



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

37

YIL: 10, SAYI: 37, OCAK 2019
www.hsem.adalet.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Adalet Bakanlığı Adına,
Bakan Yardımcısı
Cengiz ÖNER

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Şahin ALTUĞ
Hâkim

*

EDİTÖR/EDITOR

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Abdulkadir TUTAR
Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Uğur PARLAK
Hâkim
Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi Müdür V.

Dr. Veli KARATAŞ
Hâkim

Bilimsel ve Akademik Dergiler Editörü

Adnan DÖNDERALP
Hâkim

Sosyal ve Kültürel Dergiler Editörü

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*

YAYIN TASARIM ve HAZIRLAMA/ PUBLISHING DESIGN&COORDINATION

Menekşe ÖRME

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Hâkim ve Savcı Eğitim Merkezi
Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: adaletakademisi.dergi@gmail.com

Web: www.hsem.adalet.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
 2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
 3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
 4. Makalelerin www.hsem.adalet.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
 5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
 6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
 7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
 8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
 9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
 10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
 11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.
- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
 - Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
 - Derginin elektronik versiyonuna www.hsem.adalet.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŐMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAYA
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İŐFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŐKAN

* Danıőma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

| | |
|---|------------|
| Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI | 1 |
| Vergi Kaçakçılık Suçlarına Teşebbüs <i>Attempt To Commit The Tax Evasion Crime</i> | |
| Doç. Dr. Adil NAS | 25 |
| Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Koşulları ve Hukuki Sonuçları <i>Conditions And Legal Results Of Differential Distribution By Transfer Pricing</i> | |
| Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI | 51 |
| 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki Kanunun Değerlendirmesi <i>The Evaluation Of The Law Regarding Putting Needy, Powerless And Lonely Turkish Citizens, Older Than 65 Years Old, On Salary</i> | |
| Doç. Dr. Hacı KARA | 75 |
| Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento Ve Siber Güvenlik <i>Electronic Bill Of Lading And Siber Security In The Marine Trade</i> | |
| Doç. Dr. İştar CENGİZ - Psk. Alper KÜÇÜKAY | 107 |
| Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu <i>Medical Malpractices, Psychological Dimensions Of Medical Malpractice And Physician's Legal Responsibility</i> | |
| Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN | 133 |
| İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık <i>Non-Compliance with Price Tariffs As An Example of Unfair Competition On the Grounds of Non-Compliance with Working Conditions</i> | |
| Arş. Gör. Işık Aslı HAN | 181 |
| İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununun 13. Maddesi Kapsamında İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı <i>Employee's Right to Abstain From Working Pursuant to Article 13 of the Occupational Safety and Health Law</i> | |

| | |
|---|------------|
| Arş. Gör. Seher ÇAKAN..... | 203 |
| Uluslararası Hukuk Bağlamında Silahlı İnsansız Hava Araçları ve Hukuki Düzenlemeleri | |
| <i>Armed Unmanned Aerial Vehicles And Legal Regulations In The Context Of International La.</i> | |
| Dr. Kaya GÖKTEPE..... | 227 |
| Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci | |
| <i>Community Service Work Sanction And Historical Development Process Of Community Service Work Sanction</i> | |
| Dr. Osman SARIASLAN | 271 |
| Vergi Yargısının Yapısal Sorunları Ve İstinaf Süreciyle Birlikte Çözümlemesi Gereken Yeni Sorun Alanları | |
| <i>The Structural Problems Of Tax Justice And New Areas Of Problems Needing Solutions Due To The Process Of Appeals</i> | |
| Dr. Yasemin YÜCESOY YILMAZ..... | 303 |
| 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı | |
| <i>The Scope Of Liability Of Guarantor According To Turkish Code Of Obligations (Numbered 6098)</i> | |
| Uygur MEYDAN | 321 |
| Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Madde Miktarının Önemi | |
| <i>The Importance of the Quantity of Narcotic in the Crimes of Drug Traffics</i> | |
| Utku SARUHAN..... | 353 |
| Yeniden Kiralama Yasağı | |
| <i>Prohibition Of Leasing Again (TOC Art. 355)</i> | |

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINA TEŞEBBÜS¹

Attempt To Commit The Tax Evasion Crime

Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI²

Geliş Tarihi: 02.03.2018 Kabul Tarihi: 05.11.2018

ÖZET

Suçların özel hallerinden biri de “teşebbüs” tür. Suça teşebbüs, suç failinin kasten işlenebilecek suçlarda suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamasıdır. Bu çalışmada vergi kaçakçılık suçlarına teşebbüs halleri ve cezalara etkisi incelenecektir. Önce ceza hukuku bağlamında teşebbüs kavramı incelenerek, benzer kavramlardan farklılıklarına değinilecektir. Bu yaklaşımlar ışığında vergi kaçakçılık suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Çalışmada nitel araştırma yöntemlerinden betimsel araştırma yönteminde içerik analizi uygulanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Vergi, Teşebbüs, Vergi kaçakçılığı, Vergi kaçakçılık suçları, Vergi kaçakçılık suçlarına teşebbüs

ABSTRACT

One of the special cases of offenses is named attempt to commit an offence. The definition of attempt to commit an offence is the perpetrator should have begun the act of crime and failed to perform the acts that are necessary to commit the crime or could not finished the intended crime due to a cause beyond his control. In this article, the effects of attempted cases and penalties on tax evasion crimes will be examined. Initially, the concept of undertaking in the context of criminal law will be examined and its differences from similar concepts will be addressed. For this purpose, it will be investigated whether it is possible to undertake attempt to commit the tax evasion crime in the light of these approaches. Descriptive research method will be used in this study..

Key Words: Tax, attempt to commit an offence, tax evasion, tax evasion crimes, attempt to commit the tax evasion crime.

GİRİŞ

Vergi suçlarından biri de “Vergi Kaçakçılık Suçları”dır. Vergi kaçakçılık suçları Vergi Usul Kanununun “Ceza Hükümleri” başlığını taşıyan Dördüncü Kitabının 359’uncu maddesinde “ Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” madde başlığı ile düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda öncelikle suça teşebbüs kavramı üzerinde durulacak ve vergi kaçakçılık suçu teşebbüs hükümleri itibariyle incelenecektir. Özel ceza kanununda düzenlenen hükümler olması nedeniyle Türk Ceza Kanunu’nda yer alan teşebbüs hükümlerinin bu suça uygulanıp

¹ Bu çalışma Türkiye Adalet Akademisi tarafından düzenlenen "Vergi Usul Kanunu Çerçevesinde Vergi Suçları Sem-pozyumu 14-17 Nisan 2016, Afyonkarahisar" da bildiri olarak sunulmuştur. Bildiri kitapçığı yayınlanmayacağı bilgisi üzerine güncellenerek tekrar yazılmıştır.

² Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Öğretim Üyesi. E-posta: bayrakli@aku.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-3491-0585

uygulanamayacağı irdelenecektir. Kaçakçılık suçunun çoğunlukla neticesi harekete bitişik suç görünümünde olmasına karşılık gerçek hayatta zor karşılanırsa da bazı hallerde teşebbüse elverişli olduğu görülebilecektir.

I. SUÇA TEŞEBBÜS KAVRAMI, TANIMI VE ŞARTLARI

Suç, oluşumu itibariyle dış âleme yansıyan hareket ve bu hareketin sonucu oluşan neticeden meydana gelir. Bu hareket ve netice, kasten işlenen suçlar yanında taksirle işlenen suçlar için de aynıdır. Ancak kasten işlenen suçlar açısından hareket öncesi var olan suç işleme iradesi ile meydana gelen netice aynı olmayabilir. Bu aşamada meydana gelen olgulardan biri de teşebbüstür. Suç olgusu kasten işlenen fiillerde düşünce, hazırlık, fiilin icrası ve neticenin meydana gelmesi ile son bulur. Bu sürece suç yolu denir“Bu süreçte önce hazırlık hareketleri daha sonra icra hareketleri gerçekleştirilmektedir”³.Suç yoluna girmiş bir kişinin “suç işleme düşüncesi” dış âlemde bir değişikliğe neden olmadığı ve dış âlemde hissedilmediği için cezalandırılması söz konusu değildir. Çünkü kimin ne düşündüğü ve bu düşüncenin ne kadar kınanması gereken bir olay olduğu bilinemediği gibi tespit de edilemez. Ayrıca kişilerin düşünme özgürlüğü ile de çelişir. Ancak fiiller icra edilmeğe başladıktan sonra dış dünyayı ilgilendirir. Teşebbüs aşamasında kalmış suç işleme girişiminin geri alınması ve izlerinin silinmesi söz konusu olamaz. İster icra hareketlerinin tamamlanamaması, ister icra hareketleri tamamlanmış olsa bile dış âlemde değişiklik dediğimiz netice meydana gelmemiş ise, yapılmış olan hareketleri nasıl değerlendireceğiz? Bu hareketler geri alınamadığı ve izlerinin yok edilememesi karşısında bu fiillere karşı nasıl bir tepki verilmelidir? İşte teşebbüs fikri burada karşımıza çıkmaktadır. Toplum ve kanunlar tarafından kabul edilmeyen, kınanması gereken bu hareketler teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekecektir.

Türk Ceza Kanunu’nda suça teşebbüs şöyle yer almıştır: “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” (TCK md 35/1). Bu yaklaşım içerisinde suça teşebbüs şöyle tanımlanabilir: Suça teşebbüs, suç failinin kasten işlenebilecek suçlarda suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamasıdır⁴.

³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler, Seçkin yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş B. 14, Ankara, 2018, s. 485; Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku) Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 8.

⁴ Murat Kayaççek, “Suça Teşebbüs”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc , 06.10.2018.

Suçta teşebbüsün şartları şunlardır:

- i. Teşebbüs kasten işlenebilecek suçlar için söz konusudur.
- ii. Suçun icra hareketlerine başlanmış olması gerekir.
- iii. İcra hareketleri suçu tamamlamaya yönelik olmalıdır.
- iv. İcra hareketleri neticeyi gerçekleştirebilecek nitelikte olmalıdır.
- v. İcra hareketleri elde olmayan nedenlerle bitirilememiş veya hareket bitmiş olmasına rağmen netice gerçekleşmemiş olmalıdır.

II. SUÇTA TEŞEBBÜS KAVRAMININ BENZER KAVRAMLARINDAN FARKLILIĞI

Ceza hukukunda teşebbüs kavramına benzeyen iki konu bulunmaktadır. Bunlar gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlıktır. Bu kavramları kısaca açıklanacak ve teşebbüsten farklı olduğu noktalar belirlenecektir.

A) GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Gönüllü vazgeçme Türk Ceza Kanunu'nda şöyle düzenlenmiştir: *“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır”* (TCK md 36/1). Teşebbüs açısından değerlendirildiğinde gönüllü vazgeçmeyi şöyle tanımlayabiliriz: Gönüllü vazgeçme, suç fiillerinin icrasına başlayan failin kendi isteği ile suç hareketlerini tamamlamaması veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir⁵.

Gönüllü vazgeçme ile teşebbüsün ayrıldıkları nokta, teşebbüste fail dıştan gelen bir nedenle icra hareketlerini tamamlayamamakta veya dış etki ile netice gerçekleşmemektedir. Oysa gönüllü vazgeçmede fail suçun tamamlama imkânına sahip olmasına rağmen içsel bir duygu ve düşünce ile suç hareketlerine son vermekte veya hareket sona ermiş olsa bile neticenin gerçekleşmemesi için çaba gösterip neticenin gerçekleşmesine engel olmaktadır⁶. Bir diğer farklılık ise, teşebbüsten dolayı ceza indirimli olarak verilirken, gönüllü vazgeçmede ceza öngörülemezdir.

B) ETKİN PİŞMALIK

Etkin pişmanlık, suç fiilleri tamamlandıktan ve netice meydana geldikten sonra, kanunda etkin pişmanlığa uygun olarak sayılan suçlarda fail için cezayı kaldıran veya hafifleten kişisel nedenlerdir⁷. Etkin pişmanlık bütün suçlar

⁵ Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Kaçakçılık Suçunda Gönüllü Vazgeçme, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 27, Eylül 2016. s. 2.

⁶ Bu konudaki teoriler için bkz. Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Alşahin M. Emin- Çakır, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 12, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018., s. 621.

⁷ Artuk- Gökçen- Alşahin -Çakır , s. 628.

için uygulama alanı bulmadığı gibi her suç için de kanunda etkin pişmanlık öngörülmemiştir. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan fail daha sonra serbest bırakması (TCK md 110), çaldığı menkul malı geri vermesi (TCK md 168), yalan tanıklıktan sonra doğruyu söylemek (TCK md 274) etkin pişmanlık öngörülen suçlardır.

Etkin pişmanlık ile teşebbüsün yolları netice kısmında kesişmektedir. Etkin pişmanlıkta suç tamamlanmış olmasına karşılık fail suçun neticesi sonucu oluşacak olumsuzluğu telâfi etmektedir. Hürriyetinden yoksun bırakılan kişi serbest bırakılmakla oluşan olumsuzluğun önüne geçilmiş olmaktadır. Hırsızlıkta da çalınan mal geri verilmekle oluşan zarar telâfi edilmiş olmaktadır. Etkin pişmanlıkta içten gelen bir duygu ile sonucun telafi edilmesi yoluna gidilirken, teşebbüs durumunda ise, dışsal bir etki ile icra hareketleri bitirilememekte veya netice gerçekleşmemektedir.

C) SUÇ İSMİNDE TEŞEBBÜS BULUNAN SUÇLAR

Ceza kanunlarında yer alan bazı suç isimlerinde “teşebbüs ismi” yer alır. Bu suçların bizatihi kendileri “teşebbüs etme” suçudur. Yani suçun tamamlanmış halinde teşebbüs adı yer alır. Bu suçlara tamamlanması öne alınmış suçlar veya kalkışma suçları adı verilmektedir. Kalkışma suçları, henüz hukukî korumanın konusunu oluşturan varlığa zarar vermeyen hareketlerin, tamamlanmış suç olarak kabul edilmesidir⁸. Kalkışma suçlarına örnek olarak Türk Ceza Kanununda yer alan şu suçlar örnek olarak verilebilir: Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK md 277), adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK md 288), anayasayı ihlal (TCK md 309), Cumhurbaşkanı suikast ve fiili saldırı suçu (TCK md 310).

III. CEZA POLİTİKALARI AÇISINDAN TEŞEBBÜSÜN ÖNEMİ

Teşebbüs kavramı ceza hukuku açısından önem arz eden konulardan biridir. Bu önem şu şekillerde kendisini gösterir.

i. Eğer teşebbüs kavramına yer verilmemiş olsaydı, teşebbüs aşamasında kalan suçlara tamamlanmış suçun cezası verilmiş olurdu. Böyle bir uygulama cezaların önemli amaçlarından biri olan “suç işlemeyi önleme” fonksiyonu gerçekleşmeyecek idi. Çünkü suç yoluna girmiş olan kişi isteği dışında bile olsa bir an işlediği fiilin kötü sonuçlarını görmüş olacaktı. Öfkesinin tesiri altında adam öldürmeyi düşünen ve icra hareketlerine başlamış olan fail hareketin kesilmesi ile birlikte bir anda “ben ne yapıyorum, katil olacağım” diye düşünürse belki daha az ceza ile kurtulma seçeneğini seçmiş olacaktır. İcra hareketlerinin kesilmiş olması belki de suçun tamamlanmaması sonucunu doğuracaktır.

⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 295.

ii. Teşebbüs kavramı, tamamlanmış suçlara göreteşebbüs aşamasında kalmış suçlara daha az ceza verilmeli fikrinin doğmasına neden olmaktadır. Ceza siyaseti açısından teşebbüs aşamasında kalmış suçlara verilecek cezanın tamamlanmış suçlara göre daha az olması adalet düşüncesinin de gereğidir. Adalet ölçülü olmak demektir⁹. Eğer her ikisine de aynı ceza verilecek olursa bu kişilerde var olan adalet duygusunu rencide eder. Teşebbüs kurumu adalet fikrinin yerleşmesine de yardımcı olur.

IV. TEŞEBBÜSE UYGUNLUK AÇISINDAN BAZISUÇ TİPLERİ **A) OLASI KASTLA İŞLENEN SUÇLAR**

Olası kast, kişinin kanunî tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, umursamaz davranarak ve riski göze alarak fiili işlemeye devam etmesidir¹⁰. Kanundaki düzenlemeşöyledir. “Kişinin, suçun Kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır” (TCK md 21/2). Bazı yazarlar “gerçekleşmesi muhtemel netice, gerçekleşmiş ise teşebbüs aşamasında bundan sorumlu olması gerektiği şeklindedir. *Ancak fiilin muhtemel sebebiyet vereceği netice gerçekleşmemiş ise faili gerçekleşmeyen netice nedeniyle*” teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutmak doğru olmayacaktır¹¹. Bazıları ise, teşebbüs hükümlerinin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu’nun 35’inci maddesindeki “... işlemeyi kastettiği” ibaresinden dolayı, teşebbüs hükümleri ancak kasten işlenen suçlara uygulanabilecektir. Çünkü kastta, bilme ve isteme unsurları açık ve netken, olası kastta bilme açık ve net, neticeyi isteme tam ve net değildir¹². Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsü öngören yazarlar ise, “*Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinin madde gerekçesinde de maddede geçen kast tabirinin sadece doğrudan kastı ifade ettiği ya da olası kastla işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönünde herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır*” failin neticenin gerçekleşme ihtimalinin kuvvetle muhtemel olduğuna olan inanç nedeniyle olası kastta teşebbüsün söz konusu olabileceğini kabul etmektedir¹³. Gerçekleşmesi muhtemel olan neticenin ancak gerçekleşmesi ile failin gerçekleşen bu netice nedeniyle teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olabileceği kabul edilmiştir¹⁴.

⁹ Sulhi Dönmezer- Sahir Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, B. 5, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 422, İstanbul, 1973, s.494.

¹⁰ Aksoy İpekçioğlu, s. 167.

¹¹ Artuk- Gökçen- Alşahin - Çakır, s. 629.

¹² Centel Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2006,s.400.

¹³ Hasan Hüseyin Bayraklı, Ahmet Bozdağ, “ Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Sayı 158, Ocak-Haziran 2010, s. 19.

¹⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş B.14, Seçkin Yayınları, Ankara,2018, s. 461.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncumaddesinde düzenlenen kaçakçılık fiilleri olası kastla işlenebilecek niteliktedir. Hareketler incelenirken bu konuya yer verilecektir.

B) TAKSİRLE İŞLENEN SUÇLAR

Taksir, işlediği fiilde kusurlu görülen failin istemediği neticeden sorumlu tutulması halidir¹⁵. Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında suçlarda asıl olan kusurluluğun kast olduğu, taksir nedeniyle failin sorumlu tutulabilmesi için işlenen fiilin kanunda taksirle işlenebilecek suçlar içerisinde sayılması gerekir. Buradan hareketle suçlarda asıl olanın kast; istisna olanın ise, taksir olduğu söylenebilir.

Türk Ceza Kanunu'nda taksir şöyle yer almaktadır:

“(1) Taksirle işlenen fiiller, Kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun Kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir...” (TCK md 22).

Taksir nedeniyle sorumlu tutabilmek için, suç taksirle işlenebilen suçlardan olmalı, hareket iradi olmalı, netice istenmemeli ve netice iradi olarak işlenen hareketin sonucu meydana gelmelidir¹⁶. Suç öngörülebilir neticeye rağmen işlenmiş ise, ceza üçte birden yarısına kadar artırılmaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncumaddesinde bu fiillerin taksirle işlenebileceğine dair bir ifade yer almamaktadır. Suçlarda asıl olan kast olduğuna göre kaçakçılık fiilleri kasten işlenebilir ve aşağıda anlatılacağı gibi teşebbüs hükümleri de bazı hallerde uygulanabilecektir.

C) TEŞEBBÜS SUÇLARI

Teşebbüs suçu “kalkışma suçu” olarak da tanımlanmıştır¹⁷. Bu suç hareketlerinin bizatihi kendisi bir suç oluşturmaktadır. Teşebbüs suçları, belli bir neticeye yönelik icra hareketlerinin yapılması ile oluşan suçlardır¹⁸. Bu suçlara

¹⁵ Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B.11, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 393, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s. 506.

¹⁶ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C:II, B.5, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 360, İstanbul, 1971, s. 280.

¹⁷ Fazla bilgi için bkz: Ezgi Aygün Eşitli, Kalkışma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

¹⁸ Özgenç, s.426.

teşebbüs söz konusu olamaz. Bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmişlerdir. 4369 sayılı kanun ile kaldırılmadan önce Vergi Usul Kanunu 358'inci maddesinde düzenlenen “Kaçakçılığa Teşebbüs Suçunun Tanımı” bağımsız bir suç tipi idi. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen “Anayasayı ihlal”(TCK md 309), “Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı” (TCK md 310), “Yasama organına karşı suç” (TCK md 311), “Hükûmete karşı suç” (TCK md 312) böyle teşebbüs suçlarına örnek teşkil eder.

4369 sayılı Kanundan sonra kaçakçılık suçu teşebbüs suçu olmaktan çıkmış, teşebbüse uygun bir suç tipine dönüştürülmüştür.

D) OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTI İÇEREN SUÇLAR

Cezalandırılabilme şartı, suçun bütün unsurları tamam olduktan sonra failin cezalandırılabilmesi için bulunması gereken unsurlardır. Örneğin, intihara teşvik suçunda intiharın gerçekleşmesi cezalandırılabilme şartıdır. Bu şart gerçekleşmeden faille ceza verilemez. Bu suçlara teşebbüsün söz konusu olabilmesi için icra hareketlerinin dışarıdan bir engelle tamamlanamaması gerekir.Ceza verilebilmesi için cezalandırma şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁹.

Kaçakçılık fiilleri açısından incelendiğinde kanundaki şu ifade failin cezalandırılabilmesi için failin vergi kaybına neden olacak şekilde işlenmesi gerekir. “...defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler...” (VUK md 359 I/1) işlemeyi düşündüğü fiil sonucunda vergi kaybı doğacağını bildiği halde başka defter ve kayıt ortamına kaydetmektedir. Vergi kaybı doğması suçun neticesi değildir. Vergi kaybına neden olabilecek suç failinin işlenmesidir. Deftere yazması gereken bir kaydı vergi kaybına neden olacak şekilde başka bir deftere kaydederken yakalanacak olursa kaçakçılık suçuna teşebbüs etmiş olacaktır. Bu husus daha sonra daha detaylı incelenecektir.

E) İHMALÎ SUÇLAR

İhmalî suç, kanun gereği yapması gerekeni yapmama suretiyle suçun işlenmesidir. Ceza hukuku yazınında ilke olarak ihmalî suçlarda teşebbüsün söz konusu olmayacağı noktasındadır²⁰.

Kaçakçılık suçu fiillerine bakıldığında zaman ihmali hareketle işlenebilecek suç tipi olmadığı görülür. Bunun tek istisnası “defter ve belgeleri ibraz etmeme” fiilidir. Bu cümleden hareketle kaçakçılık suçlarına ihmalî teşebbüsün söz konusu olmayacağı söylenebilir.

¹⁹ Artuk- Gökçen –Alşahin - Çakır, s. 621.

²⁰ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, C. I, 493; Artuk- Gökçen-Yenidünya, s. 621; Özgenç, s.427.

F) KABAHAHLER

“Kabahaht deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır” (KK md 2). “Kabahahte teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahahtler bakımından da uygulanır” (KK md 13). Kabahahtler Kanunu’ndaki bu ifadelerden hareketle kabahahtlere teşebbüsün özel olarak kabahahte ilişkin kanunda teşebbüs hükümlerine yer verilmemiş ise, kabahahtlere teşebbüs söz konusu değildir.

Vergi kaçakçılık suçu kabahaht olmayıp suç olması nedeniyle üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

G) İŞLENEMEZ SUÇLAR

İşlenemez suç, suç işlemeye yönelmiş failin suçu oluşturmaya yönelik elverişsiz vasıtalar kullanması veya suçun konusuz kalması nedeniyle neticenin gerçekleşmeyeceği girişimlerdir. Su tabancası ile insan öldürmeye yönelmek veya ölmüş kişinin üzerine ateş ederek öldürmek istemek fiilleri bu suç tipine örnek teşkil eder. Kanunumuz teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” (TCK md 35).* ifadesi kullanmış olması nedeniyle *“suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da ”* ifadesi elverişsiz hareketlerle suçun oluşmasına imkân tanımamaktadır. İşlenemez suç gerçekleşmeyeceği için böyle bir suça teşebbüs de cezalandırılmamalıdır.

H) SİRF HAREKET SUÇLARI

Bir suç failinin işlenmesinden sonra herhangi bir neticenin gerçekleşmesinin beklenmediği suçlara sırf hareket veya neticesi harekete bitişik suçlar adı verilir. Bu tür suçlarda ya netice hiç yoktur ya da netice var olmakla birlikte netice harekete bitişiktir. Örneğin, tehdit, iftira, hakaret, şantaj, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma, kişisel verilerin kaydedilmesi, sövme, cinsel saldırı suçlarında olduğu gibi²¹. Sırf hareket suçlarında, hareketlerin bölünebilmesi söz konusu ise, teşebbüs mümkün olabilecektir²².

V. VERGİ KAÇAKÇILIK SUÇLARINA TEŞEBBÜSTE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Suçta teşebbüs kavramı ceza hukuku açısından içtima, iştirak hükümleri gibi genel hükümler arasında yer alır. Ceza normları oluşturulurken toplum düzenini ve genellikle bireylerin tümünü ilgilendiren hükümler iki şekilde

²¹ Bayraklı- Bozdağ, s. 20.

²² Nevzat Toroslu – Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, B.24, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 315.

düzenlenmektedir. Ana bir ceza kanunu oluşturulurken, herkesi ilgilendiren suç fiilleri “Özel Hükümler” kısmında düzenlenmiştir. Hem bu suçlar hem de özel ceza kanunlarında uygulanması gereken hükümler ise “ Genel Hükümler” başlığı altında “Birinci Kitap” ta düzenlenmiştir. Kanunun 1-75 inci maddeleri “Genel Hükümler” kitap başlığı altında düzenlenirken; “İkinci Kitap” ta 76’ncı maddeden itibaren özel suç şekillerine yer verilmiştir.

Özel ve genel hüküm ayırımı, genel ceza kanunları yanında özel ceza kanunlarının varlığına olan ihtiyaç nedeniyle kendisini göstermektedir. Özel ceza kanunlarına duyulan ihtiyaç, toplumun gelişimine paralel olarak ortaya çıkmaktadır. Uzun yıllar uygulanacak bir normun düzenlenebilmesi bazı suçlar açısından mümkün olamamaktadır. Örneğin bilişim suçları, terör suçları gibi²³. Vergi suçları da bu değişimden payını almaktadır. Gelişen teknoloji ile yeni yükümlülükler getirirken bu yükümlülükler aykırılıkları da ayrı bir hükümlerle düzenlemek gerekir. Elektronik ortamda defter tutma, beyanname verme gibi teknolojik gelişmeler sağlanırken buna paralel olarak yeni suç tipleri de oluşturulacaktır. Dolayısıyla ayrı ceza kanunlarına ve özel ceza hükümlerine ihtiyaç doğacaktır.

Vergi suç ve cezalarının düzenlendiği Vergi Usul Kanunu da bu anlamda vergilere özgü ceza hükümlerini düzenleyen özel ceza kanunu veya hükmü niteliğindedir. Özel bir gerek olmadıkça içtima, iştirak ve teşebbüs gibi suçların özel hallerini düzenleyen hükümler özel kanunlarda yer almamalıdır. Bu kimi zaman kavram karmaşasına neden olurken kimi zaman da genel kurallarla bağdaşmayan sonuçlar çıkabilmektedir²⁴. Kaldırılmadan önceki Vergi Usul Kanunu 358’inci maddesinde düzenlenen “ Vergi Kaçakçılığına Teşebbüs Suçu”²⁵ buna tipik örnek teşkil etmektedir. O yıllarda kaleme alınan bir makalede bu duruma da değinilmişti²⁶.

Bu açıdan bakıldığı zaman teşebbüs aşamasında kalmış bir kaçakçılık hareketi açısından hangi hükümler uygulanacaktır? İşte bu durumda Türk Ceza Kanunu 5’inci maddesi karşımıza çıkacaktır. Buna göre, “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza Kanunları ve ceza içeren Kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” (TCK md 5). Bu hüküm ışığı altında ceza hükümleri açısından

²³ Ali Karagülmez, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Kanunlarla İlişki Konusundaki Düzenlemenin (5. Maddenin) İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2004-4, s. 94.

²⁴ Aras Türey, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl: 2013, C.IX, S.2, s.1731.

²⁵ Vergi Kaçakçılığına Teşebbüs Suçuna teşebbüs için bkz: Sahir Erman, Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1988, s. 70 -74.

²⁶ Hasan Hüseyin Bayraklı, Suça Teşebbüs Kavramı Ve Ceza Hukukunda Kaçakçılığa Teşebbüs Suçu, İlhan Cemalcılar’ın Hatırasına Armağan, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, 1990, s. 457-484.

özel ceza kanunu mahiyetinde olan Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen "Vergi Kaçakçılık Suçları" için uygulanacak teşebbüs hükümleri Türk Ceza Kanunu'nun 35'inci maddesinde yer alan teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu yaklaşımdan sonra kaçakçılık suçları ve bunlara teşebbüsün mümkün olup olmayacağı incelenecektir. Kaçakçılık suçunun ani hareketli suç olması nedeniyle teşebbüse elverişli olmadığı düşüncesinde olanlar da bulunmaktadır²⁷.

VI. KAÇAKÇILIK SUÇLARINA TEŞEBBÜS

Kaçakçılık suç fiillerinin düzenlendiği Vergi Usul Kanunu 359'uncu maddesi başlığına bakıldığında zaman "Kaçakçılık Suçları ve Cezaları" ifadesinin yer aldığı görülür. Bu ifadeden hareketle madde içerisinde birden fazla ve birbirinden farklı suç fiillerinin ve bunlara uygulanacak cezaların yer aldığı anlaşılmaktadır. Kaçakçılık suçları uygulanacak cezalar açısından üç grup halinde düzenlenmiştir. İncelemede öncelikle suç failinin kim olduğu üzerinde durulacak; sonra da üç ayrı başlıkta kaçakçılık suçlarına yer verilecektir.

A) KAÇAKÇILIK SUÇLARININ FAİLLERİ

Suçlar suç failinin özellikleri açısından alelade suçlar ve özgü suçlar diye ikiye ayrılabilir. Alelade suçlar, herkes tarafından işlenebilen diğer kişilerden farklı özellikler aranmayan suçlardır. Hırsızlık, adam öldürme, yaralama suçları gibi. Özgü suçlar ise, ancak suçun kanuni tanımında belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler tarafından işlenebilecek suçlardır²⁸. Kaçakçılık suçu da bu anlamda özgü suçlar içerisinde yer almaktadır. Ancak kaçakçılık suçlarına katılma açısından mükellef olmayan kişiler de katılabilir²⁹.

Kaçakçılık suçu faili için kanun koyucu genel bir kavram kullanmak yerine işlenmiş olan fiilden hareketle suç failini belirlemeye çalışmıştır. Bu özelliği itibarıyla "vergi kaçakçılık suçu mükellef tarafından işlenebilir" ifadesi çok doğru değildir. Tabii ki, bu fiilleri işleyenler vergi mükellefi veya sorumlusu olabilir; ama her mükellef vergi kaçakçılık suçunu işleyemez. Örnek verecek olursak, gayrimenkul sermaye iradı elde eden ve vergisini ödeyen vergi mükellefi olmasına rağmen bazı hallerde defter tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Vergisi kaynakta kesilenler vergi mükellefi olmasına karşılık çoğu zaman defter tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu mükellefler içerisinde kanunda sayılı ödevleri yerine getirmek zorunda olan mükellef veya sorumlular vergi suçu faili olabilirler. Bu nedenle kaçakçılık suçu faili, bu fiilleri işleyen kişiler

²⁷ Hüsamettin uğur – Mert Elibol, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 384.

²⁸ Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1, s. 183.

²⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Kaçakçılığı Suçuna Katılma (İştirak) ve Mali Müşavirlerin Adli Ceza Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 29, Ocak 2017, s. 11.

olmak üzere ayrı ayrı sayılacaktır.

Kanun kaçakçılık suçu faillerini şöyle sıralamıştır.

1. Vergi Kanunlarına Göre Defter ve Kayıt Tutmak Zorunda Olanlar

Vergi Usul Kanununa göre defter tutmakla yükümlü olan gerçek ve tüzel kişiler şunlardır.

- i. Ticaret ve sanat erbabı;
- ii. Ticaret şirketleri;
- iii. İktisadi kamu müesseseleri;
- iv. Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler,
- v. Serbest meslek erbabı;
- vi. Çiftçiler,

İktisadi kamu müesseseleriyle dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler defter tutma bakımından tüccarların tabi oldukları hükümlere tabidirler (VUK md 172).

Buradaki belirleyici unsur yapılan faaliyetin türüne göreler. Burada bu faaliyet türlerinin ayırıcı özelliklerisayılmayacaktır. Aşağıda sayılanlar ise bu faaliyetleri yapmakla beraber kanun koyucu tarafından defter tutma yükümlülüğü kapsamı dışında tutulmuştur.

Defter tutma mecburiyeti aşağıda yazılı gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanmaz:

- i. Gelir vergisinden “muaf olan esnaf ve gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler”;
- ii. Gelir Vergisi Kanununa göre kazançları basit usulde tespit edilenler.
- iii. Kurumlar vergisinden muaf olan:

a) İktisadi kamu müesseseleri;

b) Dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler.

Yukarıdaki istisna hükümlerinin gelir veya kurumlar vergilerinden muaf olmakla beraber diğer vergilerden birine tabi olan ve bu vergileri götürü usulde tespit edilmeyen mükelleflerin muaf olmadıkları vergiler için tutacakları defterlere şümulü yoktur (VUK md 173).

Kayıt tutma Vergi Usul Kanunu’nda çoğu zaman defter tutma, ilgili bilgileri bir deftere yazma şeklinde yer almıştır. Defter tutma yükümlülüğü kayıt altına alma yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir. Örneğin, Vergi Usul Kanunu 146, 194, 205, 215, 219 uncu maddelerinde düzenlendiği gibi.

Tutulan kayıtlar kanunda aksine bir hüküm olmadıkça Vergi Usul Kanunu’nda yer alan belgelerle ispat edilmesi gerekir. Bu belgeler fatura ve fatura yerine geçen belgelerdir (VUK md 229 ve devamı).

2. Vergi Kanunlarına Göre Defter, Belge Saklamak ve İbraz Etmek Zorunda Olanlar

Vergi Usul Kanunu'na göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttıkları defterlerle defterde yer alan bilgileri ispata yarayacak Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgeleri saklamak ve istenildiğinde ibraz etmek görevidir. Defter ve belgeler ait oldukları yılı takip eden takvim yılı başından başlayarak beş yıl süre ile saklamak, korumak ve istenildiğinde ibraz etmek görevidir (VUK md 253, 256). Defter tutmak mecburiyetinde olmayanlar, almaya mecbur oldukları fatura ve gider pusulası ve müstahsil makbuzlarını tarih sırası ile tanzim tarihlerini takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmekle görevlidirler (VUK md 254).

3. Defter, Kayıt ve Belgeleri Tahrif Edenler

Tahrif etme, sözlükte harflerle oynama, harflerin yerini değiştirme olarak ifade edilmektedir³⁰. Bilim dilinde ise usulüne uygun olarak tutulmuş defter, belge ve kayıtlarda yazılı bilgi ve rakamları aslına uygun durumdan çıkarıcı her fiil tahriftir³¹. Tahrif etme fiili bizzat yükümlü tarafından yapılacağı gibi üçüncü kişiler tarafından da işlenebilir. Her ne kadar defterleri koruma görevi mükellefe ait ise de onun bilgisi dâhilinde veya bilgisi dışında üçüncü kişiler tarafından da işlenebilir. Mükellef tarafından doğru yazılmış bir kaydın değiştirilmesinde vergisel bir avantaj olduğu düşünülebilir³². Üçüncü kişi tarafından işlenmesi halinde iştirak hükümlerinin uygulanması gerekir. Tahrif edilmiş belgelerin üçüncü kişiler tarafından kullanılması zorunluluğu da yoktur³³.

4. Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleyenler

“Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir” (VUK md 359/2). Defter ve belgeleri saklamak zorunda olanlar beş yıllık süre içerisinde³⁴ yetkili makam veya memurlar tarafından istenilmesi durumunda bu defter ve belgeleri ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadır (VUK md 256). Vergi incelemesi sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme olarak kabul edilir.

³⁰ Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B. 4, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.717.

³¹ Yılmaz Hızlı, Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara, 1984, s.123.

³² Hasan Hüseyin Bayraklı- Mehmet Erkan- Cemal Elitaş, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2012, s. 215.

³³ Yusuf Karakoç, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s 283.

³⁴ Turgut Candan, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk yayınları, Güncelleştirilmiş B 3, yayın No 95, Ankara, 2010, s 357.

Gizleme suçunun oluşabilmesi için,

- i. Mükellefin defter tutma ve ibraz yükümlülüğünün olması gerekir.
- ii. Defter ve belgeler vergi incelemesi sırasında istenmiş olmalıdır,
- iii. İnceleme elemanı onbeş günden az olmamak üzere süre vererek ve yazılı olarak istemiş olmalıdır. Yazılı olarak süre verilmesi yapılması gereken işlemlerin gereğidir. Ayrıca ispat açısından da zorunludur.
- iv. İstenilen defter ve belgelerin varlığının noter veya diğer suretlerle varlığı sabit olması gerekir.

Defter ve belgeleri gizleyen kişiler bu suçun faili olmaktadır. Burada yer alan “ve “ bağlacı nedeniyle sadece defter veya belge değil her ikisi birlikte istenmiş olmalıdır³⁵. Defter istenince sadece kayda bakmak için değil, bununla ilgili belgelere de bakılmasının gerekeceği için kanun koyucu böyle ifade etmiştir.

5. Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenleyenler veya Bu Belgeleri Kullananlar

Bu başlık altında iki suç fiili düzenlenmiştir. Bunlardan biri muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleme, diğeri ise bu şekilde düzenlenmiş belgeleri kullanmaktır.

Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir (VUK md 359/a-2). Gerçek muamele, konu olduğu ekonomik veya hukuki işlemin gerçekleştiği işlemlerdir. Örneğin bir satış işlemi olmuştur; ancak bunun nitelik veya niceliğinde hukuka aykırılık içermektedir. On ton sattığı malı bir ton yazma fiilinde olduğu gibi.

6. Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter, Kayıt ve Belgeleri Yok Edenler veya Defter Sahifelerini Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koyanlar veya Hiç Yaprak Koymayanlar

Bu başlık altında aslında iki ayrı suç fiili düzenlenmiştir.

- i. Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek,
- ii. Defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak.

Bu bent içerisinde düzenlenen suç fiili mükellef veya sorumlu tarafından işlenebileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da işlenebilir. Üçüncü kişi tarafından işlenmesi mükellefin koruma ödevini kaldırmaz. Mükellef gerekli

³⁵ Doğan Şenyüz, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Bası 8, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, s. 453.

koruma önlemlerini almaması nedeniyle sorumlu olur. Pratik hayatta bu üçüncü kişi hükmünde olan mükellefin çalışanı, bir yakını veya defterlerini tutan muhasebeci de olabilir. Bu durumda iştirak hükümleri uygulanır³⁶.

7. Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenleyenler veya Bu Belgeleri Kullananlar

Bu bentte iki ayrı fiil öngörülmekte olması nedeniyle iki ayrı suç faili tarafından işlenebilir.

i. Sahte belge düzenleyen,

Sahte belge, gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belgedir (VUK md 359/b). Sahte belge ilk görünüşte normal belgeler gibi olan, ancak herhangi bir ekonomik, mesleki veya hukuki bir olgu olmamasına rağmen sanki varmış gibi düzenlenen belgedir. İl görünüşte belgenin kanunda öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler için sahte belge düzenlemeden söz edilemez³⁷.

Düzenlenen belgeler Vergi Usul Kanunu kapsamında düzenlenmesi gereken belgelerdir. Bu belgeleri düzenlemekle yükümlü olan ve suç faili olabilme ihtimali taşıyanlar kısaca şunlardır.

- Fatura düzenlemekle yükümlü olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler,

- Perakende satış vesikası düzenlemekle mükellef olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin fatura vermek mecburiyetinde olmadıkları satışları ve yaptıkları işlerin bedelleri için düzenlemek zorunda olan kişilerdir. Perakende satış belgesi olarak kullanılanlar, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları ve giriş ve yolcu taşıma biletleridir (VUK md 233).

- Gider pusulası düzenlemek zorunda olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan serbest meslek erbabı ve çiftçilerdir (VUK md 234). Bu kişiler vergiden muaf esnafa yaptırdıkları işler veya onlardan satın aldıkları emtia için tanzim edip işi yapana veya emtiayı satana imza ettirirler.

- Müstahsil makbuzu düzenlemek zorunda olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenler ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerdir (VUK md 235). Bu kişiler gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçilerden satın aldıkları malların bedelini ödedikleri sırada iki nüsha makbuz tanzim etmeye ve bunlardan birini imzalayarak satıcı çiftçiye vermeye ve diğerini ona imzalatarak almaya mecburdurlar.

³⁶ Bu konuda bakınız: Bayraklı, Vergi Kaçakçılığı Suçuna Katılma..., s.13.

³⁷ Şenyüz, s. 458.

- Serbest meslek makbuzu, serbest meslek erbabının, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha düzenlemek zorunda olduğu belgedir (VUK md 236).

Diğer belgeler olarak sayılanlar ise, otel işletenlerin günlük müşteri listesi, taşıma işi yapanların taşıma irsaliyesi, yolcu taşıyanların yolcu listesi düzenlemek zorunda olduğu belgelerdir (VUK md 240). Bu belgeleri sahte olarak düzenleyenler kaçakçılık suçu faili olabilirler.

ii. Sahte düzenlenmiş belgeyi kullananlardır.

Sahte belgeyi kullanma bu belgelerin vergi kanunlarına göre tutulması zorunlu olan defterlere kaydetmedir. Belge alıp bunu defterlerine kaydetme yükümlülüğünde olan kişiler bu suçun faili olabilir.

- Fatura almak ve deftere kaydetmekle yükümlü olanlar, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, serbest meslek erbabı, Kazançları basit usulde tespit olunan tüccarlar ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerdir. Vergiden muaf esnafın fatura almak yükümlülüğü olsa da defter tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

- Perakende satış fişi alanlar, bu kişiler fatura almak zorunda olan kişilerdir. Yapmış oldukları ödemeler için perakende satış belgesi olarak kullanılan, perakende satış fişleri, makineli kasaların kayıt ruloları ve giriş ve yolcu taşıma biletlerini istemek ve almak zorundadır. Almış oldukları bu belgelerin sahte olması durumunda defter kayıtlarında kullanmaları durumunda kaçakçılık suçu faili olacaklardır.

- Serbest meslek faaliyetinden yararlanan ve serbest meslek makbuzu istemek ve almak mecburiyetinde olan kişidir. Bu kişiler iş nedeniyle almak ve defterlerine kaydetmek zorunda olan kişilerdir. Bir müteahhidin çizdiği proje nedeniyle ödediği bedelin karşılığı olarak almak zorunda olduğu belgedir.

8. Vergi Usul Kanununa Göre Anlaşması Olmadığı Halde Belge Basanlar

Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak fatura, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, gider pusulası, perakende satış vesikaları (perakende satış fişi, makinalı kasaların kayıt ruloları, giriş ve yolcu taşıma bileti), sevk irsaliyesi, taşıma irsaliyesi, yolcu listesi, günlük müşteri listesi ve Bakanlıkça kullanılması zorunlu hale getirilen belgelerin basım ve dağıtımını Bakanlık veya defterdarlık ile matbaa işletmecileri arasında yapılacak bir anlaşmayla sağlanır. Defterdarlıklar kendi il sınırları içinde kalan matbaa işletmecileri ile anlaşma yapmaya yetkilidirler³⁸. Bakanlık veya defterdarlıkça yapılmış bir sözleşmesi olmadığı halde belge basan veya dağıtanlar kaçakçılık suçu faili olabilirler.

³⁸ Vergi Usul Kanunu Uyarınca Vergi Mükellefleri Tarafından Kullanılan Belgelerin Basım ve Dağıtım Hakkında Yönetmelik, RG, T 02.02.1985, S 18654. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=7.5.4667&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

Suç fiilini icra eden kişiler, Türk Ceza Kanunu sorumluluk hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

9. Vergi Usul Kanununa Göre Anlaşması Olmadığı Halde Basılan Belgeleri Bilerek Kullananlar

Yukarıda sayılan Vergi Usul Kanunu gereğince kullanılacak belgelerin sözleşmesi olmayan matbaalar tarafından basıldığını bilen ve bu belgeleri muhasebe kayıtlarında kullanan kişiler kaçakçılık suçu faali olabilirler.

Burada kanun koyucu suç faili olabilmek için bilme şartı getirmiştir. Bunun nedeni hangi matbaanın sözleşme yetkisi var olduğunun herkes tarafından bilinmemesidir.

B) KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA FİİLLER VE TEŞEBBÜS HALİ

1. Cezası Onsekiz Aydan Üç Yıla Kadar Hapis Cezası Olan Fiiller

a) Defter ve Kayıtlarda Hesap ve Muhasebe Hileleri Yapmak

Hesap ve muhasebe hileleri kanunda tanımlanmamıştır. Bunun nedeni hilelerin zaman içerisinde artabileceği ve tanım dışı kalan fiillerin cezalandırılabilme imkânının kalmaması endişesidir³⁹. Hile, belgeler ve muhasebe kayıtları üzerinde bilinçli ve kasıtlı olarak yapılan, kendiliğinden ortaya çıkması ihtimali olmayan hukuka aykırı işlemlerdir. Hile gizlenmesi gereken çoğu zaman devletin vergi kaybına da neden olabilecek fiillerdir. Bunları sayabilmek de imkânsızdır⁴⁰.

Bu suç fiili, hareketle netice arasında bir zaman farkı doğurabileceği için teşebbüs açısından elverişli olabilir. İhbar alan Cumhuriyet Savcılığının mükellefin işyerinde deftere kasten hileli bir hesabı yazarken suçüstü yakalaması, bilgisayar programı üzerinde hileli bir şekilde kayıt yaparken elektrik kesintisi⁴¹ üzerine vergi müfettişi tarafından yakalanması örneklerinde kaçakçılığa teşebbüs hükümleri uygulanması gerekecektir.

b) Gerçek Olmayan veya Kayda Konu İşlemlerle İlgisi Bulunmayan Kişiler Adına Hesap Açmak

Gerçekte olmayan kişiler adına hesap açma fiili bölünebilir nitelikte olması nedeniyle teşebbüse elverişlidir. Gelir gider arasındaki dengeyi sağlayabilmek için gelir fazlalığı olan mükellefin giderlerini arttırabilmek için gerçekte olmayan bir kişiye hizmet bedeli ödendi gibi göstermek için hesap açarken yakalanması durumunda elinde olmayan bir nedenle hareketlerini tamamlayamamıştır. Kaçakçılık suçu teşebbüs aşamasında kalır⁴².

³⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı, Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B. 4, Afyonkarahisar, 2018, s. 116.

⁴⁰ Muhasebe hile örnekleri için bkz. Bayraklı- Erkan- Elitaş, s.52.

⁴¹ Süheyl Donay, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.152.

⁴² Onur Özcan, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 239; Bayraklı, Vergi Ceza...,s.136.

c) Defterlere Kaydı Gereken Hesap ve İşlemleri Vergi Matrahının Azalması Sonucunu Doğuracak Şekilde Tamamen veya Kısmen Başka Defter, Belge veya Diğer Kayıt Ortamlarına Kaydetmek

Defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydetmek fiilinin neticesinin “vergi matrahının azalması sonucunu doğurması gereği” gibi algılanmaması gerekir. Zira kaçakçılık suçunun neticesi vergi kaybı değildir. Vergi kaybı meydana gelirse bu fiil vergi ziyayı kabahatini oluşturur. Bu bentte yazılı fiil “vergi matrahının azalması dolayısıyla vergi kaybı doğuracak bir fiil” şeklinde algılanması gerekir.

Hileli vergi suçları olarak düzenlendiği dönemde çift defter tutma olarak düzenlenmiş olan bu fiil günümüzde muhasebe defterlerine yazılması gereken bir işlemin başka bir defter, ajanda veya muhasebe programında yazılması halidir. Dolayısıyla hareket ve netice arasında bir zaman farkı olup mesafe suçlarındandır⁴³.

Bu fiile şu örneği verebiliriz. Vergi idaresine bildirdiği program üzerinde değil de başka bir bilgisayar programı üzerinde alış ve satışlarını yazarken yakalanan mükellef kaçakçılığa teşebbüs etmiş olur⁴⁴.

d) Defter, Kayıt ve Belgeleri Tahrif Etmek

Tahrif etmek, gerçeğe uygun olarak düzenlenmiş belge, defter ve kayıtlardaki rakam ve yazıların kimyasal bir madde ile silinmesi veya yerlerine başka rakamların yazılmasıdır⁴⁵. Defterdeki bir kaydı kimyasal bir madde ile silmeye başlayan mükellefin vergi müfettişi tarafından yakalanması olayında kaçakçılığa teşebbüs etmiş olur⁴⁶.

e) Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizlemek

Defter, kayıt ve belgelerin varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere ibraz edilmemesi saf ihmali suçlardan olduğu kabul edilmektedir. Saf ihmali suçlarda hareketin yapılmasıyla netice gerçekleşecek olması nedeniyle teşebbüse elverişli değildir⁴⁷. Bu fiil nedeniyle kaçakçılık suçuna teşebbüs edilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁴⁸.

⁴³ Özcan, s. 240.

⁴⁴ Bayraklı, Vergi Ceza..., s. 117.

⁴⁵ M. Kâmil Mutluer, Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir, 1979, s. 164.

⁴⁶ Özcan, s. 241; Bayraklı, Vergi Ceza...s. 117.

⁴⁷ Özcan, s. 242.

⁴⁸ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 117.

f) Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belge Düzenlemek

Belge düzenleme fiilinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması tartışmalıdır. Literatürde teşebbüs olabileceği ifade edilse de⁴⁹, bizim de katıldığımız görüş bu fiillerde teşebbüsün söz konusu olmayacağı noktasındadır⁵⁰. Çünkü düzenlenen belge herhangi bir mektup veya belge değildir. Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgeler kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca kullanma mecburiyeti getirilen belgelerdir. *“Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır”* (VUK md 227/3). Örneğin faturada yer alan bilgiler Vergi Usul Kanunu 230'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Henüz düzenleme aşamasında malın miktarı yazılmamışsa veya düzenleyen tarafından imzalanmamış ise bu belge Vergi Usul Kanunu açısından düzenlenmemiş sayılacak ve düzenlenmemiş belge için de ceza verme yoluna gidilmemesi gerekecektir⁵¹.

Bu yaklaşımlar içerisinde belge düzenlememe fiilleri nedeniyle kaçakçılığı teşebbüs söz konusu olmayacaktır.

g) Muhteviyatı İtibariyle Yanıltıcı Belgeleri Kullanmak

Belge kullanmak, alınan bir belgenin içerik olarak gerçeği yansıtmadığını bildiği halde yanıltıcı içeriği deftere kaydedilmesidir. Bunu örneklendirebiliriz. On ton olarak aldığı bir alış, satıcıyla beş ton olarak defterine yazarken yakalanan mükellef kaçakçılığa teşebbüs etmiş olur⁵².

2. Cezası Üç Yıldan Beş Yıla Kadar Hapis Cezası Olan Fiiller

a) Vergi Kanunları Uyarınca Tutulan veya Düzenlenen ve Saklama ve İbraz Mecburiyeti Bulunan Defter, Kayıt ve Belgeleri Yok Etmek

Suç fiili, saklanması ve istenildiğinde ibraz edilmesi gereken defter ve belgeleri ortadan kaldırma işlemidir. *“Bu Kanuna göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttıkları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikalari, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar”* (VUK md 253). Defter tutma mecburiyetinde olmayanlar da vergiden muaf esnaf, aldığı ticari mallar için fatura ve imzaladığı gider pusulalarının bir nüshası saklamak zorundadır. Defter tutmayan çiftçiler de imzaladıkları müstahsil makbuzlarını beş yıl süre ile saklamak ve ibraz zorundadır (VUK md 254). Bu mükelleflerin saklamak zorunda olduğu defter

⁴⁹ Şenyüz, s. 519; Özcan, s. 244.

⁵⁰ Yargıtay 11 CD Başkanı Sayın Hüseyin Eken'in "Vergi Usul Kanunu Çerçevesinde Vergi Suçları Sempozyumu, 14-17 Nisan 2016 – Afyonkarahisar" çerçevesindeki görüşleri.

⁵¹ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 118.

⁵² Bayraklı, Vergi Ceza...s. 118.

ve belgeleri yok etme aşamasında yakalanmaları durumunda kaçakçılık suçuna teşebbüs etmiş olurlar. Örneğin iş yerinde saklanması zorunlu olan defter ve belgeleri parça parça sobada yakarken vergi inceleme elemanı veya kolluk kuvvetleri tarafından yakalanan kişi kaçakçılık suçuna teşebbüs fiili nedeniyle cezalandırılması gerekecektir⁵³.

b) Defter Sahifelerini Yok Ederek Yerine Başka Yapraklar Koymak

Defterleri muhafaza görevi, defterlerin tasdik edildiği şekli ile beş yıl süre ile saklanmasını ve korunmasını ifade eder. Defterin bütünlüğünü bozacak şekilde yaprakların yırtılıp atılması veya yırtılan yapraklar yerine başka yaprakların konulmuş olması kaçakçılık suçunu oluşturur. Bu suç hareketi ani bir suç olmaması nedeniyle teşebbüse elverişlidir⁵⁴. Örneğin vergi miktarını artıracak büyük rakamların olduğu sayfayı yırtmış, diğer sayfaları da hazırlamakta iken yakalanan kişi kaçakçılık suçuna teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekir⁵⁵.

c) Belgelerin Asıl veya Suretlerini Tamamen veya Kısmen Sahte Olarak Düzenlemek

Sahte belge düzenleme suçunda da teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Çünkü düzenlenen belge herhangi bir mektup veya belge değildir. Vergi Usul Kanunu'nda yer alan belgeler kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanarak Maliye Bakanlığınca kullanma mecburiyeti getirilen belgelerdir. *"Bu Kanuna göre kullanılan veya bu Kanunun Maliye ve Gümrük Bakanlığına verdiği yetkiye dayanılarak, kullanma mecburiyeti getirilen belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşımaması halinde bu belgeler vergi kanunları bakımından hiç düzenlenmemiş sayılır"* (VUK md 227/3). Her şeyi tamam ama imzası olmayan, kaşesi olmayan belge düzenlenmemiş belge olacaktır⁵⁶.

Bu düşüncelerden hareketle sahte belge düzenleme suçunda da teşebbüsün söz konusu olmayacağı ileri sürebilir. Yargıtay'ın görüşü de faturanın imzasız olması nedeniyle VUK 359. Maddesine göre bir işlem yapılamayacağı noktasındadır⁵⁷.

d) Sahte Belgeleri Kullanmak

Sahte olarak düzenlenmiş bir faturayı alan kişi, defterine mal alışı olarak yazarken sahte belgedeki satıcı ismini yazmış ancak miktarı yazarken kolluk

⁵³ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 118.

⁵⁴ Mehmet Taştan, Açıklamalı- İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş B 2, Ankara, 2015, s 113.

⁵⁵ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 119.

⁵⁶ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 120.

⁵⁷ Yargıtay 11 Ceza Dairesi, E. 2017/11309, K. 2017/8665, T. 06.12.2017, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 24.02.2018.

kuvvetleri tarafından yakalanmış ise fiil kaçakçılık suçuna teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu fiil nedeniyle kaçakçılığa teşebbüs cezası ile cezalandırılması gerekecektir⁵⁸.

3. Cezası İki Yıldan Beş Yıla Kadar Hapis Cezası Olan Fiiller

a) Vergi Usul Kanunu Hükümlerine Göre Ancak Maliye Bakanlığı İle Anlaşması Bulunan Kişilerin Basabileceği Belgeleri, Bakanlık İle Anlaşması Olmadığı Halde Basmak

Maliye Bakanlığı veya defterdarlıkla yapılmış bir sözleşmesi olmadığı halde belge basma işinde hareket parçalara ayrılabilir niteliktedir. Neticesi harekete bitişik suç da değildir⁵⁹. Sözleşmesi olmayan bir matbaa belge basma konusunda bütün hazırlıklara başlamış ve makinaya basma komutunu vermiştir. Bu sırada makinede meydana gelen bir teknik arıza nedeniyle kâğıt sıkışmış ve tamirci çağrıldığı sırada vergi müfettişi veya kolluk kuvvetleri tarafından tespit edilen faaliyet kaçakçılık suçuna teşebbüs olarak nitelendirilecektir⁶⁰.

b) Maliye Bakanlığı İle Anlaşması Bulunmayan Kişilerin Bastığı Belgeleri Bilerek Kullanmak

Maliye Bakanlığı veya defterdarlık ile anlaşması olmadığı halde basılmış bir belge gerçek durumu yansıtmıyor olabilir. Ancak mükellefin bu belgeyi basan matbaanın yetkisi olup olmadığını her zaman bilebilmek kolay değildir. Her ne kadar anlaşmalı matbaalar internetten ilân ediliyor olsa da hayatın akışı içerisinde bunu takip edebilmek o kadar kolay değildir. Belgenin içeriğinde bir yanlışlığın olmadığını gören mükellefin sırf bunu basan matbaanın yetkisi yok diye cezalandırılması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu nedenle bu suçun işlenmesinde “bilme” şartı getirilmiştir.

Bilme, deftere kaydettiği belgenin yetkisiz matbaa tarafından basıldığını bilmesine rağmen umursamadan deftere kaydederken yakalanan kişi⁶¹ yetkisiz matbaanın bastığı belgeyi bilerek kullanma nedeniyle kaçakçılık suçuna teşebbüs etmiş olacaktır.

VII. KAÇAKÇILIK SUÇLARINA TEŞEBBÜSÜN SONUÇLARI

Ceza hukukunda teşebbüs aşamasında kalmış suçlara verilecek cezalar, tamamlanmış suçlara göre verilecek cezalardan daha düşük miktarda cezalandırmak şeklinde olmaktadır. Cezalandırma politikası meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre hâkim tarafından takdir edilerek cezada indirim yapılabilmektedir⁶².

⁵⁸ Bayraklı, Vergi Ceza...s. 120.

⁵⁹ Adnan Çavuş, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılık Suçları, Bata Yayınları, İstanbul, 2016, s. 231.

⁶⁰ Özcan, s. 245.

⁶¹ Özcan, s. 246.

⁶² Bayraklı, Vergi Ceza,...s. 122.

Ceza indirim miktarı veya oranı şöyledir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir. Kaçakçılık için öngörülen ceza “diğer ceza” grubu içerisinde yer aldığı için hâkim kararına göre ceza indirim oranı dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirimdir. İndirime esas temel ceza hâkim tarafından takdir edileceği için indirim sonrası ceza da buna göre belirlenecektir⁶³.

SONUÇ

Bu çalışmada Vergi Usul Kanunu 359’uncu maddesinde düzenlenen kaçakçılık suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı araştırılmaya çalışılmıştır. Öncelikle teşebbüs kavramı üzerinde durulmuş, tanımı ve özellikleri belirtilmiştir. Suça teşebbüs, suç failinin kasten işlenebilecek suçlarda suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamamasıdır.

Teşebbüs aşamasında kalan bir suç fiilinde hareket failin isteği dışında tamamlanamadığı gibi netice de gerçekleşmemektedir. Bazı özellikleri itibariyle teşebbüse benzeyen gönüllü vazgeçme, etkin pişmanlık ve teşebbüs suçlarından farklılıklar gösterir.

Teşebbüs suçun tamamlanmış haline göre kamu düzenini daha az tehlikeye sokacağı için ceza politikası açısından önemli bir kurumdur.

Suçun işleniş şekline göre olası kastla işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Taksirle işlenen suçlarda kast yokluğu nedeniyle teşebbüse elverişli değildir. Bunun gibi teşebbüs suçları da teşebbüs elverişli değildir. İhmalî suçlar, kabahatler ve işlenemez suçlar da teşebbüs söz konusu değildir. Bu konulara yer verilmesi kaçakçılık suçunun bu suç tiplerine benzeyip benzemediğini araştırmak içindir.

Vergi Usul Kanunu’nda teşebbüse ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda genel kanun olan Türk Ceza Kanunu’na başvurulması gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu genel kanun olması nedeniyle bu başvuru yapılmaktadır.

Kaçakçılık suçu failleri her bir kaçakçılık fiilini işleyebilecek kişilerdir. Bu nedenle kaçakçılık suçu faili vergi mükellefleridir denilemez. Kanunda sayılan suç fiillerini işleyen kişilerdir. Bu nedenle her bir kaçakçılık fiili ayrı ayrı incelenmiş ve failleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Kaçakçılık fiillerinden gizleme ve sahte veya yanıltıcı belge düzenleme dışında düzenlenen fiillere teşebbüs edilebileceği sonucuna varılmıştır. Bu aşamada daha önce kaleme aldığımız kitap ve makalelerde yer alan kaçakçılık suçunun neticesi harekete bitişik bir suç olduğu için yetkisiz belge basımı dışındaki fiiller nedeniyle teşebbüs edilemeyeceği konusundaki görüşlerimizi de bu çalışma vesilesiyle düzeltilmiş olmaktadır.

⁶³ Bayraklı, Vergi Ceza..., s. 122.

Teşebbüs aşamasında kalmış olan kaçakçılık suçu için kesilecek cezalar dörtte birden dörtte üçüne kadar indirimli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S. 1.

Aksoy İpekçioğlu, Pervin; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Artuk, M. Emin - **Gökçen**,Ahmet - **Alşahin**M. Emin- Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 12, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Aygün Eşitli,Ezgi, Kalkışma Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Bayraklı, Hasan Hüseyin Vergi Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş B. 4, Afyonkarahisar, 2018.

Bayraklı, Hasan Hüseyin, “Suça Teşebbüs Kavramı Ve Ceza Hukukunda Kaçakçılığa Teşebbüs Suçu”, İlhan Cemalcılar’ın Hatırasına Armağan, Eskişehir Anadolu Üniversitesi, 1990.

Bayraklı, Hasan Hüseyin, “Vergi Kaçakçılığı Suçuna Katılma (İştirak) ve Mali Müşavirlerin Adli Ceza Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 29, Ocak 2017.

Bayraklı, Hasan Hüseyin, “Vergi Kaçakçılık Suçunda Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 27, Eylül 2016.

Bayraklı, Hasan Hüseyin-**Bozdağ**, Ahmet;” Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, (Maliye Dergisi, Sayı 158, Ocak-Haziran 2010.

Bayraklı, Hasan Hüseyin-**Erkan**,Mehmet- **Elitaş**,Cemal, Muhasebe ve Vergi Denetiminde Muhasebe Hata ve Hileleri, Ekin Yayınları, Bursa 2012.

Candan Turgut, Vergi Suçları ve Cezaları, Maliye ve Hukuk yayınları, Güncelleştirilmiş B 3, yayın No 95, Ankara, 2010.

Çavuş Adnan, Suç Genel Teorisi Işığında Vergi Kaçakçılık Suçları, Bata Yayınları, İstanbul, 2016.

Donay,Süheyl, Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

Dönmezer,Sulhi-**Erman**,Sahir;Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, B. 5, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 422), İstanbul 1973.

Dönmezer,Sulhi-**Erman**,Sahir;Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, C. II, B. 5, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 360), İstanbul 1971.

Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C. I, B. 11, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 393, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.

Erman, **Sahir**, Vergi Suçları, İstanbul Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Prof. Dr. Nazım Terzioğlu Basım Atölyesi, İstanbul, 1988.

Hızlı,Yılmaz; Vergi Hukukunda Kaçakçılık Suçu, Ankara 1984.

Uğur Hüsamettin – **Elibol** Mert, Açıklamalı ve İçtihatlı Vergi Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Karagülmez,Ali, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Özel Kanunlarla İlişki Konusundaki Düzenlemenin (5. Maddenin) İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2004-4.

Taştan Mehmet, Açıklamalı- İçtihatlı Vergi Kaçakçılığı Suçları, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş B 2, Ankara, 2015.

Mutluer,M. Kâmil; Vergi Ceza Hukuku, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No: 214, Eskişehir 1979.

Özcan,Onur, Vergi Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

Özgenç,İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş B. 14, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Şenyüz,Doğan, Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları), Bası 8, (Ekin Yayınları), Bursa 2015.

Toroslu Nevzat – Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, B.24, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Tozman,Önder, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza Ve Ceza Usul Hukuku) Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2008.

Türay,Aras, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl: 2013, C. IX, S. 2.

Yıldırım Ali - Şimşek Hasan, Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, Seçkin Yayınları, B. 6, Ankara, 2008,

Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş B. 4, (Yetkin Yayınları), Ankara 2011.

Karakoç Yusuf, Vergi Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ KOŞULLARI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Conditions And Legal Results Of Differential Distribution By Transfer Pricing

Doç. Dr. Adil NAS¹

Geliş Tarihi: 14.05.2018

Kabul Tarihi: 02.10.2018

ÖZET

Diğer bir kısım vergilerde olduğu gibi, kurumlar vergisinde de vergi güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Kurumlar vergisinde öngörülen vergi güvenlik tedbirlerinden en önemlilerinden birisi de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hakkındaki güvenlik tedbiridir. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13.maddesinde düzenleme konusu yapılan bu güvenlik tedbirinin amacı, ilişkili kişilerle mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan gerçek kişi ve kurumların gelirlerinin tam ve doğru olarak beyan edilmesini sağlamak ve transfer fiyatlandırması yoluyla vergi matrahının aşındırılmasına engel olmaktır. Uluslararası ticaretin (özellikle aynı gruba bağlı şirketler arasında) artması, transfer fiyatlandırması konusunu uluslararası vergi hukuku alanında bir numaralı konu haline getirmiştir Ayrıca hemen belirtelim ki bu konu ulusal ve uluslararası düzeydeki büyük bir çekişmenin sebebini oluşturmaktadır. Ulusal düzeydeki şirketlerin ortaklarına daha fazla kar payı verme isteğine, kurumlar vergisini aşındırması nedeniyle vergi idareleri engel olmaya çalışmaktadır. Uluslararası düzeyde ise, çok uluslu şirketler (aynı nedenle) kazançlarını doğal olarak verginin hiç olmadığı veya vergi oranının düşük olduğu ülkelere aktarmak istemekte, bu da kazancın hangi ülkede vergilendirileceği konusunda devletlerarası bir çekişmeye yol açmaktadır.

Anahtar kelimeler: Transfer fiyatlandırması, örtülü kazanç, ilişkili kişi, emsalleme uygunluk ilkesi, vergi cennetleri.

ABSTRACT

As is the case with other taxes, tax security measures are foreseen in the corporation tax. One of the most important tax safeguards measures envisaged in corporation tax is the security measure for disguised profit distribution through transfer pricing. The purpose of this security measure, which is regulated in Article 13 of the Corporation Tax Law no. 5520, is to ensure that the income of real persons and institutions that are buying or selling goods or services with related persons is declared fully and correctly and prevents the tax base from being eroded by transfer pricing. The rise of international trade (especially among the same group affiliates) has made transfer pricing a number one issue in the field of international tax law. It is also immediately noted that this is the reason for a major contraction in national and international level. Taxpayers are trying to prevent national-level companies from wanting to pay more dividends to their shareholders and because they are corrupting corporate tax. At the international level, multinational corporations (for the same reason) want to transfer their earnings naturally to countries where there is no or no tax rate, which leads to an interstate controversy over which country income will be taxed. In order to prevent and resolve these strife, each country has signed international tax treaties because of the international dimension of the case, while each country has set its own tax laws. This institution, which was organized in the form of disguised gains in the old Tax Act No. 5542, has been rearranged considering the OECD Guide on Transfer Pricing. Differences arising from transfer pricing with the OECD have been reduced to the arrangements made.

Keywords: Transfer pricing, implicit earnings, related person, The Arm's Length Principle, tax havens

¹ Gaziantep Vali Yardımcısı. E-posta: adilnas@hotmail.com. ORCID ID: 0000-0001-5903-9063

Giriş

Kamu hizmetlerinin yürütmek için Devletin gelire ihtiyacı vardır. Bilindiği gibi kamu gelirleri içindeki en önemli gelir kaynağı vergilerdir. Vergi, Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağıdır. Devletin kendisine yüklenen görevleri ve istenilen kamu hizmetlerinin yerine getirebilmesi için bu hizmetlere karşılık olan kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak sağlaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, devlet varlığının nedeni olan faaliyetlerini ancak harcama yaparak gerçekleştirebilir. Bu harcamaları karşılamak için de bu güne kadar vergiden daha uygun bir finansman aracı bulunamamıştır². Nitekim, Vergi Ödevi Başlıklı Anayasa'nın 73.maddesi de, "herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür" şeklindeki bir düzenlemeyle, vergilerin bu özelliğini belirtmiştir.

Vergi ödevine bağlı olarak, vergi mükellefi ve sorumluları değişik vergi kanunlarına bağlı olarak vergi borcu altına girmektedir. Vergi mükellef veya sorumlularının vergi borcunun hesaplanması için öncelikle vergi matrahlarının hesaplanması gerekir. Vergi matrahlarının saptanmasında, vergi özelliğine göre değişik yöntemler uygulanabilmektedir. Bu yöntemlerden en önemlisi beyan yöntemidir. Beyan veya beyanname yöntemi, mükellefin vergi kanunlarına göre, bazı bildirimlerden başka, vergi matrahının bizzat tespiti ve vergi dairesine bildirmesidir. Beyan yöntemi mükelleflerin kendi vergiye tabi unsurlarını herkesten daha iyi bildikleri düşüncesine dayanır. Bu sebeple vergi dairesinin müdahalesi olmaksızın mükelleflerin, kanunlarda gösterilen vergi matrahlarını tespit etmeleri ve bunu bir beyanname ile kendi imzaları altında bildirmeleri en uygun ve normal bir şekil olarak kabul edilmektedir. Beyan yöntemi mükellefin bir itirafından başka bir şey değildir. Fakat itiraflar her zaman doğru ve içten olmayabilir. Bilerek veya bilmeyerek vergi matrahlarını eksik (ve bazen de fazla) gösteren mükelleflerin, bu beyanlarının araştırılması gerekir³. Başka bir deyişle, beyan yöntemiyle mükelleflere duyulan güvenin, uygulamaya yeterince dönüşüp dönüşmediğinin saptanması, olması gereken uygun bir şekilde davranmayanların saptanması ve bunlar hakkında yasaların öngörmüş olduğu işlem ve uygulamaların yapılması gerekmektedir⁴. Yasa koyucu, bunun için vergi güvenlik tedbirleri öngörmüştür. Burada adı geçen vergi güvenliği kavramı vergilerin konulması amacına uygun olarak, düzenli ve optimal hasılayı sağlayacak şekilde uygulamaları sağlayan tedbirlerin tümünü ifade etmektedir⁵.

² Halil Nadaroğlu, Vergi Güvenlik Önlemlerinin Niteliği ve Özellikleri, İstanbul, Kamu Maliyesi Enstitüsü Yayınları, 1980, S.20

³ Akif Erginay, Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1988, s. 86; Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 97.

⁴ Abdurahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara, Gazi Kitabevi, 2008, s. 98.

⁵ Şerafettin Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996, s. 270.

Vergi güvenliğini sağlayan tedbirleri genel ve özel güvenlik tedbirleri olmak üzere iki gruba ayırmak mümkündür. Genel nitelikteki vergi denetim kurumları, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenmiştir ve bu Kanunun kapsamındaki tüm kamu alacakları açısından fonksiyon görmektedir. Özel güvenlik tedbirleri ise gerekli görüldüğü ölçüde her biri özel vergi kanununda yer alan oto kontrol kurumlarıdır. Bilindiği gibi vergi kontrolü hem vergi idaresi ve hem de mükellefler bakımından vakit alıcı, maliyeti yüksek ve külfetli bir iştir. İşte mükellef veya vergi sorumlularını gerçeklere doğru beyana zorlamak için kendiliğinden kontrolün (oto kontrolün) sağlanması gerekir⁶.

Vergi güvenliği (oto kontrol) kurumlarıyla getirilen uygulamalarda gelirin düşüklük nedenleri mükelleflere sorulmaktadır. Mükelleflerin yaptıkları yeterli görülmemektedir. Bu durumda yapılan beyana itibar edilmeyerek, kanunla getirilen hükümler uygulanmaktadır.

Başta gelir vergisi olmak üzere diğer bir kısım vergilerde olduğu gibi, kurumlar vergisinde de vergi güvenlik tedbirleri öngörülmüştür. Kurumlar vergisinde öngörülen vergi güvenlik tedbirlerinden en önemlilerinden birisi de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım hakkındaki güvenlik tedbiridir. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13.maddesinde düzenleme konusu yapılan bu güvenlik tedbirinin amacı, ilişkili kişilerle mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan gerçek kişi ve kurumların gelirlerinin tam ve doğru olarak beyan edilmesini sağlamak ve transfer fiyatlandırması yoluyla vergi matrahının aşındırılmasına engel olmaktır.

Uluslararası ticaretin (özellikle aynı gruba bağlı şirketler arasında) artması, transfer fiyatlandırması konusunu uluslararası vergi hukuku alanında bir numaralı konu haline getirmiştir⁷. Dünya ticaretinde uluslararası şirketlerin %60'lık bir paya sahip olması bu konunun önemini daha da arttırmıştır⁸. Ayrıca hemen belirtelim ki bu konu ulusal ve uluslararası düzeydeki büyük bir çekişmenin sebebinin oluşturmaktadır. Ulusal düzeydeki şirketlerin ortaklarına daha fazla kar payı verme isteğine, kurumlar vergisini aşındırması nedeniyle vergi idareleri engel olmaya çalışmaktadır. Uluslararası düzeyde ise, çok uluslu şirketler (aynı nedenle) kazançlarını doğal olarak verginin hiç olmadığı veya vergi oranının düşük olduğu ülkelere aktarmak istemekte, bu da kazancın hangi ülkede vergilendirileceği konusunda devletlerarası bir çekişmeye yol açmaktadır. Bu çekişmeleri önlemek ve çözmek amacıyla her ülke kendi vergi kanunlarına hükümler koyarken, olayın uluslararası boyutu nedeniyle, uluslararası vergi anlaşmaları imzalamışlardır. OECD bu konuda öncülük ederek gerek yerli mevzuat gerekse uluslararası anlaşmalarda kullanılabilen

⁶ Aksoy, a.g.e., s. 270; Akdoğan, a.g.e., s. 98.

⁷ Liu Ping, Transfer Pricing, Custom Duties and VAT Rules: Can we Bridge The Gap?, WCR, s. 36.

⁸ John Neighbour, Transfer Pricing: Keeping, The arm's length Principle, OECD Observer, No 230, January 2002, s. 29.

prensip ve modelleri geliştirmiştir ve değişen şartlara göre geliştirmektedir⁹. Özellikle son zamanlarda fikri mülkiyetle ilgili transfer fiyatlandırmasının nasıl yapılacağı ile ilgili bir rehber geliştirmeye çalışmaktadır¹⁰. Aşağıda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusu ana hatları itibariyle incelenip değerlendirilecektir.

I. TANIM

Transfer fiyatlandırması, ilişkili kişiler arasında yapılan mal ve hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedeli ifade eder. Bu kavram ilişkili kişiler arasındaki mal ve hizmet alım satımlarının, iktisadi ve ticari koşullar dikkate alınarak nasıl belirlenmesi gerektiği yönündeki temel kuralların ortaya konulmasını sağlamaktadır. Örtülü kazanç dağıtımı ise kurum kazancının vergilendirilmeden kurum dışına aktarılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı”, ilişkili kişilerin aralarında yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerindeki fiyat ve bedeli emsallerinden farklı tespit etmek suretiyle vergi matrahını aşındırmaları ve kurum kazancının vergilendirilmeden ortaklara veya diğer ilişkili kişilere aktarılması sonucunu doğurmaktadır¹¹.

KVK'nun 13.maddesine göre de; transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunarak kazancın tamamen ve kısmen dağıtılması işlemidir.

Öğretide, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kavramı farklı şekillerde tanımlanmıştır. Yapılan bir tanımlamayı göre,¹² Bu kavram; bir sermaye şirketine veya vergilendirilmemiş gelirin, kârdan pay verme ya da sermayenin geri ödenmesi durumları dışında, ortaklara ya da onların yakınlarına aktararak kurumlar vergisi matrahından kaçırılmasını ifade etmektedir. Yapılan diğer değerlendirmeye göre de¹³; Transfer fiyatlandırması (transfer pricing) yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, bir kısım kurum, işlem ve faaliyetlerinin araç olarak kullanılması suretiyle, belirli kişi ve kurumlara vergilendirilmeden kazanç dağıtılması ile ilgilidir.

⁹ Erdoğan Öcal, Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu Transfer Fiyatlandırması (Örtülü Kazanç Dağıtımı Konusunda Ne Getiriyor?), Yaklaşım Dergisi, Ekim 2006, Sayı 166.

¹⁰ Hugh J. Ault, Some Reflections on The OECD and The Sources of International Tax Principles, Tax Notes International, Cilt 70, Sayı 12, Haziran 2013, s. 1998.

¹¹ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Ankara, Gelir İdaresi Başkanlığı, 2010, s. 2.

¹² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 341.

¹³ Erdoğan Öner, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara, Seçkin, 2012, s. 236.

Danıştay, örtülü kazanç dağıtımını, “mükellefin vergilendirilmemiş kazancının, yasal kazanç dağıtımı ya da sermayenin geri ödenmesi söz konusu olmadan ortakların yakınlarına aktarılması” şeklinde tanımlamaktadır¹⁴.

Yukarıda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç ile ilgili yapılan tanımlamaların ortak özelliği mükellefe ait kazancın tamamen ya da kısmen vergiye tabi tutulmaksızın kurum dışına çıkarılması ile ilgisi bulunmaktadır. Ayrıca örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için doğrudan ya da dolaylı bir ortaklık ilişkisinin ve menfaat aktarımının mevcut olması gereklidir.

II. HUKUKİ NİTELİK

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşleri, peçeleme ve muvazaa işlemleri olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür.

Birinci görüşe göre, örtülü kazanç dağıtımı bir peçeleme işlemidir¹⁵. Vergi yükümlüleri ve sorumluları özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacıyla yaptıkları işlemlere-sözleşmelere peçeleme işlemi veya sözleşmesi denir. Vergi mükellef veya sorumluları durumun gereklerine göre doğal olarak kendisine başvurulmayacak bir hukuki biçime vergi yasasını dolanmak amacıyla başvurulmaktadır. Başka bir deyişle vergi mükelleflerinin peçeleme işlemine başvurusu, kanuna karşı hilenin özel bir türüdür. Gerçekten vergi yasasının amacına göre, vergilendirme konusu olan iktisadi sonuca, vergi yasasının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal bir biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Peçeleme işlemi ile vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç, başka bir hukuksal kılıflandırma altında vergi dışı bırakılmak yasa bu yoldan dolandırılmak istenmektedir¹⁶. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, kurumlar ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak

¹⁴ Davacı şirketin ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere sermaye artırımından çok önce nakit kaynaklarını kullandırmaya başlaması, söz konusu şirketlere sermaye taahhüdünden daha fazla miktar da kaynak aktarması, sermaye artırımını yaptıktan sonra da kaynak aktarmaya devam etmesi ve ilgili dönem de sadece davacı şirketin her bir yanında bulunması dikkate alındığında, yasal olarak geçerli bir neden olmaksızın kendi kazancını azaltacak ve vergi kaybına yol açacak şekilde ortaklık ilişkisi için bulunduğu şirketlere faiz geliri elde edebileceği ya da finansman giderlerine katlanarak elde ettiği kaynaklarını karşılıksız kullanması ve bunun sonucunda bu şirketlere menfaat sağlanması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımına ilişkin koşulların gerçekleşmesi ve davacı şirketin kazancının tamamen ya da kısmen örtülü olarak dağıtıldığı sonucuna ulaşıldığından re'sen tarhiyat yapılması yasal olup, aksi yöndeki mahkeme kararından isabet görülmemiştir. Danıştay 4. Dairenin 17.02.2005 tarih ve E: 2004/1777, K: 2005/238 sayılı Kararı, <http://legalbank.net/belge>.

¹⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 28; Leyla Ateş, Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 34.

¹⁶ Selim Kaneti, Vergi Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Özden Kardeşler Matbaası, 1986/1987, s. 4.

tespit ettikleri bedel ve fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılmaktadır (K.V.K m.13). Örtülü kazanç uygulamasında alım, satım imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye ücreti ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler; her hal ve koşulda mal veya hizmet alım ya da satımı olarak kabul edilir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında yapılmış olan sözleşmeler yasanın öngördüğü ve adi yasal karine özelliği taşıyan peçeleme sözleşmeleri niteliğindedir¹⁷.

Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hukuksal olarak muvazaa niteliğinde bulunmaktadır. Esas olarak muvazaa kavramı borçlar hukuku kavramı olup, bu hukuk dalında yaygın olarak kullanılmaktadır. Borçlar hukukunda kullanılan bu kavramla ilgili yapılan bir tanımlamaya göre; muvazaa yada danışıklılık bir sözleşmede her iki tarafın iradeleri ile irade açıklamaları arasında bilerek ve istenerek, yani kasden yaratılmış uyumsuzluktur. Başka bir deyişle, bir beyanın karşı tarafında onayıyla yalnız görünürde (zahirin) yapılmasına, yani beyan edilen şeyin istenilen şey olmadığı hususunda tarafların uyuşmuş bulunmalarına muvazaa, bu şekilde yapılan muameleye de muvazaalı muamele adı verilir¹⁸. Buna göre, muvazaada irade ile irade açıklaması arasındaki uyumsuzluktan her iki tarafta haberdardırlar ve zaten muvazaada her iki tarafın da asıl amaç ve niyeti, yaptıkları sözde işlemle başkalarını aldatmaktır¹⁹.

Muvazaa kavramı borçlar hukuku yanında vergi hukukunda da uygulama alanı bulabilmektedir. Bilindiği gibi, vergi hukukuna egemen olan ilkelere ve özellikle işlem ve olguların iktisadi içeriğe göre değerlendirilmesi ilkesine aykırı olmadığı ölçüde, vergi hukuku alanında başvurulmuş özel hukuka özgü kavram ve kurumların, bu alanda kabul edilen genel anlam ve kapsamlarıyla uygulanması da hukuk düzeni birliğinin bir sonucudur²⁰. Bu açıdan vergi hukukunda özel hukuktan farklı bir muvazaa kavramı yaratmaya gerek yoktur. Özel hukukun muvazaa kavramı vergi hukuku açısından da geçerlidir. Böylece özel hukuk açısından diğerlerini yanıltmak için yapılan açık görünüşte sözleşme butlan nedeniyle geçersiz sayılacaktır. Vergi hukuku açısından da, açık görünüşte sözleşme geçersiz sayılacak, buna karşılık gizli sözleşme (saklanan) sonuçları istenen işlem olduğu için geçerli sayılarak vergilendirme işlemi yapılacaktır. Böylece, tarafların vergiden kurtulmak için yaptıkları işlem etkisini kaybetmiş olacaktır²¹. Başka bir deyişle, sözleşmeyi yapan taraflar, vergiyi doğuran olayı

¹⁷ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 28.

¹⁸ Turgut Akıntürk, Borçlar Hukuku, İstanbul, Beta, 2006, s. 46.

¹⁹ Akıntürk, a.g.e., s. 47.

²⁰ Akıntürk, a.g.e., s. 47.

²¹ Selahattin Tuncer, Vergi Hukuku ve Uygulaması, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2009, s. 32.

asıl amacından saptırarak ödenecek olan verginin konusu, matrahı, mükellefi ve tutarını ortadan kaldıran veya oranını düşüren sonuçlara ulaşmak istemeleri halinde, yapılan işlem vergi uygulaması açısından muvazaalı olarak kabul edilecektir²².

Yukarıda da ifade edildiği gibi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, muvazaalı bir işlem olarak, vergi yükümlülüğünün normal işletme faaliyetleri dışındaki uygulamalarla kurumlar vergisi matrahının azaltılması amaç ve sonucunu yaratmaktadır. Vergi matrahının örtülü kazanç dağıtımı yoluyla azaltılması, KVK'nun 13.maddesi uyarınca, vergi idaresini mükellefler nezdinde düzeltme yapmaya neden olacaktır. Düzeltme kavramı ile örtülü kazanç dağıtım müessesesi, muvazaa müessesine dönüşmüştür. Bu haliyle bu müessese kapsamıyla sınırlı olmak üzere, muvazaa hükümlerinin vergi hukukundaki karşılığı hüviyetine bürünmüştür. Adı geçen madde gereğince, incelenen mükellef nezdinde yapılan ve sadece mali karın tespiti konusunda geçerli olan eleştiri, düzeltme hükümleri ile eleştiriye uğramayan işlemin diğer taraflarını da kapsamaktadır. Düzeltme örtülü kazanç dağıtan gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin kazancını değiştirecektir. Örtülü kazanç dağıtımına taraf olanlar nezdinde yapılacak düzeltmeden kasıt, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin kazancını değiştirmekse, bu da müessesenin esasında tamamen muvazaa müessesesi olduğu sonucunu gösterir²³. Örtülü kazanç dağıtımını nedeniyle ticari bilançooya etki yapabilecek şekilde düzeltilebilecektir. Bu da işlemin muvazaalı olduğu görüşünü desteklemektedir.

III. HUKUKİ KOŞULLAR

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançtan bahsedebilmek için bir takım koşulların bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulları;

Bir kurum veya teşebbüs sahibi tarafından bir mal veya hizmet ya da satımının yapılmış olması,

Söz konusu kurumun veya teşebbüs sahibinin bu mal veya hizmet alım ya da satımın ilişkili kişilerde yapmış olması,

Bir mal veya hizmet alım ya da satımında “emsallere uygunluk ilkesine” aykırı olarak fiyat ve bedel tespit yapılmış olmasıdır.

²² Burhan Gündoğdu, Muvazaa ve Peçeleme, Yaklaşım, Ocak 2009, Sayı 193,<http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?30.12.2015>

²³ Mesut Koyuncu, Örtülü Sermaye Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Düzeltme Ne Demek?, Vergi Dünyası, Eylül 2006, Sayı 301,<http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?30.12.2015>

A. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ KURUMLAR VEYA TEŞEBBÜS SAHİPLERİ TARAFINDAN YAPILMASI

5422 Sayılı eski Kurumlar Vergisi Kanununda örtülü kazanç dağıtımının kapsamı oldukça dar tutulmuştu. Örtülü kazanç dağıtımı, tüm kurumlar vergisi yükümlülükleri için değil, yalnızca sermaye şirketleri için söz konusuydu. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda kapsam oldukça genişletilmiştir. Yeni kanunda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kapsamına, sermaye şirketleri yanında, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara iktisadi işletmeler, iş ortaklıkları da dahil edilmiştir (K.V.K. m.1). Kurumlar vergisine tabi mükellefler açısından kapsamın genişletilmiş olması, vergide eşitlik, adalet ve mali güç ilkelerine de uygun düşmektedir.

Ayrıca yukarıda bahsedildiği gibi Gelir Vergisi Kanununun 41. maddesi uyarınca teşebbüs sahipleri de, örtülü kazanç dağıtımı kapsamına dahil edilmiştir. Teşebbüs sahibi ifadesinden, ticari ve ziraî kazanç yönünden gelir vergisine tabi gerçek kişiler ile adi ortaklıkların ortakları, kolektif şirketlerin ortaklıkları, adi ve eshamlı komandit şirketlerin komandite ortaklarının anlaşılması gerekir. Kurumlar vergisi yanında gelir vergisinde örtülü kazanç dağıtımının kapsamına kısmen dahil edilmesi, bu müessesenin getirilmiş amacına uygun düşmektedir.

B. İLİŞKİLİ KİŞİ

1. Genel Olarak

KVK'nun 13. maddesinin 2. fıkrasında örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili önemli koşullardan biri olan ilişkili kişi kavramı ayrıntılı bir şekilde düzenleme konusu yapılmıştır. İlgili düzenlemeye göre ilişkili kişi, kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy kısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği vergi sisteminin, Türk Vergi Sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilere yapılmış sayılır. Burada görüldüğü gibi ilişkili kavramını, Kurumlar Vergisi Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ve vergi cennetleri olmak üzere üç ayrı açıdan incelemek mümkündür.

2. İlişkili Kişinin Kapsamı

a) Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından

Kurumlar vergisine tabi olan mükelleflerin gerçek ve tüzel kişi ortaklıkları ilişkili kişi kapsamında değerlendirir. Başka bir deyişle, kurumların doğrudan

veya dolaylı olarak sermaye payına sahip gerçek kişi veya kurum ortaklıkları ilişkili kişi kapsamında bulunmaktadır. Bu ilişkilerde ortaklık veya kâr payı hakkı oranı şartı aranmaktadır.

KVK'nun 13.maddesinde 6728 sayılı Kanunla yapılan değişikle, ilişkininin doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık yoluyla oluştuğu durumların örtülü kazanç kapsamında sayılması için en az % 10 oranında ortaklık payı veya kar payı hakkının olması şartı aranır.Ortaklık ilişkisi olmadan doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında oy veya kar payı hakkının olduğu durumlarda da taraflar ilişkili kişi sayılır.İlişkili kişiler arasında bu oranlar topluca dikkate alınır. Bakanlar Kurulu; ikinci fıkrada yer alan oranları, gerçek kişiler, kurumlar, doğrudan veya dolaylı ortaklar itibarıyla ya da ortaklık payının edinim şekline göre topluca veya ayrı ayrı %1'e kadar indirmeye, %25'e kadar çıkarmaya, oran şartını kaldırmaya; beşinci fıkrada yer alan süreyi beş yıla kadar artırmaya, belgelendirme yükümlülükleri ve bu yükümlülükler kapsamına, uluslararası anlaşmalar doğrultusunda, yurt dışında yer alan ilişkili kişilerin faaliyetlerine ilişkin bilgilerin dâhil edilmesi zorunluluğu getirmeye; bu bilgilerin uluslararası anlaşmalar çerçevesinde diğer ülkelerle karşılıklı olarak paylaşılmasına ilişkin usullerle transfer fiyatlandırması ile ilgili diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir(KVK .m.3).

