan kanun uygulanır ilkesi gereğince bu ilkelerin uygulanma kabiliyeti güçleşektir.

edilmektedir.³⁹ Ancak hayatın her alanındaki değişikliklere paralel olarak hukuk da değişmekte ve gelişmektedir. Hızlı değişim norm çatışmalarına neden olabilmekte ve bu çatışmaların da bir şekilde giderilmesi gerekmektedir. Bundan dolayıdır ki bu ilkelerle getirilen çözüm yolu, hukuk sisteminin yapısından kaynaklanan zorunlu bir sonuçtur. *Kelsen* normlar arası çatışmayı, mantık çatışmasında olduğu gibi anlamsız⁴⁰ ve norm koyucunun kendi kendine itirazı (*ein normwidrige Norm ist ein selbstwiderspruch*) olarak görmektedir.⁴¹ Dolayısıyla, kural koyan organın koyduğu kurallar arasında çıkan çatışma aslında organın kendi kendine itirazı anlamına gelmektedir. Bunlar birlikte değerlendirildiğinde kural koyan organın birbiri ile çatışan norm ihdası bir mantık çatışmasıdır ve bunun giderilmesi gerekmektedir.

A. Normlar Hiyerarşisinde Altta Yer Alan Normun Üst Norm ile Çatışması

1. Genel Olarak

Normlar hiyerarşisinde yasama organının koyduğu kurallar arasında çatışma çıkabilmektedir. Bu bağlamda kanunlar anayasa ile çatışabilmektedir. Yürütme organının koyduğu kurallar anayasa ya da kanunla çatışabileceği gibi kendi arasında da çatışabilmektedir. Anayasa'nın 115. maddesine göre tüzük, kanunların uygulanmasını göstermek, 124. maddeye göre yönetmelik, kanunun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için yapılabilir. Bu nedenle üst norma uygun olunmalıdır. Yasama organının tekeline verilmiş temel hak ve özgürlüklerle ilgili konuda düzenleyici işlemle hüküm konulması, fonksiyon gaspı nedeniyle yokluk hükmündedir.⁴² Her ne kadar bunun tespiti mahkemece yapılsa da mahkeme aşamasına gelmeden yasama organının iradesine müdahale edilmesi nedeniyle bunun ihmal edilmesi gerekir. Buna karşılık uygulamasını gösterirken ayrı yükümlülükler getirmesi durumunda da konu bakımından sakatlık söz konusu olacaktır.

İdarenin, kanunla hüküm getirilmeyen bir konuya ilişkin olarak tüzük veya yönetmelikle düzenleme yapamayacağı kuşkusuzdur.⁴³ *Danıştay*, düzenleyici işlemin hiyerarşik olarak bağlı bulunduğu üst hukuk normlarında açık bir düzenlemeye yer verilmediği durumlarda bir hakkın kullanımının engellenmesi ya

³⁹ Ayrıntılı olarak bkz. **Vranes**, ZaöRV 2005, s. 393 vd.

⁴⁰ **Kelsen**, Reine Rechtslehre, s. 209 vd.

⁴¹ **Kelsen**, Reine Rechtslehre, s. 271 vd.

⁴² DİDDGK, E. 2008/2358, K. 2012/2133, K. T. 20.11.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2008-2358.htm>; D.10.D, E. 2013/8108 sy. YD Kararı, KT. 27.12.2013 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2013-8108.htm>.

⁴³ D.5.D, E.2010/817, K. T. 25.06.2010 YD Kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2010-817.htm> (E.T. 27.03.2014).

da kısıtlanması sonucunu doğuran bir başka düzenleme yapılmasının hukuken mümkün olmadığını ifade etmektedir.⁴⁴ Ayrıca yönetmelikler, düzenleniş amacına aykırı olarak, üst hukuk kurallarında öngörülen çerçeve ve yetkiyi aşar nitelikte düzenleme getirmezler.⁴⁵ Yönetmelikle kanun maddesi sınırlandırılmayacağı gibi⁴⁶ kanunda yer almayan bir kısıtlama da getirilemez.⁴⁷ Bazı kararlarında *Danıştay*, yönetmelikleri, üst normlara aykırı olmasa da genel ilkelere aykırılık sebebiyle hukuka aykırı görmüştür.⁴⁸ Adsız düzenleyici işlemlerin de üst normlara uygun olması gerekmektedir.⁴⁹

2. Özel Bir Düzenleyici İşlem Türü Olarak İmar Planları

Bazen üst yönetmelikler, düzenleme alanı ile ilgili alt düzenleyici işlemlerin varlığı halinde öncelikle bu düzenleyici işlemlerin uygulanacağını hüküm altına almaktadırlar. Örneğin Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği'nin 2/1. maddesine göre; proje hazırlanması yapı ruhsatı ve arazi düzenlemesine ilişkin uygulamalar planlı alanlar tip imar yönetmeliği ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının çıkartacağı imar yönetmeliklerine göre yapılmaktadır. Bu yönetmeliklerde yer alan genel hükümler, tanımlar ve ruhsata ilişkin hükümler, planlarla ve ilgili idarelerce çıkarılacak yönetmelikleri değiştirmeyeceği dolayısıyla aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Devamında ise istisnalar getirilmekte ve bu belirtilen hükümler dışındaki hususlarda ise uygulama imar planının öncelikle uygulanacağı düzenlenmektedir. 2. fıkrada Bakanlar Kurulu kararı ile uygulama ve yatırımlarda, bedeli kamu kaynağı kullanılarak yapılan kamu yatırımlarında

⁴⁴ D.8.D E. 11333 Sayılı YD kararı, K. T. 16.7.2013, http://www.danistay.gov.tr/kararlar/2012_11333.pdf (E. T. 18.2.2014); D.8.D, E. 2013/413 sayılı YD. Kararı, K. T. 12.09.2013, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2013-413.htm> (E. T. 25.03.2014). Kanunla düzenlenmeyen bir konunun yönetmelikle düzenlenemeyeceği, Özürlüler Veritabanı Oluşturulmasına ve Özürlülük Bilgisinin Nüfus Cüzdanında Yer Almasına Dair Yönetmelikle özürlülük bilgisinin nüfus cüzdanında yer almasının hukuki dayanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu kişilik haklarına da aykırı bulunmuştur. DİDDGK, E. 2008/1763, K. 2012/2340, K. T. 28.11.2012, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2008-1763.htm>

⁴⁵ D.13. D, E. 2005/213, K.2005/1558, K. T. 16.3.2005.

⁴⁶ Adalet Bakanlığı tarafından çıkartılan "Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik" in 14. maddesi hükümlü ve tutukluları ziyaret edebilecek kişileri düzenlemiş, bu hükmün iptali için açılan davada *Danıştay*, kanun maddesini sınırlandıran yönetmelik maddesini hukuka aykırı bulmuştur. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>; benzer karar D.10.D., E. 2006/5393, K. 2009/10123, K. T. 2.12.2009, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

⁴⁷ D.13.D, E. 2005/63, 2005/3312, K. T., 28.06.2005, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

⁴⁸ D.5.D, E. 2001/1683, K. 2004/3371, K. T. 29.9.2004, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5d-2001-1683.htm> (E. T. 27.03.2014)

⁴⁹ Genelge ile yönetmeliklere aykırı hükümler getirilemez. D.10.D, E. 2012/335, K.T. 20.04.2012 YD kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E. T. 25.03.2014)

öncelikle imar planlarının imar planlarında hüküm bulunmaz ise, bu yönetmelik hükümlerine uyulur, denilmek suretiyle uygulama önceliğini imar planlarına tanımıştır. 3. fıkrada ise alt kademe planların, üst kademe planların kesinleştiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde ilgili idarece üst kademe planlara uygun hale getirilmesi zorunludur demek suretiyle normlar hiyerarşisine uygun hale getirilmesi istenmektedir.

Yönetmelik, sadece imar planlarının bakanlar kurulu kararı ile uygulama ve yatırımlarda, bedeli kamu kaynağı kullanılarak yapılan kamu yatırımlarında imar planlarının yönetmelik hükümleri ile çeliştiğinde öncelikle uygulanacağını ifade etmektedir. Bu düzenleme alt normun üst normu değiştirebileceği veya öncelikle uygulanacağını düzenlemesi nedeniyle de normlar hiyerarşisi bakımından çelişkili bir sonuç doğurmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere alt norm kaynağını üst normdan alır ve ona aykırı olamaz, aykırılık söz konusu ise öncelikle üst norm uygulanır. İmar hukukunun genel olarak çok özel bir alan olan çevre ve şehircilik alanlarını düzenlemesi sebebiyle bu hizmetlerin yerine getirilmesinde yerelliğin önem taşıması ve ona göre hizmet üretme söz konusu olduğundan imar planları önem taşımaktadır. Ancak bu durum normlar hiyerarşisindeki sıralamayı değiştirme yetkisi doğurmaz. Aksi takdirde bütün normlar için keyfi bir uygulama söz konusu olabilir. Bu nedenle yönetmeliğin yukarıdaki hükmünde imar planları yapılırken uyulması gereken zorunlu hususlar belirtilmiştir. Diğer hususlarda zaten mahalli idarelere yetki tanınmış ve imar planlarının öncelikle uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle tali hususların yönetmelikle değil doğrudan idarece kararlaştırılması normlar hiyerarşisi bakımından da uygun olacaktır. Kısacası, yönetmelikte belirlenen temel alanların düzenlenmesi diğer alanlarda düzenlemelerin doğrudan imar planları ile yapılması yönünde doğrudan mahalli idarelere yetki tanınması uygun olacaktır. Buna karşın *Danıştay*, imar planlarını imar yönetmeliklerine göre üst norm niteliğinde görmekte ve bu nedenle öncelikle imar planlarının uygulanması zorunluluğuna işaret etmektedir.⁵⁰ Ancak diğer taraftan yönetmelikler, Anayasa'nın 124. maddesinde sayılan bir işlem türüdür. Buna karşın imar planları adsız düzenleyici işlemdir. Bu nedenle hiyerarşik olarak İmar Yönetmeliğinin altında yer alır. Diğer taraftan idare, hukuk kurallarını daha az soyut olandan, yani daha somut olandan uygulamaya başlar.⁵¹ Dolayısıyla aynı konuda birden fazla kural varsa daha az soyut olan kurallar uygulanmaktadır. Bu nedenle de öncelikle imar pla-

⁵⁰ İmar hukukunda imar planlarının yönetmeliklere nazaran üst norm olduğu, imar planındaki kurula uyma zorunlu olduğu, olayda yürürlükteki imar planına göre dava konusu parselde tek yapı yapılabileceği öngörüldüğü buna karşı yönetmelikte bir parselde birden fazla yapı yapılmasını düzenleyen yönetmelik hükmü uygulanamaz. D.6.D, E. 1988/1496, K. 1989/408, K.T. 22.02.1989; Benzer şekilde <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/6d-1988-1496.htm> (E.T. 25.03.2014); Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2013, s. 464.

⁵¹ **Akılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 47.

nı uygulanır. İmar planları hazırlanırken İmar Yönetmeliklerine uyulması zorunludur. Diğer taraftan imar planlarında bina kitle ölçüleri gibi birtakım hususlara yer verilmemişse bu durumda Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği uygulanır.⁵²

B. Normlar Hiyerarşisinde Aynı Düzeyde Yer Alan Normlar Arasında Çatışma

Normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan normlar arasında çatışma çıkması durumunda hangi normun uygulanacağı hususunda sonraki kanun önceki kanunu ilga eder (*Lex Posterior derogat legi priori*) ya da özel kanun genel kanunları ilga eder - (*Lex Specialis derogat legi generali*) ilkesi uyarınca hangi normun uygulanacağı belirlenebilmektedir. Bu ilkeler çatışan hukuk kurallarını aynı usul süreci izlenerek aynı organ tarafından konması durumunda geçerlidir. Burada organların eşitliğine ve usul süreçlerine bir müdahale söz konusu olmamaktadır.⁵³ Dolayısıyla kanun koyan yasama organı kendi içerisinde, düzenleyici işlem yapan yürütme organı da kendi içinde ve usul sürecinde eşit değerde koyduğu kuralların çatışmasının önlenmesi bu ilkeler aracılığı ile sağlanmaktadır.

Anayasa ile düzenleyici işlemler arasında da çatışma çıkabilir. Ancak buna rağmen idarenin düzenleyici işlemi uygulaması durumunda idari yargıda dava açma imkanı bulunmaktadır.⁵⁴

1. Lex Posterior İlkesi

Lex Posterior ilkesi daha çok aynı düzeyde yer alan normlar hakkında uygulanmaktadır. Bunun temelinde kural koyma yetkisi tanınmış organa, kuralı değiştirme ve kaldırma yetkisinin de verilmiş olması yatmaktadır.⁵⁵ Bu nedenle bu ilkenin uygulanmasında kural koyan organın aynı olması ve çatışmaya neden olan ve aynı konuyu düzenleyen normların konulmasında zaman farkı olması gerekmektedir.⁵⁶ Farklı düzeyde yer alan normlar açısından uygulanması güçtür. Bir kanun sonraki tarihli olsa da anayasaya uygun olmak zorundadır. Bir tüzük sonraki tarihli olsa da kanun ve anayasaya uygun olmak zorundadır. Bunun gibi yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler sonraki tarihli olsa da üst normlara uygun olma zorunlulukları vardır. Dolayısıyla *Lex Posterior* ilkesine göre normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan iki norm arasında bir çatışma var-

⁵² Ergen, Cafer/Böke, Veli, Kaçak Yapı, Ankara 2005, s. 17.

⁵³ Callias/Ruffet, EGV/EUV-AEUV Art. 288, 2011, Rn. 13.

⁵⁴ D.7.D, E. 2007/6465, K. 2009/1777, K. T. 2.4.2009
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/7d-2007-6465.htm>

⁵⁵ Kelsen, Reine Rechtslehre, s. 210.

⁵⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, s. 210.

sa bu durumda daha sonradan kabul edilmiş norm uygulanacaktır. Burada sonraki norm öncekini zımnen ilga etmektedir.⁵⁷ Ancak bu genelleme her zaman doğru sonuç vermemektedir. Özellikle önceki norm özel sonraki norm genel ise sonraki norm önceki özel normu ilga etmemektedir. Burada normun hangi kapsamda düzenlendiği önem taşımaktadır. Norm çatışmasının ayrı düzenleme ya da aynı düzenleme içinde yer alan normların arasında çıkması bakımından farklılık söz konusudur. Aynı düzeyde yer alan kanunlar arası, kararnameler arası, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler arasında ya da kendi içlerinde çatışma da yaşanabilir. Aynı düzeyde yer alan iki normun çatışması durumunda *Lex Posterior* ilkesinden ziyade *Lex Specialis* ilkesini uygulanır.⁵⁸ Ancak hukukun bazı dallarında bunun istisnaları söz konusu olabilmektedir. Özellikle ceza hukukunda suç tarihi itibarıyla sanığın lehine olan norm uygulanacağından, suç işlendikten sonra yürürlüğe giren bir norm sanığın aleyhine ise suç tarihinde yürürlükte olan norm uygulanacaktır.

2. Lex Specialis İlkesi

Lex Specialis ilkesinde genel - özel hüküm ayrımı yapılı ve aynı düzeyde yer alan normlar arasında uygulanır. Buradaki çatışma aynı düzeyde yer alan hükümler arasında⁵⁹ (kanun-kanun, tüzük-tüzük, yönetmelik-yönetmelik) olabileceği gibi aynı düzeyde yer alan farklı normlar arasında da olabilir. Bu durumda özel kanun genel kanun ya da özel hüküm genel hüküm ayrımına neden olur. *Lex Specialis* ilkesine göre özel kanun ya da hüküm niteliğindeki kural genel hükümden önce gelir. Bu durumda genel hükmün uygulanması ihmal edilir. Ancak burada karşımıza çıkan diğer bir durum birbiri ile çatışan hükümler aynı özel düzenleme yada genel düzenleme içerisinde yer alıyorsa hangi normun uygulanması gerektiğidir. Eğer farklı tarihlerde yürürlüğe girmişlerse bu durumda *Lex Posterior* ilkesine göre çözüm mümkündür. Ancak buna karşın çok zor da olsa bu hükümler aynı tarihte yürürlüğe girmişse bu hükmün ikisinin paralel uygulamasının imkansız olması ve bu hükümlerden birini diğerine tercih etme yetkisinin olmaması nedeniyle birbiri ile bağdaşmayan bu hükümlerin

⁵⁷ **Gözler**, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa 2013, s. 343.

⁵⁸ **Gözler**, Hukuka Giriş, s. 343 vd.

⁵⁹ DMK m. 10/3'e göre; "Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez" hükmünü içermektedir. Buna karşılık m. 11/2 ise "Devlet memuru amirinden aldığı emri, anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur" hükmü ile amirin verdiği emri yazılı teyit etmesi durumunda memura hukuka aykırı emri yerine getirme yükümlülüğü yüklemektedir. Dolaylı olarak da sorumluluk amirin kendinde kalmak kaydıyla hukuka aykırı emir verme yetkisi tanımaktadır. Buna karşın memurun suç teşkil eden emri yerine getirmeyeceği düzenlenmektedir. Burada çelişen iki hükümden sonraki özel hükümdür. İkisi arasındaki çatışmada bu hükmün uygulanması gerekmektedir.

birbirini yok ettiğini kabul etmek ve gerçek kanun boşluğu varmış gibi hakimin hukuk yaratma yoluna gidileceği doktrinde ifade edilmektedir.⁶⁰ Buraya kadar hukuka aykırılık durumunda uygulanacak normlar arasında çatışma durumunda hangi normun uygulanacağından bahsettik ancak burada asıl sorun izah edilen ilkelerin özellikle yargı aşamasında hukuka aykırı normun tespit edilmesinde uygulandığıdır. Dolayısıyla gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse idari yargı mercileri normun hukuka aykırılığını bahsedilen ilkelere göre çözmektedirler.

3. Lex Superior İlkesi

Normlar hiyerarşinde ayrı basamakta yer alan normlar arasında bir çatışma varsa bu durumda üst norm alt normu ilga eder (*Lex Superior derogat legi priori*) ilkesine göre çözümlenir. Bu ilke uyarınca üst normun gücü alt normu bağlar. Kısaca alt norm üstte yer alan normlara uymak zorundadır. Üst norm, ilga gücünü hukuka uygun olmasından almaktadır. Bu nedenle üst normun kendisi hukuka aykırı ise alt normu ilga edemez.⁶¹

IV. NORMLARDA ÇATIŞMA DURUMUNDA İDARENİN NORMUN UYGULANMASINI İHMAL ETME YETKİSİ

Yukarıda ifade edildiği üzere normların çatışmasında çözüm yolu olarak görülen *Lex superior*, *Lex Posterior* ve *Lex Specialis* mahkemeye olduğu kadar idareye de yöneliktir. Çünkü normların idare tarafından üst normlara uygunluğunun denetlenmesi ile mahkemenin yaptığı kontrol arasında kararın etkisi dışında bir fark bulunmamaktadır.⁶² İdarenin kontrol yetkisi bağlamında hukuka aykırı bulunduğu normu ihmal ederken sadece kendisine ve işlemin muhatabına yönelik etkisi varken, mahkemenin üst normlara aykırı bulunduğu normu iptal etmesinde genele yönelik bir etki bulunmaktadır. İdare, hukuk kuralları birbiri ile çeliştiğinde bu ilkelere ya da pozitif düzenlemelere göre pozitif bir hukuk kuralının uygulanmasını ihmal edebilir mi sorusu akla gelebilir. Ayrıca idarenin kontrol yetkisini, yasama organı tarafından konulan ya da Anayasa Mahkemesi denetimine tabi tutulan normları kapsayacak şekilde mi anlamak gerekir yoksa sadece idarenin düzenleyici işlemlerinin üst normlara aykırılığı ile sınırlı tutmak mı gerekir?

Burada öncelikle idarenin işlevini yerine getirirken uygulayacağı normların hukuka aykırılığını kontrol yetkisini ve bunun neticesinde ortaya çıkacak normun uygulanmasını ihmal etme yetkisini birbirinden ayırt etmek gerekmektedir.

⁶⁰ Karayalçın, Yaşar/Yongalık, Aynur, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod, Problem Çözme, Ankara 2008, s. 152.

⁶¹ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2006, s. 36.

⁶² Kopp, O. Ferdinand, Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden, DVBl. 1983, s. 825.

A. İdarenin Normun Hukuka Aykırılığını Kontrol Yetkisi

Yargı organlarınca yapılan denetime karşın uygulanacak hukuk kurallarının idare tarafından üst normlara uygunluk bakımından bir denetim ve normun uygulanmasının ihmal edilmesini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar açık bir düzenleme bulunmasa da bazı pozitif düzenlemelerin ve ilkelerin kontrol yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. Doktrinde ağır basan görüş de idarenin kontrol yükümlülüğü mevcut olduğu yönündedir.⁶³ Buna karşılık aleyhe görüşlerde bulunmaktadır.⁶⁴

Yukarıda ifade edildiği üzere kanunların anayasaya aykırılığının denetimi-ne ilişkin olarak gerek Anayasanın 148 ve devamı maddelerinde ve gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanunun 35 ve devamı maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Bu hükümler denetimin kapsamını da ayrıntılı olarak hüküm altına almıştır. Düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin olarak Anayasa'nın 125/1. maddesinde, 155. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak 2577 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24/1-c maddesinde ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-a maddesinde hükümler yer almaktadır.⁶⁵ Ancak denetimin hangi kapsamda yapılacağı belirtilmemiştir.⁶⁶ Bu durumda düzenleyici işlemlerin denetimi üst hukuk normlarına uygunluk şeklinde gerçekleşmektedir.

1. Pozitif Düzenlemeler

a. Anayasal Düzenlemeler

Türk hukuk sisteminde çeşitli pozitif düzenlemelerde idarenin hukuka bağlılığı hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasa'sının başlangıç kısmında hiçbir kişi

⁶³ **Bachof**, Otto, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR Bd. 87 (1962) s. 17; **Hoffmann**, Gerhard, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, s. 198; **Hederich**, Matthias, Müssen Gemeinden verfassungswidrige Gesetze befolgen? NdsVBl. 1997, s. 273; **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 37, 38; **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 312 vd; **Engel**, Rüdiger, Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde, NVwZ 2000, s. 1258.

⁶⁴ Grill, kanunda açıkça hüküm bulunmadığı sürece idarenin ilkesel olarak normları kontrol yetkisi mevcut değildir. **Grill**, Peter, Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, JuS 2000, s. 1081.

⁶⁵ Benzer hükümler 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 4 vd maddelerinde, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20/ 1. maddesinde yer almaktadır.

⁶⁶ Buna karşılık bazı ülkelerde denetimin üst normlara uygunluk kapsamında yapılacağı açıkça belirtilmektedir. Örn Alman İdari Yargılama Usul Kanununun 47. maddesinde yürütmenin çıkarttığı hukuki düzenlemelere ilişkin yargısal denetim hüküm altına alınmaktadır. Buna göre de mahkeme eyalet kanunlarının altında yer alan düzenlemelerin kanunlarla çatışıp çatışmadığı denetlenmektedir.

ya da kuruluşun hukuk düzeni dışında çıkamayacağı, her Türk vatandaşının hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme hakkında sahip olduğu ifade edilmektedir. Anayasa'nın 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu belirtilmekte ve kanunların anayasaya aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Kanunsuz emri düzenleyen Anayasanın 137. maddesi "*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir*" hükmünü taşımakta ve idare ve ilgili kişilere hukuka uygun davranma yükümlülüğü getirmektedir. Ayrıca konusu suç teşkil eden emirler memur tarafından yerine getirilmez. Anayasanın bu hükmüne göre memurun amirinden aldığı emrin üst normlara aykırılığını tespit edebilmesi için bu emrin üst normlara aykırılığını araştırması ve dolayısıyla kontrol etmesi gerekmektedir. Diğer yandan bu emrin suç teşkil ettiğinin belirlenmesi için de kontrol yükümlülüğü doğar. Benzer hükümler 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer almaktadır. Görüldüğü üzere devletin erkleri ancak hukuk düzeninde mevcut olan hukuka göre faaliyette bulunabilir.

Bu anayasal hükümler idari faaliyetlerin kanuna dayanacağını ortaya koymaktadır. İdarenin kanuna ya da altta yer alan hukuk kurallarına uygun davranıp davranmadığı ise üst normlara uygunluğun kontrol edilmesi ile anlaşılabilir. Diğer bir ifade ile idarenin kanuna uygun davranma yükümlülüğünden, idarenin normu kontrol yükümlülüğü doğmaktadır.⁶⁷ Buna göre idare, faaliyetinde dayandığı hukuk kuralını belirlemeli ve de buna uygun davranmalıdır.⁶⁸

b. Kanuni Düzenlemeler

Devlet Memurları Kanunu'nun 6. maddesi memurlara Anayasaya ve kanunlara sadakatle bağlı kalmasının yanında, kanunları sadakatle uygulamak yükümlülüğü yüklemektedir. Kanunun 10. maddesi ise amir durumunda olan memurlara kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun davranma yükümlülüğü getirmekte, 11. maddesi ise kanunsuz emri düzenlemektedir. Benzer bir hüküm İl İdaresi Kanunu'nun 23. maddesinde yer almaktadır. Buna göre il idare şube başkanları ve kaymakamlar vali tarafından re'sen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarına uygun olmadığı içtihadında buldukları takdirde keyfiyeti valiye yazarlar. Dolayısıyla il idare şube başkanı veya kaymakamın valinin belli bir idari tasarrufta bulunma yolundaki emrini hukuka aykırı bulması için de verilen emrin sırasıyla normlar hiyerarşisine göre kontrol

⁶⁷ **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 37.

⁶⁸ **Grill**, JuS 2000, s. 1081.

edilmesi gerekmektedir. Bundan kamu görevlisinin, göreviyle ilgili hukuk kurallarını ve hukuki değişiklikleri takip etme gerekliliği sonucu çıkmaktadır. Kamu görevlisi özellikle görevi ile doğrudan ilgili mevzuat değişikliklerini takip etmeli ve somut bir olayda güncel hükümleri uygulamalıdır.⁶⁹

Yukarıda bahsedilen hükümlerden memurun ve dolayısıyla da idarenin hukuka aykırı normları uygulama gibi bir yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmamaktadır.⁷⁰ Bilakis memur faaliyetlerinin hukuka uygun olmasından sorumludur. Bu nedenle somut olayda uygulayacağı normun hukuka uygunluğunu kontrol etmesi gerekmektedir.⁷¹

2. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri de idareye uygulayacağı normu kontrol etme yükümlülüğü yüklemektedir. Bunların başında idarenin kanuniliği ilkesi gelmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin teşkilatına ve faaliyetlerine kanunun hakim olması anlamına gelmektedir.⁷² İdarenin kanuniliği ilkesi, idareye geçerli olan hukuku tespit etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu da somut bir olaya uygulanacak hukuk kurallarının bir bütün olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle uygulanacak normun hukuka uygunluğu tüm hukuk sistemi nazara alınarak belirlenmelidir.⁷³ Hukuk sistemi ve özellikle anayasa ile çatışan norm hukuk devleti ilkesi ile de çeliştiğinden “*hukuk*” olarak kabul edilemez ve bu nedenle etkisizdir.⁷⁴

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin teşkilat ve faaliyetinin hukuk devleti ilkesi kapsamında gerçekleşmesini sağlayan önemli bir araçtır. İdarenin kanuniliği ilkesinin korunması öncelikle idarenin görevidir.⁷⁵ İdari yargı mercileri ancak idarenin bu görevini yerine getirememesi durumunda devreye girer ve hukuka uygunluk denetimi yapar. Ancak kanun koyucuya da idari faaliyetin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi için kanunları içeriksel olarak yeterli kapsamda yapma görevi yükler.⁷⁶ Aynı zamanda anayasal dayanağa sahip olan

⁶⁹ OVG Münster, 8.3.2002, 1 A 4078/00, DöD 2002, s. 256

⁷⁰ Benzer bir hüküm Alman Federal Memurlar Kanunu'nun 63. maddesinde yer almaktadır. Buna dayanarak da doktrinde benzer yaklaşımlar mevcuttur. **Ipsen**, Jörn, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, München 2004, s. 40.

⁷¹ Pietzcker, Jost, Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung, DVBl. 1986, s. 806.

⁷² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 138.

⁷³ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

⁷⁴ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

⁷⁵ **Badura**, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1996, s. 275.