Kurumların doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettiği diğer kurumlar ve şahıs şirketleri ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir. Ayrıca kurumun ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortaklıkları ilişkili kişi sayılır.

Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler, ortakların işleri, ortakların veya eşlerin üstsoy veya altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy kısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir. Eski Kurumlar Vergisi Kanununda buna benzer düzenlemeler olmakla²⁴ birlikte, yeni Kanundaki gibi, kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişilerin, ekonomik ve sosyal ilişki içinde buldukları gerçek kişileri de kapsayacak şekilde değildi. Ekonomik ve sosyal açıdan ilişki kişilerin tespit edilmesi kolay değildir. Bu konudaki değerlendirmeler sübjektif bir nitelik taşıyabilir. Bu açıdan 5520 sayılı Kanundaki bu düzenlemenin yerinde olmadığını değerlendirmekteyiz.

Kurum ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak ortak olduğu kurumlar ve şahıs şirketleri ile söz konusu kurum ve şahıs şirketlerinin diğer kurum ve şahıs şirketlerinin diğer kurum ortaklıkları ilişkili kişi sayılır.

Kurumun veya ortaklarının yönetimi veya denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bulunduğu gerçek kişilerden, ortaklık ilişkisi olmaksızın

²⁴ Şirket ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve fûrundan ve 3 üncü dereceye kadar (dahil)ken ve şehri hısımlarından şirketin idare meclis başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara da örtülü kazanç dağıtılabılır (5542 sayılı eski KVK. m. 17/3).

kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek kurumun yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdürü, üst düzey müdürleri ve kurum denetçileri gibi gerçek veya tüzel kişiler, anlaşılması gerekir.

KVK'nun 13.maddesinde ilişkili kişi kapsamında geçen nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar ifadesi kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki veya devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki nüfuzu altında bulundurma kavramı, tanımda geçerli bazı ölçütlere sahip olmakla beraber uygulamada sübjektif değerlendirmelere neden olabilecek bir kavramdır.

Gerçek kişi veya kurum ile başka gerçek kişi veya kurum arasında olağan ticaret faaliyet çerçevesinde sadece bayilik ilişkisinin bulunması halinde söz konusu gerçek kişi veya kurumlar bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili olarak kabul edilmektedir. Bayiliğin konusunu oluşturan mal ve hizmetler dışındaki gerçek kişi/kurum veya bayiler arasındaki işlemler ise ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeye tabi tutulur.

KVK'nun 13/2 maddesinde serbest bölgeler veya yurt dışında bulunan şubeleri ilişkili kişi kapsamında sayılmamasıdır. Eğer bir kurum, kurum kazancı elde etmişse, kurum kazancı üzerinden vergiye tabi tutulması gerekir. Kanunlardaki teknik boşluklar nedeniyle Türkiye'de vergi ödememesi önemli bir eksiklikler. İlgili kanunda yapılacak değişikliklerle serbest bölge dışındaki şubeler ilişkili kişi kapsamına alınmalıdır²⁵.

b) Gelir Vergisi Kanunu Açısından

Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler, gelir vergisi açısından ilişkili kişi olarak kabul edilmektedir.

Ayrıca teşebbüs sahibi bir şirkete doğrudan veya dolaylı olarak ortak ise teşebbüs sahibi ile söz konusu şirketler ilişkili kişi kapsamında değerlendirilir. Hemen belirtelim ki bu ilişkide sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi yoktur.

Gelir vergisi açısından doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketlerden, teşebbüs sahibinin doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu

²⁵ Vergilendirme ile ilgili transfer fiyatlandırması mevzuatı dışına çıkılarak Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi çerçevesinde değerlendirme yapılması yasalık ilkesine uygun düşmez (Olcaç Kolayoğlu, Serbest Bölge veya Yurtdışındaki Şubelerin Transfer Fiyatlandırması Yönünden Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Aralık 2015, Sayı 327, s.).

şirket/şirketlerin ekonomik ve ticari kararlarını etkileyebilecek ölçüde sermayesine, kâr payına ve oy kullanma hakkına sahip olduğu diğer şirketlerin anlaşılması gerekir.

c) Vergi Cennetleri Statüsü Açısından

Gerek gelir vergisi gerekse kurumlar vergisi mükellefleri yönünden, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk Vergi Sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması yoluyla Bakanlar Kurulu'nca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemlerle ilişkili kişilerle yapılmış sayılır (KVK. m. 13). Yapılan bu düzenlemenin temel amacı zararlı vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkeler veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılan bütün işlemlerde suiistimallerin önlenmesidir.

Türk Vergi Sisteminin oluşturduğu vergilendirme kapasitesinin altında bir vergilendirme yapılması zararlı vergi rekabeti olarak kabul edilmiştir. Vergi cennetleri ile ilgili KVK'nun 13. maddesinin 2 fıkrasındaki düzenleme, vergi limanları ya da vergi cennetleri (tax heavens) ile uluslararası mücadelenin bir yansıması olarak değerlendirilmelidir²⁶. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında bu fıkranın uygulanabilmesi için vergi cenneti kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Vergi cennetleri kavramıyla esas itibarıyla vergi rekabeti (özellikle haksız vergi rekabeti) ve transfer fiyatlandırması yapan ülkelerin anlaşılması gerekir²⁷.

C. Emsallere Uygunluk İlkesi (The Arm's Length Principle) Uyuma Koşulu

a) Genel Olarak

5442 sayılı Eski Kurumlar Vergisi Kanununun 17. maddesine göre, örtülü kazancın ortaya konulabilmesi için kurumların ilişkili kişilerle olan işlemlerinin emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedel üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemede kilit nokta emsal bedeldir. Değerleme ölçütlerinden biri olan emsal bedel Vergi Usul Kanunu'nun 267. maddesinde tanımlanmıştır. Burada yapılan tanımlamaya göre emsal bedel, gerçek bedeli olmayan, bilinmeyen ya da doğru olarak tespit edilemeyen bir iktisadi varlığın, değerlendirme yönünde satılması halinde emsaline göre taşıyacağı

²⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, a.g.e., s. 342.

²⁷ Vergi cenneti olan ülkeler yabancı yatırımcıya ülkelere çekmek amacıyla başta gelir ve kurumlar vergisi ile veraset ve intikal vergisi gibi vergiler olmak üzere bir çok vergiden vazgeçen ya da tamamıyla vazgeçmeksizin bu tür işletmelere sıfır veya kağıt üzerinde kalan göstermelik vergi oranları uygulayan, vergilerden kurtulmak için, muafiyetler, istisnalar ve indirimlere geniş bir alanda yer veren, önemli idari ve bankacılık kolaylıkları sunan, sermaye hareketlerine tam serbesti sağlayan, coğrafi ve fiziki yapısından ötürü yapmaya pek elverişli olmayan, yüzölçümü açısından küçük ülkelerdir.

değerdir. Başka bir deyişle, emsal bedel bir malın benzerlerinin satış bedeliyle karşılaştırılmak yoluyla belirlenen değeridir²⁸.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen yeni 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedel şeklindeki eski kanunda yer alan ifade yerine, emsale uygunluk ilkesinin uygulanmasını öngörmüştür. Uluslararası vergi hukukunda seksen beş yıldır uygulanan emsale uygunluk ilkesi, yeni kanunda OECD'nin uluslararası şirketler ve vergi idareleri için Transfer fiyatlandırması Rehberi esas alınarak tanımlanmıştır.

Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle, yapılan mal veya hizmet alım veya satımında uygulanan fiyat ya da bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat ya da bedele uygun olmasını ifade eder (KVK. m.13). Burada, emsallere uygun fiyat ya da bedel, aralarında ilişkili kişi tanımı kapsamında söz konusu bu fiyat ya da bedeli etkileyecek herhangi bir bağ, ilişki olmayan kişilerin, tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu, piyasa ya da pazar fiyat olarak adlandırılan tutar anlamına gelmektedir. Bu şekilde oluşan fiyat ya da bedel, işlem anında hiç etki olmaksızın objektif olarak belirlenen ideal tutardır.

Emsaller uygunluk ilkesi bir alışveriş işleminde, ilişkili ve ilişkisiz kişileri daha eşit bir konuma girmelerini sağlamaya çalışır. Bu vergilemenin amaçlarına da daha uygun düşmektedir.

Emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespitinde vergi mükelleflerinin uygulayabileceği dört ayrı yöntem ön plana çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu yöntemler OECD'nin Uluslararası şirketler ve Vergi İdareleri için Transfer Fiyatlandırması Rehberinde düzenleme konusu yapılmıştır. Bu yöntemler; karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış yöntemleri ve işlemsel kar yöntemleri olarak adlandırılmaktadır. Temel yöntemler olarak uygulama alanı bulan bu yöntemler aşağıda ele alınmıştır.

b) Emsallere Uygun Fiyat ya da Bedelin Tespitinde Kullanılan Yöntemler

1. Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek ya da tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak saptanmasını ifade etmektedir. Bu yöntemin uygulanabilmesi için ilişkili kişilerle yapılan işlemin, birbiriyle ilişkili olmayan kişilerin yaptıkları işlem ile karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekir. Burada karşılaştırılabilir nitelik kavramı, işleme konu mal veya hizmet ile işlemin koşullarının gerekli ilişkili

²⁸ Kaneti, a.g.e., s. 174.

kişiler arasındaki işlemlerde, gerekse aralarında ilişki bulunmayan kişilerin arasındaki işlemlerde benzer nitelikte olması anlamına gelmektedir.

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi özellikle işlem arasında ölçülebilir nitelikte küçük farkların bulunması halinde uygulama alanı bulmaktadır. İşlemler arasında farklılıkların büyük olması ya da farklılıkların ölçülebilmesinin yani somut bir biçimde, tespit işlemlerinde dikkate alınabilme olanağının mümkün olmaması durumunda, bu yöntemin uygulanmaması gerekir. Doğrudan karşılaştırma yapılmasına olanak veren bu yöntem, karşılaştırılabilir kontrol dışı işlemler için uygulamada en çok kullanılan yöntem özelliğini taşımaktadır. Başka bir deyişle karşılaştırılabilir nitelikte kontrol dışı işlemlerin bulunması halinde emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespiti durumunda emsallere uygunluk ilkesinin en dolaysız ve en güvenilir biçimde uygulandığı bir yöntem olması nedeniyle karşılaştırılabilir fiyat yöntemi diğer yöntemlere öncelikle tercih edilmektedir²⁹.

2. Maliyet Artı Yöntemi

Maliyet artı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını öngören bir yöntemdir. Burada makul brüt kâr oranı, söz konusu mal veya hizmet alım veya satım anında ilişkisiz kişilere satılması halinde uygulanacak fiyatı yansıtan kâr oranını ifade etmektedir.

Emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için uygulanan yöntemlerden olan maliyet artı yönteminde, maliyete makul bir kâr oranı eklemek yeterliyken, Vergi Usul Kanununun da emsal bedele ulaşmak için uygulanan maliyet bedeli esası ise farklı bir şekilde tespit edilmektedir. VUK'nun 267.maddesinin 2. fıkrasına göre, emsal bedel, belli edilecek malın maliyet bedeli bilinir veya çıkarılması mümkün olursa, bu takdirde mükellef bu maliyet bedeline, toptan satışlar için %5, perakende satışlar için %10 ilave etmek suretiyle emsal bedelini bizzat belli eder. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında emsale uygun fiyatın tespitinde uygulanan maliyet artı yönteminde maliyete makul bir kâr oranının eklenmesi, makul kâr oranının sübjektifliği nedeniyle uygulama da yanlışlıklara keyfiliğe yol açabilir. Makul bir oranın ne ifade ettiği kişiden kişiye değişebilir. Aynı durumda bulunan kişilere farklı bir makul kâr oranının uygulanması, Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine de uygun düşmeyecektir.

Maliyet artı yönteminde koşullar uygunsa işlemi yapan mükellefin bu mal ve hizmetlere ilişkin olarak ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı genel brüt kâr marjı (iç emsal), ideal oran olacaktır. Burada geçen iç emsal

²⁹ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ(Seri No 1) RG'nin 18.11.2007 tarih ve 26704 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

kavramının tanımlanmasında fayda vardır. İç emsal; Bir kurum, hem ilişkili olduğu kişiler hem de ilişki olmadığı kişilerle işlem yapıyorsa (mal veya hizmet alım satımı) ilişki olmadığı kişilerle yaptığı işlemler, ilişkili kişilerle yaptığı işlemler için emsal olarak değerlendirilmektedir. Burada, söz konusu kurumun işlemlerinin, transfer fiyatlandırması yönünden değerlendirilmesi bu emsale göre daha kolaydır³⁰.

Transfer fiyatlandırmasında emsale uygun fiyat ve bedelin tespitinde kullanılan maliyet artı yöntemi, karşılaştırılabilir fiyat yöntemine nazaran daha dar bir kapsamda uygulama alanı bulabilmektedir. Başka bir deyişle, bu yöntemin uygulama alanı oldukça kısıtlıdır. Bu yöntem özellikle hammadde yarı mamuller ile imal edilen mallara ilişkin işlemler, uzun dönemli satma ve satın alma anlaşmalarında ya da işletmelerin kontrol altında gerçekleşen hizmetlerde transfer fiyatının tespitinde rahatlıkla kullanılabilir³¹.

3. Yeniden Satış Yöntemi

Yeniden satış fiyatı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal ve hizmetlerin aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan gerçek ve tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak uygun bir brüt satış kârı düşürülerek hesaplanmasıdır (KVK. m. 13/4).

Belirtmek gerekir ki, bu yöntemde emsallere uygun fiyat ya da bedele ulaşmak için temel unsur, aralarında herhangi bir bağlantı bulunmayan gerçek ve tüzel kişilere yapılması muhtemel satış ve bu satışta uygulanacak fiyat ya da bedeldir. Varsayımlara dayalı olarak saptanan söz konusu fiyat ya da bedelden uygun brüt satış kârı, söz konusu mal ya da hizmet için işlem anında uygulanabilecek, piyasa koşullarına göre belirlenen ya da belirlenebilecek objektif nitelikte bir oran ile saptanan kârı ifade etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, işletmenin pazarlama maliyet yapısı ve bunun kâr karşılığı olan kâr payı kısmının tespit edilebilmesi ve işletmeler arası bu tür maliyet farkların uyumlaştırılabilmesidir. Bunun için düzeltme yapmaya ihtiyaç vardır³².

Yeniden satış yönteminde, kar tutarı düşüldükten sonra mal ya da hizmetin ilişkili kişilere satılmasında uygulanabilecek emsallere uygun fiyata ulaşılır.

Bu yöntem farklı ürünlerin söz konusu olduğu işlemler için uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle pazarlama ve dağıtım faaliyetleri gibi ilişkili şirketin satın

³⁰ Dış emsalde, transfer fiyatlandırması yönünden değerlendirmeye alınacak kurumun ilişkili kişilerle yaptığı işlemler, başka kurumların merkezi ile kıyaslandığı için iş emsala göre nispeten daha zor tespit edilebilmektedir (Olca Kolatoğlu, Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsal, Vergi Sorunları Dergisi, Haziran 2014, Sayı 109).

³¹ Sema Küçük, Örtülü Kazanç Dağıtımında Yeni Dönem, Yaklaşım Dergisi, Mart 2007, Sayı 171, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?30.12.2015>.

³² Düzeltme yapılmadığı sürece, kar marjları karşılaştırılamayacaktır (Küçük, a.g.y.).

aldığı mal veya hizmeti ilişkisiz kişilere sattığı işlemlerde güvenilir sonuçlara ulaşılmasını sağlamaktadır.

4. İşlemsel Kar Yöntemleri

İşlemsel kâr yöntemleri: Emsallere uygun fiyat veya bedelin tespitinde, ilişkili kişiler arasındaki işlemde doğan kârı esas alan yöntemleri ifade eder. Bu yöntemler, işleme dayalı net kâr marjı yöntemi ve kâr bölüşüm yöntemidir. İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi, mükellefin kontrol altındaki bir işlemde; maliyetler, satışlar veya varlıklar gibi ilgili ve uygun bir temele dayanarak tespit ettiği net kâr marjının incelenmesi esasına dayanır. Kâr bölüşüm yöntemi, ilişkili kişilerin bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin toplam faaliyet kârı ya da zararının, üstlendikleri işlevler ve yükledikleri riskler nispetinde ilişkili kişiler arasında emsallere uygun olarak bölüştürülmesi esasına dayanır(KVK.m.13).

5. Mükelleflerce Belirlenecek Diğer Yöntemler

Emsallere uygun fiyata ulaşmada 5520 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan ve yukarıda belirtilen yöntemlerden hiç birisi uygulanamıyorsa mükellef kendi belirleyeceği ve daha doğru sonuç verdiği inandığı bir yöntemi de transfer fiyatlandırmasına konu işlemlere uygulayabilir. Mükellefler, bu kapsamda uygulayabilecekleri yöntemleri tamamen kendileri belirleyecekleri gibi KVK'nun 13. maddesinde sayılmayan ancak OECD'nin Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri için Transfer Fiyatlandırması Rehberinde belirtilen ya da diğer ülkelerin uygulamalarında karşılanabilen yöntemleri de seçebileceklerdir.

Ancak hemen belirtelim ki, diğer yöntemlerin uygulanabilmesi için, karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış yönteminin ve işlemsel kar yöntemlerinin uygulama imkanının olmaması gerekir. Gerekli düzeltmelerin yapılabilir olması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde söz konusu dört yöntemden birisinin uygulama olasılığı varsa transfer fiyatının tespitinde başka yöntemler kullanılamaz³³. Yukarıda da ifade edildiği gibi, mükellefler ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı fiyat ve bedelleri, öncelikle geleneksel işlem yöntemlerinden maliyetlerine en uygun yöntemi kullanarak tespit ederler. Emsallere uygun fiyata geleneksel işlem yöntemlerinden herhangi birisiyle ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak diğer yöntemleri kullanabilir. (KVK. m. 13, 4/3). Hukukumuzda mükellefler en uygun yöntem üç aşamalı bir değerlendirmeyle ulaşılabilir. İlk olarak geleneksel işlem yöntemleri, ikinci olarak işleme dayalı kâr yöntemleri, üçüncü olarak bunların dışında mükellefin kendi belirleyeceği yöntemler dikkate alınarak en uygun yöntem saptanır. Transfer fiyatlandırması yöntemleri arasında sözü edilen hiyerarşi, Türk transfer fiyatlandırması

³³ Küçük, a.g.y.

kullanımına temel teşkil etmiş 1999 OECD Rehberinden alınmıştır. Emsale uygun fiyat ve bedele ilişkin tespitte kullanılan yöntemler arasında hiyerarşiyi öngören OECD düzenlemesi 2010 yılında yapılan bir düzenlemeyle ortadan kaldırılmıştır. 2010 OECD Rehberinde emsale uygun fiyat ve bedelin tespitinde en uygun transfer fiyatlandırması yöntemi benimsenmiştir³⁴. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili kurullarla, 2010 OECD Rehberinde kurallar açısından uyum sağlamak için, emsale uygun bedel tespitinde kullanılan yöntemler arasındaki hiyerarşik sistemin terk edilerek en uygun transfer fiyatlandırması yönteminin seçilmesinin yerinde olacağını değerlendirmekteyiz.

D. Hazine Zararı Koşulu

Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarındaki ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabulü hazine zararının doğması koşuluna bağlıdır (KVK. m. 13/7).

Örtülü kazanç dağıtımında Hazine zararının aranması koşulu, 5766 sayılı Kanunla Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesine eklenen 7. fıkra ile başlamıştır. Ancak hemen belirtelim ki Yasada düzenleme yapılmadan öncede, Danıştay verdiği bir kısım kararlarında örtülü kazanç dağıtımında bahsedebilmek için hazine zararının olması gerektiği şeklinde kararlar vermiştir³⁵.

Hazine zararı koşulu kapsamına tam mükellef kurumlar ile aynı vergi rejimine tabi Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcilikleri bulunan yabancı kurumlar dahildir. Burada belirtilen ilişkilerin dışında diğer ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde hazine zararı şartı aranmaz. Böylece aynı durumda bulunan vergi mükellef veya sorumluları farklı transfer fiyatlandırması kurallarına tabi tutulmuştur.

Hazine zararının örtülü kazanç dağıtımında bir ön koşul olarak öngörülmesi nedeniyle, bu kavramın tanımlanması gerekmektedir. KVK'nun 17. maddesinin 7. fıkrasında yapılan tanımlamaya göre, Hazine zararından, kasit emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik ve ya geç tahakkuk ettirilmesidir. Belirtmek gerekir ki burada yapılan tanımlama ile VUK'nun vergi zıyanı tanımlayan 341. maddesinin ikinci unsuru arasında benzerlik vardır. VUK'nun 341. maddesine göre, vergi zıyanı

³⁴ 2010 OECD Transfer Rehberi.

³⁵ Kurumlar vergisi Kanunu'nun 17. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca kazancın örtülü olarak dağıtılmış sayılmasında, değer koşullarla birlikte yapılan muamele sonucu bir vergi kaybına neden olunup olunmadığının tespiti gerekir (Danıştay 4. Dairenin 07.02.2006 tarih E: 2006/133 ve 2006/106 sayılı Kararı).

mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder. Görüldüğü gibi vergi yasalarına, zaman ya da içerik³⁶ yönünden aykırı davranılması nedeniyle, verginin zaman yönünden ya da tutar yönünden tahakkuk açısından bir eksiklik meydana gelmişse, vergi ziyayı var demektir. Yalnız tutar bakımından eksik tutar değil, geç tahakkuktada vergi ziyayı gerçekleşmektedir³⁷. Hazine zararı kavramında geçen, eksik tahakkuk ile geç tahakkuk ifadesi aynen vergi ziyayı tanımında da geçmektedir. Kavram kargaşasına mahal bırakmamak açısından, KVK'nun 17. maddesinin 7. fıkrasında geçen hazine zararı kavramı ve koşulunun yerine vergi ziyayı kavramının ve koşulunun kullanılmasının daha yerinde olacağını düşünmekteyiz.

IV. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIM İŞLEMİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. DÜZELTME

a) Birinci Düzeltme

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen KVK'nun 13. maddesinin 6. fıkrası; “daha önce yapılan vergilendirme işlemleri taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir hükmünü içermektedir. İlişkili kişiler arasındaki işlemlerde uygulanan fiyat/bedel emsaline uygun belirlendiğinden, emsal bedel/fiyatı dikkate alınarak vergiye tabi kazanç yeniden tespit edilir. Başka bir deyişle, vergi idaresi ilişkili kişilerle emsale uygun ilkesine aykırı olarak işlem yapan vergi mükellefinin vergiye tabi kazancını yani matrahını belirtecektir. Örtülü olarak kazanç dağıttığı tespit olunan vergi mükellefinin matrahında yapılan bu artırım “birincil düzeltme” olarak adlandırılır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar, kurumlar vergisi uygulamasında indirilebilecek bir gider olarak kabul edilmez (KVK. m.11/3). İndirimi kabul edilmeyen bu giderlerin matraha eklenmesi gerekir.

Örtülü kazanç dağıtımını şartlarının gerçekleşmesi durumunda, örtülü kazanç dağıtan kurum tarafından işlemin yapıldığı geçici vergi döneminde hesabın gerekli kıldığı düzeltme işlemleri yapılır. Hesap dönemi kapandıktan sonra transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını yapan kurumun düzeltme talebi, vergi idaresince VUK hükümlerine göre değerlendirilip sonuçlandırılır. Ancak hemen belirtelim ki yapılacak düzeltme talebi, tarh zamanaşımı süresi içerisinde gerçekleşmesi gerekir. VUK 114. maddesi uyarınca, tarh zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu beş yıllık sürenin başlangıcı vergi alacağının doğduğu takvim yılını izleyen takvim yılının birinci günüdür.

³⁶ Ateş, a.g.e., s. 63.

³⁷ Kaneti, a.g.e., s. 200.

b) Ek Düzeltmeler

Örtülü kazanç dağıtımında, düzeltme bir kere yapıldığında vergi mükellefinin ve ilişkili kişinin hesaplarında gerçeğe uygunluğu sağlamak için müteselsil düzeltmelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ek düzeltme olarak adlandırılan bu düzeltmeler kendi içinde, mütekebil düzeltme/karşı taraf düzeltmesi ve ikincil düzeltme olmak üzere iki ayrı kategoriye ayrılmaktadır³⁸

1. Mütekebil Düzeltme/Karşı Taraf Düzeltmesi

KVK 13.maddesinin 6.fıkrası uyarınca, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki koşulların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Bu düzenlemeye göre, transfer fiyatlandırması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımı nezdinde de bir eleştiri getirildiği zaman, örtülü kazanç dağıtılan mükellef nezdinde de bir düzeltmenin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle ilişkili işlemlerde, uygulanan fiyat/bedel emsaline uygun belirlenmediğinden, emsal bedeli/fiyatı dikkate alınarak inceleme konusu olan tarafta vergiye tabi kazanç yönünden belirlenmesi emsal bedeli ise fiilen uygulanan değer arasında fark dağıtılmış kâr kabul edilerek vergilendirilmekte, bu işlemin karşı tarafındaki ilişkili kişinin vergiye tabi kazancıda değişecektir. Eğer bu ilişkili kişide emsal bedelinin uygulanmasından önceki kazançta göre yapılan vergilendirme düzeltilmezse çifte vergilendirme kaçınılmazdır. Eski 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 17. maddesine göre yapılan tarhiyatlarda, madde hükmünde düzeltme ile ilgili bir hüküm olmaması ve tek bir mükellef açısından bakılma alışkanlığıyla karşı taraf düzeltmesi gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuştur. Halbuki transfer fiyatlandırmasının esası iki ya da daha fazla ilişkili kişiler arasındaki işlem ya da işlemlerden doğan kazanç paylaşımının, eğer taraflar ilişkisiz olsalardı nasıl dağılacaksa ona göre düzeltilmesidir³⁹.

Karşı taraf nezdinde düzeltmenin yapılabilmesi için, örtülü kazanç dağıtan kurum adına vergilerin değerlendirilmiş ve ödenmiş olması gerekir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtan kurumun, zamanaşımı süresi içinde düzeltme isteğinde bulunmuş olması durumunda, düzeltme sonucu tarh edilen verginin kesinleşip ödenmesi koşuluyla karşı tarafta da süreye bakılmaksızın gerekli düzeltme işlemi yapılır.

2. İkinci Düzeltme

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında ikincil düzeltmeler söz konusudur. KVK'nun 13. maddesinin 6. fıkrası uyarınca,

³⁸ Ateş, a.g.e., s. 83.

³⁹ Erdoğan Öcal, Transfer Fiyatlandırmasında Karşı Taraf Düzeltmesi Nereye Kadar, Vergi Sorunları Dergisi, Mayıs 2015, Sayı 320, s. 10.

tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, koşulların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Bilindiği gibi kâr payları, Gelir Vergisi Kanununun 75. maddesine göre menkul sermaye iradı olarak kabul edilmektedir. Kâr paylarının menkul sermaye iradı kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle, mükellefe (tam veya dar) bağlı olarak GVK'nun 94m veya KVK'nun 36. maddesine göre vergi tevkifatı yapılacaktır.

c) Düzeltme ve KDV

Örtülü kazanç dağıtımını mükellefin ilişkili kişiye yaptığı mal teslimleri ile hizmet fiyatlarının emsalinden daha düşük olarak belirlenmesi halinde ortaya çıkar. Bu durumda emsal fiyatıyla gerçekte ödenen bedel arasındaki fark dağıtılmış kabul edilerek mükellefin matrahına eklenir⁴⁰. Matrah aktarımına gidildiğinde katma değer vergisinin (KDV) de emsal bedele göre tamamlanması gerekir. Ancak KDV açısından olası bir eleştirinin hukuki dayanağı KVK'nun 13.maddesindeki düzenlemeler değil, Katma Değer Vergisi Kanununun 27.maddesinin 2.fıkrasıdır. Emsal bedele gönderme yapan bu hükme göre, bedelim emsal bedeline veya emsal ücretine göre açık bir şekilde düşük olduğu ve düşüklüğün mükellefçe haklı bir sebeple açıklanmadığı hallerde de, matrah olarak emsal bedeli veya emsal ücreti esas alınır. Ortaya çıkan bu sonuç kontrollü işlemin KDV'ye tabi bir tevkifatı konu edilmesi halinde mümkündür. Ancak hemen belirtelim ki Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesi ve KDV Kanununun 27. maddesinde yapılan işlemin fiyatı ya da bedeli ile emsal bedelinin farklı olması durumunda, emsal bedelinin dikkate alınacağı belirtilmekle beraber iki hüküm arasında dikkate alınması gereken önemli farklar söz konusudur⁴¹.

Ayrıca örtülü kazanç dağıtımında düzeltme yapılmasını, ek KDV tarhiyatının takip edip etmeyeceği her işlem türü bakımından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır⁴².

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, tartışma konusu yapılan konulardan birisi de KVK'nun 11/1 maddesi uyarınca kurum kazancının tespitinde gider kabul edilmeyen örtülü kazançlar ile örtülü sermaye kullanımı

⁴⁰ Erdoğan Öcal, Transfer Fiyatlandırmasında Riskten ve Çifte Vergilendirmeden Kurtulmanın Yolu: Düzeltme Zararlı Vergi Rekabeti ve Vergi Cezaları, Yaklaşım, Temmuz 2010, Sayı 211,s.19-20.

⁴¹ Kurumlar vergisi, bu karşılaştırmayı sadece ilişkili kişilerle yapılan işlemlerle sınırlamaktadır. Halbuki, KDV Kanunu'nda işlem yapılan tarafla herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ayrıca gönderme yapılan emsal bedeli farklıdır. Kurumlar vergisinde emsal bedeli, transfer fiyatlandırması için OECD tarafından da önerilen kendi özgü yöntemlerle belirlenmektedir. Oysa, KDV Kanunu'nda emsal bedeli, VUK'nun 267. maddesinde yer alan üç yöntemi kapsayan emsal bedeldir. Aynı işlemle ilgili iki farklı emsal bedelin uygulanması farklı sonuçlar doğurmaya neden olabilir (Öcal, a.g.e, s.24-25).

⁴² Ateş, a.g.e. s.64

nedeniyle ödenen faiz ve kur farklarına ilişkin katma değer vergisinin KDVK 30/d maddesi uyarınca indirip indirilemeyeceği ile ilgili bulunmaktadır. Bir görüşe göre, örtülü olarak dağıtılan kazancın veya örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz, kur farkları ve benzeri ödemelerin “kâr dağıtımı” sayıldığı, kâr dağıtım işleminin katma değer vergisine tabi bir işlem olmadığı, ayrıca her iki yasaklamanın da kurum kazancının aşındırılmasını önlemeyi amaçlayan oto kontrol müesseseleri olduğu, özel amaçlı bu düzenleme, KDV yönünden kullanılamaz⁴³. Bizimde katıldığımız ikinci görüşe göre, kanunen (KVK. m.11, KDV. m.30) kabul edilmeyen giderler, KDV açısından indirim tabi tutulmamalıdır. Gelir idaresi de bu görüşü paylaşmaktadır.

B. PİŞMANLIK VE ISLAH AÇISINDAN

Mükellef ve Bakanlık, belirlenen yöntemin zamanaşımına uğramamış geçmiş vergilendirme dönemlerine de tatbik edilmesini, Vergi Usul Kanununun pişmanlık ve ıslah hükümlerinin uygulanmasının mümkün olması ile anlaşma koşullarının bu dönemlerde de geçerli olması hâlinde, anlaşma kapsamına almak suretiyle sağlayabilir. Bu durumda, imzalanan anlaşma söz konusu hükümlerde yer alan haber verme dilekçesi yerine geçer, beyan ve ödeme işlemleri buna göre tekemmül ettirilir. Anlaşmanın geçmiş vergilendirme dönemlerine uygulanması sebebiyle daha önceden ödenen vergiler ret ve iade edilmez(KVK. m.13).

C. CEZALAR

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, teşebbüs sahibi ve kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları halinde, kendilerine Vergi Usul Kanunu’nun cezalara ilişkin hükümleri uygulanır. Başka bir deyişle, birçok ülkede (Amerika Birleşik Devletleri, Güney Kore) olduğu gibi⁴⁴, Ülkemizde de, örtülü kazanç hakkındaki kurallara uyulmaması halinde, mükellefler için özel ceza kuralları değil, VUK’nun öngördüğü genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili KVK’nun 13. maddesinde öngörülen kurallara uyulmaması halinde Vergi Usul Kanunu gereğince uygulanması gereken cezalar aşağıda ele alınmıştır.

Kaçakçılık suçları ve cezaları Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır. Kaçakçılık suçunu oluşturan fiiller Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde iki başlık altında toplanmıştır. Özellikle birinci başlık altında yer alan “defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi

⁴³ Sakıp Şeker, Örtülü Sermaye Kullanımı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Üzerine Bir Değerlendirme, Yaklaşım Nisan 2008. s.158

⁴⁴ Ateş, a.g.e. s.189

matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde kaydedenler” hükmü, örtülü kazanç dağıtımındaki aykırı fiillere uygulama bulacaktır. Bilindiği gibi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazancını dağıtan vergi mükellefleri emsale aykırı yaptığı alım satım sözleşmeleriyle hesap durumlarının doğru tespitini engelleyerek, vergi matrahını aşındırmaktadırlar. Bu eylem türü yukarıda da bahsedildiği gibi Vergi Usul Kanununun 359. maddesinin 1. fıkrasının a bendine girmektedir. Kaçakçılık suçlarına esas olarak verilecek cezalar, hürriyeti bağlayıcı nitelikteki cezalardır. Suç ayrıca da vergi kaybına da neden olduğu takdirde, hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, para cezaları verilebilmektedir⁴⁵.

Ancak kaçakçılık suçunun oluşması için gerekli hareketler yanında, suçun manevi unsuru olan kastında bulunması gerekir. Kasıt, failin vergi ödemeye veya eksik ödemeye yönelik iradesidir. Bir diğer deyişle, vergi zıyı bilinerek ve istenerek meydana getirilmişse, kaçakçılık söz konusu olur.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında kaçakçılık suçunun oluşması için gerekli hareketler yapılsa bile, şayet kasıt unsuru oluşmamışsa, kaçakçılık suçundan bahsedilemez. Vergi mükellefi kastının bulunmadığını ispat ederek, örtülü kazanç dağıtımı nedeniyle oluşabilecek kaçakçılık suçunu önleyebilecektir. Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında Vergi Usul Kanunu’nun 359. maddesinde belirtilen yazılı cezaların uygulanması 344. maddede yazılı vergi zıyı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (VUK. m.350).

b) Vergi Zıyı Cezası

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında emsallere uygunluk ilkesine uygun hareket edilmediğinde, mükellefe ek bir vergi matrahı çıkartılır. Ek vergi matrahına duruma göre ikmalen veya res’en vergi tarhi uygulaması ile vergi zıyı tespit edilir. Vergi zıyı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödemelerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder (VUK. m.3).

Emsallere uygunluk ilkesine aykırı hareket edildiğinde, ortaya çıkan vergi zıyı nedeniyle, vergi mükellefine vergi zıyı cezası uygulanır. Örtülü kazanç dağıtımında uygulanan vergi zıyı cezasında için özel bir oran öngörülmemiştir. Emsallere uygunluk ilkesine uygun hareket edilmediğine bağlı olarak vergi zıyına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında zıyı uğratılan verginin bir katı tutarında vergi zıyı cezası kesilir.

⁴⁵ M. Kamil Mutluer, Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 308.

c) Özel Usulsüzlük Cezası

Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinin değişik 1.fıkrasına göre verilmesi ve alınması icab eden fatura, gider pusulası, müstahsil makbuzu ile serbest meslek makbuzlarının verilmemesi, alınmaması veya düzenlenen bu belgelerde gerçek meblağdan farklı meblağlara yer verilmesi halinde: bu belgelere yazılması gereken meblağ farkının %10'u oranında özel usulsüzlük cezası verilmektedir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, ister ilişkili kişiler arasında gerçekleşen ticari işlemlerde bedel ya da fiyat ister emsale uygun olarak belirlenmiş istersede emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak saptanmış olsun her iki durumda da fatura v.b. belge düzenleme yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Fakat satılan mal ya da hizmetin karşılığında herhangi bir bedel/fiyat talep edilmemiş olması durumunda fatura v.b. belge düzenlenmiş olacaktır. Örneğin ilişkili kişi durumundaki şirkete ya da ortağa bedelsiz olarak finansman hizmeti sunulmuş olması halinde söz konusu finansman hizmetini sunan tarafsa hizmeti alan tarafa fatura ya da benzeri bir belge düzenlenmiş olabilir. Ya da emsallere aykırı veya uygun olarak belirlenen bir bedel/fiyat olsa dahi buna ilişkin olarak fatura v.b. belge düzenlenmiş olabilir. Burada da görüldüğü gibi fatura v.b. belge düzenleme yükümlülüğünü ihlal eden durumlar ortaya çıkabilir. Belge düzenine aykırı bu durumların gerçekleşmesi halinde, mükelleflere Vergi Usul Kanunu'nun 353/1 maddesi uyarınca özel usulsüzlük cezasının kesilmesi gerekir⁴⁶.

Ayrıca, emsallere uygun olmayan fiyat ya da bedel üzerinden fatura v.b. düzenlenmiş olması 353/1 maddesinde hüküm altına alınmış olan, düzenlenen belgelerde gerçek meblağlardan farklı meblağlara yer verilmesi durumuna karşılık gelmekte ve dolayısıyla olması gereken tutar ile belgede yer alan tutar arasındaki fark üzerinden özel usulsüzlük cezasının kesilmesini gerektirmektedir.⁴⁷

d) Usulsüzlük Suç ve Cezaları

Örtülü kazanç kapsamında, vergi idaresine ibraz etme zorunluluğu getirilen bilgi ve belgeleri belirlenen sürelerde vermeyenler hakkında 2. derece usulsüzlük cezası verilir. Bilindiği gibi, usulsüzlük; vergi kanunlarına şekle ve usule yönelik hükümlere uyulmamasıdır. Usulsüzlük cezaları ağırlık derecelerine göre 1. ve 2. derece usulsüzlük cezaları olmak üzere ikiye ayrılır (VUK. m.352).

VUK'un 352. maddesi uyarınca, vergi beyannameleri, bildirimler, evrak ve belgelerin kanunen belli şekil ve içerikleri ve ekleri ile bunlarla ilgili

⁴⁶ Hulusi Önder, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Tespiti Halinde Özel Usulsüzlük Cezası Kesilmeli midir?, Yaklaşım, Haziran 2015, Sayı 270. S.60

⁴⁷ Önder, a.g.m.s. 60

olarak yapılan diğ er düzenlemelere ilişkin hükümlere uyulmaması 2. derece usulsüzlük cezasının verilmesini gerektirmektedir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, mükellefler verecekleri beyannameye ek olarak transfer fiyatlandırması ve formunu düzenleyip ilgili vergi dairesine zamanında sunmaları gerekir. Mükellefler bu zorunluluğ u yerine getirmedikleri takdirde 2. derece usulsüzlük cezası ile karşı karşıya kalacaklardır.

SONUÇ

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını ilişkili kişilerin aralarında yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde fiyat veya bedeli emsallerinden farklı tespit etmek suretiyle vergi matrahını aşındırmaları ve kurum kazancının vergilendirilmeden ortaklara veya diğ er ilişkili kişilere aktarılması sonucunun doğ masına sebep olmaktadır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13.maddesinde düzenleme konusu yapılmış transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının amacı, ilişkili kişilerle mal veya hizmet alım yada satımında bulunan gerçek kişi ve kurumların gelirlerinin tam ve doğru olarak beyan edilmesini sağlamak ve transfer fiyatlandırması yoluyla vergi matrahının aşındırılmasını engellemektir..

Eski 5542 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda örtülü kazanç şeklinde düzenlenen bu müessese, OECD'nin Transfer fiyatlandırması ile ilgili Rehberi göz önünde tutularak yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemelere, OECD ile transfer fiyatlandırmasından kaynaklanan farklar azaltılmıştır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşmesi için gereken koşullardan birisi de hazine zararının doğmasıdır (KVK. m.13). Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ile ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir. Örtülü kazancın doğması için bir şart olarak öngörülen hazine kavramının yerine vergi zıyı kavramının kullanılmasının daha uygun olduğu değerlendirilmekteyiz. Yukarıda tanımlanan bu kavram, VUK'un 341. maddesinde düzenlenen vergi zıyı kavramı ile benzerlik göstermektedir. Benzer tanımları içeren kavramların farklı ifade edilmesi kavram kargaşasına yol açabilir.

Emsallere uygunluk ilkesi doğ rultusunda kurumların ilişkili kişilere yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat ve bedelleri, karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi ,yeniden satış fiyatı yöntemi ve işlemsel kar yöntemlerini kullanarak tespit ederler (KVK. m.13). Burada belirtilen yöntemlerin sırasıyla uygulanması gerekmektedir. Başka bir deyiş le yöntemler arasında bir hiyerarşi söz konusudur. Vergi mükellef veya sorumlularının, fiyat ve bedel tespitinde istedikleri yöntemi seçmelerinin, emsallere uygunluk ilkesine ulaşma açısından daha sağlıklı olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Akdoğan, Abdurahman. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara, Gazi Kitabevi, 2008

Akıntürk, Turgut. Borçlar Hukuku, İstanbul, Beta, 2006

Aksoy, Şerafettin. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1996

Ateş, Leyla. Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011

Hugh, J. Ault Some Reflections on The OECD and The Sources of International Tax Principles, Tax Notes International, Cilt 70, Sayı 12, Haziran 2013

Erginay, Akif. Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 1988

Gündoğdu, Burhan. Muvazaa ve Peçeleme, Yaklaşım, Ocak 2009, Sayı 193.

Kaneti, S. Vergi Hukuku, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Özden Kardeşler Matbaası, 1986/1987

Kolayoğlu, Olcay. Serbest Bölge veya Yurtdışındaki Şubelerin Transfer Fiyatlandırması Yönünden Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Aralık 2015, Sayı 327

Kolayoğlu, Olcay. Transfer Fiyatlandırmasında Gizli Emsal, Vergi Sorunları Dergisi, Haziran 2014, Sayı 109

Koyuncu, Mesut. Örtülü Sermaye Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Düzeltme Ne Demek?, Vergi Dünyası, Eylül 2006, Sayı 301.

Küçük, Sema. Örtülü Kazanç Dağıtımında Yeni Dönem, Yaklaşım Dergisi, Mart 2007, Sayı 171.

Mutluer, M. Kamil. Vergi Genel Hukuku, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006

Nadaroğlu, Halil. Vergi Güvenlik Önlemlerinin Niteliği ve Özellikleri

Neighbour, John. Transfer Pricing: Keeping The Arm's length Principle, OECD Observer, No 230, January 2002

Öcal, Erdoğan. Transfer Fiyatlandırmasında Riskten ve Çifte Vergilendirmeden Kurtulmanın Yolu: Düzeltme Zararlı Vergi Rekabeti ve Vergi Cezaları, Yaklaşım, Temmuz 2010, Sayı 211.

Öcal, Erdoğan. Transfer Fiyatlandırmasında Karşı Taraf Düzeltmesi Nereye Kadar, Vergi Sorunları Dergisi, Mayıs 2015, Sayı 320

Öcal, Erdoğan. Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu Transfer Fiyatlandırması (Örtülü Kazanç Dağıtımını Konusunda Ne Getiriyor?), Yaklaşım Dergisi, Ekim 2006, Sayı 166.

Öncel, Mualla. Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008

Önder, Hulusi. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtıldığının Tespiti Halinde Özel Usulsüzlük Cezası Kesilmeli midir?, Yaklaşım, Haziran 2015, Sayı 270.

Öner, Erdoğan. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara, Seçkin, 2012

Ping, Lu. Transfer Pricing, Custöm Duties and VAT Rules: Can we Bridge The Gap?, WCR

Şeker, Sakıp. Örtülü Sermaye Kullanımı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Üzerine Bir Değerlendirme Yaklaşım, Nisan 2008.

Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber, Ankara, Gelir İdaresi Başkanlığı, 2010, s. 2.