⁷⁶ **Badura**, Staatsrecht, s. 275

bu ilke idareye faaliyetlerinde ve teşkilatlanmasında kanunun önceliğine ve de kanuna dayanmayı bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Bu nedenle idari faaliyetlerde kanun özellikle idarenin düzenleyici işlemlerinden önce gelmektedir. Diğer taraftan, kanuni dayanak ilkesinde ise idarenin özgürlük ve mülkiyet gibi temel haklara müdahalenin ancak kanuna dayanabileceği idarenin düzenleyici işlemleri ile bu alana müdahale edilemeyeceği ifade edilmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla idarenin faaliyette bulunabilmesi ancak kanuni bir dayanağa bağlıdır. Bu nedenle kanunun önceliği ilkesine göre kanunda yer almayan bir ilke idarenin faaliyette bulunmasına engel olmayacaktır. Kanuni dayanak ilkesine göre ise kanunda açık bir düzenleme yoksa idare o alanda faaliyette bulunamayacaktır.⁷⁸ Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri de idarenin uyguladığı normu kontrol etme yükümlülüğü olduğu sonucu doğurmaktadır.

3. Kontrol Yetkisinin Kapsamı

İdarenin normu kontrol yetkisi, şekli ve maddi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli kontrolde normun yürürlükte olup olmadığı, maddi kontrolde ise içerik olarak üst normlarla çatışıp çatışmadığı belirlenmektedir.⁷⁹

a. Normun Şekli Açısından Kontrol Edilmesi

Normun şekli açısından kontrol edilmesi hukuk alanında var olup olmadığına tespiti ile ilgilidir. Bir normun uygulanabilmesi için ilgili organ tarafından sadece kabul edilmesi yeterli değildir. Bu normun usulüne uygun olarak yürürlüğe girmesi gerekmektedir.⁸⁰ Bunun için normun kabulü için yeter sayısı ve diğer usul sürecinin hukuka uygun sonuçlanması gerekmektedir. Ayrıca tüm normların yayınlanması gerekmektedir. Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname ve tüzüklerin Resmi Gazetede yayınlanmaları gerekmektedir. Yönetmeliklerin ise hepsinin Resmi Gazetede yayınlanma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁸¹ Resmi Gazetede yayınlanma zorunluluğu bulunmayan düzenleyici işlemlerin ise usulüne uygun bir şekilde ilan edilmeleri gerekmektedir.⁸² Bir normun yayınlanması, yürürlüğe girmesi için yeterli değildir. Hukuk alanında hukuki sonuç doğurabilmesi için ayrıca yürürlüğe de girmesi gerekmektedir. Yürürlük tarihi normun yer aldığı metinde belirlenmişse o tarihte belirlenmemişse kanunlarda 45 gün sonra yürürlüğe girmektedir. Diğer normlar için ise farklı yürürlüğe giriş kuralları mevcuttur. Bu nedenle idarenin uygulayacağı normun şeklen

⁷⁷ **Badura**, Staatsrecht, s. 27 vd.; Ipsen, Staatsrecht I, s. 222.

⁷⁸ **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 116.

⁷⁹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 821.

⁸⁰ **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. s. 44.

⁸¹ 3011 sayılı Kanun md. 1.

⁸² 3011 sayılı Kanun md. 2.

yürürlüğe girip girmediğini kontrol etmesi gerekmektedir. Bir norm yürürlüğe girmeden uygulanmışsa hukuk dünyasında değişiklik getiren bir normun bulunmaması sebebiyle ona dayalı olarak yapılan idari işlemler yok hükmünde kabul edilmektedir. Aynı durum yürürlükten kalkan hukuk kuralları için de geçerlidir.

b. Normun Maddi Açıdan Kontrol Edilmesi

Yürürlükte bulunan normlar üzerindeki maddi kontrol ise içerik olarak üst normlara uygunluk bakımından yapılmaktadır. İdarenin normları kontrol yetkisi hem aynı seviyedeki normlar arasında hem de alt-üst norm arasında söz konusu olmaktadır. İdarenin normların üst normlara uygunluğunun denetiminde kontrolün basit mi yoksa derinlemesine mi yapılacağı, diğer bir ifade ile hangi kapsamda yerine getirileceği sorun teşkil etmektedir. Özellikle doktrinde *Bachof*⁸³, idarenin kontrol yükümlülüğünün normlar hiyerarşisinde hem altlık üstlük ilişkisi hem de aynı düzeydeki normlar arasında gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Ancak bu durumda kural koyma yetkisi bakımından bir ayırım yaparak yasama organı tarafından konulan kuralların altında yer alan normların ki, bunlar özellikle tüzük, yönetmelik ve diğer adsız düzenleyici işlemler olarak sıralanmaktadır, yasama organı tarafından konulan kurallara nazaran daha basit şartlarda kontrolün yapılacağı ve de normun uygulanmasının daha basit şartlarda ihmal edileceği yönündedir. Bunun temelinde de özellikle normu koyan ve koyduğu normun uygulanmasını ihmal edenin idare olması ve de norm koyma yetkisinde bir çatışma olmaması yatmaktadır. Buna karşılık bir kanunun anayasaya aykırı olması durumunda ancak daha ağır ve istisnai şartlar altında uygulanmasının ihmal edilebileceği ifade edilmektedir.⁸⁴ Bunun için kanunun anayasaya aykırılığının bariz bir şekilde ortada olması gerekmektedir. Bu durum özellikle kanunun parlamento tarafından kasti bir şekilde anayasaya aykırı olarak yapılması ya da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir kanun hükmüne paralel hükümlerin mevcudiyetinde söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bu kanunların uygulanmasının idare tarafından ihmal edilebileceği ifade edilmektedir.

Kanun uygulamasının idare tarafından ihmal edilmesi hukuki sorunlara neden olmaktadır. *Ipsen*, bir kanunun anayasaya aykırı olması durumunda yürütme oranının bu kanunu uygulamayacağı anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir.⁸⁵ Ancak diğer taraftan yürütmenin normların tümünü hukuk kuralları olarak telakki edeceği ancak gerektiğinde anayasanın kanundan ve diğer normlar-

⁸³ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 46 vd.

⁸⁴ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 47 vd.

⁸⁵ Ayrıca Anayasa ve kanun birbiri ile çatıştığında bunun soyut ve somut norm denetimi yoluyla belirleneceğini belirtmektedir. **Ipsen**, Staatsrecht I, s. 217.

dan önce uygulanacağını belirtmektedir. Türk hukukunda kanunların hukuka uygunluk denetimi Anayasa Mahkemesi'nce yapılır. Bir kanunun yürürlüğe girmesinden yürürlükten kalkmasına kadarki süreçte uygulama kabiliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle bir kanunun idarece ihmal edilmesi söz konusu olmamaktadır.

Bu hususta, özellikle idarenin anayasa ve kanunlara uygun davranma yükümlülüğü konusunda bir sınırlama olmadığı için bu denetimin kapsamı da hayli geniş olacaktır.⁸⁶ Buna karşın idareden derinlemesine bir kontrol beklemek idari faaliyeti çıkmaza sokabilir. Bu nedenle kontrolün kapsamını idarenin açık veya basitçe anlaşılabilir hukuka aykırılık ile sınırlı tutmak uygun olacaktır.⁸⁷ Kontrolü idarenin resen yapmasının yanında işlemde menfaati ihlal edilenlerin başvurusuna göre de yapılabilir. Burada aslında Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı somut norm denetimi benzeri bir usul idareye uyarlanabilir. İdare eğer hukuka aykırılığı ciddiye alırsa bu durumda idareye ya üst makamlara başvurma ya da normun hukuka aykırılığını yargı merciine dava açma suretiyle götürme hakkı tanınabilir.

B. İdarenin Normun Uygulanmasını İhmal Yetkisi

Kontrol sonucu bir normun hukuka aykırılığının tespiti durumunda bunun doğal sonucu olarak idarenin, hukuka aykırı gördüğü hukuk kuralının uygulanmasını somut olayda ihmal yetkisinin olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. İdarenin kontrol yetkisinin varlığı hususunda olduğu gibi hukuka aykırı bir normun uygulanmasının ihmal edilmesinde de doktrinde hem lehe hem de aleyhe görüşler mevcuttur.

Normun uygulanmasını ihmal etme yetkisine karşı çıkan görüş, idarenin normları uygulamakla yükümlü olduğunu, dolayısıyla anayasaya aykırı olsa bile bu normu uygulaması gerektiğini ifade etmektedirler.⁸⁸ Bunun temelinde anayasaya aykırı normların geçersiz yada yok hükmünde olmadığı, bunların ancak yargı mercileri tarafından iptal edilebilir olduğu yatmaktadır.⁸⁹ Bu nedenle bir norm anayasa ya da kanuna aykırı olduğu tespit edilerek yargı merci tarafından iptal edilmediği sürece uygulanmalıdır.⁹⁰ Genel düzenleyici işlemler için de benzer görüşler bulunmaktadır. Buna göre genel düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması nedeniyle de getirilen normların, üst norm-

⁸⁶ Hederich, NdsVBl. 1997, s. 273.

⁸⁷ Bachof, AöR Bd. 87 (1962), s. 17.

⁸⁸ Güneş, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, s. 190.

⁸⁹ Hoffmann, JZ 1961, s. 194.

⁹⁰ Rack, Reinhard, Die Gehorsamstheese –ein Beitrag zum verwaltungsbehördlichen Normprüfungsrecht, österreichische Juristenzeitung 1971, s. 89.

lar ile çatışması bir yargı kararı ile tespit edilmedikçe hukuka uygun kabul edilmekte ve uygulanması gerekmektedir.⁹¹

Normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden görüşler bunu normun bağlayıcılığına dayandırmaktadır. Hukuk kurallarının bağlayıcılığının temelinde kural koyucunun iradesi yatmakta ve kuralın muhatapları da yetkiyi vererek başta normun geçerliliğine muvafakat etmektedir.⁹² Bunun dışında demokratik hukuk devletinde kanun koyucunun vatandaşın anayasal haklarını korumakla yükümlü olduğunu, idarenin kontrol ve ihmal yetkisinin kanun koyucunun bu yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve hukuki güvenliğin zedelendiğini belirten görüşler de bulunmaktadır.⁹³ Demokratik bir hukuk devletinde hukuk kuralını bu konuda yetkilendirilmiş organ koymakta, bu nedenle hukuki güvenliğin güvence altında tutulabilmesi için hukuka aykırı koyduğu normu öncelikle kendisi ya da normun hukuka uygunluğunu kontrol etmekle görevli mahkeme kaldırmaktadır.⁹⁴

İdarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden görüşe karşın varlığını sınırlı olarak kabul eden görüşler ağırlıktadır.⁹⁵ Bu görüşe göre idarenin, hukuka aykırı olan ve bu nedenle geçersiz ya da yoklukla malul olması gereken bir normu uygulama zorunluluğu bulunmamaktadır.⁹⁶ İdarenin ihmal yetkisini kabul eden görüşler de reddeden görüşlerle aynı gerekçelere farklı bakış açılarıyla dayanmaktadırlar. İdarenin normu ihmal yetkisinin varlığını kabul edenler ihmal yetkisinin şartları ve kapsamı bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

İdarenin ihmal yetkisi, idarenin kanuniliği ile doğrudan ilgilidir. İdarenin kanuniliği ilkesi normun şeklen uygulanmasından ziyade içeriksel olarak uygulanmasını gerektirmektedir. İdarenin uygulayacağı normun hukuk sistemi ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu nedenle üst normlarla çatışan bir normun uygulanması idarece ihmal edilmelidir.⁹⁷ İdarenin üst normlara aykırı bir normu

⁹¹ **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 311; Gözler'e göre, idare tarafından konulan normların üst normlara aykırılığı sebebiyle geçersizliklerine sadece yargı organları verebilir. **Gözler**, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 110.

⁹² **Heckmann**, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. 193.

⁹³ **Hall**, Karl-Heinrich, Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung, DÖV 1965, s. 253.

⁹⁴ **Heckmann** Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997, s. 403 vd.

⁹⁵ Kopp, idarenin ihmal yetkisini reddeden görüşe şiddetle karşı çıkmakta ve bunun için ortaya konan gerekçeleri problemleri çözmekten ziyade üstünü kapatmaya yönelik olduğunu ifade etmektedir. **Kopp**, DVBl. 1983, s. 822.

⁹⁶ **Engel**, NVwZ 2000, s. 1258.

⁹⁷ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 824; Lüneburg Yüksek İdare Mahkemesi imara ilişkin düzenlemelerin üst normlara uygunluğunun belediyece kontrol edilmesi gerektiğini, aykırılık durumunda ise kanuna bağlı idare ilkesi gereği uygulanmasını ihmal etmesi gerektiğini belirtmektedir. OVG Lüneburg, Beschluss v. 15.10.1999, 1 M 3614/99, NVwZ 2000, s. 1061.

uygulanması aynı zamanda kamu görevlisinin Anayasaya ve kanuna bağlılığı ilkesine aykırı hareket etmesine neden olmaktadır.⁹⁸ Diğer taraftan, hukuka aykırı görülen normun kesin olarak uygulanmasının ihmal edilmesi de kabul edilememektedir. Eğer bir kamu görevlisi bir normu üst normlar ile çatışıyor gerekçesi ile uygulanmasını ihmal ederse ve o norm gerçekte hukuka uygun ise bu durumda da kanuna bağlı ilkesine aykırı hareket etmiş olmaktadır. Bu nedenle bir normun üst normlara uygunluğu açık ve bariz değilse idarenin kanuna bağlılık ilkesi ile her zaman çatışma potansiyeli mevcuttur. İdarenin hukuki güvenlik, hukuki kesinlik ve üst norm koyucuya saygı nedeniyle sınırlı ve istisnai olarak idarenin normu ihmal yetkisi bulunmaktadır.⁹⁹

1. Yasama Organı Tarafından Konulan Normların İhmal Edilmesi

İhmal yetkisini farklı organların koyduğu kurallara göre değerlendirmek gerekmektedir. Yasama organının koyduğu kurallar ve özellikle kanunların uygulanması açısından idarenin uygulamayı ihmal yetkisi tartışmalı bir konudur. Aynı şekilde yargı organının içtihatları birleştirme kararları da herkesi bağlamaktadır. Bir görüşe göre idarenin bir kanunun anayasaya aykırılığı hususunda kesin bir kanaati oluşmuşsa o normu uygulamaktan kaçınabileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁰ Diğer bir görüşe göre ise bir kanunun anayasaya aykırılığı hususunda şüpheye düşülmüş olması ihmal için yeterlidir.¹⁰¹ Buna karşılık yasama organının koyduğu kuralların idare tarafından uygulanmasının ihmal edilemeyeceğini kabul eden görüşler yukarıda belirtilen gerekçelere dayanmakta ve daha ağır basmaktadır.