Tuncer, Selahattin. Vergi Hukuku ve Uygulaması, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2009

2022 SAYILI 65 YAŞINI DOLDURMUŞ MUHTAÇ, GÜÇSÜZ VE KİMSESİZ TÜRK VATANDAŞLARINA AYLIK BAĞLANMASI HAKKINDAKİ KANUNUN DEĞERLENDİRMESİ

The Evaluation Of The Law Regarding Putting Needy, Powerless And Lonely Turkish Citizens, Older Than 65 Years Old, On Salary

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI¹

Geliş Tarihi: 28.11.2017 Kabul Tarihi: 02.10.2018

ÖZET

Sosyal sigorta tekniği, işleyiş prensiplerindeki önemli üstünlüklerine karşın belli riskler karşısında toplumun ancak belli bir kesimine sosyal güvence sunmaktadır. Bu bakımdan salt sosyal sigorta tekniği, toplumun her bireyine insan onuruna yaraşır asgari bir ekonomik güvence sağlanması noktasında hedeflen amaca ulaşamayabilir. Bu noktada sosyal yardımlar, sosyal güvenlik sistemindeki boşlukları tamamlayan ve kapatan bir rol üstlenir.

Ülkemizde sosyal yardım uygulamaları bakımından en kapsamlı düzenleme 2022 sayılı "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun" dur. Nitekim söz konusu düzenleme, primli sistemin dışında kalan yaşlıların ve engellilerin sosyal risklere karşı korunmasını, aylık bağlanmasını ve sağlık hizmeti sunulmasını ihtiva etmektedir. Günümüze değin bir çok değişikliğe uğrayan 2022 sayılı Kanun son olarak 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Çalışmamızda; halk arasında "65 Yaş Aylığı" olarak da ifade edilen söz konusu sosyal yardım türü, 2022 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Güvenlik, Sosyal Yardım, 65 Yaş Aylığı, Muhtaçlık, Sağlık Hizmeti.

ABSTRACT

Despite the important advantages of the social insurance technique in the scope of its operational principles, it offers social security only to a certain segment of society against certain risks, which causes deficiencies in the aim of ensuring a minimum economic security, compatible with human dignity, for every individual of the society. At this point, welfare benefits play a role of complementing and closing the gaps in the social security system.

The most comprehensive arrangement in terms of social security applications , constituting one of the most important parts of the social assistance system which is being implemented in our country, and likely has the characteristics of protection is the law no 2022 on "the evaluation of the law regarding putting needy, powerless and lonely Turkish citizens, older than 65 years old, on salary." Hence, this regulation includes the protection of the elderly and the disabled against social risks, excluded from the social security system with social contributions, putting them on salary, and health care delivery. Law No. 2022, which has been modified until today, has lastly been amended by law dated 14/4/2016 and numbered 6704. The type of social assistance, which is also called "65-year-old pension" among the public, was intended to be investigated within the framework of law No. 2022 and related regulation in our study.

Keywords: Social Security, Social Assistance, Age 65 Allowance, Neediness, Healthcare.

¹ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı. E-posta: eyuvali@erciyes.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-7272-0897

GİRİŞ

Nüfusun yaşlanması, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan en önemli demografik olgudur. Nitekim toplumun yaş ortalamasının yükselmesinin istihdam, sağlık, çevre, eğitim, çevre ve toplumsal hayatı etkilediği gibi sosyal güvenlik hususunda da ciddi etkileri olmuştur². Dünyada ve ülkemizde yaşlı bireylerin yaşamlarını devam ettirmeleri, sosyal ve ekonomik standartları yükseltmeleri oldukça zor olduğu gibi ciddi anlamda finansman kaynaklarının bu meseleye aktarılmasını gerektirir. Ancak unutulmamalıdır ki; bir ülkenin muhtaç, yaşlı, engellilerine ne kadar sosyal güvenlik hizmeti sağlayabildiği o ülkenin ne derecede bir sosyal devlet olduğuyla doğrudan ilişkilidir³.

Ülkemizde koruma karakteri taşıyan sosyal yardım uygulamaları bakımından en kapsamlı düzenlemelerden biri 01.07.1976 tarihli ve 2022 sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” dur⁴. Günümüze değin bir çok değişikliğe uğrayan 2022 sayılı Kanun son olarak 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanunla⁵ değişikliğe uğramıştır ve ülkemizde uygulanmakta sosyal yardım sisteminin en önemli parçalarından birini oluşturmaktadır⁶. Zira Türk Tarihi’nin finansmanı doğrudan kamu kaynaklı, kapsamı belirgin ve modern nitelikli ilk sosyal yardım uygulaması “65 Yaş Aylığı” olarak da bilinen söz konusu hukuki düzenlemedir⁷.

2022 sayılı Kanunda sonradan yapılan değişikliklerle muhtaç durumdaki engelli vatandaşlar ve hatta belirli şartlar dâhilinde muhtaç engellilere bakan yakınlarını da kapsama alınmıştır. Bu bağlamda söz konusu Kanun gerek muhtaç yaşlı gerek muhtaç engelli vatandaşlarımızı kapsayan bir düzenleme mahiyetine kavuşmuştur. Görüldüğü üzere 2022 sayılı Kanun kapsamında yardımda bulunanlar gelirleri ve durumları bakımından toplum içinde en fazla korunmaya ihtiyacı olan kesimlerdir⁸.

² **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; “Yaşlılık ve Yaşlıların Sosyal Güvenliği Kapsamında 65 Yaş Aylığı Bağlanması İşlemleri”, Kamu-İş 2014; C:13, Sayı: 3/, s. 71

³ **Tuncay**, Can/**Ekmekçi**, Ömer; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2016. s. 746.

⁴ RG, 10/7/1976 , 15642.

⁵ RG, 26 Nisan 2016, 29695
(Değişik: 12.7.2013-6495/md. 73).

⁶ **Olgaç**, Cüneyt; “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanmasında Usul ve Esaslar”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl:12, sayı:61, s. 18.

⁷ **Alper**, Yusuf; Sosyal Sigortalar Hukuku, 7. Bası, Ağustos 2015, Dora Yayınları, Bursa 2015, s. 22.**Metin**, Onur; “Sosyal Politika Açısından AKP Dönemi: Sosyal Yardım Alanında Yaşananlar”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, s.186.

⁸ Özdamar, Murat/Çakar, Erden; “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması Ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, s. 172.

2022 sayılı Kanun'un aylık bağlanmasına ilişkin uygulama esaslarına ilişkin olarak bir çok Yönetmelik düzenlenmiştir. Nitekim söz konusu aylığın bağlanmasına ilişkin esaslar ilk olarak "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik"⁹ ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik 2022 sayılı 1 Temmuz 2006 tarihinden itibaren yürürlüğe giren "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik"¹⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Yönetmelik de "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik"¹¹ ile ilga olmuştur. Son olarak bu Yönetmelik de "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik"¹² ile yürürlükten kaldırılmış ise de söz konusu bu son Yönetmeliğin bir takım hükümleri 25.03. 2014 tarihli bir Yönetmelikle değişikliğe uğramıştır.¹³

I. 2022 SAYILI KANUNUN KAPSAMINDA OLANLAR

"65 yaş aylığından" yararlanabilecek olanlar 2022 sayılı Kanun'un ilk maddesinde belirlenmiştir. Söz konusu Kanunun ilk maddesinin ilk fıkrasına göre; "Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar, nafaka bağlanmış veya nafaka bağlanması mümkün olanlar veya 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre harçlık ödenenler hariç olmak kaydıyla, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilen 65 yaşını doldurmuş Türk vatandaşlarına, muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır"¹⁴. Söz konusu Kanun'un

⁹ RG, 06.01.1994, 21810.

¹⁰ RG, 20.06.2006, 26204.

¹¹ RG, 06.11.2010, 27751.

¹² RG, 25.01.2013, 28539.

¹³ Bkz.: "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik", R.G., 25.03.2014, 28952.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 29.05.2014 tarih 29014 nolu Resmi Gazete 'de yayımlanan 03.04.2013 T. 2013/52 E. 2013/52 K. sayılı içtihadı ile; 662 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesiyle 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş, Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "il veya ilçe İdare Heyetlerinden" ibaresinin "il veya İlçe Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarından", 8. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "il veya İlçe İdare Kurullarının" ibarelerinin "il veya İlçe Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma

ikinci maddesi itibariyle ise 65 yaş doldurulmamış olsa bile;

* Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda,

* İlgili mevzuat çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli olduklarını kanıtlayan, 18 yaşını dolduran ve talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda, aylık bağlanacaktır.

Görülmektedir ki; 2022 sayılı Kanun sadece 65 yaşını doldurmuş muhtaç durumdaki vatandaşlar için değil, belirli şartlar dâhilinde 01.07.2005 tarih ve 5738 sayılı Kanun ile birlikte engelli vatandaşlar için de aylık bağlanmasını öngörmüştür. Bunun yanında 2022 sayılı Kanun'un ikinci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; 18 yaşını tamamlamamış ve ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli oldukları kanıtlanmış durumundaki engelli yakınlarının bakımını üstlenen Türk vatandaşlarından, her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı 16 yaşından büyükler için belirlenmiş olan asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden daha az olan ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe ve bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmeleri kaydıyla, (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanır, hükmü öngörülmüştür. Bu itibarla belirli şartlar dâhilinde¹⁵ muhtaç engellilere bakan yakınlarına da aylık

Vakıflarının" şeklinde değiştirilmeleri, 6223 sayılı Kanun kapsamında olmadığından, bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline; iptal hükmünün kararın Resmi Gazete 'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

¹⁵ Nitekim söz konusu fıkranın ilk cümlesine göre engelli yakınına aylık bağlanabilmesi için nafaka bağlanan veya nafaka bağlanması mümkün olanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarının

bağlanması öngörülmüştür.

II. 2022 SAYILI KANUN BAKIMINDAN AYLIK BAĞLANMA ŞARTLARI

A. 65 YAŞINI DOLDURMUŞ VATANDAŞLAR BAKIMINDAN

1) Türk Vatandaşı Olmak

2022 sayılı Kanun itibariyle “65 yaş aylığı” bağlanması bakımından gerekli ilk şart, kişinin Türk Vatandaşı olmasıdır^{16,17}. Vatandaşlık koşulu sadece bu aylığın talep edildiği tarihte değil aynı zamanda aylığa hak kazanıldıktan sonra da aranır^{18,19}. Nitekim Türk vatandaşlığından çıkarılma ve Türk vatandaşlığı muhafaza edilmeksizin yabancı memleket uyuşuna girilmesi aylığın kesilme nedenlerinden biri olarak sayılmıştır (Yön md. 11-2/d).

2) 65 Yaşını Doldurmuş Bulunmak

2022 sayılı Kanun itibariyle yaşa bağlı olarak aylık bağlanabilmesine hak kazanılması bakımından kişinin 65 yaşını doldurması gerekir. Söz konusu Kanun’un ilk maddesine göre 65 yaşın tespitinde, doğum tarihlerinde yapılmış düzeltmeler nazara alınmaz (md. 1/son). Başka bir ifadeyle aylık için başvuran müracaat sahibinin 65 yaşını doldurup doldurmadığının tespitinde doğum tarihinde sonradan yapılmış düzeltmeler dikkate alınmaz²⁰.

herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun gelir veya aylık hakkından yararlanan durumunda ya da uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışan durumunda kendisine bakmakla yükümlü bir yakını bulunan engelli çocuklar bakımından yakınlarına aylık bağlanamaz.

¹⁶ **Sözer**, Ali Nazım; Türkiye’de Sosyal Hukuk, Ankara, 1994. s. 66.; **Uşan**, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s.67.; Özdemir, Cumhur Sinan; “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl:9, Sayı:41, Ocak-Şubat 2007, s.91.

¹⁷ 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü Ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik md. 11/d : “Türk vatandaşlığından çıkarılma, Türk vatandaşlığı muhafaza edilmeksizin yabancı memleket uyuşuna girilmesi tarihini takip eden ilk ödeme döneminin başından itibaren kesilir”

¹⁸ Göktaş, Murat/Çakar, Erden/Özdamar, Murat; Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 90.

¹⁹ 5901 sayılı Türk vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır.

Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder. Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı ise, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir.

²⁰ **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; s. 83.

3) Kimsesiz Olmak

2022 sayılı Kanun itibarıyla “65 yaş aılığına hak kazanabilmenin bir diğerk koşulu kimsesiz olmaktır. Başka bir ifadeyle başvuruda bulunan kişiyeye aylık bağlanabilmesi için kişiyeye kanunen bakmakla yükümlü bir kişinin bulunmaması gerekmektedir²¹. “Bakmak” ile kastedilenden barınma, yeme-içme, giyinme ve tedavi gibi her türlü ihtiyacın karşılanması anlaşılmalıdır²².

“Kanunen bakmakla yükümlü kimse”den ne anlaşılması gerektiği ise ilgili Yönetmelikte Medeni Kanun’un 364. maddesine atıf yapılması suretiyle açıklanmıştır²³. Buna göre; kanunen bakmakla yükümlü kimsesi bulunmayan, Türk Medeni Kanunu’nun 364 üncü maddesine göre tespit edilecek hiçbir yakını bulunmayan veya bu kapsamdaki bir veya birden fazla yakınından toplam olarak, 2022 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen tutara eşit veya daha fazla tutarda nafaka almayan veya alması mümkün olmayanları²⁴ ifade eder.

Medeni Kanun’un 364. maddesinde²⁵ “kanunen bakmakla yükümlü olma” durumu kişinin altsoy, üstsoy ve refah içinde bulunması koşuluyla kardeşleri bakımından öngörülmüştür. Ancak kocası, hükümlü, gaip veya akıl hastası olmayan evli kadınlar²⁶, 18 yaşından küçük olup anası veya babası olan çocuklar, güçsüzler yurdunda parasız bakılanlar (Belediye Kanunu md. 14/a), huzur evlerinde ücretsiz bakılanlar, ölüncüye kadar bakma akdi uyarınca kendilerine bakılanlar (Borçlar Kanunu md. 611), ceza ve tevkif evlerindeki tutuklu ve hükümlüler ve diğerk özel kanunlara göre bakım altına alınanlar, M.K. md. 364 anlamında bir yakını olmasa bile kimsesiz sayılmayacaklardır²⁷.

²¹ Uşan, Fatih; s. 68.

²² Gökaş, Murat/Çakar, Erden/Özdamar, Murat; s. 88.

²³ Bkz.: 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik md.7/7

²⁴ 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü Ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik md. 4-1/ç.

²⁵ Medeni Kanun madde 364- “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır. Eş ile ana ve babanın bakım borçlarına ilişkin hükümler saklıdır”.

²⁶ Bkz.: “Aylık veya aylık farkı hakkını kaybedenlere, aylıklarının kesilmesini gerektiren tarihten sonraki dönemler için yapılan ödemeler, Kurumun bildirimine üzerine mahalli maliye teşkilatı tarafından ilgililerden tahsil edilir. Yasa uyarınca çıkarılan yönetmelikte aylıkların kesilmesi şartları sayılarak belirlenmiş olup, sözü geçen maddenin f bendinde özürlünün evlenmesi hali aylık hakkının kaybedilmesi durumu olarak düzenlenmiştir. O halde, mahkemece; davalının özürlü aylığı alması halinin kalktığı gözetilmek suretiyle Kanun gereği davalıya ödenen aylıkların bilirkişi marifetiyle hesap edilip iadesine karar verilmesi gerekir”. **Yargıtay** 3.Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 17.01.2013, Esas Numarası: 2012/22939, Karar Numarası: 2013/594,(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

²⁷ **Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer**; s. 750.

Son olarak belirtelim ki; Medeni Kanun'un ilgili hükümlerince kendisine nafaka vermekle yükümlü yakınları bulunanlara nafaka bağlanmadıkça 2022 sayılı Kanun bağlamında "kimsesiz" olarak değerlendirilirler²⁸.

4) Muhtaç Olmak

Muhtaçlığı genel olarak tanımlamak gerekirse, kişilerin ihtiyaçlarını asgari ölçüde karşılamaya yetecek gelire sahip olamama durumu olarak ifade edilebilir²⁹. Muhtaçlığın dar ve geniş anlamda bir çok tanımı ve buna bağlı olarak geliştirilen ölçütleri söz konusu olsa da bizim için bu noktada önemli olan husus, 2022 sayılı Kanun bağlamında muhtaçlığın nasıl belirlendiği olacaktır.

2022 sayılı Kanun'a göre muhtaçlık belirlenirken asgari ücretin aylık net tutarı esas alınır. Kanun'un ilk maddesi uyarınca hangi ad altında olursa olsun kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3' ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz (6704 Sayılı Kanun /md.1/III). Dolayısıyla 2022 sayılı Kanun bağlamında kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3' ünden az olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler "muhtaç" olarak kabul edilirler³⁰.

Bahse konu hüküm 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun³¹ ile değişikliğe uğramadan önce ise; "her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı 16 yaşından büyükler için belirlenmiş olan asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz." şeklindeydi.

Görüldüğü üzere yeni düzenleme ile birlikte hane halkından birinin veya birilerinin gelirinde bir artış olduğu takdirde "65 yaş aylığı" alan kişinin aylığı kesilmeyecek ve hali hazırda "65 yaş aylığı" alamayan bazı kişiler de aylık almaya başlayabilecektir. Zira 6704 sayılı Kanun ile öngörülen değişiklik itibarıyla kişinin sadece kendisinin ve eşinin gelirlerinde bir artış söz konusu olduğu takdirde muhtaç sayılmayacaktır. Belirtelim ki; muhtaçlık sınırı belirlenirken

²⁸ **Göktaş**, Murat/Çakar, Erden/Özdamar, Murat; s. 88.

²⁹ **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; s. 83.

³⁰ **Güzel**, Ali/**Okur**, Ali Rıza/**Caniklioğlu**, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta yayınları, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 821.; **Korkusuz**, Refik/**Uğur**, Suat; Sosyal Güvenlik hukuku, ekin Yayınları, Bursa 2015, s. 99.

³¹ "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" Yayınlandığı Resmi Gazete: Tarih: 26 Nisan 2016 Sayı: 29695.

net asgari ücret esas alındığına göre asgari ücret tutarı değiştiğinde muhtaçlık sınırı da değişecektir³².

5) Başvuru ve Değerlendirme

2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanacak aylıklara ilişkin başvurular, kişilerin adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde kayıtlı ikametgâhının bulunduğu Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına yapılmalıdır (Yön. md. 5/I). Başvurular şahsen ve yazılı olarak yapılmalıdır³³. Yaşlıya vasi atanmış ise Mahkemece verilmiş olan vesayet kararının aslı veya noter tarafından onaylanmış sureti başvuru esnasında talep edilmektedir^{34, 35}.

“65 yaş aylığı” bağlanmasına ilişkin başvurular, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlıklarınca “ön inceleme” ve “sosyal inceleme” olmak üzere iki aşamalı bir değerlendirme sürecine tabi tutulur. Ön inceleme, müracaat belgelerinde herhangi bir eksiklik olup olmadığına ilişkin olarak yapılır ve eksik bir belge söz konusuysa yapılan başvurular kabul edilmez.

“Sosyal inceleme” ise yaşlılık aylığı bağlanacak kişinin evinin ziyareti ve çevre araştırmasından elde edilen bilgilerden oluşur (Yön md.6/I). Nitekim sosyal inceleme, başvuru formunda beyan edilen bilgiler ile merkezi veri tabanlarından yapılan sorgulamalar doğrultusunda elde edilen bilgilerin doğrulanması ve hanenin genel durumunun mahallinde tespit edilmesi amacıyla, vakıf personeli tarafından başvuruda bulunanın ikametgâhına ve çevresine gidilmek ve hane ziyaret bilgi formu doldurulmak suretiyle gerçekleştirilir (Yön md. 6/II). Sosyal inceleme ön incelemeden farklı olarak bir defaya mahsus olarak yapılmaz. Nitekim ilgili Yönetmelik uyarınca aylık almaya hak kazanan kişilerin sosyal incelemeleri her yıl yenilenir (md. 6/son).

Yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için başvuruyu müteakip yapılan ön ve sosyal inceleme aşamalarından sonra değerlendirme aşamasına geçilecektir. Bu aşama neticesinde sistem üzerinden yapılan sorgulamalar ve yapılan “sosyal inceleme” sonucunda elde edilen bilgiler itibarıyla kendisine ve eşine ait her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle kişi başına düşen geliri muhtaçlık sınırının altında olanlara söz konusu aylık bağlanır.

Yönetmeliğin md. 7/II’ye göre sistem üzerinden yapılan sorgulamalar³⁶ ve

³² Özdamar, Murat/Çakar, Erden; s. 172.

³³ Başvuru işleminin kanunî temsilciler tarafından yapılması hâlinde mahkemedan alınmış karar örneği, vekil tarafından başvuru yapılması hâlinde vekâletname örneği başvuru formuna eklenir (Yön md. 5/II).

³⁴ **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; s. 89.

³⁵ Yönetmelik md. 5/VI’ya göre; eksik belge ile yapılan başvurular kabul edilmez ve aylık başvurusu belgelerin tamamlanmasını müteakip sisteme işlenir.

³⁶ Burada sistem ile ifade edilen husus; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından oluşturulan ve yoksul ve muhtaç kişilerin başvurularının alınması, hane dosyalarının oluşturulması, kişisel verilerinin ve sosyo-ekonomik bilgileri ile servet unsurlarının merkezi veri tabanlarından sorgulanması, hanenin sosyo-ekonomik durumuna ilişkin mahallinde

yapılan “sosyal inceleme” sonucunda aşağıdaki kimseler yaşlılık aylığına hak kazanamayacaktır.

“a) Hangi ad altında olursa olsun sosyal güvenlik kurumlarından bir gelir veya aylık hakkından faydalananlar ile isteğe bağlı prim ödeyenler dahil olmak üzere sosyal güvenlik kurumlarına uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sigortalı olmayı gerektirecek şekilde bir işte çalışanlar,

b) 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanlar³⁷,

c) Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde nafaka bağlanmış veya bağlanması mümkün olanlar,

ç) Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde mahkeme kararıyla veya bir mevzuat gereği bağlanmış devamlı bir geliri bulunanlar,

d) Herhangi bir şekilde muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde devamlı gelir sağlayan ya da sağlaması mümkün olanlar,

e) Kamu veya özel kurum ve kuruluşlarda iâşe ve ibateleri dâhil olmak üzere sürekli bakımı yapılan veya yaptırılanlar,

f) Malları ve gelirleri devredilerek bir sözleşmeyle gerçek veya tüzel kişilerce kendilerine bakılanlar”.

2022 sayılı Kanun kapsamındaki aylıklara ilişkin tüm iş ve işlemler, başvuru tarihinden itibaren en geç bir ay içinde tamamlanır(Yön. md. 8/1). Değerlendirme vakıf mütevelli heyeti tarafından yapılarak söz konusu bir ay içinde başvuru kabul veya reddedilecektir^{38, 39}.

yapılan sosyal incelemeye ilişkin raporların tutulması, muhtaçlık kararının verilmesi, yardım ödemelerine ilişkin banka talimatlarının verilmesi ve gerçekleştirilen tüm yardımlara yönelik otomatik muhasebeleştirme eylemlerinin tamamının elektronik ortamda yürütüldüğü “Bütünleşik Sosyal Yardım Bilgi Sistemi”dir. Ayrıntılı bilgi için bkz.:(<http://sosyalyardimlar.aile.gov.tr/projeler/butunlesik-sosyal-yardim-bilgi-sistemi>).

³⁷ Söz konusu hüküm; SSGSSK’nun 60. maddesinde öngörülen genel sağlık sigortalısı sayılma şartlarını taşımamakla birlikte başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmadığı için genel sağlık sigortalısı sayılan vatandaşlara ilişkindir.

³⁸ “Yönetmelik hükümlerinin dayanağı yasa hükümlerine aykırı olması halinde üst hukuk normu olan yasa hükmünün uygulanacağı hukukun bilinen ilkelerindedir. Aylık bağlamada veya ödenmesinde uygulanacak usul ve kullanılacak belgelerin bir yönetmelikle tesbit olunacağı hükmü ile idareye sadece uygulama yöntemi ve kullanılacak belgeler konusunda düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu hükmeye istinaden yasa da öngörülen bir sürenin uzatılması veya başka bir takım esaslara bağlanması mümkün görülmemektedir” **Danıştay** 10. Daire, Karar Tarihi: 28.02.1990, Esas: 1989/ 1390,Karar: 1990/403.(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

³⁹ Vakıf Mütevelli Heyeti verdiği kararların, 2022 sayılı Kanun ve bu Yönetmelikte belirtilen hükümlerle, 2022 modülünden ve sosyal incelemeden elde ettiği bilgilere uygun olmasından sorumludur(Yön md.8/son) .

B. ENGELLİ VATANDAŞLAR BAKIMINDAN

1) Türk Vatandaşı Olmak

2022 sayılı Kanundan sadece Türk vatandaşları yararlanabilir. Bu bakımdan sadece 65 yaşını doldurmuş kişilerin değil, muhtaç engellilerin de 2022 sayılı Kanundan yararlanabilmeleri için Türk vatandaşı olmaları şarttır⁴⁰.

2) Engelli ve Muhtaç Olmak

2022 sayılı Kanundan yararlanabilmek bakımından 65 yaşın doldurulmasının yanı sıra;

* Başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek şekilde engelli olduklarını⁴¹ ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile kanıtlayan, 18 yaşını dolduran Türk vatandaşı engellilerden; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birisinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe(4.860) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda,

* İlgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli olduklarını kanıtlayan⁴², 18 yaşını dolduran ve talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan Türk vatandaşlarından; sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun bir gelir veya aylık hakkından yararlananlar ile uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışanlar veya nafaka bağlanmış ya da nafaka bağlanması mümkün olanlar hariç olmak üzere, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe (3.240) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda, aylık bağlanacaktır (md. 2/l-a,b).

* Nafaka bağlanan veya nafaka bağlanması mümkün olanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden her ne nam altında olursa olsun gelir veya aylık hakkından yararlanan durumunda ya da uzun vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olarak sigortalı olunması gereken bir işte çalışan durumunda kendisine bakmakla yükümlü bir yakını bulunan engelli çocuklar hariç olmak

⁴⁰ "Türk vatandaşlığından çıkarılma ve Türk vatandaşlığı muhafaza edilmeksizin yabancı memleket uyruğuna girilmesi" ilgili Yönetmelik bakımından aylığın kesilme nedenlerinden biri olarak sayılmıştır(Yön md. 11-2/d).

⁴¹ Toplam özür oranı % 70 ve üzerinde olmalıdır.

⁴² Toplam engellilik oranı % 40 ile % 69 arasında olmalıdır(Yön. md. 2/b).

kaydıyla; Türk vatandaşı olan, 18 yaşını tamamlamamış ve ilgili mevzuatı çerçevesinde alınacak sağlık kurulu raporu ile engelli oldukları kanıtlanmış durumundaki engelli yakınlarının bakımını üstlenen Türk vatandaşlarından⁴³, her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden daha az olan ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları tarafından muhtaç olduğuna karar verilenlere muhtaçlık hâli devam ettiği müddetçe ve bakım ilişkisini fiilen gerçekleştirmeleri kaydıyla aylık bağlanır⁴⁴ (md. 2/II).

Görülmektedir ki; üç tür engelli aylığı söz konusudur. Bunlar; başkasının bakımına muhtaç olan engelli aylığı, başkasının bakımına muhtaç olmamakla birlikte talebine rağmen Türkiye İş Kurumu tarafından işe yerleştirilememiş olan engelli aylığı ve 18 yaşının altındaki engelli yakını aylığıdır.

Daha önce de ifade edildiği üzere söz konusu aylığın bağlanabilmesi için engelli ve engelli yakını olmanın yanı sıra “muhtaç” olmak da gereklidir. Nitekim 2002 sayılı Kanuna göre bakıma muhtaç engellilerden ve engellilerden veya ikinci fıkra gereğince aylık bağlanacak engelli yakınlarından, her ne nam altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, 16 yaşından büyükler için belirlenmiş olan asgari ücretin aylık net tutarının 1/3'ünden fazla olanlar ile aynı tutardan fazla gelir sağlaması mümkün olan kimseler muhtaç kabul edilemez ve kendilerine aylık bağlanamaz (md. 2/III). Ayrıca 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu hükümlerine göre harçlık ödenenler de muhtaç olarak kabul edilemez ve kendilerine bu Kanun hükümlerine göre aylık bağlanamaz⁴⁵.

3) Başvuru ve Değerlendirme

2022 sayılı Kanundan yararlanabilmek bakımından “başvuru ve değerlendirme” süreci 65 yaşından büyük olanlar ve engelli-engelli yakını bakımından oldukça benzer olup ilgili Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiştir ki; bu sürece muhtaç yaşlılar ile ilgili kısımda değinmiştik.

⁴³ Kanunen bakmakla yükümlü olduğu ve fiilen bakımını gerçekleştirdiği, toplam engellilik oranı %40 ve üzerinde olduğu gibi 18 yaşını da tamamlamamış durumda özürlü yakını olanlar bu aylıktan faydalanabilecektir(Yön md. 2/c).

⁴⁴ 3.240 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda aylık bağlanacaktır.

⁴⁵ Ancak aylık almaya hak kazanacak şekilde engelli olduğunu belgeleyen ve herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan yetim olarak aylık veya gelir almakta olan çocuklardan bu kurumlardan aldıkları aylık veya gelir toplamı tutarları, bu madde gereğince durumlarına göre ödenebilecek tutardan daha az olanlara; aradaki fark ilgili sosyal güvenlik kurumu tarafından (birden fazla sosyal güvenlik kurumundan aylık veya gelir alanlar için yalnızca tercih edecekleri bir sosyal güvenlik kurumu tarafından) ödenir ve bu şekilde ödenen tutarlar Hazineден tahsil edilir (md. 2/son).

Dolayısıyla bu bahiste tekrara düşmemek için sadece engelli aylığı bakımından başvuru, inceleme ve değerlendirme aşamalarındaki farklılıklara değineceğiz.

Öncelikle belirtelim ki, yaşlılık aylığı başvurularında, herhangi bir belge talep edilmemesi esas iken engelliler ve 18 yaş altı engelli yakını bulunanlar için bağlanacak aylık başvurusu sırasında aşağıdaki belgeler talep edilmektedir;

* Engelli ve başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek durumda olanların başvurularında, engelli sağlık kurulu raporunun aslı ya da noter/hastane başhekimliği tarafından onaylı sureti veya Sağlık Bakanlığı veri tabanından elektronik olarak paylaşılan rapor bilgileri kabul edilir. Bununla birlikte özürlü sağlık kurulu raporu suretlerine Vakıf Müdürlerince, aslının ibraz edilmesi kaydıyla “aslı gibidir” onayı verilir.

* 18 yaş altı özürlü yakını aylığı başvurularında; özürlü sağlık kurulu raporunun yanında, kanuni velisinin olmadığı durumlarda atanmış vasilere ilişkin mahkemece verilmiş vesayet kararının aslı ya da noter tarafından onaylı sureti istenir (Yön. md. 5/V). Kişinin yaşlı veya engelli aylığı alması, fiilen bakımını üstleneceği engelli yakını bulunması durumunda engelli yakını aylığı almasına engel teşkil etmez (Yön md. 7/V).

C. 2022 SAYILI KANUN BAKIMINDAN AYLIK BAĞLANMASI VE AYLIĞIN DURDURULMASI, KESİLMESİ, GERİ ALINMASI

1) Aylık Bağlanması

2022 sayılı Kanuna dayalı olarak bağlanan aylıkların başlangıç tarihi, ilgililerin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına yapacakları yazılı müracaatlarını takip eden aybaşıdır⁴⁶. Söz konusu aylıklar, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı⁴⁷ tarafından belirlenecek ödeme gün ve dönemlerinde peşin olarak ödenir^{48, 49}. Aylığa hak kazanma başlangıç tarihi ile ilk aylık ödemesinin yapıldığı ödeme döneminin ilişkin olduğu aya kadar olan haklar için ise defaten ödeme yapılır. Başka bir ifadeyle aylığa hak kazanma başlangıç tarihinden ilk aylık ödemesinin yapıldığı ödeme dönemine kadar olan aylık hakları bakımından, aylığın bağlandığı tarihi takip eden ilk ödeme döneminde toplu ödeme yapılacaktır⁵⁰.

2022 sayılı Kanun bakımından söz konusu aylıklar, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden ödenir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları, gerektiğinde;

⁴⁶ **Yüksel**, Hasan; Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2016, s. 265.

⁴⁷ 12/7/2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesiyle, 2022 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “Sosyal Güvenlik Kurumu” ibaresi, “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı” şeklinde değiştirilmiştir.

⁴⁸ Üçışık, H.Fehim; Sosyal Güvenlik Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul 2015, s. 102.

⁴⁹ Aylıkların ödeme gün ve dönemleri Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından belirlenir. Belirlenen gün ve dönemlerde ödemeler; hak sahiplerinin kendilerine veya durumlarına göre vekillerine, vasilerine, kayyumlarına veya velilerine peşin olarak yapılır (Yön md. 9/III).

⁵⁰ **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; s. 92.

aylık almak için başvuruların kendilerinin ve nafaka yükümlülerinin gelir, yaşam düzeyi ve varlıkları hakkında, belirleyeceği yöntemlerle inceleme yapmaya ve yaptırmaya, özel veya resmi idare, müessese ve ortaklarından ve şahıslardan bilgi ve belge istemeye yetkilidir (md. 8/I).

2022 sayılı Kanuna dayalı olarak ödenecek olan aylıklar, aylık türlerine göre; 65 yaş üzerindeki için 2022 sayılı Kanunun ilk maddesinde öngörölmüş olan (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımından bulunacak tutarda, engelli ve 18 yaş altı engelli yakını aylığı: 2022 sayılı Kanunun ilk maddesinde öngörölmüş olan (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunan tutarın %200'ü tutarında, başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek derecede engelli aylığı: 2022 sayılı Kanunun ilk maddesinde öngörölmüş olan (2.332) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunan tutarın %300'ü tutarında, hesaplanarak ödenir⁵¹.

2) Aylığın Durdurulması

2022 sayılı Kanun'un uygulanması bağlamında aylık almakta iken ikametgâhını başka vakfın görev alanına girecek şekilde değiştirenlerin aylıkları geçici olarak durdurulur. Kişilerin bir yıl içinde yeni ikametgâhlarındaki ilgili vakfa başvurmaları gerekmekte olup muhtaçlığının devam ettiğinin Mütevelli Heyeti tarafından tespiti halinde aylıkları durdurulduğu tarihten itibaren yeniden başlatılarak hak ettiği aylıklar takip eden ilk ödeme döneminde ödenir. Yine süreli raporu bulunanlar için, raporun Sağlık Bakanlığı veri tabanından temin edilemediği durumlarda, rapor süresi dolmasına rağmen yeni raporunu Vakfa teslim etmeyenlerin aylıkları geçici olarak durdurulur. Rapor süresinin dolum tarihinden itibaren bir yıl içinde yeni rapor getirilmesi halinde geçici olarak durdurulmuş olan aylıklar, durdurulduğu tarihten itibaren yeniden başlatılarak takip eden ilk ödeme döneminde ödenir (Yön. md. 11/I)

3) Aylığın Kesilmesi ve Geri Alınması

Yaşlılık ve engellilik nedeniyle aylık bağlananlarının aylıklarının hangi hallerde kesileceği 28539 sayılı Yönetmelik md. 11/II'de belirtilmiştir. Bu hükme göre aşağıdaki hallerde aylıklar ilk ödeme döneminin başından itibaren kesilir:

a) Ölüm,

b) Feragat,

c) 18 yaş altı özürlü yakını aylığı alanlar için özürünün 18 yaşını doldurması,

ç) 18 yaş altı özürlü yakını aylığı alanlar için bakıcı ile bakılanın aynı hanede ikamet etmediğinin, aynı hanede ikamet etse dahi fiili bakımın gerçekleşmediğinin ve aylığın özürlü için kullanılmadığının tespit edilmesi,

⁵¹ Bkz.: Yön. md. 9/IV.

d) Türk vatandaşlığından çıkarılma, Türk vatandaşlığı muhafaza edilmeksizin yabancı memleket uyruğuna girilmesi,

e) Süreli raporu bulunanlar için rapor süresi dolmasına rağmen yeni raporun bir yıl içinde Vakfa teslim edilmemesi,

f) Aylık almakta iken ikametgâhını başka Vakfın görev alanına girecek şekilde değiştirenler için bir yıl içinde yeni ikametgâhlarındaki Vakfa başvurulmaması,

g) Aylığın bir yıl boyunca aralıksız olarak alınmaması,

ğ) Yedinci maddenin ikinci fıkrasının (a), (b), (ç), (e) ve (f) bentlerinde belirtilen sebeplerle⁵² ya da muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde nafaka almakta olması veya gelir elde etmekte olması sebepleriyle aylık bağlanması koşullarının kaybedilmesi,

h) Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde gelir elde edebilecek olması veya nafaka alabilecek olması ya da başka sebeplerle muhtaçlık halinin ortadan kalktığı tespit edilmesi”.

Aylığı kesilenlerin yeniden aylık talebinde bulunmaları halinde başvurular yeni başvuru olarak değerlendirilir. Engelli sağlık kurulu raporu geçerlilik süresi “sürekli” olanların kesilme tarihinden itibaren beş yıl içerisinde aylık talebinde bulunmaları halinde rapor istenilmez(Yön md. 11/son).

Aylık almakta olanlar veya aylık sahiplerinin eş, anne, baba, vasi, kayyum, veli veya vekilleri, aylıkların kesilmesini gerektiren durumları üç ay içinde ilgili Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına bildirmekle yükümlüdürler (Yön. md.14/I). Söz konusu yükümlülüğe uyulmadığı ve bu nedenle yersiz olarak aylık alınmaya devam edildiği takdirde kendilerine yapılan ödeme tarihinden geri tahsil edildiği tarihe kadar geçen süre için hesaplanacak kanuni faiziyle birlikte Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca borç tahakkuk ettirilerek, takip ve tahsili sağlanır⁵³.

⁵² Söz konusu hükümdeki sebepler şunlardır; - Hangi ad altında olursa olsun sosyal güvenlik kurumlarından bir gelir veya aylık hakkından faydalananlar ile isteğe bağlı prim ödeyenler dahil olmak üzere sosyal güvenlik kurumlarına uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sigortalı olmayı gerektirecek şekilde bir işte çalışmak, -31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılmak, - Muhtaçlık sınırına eşit veya üzerinde mahkeme kararıyla veya bir mevzuat gereği bağlanmış devamlı bir geliri bulunmak, - Kamu veya özel kurum ve kuruluşlarda işe ve ibateleri dâhil olmak üzere sürekli bakımı yapılan veya yaptırılanlar,- Malları ve gelirleri devredilerek bir sözleşmeyle gerçek veya tüzel kişilerce kendilerine bakılmak.

⁵³ İlgili Yönetmelik uyarınca süresi içinde bildirim yükümlülüğüne uyulmuş olmakla veya aylık hakkından feragat talebinde bulunulmakla birlikte, süresinde aylık kesme işlemi yapılmayarak aylıkların ödenmeye devam olunması durumunda geri tahsil olunacak aylık tutarları için kanuni faiz veya Tüketici Fiyatları Endeksi (TÜFE) aylık değişim oranlarına göre ayrıca bir fark alınmaz (Yön md. 14/II).

2022 sayılı Kanun kapsamında gerçeğe aykırı belge düzenleyenlerin de aylıkları geri alınacağı gibi bu kimseler hakkında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca Cumhuriyet Savcılıklarına suç duyurusunda bulunulur⁵⁴. Nitekim söz konusu Kanun'un 5. Maddesine göre; "Aylığa hak kazanmak üzere düzenlenen belgelerin gerçeğe uymadığı tespit edildiği takdirde, ödenen aylıklar ödeme tarihinden tahsil tarihine kadar Türkiye İstatistik Kurumunca her ay için belirlenen Tüketici Fiyatları Endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarıyla birlikte geri alınır ve belgeleri düzenleyen ve kullananlar hakkında ayrıca genel hükümlere göre ceza kovuşturması yapılır". Söz konusu gerçeğe aykırı belgeleri düzenleyenlerin kamu görevlisi olması durumunda, haklarında ayrıca idari soruşturma açılır(Yön md. 16/III). Belirtelim ki; 2022 sayılı Kanuna dönem dönem eklenen maddelerle 2022 sayılı Kanun kapsamında yersiz ödenen ve geri alınması gereken aylıklar ile bunlardan doğan ceza ve faizler sürekli olarak terkin edilmektedir^{55, 56}.

D) AYLIK KARARINA İTİRAZ VE YARGI YOLUNA BAŞVURMA

2022 sayılı Kanun kapsamında yaşlılık engellilik aylığı bağlanabilmesi bakımından Sosyal Yardımlaşma Vakfı Mütevelli Heyetinin yaptığı inceleme ve değerlendirmeler sonucu vermiş olduğu kararlara karşı her türlü itirazlar, öncelikli olarak Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfına yapılır (Yön. md. 10/

⁵⁴ Konuyla ilgili olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre; "Somut olayda, 2022 sayılı Yasa uyarınca aylık bağlanması için başvuruda bulunan sanığın doldurduğu formdaki bildiriminde yer alan, "herhangi bir kurumdan aylık almadığı" yolundaki beyanınin doğruluğunun, başka bir deyişle muhtaç olup olmadığı, anılan Yasanın 4. maddesi uyarınca çıkarılan Yönetmelik hükümlerine göre idare kurulu, Maliye Bakanlığı, T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü tarafından araştırılıp incelenmesi gereklidir. Ayrıca, kurumun incelemesi sırasında beyanın gerçeğe aykırılığı tespit edilip başvurunun değerlendirmeye alınmaması karşısında zarar doğduğundan söz etmeye de olanak bulunmamaktadır. Bu itibarla, atılı yalan beyanda bulunmak suçunun unsurları oluşmadığından, sanığın mahkûmiyetine ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir", **Yargıtay** CGK, Tarih:18.03.2003, Esas Numarası:2003/6-20, Karar.Numarası:2003/41 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

⁵⁵ Bu hususta son olarak 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun ile 2022 sayılı Kanuna eklenen geçici dördüncü maddeye göre; "2022 sayılı Kanun kapsamındaki kişilere bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yersiz ödenen ve geri alınması gereken aylıklar ile bunlardan doğan ceza ve faizler terkin edilmiştir. İlgililer hakkında herhangi bir adli, idari ve icrai takibat yapılmaz. Yersiz ödemeler kapsamında maddenin yürürlüğe girmesinden önce idare tarafından yapılan tahsilatlar, ilgililerine iade edilmez".

⁵⁶ Bkz.: "02.08.2013 tarihinden önce 2022 sayılı Kanuna göre engelli veya yaşlı maaşlarıyla ilgili yersiz ödeme ya da sehven fazla ödenmiş tutarlar nedeniyle kendisine borç çıkarılmış olan kişilerin bu borçları silinmiştir. Başka bir deyişle, kendisine daha önce borç çıkarılmış kişilerin borçlarının herhangi bir işleme gerek kalmadan kendiliğinden silineceği açıklanmıştır. Mahkemece; yukarıda açıklanan 02.08.2013 tarihinde yürürlüğe giren kanun gereğince inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir". **Yargıtay** 3. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 21.01.2014, Esas Numarası: 2014/250, Karar Numarası: 2014/663 (www.legalbank.com).

III). Söz konusu itirazlar vakıf müteveli heyetinin kararına karşılık yazılı olarak yapılmalıdır. Söz konusu itirazda, itiraz gerekçesi varsa bilgi ve belgeleriyle birlikte itiraz dilekçesinde belirtilmelidir. Bundan sonra başvuru sahibinin dosyası vakıf müteveli heyetince tekrar değerlendirilecektir⁵⁷.

İdari işlemler tek yanlı hukuki işlemler olup, idarenin irade açıklaması ile hukuki sonuçlarını doğururlar⁵⁸. Danıştay'ın yaptığı tanıma göre de "idari işlemler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve re'sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır"⁵⁹. İdari yargıda idari işlemlerin iptali talep edilebileceği gibi idarenin eylem ve işlemlerinden uğranılan zararın giderilmesi de talep edilebilir⁶⁰.

2022 sayılı Kanun kapsamında öngörülmüş olan yaşlılık ve engellilik aylıklarının bağlanmasına, durdurulmasına, kesilmesine, reddine vb. ilişkin verilmiş olan kararlar da idari tasarrufa dayalı idari işlemlerdir. İdari işlemlere ilişkin ihtilafların ise çözüm yeri ise idari yargıdır. Dolayısıyla 2022 sayılı Kanun bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda idari yargının yetkili olduğu konusunda şüphe yoktur. Yargıtay da muhtelif kararlarında 2022 sayılı Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözüm yerinin idare yargı olduğuna hükmetmiştir⁶¹. Bununla birlikte 2022 sayılı kanun kapsamında uygulama ve

⁵⁷ **Camkurt**, Mehmet, Zülfi; s. 100.

⁵⁸ **Gözübüyük**, A. Şeref, Tan, Turgut; İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 367.

⁵⁹ **Danıştay** 10.Daire, Karar Tarihi: 01.07.1987, Esas Numarası: 1987/1159 , Karar Numarası: 1987/ 1458 (**Gözübüyük**, A. Şeref, **Tan**, Turgut; s. 367).

⁶⁰ **Gözübüyük**, A. Şeref/ **Tan**, Turgut; s. 983.