İdarenin özellikle açık ya da zımnen yürürlükten kaldırılmayan kanunların uygulanmasını ihmal yetkisinin kabulü, asli ve genel yetkiye sahip olan kanun koyucunun iradesine aykırı davranılmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, idarenin keyfilğine yol açabilecektir. İdarenin kanuniliği ilkesi ve kamu görevlisinin Anayasaya ve kanunlara bağlılığı somut olayla ilgili anayasal ve kanuni normların uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak kamu görevlisinin Anayasaya sadakati şüpheye yer vermeyen açık bir şekilde Anayasaya aykırı olan bir kanun hükmünü uygulamasına da engeldir. Bu nedenle hükmü uygulamadan önce bu durumu amire bildirmek zorundadır.¹⁰² Amir, ilgili hükmü Anayasaya

⁹⁸ **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 38; **Hoffmann** bir taraftan bir memurunun anayasaya aykırı normu uygulamaktan kaçınarak sadakat yükümlülüğüne aykırı davranamayacağını, diğer taraftan memurun anayasa bağlılık ve memurluktan kaynaklanan sorumluluğun görevden kaynaklanan işlemlerinde anayasaya aykırı bir kanunu uygulamasını yasakladığını ifade etmektedir. **Hoffmann**, JZ 1961, s. 193 vd.

⁹⁹ OVG Koblenz, Beschluss v. 14.5.2013-8 A 10043-13, NVwZ- RR 2013, s. 748.

¹⁰⁰ **Hederich**, NdsVBl. 1997, s. 273.

¹⁰¹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 823.

¹⁰² Bir kanunun anayasaya aykırı olduğu hususunda memurun bu yöndeki “şüphesi” yetmemektedir. Memurun uyguladığı normun anayasaya aykırı olduğu hususunda “*ikna olması*” gerekmektedir. **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 19.

aykırı bulursa, iptali için Anayasa Mahkemesine götürme imkanına sahip olmalıdır. Aksi takdirde amir doğrudan kanun hükmünün uygulanmasını yazılı olarak teyit ederse Anayasa'nın 137. maddesi bağlamında kanunsuz emir söz konusu olacaktır. Dolayısıyla yasama organının koyduğu kurallarda idarenin ancak söz konusu normun uygulamasını geçici olarak ihmal edebileceği sonucu doğmaktadır. Normun üst normlara aykırılığı ise Anayasa Mahkemesi'nce denetlenerek hukuka aykırı bir normu hukuk düzeninden kaldıracaktır.

Kanunun anayasayla çatışması durumunda somut olayda kanun hükmünü uygulayan idare, süreci durdurarak kanunun hukuka aykırı olup olmadığı hususunu amirine bildirmelidir. Amir de bu aykırılığı tespit ettiği ve ciddiye aldığı anda normun Anayasa Mahkemesi'nce kontrol edilmesine yönelik bir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁰³ Türkiye'de kanunların anayasaya aykırılığı soyut norm denetimi ve somut norm denetimi yoluyla yapılmaktadır. İdarenin soyut norm denetimi yoluna başvurma yetkisi bulunmamaktadır. İdareye, uygulayacağı kanunun açık bir şekilde anayasaya aykırı olması durumunda Anayasa Mahkemesine başvurmasını sağlayacak mekanizmalar getirilmesi faydalı olacaktır. Buna karşılık anayasa ile çelişen bir normun tespitinin yargı merciine bırakılarak onun vereceği iptal kararına göre hareket edilmesinin temel hakların geç tecelli etmesine neden olacağı ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Bu görüşe göre temel hakların kullanılmasının mahkeme kararı verilinceye kadar ertelenmesi hukukun hemen tecelli etmesi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Örneğin DMK 125 ve diğer disiplin mevzuatında kıyas yoluyla disiplin suçu üretilebileceği ifade edilmektedir.¹⁰⁵ Ancak disiplin cezaları kıyas yoluyla artırılmamaktadır. Disiplin suçları açısından kıyas yapılabilirken disiplin cezaları açısından kanunilik ilkesi geçerlidir. Danıştay içtihatları disiplin suçunun kıyas yoluyla üretilebileceği¹⁰⁶, disiplin cezalarının ise kıyas yoluyla üretilemeyeceği, kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündedir.¹⁰⁷ Buna karşılık, Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesi suç ve cezalarda kanunilik ilkesini düzenlemektedir. Bu madde sadece ceza kanunu bağlamında temel ilkeler getirmemekte tüm suçlara

¹⁰³ Almanya'da amirin iddiayı ciddi görmesi halinde bunu Hükümete bildireceği ve Hükümetinde bunu Anayasa Mahkemesine götürmesi gerektiği ifade edilmektedir. **Wolff/Bachof/Stober**, Verwaltungsrecht I, s. 313; **Detterbeck**, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 38; benzer bir şekilde **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 90.

¹⁰⁴ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 824.

¹⁰⁵ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 631, 636; DMK m. 125'e göre, "Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir".

¹⁰⁶ DİDDGK, E. 2000/646, K. 2000/1119, KT. 09.11.2000, DD. sy. 105, s. 70 vd.

¹⁰⁷ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, KT. 20.09.2012 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (ET. 12.8.2014); D.8.D, E. 2013/8563, K. 2013/9503, KT. 04.12.2013 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2013-8563.htm> (ET. 12.8.2014).

ilişkin ilke getirmektedir.¹⁰⁸ Öyle olmasaydı 38/9 maddesinde idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı hükmü bu maddede değil 129. maddede yer alırdı. Ayrıca Anayasa'nın 128. maddesi, memurların özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. Dolayısıyla, disiplin suçunun kıyas yoluyla üretilebileceği yolundaki kanuni düzenlemeler Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

2. Yürütme Organı Tarafından Konulan Normların İhmal Edilmesi

Yürütme organının kanun hükmünde kararname dışındaki düzenleyici işlemlerinin üst normlarla çatışması durumunda bunların belli şartlar çerçevesinde uygulanmasının ihmal edileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁹ Ancak bu şartlar hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Buna karşılık idarenin düzenleyici işlemleriyle getirdiği normun hukuka aykırılığı normu koyan idareye bildirilmesi durumunda idare normun hukuka uygun hale gelmesini sağlamak amacıyla değiştirilmesi ya da kaldırılması için gerekli tedbirleri alabilir. Aynı hiyerarşi içinde bulunmayan kurum ya da kuruluşlar idari yargıya başvurarak normun iptalini isteyebilir.¹¹⁰ Diğer bir görüş, normun uygulanmasını ihmal etmeyi çatışan normların doğuracağı sonuçlara göre değerlendirip ona göre ihmal etme yetkisi kullanabileceği yönündedir.¹¹¹ Burada özellikle değerlendirilecek husus, norma dayanılarak yada normun uygulanması ihmal edilerek alınan kararın mahkemeden dönüp tazminat ödemeye mahkum edilme ihtimalinin değerlendirilmesidir.¹¹² Başka bir görüşe göre ise idarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisi ancak uygulanacak normun idari usul sürecinin sonlandırılmasında zaman kaybına neden olarsa ve bu zaman kaybında temel hakları ciddi bir şekilde ihlal ediyorsa mevcuttur.¹¹³

Kanunla çatışan bir düzenleyici işlem ancak ağır ve açık hukuka aykırılık durumunda etkisizdir, bunun dışında kural olarak etkili ancak yargı organınca iptal edilebilirliğe sahiptir.¹¹⁴ Özellikle normun üst normlarla çatışması doktrin ya da yargı kararıyla açıkça belirlenmişse idarenin ihmal yetkisi bulunmakta-

¹⁰⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 630.

¹⁰⁹ Danıştay da yönetmelik hükmünün Kanuna aykırı olması durumunda normlar hiyerarşisine aykırılık nedeniyle ihmal edilerek kanun hükmünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. D.10.D, E. 2007/6066, K. 2010/8400, KT. 26.10.2010, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10d-2007-6066.htm> (ET. 3.5.2014).

¹¹⁰ **Maurer**, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 91.

¹¹¹ **Bachof**, AöR Bd. 87 (1962), s. 47.

¹¹² **Grill**, JuS 2000, s.1081.

¹¹³ **Hederich**, NdsVBl. 1997, s. 272.

¹¹⁴ **Badura**, Staatsrecht, s. 276.

dır.¹¹⁵ Örneğin Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 11. maddesi kamu görevinden çıkarma cezasını öngörmektedir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda 01.03.2014 tarihinde 6528 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklikten önce Kanunla kamu görevinden çıkarma cezası düzlenmemiştir. Yönetmeliğin hükmü Danıştayca iptal edilmediği halde buna binaen verilen öğretim mesleğinden çıkartma cezalarını Kanunda böyle bir cezanın düzenlenmemesi nedeniyle iptal etmekteydi.¹¹⁶ Memurların özlük haklarının kanunla düzenleyeceğine ilişkin anaysa hükmüne de açık bir şekilde aykırı yargı kararı ile de teyit edilmiştir. Dolayısıyla idare söz konusu Yönetmelik hükmünü uygulamış olsa da, ihmal etme yetkisine de sahipti.

Genel düzenleyici işlemi uygulayan memur bunun üst normlara aykırı olduğu iddiasıyla amirine bildirmesi durumunda, amir memura normun uygulanmasını ihmal etmesini emrederek normun değiştirilmesi ya da kaldırılması için gerekli idari süreci başlatabilir.¹¹⁷ Ancak idare düzenleyici bir idari işlemle koyduğu bir kuralın geçersizliğini daha sonra alacağı basit bir kararla belirleyemez.¹¹⁸ Bu nedenle kendisine yetki ve usulde paralellik ilkesi ile tanınan, idari işlemin değiştirilmesi, geri alınması, kaldırılması ya da yeni bir işlem yapılması yoluyla üst normlara aykırılığı gidermesi gerekmektedir.¹¹⁹ Ayrıca İYUK'un 11. maddesi uyarınca idari işlemin muhatapları da hem birel işlemin hem de düzenleyici işlemin üst normlara aykırılığı nedeniyle değiştirilmesi ya da kaldırılması için idareye başvuru yapabilecektir. İdarenin iç işleyişinde ise normu uygulayacak kamu görevlisinin, Anayasa'nın 137. maddesi ve diğer kanuni düzenlemeler çerçevesinde normun üst norma aykırılığını üst makamlara bildirmesi gerekmektedir. Ancak memurla amir arasındaki hiyerarşi ilişkisi nedeniyle memurun, kendisine verilen emrin hukuka aykırılığı olduğu gerekçesiyle dava açma imkanının bulunmadığı kabul edilmektedir. Türkiye'de idarenin, düzenleyici idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemek için idari yargıya bizzat gidebilmesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak genel hükümlere göre düzenleyici idari işlemin iptali için yargı yoluna başvurulabilmektedir. Buna karşın Almanya'da İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 47. maddesinde düzenle-

¹¹⁵ Kassel Yüksek İdare Mahkemesi, düzenleyici işlemle getirilen bir normu uygulamasının idare tarafından ihmal edilebilmesinin sadece açık hukuka aykırılık durumunda söz konusu olduğuna hükmetmiştir. VGH Kassel, NVwZ 1990, s. 885; İdarenin normun uygulanmasını ihmal yetkisini reddeden mahkeme kararları da bulunmaktadır. VGH München, BayVBl. 1982, s. 654.

¹¹⁶ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, KT. 20.09.2012.

¹¹⁷ Pietzcker, DVBl. 1986, s. 807.

¹¹⁸ Engel, NVwZ 2000, s. 1258.

¹¹⁹ BVerwG 75, NJW 1987, s. 1344; İmar planları bağlamında bkz. Volhard, Rüdiger, Amtspflichten bei nichtigen Bebauungsplänen, NVwZ 1986, s. 105.

yici işlemlerin üst normlara uygunluğunun kontrolü özel olarak düzenlenmektedir. Bu hükme göre, gerçek ya da tüzel kişiler ya da idareler, düzenleyici işlemlerle getirilen norm nedeniyle ya da uygulanması durumunda haklarının ihlal edilmesi ya da öngörülebilir bir zamanda haklarının ihlal edilebileceğini ortaya koymaları durumunda, normun yayınlanmasından itibaren 1 yıl içerisinde, normu çıkartan idare aleyhine Yüksek İdare Mahkemesinde dava açabilmektedirler. Bu dava ile düzenleyici işleme karşı hem soyut hem de somut norm denetimi yoluna gidilebilmektedir.¹²⁰ Normun hukuka aykırılığı yönünde şüphe olması durumunda normun geçerliliğini tespit için idarenin yargı yoluna başvuru yapmaması ya da geçerlilik konusunda kendisinin karar vereceği hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.¹²¹ Buna karşılık idarenin, normun geçerliliği hususunda şüpheye düşmesi halinde yargı yoluna başvurarak bunun tespitini sağlamanın amaca uygun olacaktır.¹²²

Normlar hiyerarşisi hukuk kurallarının uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Buna göre bir olaya yönelik birden fazla hukuk kuralı varsa en az soyut olandan başlanarak uygulanacağından yukarıda bahsedilmiştir.¹²³ Örneğin, 12.07.2013 tarihinde 6495 sayılı Kanununun 33. maddesi ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevaplar 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kapsamı dışına alınmıştır. Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte ise bu istisna hükmü yer almamaktadır. Burada idare zımnen ilga edilen yönetmelik hükmünün uygulanmasını ihmal edecektir.

Üst yönetmelik ya da kanunun öngörmediği bir yükümlülüğün alt düzeyde yer alan bir düzenleyici işlemlerle getirilmesi durumunda bu hükmün geçerliliği etkilenecek midir? Örneğin kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken başörtüsü takmalarının kılık kıyafet yönetmeliği ile serbest bırakılması¹²⁴ ancak başka

¹²⁰ **Giesberts**, in. Beck'scher Online- Kommentar VwGO Hrsg. Posser/Wolf, München 2013, Rn. 1.

¹²¹ **Kopp**, DVBl. 1983, s. 828.

¹²² **Kopp**, DVBl. 1983, s. 828.

¹²³ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, Türk İdare Hukuku, s. 47.

¹²⁴ Kamu Kurum ve kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 5. maddesi, 2. maddede sözü edilen personelin kılık ve kıyafette uyacakları hususları a bendinde; Kadınlar; Elbiseler, pantolon, etek temiz, düzgün, ütülü ve sade; ayakkabılar ve/veya çizmele sade ve normal topuklu, boyalı; görev mahallinde baş daima açık, saçlar düzgün taranmış veya toplanmış; tırnaklar normal kesilmiş olur. Ancak, bazı hizmetler için özel iş kıyafeti varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır. Hükmünü içerirken, 04.10.2013 tarihinde; 2'nci maddede sözü edilen personelin kılık ve kıyafette uyacakları hususlar: Kolsuz ve çok açık yakalı gömlek, bluz veya elbise ile streç kot ve benzeri pantolonlar giyilmez. Etek boyu dizden yukarı ve yırtmaçlı olamaz. Terlik tipi (sandalet) ayakkabı giyilmez şeklinde değiştirilmiş c bendi eklenerek Ancak bazı hizmetler için özel iş kıyafetleri varsa görev sırasında kurum amirinin izni ile bu kıyafet kullanılır denmiştir.

bir kurumun kendi yönetmeliği ile yasaklanması durumunda çerçeve yönetmeliğe aykırılık nedeniyle alt yönetmelik ihmal edilmelidir. Yönerge, Kanuna ya da üst düzenleyici işlemlere aykırı ise ve bu aykırılık sebebiyle birey mağdur oluyorsa idare yönergeyi uygulamayı ihmal yetkisine sahip bulunmalıdır. Örneğin, 5102 sayılı Yüksek Öğrenim Öğrencilerine Burs, Kredi Verilmesine İlişkin Kanun ve buna ilişkin çıkartılan Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliği ile üniversitelerin bursların kesilmesine yönelik çıkarttığı yönerge hükümleri birbiri ile çatışırsa, üniversite kendi koyduğu kuralın uygulanmasını ihmal ederek yönergede gerekli değişikliklere gitmelidir.

SONUÇ

İdare, somut bir olaya uyguladığı normun üst normlara uygunluğunu kontrol etme yükümlülüğü altındadır. Bunun neticesinde idarenin üst normla çatışan normun uygulanmasını ihmal etme yetkisinin sınırlı olarak tanınması gerekmektedir. Özellikle düzenleyici idari işlemlerde uygulanacak normun açık ve bariz bir şekilde üst normlara aykırı olması durumunda idarenin bunun uygulanmasını ihmal yetkisi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aynı zamanda idarenin kanuniliği belirliliği, usul ekonomisi ve idarenin sorumluluğu ilkesinin bir sonucudur. İdarenin kendi koyduğu kuralın hukuka aykırılığını tespit etmesi durumunda somut olaya yönelik ihmal etmenin dışında, üst normlarla çatışmayı ortadan kaldırmak için gerekli değişiklikleri yapması gerekmektedir. Aksi takdirde hukuka aykırı normun uygulanmasını ihmal ederek somut bir olayda kanuni idare ilkesine uygun davranmaya çalışırken diğer taraftan diğer bütün olaylar için hukuka aykırı karar alma ihtimali devam edecektir. Dolayısıyla idare kendi koyduğu ve üst normlarla çatışan normun uygulamasını ihmal etmeye yetinmemeli, hukuka uygun hale getirmelidir. Ayrıca Anayasaya ve diğer üst normlara açık ve bariz aykırı bir normun uygulanması nedeniyle hukuka aykırı alınan kararların iptali için açılan davaların neticelenmesi uzun sürebilmektedir. Hem bireylerin hakkını geç elde etmesi hem de usul sürecinde gereksiz harcamalara ve de tazmine neden olmaktadır. Devlet bütçesi içinde artı bir yük getirmektedir.

Denetimin kapsamı çok geniş olmamalıdır. Hukukçuların dahi zor tespit edebildiği yoruma açık bir hukuka aykırılığın tespiti idareden beklenemez. Yukarıda ifade edildiği üzere idarenin açık ve bariz hukuka aykırılığı tespit etmesi mümkündür. Genel düzenleyici idari işlemlerin üst normlar olan anayasa, kanun, milletlerarası andlaşma ve kanun hükmünde kararnameye aykırılığının açık ve bariz bir şekilde görülmesi ve uygulayıcının bu aykırılık hususunda kesin bir kanaati olmalıdır. Aynı şekilde düzenleyici işlemlerin diğer üst düzenleyici işlemlere aykırılığı için de aynı şartların geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olan ve yasama organı tarafından konulan normların kendi arasındaki hiyerarşi bağlamında üst norm ile çatışması halinde idare bu normun uygulanmasını ihmal etme yetkisine sahip bulunmamaktadır. Bunun nedeni normu yasama organının koyması ve yürütme organının ve özellikle idarenin normun geçerliliği üzerinde doğrudan bir tasarruf imkanına sahip olmamasıdır. Ancak yasama organının koyduğu normlarda, özellikle kanunlar Anayasa ile açık ve bariz bir şekilde çatışıyorsa bu durumda idareye normun uygulanmasını geçici olarak ihmal ederek Anayasa Mahkemesine götürme yetkisi tanınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat /Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2013.
- Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des Rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. Aufl. Baden- Baden 1991.
- Arslan, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2011.
- Bachof, Otto, Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und dem bundesrechtswidrigen Gesetz, AöR Bd. 87 (1962) s. 1 vd.
- Badura, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, München 1996.
- Borowski, Martin, Die Lehre von Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Paulson/Stolleis, (Hrsg.) Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005.
- Callias/Ruffet, EGV/EUV-AEUV Art. 288, beck-online.beck.de 2011.
- Can, Osman, Yeni Anayasa Çalışmaları Yöntemine İlişkin Birkaç Not, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 127 vd.
- Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München 2006.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul 1982.
- Engel, Rüdiger, Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde, NVwZ 2000, s. 1258 vd.
- Ergen, Cafer/Böke, Veli, Kaçak Yapı, Ankara 2005.
- Giesberts, in. Beck'scher Online- Kommentar VwGO Hrsg. Posser/Wolf, beck-online.beck.de 2013.
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Bursa 2011.
- Gözler, Kemal, Aslı Kurucu İktidar - Tali Kurucu İktidar Ayrımı: TBMM Yeni Bir Anayasa Yapabilir mi?, in: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (Editörler), Demokratik Anayasa: Görüşler ve Öneriler, İstanbul 2012.
- Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Bursa 2014.
- Gözler, Kemal, Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri), www.anayasa.gen.tr/madde 90.htm. (Erişim Tarihi, 31.10.2013).

- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Bursa 2011.
- Grill, Peter, Normprüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung, JuS 2000, s. 1080 vd.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, Ankara 2011.
- Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.
- Hall, Karl-Heinrich, Die Prüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Verwaltung, DÖV 1965, s. 253 vd.
- Heckmann Dirk, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen. Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997.
- Hederich Matthias, Müssen Gemeinden verfassungswidrige Gesetze befolgen? NdsVBl. 1997, s. 273;
- Hoffmann, Gerhard, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961, s. 193 vd.
- Ipsen, Jörn, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, München 2004.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Kurultayı Amacı ve Anlamı Nedir?, Anayasa Kurultayı - Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi, Ankara 2010, s. 12 vd.
- Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Ankara 2013.
- Karayalçın, Yaşar/Yongalık, Aynur, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod, Problem Çözme, Ankara 2008.
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Wien 1960, s. 198.
- Kopp, O. Ferdinand, Das Gesetzes- und Verordnungsprüfungsrecht der Behörden, DVBl. 1983, s. 821 vd.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2002.
- Pietzcker, Jost, Inzidentverwerfung rechtswidriger untergesetzlicher Rechtsnormen durch die Verwaltung, DVBl. 1986, s. 806.
- Rack, Reinhard, Die Gehorsamsthese –ein Beitrag zum verwaltungsbehördlichen Normprüfungsrecht, österreichische Juristenzeitung 1971, s. 89 vd.
- Scholzen, Hans, Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit verfassungswidriger Rechtsnormen, Eine verfassungsrechtliche Untersuchung des Rechtsschicksals verfassungswidriger Gesetze und darauf gegründeter Einzelakte, Düsseldorf 1977.
- Soysal, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı 2, Ankara 1996, s. 5 vd.
- Tan, Turgut/Gözübüyük A. Şeref, İdare Hukuku, C. 1, Ankara 2007.

- Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul 2001.
- Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2009.
- Volhard, Rüdiger, Amtspflichten bei nichtigen Bebaungsplänen, NVwZ 1986, s. 105 vd.
- Vranes, Erich, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior- Zur Rechtsnatur der “Konfliktlösungsregeln”, ZaöRV 2005, s. 391 vd.
- Wolff- Hans J./Bachof Otto/Stober, Rolf, Verwaltungsrecht I, München 1994.
- Yarsuvat, Duygun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası, İÜHFM, C. 29, sy. 3., İstanbul 1963, s. 540 vd.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Mayıs 1994, sy. 1, s. 26. vd.

ŞİDDET SUÇLARININ İŞLENME YÖNTEMLERİ

*Dr. Ersan ÖZKAN**
*Dr. Ali Rıza BAYLAN***

ÖZET:

Şiddet suçları, toplumsal psikolojiyi olumsuz etkileyen suçlardır. Hem şiddet suçlarının hem de bu suç faillerin ortak bazı özellikleri olmakla birlikte, geniş bir alanda farklı motiflerle işlenebilmektedirler. Şiddet suçları fiziksel şiddet, cinsel şiddet, psikolojik şiddet, ihmal ve yoksun bırakılma şeklinde açığa çıkabilmektedir. Fiziksel şiddet suçları ile mağdurlar arasında genellikle bir tanışma söz konusu iken, cinsel şiddet suçlarında genellikle zanlı ve mağdur birbirlerini tanımamaktadırlar. Bu suçlar kimi zaman töreler, kimi zaman ruhsal rahatsızlıklar, kimi zaman kültürel gerekçeler kimi zamansa mahalle baskıları sonucu işlenmektedir.

Şiddet suçlarının doğru anlaşılması oldukça önemlidir. Bunun için öncelikli olarak insan davranışlarını iyi bilmek gerekmektedir. Bu nedenle bu alanla ilgili aktörlerin, politikacıların, sosyal hizmet uzmanlarının, kolluk kuvvetlerinin, halkın farkındalığının artırılması ve doğru davranış tarzlarının geliştirilmesi gerekmektedir. Özellikle şiddet suçlarının işlenme yöntemlerinin iyi bilinerek, tam olarak sayısı yeterince bilinmeyen bu suçların raporlanmasının kolaylaştırılması ve ilgili tedbirlerin bu doğrultuda alınmasına çaba sarf edilmelidir.

* Dr., Polis Akademisi Başkanlığı Hatay PMYO, erozkan@yahoo.com

** Dr., Polis Akademisi Başkanlığı Elmadag PMYO, alibaylan@hotmail.com

1. GİRİŞ

Suçlar işlendiği toplumda sosyal düzeni bozarak, gelişmeye engel olmaktadır. Şiddet suçları işlendiklerinde toplumda hatta yaygın olarak tüm ülkede infial yaratmakta ancak bu konuda yeterli çalışma yapılmamakta ve politikalar geliştirilememektedir.

Avrupa'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde bu alanda yapılmış çalışmalar bulunmaktadır. Bununla birlikte Türkiye'de şiddet suçluları mercek altına alınıp yeterli düzeyde incelenmemiştir. Bahse konu yerlerde yapılan çalışmalarda; yoksulluk, eğitim ve şüphelinin psikolojik durumu gibi sebepler şiddet suçlarının temel nedenleri arasında sıralanmıştır.

Suçla mücadelede suçlu tipolojisi çıkarılması oldukça önemlidir. Ancak suçlu tipolojisi kadar önemli olan, suç tipolojisi içinde değerlendirilebilecek olan suç işleme yöntemi de (modus operandi) o kadar önemlidir. Şüpheli öğrenilen ve geliştirilen bir süreç içerisinde suç işledikçe, suç işleme yöntemini geliştirmekte, suçta uzmanlaşmakta ve zamanla kendine özgü bir yöntem oluşturmaktadır. Bu bölümde hangi şiddet suçlarının hangi yöntemlerle işlendiği incelenecektir.

2. ŞİDDET TÜRLERİ

Şiddeti önlemeye yönelik çalışmalarda şiddetin tipolojisi önem arz etmektedir. Şiddet deyince aklımıza tek bir şiddet türü mü geliyor yoksa farklı şiddet türleri var mıdır? Tabii ki şiddeti tek bir kategoride ele almak mümkün değildir. Farklı şiddet türleri kendine özgü, karakteristik özelliklere sahiptir. Mire ve Roberson şiddeti insanlar arası şiddet ve diğerleri diye iki ana kısımda incelemektedir¹. İnsanlar arası şiddet bir kişinin diğer bireylere karşı kasıtlı tehdidini, teşebbüsünü ya da gerçekte fiziksel zarar vermesini ifade etmektedir². Bu tanımda özellikle fiziksel ve ruhsal zarara vurgu yapılmaktadır. Fiziksel ve ruhsal çöküntü yaşayan insanlarda, sinir sistemi zayıflamış olduğundan psikolojik saldırganlık artar. Bu tarz şiddet sadece evde değil iş ortamında da yaygındır.

Ceza davalarında hukukçular suçu tasnif edip ona göre şüphelinin yargılanmasını sağlarlar. Peki, şiddet suçu dediğimizde ne anlıyoruz?, şiddet suçlarını sosyal kontekste tanımlamaya çalışıyor³. Ama Dünya Sağlık Örgütü'nün ve birçok akademisyenin kabul ettiği şiddet tanımı aşağıdaki gibidir⁴;

¹ Mire, S. & Roberson, C, The Study of Violent Crime: Its Correlates and Concerns. CRC Press December 14, 2010, s. 7.

² Reiss, Albert J., Jr., and Roth, Jeffrey A., (Ed.)(1993). Understanding and Preventing Violence. National Academy Press Washington, D.C. 1993, s. 31-32.

³ Stanko, Elizabeth Anne, The Meanings of Violence. Taylor & Francis Group, 2003, s. 89-90.

⁴ World Health Organization. (2014). Definition and typology of violence. <http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>

"kişinin kendine karşı, başka bir kişi ya da bir grup veya topluluğa karşı, tehdit veya gerçek, kasıtlı fiziksel güç veya iktidarın kullanımı sonucunda; yaralanma, ölüm, psikolojik zarar, gelişme bozukluğu, ya da yoksunluğa sebebiyet vermesidir."