⁶¹ Aynı yönde bkz.: "Görüldüğü gibi davacı ile SGK Başkanlığı (TC Emekli Sandığı) arasında sosyal güvenlik kurumu-sigortalı ilişkisi bulunmamakta olup, SGK Başkanlığı (TC Emekli Sandığı) Devletin 2022 sayılı Yasa gereğince muhtaç durumda bulunan özürllülere yaptığı parasal yardım işinde bu yasanın kendisine açıkça verdiği görev nedeniyle aracılık yapmakta olup, SGK Başkanlığı'nın da 2022 sayılı Yasa gereğince yaptığı işlemler teşkilat yasası olan 5502 sayılı Yasa'ya dayandığından SGK Başkanlığı'nın davacının 2022 sayılı Yasa gereğince aldığı yardımı kesmesine ilişkin işlemi idari bir tasarrufa münceer olup, idari işlemlerden doğan ihtilafların çözüm yeri ise idari yargıdır. Davaya bakmaya adli yargı yeri görevli olmayıp idari yargı yeri görevli olduğundan dava dilekçesinin yargı yolu bakımından reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmanedenidir". **Yargıtay** 21.Hukuk Dairesi, Tarih:08.04.2010, Esas Numarası: 2009/5964, Karar Numarası:2010/4051(<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>); Aynı yönde; "Yukarıdaki açıklamalar ışığı altında yapılan değerlendirmeye göre; davalı SGK Başkanlığı (devredilen Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı)'na yönelik asliye hukuk hakimliğine iş mahkemesi sıfatıyla açılan ve görülen inceleme konusu davada, taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlığın çözümünde 506 veya 5510 sayılı Kanunun uygulama yeri bulunmadığından, sözü edilen 134 ve 101'inci madde hükümlerine göre sınırlı yetki ile donatılmış iş mahkemeleri görevli olmayıp, bu tür davalar idari yargının görev alanı içerisinde yer almaktadır" **Yargıtay**10. Hukuk Dairesi, Tarih:22.03.2010, Esas

aylık ödeme işlemleri SGK Başkanlığı(T.C. Emekli Sandığı) yerine getirmekte iken 12.7.2013 tarih ve 6495 sayılı Kanun ile bu yetkiler Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarına bırakılmıştır. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının ise özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde örgütlenmeleri⁶² ise bunların yaptıkları işlemlere karşı idari yargıda mı adli yargıda mı dava açılacağı noktasını tartışmaya açık hale gelmiştir.

Kamu hizmeti ile görevlendirilmiş olan özel hukuk tüzel kişileri de bazı yetkiler kullanarak bir takım işlemler yapabilirler. Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarının da kamu hizmeti ile görevlendirildiklerine şüphe yoktur. Türkiye Futbol Federasyonu'nun tesis ettiği bir işlem ile ilgili olarak Danıştay, salt özel hukuk tüzel kişisi olmanın yapılan işlemin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir⁶³. Dolayısıyla bu husustaki kanaatimiz kamu hizmeti yaptığının ilişkin şüphe olmayan Sosyal Yardımlaşma

:2009/17926Karar:2010/3967(www.sinerji.com).; Aynı yönde; “Bu durumda, dava konusu işlemin 2022 Sayılı kanununun emredici hükümlerine göre ve idari usullerle tesis edildiği ve olayın her yönüyle kamu hukukuna dayalı olup onun esaslarına uygun olarak cereyan ettiği gözetildiğinde, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-a maddesinde belirtilen idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biriyle hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları kapsamında bulunan Sosyal Güvenlik Kurumunca 2022 Sayılı Yasa uyarınca davacıya özürülü aylığı bağlanamayacağı yolunda tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünün idari yargı yerinde görüleceği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, davanın görüm ve çözümünde idari yargı görevli olduğundan Şanlıurfa İdare Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir” **Uyuşmazlık Mahkemesi** Hukuk Bölümü, Karar Tarihi: 11.11.2013, Esas Numarası: 2013 / 1092, Karar Numarası: 2013 / 1546.

⁶² Bkz.: “SYDV’lerin Yapısı” (<http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/sosyal-yardimlasma-ve-dayanisma-vakiflari/sydvlerin-yapisi>).

⁶³ **Danıştay** 10. Daire, Tarih:17.06.1991, Esas: 1991/1149, Karar: 1991/2286(Gözübüyük A. Şeref, Tan, Turgut; s. 370).; Aynı yönde; “...İdari bir işlemin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle işlemin idari bir makam tarafından tesis edilmiş olması gerekmektedir. Ancak, idare adına hareket etmekle beraber idare cihazı içinde yer almayan kuruluş ve organların da idari makam olarak kabul edilmesi gerektiği hususu öğretilmiş de ifade edilmektedir. Keza, özel kuruluşlarca yürütülüyor olsa bile bazı faaliyetlerin «maddi» anlamda kamu hizmeti sayılması sonucunda da hizmetin yürütülmesinin idarece denetlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. ... Şehirlerarası Terminal İşletmesinin üzerine kurulduğu taşınmazın özel niteliğinden kaynaklanan durum nedeniyle işletmesinin iki kamu idaresince kurulan ve adi ortaklık olduğu öne sürülen ortaklık tarafından yerine getirilmesi terminal işletmesinin kamu hizmeti niteliği ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki adi ortaklık olduğu ileri sürülen ortaklığın yönetim kurulu yürütülen kamu hizmetinin niteliği gereği ... Büyükşehir Belediyesi ile ... Çiftliğinin kadrolu personeli oranından seçilerek atanmaktadır. Kamu hizmetini yerine getiren iki kamu idaresince oluşturulan kuruluş, oluşum biçimi itibariyle de idare yapısı içinde yer almakta: idare hukukuna tabi bulunmaktadır. Bu durumda tek yanlı, kesin ve yürütülmesi zorunlu idari işleme karşı açılan davada idari yargı görevli iken uyuşmazlıkta adli yargının görevli olduğundan bahisle verilen görev ret kararında hukuki isabet görülmemiştir”. **Danıştay** 10.Daire, Karar Tarihi: 21.05.1996, Esas: 1995 / 4326 , Karar: 1996 / 2769 (<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>).

ve Dayanışma Vakıfları'nın 2022 sayılı Kanun kapsamında yapmış oldukları uygulama ve aylık ödeme işlemlerine karşı idari yargıda dava açılması yönündeki içtihadın devam etmesi yönündedir.

İlk derece İdare Mahkemeleri'nin verecekleri kararlara karşı temyiz suretiyle Danıştay'a mı yoksa "İstinaf Kanun Yoluna" mı başvurulması gerekecektir? 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun⁶⁴ ile değiştirilmeden önceki "İtiraz" başlıklı 45. Maddesine göre; "1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan Bölge İdare Mahkemeleri'ne itiraz edilebileceği hükmü mevcuttu. Ancak söz konusu 45. madde, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile değiştirilmiş olup, 2022 sayılı Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemesi kararı karşısında nereye başvurulabileceği ile ilgili bu şekilde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Belirtelim ki; 6545 sayılı Kanun ile değişmeden önce, itiraz kanun yoluna gidilecek haller kanunda sınırlı olarak sayılmak suretiyle öngörülmüş iken, temyiz itiraz kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar için genel kanun yolu niteliğindedir. 6645 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ise itiraz kanun yolu kaldırılmış ve istinaf genel kanun yolu olarak düzenlenmiştir^{65, 66}. Temyiz ise sadece Kanunda sayılan hallerle sınırlı olarak başvurulacak bir kanun yolu olarak öngörülmüştür⁶⁷. Zira temyiz yoluna sadece Danıştay Dava

⁶⁴ "Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", Resmi Gazete: Tarih: 28 Haziran 2014, Sayı: 2904.

⁶⁵ Belirtmek gerekir ki; İYUK'un geçici 8. maddesiyle; "İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurtda göreve başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır" hükmü öngörülmüştür.

⁶⁶ Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtda Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar 7 Kasım 2015 gün ve 29525 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. Kararın tam metni şu şekildedir: "5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 25 ve geçici 2 nci maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge adliye mahkemeleri ile; 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 2 ve geçici 20 nci maddeleri uyarınca kurulan ve yargı çevreleri belirlenen bölge idare mahkemeleri, 20/07/2016 tarihinde tüm yurtda göreve başlayacaktır".

⁶⁷ İYUK md. 46/1'e göre temyiz edilebilecek kararlar şunlardır; a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları. b) Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları

Daireleri'nin nihai kararları ile Bölge İdare Mahkemeleri'nin maddede sayılan davalar hakkında verdikleri kararlar bakımından gidilecektir⁶⁸. Dolayısıyla 2022 sayılı Kanun bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda öncelikle ilk derece idare mahkemeleri ve akabinde istinaf kanun yolu olarak Bölge İdare Mahkemeleri'ne müracaat etmek gerekecektir. Dolayısıyla 6545 sayılı Kanun ile İYUK'un ilgili maddesinin değişmesinden önceki durumu ve şimdiki durumu bakımından 2022 sayılı Kanun kapsamında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurma noktasında her hangi bir değişiklik olmamıştır.

E) AYLIKLARA İLİŞKİN HACİZ YASAĞI

29.05. 1986 tarihli ve 3294 sayılı "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu"nun⁶⁹ ek ikinci maddesine göre⁷⁰ 3294 sayılı Kanun gereğince yapılan yardımlar ve proje destekleri ile 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince verilen yaşlılık ve engelli aylıkları, kişinin rızası olsa bile haczedilemez, başkasına devir ve temlik edilemez . 28539 sayılı Yönetmelik md. 18/l'e göre de nafakaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla, 2022 sayılı Kanun uyarınca bağlanan aylıklar kişinin rızası olsa bile haczedilemez, başkasına

ve idari işlemler hakkında açılan davalar. c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları. d) Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları. e) Müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları. f) İmar planları, parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar. g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar h) Maden, taşocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da bir meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar. i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izni verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar. j) 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun uygulanmasından ve 16/7/1997 tarihli ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan davalar k) 6/6/1985 tarihli ve 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar.

l) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar. m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar.

⁶⁸ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Çınar, Sinan; "İdari Yargı Mercilerince Verilen Kararlara Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda Başvuru Süresi" TBB Dergisi 2015 (118), s. 80 vd.

⁶⁹ RG, 14.06.1986, 19134.

⁷⁰ Bu hüküm 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile eklenmiştir.

devir ve temlik edilemez. Belirtelim ki; ilgilinin rızası dahi olsa haciz yasağı ortadan kalkmaz. Muhtaç olanları koruyan bir düzenleme olması ve emekli aylıklarının haciz edilemeyeceğine dair düzenlemeyle de paralel nitelikte olması bakımından bu yasağın isabetli bir düzenleme olduğu doktrinde ifade edilmiştir^{71, 72}.

F) SAĞLIK YARDIMLARI

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60/I, c, 3 maddesi hükmü uyarınca 2022 sayılı Kanun'un kapsamında olanlar genel sağlık sigortalısı sayılır. Aynı Kanun'un 87/I,c maddesi uyarınca 2022 sayılı Kanun kapsamındakilerin primlerinin ilgili kamu idaresince ödenmesi öngörülmüştür^{73, 74}. Şöyle ki; genel sağlık sigortalısı sayılan 2022 sayılı Kanun'un kapsamındaki kişiler için her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir⁷⁵.

5510 sayılı Kanun'un 67/a maddesi uyarınca 2022 sayılı Kanunun kapsamında olanlardan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmek için sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması şartı aranmaz.

⁷¹ Arıcı, Kadir; Türk Sosyal Güvenlik, s. 528.

⁷² Aynı yönde; "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkındaki 2022 Sayılı Kanuna göre bağlanmış aylıklar, bu kanunun salt başlığındaki anlatımla dahi belirgin amacı nedeniyle İİK 'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 10. bendinde yazılı maaşlar niteliğindedir. Sözcüklere dar ve sınırlı bir anlam vererek, devletin ve aracı olarak görevlendirilen T.C Emekli Sandığı'nın bir <Muavenet sandığı veya cemiyet> niteliğinde olmadıklarına ve bu nedenle bu aylıkların İİK. nun 82/1-10. bendi kapsamına giremeyeceğini düşünmek amaçsal yorum önceliği ilkesi ile bağdaşmaz. Önemli olan, bu aylığı hangi kuruluşun bağladığı değil, niçin bağladığıdır. Karar tarihi itibarı ile bu aylıklar için, benzeri yasaların aksine, 2022 sayılı Yasada özel bir haczedilmezlik kuralının öngörülmemiş olması, aksinin öngörüldüğüne değil, aynı doğrultuda bir genel hükmün varlığına bağlanmalıdır. Kaldı ki Dairenin bu yöndeki görüşü, karar tarihinden sonra 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununda 6353 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile eklenen Ek Madde 2 ile "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun gereğince verilen yaşlılık ve özürülü aylıkları, kişinin rızası olsa bile haczedilemez, başkasına devir ve temlik edilemez" hükmü getirilerek yasal mevzuatta da açıkça belirtilmiştir. O halde mahkemece borçlunun 2022 sayılı Kanuna göre bağlanmış aylığı üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken istemin tümünden reddi isabetsizdir" Yargıtay 12.Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 22.11.2012, Esas Numarası: 2012 / 16683 , Karar Numarası: 2012 / 34378 (www.sinerji.com).

⁷³ Göktaş, Murat/ Çakar, Erden /Özdamar, Murat; s. 100.

⁷⁴ Genel sağlık sigortasına tabi olan 2022 sayılı Kanun kapsamında aylık alanların genel sağlık sigortası primi prime esas kazancın %12'sidir(5510 md. 81/f).

⁷⁵ Bkz.: 5510 md. 88/III: "60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (d) ve (g) bentleri gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar için, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunludur".

Bununla birlikte 2022 sayılı Kanun kapsamında olan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmet sunucularına başvurduklarında acil haller hariç olmak üzere (acil hallerde ise acil halin sona ermesinden sonra); biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması⁷⁶ ve/veya nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, evlenme cüzdanı, pasaport veya Kurum tarafından verilen resimli sağlık kartı belgelerinden birinin gösterilmesi zorunludur (5510 sayılı Kanun md. 67).

SONUÇ

Ülkemizde muhtaçlığın giderilmesi bağlamında oluşturulan mevzuat bağlamında koruma karakterli sosyal yardımlar; 65 yaşını doldurmuş muhtaç, kimsesiz vatandaşlara yapılan sosyal yardımlar, bakıma muhtaç 18 yaş üstü engelli vatandaşlar ile 18 yaş altı bakıma muhtaç engelli yakını mevcut olan vatandaşlara yapılan yardımlar, muhtaç durumdaki vatandaşlara yapılan sosyal yardımlar, kot kumlama işçilerine (silikozis hastalarına) yönelik yardımlar, muhtaç durumdaki sanatçılara yapılan sosyal yardımlar ve doğal afetlerden zarar görenlere yapılan sosyal yardımlar şeklinde sıralanabilir.

Koruma karakteri taşıyan sosyal yardımlardan bilhassa 2022 sayılı “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” ile getirilen düzenleme ülkemizde uygulanmakta sosyal yardım sisteminin en önemli parçalarından birini oluşturmaktadır. Zira Cumhuriyet Tarihi’nin finansmanı doğrudan kamu kaynaklı, kapsamı belirgin ve modern nitelikli ilk sosyal yardım uygulaması “65 Yaş Aylığı” olarak da bilinen söz konusu hukuki düzenlemedir. 2022 sayılı Kanun bakımından yaşlı ve muhtaç kimseler yanında muhtaç durumdaki engelli vatandaşlar ve hatta belirli şartlar dâhilinde muhtaç engellilere bakan yakınları da kapsama alınmıştır. Dolayısıyla 2022 sayılı Kanun kapsamında yardımda bulunanlar, gelirleri ve durumları bakımından toplum içinde en fazla korunmaya ihtiyacı olan kesimlerdir.

2022 sayılı Kanun bakımından aylık bağlanabilmesi için Türk vatandaşı olmak, 65 yaşının üzerinde veya engelli olmak, kimsesiz ve muhtaç olmak gibi şartlar, ikametgâh adresinin bulunduğu sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca değerlendirme sürecine tabi tutulmaktadır. sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının ise özel hukuk tüzel kişiliği şeklinde örgütlenmeleri ise bunların yaptıkları işlemlere karşı idari yargıda mı adli yargıda mı dava açılacağı noktasını tartışmaya açık hale gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi’nin; sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının 3294 sayılı Kanun gereğince

⁷⁶ 1/3/2012 tarihli ve 6283 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “nüfus cüzdanı” ibaresinden önce gelmek üzere “biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya” ibaresi eklenmiştir.

Medenî Kanun'daki hükümlere göre tescil ettirildiği, özel hukuk tüzel kişisi olduğu ve bu itibarla sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları ile ilgili her türlü uyuşmazlığın, adli yargıda çözümlenmesi gerektiği yönündeki kararlarına katılmıyoruz. Zira kamu hizmeti yaptığına ilişkin şüphe olmayan ve üstelik müteveli heyetlerinin tamamı kamusal/idari birimlerden katılımcılardan oluşan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıfları tarafından tesis edilen işlemlere karşı idari yargıda dava açılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim Danıştay da birçok kararında, salt özel hukuk tüzel kişisi olmanın yapılan işlemin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir.

KAYNAKÇA

Alper, Yusuf; Sosyal Sigortalar Hukuku, 7. Bası, Ağustos 2015, Dora Yayınları, Bursa 2015.

Arıcı, Kadir; Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.

Camkurt, Mehmet, Zülfi; “Yaşlılık ve Yaşlıların Sosyal Güvenliği Kapsamında 65 Yaş Aylığı Bağlanması İşlemleri”, Kamu-İş 2014; C:13, Sayı: 3. s. 71-106.

Çınar, Sinan; “İdari Yargı Mercilerince Verilen Kararlara Karşı Yapılan Bireysel Başvurularda Başvuru Süresi” TBB Dergisi 2015 (118), s. 51-98.

Göktaş, Murat/Çakar, Erden/Özdamar, Murat; Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Emeklilik ve Primsiz Rejim, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011.

Gözübüyük, A. Şeref/ Tan, Turgut; **İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.**

Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen; Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 16. Bası, İstanbul 2016.

Korkusuz, Refik/Uğur, Suat; Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2015.

Metin, Onur; “Sosyal Politika Açısından AKP Dönemi: Sosyal Yardım Alanında Yaşananlar”, Çalışma ve Toplum, 2011/1, s. 179-200.

Olgaç, Cüneyt; “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanmasında Usul ve Esaslar”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl:12, Sayı:61, s. 18-23.

Özdamar, Murat/Çakar, Erden; “Muhtaç Yaşlılar ile Engellilere Aylık Bağlanması ve Bunların Bakımını Üstlenenlere Evde Bakım Ücreti Ödenmesinin Şartları”, İş ve Hayat Dergisi, Yıl:1, Sayı:2. s. 169-183.

Özdemir, Cumhuriyet Sinan; “65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz Ve Kimsesiz Türk Vatandaşları İle Özürlü ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması”, Sosyal Güvenlik Dünyası, Yıl:9, Sayı:41, Ocak-Şubat 2007, s.91-98.

Sözer, Ali Nazım; Türkiye’de Sosyal Hukuk, Ankara, 1994.

Uşan, Fatih; Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

Üçışık, H.Fehim; Sosyal Güvenlik Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul 2015.

Tuncay, A. Can/**Ekmekçi**, **Ömer**; Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 18. Bası, İstanbul 2016.

Yüksel, Hasan; Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa 2016.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.sosyalyardimlar.gov.tr>.

<https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

www.legalbank.com.

DENİZ TİCARETİNDE ELEKTRONİK KONİŞMENTO VE SİBER GÜVENLİK*

Electronic Bill Of Lading And Siber Security In The Maritime Trade

Doç. Dr. Hacı KARA¹

Geliş Tarihi: 27.06.2018 Kabul Tarihi: 04.10.2018

ÖZET

Günümüzde elektronik işlemlerin hız kazanması ile, ticaretin her alanında köklü değişiklikler yaşanmaktadır. Taşımacılıkta kullanılan teknoloji de buna uyum sağlamış, özellikle deniz ve hava yoluyla eşya taşımacılığında kullanılan her türlü taşıma senedi, elektronik ortamda hazırlanarak, kullanılmaya başlamıştır.

Dünyadaki uygulamaya paralel olarak, Türk hukukunda da yenilikçi uygulamalara geçilmiş, her geçen gün kamu ve özel sektörün tüm alanlarında elektronik ortama geçiş büyük bir hızla devam etmiştir. Elektronik İmza Kanunu'nun yasalmasıyla ivme kazanan elektronik işlemler, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu başta olmak üzere, temel yasaların yeniden ele alınması ve köklü değişikliklerle yürürlüğe konulması ile elektronik ticaret artık hayatın önemli bir parçası haline gelmiştir.

Küresel uygulamaları gibi, Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemeye göre de elektronik konişmento hukuku geçerli bir şekilde hazırlanabilir. Bununla birlikte, elektronik konişmentonun da, senet şeklinde hazırlanan konişmento gibi kıymetli evrak vasfına sahip olup olmadığı ise kanunda açıkça düzenlenmiş değildir.

Elektronik ortamın yaygınlaşması ve sanal ortamda gerçekleşen hukuki işlem sayısındaki artış, bir yandan da hukuk sistemlerince bugüne kadar öngörülmeyle dolayısıyla düzenlenmeyen çok sayıda problemi de gündeme getirmiştir. Bugün kamusal ve özel alanda elektronik ortama ilgili çeşitli olumsuzluklar da yaşanmaktadır.

ABSTRACT

Today, with the acceleration of electronic transactions, radical changes are taking place in every aspect of commerce. The technology used in transportation has been adapted to this, and all kinds of transportation documents used especially for transportation of goods by sea and air have been prepared and started to be used in electronic environment.

Parallel to the practice in the world, in to innovative practices have been passed in Turkish law as well, and the transition to electronic medium has continued at a rapid pace in all fields of public and private sector every passing day. Electronic commerce has now become an important part of life because electronic transactions, which gained momentum with the enactment of the Electronic Signature Law, the revision of the basic laws, especially The Turkish Code of Obligations and The Turkish Commercial Code, and putting them into practice with radical changes.

Like the global applications, according to the regulation in The Turkish Commercial Code, the electronic settlement can be legally validated. However, it is not clear in his opinion whether the electronic settlement also has the kind of negotiable instruments, such as a bill of lading.

The widespread use of electronic media and the increase in the number of legal transactions in the virtual environment has also brought about many problems that are not foreseen in legal systems and therefore not regulated. Today, there are various disadvantages related to the public and private inland electronic environment.

* Bu makale 11-14 Mayıs 2018 tarihinde İstanbul'da, CyberpolitikJournal and İstanbul Medeniyet Üniversitesi Araştırmaları Merkez (ISMAM) tarafından gerçekleştirilen, "İstanbul Bosphorus International Conference on Cyberpolitics and Cybersecurity" konferansında sunulan, yayınlanmamış tebliğin geliştirilmiş halidir.

¹ İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi. E-posta: hacikarus@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0002-8255-6277

Özellikle siber saldırıların ve elektronik ortamdan kaynaklanan suçların arttığı ve gelecekte bu saldırıların kritik altyapıyı ciddi şekilde bozma potansiyeline sahip olduğu görülmektedir. Siber güvenlik alanında, mevcut güvenlik açıkları ve rapor edilen siber saldırıları örnekleri, tehdidin güncel ve gerçek olduğunu göstermektedir. Böyle bir ortamda denizcilik endüstrisinin de bundan olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır. Endüstrinin siber güvenlik için standart bir yaklaşımdan yoksun olması, ulusal bir yaklaşımdan ziyade konuya uluslararası bir bakışla yaklaşılması ve gerektiğinde küresel bir zorunlu standardın uygulanması uzun zaman alacaktır. Kısa vadede ise endüstrinin risk profilini azaltmak ve dayanıklılığı arttırmak için bir dizi sözleşmeye dayalı gönüllü faaliyetin etkinliği üzerinde çalışmak ve bunları geliştirerek genel geçerli ve bağlayıcı kuralları geliştirmek gerekmektedir.

Bu çalışmada elektronik konişmentonun geçerlilik ve özellikleri ile denizcilik endüstrisinin siber güvenlik alanındaki durumu ve özellikleri incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Elektronik ticaret, elektronik konişmento, elektronik konişmentonun hukuki niteliği, elektronik konişmento sistemleri, siber güvenlik, deniz ticaretinde siber güvenliğin sağlanması.

It appears that crime, especially from cyber-attacks and electronic media, has increased and in the future these attacks have the potential to seriously disrupt the critical infrastructure. In the area of cyber security, examples of existing security vulnerabilities and reported cyber-attacks show that the threat is current and real. It is inevitable that the maritime industry will be affected negatively in such an environment. The lack of a standard approach to industry safety for the industry will take a long time for a national approach to approach the issue from an international perspective and to implement a global mandatory standard if necessary. In the short term, it is necessary to work on the effectiveness of a number of voluntary activities based on a set of contracts in order to reduce the risk profile of the industry and to increase endurance, and develop general and binding rules by developing them.

This study examines the validity and characteristics of electronic bill of lading and the status and characteristics of the maritime industry in the area of cyber security.

Keywords: Electronic commerce, electronic bill of lading, legal nature of electronic bill of lading, electronic concierge systems, cyber security, provision of cyber security in maritime trade.

GİRİŞ

Hayatın her alanında elektronik ticaretin yaygınlaştığı bir çağda yaşamaktayız², bilgisayarlar ve diğer bilişim teknolojilerine, özellikle de internete olan bağlılık hızlı bir şekilde artmaktadır. İnternet ve bilgisayarlar, bankacılık, ulaşım, turizm, ticaret, sağlık, eğitim, iletişim, araştırma gibi birçok farklı alanda hayatımızın vazgeçilmez birer ögesi haline gelmiştir. Artık klasik ticaret sanal bir ortama doğru ivme kazanmıştır.

Bilişim teknolojileri insan hayatına sağladığı yadsınamaz faydaların yanında, yeni kaygıların da gelişmesine neden olmuştur. Bunların en başında ise güvenlikle ilgili kaygılar yer almaktadır. Elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla birlikte, başta siber güvenlik alanı olmak üzere karşılaşılan çok sayıda sorunla mücadele etmek gerekmektedir. Bunlar: *“Elektronik ticarete (e-ticaret) dair yasal düzenleme ve hukuki altyapı eksikliği, sağlanan hizmetlere güven*

² İngiliz fütürist **Kate D. Adamson**, *“Bu dijital endüstri devrimi ...kapıları, üretkenlik ve verimlilikte büyük kazançlar elde etmeye açmaktadır”* demiştir. *Shipping and the 800-lb Gorilla*, London 2017,

duyulmaması, ayıplı ürün sorunu, sanal ortama ve sanal ortamdaki ödeme araçlarına karşı duyulan güvensizlik, kredi kartı ve internet bankacılığı bilgilerinin, şifre ve parolaların, önemli kişisel verilerin bir başkası tarafından çıkar sağlamak üzere çalınması tehlikesi, internet üzerinden yapılan ve gerçekçi olmayan ticari teklifler ile kullanıcıların farklı web sitelerine yönlendirilmek suretiyle dolandırılmaları riski” gibi başlıca sorunlardır.

E-ticarette kişiler birbirlerini görmeden bir hukuki ilişki kurdukları için güven ortamının sağlanması bakımından ek önlemler alınmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle kişisel verilerin korunması e-ticaret bakımından oldukça önem taşımaktadır. Teknolojik bu gelişmelerin ışığında artık, hırsızlık, dolandırıcılık, terör eylemleri, taciz ve şantaj, sahtecilik gibi suç oluşturan fiillerin çeşitli elektronik ortamlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir. Özellikle internet üzerinden satış yolu ile yapılan dolandırıcılık son yıllarda sıkça karşılaşılan bir suç türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlara ek olarak bu teknolojik gelişmeler, bilgisayar korsanlığı, siber saldırılar, zararlı yazılımlar gibi yine siber güvenliği tehdit etmekte olan, elektronik ağlara özgü suç tiplerinin de ortaya çıkmasına neden olmuştur³. Bir kimsenin herhangi bir veri kaybına uğramadan, güvenli sayfalardan ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi ve çevrimiçi alışveriş ile bankacılık sistemlerini kullanırken güvenlik ilkelerine riayet edilebilmesi gerekmektedir. E-ticaret ortamına has bu ihtiyaçlardan dolayı dijital imza (güvenli imza) kavramı geliştirilmiştir. Dijital imzaların oluşturulmasında ve kullanılmasında dijital sertifikalar kullanılmaktadır⁴.

Bu çalışmada, deniz taşımacılığında kullanılan elektronik konişmentoğun geçerlilik ve nitelikleri ile denizcilik endüstrisinin siber güvenlik alanındaki durumu ve özellikleri incelenmektedir.

1. DENİZ TAŞIMACIĞINDA ELEKTRONİK KONİŞMENTO KULLANIMI

A. TAŞIMA SENETLERİ

I. GELENEKSEL DENİZ TAŞIMA SENETLERİ

Deniz taşımacılığında kullanılan geleneksel taşıma senetleri, konişmento (*Bill of Lading*) ve deniz yük senedini (*sea waybill*) içerir⁵.

³ **Hakan Hekim/Oğuzhan Başbüyük**, *Siber Suçlar ve Türkiye'nin Siber Güvenlik Politikaları*, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, 2013, 4 (2), s. 149

⁴ Türkiye'de Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu Kararı uyarınca, elektronik ticaretin hukuki altyapısını oluşturmak üzere İnternet Üst Kurulu ve Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu kurulmuştur. 2003 yılında ise Elektronik Ticaret Çalışma Grubu oluşturulmuştur. Fakat yine de Türkiye'nin elektronik ticaret konusunda yasal düzenlemelerini tamamlamış bir ülke olduğu söylenemez. **Ferit Ölçer/Adnan Özyılmaz**, *Elektronik Ticaret ve Sanal Organizasyonlarda Uygulaması*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt 12, Sayı 2, 2007, s. 68-69

⁵ **Leo D'arcy/ Carole Murray/Barbara Cleave**, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 10th Ed., London 2000, s. 281

1. KONİŞMENTO

Taşıma senetleri, kullanılan taşıma aracı ve taşıma türüne göre farklı isimlerle anılmaktadır. Bu belgeler, deniz yolu ile yapılan taşımalarda deniz konişmentosu (*Marine/Ocean Bill of Lading*), havayolu ile yapılan taşımalarda hava konişmentosu (*Airwaybill-AWB*), karayolu ile yapılan uluslararası taşımada CMR (*Convention Marchandises Routiers*) Karayolu Taşıma Belgesi (*CMR International Consignment CMR Road Waybill*), trenle yapılan taşımalarda Hamule Senedi (*CIM Rail Consignment Note*)⁶ ve posta yoluyla yapılan taşımalarda Posta Paket Makbuzu (*Parcel Post Receipt*)⁷ olarak isimlendirilirler.

Türk Ticaret Kanununa (TTK) göre konişmento⁸, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir (TTK m. 1228/1). Konişmentonun meşru hamili, eşyayı teslim almaya yetkilidir (TTK m. 1230/1). Buna göre konişmentonun: eşyanın teslim alındığını, bir taşıma sözleşmesi yapıldığını ve eşyanın sahipliğini ispatlama fonksiyonları bulunur.

Konişmento eşya senetleri arasında yer alan ve eşyayı temsil eden kıymetli bir evraktır. Konişmentonun eşyayı temsil eden bir senet olduğu, konişmentoya ilişkin TTK m. 1234'ün kenar başlığında "**Konişmentonun eşyayı temsili**" ifadesine yer verilerek TTK tarafından teyit edilmiştir⁹. TTK m. 645'e göre kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez. Buna göre kıymetli evrakin, geçerli olabilmesi için şu üç unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar: Senet (maddi unsur), bir alacağa, ortaklığa veya aynı hakka ilişkin fakat herhalde iktisadi değeri olan bir hak (gayri maddi unsur) ve hakkın senede yerleşmesi, maddi ve gayri maddi unsurların birleşmesidir. Buna göre, kıymetli evrakin varlığı için birinci unsur olarak bir senedin (kâğıt) bulunması, hakkın bu senede sıkı şekilde bağlanmış olması, adeta onunla

⁶ Trenle taşımacılıkta kullanılan taşıma belgesi olup "Malların Demiryolu İle Taşınmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmasına" (*Convention Internationale Concernantle Transports Des Marchandises Par Chemins De Fer-CIM*) tabii olarak düzenlenir. **Mustafa Alkan/Murat Erdal, Lojistik Ve Dış Ticaret Sözlüğü**, İstanbul 2004, s. 78

⁷ Alıcısına posta ile gönderilecek mala ait kolinin doğrudan alıcı veya alıcının bankasına sevk edilmek üzere posta idaresine verilmesi karşılığında alınan posta makbuzudur., **Alkan/Erdal**, s. 300

⁸ Konişmentonun varlığı 2000 yıl öncesine dayanmaktadır. Sonradan konişmento olarak isimlendirilen belge başlangıçta, şimdiki çarterpartinin (*charterparty*) de kökeni olan "*charta partita*" olarak adlandırılmaktaydı. Taşıyan tarafından düzenlenen makbuz (*charta*), iki parçaya yırılırdı (*partita*). Bir parçası eşyayla birlikte gemide taşınır, diğer parçası da Roma postası vasıtasıyla boşaltma limanına gönderilirdi. Tüccarda kalan parça ile gemide taşınan parça birleştiğinde, eşyayı almaya hak kazanırdı. **Tahir Çağa/Rayegan Kender, Deniz Ticareti Hukuku II**, 9. B. İstanbul 2009, s. 14, dn. 45

⁹ Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Kıymetli evrak hukuku*, 3. B., İstanbul 2006, s. 18, **Sami Karahan ve diğerleri, Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. B., Konya 2014, s. 76, dn. 3, **Şaban Kayıhan/Mustafa Yasan, Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2012, s. 26

bütünleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla hak, ancak senetle ileri sürülebilmekte ve başkalarına devredilebilmektedir. Bu durumda mantıken geniş anlamda hiçbir senede bağlanmamış bir hakkın söz konusu olmaması gerekir ve olursa da kendi içinde çelişkili bir görünüm alacağı söylenebilir¹⁰.

Kıymetli evrak niteliğine sahip olan konişmento, emre (*to order*), nama (*in the name of the holder*) ve hamiline (*to the bearer*) düzenlenebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça gönderilerin emrine yada sadece emre düzenlenir. Taşıyan, kaptan veya taşıyanın yahut kaptanın yetkilendirdiği kişi tarafından düzenlenir. Gönderilenin adı belirtilmeden sadece “emre” kaydı ile düzenlenen konişmento “yükleten emrine” düzenlenmiş demektir (TTK m. 1228/3). Nama yazılı konişmento, gönderilenin sadece isminin yazıldığı (emrine kaydı konulmadığı) konişmentodur. Konişmentoyu taşıyan sıfatıyla imzalayan ve konişmento kendi ad ve hesabına imzalanan kişi, taşıyan sayılır. Eşya hakkındaki kayıtların doğruluğuna güvenerek konişmentoyu devralan üçüncü kişiye karşı konişmento kayıtlarının teşkil ettiği karinenin aksi ispatlanamaz.

Uzun yıllar işleyen sisteme göre, orijinal konişmento nüshalarının teslimi karşılığında mal alıcısına teslim edilmektedir. Eşyanın konişmento ibrazı karşılığında teslim edilmesinin iki temel amacı bulunmaktadır. İlk amaç, konişmento hamilini korumaktır, zira hamil, yükün konişmento ibrazı karşılığında teslim edileceğini bildiği için güvende olmaktadır. İkinci amaç, taşıyanı korumaktır, zira taşıyan, eşyayı konişmento ibrazı karşılığında teslim etmekle taşıma sözleşmesinden ve konişmentodan doğan borçlarından kurtulmaktadır¹¹. Ancak, gemilerin süratinin artması, buna karşılık özellikle bankacılık kanallarından geçen konişmentolar başta olmak üzere, muhtelif nedenlerle orijinal konişmento nüshalarının satıcıdan, alıcıya nakledilmesinde yaşanan gecikmeler, banka teminat mektubu ve başkaca teminatlar karşılığında konişmento aslı teslim edilmeden, malların alıcıya teslimini gündeme getirmiştir. Tüm bunlar önemli bir maliyete sebep olmaktadır¹².

2. DENİZ YÜK SENEDİ

Yetmişli yılların başında konişmento dışında deniz yük senedi (*Sea Waybill*) olarak adlandırılan belgeler ortaya çıkmıştır¹³. Özellikle alıcı (gönderilen) ve

¹⁰ Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. B., Ankara 2009, s. 15

¹¹ Gertjan van der Ziel, *Survey on History and Concept, Transportrecht*, Vol. 27, No. 7-8, Juli/August 2004, s. 278

¹² 1990’ların sonunda BM tarafından yürütülen bir araştırma, yılda yaklaşık 420 milyar USD tutarındaki uluslararası ticaretin toplam küresel maliyetinin yüzde yedisinin bu tür teminat belgeleri düzenlenme ihtiyacı ile doğrudan ilişkili olduğunu göstermektedir. Richard Williams, *The Rotterdam Rules: Winners and Losers*, The journal of International Maritime Law, 2010, s. 195

¹³ CMI, deniz yük senedi uygulamasında birlik ve açıklık sağlamak amacıyla, “Deniz Yük Senetleri Hakkında CMI Tektip (Yeknesak) Kuralları (CMI Uniform Rules For Seawaybills) olarak adlandırılan genel işlem şartları kabul etmiştir. Kurallar için bkz. Emine Yazıcıoğlu, *Deniz Yük Senedi Ve Deniz Yük Senedi İle Belgelenen Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar*, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 673 vd.

satıcı (gönderen) arasında sürekli ticari bir ilişkinin mevcut olduğu hallerde, çoğu zaman bedelinin ödendiği kaydını içeren bir fatura karşılığı malın teslim alınacağı kararlaştırılmakta, taşımanın belgelenmesi için deniz yük senedi (deniz taşıma senedi) düzenlenmektedir¹⁴. Diğer denizde taşıma senetleri adı altında TTK m. 1242'de de düzenlenmiştir.

Uygulamada kullanılan deniz yük senedi incelendiğinde şekil ve içerdiği kayıtlar bakımından konişmentodan farklı olmadığı görülmektedir. Özellikle aynı taşıyan veya taşıma birlikleri tarafından kullanılan konişmento formülleri ile deniz yük senedi formülleri hemen hemen aynıdır¹⁵. Deniz yük senedini, konişmentodan ayıran unsurların başında, konişmento ciro edilebildiği halde, deniz yük senetlerinin ortak özelliği ciro edilemez (*non negotiable*) olması gelir¹⁶. İkinci önemli husus ise, deniz yük senedinde yer alan "yükün teslimini talep hakkının deniz yük senedinin zilyedliğine bağlı olmadığını" ifade eden kayıttır. Bu kayıt ise deniz yük senedinin kıymetli evrak niteliğinde olmadığını ortaya koyan ve konişmentodan ayıran temel unsurdur¹⁷. Deniz yük senedi ile, navlun sözleşmesinin mevcudiyeti ve şartları ile bu belgede tanımlanan eşyanın taşınmak üzere teslim alındığı, taşıyan veya yetkili temsilcisi tarafından beyan ve ikrar edilmektedir. Dolayısıyla, deniz yük senedi sözleşmenin mevcudiyeti ve şartları ile eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığına dair bir ispat belgesidir.

Bu nedenle, deniz yük senedi düzenlenen hallerde konişmento da olduğu gibi taşıyanın sıfatı bu belgeye göre belirlenecektir. Ancak, özellikle konteyner taşımacılığında bazen taşıtana yükün teslim alındığına dair bir makbuz verilmekte¹⁸, konişmento veya yük senedi ise verilmemektedir¹⁹.

¹⁴ Yazıcıoğlu, s. 655

¹⁵ Yazıcıoğlu, s. 456

¹⁶ Yazıcıoğlu, s. 657

¹⁷ Yazıcıoğlu, s. 659

¹⁸ FIATA Belgeleri, Uluslararası Taşıma Acenteleri Birliği Federasyonu (FIATA) tarafından standart şekle sokularak kullanılan ve taşınmak üzere teslim alınan eşya karşılığında verilen makbuzlardır. Dolayısıyla içeriklerinde bir taşıma sözleşmesi yer almaz. Varış mahallinde bu belgelerin ibrazı üzerine mallar belgede adı geçen alıcıya teslim edilir. Teslim eden taraf, belgeyi düzenleyen taşıma acentesinin (*Freight Forwarder*) varış mahallindeki şubesi veya muhabiridir. Taşıma acenteleri aynı yöne gidecek malları bir araya toplayıp guruplandırarak kendi seçtikleri taşıma şirketlerine teslim eder, onların araçlarına yüklerler. Taşımalar için kendi konteynerlerini kullanabilirler. Yukarıda belirtilen özelliklere sahip FIATA belgelerinden ikisi FCR (*Forwarder's Certificate of Receipt*) ve FCT (*Forwarder's Certificate of Transport*)'dir. FIATA FCR, seçilen duruma göre; alıcının emrine amade tutulmak, alıcıya sevk edilmek üzere malların forwarder tarafından dış görünüş itibarıyla iyi durumda teslim ve kontrol altına alındığını belgeler. Nama düzenlenir, ciro edilemez. Orijinal nüshanın varıştaki taşıma acentesine ibrazı üzerine mallar belgede adı yazılı alıcıya teslim edilir. FIATA FCT ise emre yazılıdır (*To The Order Of Consignee*), takım halinde düzenlenir, ciro edilebilir. Varış yerinde mallar belgenin orijinal nüshasını ibraz eden alıcıya veya onun ciro ettiği şahsa teslim edilir. Hacı Kara, *Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder*, Legal Hukuk Dergisi, 2006, S. 37, s. 74

¹⁹ Charter parti, konişmento veya deniz yük senedinin taşıtan tarafından teslim alınmaması ve bu nedenle belgedeki kayıtlara itiraz edememiş olmaları halinde, taşıtanın taşıyanı her türlü delille ispat edebilmesine imkan verilmelidir. Bunun ispatında ise, özellikle taraflar arasındaki karşılıklı yazışmalar (e-posta, faks, teleks veya posta) ve düzenlenmiş ise booking note'daki

II. ELEKTRONİK KONİŞMENTO

1. TARİHİ GELİŞİMİ

1980'lerin ortasında, Uluslararası Bağımsız Tanker Sahipleri Birliği²⁰ ile Chase Manhattan Bankası²¹, SEADOCs²² olarak adlandırılan ortak bir elektronik sistemi tecrübe etmiştir. Başlangıçta sahtecilikle mücadele etmek için maddi formda hazırlanan konişmento, merkezi kayıt fonksiyonu ifa eden Chase Manhattan Bankası'na sunulmuştur. Tüm tarafların temsilcisi sıfatıyla hareket eden banka, elektronik bir bildirimle eşyanın mülkiyetini (sahipliğini) nakletmiştir. Ancak, katılımcıların, bankaya bildirilen bilgilerin gizliliği konusunda endişe etmeleri nedeniyle sistem devam edememiştir. Ayrıca, bankanın sorumluluğunu kapsayan sigorta maliyetleri nedeniyle de, bu düzen sürdürülememiştir. Buna karşın CMI, banka yerine konişmentonun naklinden taşıyanın sorumlu olduğu bir sistemi hayata geçirmek istemiştir. Her ne kadar İngiliz “*the Carriage of Goods by Sea Act 1992*”, elektronik taşıma senetlerinin düzenlenmesine imkan vermiş ise de bu düzenleme de hayata geçirilememiştir²³.

1996 yılına gelindiğinde Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)²⁴, 29. dönem toplantısında, uluslararası denizde eşya taşımacılığı sahasındaki mevcut hukuki düzenleme ve uygulamayı göz önüne alarak, CMI'in taslak projesini çalışma programına alıp almamayı görüşmüştür²⁵. Aslında, bu teklif UNCITRAL'in 1996 yılında sonuçlandırdığı elektronik ticaretle ilgili, “Elektronik Ticaret Model Kanunu (*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*)”ndan kaynaklanmıştır. Bu çalışma sayesinde konişmento ve deniz taşıma senetlerinin fonksiyonu²⁶, bu belgeler arasındaki

kayıtlardan yararlanılabilmelidir. Y. 11. HD. 10/07/1986 tarih, 1986/3605 E. ve 1986/4337 K. sayılı kararı, “Taraflarca itiraz edilmemesi durumunda, telex yazışmalarının delil olarak kabul edilmesi gerekir. Tazminat alacakları fatura konusu olamayacağı gibi, alacakların deftere kaydedilmesi de uygulanan bir yol değildir.” <http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files>, (ET: 14/05/2018)

²⁰ International Association of Independent Tanker Owners (INTERTANKO), <https://www.intertanko.com/> (ET: 18/06/2018)

²¹ JPMorgan Chase&Co. bankası merkezi Manhattan, New York City ABD’de bulunan çok uluslu, tüketici ve ticari bankacılık ve finans hizmetleri ile iştiğal eden holding şirkettir. 2000 yılında JP Morgan & Co. ile birleşinceye kadar Chase Manhattan Bank olarak bilinen Chase Manhattan Bank, 1955’te Chase National Bank ve The Manhattan Company’nin birleşmesiyle kurulmuştur. <https://www.chase.com/> (ET: 18/06/2018)

²² SeaDocs Registry Limited (SeaDocs), **Jacqueline Tan/Laura Starr/Chao Wu**, *Legal Briefing May 2017, UK PANDI*, s. 2, https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Documents/2017/Legal_Briefing_e_bill_of_Lading_WEB.pdf, (ET: 09/05/2018)

²³ **Hakan Karan**, *Elektronik Konişmento*, Ankara 2004

²⁴ United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/> (ET: 3/6/2018)

²⁵ **Indira Carr**, *Principles of International Trade Law*, 2nd Ed., 1999, s. 102

²⁶ **Patrik G. Andersson**, *Delivery Clauses in Bills of Lading*, 2005, s. 27, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1555775&fileId=1563768>, (ET: 01/05/2018)

ilişkiler, eşyanın satıcısı ve alıcısı arasındaki hak ve yükümlülükler²⁷ ve taşıma sözleşmesine taraf olana finansman sağlayan kişilerin hukuki durumu ile ilgili konularda önemli boşluklar olduğu ortaya çıkmıştır.