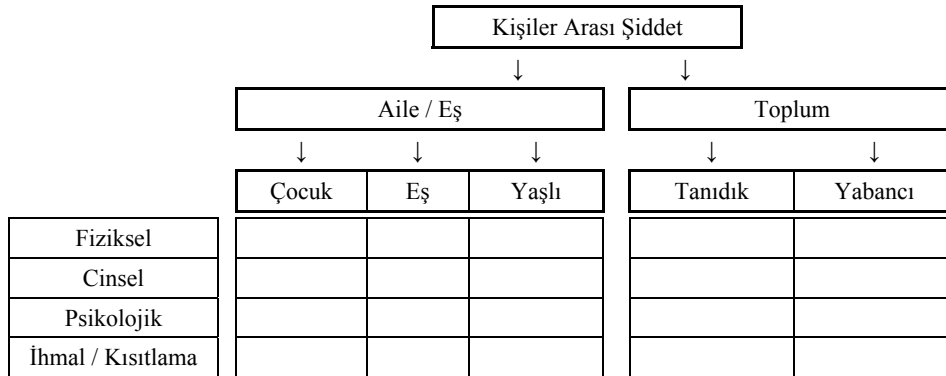
Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) şiddeti üç kategoride incelemektedir; Birincisi, intihar eylemlerinde olduğu görüldüğü gibi kişinin *kendisine zarar vermesidir*. Gerçi intihar eylemlerinin asıl amacı bir grup ya da topluma zarar vermek için kendisine zarar vermektir ama DSÖ bu haliyle ele almaktadır. İkincisi, *kişiler arası şiddettir*. Kişiler arası şiddet suçları iki ana başlıkta incelenebilir. Aile ve toplum alt başlıklarına; fiziksel, cinsel, psikolojik ve kısıtlama/ihmal etme başlıklarından oluşan dört suç ekseninde bakılabilir. Üçüncüsü *kolektif şiddettir*. Kolektif şiddet, büyük gruplarca işlenen şiddeti tanımlamakta olup sosyal, ekonomik ve politik şiddet olarak alt başlıklara ayrılmaktadır.

2.1. Kişinin Kendine Zarar Vermesi

Kişinin kendine şiddet uygulaması ya da başkalarına zarar vermek amacıyla kendi vücut bütünlüğüne zarar vermesidir. Terör örgütleri hasta üyelerini zaman zaman intihar eylemine zorlamaları bu kategoride değerlendirilmektedir. PKK ve DHKP-C örgütlerinin değişik tarih ve mekânlarda intihar saldırılarına başvurmaları buna örnek gösterilebilir.

2.2. Kişiler Arası Şiddet

Bourgeois, Prince, ve Moss kişiler arası şiddeti daha detaylı bir şekilde incelemekte ve kentsel bir olgu eklemektedir; cinsiyet bağlamında şiddet suçları ve etnik şiddet. Özellikle Suriye’de ve Irak’ta bazı illegal grupların işlemiş oldukları şiddet (etnik şiddet) bu bağlamda ele alabiliriz⁵.



Kaynak: Dünya Sağlık Örgütü (<http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>)

⁵ Bourgeois, P., Prince, B., & Moss, A. (2004). The everyday violence of Hepatitis C among young women who inject drugs in San Francisco Human Organization, 63(3), s. 254.

Esasında, bu sınıflandırma cinsiyet bağlamında işlenen şiddet suçları, aile içerisinde ki bireylere karşı işlenen suçları, erkeklere özgü suçları ve cinsel taciz suçlarını içermektedir. Etnik suçlar ise, daha çok sokak eylemlerini içeren kimlik ve saygı bağlamında işlenen suçları ifade etmektedir. Örneğin, İŞİD'in sözde Sünni bir grup olması ve Sünni olmayan diğer insanlara karşı 2013-2014 yılları arasında gerçekleştirmiş olduğu eylemler bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Kişiler arası suçlarda genel olarak dikkat edilmesi gereken husus şiddetin çıkış noktasıdır. Öncelikle kişiler arası şiddette küçük gruplar için içindedirler, ayrıca yer ve zaman ile bir şekilde bağlantılıdır. Örneğin, barlar sokağında ya da barın kapanış saatinde meydana gelen ufak tefek kavgaları bu sınıfta değerlendirilebiliriz. Bu örnek değişkenler bir birleriyle bağlantılı olduğundan, tamamen kolluk kuvvetlerinin ilgi alanına girmektedir.

2.3. Kolektif Şiddet

Kollektif şiddette, büyük bir grup, çoğunlukla sosyal ya da politik nedenlerle bir araya gelerek, amaçlarına ulaşmak için şiddeti kullanmaktadır. Büyük toplumsal olayları bu kategoride değerlendirilebilir. Genelde, kolektif şiddetin açıklanması zordur. Çünkü birden fazla değişken ve büyük gruplar için içerisinde bulunmaktadır. Belli şartlara maruz kalınca şiddet ortaya çıkmaktadır. Güneydoğu da meydana gelen toplumsal olayları bu kategoride değerlendirebiliriz⁶.

Benzer şekilde 2013 yılında başlayan Gezi olaylarında, polisin uygulamış olduğu aşırı güç nedeniyle bir kişi hayatını kaybetmiş, devamında da olaylar artarak kontrolden çıkmıştır. Hayatını kaybeden bir kişi ile ilgili ortaya çıkan deliller ışığında, yetkililer olayı yalanlayamamışlardır. Geçmişte ayrımcılık izlenimi veren politikaların yanı sıra polisin yanlış uygulamaları farklı kesimlerde tepkilere yol açmış, bu tepkiler zaman içerisinde artmış ve hayatını kaybeden kişinin acısıyla olaylar kontrol edilemez duruma gelmiştir. Vatandaş gizli ve açık bir şekilde polisin, diğer bir ifadeyle, otoritenin karşısına dikilmiştir.

Kollektif şiddetin en olumsuz yöntemlerinden birisi de ekonomik şiddettir. Bu da, ekonomik sisteme müdahale etmek, zarar vermek ya da hatta yok etmek şeklinde anlaşılabilir. Türkiye'de 1998- 2003 yılları arasında toplam 22 bankanın batması, insanların sıkıntı yaşamaları, bazılarının intihara sürüklenmeleri ekonomik şiddete örnek olarak gösterilebilir⁷.

⁶ Bal, İhsan, (2007), PKK Terör Örgütü Tarihsel Süreç ve 28 Mart Diyarbakır Olayları Analizi. <http://www.kurdipedia.info/documents/88042/0001.PDF> (E. T. 20 Haziran 2014)

⁷ Zaman Gazetesi, 1 Mart 2009.

3. ŞİDDET YÖNTEMLERİ

Akademisyenler Mire ve Roberson, şiddet suçlarını dört alt başlıkta incelemektedirler: fiziksel, cinsel, psikolojik ve kısıtlama/ihtmal etme⁸.

3.1. Fiziksel Şiddet

Fiziksel şiddet denilince, insan vücudunun bir kısmına ya da bedenin tamamına zarar veren faaliyetler akla gelir. Belli başlıklar altında toplayacak olursak, en yaygın olan fiziksel şiddet türleri cinayet, yağmalama, saldırı ve hürriyeti kısıtlamadır. Bunlarda en yaygın olarak görüleni cinayetlerdir.

3.1.1. Cinayet

Cinayetler en düşük yüzdelerle orana sahip şiddet suçlarıdır. Bununla birlikte en çok dikkat çeken ve medya organlarında sıkça yer alan şiddet suçu grubunu oluşturmaktadır. Kasten işlenebileceği gibi istemeden de ölüme sebebiyet verilebilmektedir⁹.

Toplumda fazlasıyla ilgi çekmesinin bir nedeni de cinayetlerin alelade bir kızgınlıkla işlenebileceği gibi, ince hesaplarla planlanarak işlenenlerin fazlaca olmasıdır. Burada, cinayeti işleyen zekice plan yapması, delilleri ortadan kaldırması ya da kaybetmeye çalışması dikkat çekmektedir. Belki de bu yüzden cinayet romanları ya da gerçek hayat hikâyelerinden örnekler içeren film senaryoları merakla okunmakta ve izlenmektedir. Zekice tasarlanmış cinayetleri çözecek cinayet dedektiflerinin daha da zeki olması gerekmektedir. İster bilgi paylaşımı olarak değerlendirilsin isterse de polisten – adaletten – yakayı kurtarma olarak değerlendirilsin, internette onlarca hatta yüzlerce sitede, nasıl iz bırakmadan cinayet işlenebileceğinin sırları, püf noktaları sıralanmıştır. Adeta müstakbel katillere dikkat etmeleri gereken hususlar belirtilmiştir¹⁰.

Cinayet dedektifleri, bir cinayeti soruşturmaya başladıklarında; öncelikle, cinayetin arkasında ki nedeni bulmaya çalışırlar. Katili cinayete iten güdü, saik, dürtü nedir? Bu sebeple araç arasında ki bağlantıyı açıklayabilir. Ancak, bu çalışmada cinayete iten sebeplerden daha ziyade, işleme yöntemlerine bakacağız. Genel hatlarıyla, cinayetleri beş başlıkta inceleyebiliriz;

⁸ Mire ve Roberson, 11.

⁹ Helfgott, Jacqueline B., (2008), “Criminal Behavior-Theories, Typologies and Criminal Justice”, United States of America: Sage Publications Ltd., s. 172.

¹⁰ 10 steps to commit a murder and get away with it. (11 Şubat 2014) (E. T. 20 Haziran 2014) <http://sploid.gizmodo.com/10-steps-to-commit-a-murder-and-get-away-with-it-1521010954>.

3.1.1.1. Silahla İşlenen Cinayetler

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre, işlenen cinayetlerin çoğu ateşli silahlarla gerçekleşmiştir¹¹. Cinayetlerin yaygın olarak ateşli silahlarla işlenmiş olmasının bir nedeni de edinilmesi kolay olması, çabucak çekip kullanma şansının bulunması ve ciddi bir eğitime ihtiyaç duyulmamasıdır.

2007 yılında, ABD'de meydana gelen toplam 14916 cinayetin 10129'u ateşli silahla işlenmiş, yani %67,9'u ateşli silahlarla gerçekleşmiştir. Ateşli silahlar arasında da en yaygın kullanılanı tabancalardır. 10129 cinayetin 7398'i tabancalarla işlenmiştir. Burada, Amerika Birleşik Devletleri'nde ateşli silahlara erişimin kolaylığı da göz önünde bulundurulmalıdır. FBI datasına baktığımızda en fazla cinayetin Afrika kökenli (African American) siyahların işlediği, ikinci sırada ise Latin Amerika kökenlilerin işlediği görülmekte. Yaş aralığına baktığımızda ise 20-29 yaş aralığındaki bireylerin diğer yaş gruplarına göre daha fazla, %57,3 oranında cinayet işledikleri görülmektedir¹².

Başkasına zarar vermenin yanı sıra, intiharı düşünen kişiler de hızlı ve az acı vereceğine dair algı nedeniyle yaygın olarak ateşli silahları tercih etmektedirler çünkü mağdurun ne kadar hızlı ölüp ölmeyeceği daha çok kurşunun vücuda nereden girdiğine bağlıdır. Baş kısmından silahla yaralananın ölmesi genellikle daha hızlı olur, karın bölgesinden yaralananın ise ölmesi daha fazla zaman alabilmektedir.

3.1.1.2. Bıçakla İşlenen Cinayetler

Bıçaklar yakın savunma silahları olarak da bilinir. Bıçakların ateşli silahlardan en bariz farkı, saldırganla mağdur arasında yakın ilişki olmasıdır. Belki de bu yüzden, bıçakla işlenen cinayetlerin şüphelileri genelde erkeklerdir, çünkü güçlü bir bireyin zayıf olana saldırıp ona zarar vermesi daha kolaydır. Ülkemizde son yıllarda kadın cinayetlerine baktığımızda, çoğunlukla eş ya da sevgilileri tarafından bıçaklanan kadınları görmekteyiz¹³. Burada da netice itibarıyla zayıf olan birey, güçlü birey tarafından bıçakla ya da kesici bir aletle mağdur edilmektedir.

¹¹ FBI. Crime in the USA. Uniform Crime Report. 2011. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/tables/expanded-homicide-data-table-8>

¹² FBI. Crime in the USA. Uniform Crime Report. 2011. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/tables/expanded-homicide-data-table-8>

¹³ Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet Olaylarına Rakamların Diliyle Bakış. (22 Mayıs 2013). (E. T. 20 Haziran 2014) <http://www.antoloji.com/turkiye-de-kadina-yonelik-siddet-olaylarina-rakamlarin-diliyle-bakis-siiri/>

Bıçakla yaralama ve öldürme çok eskiye dayanmakta, hatta bazı medeniyetlerde bireylerin kendi kendilerini cezalandırma aracı olarak vücudun bir parçasını koparmak ya da intihar etmek gibi kullanılmaktadır. Japon medeniyetinde bireylerin kendilerine unutamayacakları bir ders verme amacıyla serçe parmaklarını kesmeleri ya da utanç duydukları bir durumdan ötürü kendi hayatlarına kıymaları –hara kiri– yapmaları geçmişte görülen uygulamalardır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre, ateşli silahlardan sonra işlenen cinayetlerin çoğu bıçakla gerçekleşmiştir¹⁴. 2007 yılında, ABD'de meydana gelen toplam 14916 cinayetin 1817'si bıçak ya da kesici aletlerle işlenmiş, yani %12,2'si bıçakla gerçekleşmiştir. Ülkemizde ise durum biraz daha farklı, İstanbul emniyet müdürlüğünün yaptığı açıklamaya göre, işlenen cinayetlerin büyük çoğunluğu kavga sonucunda işlenmekte ve %50 oranında bıçak kullanılmakta. 2010 yılında İstanbul'da meydana gelen 231 cinayetin 101'i bıçakla işlenmiş, %43'ü, bu da yaklaşık olarak %50 ye tekabül etmektedir. Benzer bir şekilde, 2011 yılında İstanbul'da 244 cinayet işlendi ve bunlardan 107'si bıçakla, yani %43,8'i neredeyse yüzde ellisi yine bıçakla gerçekleşmiştir¹⁵.

3.1.1.3. Kişisel Araçlarla İşlenen Cinayetler

Cinayetler işlenirken farklı alet ve araçlar da kullanılmaktadır. Ancak, her zaman bir alet ya da cisimle cinayet işlenmemektedir. Bazen, şüpheliler, kendi bedenlerini ya da uzuvlarını da kullanarak cinayet işlemektedirler. FBI verilerinde kişisel araçlar tasnifinde; elle, yumrukla, ayakla hatta iterek işlenen cinayetler bu kategoride değerlendirilmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan araştırmaya göre, kişisel araçlarla işlenen cinayetlerin azımsanmayacak sayıda olduğu görülmektedir. 2007 yılında, ABD'de meydana gelen toplam 14916 cinayetin 869 tanesi elle, yumrukla, tekmeyle hatta iterek işlenmiştir. Toplam cinayetlerin yaklaşık %5'i bu şekilde gerçekleşmiştir.

3.1.1.4. Zehirle İşlenen Cinayetler

Cinayet işlenirken bazen de kimyasal maddelerin kullanıldığı vakalar görülmektedir. Zehirle işlenen cinayetlerde şüpheli kendisini ele vermeden bu eylemi gerçekleştirmek ister. Ya da mağdurun güveninden istifade ederek, hiçbir fiziki güç uygulamadan, bir miktar zehirle amacına ulaşmak ister.

¹⁴ FBI. Crime in the USA. Uniform Crime Report. 2011. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/tables/expanded-homicide-data-table-8>

¹⁵ Radikal, 25 Aralık 2010.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre, ateşli silahlar ile yapılan cinayetleri, bıçakla işlenen cinayetler takip etmektedir, çok az sayıda cinayet ise kimyasal madde kullanılarak gerçekleştirilmektedir¹⁶. 2007 yılında, ABD'de meydana gelen toplam 14916 cinayetin 10 tanesi zehirlenerek silahla işlenmiştir. Bu durum, zehrin cinayet fiillerinde çok az tercih edildiğinin göstergesidir. Eurostat'da ya da Türkiye ile ilgili verilerde, zehirle işlenen cinayetler ayrımı olmadığından, Avrupa ve Türkiye'de ki zehirle işlenen cinayetlerin rakamsal durumu hakkında bilgilere ulaşılamamıştır.

3.1.1.5. Ağır Cisimlerle İşlenen Cinayetler

Kimi zaman cinayetler, ağır cisimlerle, sopa, demir, balyoz, çekiç vb cisimlerle kafatasına yapılan darbeler sonucu gerçekleşir. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmaya göre, ağır cisimlerle işlenen cinayetler azımsanmayacak sayıdadır. 2007 yılında, ABD'de meydana gelen toplam 14916 cinayetin 647'si sert cisimlerle işlenmiş. Toplam cinayetlerin yaklaşık %5'i bu şekilde gerçekleşmiştir. Eurostat'ta ya da Türkiye ile ilgili verilerde, ağır cisimlerle işlenen cinayetler ayrımı olmadığından, Avrupa ve Türkiye'de ki ağır cisimlerle işlenen cinayetlerin rakamsal durumu hakkında bilgilere ulaşılamamıştır.

3.1.1.5.1. Yağmalama

Yaygın haliyle gasp suçu olarak bilinen bu eylem, şüpheli şahsın zor ya da tehdit kullanarak bir malın kendisine teslim edilmesine zorlamaktır. Örneğin, bir kişinin cüzdanını alabilmek için o şahsı bıçakla yaralayacağını belirtip, cüzdanı teslim almak. Türk Ceza Kanunu Madde 148'de yağma şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi...”

Yağma suçunda tehdit ya da cebir malın teslimine yöneliktir. Zaman zaman bu tehdidin ciddi olduğunu göstermek için saldırı gerçekleşir.

3.1.1.5.2. Saldırı

Bıçak ya da silahla yapılmayan ve mağdurda çok ciddi hasar bırakmayan eylem ve davranışları bu kategoride değerlendirebiliriz. Saldırı başlığının altında, diğer akademik çalışmalarda belirtilen; saç çekme, itip kakma, yumruklama, tokatlama, tekmeleme, ısırma ve yakma gibi eylemleri sayabiliriz.

¹⁶ FBI. Crime in the USA. Uniform Crime Report. 2011. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/tables/expanded-homicide-data-table-8>

3.1.1.5.3. Hürriyeti Kısıtlama – Hapsedilme ya da Alıkonulma

Hürriyeti kısıtlama da kişinin dilediği gibi hareket edebilme özgürlüğü, yasal olmayan nedenlerle kısıtlanır ya da ortadan kaldırılır. Türk Ceza Kanunu Madde 109'da "bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan..." bireyin cezai işlemle karşılaşacağı bildiriliyor. Esasen burada ki vurgu, bireyin kendi arzusu ve iradesiyle hareket edebilme özgürlüğüdür. Yaygın anlatımla, şahsın bir yerde hapsedilmesi ya da alıkonulması, bu süre içerisinde vücut bütünlüğüne yönelik tehditlere ya da bir takım işkencelere maruz kalması, boğma, Filistin askısı, falaka, aşağı doğru sarkıtma ve benzeri kotu muameleleri kapsar. Kısaca, bireyin fiziki özgürlüğüne getirilen hukuka aykırı engeller, şeklinde de tanımlanabilir.

3.1.2. Cinsel Şiddet

Cinsel şiddeti anlayabilmek için, öncelikli olarak insan cinsel davranışlarını ve türlerini anlamak gerekmektedir. Belirli cinsel davranış türleri sapkınlık, suç olarak algılanmaktadır. Cinsel suçlar, şiddet davranışları ile meydana gelmektedir¹⁷.

Cinsel fonksiyon kaybı veya yokluğu insan da var olan cinsel isteklerin giderilememesinden dolayı kişilerarası ilişkileri zorlaştırır ve insan üzerinde strese neden olur. Kişilerarası ilişki güclüğü ve strese neden olan cinsel bozukluklar ve cinsel kimlik bozuklukları ile birlikte görülen, belirli psikolojik ve duygusal davranış belirtileri suç oluşturmamaktadır. Bununla birlikte ikinci ve üçüncü kişilere rızası dışında zarar verilmesiyle oluşan cinsel sapıklıklar suç oluşturmaktadır. Cinsel sapıklıklar, rahatsız edici cinsel davranışlar olabileceği gibi bazen cinsel cinayetlere kadar da gidebilmektedir. Teşhircilik, fetişizm, tipoloji, cinsel mazoşizm, cinsel sadizm, röntgencilik cinsel sapıklıklara örnek olarak verilebilir. Yine cinsel amaçlı; yamyamlık, hayvanlara işkence ve ilişki, dışkı yeme, yaşlılara ilgi duyma, öldürme, ölümlerle ilişki, ceset veya ceset parçalarına karşı fetişizm, bıçaklama, yaralama, kesme, yangın çıkarma, idrar içme cinsel sapıklıklar arasında sayılabilir¹⁸.

Özellikle çocuklara yönelik cinsel suçlar medyanın ve vatandaşları yoğun tepkisiyle karşılaşmakta ve toplumda infial uyandırmaktadır. Bu nedenle ilgili kurumların duyarlılığının yüksek düzeyde olması gerekmektedir. Hukuki açıdan cinsel suçlar genellikle rızası olmayan kişilere yönelik cinsel davranışlarla oluşmaktadır. Yetişkin veya çocuğa tecavüz, çocuğun cinsel istismarı, ölümlerle ilişki yasalardaki düzenlemelere örnek olarak verilebilir.

¹⁷ Helfgott, s. 192.

¹⁸ Helfgott, 195-197.

3.1.2.1. Cinsel Şiddetin Raporlanması

Cinsel suçlarla ilgili resmi istatistiklerle tam ve doğru verileri elde etmek oldukça zor gözükmektedir. Cinsel cinayet suçları istatistiklerde genellikle yer alırken, tecavüz ve diğer cinsel şiddet suçları o düzeyde yer almamaktadır. Bunun nedeni cinsel şiddet suçları ile ilgili uygulanan politikalar, kanun uygulamaları, gelenekler, töreler ve halkın genel algısıdır. Aile çevresinde cinsel saldırı ve tecavüze uğramış, mağdur olmuş bir kadın aynı zamanda “töre” gerekçesiyle, mağduriyetine rağmen aile içinde ölüme mahkum edilebilmektedir. Böylece dramatik bir şekilde, bir suçun mağduru iken diğer bir suçun maktülü olmaktadır. Cinsel şiddetin raporlanması erkekler açısından da benzerlik göstermekte, gerek çocuk gerekse yetişkin cinsel şiddet mağdurlarının suçu raporlanması oldukça zor olmaktadır. Cinsel şiddet suçları karanlık suç rakamlarında önemli bir yer işgal etmektedir. Bu nedenle daha sağlıklı verilere ulaşabilmek için polisiye verilerin dışında daha farklı araştırma yöntemleri uygulanmalıdır.

Polisiye açıdan işlenen suçlardan polisin yeterince haberdar olamaması cinsel suçlar açısından da geçerli bir durumdur¹⁹. Cinsel şiddetin yeterince raporlanmaması polisiye tedbirleri zorlaştırmaktadır. İngiltere’de bu amaçla 1982 yılından itibaren mağduriyet anketleri uygulanmaya başlanmıştır²⁰. Aynı şekilde Amerika Birleşik Devletleri’nde öz-itiraf anketleri uzun süredir kullanılmaktadır. Bu ve benzeri anket çalışmalarının amacı tüm suçların suç istatistiklerinde yer almasını sağlamak değildir. Ama elde edilen verilere bakıldığında birçok suçun polis kayıtlarına girmediği, dolayısı ile adalet mekanizması içinde işlenemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu tip araştırmaların yapılması, politikalar geliştirilmesi, sivil toplum kuruluşlarının da katılımıyla sosyal projeler geliştirilmesi, koluğa verilen özellikli eğitimlerin artırılması yerinde olacaktır.

3.1.2.2. Cinsel Şiddet Türleri

Cinsel şiddet türleri geniş bir yelpazede açığa çıkmaktadır. Burada tecavüz ve cinsel saldırılar, çocuğun cinsel istismarı ve cinsel cinayetler ele alınacaktır. Saldırganlar suça iten motifler, mağdur seçimleri cinsel saldırı tarzları ve diğer karakteristik özellikleri ele alınarak değerlendirilmiştir.

3.1.2.3. Tecavüz

Kişinin rızası olmadan tehdit veya zorla anal, oral veya vajinal yollarla yapılan cinsel ilişkidir²¹.

¹⁹ Bahar, Halil İbrahim, (2005), *Sosyoloji*, USAK Yayınları, Ankara: Siyasal Yayınevi, s. 141b

²⁰ Osborne, Sarah, (2010), *British Crime Survey, Crime in England and Wales, 2009/10*, Ed. John Flatley, Chris Kershaw, Kevin Smith, Rupert, Chaplin and Debbie Moon, Findings from the British Crime Survey and Police Recorded Crime (Second Edition), s. 9-27.

²¹ Helfgott, s. 208.

3.1.2.4. Çocuklara Yönelik Cinsel Saldırıları

Çocuklara yönelik cinsel şiddet ensest, pedofili, çocuk tecavüzü, internet yoluyla çocukların ayartılması ve çocukların cinsel olarak istismarı gibi türlere ayrılmaktadır. Çocukları cinsel amaçlı okşamakla, cinsel amaçlı çocuk cinayetlerine kadar seyreden bir yelpazede meydan gelebilmektedir²². Toplum üzerinde en fazla tepkiye, infiale yol açan şiddet türlerindedir.

3.1.2.5. Cinsel Cinayetler

Cinsel cinayetler en ciddi cinsel saldırı türüdür. Cinsel motifli cinayet şüphelilerinin, olmayanlara göre cinayet işleme olasılıkları daha yüksektir. Cinsel cinayet zanlılarının geçmişinde sadizm, kundaklama, fetşizm, röntgencilik, anti-sosyal kişilik bozuklukları, pornografi koleksiyonculuğu, öğrenme güçlü, uyuşturucu ve alkol bağımlılığı bulunabilmektedir²³.

Cinsel cinayetlerin temel karakteristik özellikleri aşağıdaki gibidir²⁴:

- Saldırganlar özellikle tanımadıkları yabancı kişileri veya tesadüfen tanıştıkları kadınları hedef alırlar.
- Saldırganların genellikle birden fazla sapkın davranışları bulunmaktadır.
- Saldırganlar cinayetlerinde genellikle imza kullanırlar.
- Saldırganlar mağdurlarına cinsel sadizm uygularlar.
- Ergenler de yetişkinler kadar cinsel cinayetleri işlemektedir.
- Saldırganlar psikopat kişilik ve narsis karakterdedirler.
- Saldırganlar fırsatları kollayarak planlı hareket ederler.
- Seri katil olanların tamamı, anti-sosyal kişilik bozukluğuna sahip değildirler.
- Saldırganlar diğer psikopatlara göre daha şizoreniktirler ve cinayetlerine daha ilkel gerekçeler sunarlar.
- Cinsel cinayetlerde saldırganın hayal gücü, cinayetin işlenişinde önemli bir rol oynar.

3.1.3. Psikolojik Şiddet

Psikolojik şiddette ise insanların karşılaştıkları aşağılamalar yaygın olarak gündelik hayatta karşımıza çıkmaktadır. Bireyi bir diğerine karşı suçlu hissetti-

²² Helfgott, s. 217.

²³ Helfgott, s. 219.

²⁴ Meloy, J. Reid, 2000, "The Nature and Dynamics of Sexual Homicide: an Integrative Review." Aggression and Violent Behavior, Vol. 5, No. 1, 2000, s. 1-22.

recek, üzülmüne sebep olacak fiil ve sözler olarak da tanımlayabiliriz. Hatta, bazen o kadar aşırı şekilde uygulanır ki, psikolojik şiddete maruz bırakılan birey, savunma pozisyonunda tutulur, sanki suçluymuş, suç işlemiş gibi.

Psikolojik şiddeti uygulayanla, uygulanan – maruz bırakılan arasında yaygın olarak bir güç dengesi olmaz. Burada güç dengesizliğinden maksat sosyal güç ya da fiziksel güçtür. İş veren, işçiye karşı ya da devlet dairesinde amir / müdür, alt düzeyde ki personele karşı onları zorlama ya da baskı kurma şeklinde gerçekleşir. (Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 2010). Psikolojik şiddet okulda, ailede, iş yerinde, mahallede, sosyal kulüplerde ve benzeri yerlerde, sosyal hayatın herhangi bir aşamasında ortaya çıkabilir.

3.1.3.1. Mobbing (Bezdiri)

Mobbing kelimesi İngilizce *Mob* kelimesinden gelmekte olup, “aşırı şiddetle ilişkili ve yasaya uygun olmayan kabalık anlamındadır.” Gazi Üniversitesi Mobbing Birimi ise mobbing’i “işyerinde psikolojik taciz” olarak ifade etmiştir²⁵.