2. TANIMI

En son hazırlanan ve kısaca Rotterdam Kuralları²⁸olarak anılan uluslararası sözleşmenin 1/18 inci maddesinde de, elektronik konişmento değil ama elektronik taşıma kaydı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre elektronik taşıma kaydı, *“Taşıma sözleşmesi kapsamında taşıyan tarafından elektronik iletişim aracılığıyla oluşturulmuş bir ya da birden çok mesaj içerisindeki, elektronik taşıma kaydının taşıyan tarafından düzenlendiği anda veya düzenlenmesini takiben kendisine eklenen veya diğer bir şekilde ilişkilendirilme yoluyla elektronik taşıma kaydının bir parçası hâline gelen, elektronik taşıma kaydı ile uygun şekilde bağdaştırılabilen bilgiyi de içeren: (a) Taşıyanın veya Taşımayla ilgili İfa Eden Tarafın taşıma sözleşmesi kapsamında eşyayı teslim aldığına ispat eden ve (b) Taşıma sözleşmesini ispat eden veya içeren, bilgidir”*.

Elektronik konişmentoyu, *“Elektronik ortamda düzenlenen, kağıt konişmentonun geçerli olması için gerekli asgari unsurları içeren ve elektronik güvenli imzayla imzalanan, elektronik ortamda depolanan, transfer edilen ve hak sahibine²⁹veya temsilcisineteslim edilen, yükün taşınmak üzere teslim alındığını ve taşıma sözleşmesi kapsamında taşınacağını ve varma yerinde teslim edileceğini kanıtlayan taşıma senedi”* olarak tanımlayabiliriz.

3. ELEKTRONİK KONİŞMENTO DÜZENLENMESİNİ GEREKTİREN SEBEPLER VE FAYDALARI

Küresel eşya ticaretinde: Satıcı, dağıtıcı, taşıyan/taşıyıcı, yük ilgilisi, banka, sigorta şirketleri, hükümet temsilcileri, terminaller ve gümrük idaresi gibi birçok taraf yer almaktadır. Bu aynı zamanda çok sayıda dokümanın hazırlanması, kopyasının çoğaltılması ve dünya üzerindeki birçok noktaya gönderilmesi anlamına da gelmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojisinin³⁰ gelişmesiyle birlikte, sayılan bu kişilerden çoğunluğu, ticaretindeki işlemleri hızlandırmak için

²⁷ Uluslararası satım sözleşmelerinde tarafların sorumlulukları hakkında bkz. **D’arcy/Murray/Cleave**, s. 21 vd.

²⁸ Kısmen Veya Tamamen Deniz Yoluyla Uluslararası Yük Taşınmasına İlişkin Sözleşme Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, New York 2008) 11 Aralık 2008 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 63. dönem toplantısında görüşülerek, kabul edilmiştir. G.A.Res.63/122,U.N.GAOR,63rdSess.,U.N.Doc. General Assembly Resolution A/RES/63/122, Annex (Feb. 2, 2009)

²⁹ Taşıtan (*charterer*), yükün alıcısı (*receiver, consignee*), yükleten (*shipper*), taşıtanın acentesi (*agent*) ya da yetkili temsilci (*representative, agent*)

³⁰ Ing. Information and Communications Technology (ICT)

“Elektronik Bilgi Transferi Sistemi”nden³¹ yararlanarak bir bilgisayardaki bilgiyi, kolayca diğer bir bilgisayara aktararak iletişim sağlamaktadırlar. Fatura, rezervasyon notu, rezervasyon onay fişi (*Booking Notes*), konişmento ve deniz yük senedi gibi belgeler düzenli olarak üretilip ve elektronik yolla olarak iletilmektedir³².

Günümüzde yaygınlaşmaya başlayan elektronik konişmento kullanımı, tedarik zincirinde yer alan tüm kişilereçesitli avantajlar sunmaktadır³³. Belge olarak hazırlanan klasik konişmentolar ile ilgili üç temel sorun: Gecikme, maliyet ve güvenlik riskleridir. Elektronik konişmentolarla (e-konişmento) bu sorunların çözüme kavuşturulduğu görülmektedir³⁴. Buna karşın kağıtsız ticaretin, kağıt belgelerin; kimlik, imza, doğru adres, liman/havalimanı, ticari şartlar ve belgelerin sunumu ve benzeri ana işlevlerini yerine getirebilmesi için; güvenli, tarafsız ve tüm dünyada kabul gören, aynı zamanda yaygın ve standart olarak kullanılan bir çevrimiçi yazılım çözümünün kullanılmasının gerekli olduğu değerlendirilmektedir³⁵.

a) Gecikmeden Kaynaklı Sorunların Çözümü

Konişmentolar genellikle kargo veya kurye servisi ile gönderildiklerinden, gemiler çoğunlukla konişmentolardan önce varma yerine ulaşırlar. Teslimde gecikme olması, dolayısıyla boşaltma limanında konişmento aslının bulunmaması nedeniyle, konişmento teslim edilemediğinden, bu durum yükün de teslim edilememesi anlamına gelir. Bu hal ise yükün teslimi için teminata dair masraflar, yükün depolama maliyetleri başta olmak üzere ilave masrafların oluşmasına yol açar. Bu arada, yük bozulabilir bir eşya ise gecikme, bütün yükün kaybına bile yol açabilir. Bu senaryoda, taraflar genellikle yükü konişmentosuz teslim almak için taşıyana bir garanti mektubu (*Letter of Indemnity, Lol*) teslim etmeyi kabul ederler. Ancak bu, ticarete idari bir yük ve maliyet ekler. Aynı zamanda garanti mektubu genellikle tatmin edici olmayan bir çözümdür, çünkü garanti mektubu karşılığında olsa bile yükün yanlış kişiye teslim edilmesi taşıyanın sorumluluğunu kaldırmaz.

Taşıyan veya acentesi, eşyayı konişmento ibraz edilmeksizin teslim ederse

³¹ Ing. Elecetric Database Interchange (EDI) Systems

³² Elektronik konişmentonun kullanılabilmesi için öncelikle, e-konişmento mesajlarını alıp gönderebilen, arşivleyebilen ve sadece gerekli olduğunda konişmentoyu yazdırmayı sağlayan bir yazılım altyapısının bulunması gerekir. **Tan/Starr/Wu**, s. 4

³³ 25 Nisan 2015’de Economist dergisinde yayımlanan bir makalede: “İdari blokajların ve eski uygulamaların kaldırılması, bazı hesaplarla, uluslararası ticareti artırmak için tarifeleri ortadan kaldırmaktan daha fazlasını yapmaktadır. BM, tüm Asya-Pasifik bölgeleri ticaretle ilgili evrakları çevrimiçi hale getirmenin malları ihraç etmek için harcadığı süreyi % 44’e varan oranlarda azaltabileceğini, bunun maliyeti % 31’e varan oranda düşürerek ihracatı yılda 257 milyar dolar artıracığını düşünmektedir”, denilmektedir.

³⁴ **Tan/Starr/Wu**, s. 4

³⁵ <https://combined-transport.eu/electronic-bill-of-lading>, (ET: 09/05/2018)

bundan sorumlu olacağı gibi, kararlaştırılan sorumsuzluk kayıtları da taşıyan açısından geçerli olmayacaktır³⁶. Bu durumda taşıyanı konişmento olmaksızın yükü teslim etme ikna edebilmek için, kendisini ileride konişmento ibraz edilmeden yükü teslim ettiği için tazminat ödemek durumunda kalmayacağını temin ve ikna etmek gerekmektedir. Bunu sağlamak için genellikle uygulamada iki yola başvurulmaktadır: eşya, ya taşıyan tarafından kabul edilen bir bankanın verdiği teminat mektubu karşılığında teslim edilmekte; ya da charter sözleşmesine eklenen bir kloz ile taşıyanın, konişmento ibrazına gerek olmaksızın eşyayı teslim edebilmesi kabul edilmektedir³⁷.

Yük boşaltımını ve teslimini sağlamak için boşaltma limanında bulunmayan bir konişmentonun, e-konişmento olarak düzenlenmiş olması durumunda ise tam tersine bu sebepten kaynaklanan risk faktörü ortadan kalmaktadır. Yapılan ilk denemelerde, konişmento teslimi genellikle 20 günlük bir süreye tekabül ederken, e-konişmento kullanılması durumunda teslimatın çok daha kısa sürede tamamlandığı gözlenmiştir³⁸.

b) Maliyetlerin Azaltılması

Maliyetler dikkate alınarak kıyaslandığında, e-konişmento kullanımı ile maliyetlerin büyük oranda azaldığı, e-konişmentoların daha avantajlı olduğu görülmektedir. Nitekim, belge olarak hazırlanan konişmentoların teslimi veya yükün teslimini sağlamak üzere garanti mektubu verilmesi durumunda oluşan maliyetlerin, taşıma maliyetlerinin % 15'i kadar olduğu tahmin edilmektedir. e-konişmentolar kullanıldığında ise, garanti mektubu hazırlanması ve teslimi gereksinimi % 90 oranında azalmaktadır, diğer maliyetler ortadan kalmaktadır³⁹.

c) Güvenlik Risklerinin Önlenmesi

Yük ilgilileri açısından güvenlik riskleri dikkate alındığında ise kağıt konişmentoların bu risklere takıldığı, zira kolayca çalınabildiği, kaybolabildiği veya herhangi bir nedenle tahrip olabildiği görülmektedir. Bir konişmento

³⁶ Yargıtay 11. H.D. T. 11.5.1993, E. 1992/3338 ve K. 1993/3426 sayılı kararı: "Davacı ile dava dışı K.'deki alıcı arasında akreditif ilişkisi vardır. Bu durumda, K.'deki alıcının mal bedelini ilgili banka şubesine ödeyerek taşıma ile ilgili belgeleri alması ve bu belgeleri taşıyıcıya vererek malı teslim etmesi gerekir. Davalı taşıyıcı, ilgili belgeler kendisine ibraz edilmeden ve bu belgeleri almadan taşıdığı malı alıcısına teslim edemez. Aksi halde taşıyıcı sorumlu olur. Olayımızda da; taşıyıcı, ilgili belgeleri almadan malı alıcısına teslim ettiğinden zarar doğmuştur. Davacının bu aşamada aktif dava ehliyeti mevcuttur. O halde; mahkemece, işin esasına girilerek hâsıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın reddi doğru görülmemiş ve hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir. www.kazancı.com.tr, (ET: 14/05/2018)

³⁷ **Murat Demirkıran**, *Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu*, İstanbul 2008, s. 73

³⁸ Teslimat, "Bolero sistemi" ile 4 gün içinde tamamlanırken, "essDOCS sistemi" ile 65 dakikada tamamlanmıştır. **Tan/Starr/Wu**, s. 4

³⁹ **Tan/Starr/Wu**, s. 4

kaybolduğunda, taşıyan genellikle yükü bir banka garanti mektubu karşılığında teslim etmeyi kabul eder. Ancak taşıyan, sahte ve çalınan konişmentolar altında yapılan yanlış teslim taleplerinden de sorumludur.

Elektronik sistem sağlayıcıları ise, sistemlerini çok sayıda güvenlik katmanı altında inşa etmişlerdir. Bu da, hileli e-konışmentoların kendi sistemleri aracılığıyla oluşturulmasını çok ama çok zor hale getirmiştir. Ayrıca, e-konışmentolar fiziksel olarak elden ele aktarılmadığı için, uzun süre elektronik olarak güvenli bir şekilde saklanabilir ve kağıtkonışmentolar gibi asla kaybolmazlar. Dolayısıyla, e-konışmentoların, kağıt konişmentolarda karşılaşılabilecek yukarıdaki riskleri çözdüğü ve bu risklere karşı normal şartlarda daha güvenli olduğu görülmektedir⁴⁰.

III. TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRONİK KONİŞMENTO

1. ELEKTRONİK KONİŞMENTONUN GEÇERLİLİĞİ

Bir konişmentonun varlığı ve hukuken geçerliliği için kanundaki asgari içeriğe sahip yazılı bir belge (senet) bulunması ve bu belgenin yetkili ve sorumlu kişilerce imzalanmış (onaylanmış) olması gerekir. Yani hukuken geçerli bir konişmentonun varlığı, temelde bu iki unsurun bulunmasına bağlıdır. Bu durumda acaba elektronik ortamda hazırlanan bir konişmento bu unsurları taşımakta mıdır, ya da bu unsurların elektronik konişmentoda bulunması onu hukuken geçerli kılar mı, sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

İlk unsur ele alındığında; konişmento metninde TTK m. 1229/1’de sayılan unsurların yer alması gerekir. Ancak TTK m, 1228’e göre, hukuken geçerli olabilmesi için konişmentonun asgari olarak: 1-) Bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, 2) Eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve 3) Taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu taahhüdünü içeren şartları içermesi zorunludur. Dolayısıyla sayılan şartları taşıyan bir konişmentoda TTK m. 1229/1’de sayılan unsurlardan bir veya birkaçının bulunmaması bu belgenin hukuken konişmento sayılmasına engel değildir.

Asgari şartların yer aldığı metnin, somut bir belgede yer alması ile, elektronik olarak hazırlanan bir belgede veya sanal ortamda yer alması arasında, belgenin geçerliliğiyle ilgili hukuken bir fark olup, olmadığı sorusunun cevabı, Türk Borçlar Kanununun (TBK)’da verilmektedir. TBK 14/2 inci maddeye göre “...güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer”. Dolayısıyla metnin somut olarak kağıt bir belgede yer alması ile elektronik bir belgede yer alması arasında hukuken bir fark yoktur. Elektronik ortamda hazırlanan bir belge de, yazılı ortamda hazırlanan bir belge gibi hukuken geçerlidir.

İkinci unsuru, yani konişmentonun elektronik olarak imzalanmasının

⁴⁰ Tan/Starr/Wu, s. 4

hukuken geçerli olup olmadığını değerlendirecek olursak, yazılı bir sözleşme⁴¹ ya da hukuki işlemin geçerli olması veya bir kimsenin borç altına girmesi için sorumlu kişi yada kişilerce imzalanması gerekir. Belgeye konulan imzanın niteliği ve ne şekilde olması gerektiği hususu da TBK'da açıkça düzenlenmiştir. TBK'ya göre böyle bir imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Buna karşın imzanın elektronik iletişim araçları kullanılarak geçerli bir şekilde atılıp, atılmayacağı sorusu akla gelebilir.

Bununla ilgili olarak öncelikle 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK)⁴² hükümlerini incelememiz gerekir. EİK'e göre elektronik imza, *başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi ifade eder* (EİK m. 3/b). Bu verinin aynı zamanda güvenli bir veri olması zorunludur.

Kanun, güvenli elektronik imzayı ise: "1) Mühürsüz imza sahibine bağlı olan, 2) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, 3) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, 4) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan, elektronik imza (EİK m. 4) ifadesiyle tanımlamıştır. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur (TBK m. 15/1). Bir diğer ifadeyle kanunda sayılan bu şartları sağlayan güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur.

Yukarıdaki her iki soruya da verilen cevap olumlu olduğuna göre, sonuç olarak Türk hukukuna göre elektronik hazırlanan bir konişmento hukuken geçerli sayılır⁴³.

Bir üçüncü husus da, konişmento adı bir belge olmayıp, kıymetli evrak sayıldığına göre, bu durumda şu sorunun da cevaplandırılması gerekmektedir: Acaba kıymetli evrak niteliğindeki konişmento da elektronik bir belge olarak hazırlanabilir mi? Bu sorunun cevabı TTK'da açık olarak verilmektedir⁴⁴. 1525/1

⁴¹ TBK m. 14/1: "Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur".

⁴² RG. 23/1/2004 T. ve 25355 S.

⁴³ EİK bu konuda bir istisna da getirmiştir. Buna göre kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez (EİK m. 5).

⁴⁴ "Özellikle internetin günlük hayata sıradışı bir hızla girip her alanda kullanılabilir hâle gelmesi, hukuku da etkilemiştir. Bugün bütünlük gösteren bir sistematik altında toplanmamış bile olsa, disiplinlerarası bir dal niteliğini taşıyan bir internet hukukundan söz edilebilir. Sözleşmelerin kurulmalarından başlayarak, belgelerin, özellikle faturaların, teyit mektuplarının, ihtar ve ihbarların, her çeşit konişmentonun, taşıma senedinin, sigorta poliçesinin elektronik ortamda oluşturulması ve bu belgelerin bir kısmının elektronik ortamda saklanmaya başlanması; şeffaflığın bu yoldan en üst düzeyde sağlanabilmesi; şirketlerde yönetim kurulu, genel kurul, müdürler kurulu, yöneticiler kurulu gibi organların

inci madde gereğince tarafların açıkça anlaşmaları şartıyla, ihbarlar, ihtarlar, itirazlar ve benzeri beyanlar; fatura, teyit mektubu, iştirak taahhünamesi, toplantı çağrıları ve bu hüküm uyarınca yapılan elektronik gönderme ve elektronik saklama sözleşmesi, elektronik ortamda düzenlenebilir, yollanabilir, itiraza uğrayabilir ve kabul edilmişse hüküm ifade eder⁴⁵.

Yine TTK m. 1526/1'e göre: "*Polİçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz*". Yani kanunda sayılan bir kıymetli evrak türü elektronik imza ile düzenlenemez. Ancak TTK konişmento bakımından istisnai bir düzenleme getirmekte ve TTK 1526/2 inci maddede, "*konişmento ve taşıma senedinin imzası elle, ...veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir*" denilmekte yukarıda sorulan soruya olumlu cevap verilmektedir. Bununla birlikte maddenin devamında "*... Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar ...elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir*" denilmektedir.

Uluslararası bir taşıma faaliyeti yabancılık unsurunu da içermektedir. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul

toplantılarına ilişkin çağrılarının e-posta ile yapılması, toplantıya katılmanın, öneri sunmanın, oy kullanmanın fizikî olarak değil sanal yolla gerçekleştirilmesi, kararların aynı yolla alınıp güvenli elektronik imza ile imzalanması kanun koyucuları yeni kanunlar çıkarmaya veya mevcut kanunlarda değişiklik yapmaya yöneltmiştir. Almanya, Fransa ve İskandinav ülkeleri başta olmak üzere birçok ülke, 2000 yılından beri e-postayı, e-ticareti ve yönlendirilmiş e-mesajı ticaretin bir parçası haline getirmişlerdir. Tasarının bu gelişmeyi yansıtmaya gereklidir. Nitekim hem Tasarının çeşitli maddelerinde hem de son hükümlerde söz konusu gelişmeye ilişkin kurallar öngörülmüştür". TTK genel gerekçe, <http://www.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (ET: 01/05/2018)

⁴⁵ 29.3.2011 tarih ve 6215 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16. maddesi ile mülga 6762 sayılı eTTK eklenen Ek Madde 2: *Polİçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz. Konişmentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zimba, istampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir. Düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar el yazısı, telgraf, teleks, faks ve elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir... Teklifin 13, 14 ve 16'ncı maddeleri 13 Ocak 2011 tarihli, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülen maddeler olup, bu kanun teklifi ile hemen yürürlüğe konulması öngörülmektedir.* https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=20903&P5=B&page1=43&page2=43 /, (ET: 20/06/2018)

Hukuku Hakkında Kanununu (MÖHUK)⁴⁶ile düzenlenmiştir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, MÖHUK'un 2. maddesi uyarınca, "hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamak" zorundadır.

Buna göre bir konişmento Türkiye'de düzenlenmişse veya MÖHUK hükümleri gereğince⁴⁷ olaya Türk hukuku uygulanacaksa, yukarıda açıklandığı gibi zaten Türk Hukukunda elektronik konişmento hukuken geçerli olduğundan bu hükmün uygulama alanı olmayacaktır. Dolayısıyla bu hükmün amacının, yabancı bir hukukun uygulanacağı durumlarda, hazırlandığı ülke kanununa göre geçerli olan bir konişmentonun Türk Hukukunda da geçerli olup olmadığına dair tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu madde kanunda yer almasaydı bile TTK m. 767⁴⁸ hükmüne kıyasen yine aynı sonuca varmak mümkün olabilecekti.

2. ELEKTRONİK KONİŞMENTONUN KIYMETLİ EVRAK NİTELİĞİ

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte senedin varlığından bahsedilmek için irade beyanının mutlaka bir kâğıt üzerinde yer alması gerektiği şeklindeki klasik dar yorumdan vazgeçilmiştir. Bu nedenle hakkın bir senede bağlandığı senetlerin yanı sıra, elektronik ortamda kaydı alınabilen ve saklanabilen; veri tabanı, mikrofilm, mikroçip (yonga), mikrofiş, disket, manyetik bant gibi elektronik veya optik veri tabanını taşıyanları gibi her türlü yazılı şekli ve ortamları içeren, araçların da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Buna göre senet, üzerine yazı yazılabilen sanal ortam dahil her türlü ortamı, beyanı somutlaştıran herhangi bir aracı ifade etmektedir. Kıymetli evrakın esaslı unsurlarından olan senet ve imza unsurlarının klasik görünüm şekillerine ilişkin sınırlayıcı anlayış değişikliğe uğramış, bunların günümüz teknolojisine uygun yeni görünümünün de geçerli olacağı kuralı benimsenmiştir. Klasik

⁴⁶ RG. 12/12/2007 T. ve 26728 S.

⁴⁷ MÖHUK m. 29: (1) Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu ülkenin sözleşmeyle en sıkı ilişkili olduğu kabul edilir ve sözleşmeye bu ülkenin hukuku uygulanır. Tek seferlik çarter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de bu madde hükümlerine tâbidir. (3) Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.

⁴⁸ (1) Poliçe ile yapılan borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna tabidir. (2) Bir poliçeye ilişkin borçlanma, yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca şekil bakımından geçerli olmamakla beraber, aynı poliçeye ilişkin sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukunca geçerli bulunursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmayışı, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemez. (3) Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türke karşı geçerlidir.

anlamda senede bağlanmayan (kayden izlenen) bu kıymetli evrak grubuna “evraksız kıymetli evrak” denilmektedir⁴⁹.

Özellikle sermaye piyasası araçlarının saklanması üzerinde işlem yapılmasının çok külfetli olması ve bu işlemlerin teknoloji sayesinde kolay ve güvenli olması “evraksız kıymetli evrakın” ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁰. Sermaye piyasalarının büyümesi sonucunda, sermaye piyasası araçlarının takip edilemez hale gelmesi, kaydi değere geçilmesini zorunlu hale getirmiş ve 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (SPK)’da olduğu gibi 6362 yeni SPK’ın⁵¹13 üncü maddesinde sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi hükme bağlanmıştır⁵². Böylelikle, TTK m. 557 hükmündeki, “hakın senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği” temel unsuru, kaydi değer ve buna bağlı kaydi işlemlerin kabul edilmesiyle artık bir tarafa itilmiştir⁵³. Bu açıklamalar çerçevesinde, bir kıymetli evrak fiziken yani elle tutulur somut bir şekilde ortada bulunmasa bile, kaydi ortamda hazırlanması onun kıymetli evrak sayılmasına mani olmadığı görülmektedir.

TTK 1526/1 inci maddesinde poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde

⁴⁹ **Kayıhan/Yasan**, s. 19, **Karahan**, s. 8, **Pulaşlı**, s. 14 vd.,

⁵⁰ Bu deyim ilk defa İsviçreli hukukçu Arthur Meier Hayoz tarafından emekli olurken verdiği veda dersinde kullanıldı ve daha sonra da “Abschied vom Wertpapier” başlıklı bir makale olarak yayımlandı. Türk hukukunda ise evraksız kıymetli evrak (papierlose wertpapier) konusunda en önemli bilimsel çalışma, Asuman Turanboy’ un 1997 tarihli “Varakasız Kıymetli Evrak” adı olan Doçentlik tezidir. Artık Türk hukukunda evraksız kıymetli evrak kavramının yerleştiği söylenebilir. **Pulaşlı**, s. 14, **Kayıhan/Yasan**, s. 20, **Ülgen ve diğerleri**, s. 29 vd.

⁵¹ RG. 30/12/2012 T. ve 28513 S.

⁵² Böylelikle “evraksız kıymetli evrak” vasıtasıyla sermaye piyasası araçların devri ve borsada satılması ve saklanması da kolaylaşmış oldu ve (borsaya kote edilmiş anonim şirketler için) hisse senedi, tahvil, kar, faiz bedelsiz hisse senedi, yeni pay alma haklarının kullanılması ve hazine bonusu için fiziki olarak kar kâğıda yani senede bağlanmasına gerek kalmamış oldu. Evraksız kıymetli evrakın piyasada el değiştirmesi de geleneksen olarak senedin zilyedliğinin nakledilmesine gerek kalmaksızın, sadece hak sahibinin vereceği talimata uygun olarak tamamen elektronik ortamda gerçekleşmektedir. **Pulaşlı**, s. 16

⁵³ Dünyada ve ülkemizde son yıllarda ekonominin büyümesi sermaye piyasaları vasıtasıyla şirketlere katılımların çoğalması, sermayenin tabana yayılması ve sermaye piyasası araçlarının, çeşitlenmesi bunların saklanması, işlerinin seri ve güvenli şekilde yapılması sorunlarını da beraberinde getirdi. Ancak teknolojide de bu sorunların ortadan kaldırılmasına yardımcı olacak şekilde gelişmeler gerçekleşmeye başladı. İşte sermaye piyasası araçlarının milyon hatta milyonlarca sayıda yığınlarca çıkarılması ve bunların bir gün içinde bir kez veya daha fazla el değiştirmesi olanağının ortaya çıkması, bunların saklanması ve üzerlerinde işlem yapılmasını hem masraflı hem de maddi (bu araçların devrinde teslim zorunluluğu olması nedeniyle) açılan külfetli olması, “evraksız kıymetli evrak”ın ortaya çıkmasına neden oldu. **Pulaşlı**, s. 14

gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz denildikten sonra konişmento ve taşıma senetleri diğer kıymetli evraktan ayrı tutulmuş ve bunların elektronik imzayla imzalanabileceği ve bu senetlerde yer alacak kayıtların elektronik diğer araçlarla yazılıp, oluşturulup, gönderilebileceği TTK'dahüküm altına alınmıştır (TTK m. 1526/2).

TTK'da *"konişmento ... imzası ... elektronik herhangi bir araçla da atılabilir ... bu senetlerde yer alacak kayıtlar ... elektronik diğer araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir, gönderilebilir"* şeklindeki bir atfı içinde konişmento geçen tüm maddelere yapılmış bir atf gibi kabul edilirse elektronik ortamda hazırlanan konişmentonun da kıymetli evrak niteliğine sahip olacağı sonucuna varılabilecektir. Ancak, hukukumuz açısından tereddütsüz bir şekilde bu sonuca varmak mümkün değildir. Kaydileştirilmiş (varakasız) kıymetli evrak arasında yer alan hisse senetleri SPK'da bir yasa hükmü ile düzenlenmiş⁵⁴ve payların devriyle ilgili TTK ilgili hükümlerine atf yapılarak, devrin bu hükümler çerçevesinde yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme dikkate alındığında konişmentoya dair mevcut yasal düzenlemelerin eksik olduğu açıklıkla söylenebilecektir. Buna göre elektronik olarak hazırlanan konişmentonun da, aynen kağıt konişmento gibi kıymetli evrak sayıldığını kesin olarak söylemek için bu konunun bir yasa hükmü ile düzenlenmesi gerekir.

Sonuç olarak, Türk Hukukuna göre elektronik konişmento düzenlemek mümkündür. Ancak elektronik ortamda hazırlanan bu konişmentonun da, kıymetli evrak vasfında olduğunuyasa hükmüyle açıkça hüküm altına alınması bir çok tartışmayı önleyecektir. Bunun dışında, elektronik konişmentonun içeriği, geçerliliği için aranan asgari şartların neler olduğu, bu şekilde hazırlanan emre konişmentoların ciro işlemlerinin ne şekilde yapılacağı, senedin çalınması, elektronik iletişimde kullanılan sistemin veya serverin arıza yapması nedeniyle zayi olması halinde hakkın ne şekilde ileri sürülebileceği, zayi ve iptal işlemlerinin ne şekilde yapılacağı, nüsha sayısı, elektronik konişmentonun ibrazı vb. çok sayıdaki temel konuların mutlaka bir kanun hükmüyle düzenlenmesi gerekmektedir.

B. ELEKTRONİK KONİŞMENTO DÜZENLEMekte YAYGIN OLARAK KULLANILAN SİSTEM VE KURALLAR

İşlevsel olarak elektronik bir konişmentoyu, bir kağıt konişmentoya gerçekten eşdeğer olarak düşünülebilme için üstesinden gelinmesi gereken bir çok yasal sorun bulunmaktadır. Bir kağıt konişmentonun imzalı bir yazılı belge olmasına karşın, elektronik konişmentonun bir çok ülke hukukunda "belge"ye eşdeğer olarak görülüp görülmeyeceği halen net değildir. Örneğin,

⁵⁴ SPK m. 13/6: "Payların devrinin, 6102 sayılı Kanunun ilgili hükümleri çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın MKK nezdinde izlenen kayıtlar esas alınır".

Lahey-Visby Kuralları'nın 1 (b) maddesi, kuralların “konişmento veya benzer bir belge” için geçerli olduğunu belirtmektedir. Farklı ülkelerin konuya aynı yönde yaklaşımları halinde elektronik konişmentoyu, uyumlaştırabilmek için açık bir şekilde uluslararası kuralların oluşturulmasına ihtiyaç vardır. Uygulamada e-konişmento sağlayıcıları tarafından sürekli olarak yenilikçi ve köklü değişiklikler içeren yeni ürünler piyasaya sürülmekte, bu ürünler kullanıcıları tamamen kağıtsız bir küresel ticaret sistemine daha da yakınlaştırmaktadır. Bir e-konişmento ticaretinin, kaydedilen zaman, idari yükteki azalma ve içerdiği ek güvenlik açısından, maliyetlerde önemli ölçüde tasarruf sağlamaktadır.

I. ULUSLARARASI P&I KULÜPLERİ GRUBUNUN KULLANDIĞI SİSTEMLER

1. KULLANILAN SİSTEMLER

Daha önceki e-konişmento sistemlerinin karşılaştığı sorunlara rağmen, bazı e-konişmento sistemleri sonunda başarılı bir şekilde geliştirilmiştir. Uluslararası P&I Kulüpleri Grubu (*the International Group of P&I Clubs*)⁵⁵ tarafından onaylanan üç e-konişmento sistemi vardır. Uluslararası P&I Kulüpleri Grubu, 2010 yılında Bolero ve essDOCS sistemlerini ve 2015 yılında e-title sistemini onaylamıştır. Bu sistemler şunlardır⁵⁶:

1. Bolero International Ltd (Bolero),
2. essDOCS Exchange Ltd (essDOCS) ve
3. E-Title Authority Pte Ltd (e-Title).

Bu üç sistemi onaylayan Uluslararası Grup (IG), bu sistemlerin; *bir alındı belgesi, emtia senedi ve Lahey veya Lahey-Visby Kurallarını içeren bir taşıma sözleşmesi* olarak, konişmentonun üç temel işlevini gerçekleştirmesini hedeflemiştir⁵⁷.

⁵⁵ Uluslararası Grubu oluşturan on üç ana yüklenici Kulüp ile Bağlı Kuruluşları ve Reasürans kurumlarının bir kuruluşudur ve dünyanın okyanus ötesi taşıma tonajının yaklaşık % 90'ı için sorumluluk sigortası (Koruma ve Tazminat) sağlamaktadır. Her bir üye Kulüp, “can kaybı, mürettebat, yolcu ve diğerlerinin gemide yaralanması, kargo zararı ve hasarı, petrol ve diğer tehlikeli maddeler tarafından kirlilik, enkazın kaldırılması, çarpışma ve mülke verilen zararlar” gibi çok çeşitli zararların tazminle yükümlüdür. Kulüpler ayrıca, hak iddiaları, hukuki konular ve kayıpların önlenmesi konularında üyelerine geniş bir hizmet yelpazesi sağlarlar ve genellikle deniz kazazedelerine müdahaleyi ve yönetimini koordine etmede lider bir rol oynarlar. International Group of Protection & Indemnity Clubs, <https://www.igpandi.org/about>, (ET: 11/05/2018)

⁵⁶ Bu sistemlerin en son onaylanmış sürümleri şunlardır: 1) Bolero International Ltd Rulebook/ İşletim Prosedürü Eylül 1999; 2) essDOCS Exchange Ltd, DSUA 2009.3 ve 2013.1 ve 3) E-Title Authority Pte Ltd – Electronic Title Kullanıcı Sözleşmesi sürüm 1.2'dir, **Tan/Starr/Wu**, s. 2

⁵⁷ **Tan/Starr/Wu**, s. 3.

2. SİSTEMLERİN ÇALIŞMA PRENSİPLERİ

a. Bolero ve EssDOCS'in Çalışma Sistemi

Bo mmmmmessssssssßsssssssssslerö sistemi, TT Club⁵⁸ ve uluslararası bankacılık kuruluşu SWIFT tarafından ortaklaşa oluşturulmuştur. *EssDOCS'in* kurucuları ise, taşıma endüstrisini modern zamanlara itecek bir sistem tasarlayan iki MBA öğrencisidir. Bu iki sistem, farklı köklere sahip olsa ve farklı görünse de, her iki sistem aslında çok benzer şekillerde çalışmaktadır.

Her iki sistemde de, gelecekte bilginin kullanılabilmesive referans olması bakımından e-konışmento sahipliğinin kaydedilmesi ve depolanması için merkezi kayıtlar tutulmaktadır. Bolero bunu, sahiplik bilgileri için paylaşılan bir hizmet olan sicil kaydı (*title registry*) aracılığıyla yapar, essDOCS ise bunu merkezi bir veritabanı üzerinden yapar. Her iki sisteme de internet üzerinden ulaşılabilir ve kullanıcıların özel bir donanıma (*hardware*) yatırım yapması gerekmez.

Her iki sistem de, bilgilerin; harici korsanlık, virüs ve diğer siber saldırılara karşı korunması için sürekli olarak kontrol edilir. Ayrıca her iki sistemde, sağlayıcının sistemlerinden kaynaklanan olası kayıplar için, siber risklere karşı sigorta yaptırılır. Örneğin essDOCS, e-konışmento başına standart 20 milyon dolarlık bir teminat sağlar. Bolero'nun sigorta kapsamındaki bilgileri kamuya açık değildir. Bir taşıma faaliyetindekitüm ilgililerin (taşıyan, banka, yük alıcısı vs.) aynı sistemi kullanmak için kayıtlı olması gerekir. Dolandırıcılıktan korunmak için sisteme giren kişiler güvenlik kontrolünden geçirilir. Sadece yetkili kişiler, e-konışmentonun durumunu ve e-konışmentoyu elinde tutan tarafın kimliğini belirlemek için sistem kayıtlarına erişim hakkına sahiptir. Tüm kullanıcılar için, kullanıcıları tanımlamaya yarayan kendi özel dijital anahtarları üretilir. Kullanıcılar tarafından verilen tüm talimatlar bu sistemler aracılığıyla dijital olarak imzalanır. Bunlar kullanıcılar tarafından şifrelenebilir, böylece iletiler yalnızca hedeflenen alıcılar tarafından okunabilir.

E-konışmento, sistem üzerinde oluşturulur, yüklenir ve gönderici ile taşıyan arasındaki onay için taslak halinde gönderilebilir. E-konışmento bir çarter partiyi veya diğer harici sözleşme şartlarını içerebilir (*incorporate*). Anlaşmaya varıldıktan sonra, taşıyan e-konışmentoyu sistem üzerinden yayınlar. E-konışmento daha sonra sistem tarafından zincirdeki bir sonraki tarafa (örneğin, gönderici) gönderilir. Bu şekilde belgeyi elinde bulunduranlar (tutucular) arasında, örneğin, belgede değişiklikler yapılması gerekiyorsa e-konışmento ayrıca ileri ve geri iletilebilir. Ancak kağıt bir konişmentoda olduğu gibi, bir e-konışmentonunherhangi bir zamanda sadece bir sahibi olabilir.

b. E-title Sistemi

E-title, Uluslararası Grubun, Grubun üyesiP&I Kulüpleri tarafından kullanılmak üzere onayladığı e-konışmento sistemlerinin üçüncüsü ve en

⁵⁸ <https://www.ttclub.com/>, (ET: 12/06/2018)

son ürünüdür. Sistem, pazarda tanınan Bolero'nun üç eski ortağı tarafından kurulmuştur. E-title, taşıyanlara ve lojistik operatörlerine, konişmentoda veya fatura fonksiyonunda herhangi bir değişiklik yapmadan sayısallaştırılmış elektronik bir formda konişmento vermeleri veya serbest bırakmalarına yardımcı olacak bir mekanizma için oluşturulmuş, dizüstü bilgisayarlardaki intel çipine benzeyen patentli bir yazılım çözümüdür. E-title, merkezi olmayan bir sistem olarak çalıştığı için, Bolero ve essDOCS'dan farklıdır. E-konışmentonun tek bir tutucudan başka bir tutucuya güvenli bir şekilde aktarılmasını kolaylaştırmak için genellikle eşler arası bir sistem olarak adlandırılan sistem kullanılır. Şu anda, taşıyan, çözüm olarak Singapur TradeXchange portalı üzerinden dağıtmayı veya havayolları tarafından kullanılan ve "kara kutu" olarak bilinen güvenli bir cihaza yatırım yapmayı seçebilir. Bu kara kutu, konişmentoları oluşturmak için taşıyanın kendi şirket içi sisteminde yer alır. Taşıyan bu şekilde, e-title'ın patentli yazılımını kullanarak, Singapore TradeXchange portalı veya kendi şirket içi sistemindeki kara kutu üzerinden konişmentoyu devredilebilir.

E-title, çift ticareti veya yasa dışı aktarımları önlemek için e-konışmentolarının durumunu her zaman kontrol ederek, sistemi yönetir. E-title, her e-konışmento aktarımının güvenli günlüklerini tutar. Günlükler, bir kullanıcı için durum bilgisi, kullanıcılar arasındaki çözüm kararları ve bir sistem arızası durumunda yedekleme sağlamak için kullanılır. Tüm e-title kullanıcıları aynı zamanda Electronic Title Kullanıcı Grubu (ETUG) üyesidir. ETUG, e-title'ın kullanıcı sözleşmesi şart ve koşullarını kullanmaktan ve tanımlanmış bir prosedürde taraflar arasındaki anlaşmazlıkları çözmekle sorumludur⁵⁹.

Dijitalleşmenin benimsenmesini teşvik etmek için dünya çapındaki liman ve gümrük yetkilileri ile sürekli olarak çalışılmaktadır. İhracat, taşıma, ticaret, finans ve ithalat (e-konışmentolar gibi) için gerekli olan orijinal belgeler, DocEx modülünde ihracatçılar, ithalatçılar, taşıyanlar, bankalar ve ilgili diğer taraflarca elektronik olarak imzalanabilir, sunulabilir ve değiştirilebilir. essDOCS sistemi ayrıca, Gümrük Yetkilileri'nin kullandığı ortak ağa bağlamak ve eDocs'ları kabul etmeyen yerel makamlar için basılı kopyalar çıkarmaya gerek kalmadan, tamamen dijital hale getirilmiş bir belge sürecini etkinleştirmek için çalışmalara devam etmektedir. E-title, e-konışmentoların kullanımını desteklemek amacıyla hizmetlerini genişletmek için taşıyanlar ve küresel hizmet sağlayıcılarla işbirliği içinde çalışmaktadır⁶⁰.

⁵⁹ Her üç sağlayıcı da, küresel çapta büyük bankaları, belgesiz eşya ticaretine bağlayacak ve tedarik zinciri katılımcılarının kağıtsız bir ticarete geçmelerine yardımcı olacak ürünler geliştirmiştir. Bolero, şu anda alıcılar, satıcılar, bankalar ve diğer ticaret taraflarıyla taşıyanları bağlayan kapsamlı bir bulut tabanlı uygulamalar paketi ve özel doküman hazırlama çözümleri, hazine yönetim sistemleri ve diğer ofis içi uygulamaları ile güvenli bir bütünlük bağlantı sağlamaktadır. **Tan/Starr/Wu**, s. 4-5

⁶⁰ E-title şu anda küçük ve orta ölçekli şirketlere, navlun ve ticaret işlemlerini kağıtsız bir uluslararası ticaret platformuna sorunsuz bir şekilde entegre etme konusuna odaklanmaktadır. **Tan/Starr/Wu**, s. 7-8

3. SİSTEMLERİN HUKUKİ DAYANAĞI

Bu sistemler temelde İngiliz hukukuna dayanmaktadır. Bolero ve essDOCS'un her ikisi de kağıt konişmentonun gerçekleştirdiği işlem akışı ve fonksiyonların aynısını yapmakta, elektronik sistemlerini ve ortamlarını veri aktarımı için kullanan yasal çerçeveleri sağlamaktadırlar. Kullanıcılar, imzalanmamış veya mühürlenmiş olmayan sistemdeki elektronik dokümanları, kağıt belgelerin işlevsel ve yasal eşdeğeri olarak kabul ederler ve kağıt formunda değil, e-formda yapıldığı gerekçesiyle yapılan herhangi bir işlem veya iletişimin geçerliliğine itiraz etmemeyi taahhüt ederler. Her ikisi de, tüm kullanıcılar ve her kullanıcı ile ilgili sistem sağlayıcısı arasında yapılmış çok taraflı anlaşmalardır. Bolero'nun yasal çerçevesi, Kural Kitabı'ndan (*Rulebook*) ve essDOCS'in yasal çerçevesi de, özünde Databridge Servis ve Kullanıcı Sözleşmesi'nden (*DSUA*) oluşmaktadır.

Her bir e-konişmento keşidecisinin (genellikle kayıtlı gemi sahibi veya bareboat kiracısı), çok taraflı sözleşme kapsamındaki e-konişmentonun keşidecisi olması sebebiyle, Rulebook ve DSUA'yu imzalaması gerekmektedir. Sadece sözleşmeyi imzalayan keşidecitarafından tedavüle çıkartılan bir e-konişmento, ancak bu şekilde kağıt bir konişmento ile eşdeğer fonksiyonu garanti edilebilir. Yönetim veya işletme şirketinin ise konişmento kapsamında herhangi bir hak ve yükümlülüğü yoktur ve bu nedenle, Kural Kitabı/DSUA'yı imzalaması da gerekmez.

Her iki sistem de haklar ve yükümlülüklerin diğer tarafa aktarımı COGSA 1992'ye değil, borcun nakli (*novation*) ilkesine dayanmaktadır. Taraflar, e-konişmentonun bir hamilden diğerine nakledildiği (transfer edildiği) her seferinde, taşıma sözleşmesinin de, yenilenmiş olduğunu kabul ederler. Transfer halinde, devredenin (*transferee*) hakları sona erer. Devralan, bu hakları devralır ve taşıma sözleşmesine taraf olur. Bu durum devralana, taşıyan (*carrier*) ve taşıtan (*shipper*) arasında kararlaştırılan aynı şartlar altında, taşıyanı dava etmesine imkan verir.

Her iki sistem de, yeni e-konişmentoyu elinde bulunduranın eşyanın mülkiyetini devralmasını mümkün kılmak için yeni sahibe onay verme (*attornment*) ilişkisine dayanmaktadır. E-konişmento her aktarıldığında, sistem, taşıyandan yeni hamile iletilen ve malların artık e-konişmentonun yeni sahibinin emrinde tutulduğunu onaylayan otomatik bir uyarı gönderir. Son olarak, her iki sistemde de, işlemin herhangi bir noktasında e-konişmentoyu bir kağıt konişmentoya dönüştürmek için imkan (prosedürler) bulunmaktadır.

ElectronicTitle (E-Title), diğerleriyle benzer bir şekilde, müzakere edilebilir taslak belgenin ve nihai olarak hazırlanan belgenin, sözleşmenin tarafları arasında güvenli bir şekilde aktarılmasını sağlamaya odaklanır. Yasal çerçeveyi, Bolero ve essDOCS gibi, "ElectronicTitle Kullanıcı Anlaşması" adı verilen bir sözleşme oluşturur. Bu sözleşme, tüm kullanıcıların kağıt belgelerin

işlevinde herhangi bir değişiklik yapmamayı taahhüt ettiği, e-dokümanları, kağıt belgelerin yasal eşdeğeri olarak ele almayı kabul ettiği çok taraflı bir sözleşmedir. Bolero ve essDOC'lerin aksine, e-title, bir e-konışimentoda unvan aktarma güçlükleriyle başa çıkmak için borcun nakli ilkesine dayanmaz. Bunun yerine, e-title COGSA 1992'yi kullanıcı sözleşmesine dahil eder, böylece sözleşmeyi imzalayan tüm kullanıcılar COGSA 1992'nin sistem altında üretilen e-konışimentolara da uygulandığı konusunda mutabık kalırlar.

Operatörün müşterileri, internet'deki, operatörün portalı üzerinden erişim sağlarlar. E-konışimento, tutucudan yeni sahibine her transfer edildiğinde, onaylayan taraf kimlik doğrulama, reddetme ve veri bütünlüğünü sağlar ve onaylama kaydını da imzalar. Böylece, bir kağıt konışimento arkasındaki fiziksel temlik ve cirolara benzer şekilde e-konışimentolar herhangi bir zamanda, el değiştirebilir. Bolero ve essDOCs gibi, e-title'nin, e-konışimentosu da taşımanın herhangi bir aşamasında bir kağıt konışimentoya dönüştürülebilir.

II. BIMCO'NUN E-KONİŞİMENTO ŞARTI

The Baltic and International Maritime Council (BIMCO), charter partilerinde kullanılmak üzere taslak bir e-konışimento maddesi yayınlamıştır⁶¹. BIMCO'nun düzenlediği şarta göre, çartererin talep etmesi halinde, taraflar kağıt konışimentoyla aynı niteliklere sahip elektronik konışimento düzenlenmesini kararlaştırabileceklerdir. E-konışimentonun düzenleneceği sisteme abone olmanın veya sistemi kullanmanın maliyetini ise çarterer karşılamak zorundadır.

Taşıyan bir e-konışimento sistemini kullanmak üzere sisteme üye olurken, bu kullanıcı bilgisayar bağlarının bakımı ve gizlilikle ilgili belirli yükümlülükleri de üstlenmek zorundadır. Kullanıcılar, güncel bir anti-virüs yazılımını yüklenmesi ve sürdürülmekle yükümlüdür. Kullanıcıların aynı zamanda, şifre ve anahtarları güvenli ve gizli tutması, personeli için geçerli güvenlik kural ve prosedürlere sahip olması gerekir. Bununla birlikte, bu tür gizlilik yükümlülükleri vs. üyelerin girdiği ve üye Devletlerin gündelik iş operasyonlarında halihazırda karşılaştıkları risklerden farklı risklere maruz kalmayacaklarına dair hükümleri çoğu sözleşmede ortaktır.

III. CMI ELEKTRONİK KONİŞİMENTO DÜZENLEMESİ

1990 yılında CMI, elektronik konışimento kurallarını kabul ederek yayınlamıştır⁶². Kurallar gereğince, sistem yalnızca taraflar tarafından taşıma

⁶¹ (A) At the charterers' option, bills of lading, waybills and delivery orders referred to in this charter party shall be issued, signed and transmitted in electronic form with the same effect as their paper equivalent. <https://www.bimco.org/search-result?term=Bills%20of%20lading> (ET: 25/06/2018)

⁶² Rules for Electronic Bill of Lading, <http://comitemaritime.org/Rules-for-Electronic-Bills-of-Lading/0,2728,12832,00.html> (ET: 25/06/2018)

sözleşmesine dahil edilmişse uygulanır. Bu Kurallarla çelişmediği zaman, Teletransmission ile Ticaret Verilerinin Değiştirilmesi için Tekdüzen Kurallar, 1987 (UNCID), taraflar arasındaki ilişkileri yönetir. Kurallar, kullanıcıların bir sicil kaydı veya servis sağlayıcısına üye olmaları üye olmalarını gerektirmez. Sistem, “Özel Anahtar” olarak adlandırılan bir koddan yararlanır. Anahtar sistem tarafından kontrol edilmeli ve güvenli bir şekilde aktarılmalıdır. Bu kod sadece taşıtan (veya yükleyen gibi yetkili kişi) ve taşıyan tarafından bilinir ve elektronik konişmento aktarıldığında, Özel Anahtar iptal edilir ve yeni sahibine, yeni bir tane anahtar verilir. Geçerli bir Özel Anahtar’a erişim, taşıtan (yükleyen veya herhangi bir müteakip hamiline) eşyanın kontrol ve devri hakkını verir.

Kodun amacı, güvenliği sağlamak ve elektronik konişmentonun sahibinin “Kimliğini” belirlemek ve dolayısıyla eşyanın kontrol ve devir hakkına sahip olmaktadır⁶³. Burada hamil, geçerli bir Özel Anahtara sahip olmasından dolayı, kurallarda belirtilen haklara sahip olan taraf anlamına gelir. «Özel Anahtar», tarafların bir iletinin doğruluğunu ve bütünlüğünü sağlamak için hemfikir olduğu sayılar ve/veya harflerin bir kombinasyonu gibi teknik olarak uygun herhangi bir form anlamına gelir.

IV. UNCITRAL SİSTEMİ

Yukarıda da açıklandığı gibi UNCITRAL uzun süredir, elektronik veri değişimi (*Electronic Data Interchange, EDI*) kullanımını geçerli kılacak ve teşvik edecek tek tip uluslararası kurallar geliştirmeye çalışmaktadır. 1995 yılında, Elektronik Veri Alışverişi (EDI) ve İlgili İletişim Araçlarının Yasal Boyutları Hakkında Taslak Model Yasasını kabul etmiştir. Model Yasası, uluslararası ticarette bilgisayarlı sistemlerin kullanımını içeren tekdüze hukuk ve uygulamayı oluşturmak için ülkelere model olarak hizmet etmeyi amaçlamaktadır. Model Yasa’nın amaçları, uluslararası ticarette verimliliği arttırmak için önemlidir. EDI ve ilgili iletişim araçlarının kullanımını sağlayacak ve kolaylaştıracak kuralların çok sayıda ülke tarafından kabul edilmesi halinde, bilgisayar tabanlı belge kullanıcılarına, kağıt bazlı bilgi kullanan kullanıcılarla eşit muamele ve imkanlar sağlanabilecektir. Model Yasası, UNCITRAL’in 28 Mayıs - 14 Haziran 1996 tarihleri arasındaki yirmi dokuzuncu oturumunda sonuçlandırılarak onaylanmıştır. Model Yasası, onaylanmak için uzun süre Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda beklemiştir⁶⁴.

UNCITRAL’in, Elektronik Ticaret Çalışma Grubu’nun yetki ve unvanı konusunun tartışılması nedeniyle, taslağın hazırlanması CMI’den talep edilmiştir. UNCITRAL’in bu talebi üzerine CMI Aralık 2001’de, yeni bir uluslararası belge taslağı olarak hazırladığı, taslak bir metni, UNCITRAL’e

⁶³ **Miriam Anna Goldby**, *The CMI Rules for Electronic Bills of Lading reassessed in the light of current practices*, Lloyd’s Maritime And Commercial Law Quarterly, 2008, s. 56

⁶⁴ **John Livermore/Krailerk Euarjai**, *Electronic Bills of Lading and Functional Equivalence*, Journal of Information, Law and Technology, 30 June 1998, s. 3, http://elj.warwick.ac.uk/jilt/ecommm/98_2liv/ (ET: 25/06/2018)

sunmuştur. Taslakta, genel olarak, senedin resmi işleve sahip olması nedeniyle, emtia senetlerinin sanallaştırılmasının mümkün olmadığı, bunun yerine, emtia senetlerinin maddi fonksiyonlarının elektronik mesajların herhangi bir yapısına dahil edilebileceği sonucuna varılmıştır. Bu yaklaşım çeşitli UNCITRAL yayınlarında “işlevsel eşdeğer yaklaşım” olarak adlandırılmaktadır. Elektronik ticaret teknikleriyle, bu amaç ve işlevlerin nasıl yerine getirilebileceğinin belirlenmesi, geleneksel kağıt temelli belge gereksiniminin amaç ve işlevlerinin bir analizi ile mümkün olabilecektir⁶⁵.

C. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ELEKTRONİK KONİŞMENTONUN UYUMLAŞTIRILMASI

Avrupa Birliği (AB) ile ilgili olarak, Mayıs 2002’de Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmış olan İç Pazarda, Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Belirli Yasal Yönleri Hakkında Direktif (2000/31/EC Direktifi)⁶⁶ bulunmaktadır. Bu Direktif esas olarak elektronik imzaların ve hükümlerin tanınması ve şifreleme hizmetlerinin düzenlenmesi ile ilgilidir⁶⁷.

Ayrıca, AB’nin Ağlar ve Bilgi Sistemleri The Directive on Security of Network And Information Systems (NIS Directive)⁶⁸ direktifini kabul etmiştir⁶⁹. NIS Direktifi siber güvenlik konusunda AB çapında mevzuatın ilk parçasıdır. AB’deki genel siber güvenlik seviyesini artırmak için yasal önlemler sağlar. Ağ güvenliğini ve temel hizmetlerinin dayandığı bilgi sistemlerine yönelik riskleri yönetir. Yakın gelecekte direktifin uygulanmasıyla birlikte, “temel hizmetlerin operatörleri” olarak kabul edilecek olan gemi sahipleri, “uygun ve orantılı; teknik ve organizasyonel önlemleri almamaktan” sorumlu olmayacaktır⁷⁰.

⁶⁵ **Gertjan van der Ziel**, *The Legal Underpinning of E-Commerce In Maritime Transport By The Uncitral Draft Instrument On The Carriage of Goods By Sea*, The Journal of International Maritime Law, Volume 9, Issue 5, September-October 2003, ISSN 1478-8586, s. 461

⁶⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (ET: 18/06/2018)

⁶⁷ **Mohamed Fawzy Elsaman**, *Electronic Bills of Lading*, <https://www.linkedin.com/pulse/electronic-bills-lading-mohamed-fawzy-elsaman> (ET: 09/05/2018)

⁶⁸ Directive (EU) 2016/1148 of The European Parliament And of The Council of 6 July 2016, Concerning Measures For A High Common Level of Security of Network And Information Systems Across The Union. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.194.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:194:TOC

⁶⁹ Ağ ve bilgi sistemlerinin güvenliği hakkındaki Direktif (NIS Direktifi) 6 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve 2016 Ağustos ayında yürürlüğe girmiştir. Üye Devletler Direktifi 9 Mayıs 2018 tarihine kadar kendi ulusal yasalarına aktarmalı ve temel hizmetlerin işletmecilerini 9 Kasım 2018 tarihine kadar tanımlamalıdır. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/network-and-information-security-nis-directive> (ET: 25/06/2018)

⁷⁰ **Mehtap Payne**, *The effect of Cyber-Attacks on The Shipping Industry*, s. 61, <https://www.lesteraldridge.com/the-effect-of-cyber-attacks-on-the-shipping-industry/> (ET: 21/06/2018)

2. SİBER GÜVENLİK

A. TANIMI

Siber (*Cyber*) kelimesi bilgisayara ve bilgisayar veya internet ağlarına ait olan varlıkları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Siber ortamı oluşturan bilişim sistemlerinin saldırılardan korunmasını, bu ortamda işlenen bilginin gizlilik, bütünlük ve erişilebilirliğinin güvence altına alınmasını, saldırıların ve siber güvenlik olaylarının tespit edilmesini, bu tespitlere karşı tepki mekanizmalarının devreye alınmasını ve sonrasında ise sistemlerin yaşanan siber güvenlik olayı öncesi durumlarına geri döndürülmesini sağlamak amacıyla kullanılan, politikalar, güvenlik kavramları, güvenlik teminatları, kılavuzlar, risk yönetimi yaklaşımları, faaliyetler, eğitimler, en iyi uygulamalar ve teknolojilerin tümüne denir⁷¹.

Siber güvenlik kavramı ise, siber çevreyi, organizasyonu ve kullanıcının varlıklarını korumak için kullanılabilecek araçlar, politikalar, güvenlik kavramları, güvenlik önlemleri, kılavuzlar, risk yönetimi yaklaşımları, eylemler, eğitim, en iyi uygulamalar, güvence ve teknolojilerin toplanması olarak tanımlanmaktadır⁷². Siber güvenlik, bilgi güvenliğinden operasyon güvenliğine ve bilgisayar güvenliğine kadar farklı birçok alanı kapsayan bir kavramdır ve siber ortam güvenliğinin sağlanabilmesi için bilginin gizliliğinin, bütünlüğünün ve erişilebilirliğinin sağlanması gerekmektedir⁷³.

B. DENİZCİLİK ALANINDA SİBER GÜVENLİK

I. SORUNUN ORTAYA KONULMASI

İletişim ve bilgi teknolojilerindeki son gelişmeler, devlet ve devlet dışı aktörlerin deniz alanı içerisinde etkileşiminde rol oynamıştır. Özellikle elektronik ticarete kullanılan “blockchain” gibi teknolojik gelişmeler ile son

⁷¹ <https://www.afad.gov.tr/23792/Aciklamali-Afet-Yonetimi-Terimleri-Sozlugu?kelime=siber+g%C3%BCvenlik> (ET: 05/06/2018), **Jason Adress/Steve Winterfeld**, *Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*, Massachusetts 2014, 2 nd Ed., s. 3-4

⁷² **Hakan Şentürk/C. Zaim Çil/Şeref Sağıroğlu**, *Cyber Security Analysis of Turkey*, International Journal Of Information Security Science, Vol.1, No. 4,, s. 112

⁷³ **Hekim/Başıbüyük**, s. 144, 2007 yılında kabul edilen “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”dur. Bu Kanun hangi içeriklerin yasadışı içerik oluşturduğu ve içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı gibi çeşitli internet kişilerinin sorumluluklarını düzenlemektedir. Söz konusu Kanun’da yer alan engelleme tedbirleri zararlı yazılımları dağıtan web sitelerine karşı sınırlı bir mücadele sağlamaktadır ve günümüzde siber saldırıların ve bilgi güvenliğine yönelik bir takım saldırıların çeşitli yöntemlerle gerçekleştirildiği düşünöldüğünde bu Kanun hükümlerinin siber güvenliğin sağlanması hususunda yetersiz kaldığı değerlendirilmektedir. **Murat Güngör**, *Ulusal Bilgi Güvenliği: Strateji ve Kurumsal Yapılanma*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplumu Daire Başkanlığı, Yayın No: 2919, 2015, s. 100.

birkaç yıldır üzerinde çalışılan otonom gemilerin, uluslararası taşımacılığa getireceği kökten değişim sık olarak duyulmaktadır. “Globalleşme, en gelişmiş ve en hızlı gemiler, robotla çalışan limanlar ve kargoları takip eden geniş bilgisayar veri tabanları ile, dünyanın gördüğü en gelişmiş ticaret ağlarını getirmiştir⁷⁴.

Denizcilik sektöründe yaşanan bu teknolojik değişim bünyesinde menfi yönleri de barındırmaktadır. Zira teknolojik gelişmeler denizcilik şirketleri ve ticari paydaşlarının yanı sıra suçlu aktörler için de fırsatlar yaratmış, sektörü siber saldırılara açık hale getirmiştir⁷⁵. Siber saldırıların artmasıyla, gelecekte bu saldırıların kritik altyapıyı ciddi şekilde bozma potansiyeline sahip olduğu öngörülmektedir. Özellikle endüstrinin siber güvenlik için standart bir yaklaşımdan yoksun olması, ulusal bir yaklaşımdan ziyade uluslararası bir güvenlik ağı oluşturma gerekliliği ve gerektiğinde küresel bir zorunlu standardın uygulanması uzun zaman alacaktır⁷⁶. Farklı alt alanları kapsasa bile, siber güvenlikle ilgili yapılan çalışmaların hepsinde tespit edilen ortak sonuç, siber güvenlik düzeylerinin çok düşük olduğu ve durumu iyileştirmek için önemli ve özverili çabalar gerektiğidir. Ayrıca, sektörde devam eden kötü niyetli faaliyetlerin kamuya açık olarak bildirilen olayların gerçek miktarını temsil etmediği, gerçek oranlarla, bildirilenler arasında büyük bir fark olduğu bilinmektedir⁷⁷.

Dolandırıcılık ve hırsızlıkla ilgili siber suçlar bağlamında incelendiğinde, denizcilik sektörünün diğer endüstrilerden farklı olmadığı görülür. Bir diğer ifadeyle suçlular, mali bir kazanç elde etmek için sistemin zayıf yönlerini kullanmakta ve bu tür saldırıların gerçek kurbanı ise parayı kaybeden gerçek ve tüzel kişiler olmaktadır. Bununla birlikte, taşımacılığın doğası gereği, sadece tek bir şirkete yönelik olan siber saldırıların bile, tüm ulusal ekonomilerde önemli dalgalanma etkileri olabilecektir. Örneğin, birkaç kilit konteyner terminaline karşı bir fidye yazılım (*ransomware*)⁷⁸ saldırısı yapılması, tüm

⁷⁴ **Stuart Hetherington/Tomotaka Fujita**, *Rotterdam Rules and E Commerce*, http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/Rotterdam_Rules_and_E-Commerce_-_May_2018.pdf, (ET: 17/06/2018)

⁷⁵ **Oliver Fittonve diğerleri**, *The Future of Maritime Cyber Security*, http://eprints.lancs.ac.uk/72696/1/Cyber_Operations_in_the_Maritime_Environment_v2.0.pdf, s. 4 (ET: 11/04/2018)

⁷⁶ **Lars Jensen**, *Challenges in Maritime Cyber-Resilience*, *Technology Innovation Management Review* April 2015, s. 35, www.timreview.ca (ET: 27/05/2018)

⁷⁷ **Jensen**, s. 36

⁷⁸ Ransomware, kullanıcının bilgisayarındaki dosyaları kilitleyip, kullanıcının programa yeniden giriş yapabilmesi için belirli bir fidye tutarı (ücret ödemeye zorlayan) ödeyene kadar kullanıcının bilgisayarını etkisiz hale getiren yazılımdır. Fidye yazılımlar; ya şifreleyici ya da kilitleyici türdedirler. Saldırganlar ise hangi tür olursa olsun, şifre veya kilitlerin kaldırılması için sistem sahibinden fidye talep ederek gelir elde etmeyi amaçlamaktadırlar. <https://www.forbes.com/sites/leemathews/2018/03/09/why-you-should-never-pay-a-ransomware->

ulusal ya da bölgesel tedarik zincirini felce uğratabilir ve bu da saldırı altındaki şirketin uğradığı kayıpla orantılı olarak önemli ölçüde kayıplara yol açabilir⁷⁹. Ya da daha da kötüsü, mümkün olduğu kanıtlanmış, yerleşik gemi sistemlerine uzaktan müdahalede bulunmak gibi bir eylem;sonucunda sadece ekonomik değil, aynı zamanda önemli güvenlik ve çevresel felaketlere yol açabilecektir⁸⁰.

Yasal açıdan bakıldığında, bir siber saldırı, herhangi bir geminin veya yükünün hasar görmesine neden olursa, bahse konu saldırının geminin denize elverişliliğini tehlikeye attığı veya geminin denize elverişsiz olduğu söylenebilir mi? Lahey-Visby Kuralları 3/1(a) maddesi uyarınca, taşıyan seferden önce ve bir seferin başlangıcında gemiyi denize (seyrüsefere) elverişli bir hale getirmeye mecburdur (TTK m. 1140/2). Son yıllarda denizcilik endüstrisindeki teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, gemi işletmecilerinin risk yönetim sistemlerine ve siber saldırılardan kaynaklanan herhangi bir potansiyel hasarı ortadan kaldıracak bir düzeyde siber risk yönetimine sahip olmasigerekmektedir. Örneğin, bir yük elleçleme sisteminin siber bir saldırı sonucu hasar gördüğü veya bozulduğu, bunun da yükün hasar görmesine neden olduğu bir durum gerçekleştiğinde, yük ilgisi geminin; denize, yola ve yüke elverişli olmadığını iddia edebilecektir.

Siber güvenlikle ilgili tehditler ve bunlara karşı önlemler, o tarihteki teknolojik gelişmeler ve sektördeki bilgi durumu referans alınarak değerlendirilecektir. Sektördeki mevcut teknolojik gelişmişlik ve bilgi durumu ele alınarak, son yıllarda artan sayıdaki siber saldırıların ışığında riskler değerlendirildiğinde, gemi işletmecilerinin sistematik siber tehditten habersiz oldukları yönde bir savunmada bulunmaları oldukça zor olacaktır⁸¹.

Kağıt konişmentodan, e-konişmentoya geçişi engelleyen ana sorun ve endişe kaynağı olarak da yine siber riskler ön plandadır. Ancak, riskler, sadece e-konişmentoların kullanımına özgü riskler değildir. Siber riskler, bizzat bilgisayar kullanım riskleridir. Özellikle, bilgisayar virüsleri, bilgisayar korsanlığı, bilgi hırsızlığı ve elektrik kesintileri gibi bilgisayarlarla ilgili hususları kapsar. Bilgisayarlar günlük olarak kişilerin işlerini yürütmek için kullanılır. Bu sebeple kullanıcılar her gün siber risklere maruz kalırlar. Sistem sağlayıcılar tarafından alınan sigorta kapsamı, sağlayıcıların sistemlerine atfedilebilecek kayıpları kapsasa bile, kullanıcıların kendi sistemindeki herhangi bir zayıflıktan

ransom/#7dab93 e61753 (ET: 22/06/2018)

⁷⁹ Danimarkalı A.P. Moller-Maersk sahibi olduğu dünyanın en büyük konteyner gemisi işleticisi Maersk Line bilgisayar sistemlerine Haziran 2017 yılında yapılan küresel Petya ransomware siber saldırısının ardından şirketin yeni siparişleri kabul etmesi engellenmiştir. Maersk Line'in bu saldırı nedeniyle 300 milyon ABD Doları zarara uğradığı söylenmiştir. <http://fortune.com/2017/06/28/petya-ransomware-cyber-attack-maersk-delays/>, (ET: 22/06/2018)

⁸⁰ Jensen, s. 37

⁸¹ Payne, s. 61

kaynaklanan kayıpları ise kapsamaz. Söz konusu zayıflıklar, tarih, anti-virüs yazılımı, sağlayıcılar tarafından verilen özel anahtarların ve benzersiz tanımlayıcı kodlarının gizli tutulmaması, böylece sistemlerin sahtekarlık tarafları tarafından saldırıya uğraması veya erişilmesi, kullanıcılara ve/veya üçüncü taraflara zarar verilmesiyle sonuçlanır⁸².

Sigorta açısından siber saldırılar tam bir sigorta güvencesi altında değildirlir. Nitekim 10/11/2003 tarihli “Siber Saldırı İstisna Klozu” ile siber saldırılardan kaynaklanan zararlar sigorta teminatı kapsamı dışında bırakılmıştır Bu nedenle, gemi işletmecilerinin, bu riske karşı koymak için güvenlik politikalarında boşluk bulunmadığından emin olmaları önemlidir⁸³.

II. YAPILMASI GEREKLİ DÜZENLEME VE FAALİYETLER

Denizcilik endüstrisinin küresel nitelikte olması ve denizcilik sektörü için halihazırda bir uygulama rehberinin bulunmaması sektöre dair temeldeki mevcut güçlüklerdir. Özellikle gemilerin farklı ulusal yargı bölgeleri boyunca hareket etmeleri sebebiyle, ulusal yetkilendirilmiş birimlerin diğer devletlerdeki kurumlarla çelişen ve birbirine ters düşen ya da ters düşme eğiliminde olan karar ve uygulamalarda bulunmaları muhtemeldir. Bu sebeple, siber güvenlikle ilgili durumu iyileştirmek için, denizcilik endüstrisinin bir dizi uygulama rehberini hızla geliştirmesi ve aynı zamanda küresel siber güvenlik standartlarını tanıtmak için daha uzun vadeli bir plan üzerinde çalışılması gereklidir. Birçok ülkede, ulusal hükümetlerin, liman altyapı sistemlerinin kritik hassasiyeti konusundaki farkındalıklarını arttırmaları ve siber güvenlik konusunda bir iyileşme sağlamak için gerekli desteği sağlamaları gerekmektedir. Standartlar konusunda bir fikir birliğini sağlamak da önemli bir diğer husustur. Bu konuda Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (IMO) katılımı önemli ve gereklidir. Nitekim, IMO Deniz Güvenliği Komitesi, Haziran 2017'de, Güvenlik Yönetim Sistemlerinde Deniz Siber Risk Yönetimi ile ilgili

⁸² Tan/Starr/Wu, s. 6-7

⁸³ Institute Cyber Attack Exclusion Clause (Cl. 380): 1.1 Subject only to clause 1.2 below, in no case shall this insurance cover loss damage liability or expense directly or indirectly caused by or contributed to by or arising from the use or operation, as a means for inflicting harm, of any computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process or any other electronic system. 2.1 Where this clause is endorsed on policies covering risks of war, civil war, revolution, rebellion, insurrection, or civil strife arising therefrom, or any hostile act by or against a belligerent power, or terrorism or any person acting from a political motive, Clause 1.1 shall not operate to exclude losses (which would otherwise be covered) arising from the use of any computer, computer system or computer software programme or any other electronic system in the launch and/or guidance system and/or firing mechanism of any weapon or missile., https://www.ahcusa.org/uploads/2/1/9/8/21985670/the_risk_of_cyber-attack_to_the_maritime_sector-07-2014.pdf, (ET: 01/06/2018)

MSC.428 (98) sayılı kararı⁸⁴ kabul etmiştir. Karara göre İdareler, 1 Ocak 2021 tarihinden sonra, şirketin Uygunluk Belgesinin ilk yıllık teyidinden daha geç olmamak kaydıyla, Siber risklerin mevcut güvenli yönetim sistemlerine uygun şekilde (ISM Kodunda tanımlandığı gibi) ele alındığından emin ele alınmasını sağlamaya yönelik düzenlemeleri uygulayacaklardır.

Bununla birlikte, bu sürecin uzun yıllar sürmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu arada, pratik bir yaklaşım, güvenlik endüstrisini genişleten gönüllü küresel birimlerin hızla kurulması olacaktır. Böyle bir yaklaşım, Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (BIMCO) gibi sektör çapında en iyi uygulama forumları ile faydalı bir şekilde sağlanabilir. Bu tür bir çalışma, denizcilik şirketlerinin gerekli analiz ve araştırmalarla ilgili kaynaklarını bir araya getirmelerine ve IT (*Information Technology*) şirketlerinin özel denizcilik siber güvenlik çözümlerine olan ilgisini çekmelerine imkânsağlayacağı gibi, bu tür bir yaklaşım gönüllü rehber kişilerin benimsenmesini de destekleyecektir. Denizcilik şirketlerinin, karşılaştıkları siber riskler açısından denizcilik şirketlerine yönelik bilgilendirme kampanyalarını takip etmesi; siber savunma sistemiyle ilgili eksiklik gerekçesiyle, kendi yüklerinin risk altında olduğunu fark eden müşterilerden gelen değerlendirme ve baskıları dikkate almalı ve yaptıkları sigorta poliçelerinde siber güvenlikle ilgili teminatlara öncelik vermesi gerekir. Ayrıca, ulusal hükümetler, denizcilik şirketlerinin kendi alanlarındaki siber riskleri tespit etmelerine ve konumlandırmaya yardımcı olmada önemli bir rol oynayabilir ve bu tür analizleri denizcilik şirketlerine kolayca temin edebilirler. Ek olarak, hükümetler IMO ile işbirliğini vurgulamakta ve gelecekte daha bağlayıcı olan siber standartların geliştirilmesi ve benimsenmesini hızlandırabilmektedir. Bu adımlar denizcilik endüstrisinin verimli çalışması için sektöre daha fazla siber dayanıklılık getirecektir⁸⁵. Yine de mevcut gelişmeler, siber risklerin ciddi ve hızlı bir şekilde öneminin sektör tarafından yüksek bir öncelik olarak kabul edildiğini açıkça göstermektedir. Taşımacılık şirketlerinin yeni politikalar ve prosedürler hakkında uygun tavsiyelerde bulunmaları ve siber riski ortadan kaldırmak ve veri korumasını sağlamak için stratejiler oluşturmaları tavsiye edilmektedir⁸⁶.

⁸⁴ Annex 10, Resolution MSC.428(98) (Adopted on 16 June 2017), Maritime Cyber Risk Management in Safety Management Systems [http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Documents/Resolution%20MSC.428\(98\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Documents/Resolution%20MSC.428(98).pdf), (ET: 01/06/2018)

⁸⁵ Jensen, s. 38

⁸⁶ Payne, s. 61

SONUÇ

Elektronik ticaretin yaygınlaşması ile başta siber güvenlik alanı olmak üzere çok sayıda sorunla karşılaşılmaya başlanmıştır. Bunlar, e-ticarete dair yasal düzenleme ve hukuki altyapı eksikliği, sağlanan hizmetlerin güvenilir olmaması, ayıplı ürün sorunu, sanal ortama ve sanal ortamdaki ödeme araçlarına karşı duyulan güvensizlik, kredi kartı ve internet bankacılığı bilgilerinin, şifre ve parolaların, önemli kişisel verilerin bir başkası tarafından çıkar sağlamak üzere çalınması tehlikesi, internet üzerinden yapılan ve gerçekçi olmayan ticari teklifler ile kullanıcıların farklı web sitelerine yönlendirilmek suretiyle dolandırılmaları riski olarak sayılabilir.

Deniz taşımacılığında kullanılan geleneksel taşıma senetleri, konişmento ve deniz yük senedini içerir. Kıymetli evrak niteliğine sahip olan konişmento, emre, nama ve hamiline düzenlenebilir. Elektronik konişmentonun kullanılabilmesi için öncelikle, e-konişmento mesajlarını alıp gönderebilen, arşivleyebilen ve sadece gerekli olduğunda konişmentoyu yazdırmayı sağlayan bir yazılım altyapısının bulunması gerekir. Uzun yıllardır sürdürülen çalışmalar neticesinde günümüzde elektronik konişmentolar kullanılmaya başlanmıştır. Elektronik konişmentolarla (e-konişmento), belge olarak hazırlanan klasik konişmentolar ile ilgili üç temel sorun: Gecikmeler, maliyetler ve güvenlik riskleri sorunları çözüme kavuşturulmaktadır. Bir konişmentonun varlığı ve hukuken geçerliliği için kanundaki asgari içeriğe sahip yazılı bir belge bulunması ve bu belgenin yetkili kişilerce imzalanmış olması gerekir. Geçerli bir konişmentonun varlığı bu iki unsurun bulunmasına bağlıdır. Bu durumda acaba elektronik ortamda hazırlanan bir konişmento hukuken bu unsurları geçerli bir şekilde taşımakta mıdır, sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Mevcut hukuki düzenleme çerçevesinde bu iki unsurun elektronik ortamda da varlığı sağlanmıştır.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte senedin varlığından bahsedilmek için irade beyanının mutlaka bir kâğıt üzerinde yer alması gerektiği şeklindeki klasik dar yorumdan vazgeçilmiştir. Bu nedenle hakkın bir senede bağlandığı senetlerin yanı sıra, elektronik ortamda kaydı alınabilen ve saklanabilen; veri tabanı, mikrofilm, mikroçip (yonga), mikrofiş, disket, manyetik bant gibi elektronik veya optik veri tabanını taşıyanları gibi her türlü yazılı şekli ve ortamları içeren, araçların da bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir. Klasik anlamda senede bağlanmayan (kayden izlenen) bu kıymetli evrak grubuna “evraksız kıymetli evrak” denilmektedir. Bir konişmentonun elektronik ortamda hazırlanması halinde de onun kıymetli evrak niteliğini sahip olup olmayacağı konusu çok net değildir. TTK’da elektronik konişmentonun geçerliliğine yapılan atfın, kanundaki konişmento ile ilgili tüm hükümlere yapıldığı varsayılırsa, elektronik olarak hazırlanan konişmentonun da, aynen kağıt konişmento gibi kıymetli evrak vasfına sahip olduğu söylenebilecektir. Ancak, elektronik konişmentonun kıymetli evrak vasfında olduğu tereddütlere yol açmayacak şekilde bir kanun

hükmü ile düzenlenmeli, elektronik konişmentoya dair birçok sorun da kanun hükmü ile çözüme kavuşturulmalıdır.

Siber Riskler, kağıt konişmentodan, elektronik konişmentoya geçiş yapmayı engelleyen ana sorun ve endişe kaynağı olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak, riskler, sadece e-konişmentoların kullanımına özgü riskler değildir. Siber riskler, bizzat bilgisayar kullanım riskleridir. Söz konusu zayıflıklar, tarih, anti-virüs yazılımı, sağlayıcılar tarafından verilen özel anahtarların ve benzersiz tanımlayıcı kodlarının gizli tutulmaması, böylece sistemlerin sahtekarlık tarafları tarafından saldırıya uğraması veya erişilmesi, kullanıcılara ve/veya üçüncü taraflara zarar verilmesiyle sonuçlanır. Siber güvenlikle ilgili birçok uluslararası sözleşme ve milli hukuklarda yasal düzenlemeler yapılmış olsa da yolun daha başında olduğumuz söylenebilir.

KAYNAKÇA

ANDRESS, Jason/WINTERFELD, Steve, *Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*, Massachusetts 2014, 2 nd Ed.

ALKAN, Mustafa/ Erdal, Murat, *Lojistik Ve Dış Ticaret Sözlüğü*, İstanbul 2004

CARR, Indira, *Principles of International Trade Law*, 2nd Ed., 1999

ÇAĞA, Tahir/ KENDER, Rayegan, *Deniz Ticareti Hukuku II*, 9. B. İstanbul 2009

DEMİRKIRAN, Murat, *Taşıyanın Konişmento İçeriğinden Sorumluluğu*, İstanbul 2008

ELSAMAN, Mohamed Fawzy, *Electronic Bills of Lading* <https://www.linkedin.com/pulse/electronic-bills-lading-mohamed-fawzy-elsaman> (ET: 09/05/2018)

FITTON, Oliver ve diğerleri, *The Future of Maritime Cyber Security*, http://eprints.lancs.ac.uk/72696/1/Cyber_Operations_in_the_Maritime_Environment_v2.0.pdf (ET: 11/04/2018)

G. ANDERSSON, Patrik, *Delivery Clauses in Bills of Lading*, 2005, s. 27, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1555775&fileId=1563768>, (ET: 01/05/2018)

GERT-JAN, Van Der Ziel, *Survey on History and Concept, Transportrecht*, Vol. 27, No. 7-8, Juli/August 2004

GÜNGÖR, Murat, *Ulusal Bilgi Güvenliği: Strateji ve Kurumsal Yapılanma*, T.C. Kalkınma Bakanlığı Bilgi Toplumu Daire Başkanlığı, Yayın No: 2919, 2015.

HEKİM, Hakan/BAŞIBÜYÜK, Oğuzhan, *Siber Suçlar ve Türkiye'nin Siber Güvenlik Politikaları*, Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi, 2013, 4 (2), s. 135-158

HETHERINGTON, Stuart/FUJITA, Tomotaka, *Rotterdam Rules and E Commerce*, http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/EC/Rotterdam_Rules_and_E-Commerce_-_May_2018.pdf, (ET: 17/06/2018)

JENSEN, Lars, *Challenges in Maritime Cyber-Resilience*, *Technology Innovation Management Review* April 2015, www.timreview.ca (ET: 27/05/2018), s. 35-39

GOLDBY, Miriam Anna, *The CMI Rules for Electronic Bills of Lading reassessed in the light of current practices*, *Lloyd's Maritime And Commercial Law Quarterly*, 2008, s. 56-70

KARA, Hacı, *Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder*, *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, S. 37, s. 67-89

KARAN, Hakan, *Elektronik Konişmento*, Ankara 2004

KARAHAN, Sami ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. B., Konya 2014

KAYIHAN, Şaban/YASAN, Mustafa, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 2012

LEO, D'arcy/CAROLE, Murray/BARBARA, Cleave, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 10th Ed., London 2000

LIVERMORE, John/EUARJAI, Krailerk, *Electronic Bills of Lading and Functional Equivalence*, *Journal of Information, Law and Technology*, 30 June 1998, s. 3, http://elj.warwick.ac.uk/jilt/ecom/98_2liv/ (ET: 25/06/2018)

PULAŞLI, Hasan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. B., Ankara 2009

ŞENTÜRK, Hakan/ÇIL, C. Zaim/ SAĞIROĞLU, Şeref, *Cyber Security Analysis of Turkey*, *International Journal Of Information Security Science*, Vol.1, No. 4,, s. 112

TAN, Jacqueline/STARR, Laura/ WU, Chao, *Legal Briefing May 2017, UK PANDI*, s. 2-8, https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Documents/2017/Legal_Briefing_e_bill_of_Lading_WEB.pdf, (ET: 09/05/2018)

ÖLÇER, Ferit/ÖZYILMAZ, Adnan, *Elektronik Ticaret ve Sanal Organizasyonlarda Uygulaması*, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Cilt 12, Sayı 2, 2007, s. 67-94

PAYNE, Mehtap, *The Effect of Cyber-Attacks on The Shipping Industry*, *Container Management*, June 2018, s. 61, <https://www.lesteraldridge.com/the-effect-of-cyber-attacks-on-the-shipping-industry/> (ET: 21/06/2018)

ÜLGEN, Hüseyin ve diğerleri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. B., İstanbul 2006

VAN DER ZIEL, Gertjan, *The Legal Underpinning of E-Commerce In Maritime Transport By The Uncitral Draft Instrument On The Carriage of Goods By Sea*, *The Journal of International Maritime Law*, Volume 9, Issue 5, September-October 2003, ISSN 1478-8586, ss. 461-470

WILLIAMS, Richard, *The Rotterdam Rules: Winners and Losers*, The journal of International Maritime Law, 2010

YAZICIOĞLU, Emine, *Deniz Yük Senedi Ve Deniz Yük Senedi İle Belgelenen Taşımalara İlişkin Bazı Sorunlar*, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 673 vd.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN> (ET: 18/06/2018)

Directive (EU) 2016/1148 of The European Parliament And of The Council of 6 July 2016, Concerning Measures For A High Common Level of Security of Network And Information Systems Across The Union. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.194.01.0001.01.ENG&toc=OJ:L:2016:194:TOC (ET: 18/06/2018)

FAQ-Paperless trading (Electronic bills of lading), https://www.bimco.org/~media/Chartering/Special_Circulars/SC2014_03.ashx, (ET: 09/05/2018)

G.A.Res.63/122,U.N.GAOR,63rdSess.,U.N.Doc. General Assembly Resolution A/RES/63/122,Annex(Feb. 2, 2009)

https://www.ahcusa.org/uploads/2/1/9/8/21985670/the_risk_of_cyber-attack_to_the_maritime_sector-07-2014.pdf, (ET: 01/06/2018)

<https://www.forbes.com/sites/leemathews/2018/03/09/why-you-should-never-pay-a-ransomware-ransom/#7dab93e61753> (ET: 22/06/2018)

<http://fortune.com/2017/06/28/petya-ransomware-cyber-attack-maersk-delays/>(ET: 22/6/2018)

www.kazanci.com.tr, (ET: 14/05/2018)

[http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Documents/Resolution%20MSC.428\(98\).pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Security/Guide_to_Maritime_Security/Documents/Resolution%20MSC.428(98).pdf), (ET: 01/06/2018)

TTK genel gerekçe, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, (ET: 01/05/2018)

TIBBİ MALPRAKTİS, TIBBİ MALPRAKTİSİN PSİKOLOJİK BOYUTLARI VE ÖZEL HASTANEDE ÇALIŞAN HEKİMİN TIBBİ MALPRAKTİSTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Medical Malpractices, Psychological Dimensions Of Medical Malpractice And Physician's Legal Responsibility

Doç. Dr. İştâr CENGİZ¹ - Psk. Alper KÜÇÜKAY²

Geliş Tarihi: 14.08.2018 Kabul Tarihi: 19.11.2018

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 2. maddesine göre, "Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir."

ÖZET

Sağlık hakkı, en temel insan haklarından biridir. Sağlık hizmeti verilirken meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan hastanın korunması, olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise zararın en aza indirilmesi ve aynı zamanda sağlık çalışanının hukuki güvenliğinin sağlanması açısından hukuki ve cezai sorumluluk kapsam ve koşullarının incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamız özünde disiplinler arası bir çalışmadır. Zira tıp, etik, psikoloji ve hukuk birbirlerini dışlayan değil tamamlayan alanlardır. Tıbbî malpraktis nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, bir yandan hekimin mesleki etkinliklerini gerçekleştirdiği bir hastane organizasyonu içerisinde hastane işletmecisi ile kurduğu iş (çalışma) ilişkisinin konu, amaç, kapsam ve içeriğine; diğer yandan hastanın hastane karşısındaki hukuksal konumuna göre önemli farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorumluluk hukuku sorunlarının çözümlenmesinde, gerek hekim ve hastane arasındaki hukuki bağın, gerek hastanın hastane ve/veya hekim ile kurduğu sözleşmesel borç ilişkilerinin içeriği araştırılıp, buna göre uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi malpraktis, sağlık hakkı, sorumluluk hukuku, hekimin hukuki sorumluluğu

ABSTRACT

The right to health is the most basic human rights. When the health care service is given, it is necessary to examine the scope and conditions of legal and criminal liability in order to protect the patient from unintended consequences and to minimize the harm if the negative result occurs and at the same time to ensure the legal security of the healthcare worker. Our work is essentially an interdisciplinary work. Because medicine, ethics, psychology and law are complementary but not complementary fields. The responsibility arising from medical malpractice is based on the subject, purpose, scope and content of the work relationship established with the hospital operator within a hospital organization where the physician performs his/her professional activities; on the other hand, there are significant differences according to the legal position of the patient in the face of the hospital. For this reason, it is necessary to investigate the legal relationship between the physician and the hospital, the contents of the contractual debt relations established by the hospital with the hospital and/or the physician, and the rules to be applied accordingly.

Keywords: Medical malpractice, the right to health, liability law, legal liability of the physician

¹ Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: istarcengiz@hacettepe.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-3769-9260

² ODTÜ Sağlık, Kültür ve Spor Daire Başkanlığı, e-posta: alperk@metu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0003-0040-8869

GİRİŞ

Sağlık hakkı, en temel insan haklarından biridir. Sağlık hizmeti verilirken meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan hastanın korunması, olumsuz sonuç ortaya çıkmış ise zararın en aza indirgenmesi ve aynı zamanda sağlık çalışanının hukuki güvenliğinin sağlanması açısından hukuki ve cezai sorumluluk kapsam ve koşullarının incelenmesi gerekmektedir.

Hekimin tıbbi faaliyeti, hekimlik meslek ve sanatını yürütmeye yönelik olarak kişisel ve/veya maddi edimler niteliği taşıyan her türlü tıbbi eylem ve davranışı kapsamaktadır. Bu anlamda olmak üzere, hastanın, hastalığının tanısını koyma ve tedavisini yürütme sürecinde, öncelikle hastalık öyküsünün (anamnezi) alınması, endikasyon durumlarının belirlenmesi, muayenesi, tanılayıcı girişimsel tekniklerin uygulanması, ön ve son/kesin tanı, aydınlatıcı tıbbi bilgileri aktarma, en uygun tedavi yöntemlerini seçme ve uygulama kararları, cerrahi amaçlı müdahaleler ya da tanı ve/veya tedavi amaçlarıyla girişimsel müdahalelerin her biri birer tıbbi faaliyet konusudur. Bu sayılan tıbbi eylem ve davranışları gerçekleştirirken, tıbbi standartlardan sapılması sonucunda, hastanın yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlık gibi kişisel değerlerinde zarara sebebiyet verilmesi, haksız ve kusurlu tıbbi eylem olarak kabul edilmekte ve sonuçta bu durum, hekimin hukuki sorumluluğunu ve dolayısıyla tazmin yükümlülüğünü gerektirebilmektedir.³

Tıbbi malpraktis davaları en spesifik ve en zor davalar arasında yer alır. Çünkü hukukçunun tıbbi uzmanlık bilgisi bulunmamaktadır. Sağlık hukuku alanında verilen yargısal kararlar hem hasta hem de hekimin geleceğini etkilemektedir. Üstelik çoğu zaman malpraktis iddiası gerçeği yansıtmayabilmektedir.⁴

Çalışmamız özünde disiplinlerarası bir çalışmadır. Zira tıp, etik, psikoloji ve hukuk birbirlerini dışlayan değil tamamlayan alanlardır.

Tıp etiğinde hastanın özerkliğine ve seçim özgürlüğüne saygı göstermek, hastanın yüksek faydasını gözetmek, hastaya zarar vermemek, sağlık kaynaklarının eşit bir şekilde dağılımını sağlamak gibi konular yer almaktadır.⁵

³ Mehmet Demir, Hastane Hukuku ve Hastanelerin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012, s. 3.