Genelde iş yerinde gözlemlenen mobbing, üstten alta olabileceği gibi, nadir de olsa alttan üste doğru da olabilir. En yaygın olanı ise, aynı düzeyde çalışanların birbirlerine uyguladıkları psikolojik baskı mobbingdir. Haziran 2014’te İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nde görevli polis memurunun, arkadaşlarının alaycı tutumlarına dayanamayarak intihar etmesi buna acı bir örnektir²⁶.

Kişiler bu tarz sorunla karşı karşıya kaldıklarında, sorunu tanımlamaktan yoksun olmakla birlikte çözüm için gerekli teşebbüste bulunma noktasında çekimser kalmaktadırlar. Psikolojik şiddet, saldırganın saygısız ve zararlı davranışını mağdura yöneltmesiyle başlar ve mağdur sessiz kaldıkça da devam eder. İleri ki aşamada ise mağdur, psikolojik sorunlu olarak etiketlenir²⁷.

Mobbing’in genel itibariyle iş yerinde ki verimi azaltarak iş gücü kaybına neden olmaktadır. Mobbing’in olduğu ortamdaki iletişim kanallarının tıkanması, mağdurda tükenmişlik duygusu, işten ya da okuldan nefret dolayısıyla işe ya da okula gitmeme isteği, mağdurun kendi içinde yaşadığı iç çatışma sonucunda okuldan ya da işten ayrılma isteğiyle birlikte güvensizlik duyma mobbing’in oluşturduğu zararlar olarak sıralanabilir.

²⁵ Gazi Üniversitesi. Mobbing nedir? (e. t. 20 Haziran 2014). <http://mobbing.gazi.edu.tr/posts/view/title/mobbing-nedir-37863>

²⁶ Zaman Gazetesi, 3 Haziran 2014.

²⁷ Yavuz, Hüseyin. 2007. Çalışanlarda Mobbing (Psikolojik Şiddet) Algısını Etkileyen Faktörler: SDÜ Tıp Fakültesi Üzerine Bir Araştırma Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. (e. t. 20 Haziran 2014). <http://eprints.sdu.edu.tr/370/1/TS00530.pdf>, 23-50.

Yasalarımızda alenen mobbing kelimesi geçmemekle birlikte, mobbingi yasaklayıcı hususlar bulunmaktadır. T. C. Anayasasının 5'inci maddesinde ve 10'uncu maddede vurgu yapılmıştır.

Ayrıca, iş kanununda eşit davranma ilkesine (Madde 5), çalışma koşullarında değişiklik ve iş sözleşmesinin feshi (Madde 22) gibi hususlara değinilmiştir. Yine, Türk Ceza Kanunu'nda açıkça belirtilmemekle birlikte, mobbing tarzı eylemler ayrı ayrı belirtilerek cezai müeyyideleri sıralanmıştır (TCK, 96-135 maddeler).

3.1.4. Mahrumiyet / İhmal Etme

DSÖ raporlarına baktığımızda ihmal etme ile kötüye kullanma (neglect & abuse) genellikle birlikte kullanılmaktadır. Daha çok yaşlılara ve çocuklara yönelik yetişkinlerin tutum ve davranışlarını inceleyerek, nasıl daha iyileştirilebileceğiyle ilgili analizlerin sıralandığı raporlarda, şiddet türlerinin benzerini, yaşlı ve çocuklar açısından bu başlıkta ele alarak aşağıdaki sınıflandırma yapılmıştır²⁸;

- Çocuklar için: fiziksel olarak kötüye kullanma, ihmal etme, duygusal kötüye kullanma ve menfaat için kullanma.
- Yaşlılar için kötüye kullanmayı: fiziksel, psikolojik, cinsel amaçlı kötüye kullanma ve finansal açıdan kullanma olarak sıralanmıştır.

Daha geniş bir perspektiften bakıldığında, özellikle çocuk ihmalleri,

- Fiziksel ihmal, çocuğun temel yiyecek ve giyecek ihtiyacının karşılanmaması.
- Tıbbi ihmal, çocuğun temel sağlık ihtiyacının karşılanmaması.
- Duygusal ihmal, duygusal güvenlik ve teşvik bağlamında desteğin sağlanmaması.
- Eğitim ihmali, çocuğun temel eğitimi alması için çocuğun okula gönderilmemesi gibi gerekli şartların sağlanmaması.
- Bazı ülkelerde, çocuğun yalnız başına bırakılması da bir tür ihmal olarak değerlendirilmektedir²⁹.

4. CİNSİYET VE ŞİDDET SUÇLARI İLİŞKİSİ

2005 yılı FBI Resmi Suç Raporları (UCR) tutuklama verilerine göre 372,962 yetişkin şiddet suçları nedeniyle tutuklanmıştır. Tutuklananların

²⁸ World Health Organization. (2014a). Child Maltreatment. http://www.who.int/topics/child_abuse/en/

²⁹ National Institute of Health. (2006). Descriptions of NICHD career development projects related to child abuse, child maltreatment, and child violence. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.nichd.nih.gov/news/resources/spotlight/upload/careerdevelopmentchildabuse.pdf>

%82,1'i erkek, %17,9'u kadındır. 18 yaş altı 56,889 şiddet suçları tutuklusunun %81,6'sı erkek, %18,4'ü ise kadındır. Amerika Birleşik Devletleri Resmi Suç verilerine göre, 1996-2005 yılları arasındaki 10 yıllık zaman diliminde işlenen cinayet olaylarında hem şüphelilerin hem de mağdurların %65,2'lik oranla erkek ağırlıklı oldukları görülmektedir. Erkek şüphelilerin kadın mağdurları hedef seçme oranı ise %22,6'dır. Kadınların hedefinde ise genellikle %2,4'lük orandaki hemcinslerinden daha çok %9,7 ile erkek mağdurlar yer almaktadır³⁰.

Kadınlar erkeklerin baskıları ve diğer çeşitli nedenlerden dolayı mağdur duruma düştüklerinden kendilerini korumak amacıyla şiddete başvurabilmektedirler³¹. Erkeklerin şiddet suçlarını işlemeye eğilimli olmalarının temel sebepleri arasında kültürel etkilerin rolü oldukça fazladır. Geleneksel olarak erkeklerin daha serbest ve dışarıda olmalarının teşviki, kadınlar ise aksine daha baskıcı bir muameleye maruz bırakılmakta, kendilerine toplum tarafından biçilen roller sebebiyle ve diğer nedenlerle daha az suça karışmaktadırlar.

SONUÇ

İnsan saldırganlığının nedenlerini anlamak için insanı iyi tanımak ve davranışlarının nedenlerini iyi bilmek gerekmektedir. Bunu sağlamanın yolu ise bilimsel araştırmalar yapmaktan geçmektedir. Şiddet suçları kamu düzenini ve huzurunu tehdit ederler. Medyada, toplumda infial uyandıran çok önemli suçlar olduklarından işleniş yöntemleri, saldırganların kişilikleri ilgi çekmektedir.

Cinsel suçlarla ilgili olarak normal cinselliğin, cinsel sapkının, cinsel cinayetlerin bilinmesi gerekmektedir. Cinsel suçlar yasalarda açıkça suç olarak tanımlanmış şiddet suçlarıdır. Cinsel suç zanlılarının genel olarak psikolojik bozuklukları bulunmaktadır. Cinsel saldırılarını mağdurun rızası dışında gerçekleştirmektedirler. Yeniden cinsel suçları işlemeye eğilimlidirler. Bu nedenle belirli bir sistem dahilinde izlenmeleri gerekmektedir.

Gerek kadınlar gerekse de erkekler açısından cinsel şiddet suçlarının raporlanması oldukça güçtür. Bunun nedenleri uygulanan politikalar, çevresel faktörler, halkın cinselliğe bakışı, töreler, gelenekler, polisiye uygulamalar ve diğer nedenlerdir. Bu nedenle karanlık rakamların hesaplanabildiği gerçek suç rakamlarına ulaşmak diğer suçlardan daha güçtür. Gerekli sosyal, ekonomik, polisiye tedbirler alınabilmesi yeni politikalar oluşturulabilmesi için siyasi kararlılık ve gerçek rakamların özel anket çalışmaları ile bilimsel olarak tespit edilmeye çalışılması gerekmektedir.

³⁰ Helfgott, s. 160-162.

³¹ Dolu, Osman, (2010), *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 457.

KAYNAKÇA

- 10 steps to commit a murder and get away with it. (11 Şubat 2014) (E.T. 20 Haziran 2014) <http://sploid.gizmodo.com/10-steps-to-commit-a-murder-and-get-away-with-it-1521010954>.
- Bahar, Halil İbrahim, (2005), *Sosyoloji*, USAK Yayınları, Ankara: Siyasal Yayınevi.
- Bal, İhsan, (2007), *PKK Terör Örgütü Tarihsel Süreç ve 28 Mart Diyarbakır Olayları Analizi*.<http://www.kurdipedia.info/documents/88042/0001.PDF> (E.T. 20 Haziran 2014)
- Bourgois, P., Prince, B., & Moss, A. (2004). The everyday violence of Hepatitis C among young women who inject drugs in San Francisco. *Human Organization*, 63(3), 253e264.
- Dolu, Osman, (2010), *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Eurostat, Trends in crime and criminal justice, 2010 (2013). (E.T. 20 Haziran 2014). http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-13-018/EN/KS-SF-13-018-EN.PDF
- FBI. Crime in the USA. Uniform Crime Report. 2011. (E.T. 20 Haziran 2014). <http://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/crime-in-the-u.s/2011/crime-in-the-u.s.-2011/tables/expanded-homicide-data-table-8>
- Gazi Üniversitesi. Mobbing nedir? (e.t. 20 Haziran 2014). <http://mobbing.gazi.edu.tr/posts/view/title/mobbing-nedir-37863>
- Gurr, Ted Robert (1970). *Why Men Rebel*, Princeton University Press, 1970.
- “How to commit the perfect murder”. (2007). (E.T. 20 Haziran 2014) <http://topdocumentaryfilms.com/perfect-murder/>
- Helfgott, Jacqueline B., (2008), “Criminal Behavior-Theories, Typologies and Criminal Justice”, United States of America: Sage Publicatios Ltd.
- İŞİD çocukların gözü önünde böyle katliam yaptı, http://www.cumhuriyet.com.tr/video/video/84043/ISiD_cocuklarin_gozu_onunde_boyle_katliam_yapti.html
- Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele. Ulusal Eylem Planı. 2007-2010. T C. BAŞBAKANLIK Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. (E.T. 20 Haziran 2014) http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/eski_site/Pdf/kadinyonelikailicisiddetlemucadeleulusaleyemplani.pdf.
- Meloy, J. Reid, 2000, “The Nature and Dynamics of Sexual Homicide: an İntegrative Review.” *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 5, No. 1, pp. 1–22, 2000.
- Mire, S. & Roberson, C. (2010). *The Study of Violent Crime: Its Correlates and Concerns*. CRC Press (December 14, 2010)
- National Institute of Health. (2006). Descriptions of NICHD career development projects related to child abuse, child maltreatment, and child violence. (E. T. 20 Haziran 2014). <http://www.nichd.nih.gov/news/resources/spotlight/upload/careerdevelopmentchildabuse.pdf>

- Osborne, Sarah, (2010), British Crime Survey, Crime in England and Wales, 2009/10, Ed. John Flatley, Chris Kershaw, Kevin Smith, Rupert, Chaplin and Debbie Moon, Findings from the British Crime Survey and Police Recorded Crime (Second Edition).
- Pablo Fajnzylber, Daniel Lederman, Norman Loayza, What causes violent crime?, European Economic Review, Volume 46, Issue 7, July 2002, Pages 1323-1357, ISSN 0014-2921, [http://dx.doi.org/10.1016/S0014-2921\(01\)00096-4](http://dx.doi.org/10.1016/S0014-2921(01)00096-4).
- Pablo Fajnzylber, Daniel Lederman, Norman Loayza. 2002. What causes violent crime?, European Economic Review, Volume 46, Issue 7, July 2002, Pages 1323-1357, <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0014292101000964>
- Radikal gazetesi. İstanbul'da cinayetlerin çoğu kavga sonucu işlendi. 25 Aralık 2010. (E.T. 20 Haziran 2014). http://www.radikal.com.tr/turkiye/istanbulda_cinayetlerin_cogu_kavga_sonucu_islendi-1033996
- Reiss, Albert J., Jr., and Roth, Jeffrey A., (Ed.)(1993). Understanding and Preventing Violence. NATIONAL ACADEMY PRESS Washington, D.C. 1993
- Stanko, Elizabeth Anne. (2003). The Meanings of Violence. Taylor & Francis Group, 2003.
- Terör ve İntihar Saldırıları, (E.T. 20 Haziran 2014) <http://www.ankarastrateji.org/haber/teror>
- Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet Olaylarına Rakamların Diliyle Bakış. (22 Mayıs 2013). (E.T. 20 Haziran 2014) <http://www.antoloji.com/turkiye-de-kadina-yonelik-siddet-olaylarina-rakamlarin-diliyle-bakis-siiri/>
- World Health Organization. (2014). Definition and typology of violence. <http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>
- World Health Organization. (2014a). Child Maltreatment. http://www.who.int/topics/child_abuse/en/
- World Health Organization. (2014a). Elder abuse. http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/en/
- Yavuz, Hüseyin. 2007. Çalışanlarda Mobbing (Psikolojik Şiddet) Algısını Etkileyen Faktörler: SDÜ Tıp Fakültesi Üzerine Bir Araştırma Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. (e.t. 20 Haziran 2014). <http://eprints.sdu.edu.tr/370/1/TS00530.pdf>
- Zaman Gazetesi. (3 Haziran 2014) Cadı avı, intihara sürükledi. (e.t. 20 Haziran 2014). http://www.zaman.com.tr/gundem_cadi-avi-intihara-surukledi_2221916.html
- Zaman Gazetesi. (1 Mart 2009). 22 banka battı; 47 milyar dolar hortumlandı (E.T. 20 Haziran 2014), http://www.zaman.com.tr/politika_22-banka-batti-47-milyar-dolar-hortumlandi_820369.html
- Gun Violence and the Census: Sobering Statistics. (Nisan 2011). (E.T. 20 Haziran 2014). <http://sbcoalition.org/2011/04/gun-violence-and-the-census-sobering-statistics/>