⁴ Michelle M. Mello, David Hemenway, "Medical Malpractice as an Epidemiological Problem", *Social Science & Medicine*, 2004, 59, s. 39-46; Luigi Buzzacchi, Giuseppe Scellato, Elisa Ughetto, "Frequency of Medical Malpractice Claims: The Effects of Volumes and Specialties", *Social Science & Medicine*, 2016, Volume 170, s. 152-160; Anupam B. Jena, Seth Seabury, Darius Lakdawalla, Amitabh Chandra, "Malpractice Risk According to Physician Specialty", *The New England Journal Of Medicine*, 2011, 365, s. 629-636; Carol B. Liebman, "Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost", *Law and Contemporary Problems*, 2011, Vol. 74, s. 135-149; Brenner, s. 20-22; Chris Stern Hyman, Carol B. Liebman, "Dispute Resolution: Mediating Medical Malpractice Lawsuits", GP Solo Published by: American Bar Association, 2010, Vol. 27, No. 6, s. 30-31.

⁵ Serge Morand, Claire Lajaunie, "Ethics, Values and Responsibilities", *Biodiversity and Health e-Book*, 2018, Chapter 12, s. 189-208; Vivienne Harwood, "Law and Ethics in Medicine", *Medicine*, 2016, Volume 44, Issue 10, s. 619-622

Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı, en temel insan hakkıdır ve sağlık hizmetlerinin her safhasında daima göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶

Bazı yaklaşımlara göre sağlık profesyonelleri tarafından verilen tedavinin başarısı üzerinde etiğin de rolü bulunmaktadır. Etik hakkında bilgilenecek hem hasta hem sağlık personeli açısından olumlu katkılar sağlamaktadır.⁷

Hastaya zarar vermeme, yararlı olma, hastanın sırlarını saklama, ayrımcılık yapmama, insan yaşamının kutsallığına saygı, mesleki saygınlığın korunması, meslektaşlar arası bilgi paylaşımı ve dayanışma ilkeleri, hem hekim hasta ilişkisi açısından hem de etik açıdan temel öğelerdir.⁸ Adalet kavramı da etik ilkeler arasında önde gelen ilkeler arasında yer almaktadır.⁹

Tıbbi malpraktis ile ilgili bazı ekonomik tablolara bakıldığında konunun bu boyutu ile de ne kadar önemli hale geldiği daha net anlaşılabilir. Amerika'da 2004 yılında tıbbi malpraktis sonucu oluşan zararın mali büyüklüğü toplam 28 milyar dolardır. İtalya'da 1994 - 2004 yılları arasında sağlık hizmetlerindeki şikâyetlerde % 20 artış olmuştur. Bazı Avrupa ülkelerinde tıbbi malpraktis nedeniyle oluşan zararlara karşı, mahkemelerin verdiği kararlar ile sigortacıların ödediği tutarlar şöyledir: Fransa 350 milyon Euro (2003), Almanya 250 milyon Euro (2002), İngiltere 730 milyon Euro (2002) ve İtalya 2,3 milyar Euro (2002).¹⁰

Tıbbî malpraktis nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, bir yandan hekimin mesleki etkinliklerini gerçekleştirdiği bir hastane organizasyonu içerisinde hastane işletmecisi ile kurduğu iş (çalışma) ilişkisinin konu, amaç, kapsam ve içeriğine; diğer yandan hastanın hastane karşısındaki hukuksal konumuna göre önemli farklılıklar göstermektedir. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek sorumluluk hukuku sorunlarının çözümlenmesinde, gerek hekim ve hastane arasındaki hukuki bağın, gerek hastanın hastane ve/veya hekim ile kurduğu sözleşmesel borç ilişkilerinin içeriği araştırılıp, buna göre uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekmektedir.¹¹

⁶ Hatice Sarıtaş, Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012, slayt 6

⁷ Fadime Çınar, Erol Eren, "Innovative Approach to the Ethics in Health Care Organizations: Health Staff Perspective", Procedia - Social and Behavioral Sciences, 2013, Volume 99, s. 719-725

⁸ Hafize Öztürk Türkmen, "Hekim - Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar", Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 1-13

⁹ Erdem Aydın, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, 2001, ODTÜ Ankara, s. 1-5

¹⁰ Organisation for Economic Co-Operation and Development, "Coping with Medical Malpractice in OECD Countries", Medical Malpractice, Prevention, Insurance and Coverage Options, Policy Issues in Insurance No. 11, Paris, 2006, s. 27

¹¹ Demir, s. 3

Hekim mesleğini ifa ederken özellikle iki kurala dikkat etmelidir. Bunlar, hastaların sağlığı ve irade özgürlüğüdür. Hekim bir taraftan hastanın iyileşme iradesini dikkate alırken, diğer taraftan da aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle iki değer arasında denge kurarak uygulamalarını gerçekleştirmelidir.¹²

Çalışmamızda öncelikle tıbbi malpraktis kavramı açıklanacak, devamında tıbbi malpraktisten doğan hukuki sorumluluk genel hatlarıyla incelenecek ve sonuç olarak hekimin iş sözleşmesi ile çalışması durumunda hukuki sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği açıklanacaktır.

§ 1. Tıbbi Malpraktisin Tanımı

Tıbbi malpraktis farklı kişilerce farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre; profesyoneller tarafından sergilenen özensiz ve ihmalkar bir davranış şeklidir. Profesyonel olarak görülen uzman kişiler (hekim, psikolog gibi), üst düzey bilgi ve becerilere sahip olduklarından buna göre davranmaları, uygulamalarını da bu yüksek standartta yapmaları beklenmektedir.¹³

Amerikan Hekimler Birliği'nin tanımında ise malpraktis; benzer koşullarda benzer seviyede bulunan hekim ya da cerrahların dikkati ve yeteneği baz alınarak bir uygulamada meydana gelen hata olarak ifade edilmektedir.¹⁴ Hatalar, hasta üzerinde psikolojik ya da bedensel önemli zararlar bırakmaktadır ve sağlık hizmetlerinde sıkça görülmektedir. Bazı hatalar sonucunda oluşan zararlar ölümle sonuçlanabilmektedir.¹⁵

Reason; hata tiplerini ve bunların bilişsel süreçlerini inceleniş ve tıbbi değerlendirme açısından, insan kaynaklı oluşan hataları iki kategoride ele almıştır. Bunlardan ilkinin *"doğru eylemler dizisinin yanlış uygulanmasıyla oluşan sapma ve yanılgılar"*; ikincisini ise *"yanlış eylem dizilerinin doğru şekilde uygulanmasıyla meydana gelen hatalar"*¹⁶ olarak sınıflandırmıştır.

Tıbbi hatalara yol açan Amerika kaynaklı istatistiklere bakıldığında, hata kaynaklarının çoğunun hekimlerden ziyade sistematik bazı problemlerden

¹² Cahid Doğan, Sosyal Politika Ekseninde Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012; Nozomu Hirano, "The Latest Developments in The Judicial Practices of Special Departments of Medical Malpractice Litigation in Japanese Courts", UCLA Pacific Basin Law Journal, 2014, Vol. 32, Issue. 1, s. 55-76

¹³ Daniel A. Krauss, James R. Ratner, Bruce D. Sales, "The Antitrust, Discrimination, and Malpractice Implications of Specialization", Applied and Preventive Psychology, Volume 6, Issue 1, 1997, s. 15-33

¹⁴ Ilene R. Brenner, How to Survive A Medical Malpractice Lawsuit: The Physician's Road Map for Success, Chichester, West Sussex, UK; Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010, s.13

¹⁵ Andrew A. r, Thomas H. Gallagher, "Medical Error and Disclosure", Handbook of Clinical Neurology, Chapter 8, 2013, Volume 118, s. 107-117

¹⁶ James T. Reason, Human Error, Cambridge University Press, New York, 1990

kaynaklandığı ifade edilmiştir. Bir kısım hata kaynağı “olumsuz şans” olarak nitelendirilirken, neticede insan olmanın getirdiği hata yapma olasılığı bulunduğu da tespitlerde yer almaktadır.¹⁷ Bir diğeri araştırmanın sonuçlarına göre ise istenmeyen etkilere sebep olan faktörler; yanlış tıbbi teşhis, tedavi sorunları, çeşitli iletişim problemleri, yetersiz ya da güncel olmayan ikinci basamak tedaviler, bilgi eksikliği, hatalı tıbbi değerlendirme ve kararlar olarak sıralanmıştır.¹⁸

O halde tıbbi hataların yaşanması neticesinde, şikayetçi ve/veya davacı olan kişilerin ve/veya avukatlarının tıbbi sistem ve hekimin uygulamalarını ayırdedip konuyu netleştirerek ortaya koyması gerekmektedir.

Amerika’da National Practitioner Data Bank’ın 1990 – 2002 yılları arasında yapılan istatistiklerine göre, tıbbi malpraktis kaynaklı sigortaya dayalı geri ödemelerinin miktar olarak % 54’ü, hekim sayısının sadece %5’i tarafından gerçekleşmiştir. Hekimlere yöneltilen tıbbi malpraktis iddialarının görev, ihlal, yakınlık sebebi ve zarar olarak sayılan dört ana ölçüte göre oluşturulduğu görülmektedir. Görev; hekimin hastayı iyileştirme ve tedavi etmesi olarak düşünülebilir. Hekimin kendi bilgi, beceri ve uzmanlığı makul ölçüde gerekmede ve bunları uygulamalarında kullanma sorumluluğu bulunmaktadır. Buna bağlı olarak hastaya yönelik en azından zarar vermekten kaçınan belli bir ilgi ve bakımın standardı tutturulmalıdır. İhlalde ise tıbbi uygulamaların iyi ve kabul edilebilir seviyeden uzak olması söz konusudur. Tıpta evrensel olarak kabul edilmiş bazı durumlar ve bunlara yönelik tedaviler bulunmakla birlikte birçok uygulama ve tedavi şekilleri sürekli değişmekte ve ilerlemektedir. Farklı tanıları farklı uzmanlık alanlarında farklı tedavi yaklaşımları sergilenebilmektedir. Bu farklılıklara ek olarak tıbbi değerlendirme yapma ve karar vermede kısmen sapmalar da olabilmektedir.¹⁹

§ 2. Tıbbi Malpraktisin Hekim ve Hasta Üzerindeki Psikolojik Etkileri

1. Hekim ile Hasta Arasındaki İletişim

Çalışmamızın bu kısımda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin psikolojik boyutları ele alınmaya çalışılacaktır.

Hekim ile hastası arasındaki ilişki temelde güven esasına dayanmaktadır. Tedavi sürecinde hastanın hekime ve tedavi ekibine yönelik ilgi ve tepkilerinin

¹⁷ Brenner, s.13-14

¹⁸ OECD, s.24

¹⁹ Brenner, s.14-17; Steven E. Raper, Johncy Joseph, Wilda G. Seymour, Patricia G. Sullivan, “Tipping The Scales: Educating Surgeons About Medical Malpractice”, Journal of Surgical Research, 2016, 206, s.206-213; Steven E. Raper, Deborah Rose, Mary Ellen Nepps, Jeffrey A. Drebin, “Taking The Initiative: Risk-Reduction Strategies and Decreased Malpractice Costs”, Journal of The American College of Surgeons, Volume 225, Issue 5, 2017, s.612-621.

yanı sıra tedavi ekibinin hastaya yaklaşımı ve davranışının önemli rolü vardır. Hasta ile tedavi ekibinin ilişkisinin bir boyutu ise hasta doyumudur. Bu boyut tedavi sürecinin sosyal ve duygusal yönünü oluşturur. Tıbbi teknoloji ilerlemesine rağmen tedavi sürecinde hekim-hasta ilişkisi hala önemli bir faktördür. Hastanın hekime duyduğu güven aralarındaki iletişimde kendini göstermektedir ve bu noktadaki eksiklikler tedavinin gereklerini yerine getirme açısından büyük sorunlar doğurabilmektedir.²⁰ Taylor'a göre hastanelerdeki tedavi işlemlerinin rutin ve bürokratik olmasının, tedavi ekibinin hastayı insan olarak değil de nesne olarak ele almasının ve ona hastalığı, durumu, iyileşme şansı ve tedavinin niteliği hakkında çok az bilgi vermesinin hasta kimliği açısından olumsuz etkileri bulunmaktadır. Hastanede yatan ve özgürlüğü nispeten sınırlanmış hastalar açısından, hastalıklarının oluşturduğu sıkıntı, acı, üzüntü ve kaygı ile birlikte, hastanın yönetiminde de güçlükler yaşanabilmektedir. Çok daha ileri boyutlarda gözlenebilecek hastanın olumsuz tutum ve davranışları hem kendi tedavisine hem de hekime ve tedavi ekibine doğrudan ve psikolojik olarak çeşitli olumsuzluklar şeklinde yansıyabilmektedir.²¹ Hastanın kendi tedavisi hakkındaki belirsizlikler ve/veya bilgi eksiklikleri bir kontrol kaybı duygusuna ve sonrasında stres, endişe ve öfke gibi duyguların ortaya çıkmasına yol açabilmektedir.

Sosyal psikoloji açısından hasta kimliğinin tanınması olumlu bir yaklaşımdır. Sağlık hizmetlerinin hasta odaklı yaklaşımlara ihtiyacı olduğu konusunda genel olarak bir fikir birliği de mevcuttur. Bu noktada hekimin, hastanın duygularını, yaşadıklarını ve hikâyesini anlayabilmesinin tıbbi açıdan fayda sağlayacağı düşünülmektedir. Hasta odaklı tedaviler, hastaların elde ettikleri tatminlerini de artırabilmektedir.²²

Hekim ile hasta arasındaki ilişkide çeşitli psikolojik tutum, davranış ve tepkiler meydana gelebilmektedir. Hastanın kendi kimliği üzerindeki kontrol hissini kaybı ve ona duyarsız tutumlarla yaklaşılmaması, hastada zihinsel karmaşa ve kaygılar oluşturabilir. Çaresizlik hissiyatı yaşayan hastalardan bilgi edinme çabaları başarısızlıkla sonuçlanabilir; hasta bir yandan kaygı ve depresyon gibi sıkıntılar yaşıyor olabilir ve bu tarz durumlarda hasta öfke, inatçılık gibi tavırlar sergileyebilir.²³ Tüm bu koşullar altında hastanın tedavi sürecinde aksamalar ve tedavi ekibine karşı göstereceği olumsuz davranışlar ortaya çıkabilir ve bunun neticesinde tıbbi uygulamalarda olumsuzluklar yaşanabilir. Bu nedenden

²⁰ Deniz Şahin, Hasta – Tedavi Ekibi İlişkisi, Sağlık Psikolojisi: Giriş, Editör: Ülgen Okyayüz, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 19, 1. Basım, Ankara, 1999, 3. Bölüm, s.39-40

²¹ Shelley E. Taylor, "Hospital Patient Behavior: Reactance, Helplessness, or Control?", Journal of Social Issues, Volume 35, Issue 1, 1979, s.156–184

²² Christos Daramilas, Rusi Jaspal, "Measuring Patient Satisfaction: Insights from Social Psychology", Social Psychological Review, 2017, Vol. 19, No. 1, s.20-35

²³ Şahin, s.45-46

dolayı hekim ve hasta arasındaki iletişim daha çok önem kazanmaktadır. Zira hastanın psikolojik durumu, tedaviye uyumunu ve sağlık ortamındaki ilişkilerini oluşturup devam ettirmesinde büyük rol oynamaktadır.

Araştırmalara göre; tıbbi uygulamalar, özellikle de cerrahi uygulamalar, öncesinde ve sonrasındaki bilgilendirmeler hastanın kuşku ve kaygı gibi duygularını azaltıcı etki gösterebilmektedir. Olumlu bir iletişim ve ilişki biçimi ile hastanın tedaviye uyumunu artıracak ve iyileşmesine olumlu etki sağlayacak bir ortam sağlanabilmektedir.²⁴ Bu konuda Çin'de yapılmış bir araştırmada benzer bulgular ortaya konulmuştur. Araştırmaya göre; zorlu tıbbi uygulamalar ve yeterli olmayan sağlık kaynaklarının yanı sıra hekimlerin hastaları ile uygun olmayan/uyumsuz ilişkileri tıbbi uyuşmazlıkları artırıcı etki göstermektedir. Yüksek kalitede tıbbi bilginin paylaşımı hasta tatminini ve hastanelerin etkinliğini artırıcı etki göstermektedir.²⁵ Ayrıca tedavi öncesi ve sonrası hekim tarafından yapılacak detaylı bilgilendirme ve hasta ile kurulan iletişim hem mesleki hem de hukuki bir sorumluluk ve yükümlülük boyutunda değerlendirilmektedir.²⁶

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliği özellikle hasta açısından oldukça fazla önem taşımaktadır. Yapılan çalışmalar insanların tıbbi bakım ile tedavide hekim tutum ve davranışlarının, güler yüzlü, sevecen ve açıklayıcı olmasına en az hekimin tıbbi uzmanlığındaki bilgi seviyesi kadar hatta daha da çok önem verdiklerini ortaya koymuştur.²⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki; hastalar hekimlerin tıbbi bilgisini nesnel olarak değerlendirecek donanımlara sahip olmadıklarından dolayı çoğunlukla hekimleri hastaya olan davranışları ile değerlendirebilmektedirler. Hekimin hastasına zaman ayırması, anlayış, saygı nezaket kurallarına göre davranması, ilgi göstermesi hastanın hekime duyduğu güveni ve hoşnutluğu artırmakta ve ikisi arasındaki olumlu duygular yüklenmiş olan bir nevi bağın kurulmasını sağlamaktadır.²⁸ Nitekim hekime olan güven çok önemli ve temel bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁴ şahin, s.47-56

²⁵ Meng You, Xu Wang, Di Lu, Haidong Zhang, Shengli Di, Fengqin Zhang, Zhaoming Guo, Li Yuan, Lin Chang, Jian Xiang, Lili Yu, Yingkai Yang, Tiantong Yang, "Analyses of Medical Malpractice in Judicial Appraisal: 505 Cases", Journal of Forensic Science and Medicine, 2015, Volume. 1, Issue. 1, s. 1-25

²⁶ Tomoko Hamasaki, Tadamichi Takehara, Akihito Hagihara, "Physicians' Communication Skills with Patients and Legal Liability in Decided Medical Malpractice Litigation Cases in Japan", BMC Family Practice, 2008, 9:43, s.1-10

²⁷ Joseph L. Scarpaci, "Help-Seeking Behavior, Use, and Satisfaction Among Frequent Primary Care Users in Santiago de Chile", Journal of Health and Social Behavior, Vol. 29, No. 3, 1988, s.199-213

²⁸ Howard S. Friedman, M. Robin DiMatteo, Health Psychology, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989

Hekimlerin hastaları ile kurdukları ilişkide tıbbi terminolojiyi kullanmalarını nedeniyle de hastalar hekimlerin verdiği birçok bilgiyi anlayamamakta ve soru sormaya da çekinmektedirler.²⁹

Hekimin teknik bilgi ve becerisi kadar; destekleyici, moral ve güç verici olması hastanın psikolojik açıdan olumlu etkilenmesine yol açabilmektedir. Tedavi uygulamalarının, sadece teknik bir işlem olarak değil, iletişim ve ilişki boyutlarına da sahip kapsamlı bir yaklaşım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tıbbi muhakeme ve karar verme süreci bir hekim için önemli zihinsel bir faaliyettir. Tıbbi uygulamalarda ve tedavilerde algılama, kavrama ve idrak etme, problem çözme, bellek ile bilgi işleme ve son olarak karar verme gibi bilişsel yapı ve süreçler önemli bir rol oynamaktadır. Tıbbi eğitim ve bilgi ile birlikte muhakeme becerisinin de bu karar verme sürecini etkilediği ifade edilmiştir. Sağlık ile ilgili ortamlarda yaşanmakta olan stres, zaman baskısı ve hassasiyeti, ağır iş yoğunluğu/yükü, aşırı bilgi kirliliği gibi faktörler tıbbi karar verme üzerinde olumsuz etkilere yol açabilmektedir.³⁰

Tıbbi değerlendirme ve karar verme konusunda verimliliğin sağlanabilmesi ve tıbbi malpraktis vakalarının en aza indirgenmesi için en azından yukarıda bahsedilen faktörlerde belirgin iyileştirilmelerin ve düzenlemelerin yapılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Başta hekimler ve tüm sağlık çalışanlarının hem bilişsel hem de davranışsal açıdan daha başarılı ve profesyonel hizmet vermeleri adına ileri metotlar ve politikalar geliştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Duygusal zekâ, duygular hakkında net çıkarımlar yapabilme ve duygularla ilgili bilgileri düşüncelerle bağdaştırabilme yeteneğidir. Duygusal zekâ birçok mental aktivite ile yakından ilişkilidir. Duyguların karar verme üzerinde etkili olduğu bilinmektedir. Duyguların algılanması, tanımlanması ve tanınması ise duygusal zekâ ile mümkündür. Duygusal zekâ ayrıca kendisinin ve diğer insanların duygularını tanımlayabilmeyi de kapsamaktadır. Bu açıardan bakıldığında duygusal zekâ insan ilişkilerine pozitif olarak yansımaktadır ve hatta psikolojik iyilik hali, akademik başarı ve karar verme gibi konularda avantaj sağlamaktadır.³¹ Bu noktada önemli olan karar verirken duygulara bağımlı kalmak ya da kapılmak değil, olayları duygusal açıdan da muhakeme kabiliyetine sahip olmanın avantajını yaşamaktır.

²⁹ Mustafa Yağbasan, Fatih Çakar, "Hekim Hasta İlişkisinde Dile ve Davranışa Dayalı İletişimsel Sorunları Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, s.609-629

³⁰ Vimla L. Patel, Jose F. Arocha, Jiajie Zhang, Medical Reasoning and Thinking, The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, Editörler: Keith J. Holyoak, Robert G. Morrison, Oxford University Press, New York, 2012, Bölüm: 37, s.747

³¹ John D. Mayer, Richard D. Roberts, Sigal G. Barsade, "Human Abilities: Emotional Intelligence", Annual Reviews Psychology, 2008, 59, s.507-536

Tıbbi malpraktis, hekimleri olumsuz yönde etkileyen bir konudur; psikolojik ve hukuki boyutları ve sonuçları da vardır. Bu bakımdan üzerinde düşünülüp değerlendirilmesi, psikolojik ve hukuki sonuçları bakımından farkındalık yaratılması herkese katkı sağlayacaktır. Hekimlerin her ne sebeple olursa olsun tıbbi uygulamaları nedeniyle sorumluluklarının ortaya çıkması beklenen ve/veya arzu edilen bir durum değildir. Bu nedendir ki sağlık politikası, sağlık hukuku ve hasta hakları gibi konular hem sağlık çalışanları hem de hasta ve/veya tedavi görenler açısından dikkat edilmesi gereken konulardır.

2. Tıbbi Malpraktisin Hekim Üzerindeki Psikolojik Etkileri

Hekimlerin psikolojik sağlığı kendilerinin yanı sıra tedavi verdikleri kişiler açısından da önem arz etmektedir. Kaliteli ve profesyonel hizmetlerin verilebilmesi için hekimlerin sağlıklı olması ve hastaların da hekime güvenmesi gereklidir. Hekimler arasında, aşırı iş yükü, uzun çalışma saatleri, artan yönetsel talepler, nöbet durumları, düşük iş güvencesi gibi iş ile ilgili stres kaynakları; depresyon, duygusal yorgunluk, sinizm, depersonalizasyon, başarısızlık algısı gibi psikolojik sorunlara ve tükenmişliğe yol açmaktadır.³² Özellikle tükenmişlik, hekimlerin kişisel sağlığı üzerinde olumsuz belirtiler meydana getirmektedir. Ayrıca profesyonelliği yıpratıcı ve tıbbi hataları artırıcı etkileri de olabilmektedir. Sağlık üzerinde büyük bir risk oluşturan tükenmişlik, iş – yaşam dengesini de sarsabilmektedir.³³ Bu koşulların tıbbi malpraktis oluşmasına doğrudan bir sebep olarak görülmekten ziyade hekimlerin psikolojilerinin ve iş hayatındaki rollerinin daha iyi anlaşılabilmesi adına yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Tüm bunlarla ek olarak tıbbi malpraktis süreçleri ile karşılaşılması hekimler açısından daha da yıpratıcı sonuçlara yol açabilmektedir.

Tıbbi malpraktis nedeniyle dava edilen hekimlerin birçoğunda duygusal travmalar gözlenebilmektedir. Mesleki hataları nedeniyle dava edilen hekimlerde görülen ilk reaksiyon yüksek seviyede anksiyetedir. Bu duyguya haklı bir içerleme ve öfke duyguları da eşlik etmektedir. Bunlara ilaveten kişinin benlik saygısı da etkilenmektedir. Tıbbi malpraktis nedeniyle karşılaşılan hukuki problemlerin giderek artış göstermesiyle birlikte uzmanlar ve uygulayıcılar arasında dava edilme korkusu ve litigafobi olarak tanımlanan davranışsal ve duygusal sekellerin oluşturduğu sorunlar görülmeye başlamıştır.³⁴

³² Robert D. Goldney, "Suicide by Health Care Professionals", *The Medical Journal of Australia*, 2016, 205, s. 257-258; Nikki R. Adler, Kimberley A. Adler, Jane M. Grant-Kels, "Doctors' Mental Health, Burnout, and Suicidality: Professional and Ethical Issues in The Workplace", *Journal of the American Academy of Dermatology*, 2017, Volume 77, Issue 6, s.1191-1193.

³³ Tait D. Shanafelt, Sonja Boone, Litjen Tan, Lotte N. Dyrbye, Wayne Sotile, Daniel Satele, Colin P. West, Jeff Sloan, Michael R. Oreskovich, "Burnout and Satisfaction with Work-Life Balance Among US Physicians Relative to The General US Population", *Arch Intern Med.*, 2012, 172(18), s.1377-1385

³⁴ Jeffrey R. Wilbert, Solomon M. Fulero, "Impact of Malpractice Litigation on Professional

Çalışmalara göre; hekimlerin dava edilmeye karşı gösterdikleri psikolojik tepkilerden bazıları; depresif bozukluklar, uyum bozuklukları, fizyolojik rahatsızlıkların başlaması veya şiddetlenmesi, alkol kullanımı olarak sayılabilir. Bu tarz psikolojik tepkiler, dava edilmenin getirmiş olduğu stres ve buna eşlik eden hayal kırıklığı, suçluluk, sosyal izolasyon ile duygusal dengeyi tehdit altında hissetme olarak belirtilmiştir.³⁵ Benzer bir başka çalışmada ise; hekimlerin ifadelerine göre, dava edildikleri süreçlerin yaşamlarındaki en stresli dönemler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu hukuki süreçlerin hekimlerin iş tatminlerini olumsuz yönde etkilediği³⁶; pişmanlık, kendini suçlama, yetersizlik, öfke, üzüntü, kaygı gibi duyguların yanı sıra insomnia ve konsantrasyon bozukluklarının da görülebildiği ifade edilmiştir.³⁷

Tıbbi malpraktis ve hukuki süreçlerine maruz kalan kimi hekimler bu duruma karşı psikolojik tepkilerin yanı sıra yaşamlarına ait kararlar üzerinde de bazı değişikliklere gitme yolları üzerinde durmuşlardır. Bazı hekimler erken emeklilik kararı alırken, bazıları ise çocuklarının tıp eğitimi alma konusunda fikirlerini değiştirme eğilimi göstermişlerdir.³⁸

Olası tıbbi malpraktis durumları ve sonrasında hukuki neticeleri ile yüz yüze kalmak hekim üzerinde çeşitli duygusal etkilere yol açabilmektedir. Bu hususta, sıkıcı ve uzun geçebilecek bir süreç olmasına rağmen bu durumla bazı baş etme yolları da mevcuttur. Çok anlaşılır bir şekilde ortaya çıkabilen öfke ile birlikte incinme ve incitme duygularını bir kenara bırakmak en iyi yollardan birisi olarak görülmektedir. Süreci çok fazla kişiselleştirmeden avukatlara ve hukukçulara başvurmak önerilmektedir. Dava sürecinde hekimlerin en kıymetli varlıklarından birisi olan zaman açısından oluşan kayıpları da onları ayrıca etkilemektedir. Olası olumsuz süreçlerin finansal ve kariyer bağlamında oluşturabileceği endişeler de yaşanabilmektedir.³⁹

Elisabeth Kübler-Ross tanımladığı yas/üzüntü modelinde, tıbbi malpraktis sonucu oluşan aleyhte dava sürecinde kişilerin beş aşamada duygusal acılarını yaşamakta olduğunu ifade etmiştir: 1- inkâr, reddetme, 2- öfke, 3- görüşme ve pazarlık süreci, 4- depresyon, 5- kabullenme. Kübler-Ross, hemen herkesin bu

Psychology: Survey of Practitioners”, Professional Psychology: Research and Practice, 1988, Vol. 19. No. 4, s. 379

³⁵ Sara C. Charles, “Coping With A Medical Malpractice Suit”, Volume 174, 2001, s. 55

³⁶ Sara C. Charles, Richard B. Warnecke, Jeffrey R. Wilbert, Richard Lichtenberg, Carlos DeJesus, “Sued and Nonsued Physicians: Satisfactions, Dissatisfactions, and Sources of Stress”, Psychosomatics, Volume 28, Issue 9, 1987, s. 462-466

³⁷ White ve Gallagher, s. 115

³⁸ Sara C. Charles, Jeffrey R. Wilbert, Kevin J. Franke, “Sued and Nonsued Physicians Self-reported Reactions to Malpractice Litigation”, The American Journal of Psychiatry, 142(4), s. 437-440

³⁹ Brenner, s. 31

beş sürecin tamamını olmasa da en az ikisini yaşadığını belirtmiştir.⁴⁰ Kendisine karşı açılmış bir dava ile karşılaşan hekim yukarıda da ifade edildiği gibi çeşitli duyguları da içine alan psikolojik bir süreç içerisinde girmektedir. Doğal olarak kendisini savunmaya çalışacak ve harekete geçerek hukuki bir yardım arayışı ile birlikte yargısal sürece dâhil olabilecektir.⁴¹

Brenner, açıklamalarında Maslow'un ihtiyaçlar teorisine atıflarda bulunarak, stresli durumlarla karşı karşıya kaldıklarında hekimlerin güvenlik ihtiyacını karşılamaya çalıştıklarından bahsetmektedir. Hekimler iş ortamlarında çoğunlukla bir ekip olarak çalışmaktadır. Stres oluşturan durumlar bu ekip içerisindeki sosyal ihtiyaçlarını karşılama motivasyonları üzerinde de etkiler gösterebilmektedir.⁴² Ayrıca başarıya odaklanma ve performansa yönelik kayıplara yol açması da stresli durumların diğer olumsuz getirileridir. Genel olarak bir hekimin özgüveni yerinde, endişeden uzak, yetkinliklerini tam olarak kullanabilmesini sağlayacak şekilde açık ve stressiz bir zihinle çalışması ve uygulamalarını yapması beklenmektedir. Stres oluşturabilecek dava süreçleri ile bu zihinsel ve psikolojik boyutlarda kesintiler yaşanması çok muhtemeldir.⁴³

Tıbbi malpraktis yaygın bir şekilde vuku bulmakta ve çoğu klinisyen kariyerinde en az bir kez bu tarz bir durumla karşılaşmaktadır. Nispeten kıdem ve tecrübesi az olan hekimlerde tıbbi malpraktisle karşılaşma eğiliminin daha yüksek olduğu düşünülmektedir. Tıbbi malpraktis konusunda esas mağdur hasta olarak görülmekle beraber hekimlerin de ciddi problemler yaşadıkları ve mağdur hale gelme olasılıkları bulunduğu göz ardı edilmemelidir.⁴⁴ Tüm bu etkilerin yanı sıra hekimler tıbbi malpraktis davaları nedeniyle ekonomik açıdan da risklerle yüzleşmek durumunda kalmakta ve bazı durumlarda yüklü tazminat ödemelerine maruz kalabilmektedirler. Bu tarz mali tablolar da hekimlerin kariyerleri açısından olumsuz neticeler doğuran stres kaynaklarından olmaktadır.⁴⁵

3. Tıbbi Malpraktisin Hasta Üzerindeki Psikolojik Etkileri

Tıbbi müdahalelerde istenmeyen etkilerin görülmesi olası bir durumdur. Örneğin bir cerrah % 95 oranında başarı gösterse bile tedavilerinde % 5 ihtimalde başarısızlık oluşabilmektedir. İstatistiksel olarak her bir hekimin meslek hayatı boyunca en az bir tıbbi malpraktis vakası ile karşılaşması gerçekçi

⁴⁰ Elizabeth Kübler-Ross, *On Grief and Grieving: Finding The Meaning of Grief Through The Five Stages of Loss*, New York: Scribner, 2005

⁴¹ Brenner, s. 35

⁴² Brenner, s. 36-37

⁴³ Brenner, s. 39

⁴⁴ Sami Abd Elwahab, Eva Doherty, "What About Doctors? The Impact of Medical Errors", *The Surgeon, Journal of the Royal Colleges of Surgeons of Edinburgh and Ireland*, 2014, 12, s. 297-300

⁴⁵ Jena ve ark., s. 633-634

bir durumdur ve bu durum o hekimin tüm meslek hayatının başarısızlığı anlamına gelmemektedir.⁴⁶

Amerika'da yapılmış bazı çalışmalara göre; tıbbi malpraktis ile karşılaşmış hastaların en büyük beklentisi hekimin özür dilemesidir. Bu beklenti, özellikle tıbbi malpraktis nedeniyle dava açmış olan hastalar açısından izlenmektedir. Hasta ve yakınları tıbbi malpraktis sonucunda bir özür beklerken, birçok hekim ise bir yandan özür dilemeyi arzu etse de diğer yandan sorumluluğun kabul edilmesi gibi yorumlanacağından dolayı özür dilemekten çekinme davranışı göstermektedirler.⁴⁷ Hasta ve yakınlarının özellikle tedavi süreciyle ilgili sorularına yanıt alamadıkları koşullarda hukuki süreçlere daha çok yönelindikleri görülmektedir.

Araştırmalara göre; hastaların tıbbi malpraktis olgusuyla karşılaşmasından sonra hekimlerden bazı beklentileri oluşmaktadır. Bilgi açısından; bir hatanın oluştuğuna dair açık bir beyan, hatanın ne olduğunun tanımlanması, bu durumun sağlığı açısından ne anlam ifade ettiği, hatanın niçin olduğuna dair bir açıklama, nüksetmesi halinde nasıl önleneceğine dair planlama. Duygusal açıdan; açık ve empatik bir iletişim tarzı, hata sebebiyle samimi bir özür, duygularının anlaşılması. Geleceğe dair; devam eden araştırmaların belirtilmesi, sonraki görüşmeye ait planlama ve beklenen durumlar.⁴⁸

Öfkeli hasta, olumsuz sonuçlarla karşılaştığında malpraktis davasına başvurma ihtimali yükselmektedir. Hastaları öfkeliendiren bazı durumlar ise şöyle ifade edilmiştir: Hastanın şikâyetlerinin dinlenilmemesi, hastalara kaba davranılması, hastalara küçümseyici ve alaycı davranılması, hekimin hastaya yeterince vakit ayır(a)maması, muayene randevularının iptali, randevuların uzun süre beklenmesi, uzak tarihlere randevuların alınması, hatalı tanılara yönelik yüksek sağlık harcaması faturalarına maruz kalmak.⁴⁹

Brenner, bazı uygulamalar sayesinde, hekimlerin işlerini daha özenli ve rahat yürütebilmesinin yanı sıra hastaların öfke gibi olumsuz duygulara kapılmasının önlenemesinin mümkün olabileceğini ifade etmiştir.⁵⁰ Brenner bu uygulamaları altı madde halinde sıralamaktadır; *1- İlgilenmek, alaka göstermek, 2- Tavırlara dikkat etmek, 3- Hastalara uyumlu davranmaya gayret göstermek, 4- Küçümseyici tutumda konuşmamak, 5- Her bir hastaya yeterli vakit ayırabilmek, 6- Hasta randevularını iyi organize etmek.*

⁴⁶ Brenner, s. 103

⁴⁷ Chris Stern Hyman, "Mediation and Medical Malpractice", Dispute Resolution Journal, 2011, s. 33-37

⁴⁸ White ve Gallagher, s. 111

⁴⁹ Brenner, s. 105

⁵⁰ Brenner, s. 105-109

§ 3. Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu

1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesine göre; "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. ...". "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesine göre ise; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirerek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. ..."

Genel olarak hekimin yükümlülükleri; hastalığı belirleme (tanı / teşhis) yükümlülüğü, tedavi yöntemini seçme ve uygulama yükümlülüğü, hastayı ve yakınlarını aydınlatma ve onamlarını alma yükümlülüğü⁵¹, aldatmama ve yanıltmama yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, kayıt tutma yükümlülüğü ve yüksek özen gösterme yükümlülüğü⁵² şeklinde sıralanabilir.

Bu bağlamda hekimin sorumluluğunun ölçüsü de; en hafif kusurdan dahi tam sorumluluk şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, tedavinin gereği gibi yapılmaması, yüksek özen ve dikkatin gösterilmemesi sonucu hasta bir zarara uğramışsa, hekimler sorumlu tutulabilecekler ve hastanın uğradığı zararların tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Hastanın karşı kusurunun bulunması durumunda ise kusuru oranında tazminattan indirim yapılacaktır.⁵³

⁵¹ Yargıtay 4. HD, T.07.03.1977, E.1976/6297, K.1977/2541.

⁵² Yargıtay 13.HD, T.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590, K.2000/9569; Yargıtay 10. HD, T.09.11.1999, E.1999/6175 K.1999/8022; Yargıtay HGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370; Yargıtay 4. CD, T.11.02.2004, E.2003/1064 K.2004/2055; Yargıtay 4. HD, T.07.10.2003, E.2003/1529 K.2003/11279; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925 K.2002/10687; Yargıtay 21. HD, T.11.11.1997, E.1997/6482, K.1997/7327; Yargıtay 4. HD, T.23.10.2003, E.2003/7161 K.2003/12474; Yargıtay 10. HD, T.17.09.2002, E.2002/5311, K.2002/6401; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2002, E.2002/11318, K.2002/12909; Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518 K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380.

⁵³ Yargıtay 13. HD, T.04.03.1994, E.1994/8557 K.1994/2138; Yargıtay 13. HD, T.14.03.1983, E.1983/7237 K.1983/1783; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590 K.2000/9569; Yargıtay 13. HD, 04.02.2003, E.2002/12276 K.2003/1077; Yargıtay 13. HD, T.08.07.2005, E.2005/3645 K.2005/11796; Yargıtay 13. HD, T.19.10.2006, E.2006/10057 K.2006/13842.

O halde hekimler “yüksek özen borcu” nedeniyle “en hafif kusur” larından dahi “tam sorumlu”durlar. Bu nedenledir ki, tazminata hükmedilirken kusur oranlarına bakılmaz ve tazminattan indirim, yalnızca hastanın karşı kusuru saptanmışsa söz konusu olabilir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁵⁴

2. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Hasta hekime ve / veya sağlık kuruluşuna başvurduğunda ve tedaviye başladığında aralarında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Bu sözleşme, tedavi (hekimlik) sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır ve tedavi sözleşmesi özel bir sözleşme türüdür (kendine özgü “sui-generis”). Bu nedenle tedavi sözleşmesinde, her iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmelerde olduğu gibi edimlerin karşılıklı olarak ifası söz konusu olmadığı gibi sözleşmenin tarafları da eşit olanaklarla donatılmamışlardır.

Bunun yanı sıra Alman Hukukunda, tedavi (hekimlik) sözleşmesinin “hizmet sözleşmesi” olduğu görüşü benimsenmiştir. Buna göre; hasta-hekim ilişkisi hizmet sözleşmesi hükümleriyle çözümlenmektedir. Bunun nedeni, Alman Hukukunda vekalet sözleşmesinin kesinlikle karşılıksız olmasıdır. Oysa hekim, bir ücret karşılığında hastaya bakmaktadır. Bize göre, hekimlik sözleşmesini TBK m.393 ve devamındaki maddelerle açıklamak olanaksızdır. Hasta işveren olmadığı gibi, hekim de işçi değildir. Hekim, hastanın isteği ve buyruğu doğrultusunda değil, tıp biliminin olanakları ve kendi vereceği kararlar doğrultusunda iş görmektedir. Zira hizmet sözleşmesinde işçinin ücret karşılığında işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörme borçları (edimleri) birer asli edim yükümlülükleridir⁵⁵.

İsviçre Hukukunda ise hâkim görüş, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kural olarak vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlı olduğudur. Bu hukuk sisteminde sadece “aile hekimliği” sözleşmesine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Türk Hukukunda da öğretinin büyük çoğunluğu, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi vekâlet sözleşmesi hükümleriyle açıklamaktadır. Yargıtay, geçmiş yıllardaki kararlarında hekimin sorumluluğunu “haksız fiil” hükümleri çerçevesinde çözümlenmeye çalışmış ise de, daha sonra bundan dönülerek, hasta-hekim ilişkisi vekâlet sözleşmesi hükümlerine bağlanmıştır. Şu kadar

⁵⁴ Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2005, E.2005/11159 K.2005/17474; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493 K.2004/15431; Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959, K.2003/2380; Yargıtay 13. HD, 08.07.2005, E.2005/3645, K.2005/11796; Yargıtay 13. HD, T.10.10.2006, E.2006/10068 K.2006/13288; Yargıtay 13. HD, T.27.12.2005, E.2005/13615, K.2005/19261; Yargıtay 13. HD, T.25.04.2002, E.2002/2589, K.2002/4560; Yargıtay 13. HD, T.07.02.2005, E.2004/12088 K.2005/1728; Yargıtay 13. HD, T.09.04.2003, E.2003/711, K.2003/4255.

⁵⁵ Fikret Eren,, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.32.

ki, Yargıtay kararlarında hekimin sorumluluğunun, vekillik sözleşmesinin yanı sıra, hizmet sözleşmesi hükümlerine de dayandırıldığı görülmektedir. Hasta-hekim ilişkisinin vekâlet sözleşmesi hükümleriyle çözümleneceğini benimseyen görüşlerin dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesi 2. fıkrasıdır. Buna göre *"Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır"* denilmiştir. Söz konusu hükme göre, hekimlik sözleşmesinin "vekalet sözleşmesi" gibi yorumlanmasının sürdürüleceğini söyleyebiliriz. Yargıtay'ın hekimlik sözleşmesini "vekâlet sözleşmesi" olarak niteleyen kararları, yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmekte; artık yerleşik kararlar durumunu almış bulunmaktadır.⁵⁶ Yargıtay'ın 2002 yılında vermiş olduğu bir kararına göre; *"... Özel hastane ve onun çalıştırdığı doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir. BK.386/2 hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır. ..."*⁵⁷

Hekim ile hasta arasındaki ilişkiye eser (istisna) sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, yalnızca bazı ayırık durumlarda kabul edilmektedir. Örneğin, diş hekiminin olağan tedavi dışında porselen kaplaması, protez, köprü ve kron yapımını üstlenmesi eser sözleşmesi olarak nitelenmektedir. Yargıtay'ın 1999 yılında verdiği bir kararına göre de⁵⁸; bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbi müdahalesi işi, 818 sayılı BK. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur.

Hekimin hasta ile arasında sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hastaya tıbbi yardımda bulunması durumunda ise *"vekâletsiz işgörme"* söz konusu olmaktadır. Vekâletsiz işgörmeye, hastanın istek ve iradesi dışında, hekim yönünden sözleşme dişi "zorunluluk durumu" söz konusudur. Hastaya

⁵⁶ Yargıtay 13. HD, T.06.03.2003, E.2002/13959 K.2003/2380; Yargıtay HGK, T.26.02.2003, E.2003/21-95, K.2003/113; Yargıtay 13. HD, T.06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 4. HD, T.26.05.2005, E.2005/5837, K.2005/5679; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493, K.2004/15431; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; Yargıtay 9. HD, T.18.11.1991, E.1991/8375, K.1991/143367; Yargıtay 13. HD, T.06.11.2000, E.2000/8590, K.2000/9569; Yargıtay 13. HD, T.04.03.1994, E.1994/8557, K.1994/2138; Yargıtay 9. HD, T.18.11.1991, E.1991/8375, K.1991/14336.

⁵⁷ Yargıtay HGK, T.11.12.2002, E.2002/13-1011, K.2002/1047.

⁵⁸ Yargıtay 15. HD, T.03.11.1999, 1999/4007, K.1999/3868; Yargıtay 13. HD, T.05.04.1993, 1993/131; K.1993/2741.

zorunlu olarak yardım eden ve vekâletsiz işgören hekim, hastanın kendine gelmesinden sonra, hasta veya yakınları onun tedaviyi sürdürmesini isterlerse, vekâletsiz işgörmeye durumu, hekimlik (tedavi) sözleşmesine dönüşmüş olur. Acil durumlarda ise hasta, yakını olmayan üçüncü kişiler tarafından hastaneye getirildiğinde, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaksızın, hekim mesleği gereği gereken tıbbi yardımda bulunur. Bu tıbbi müdahale de TBK m.526 anlamında “vekâletsiz işgörmeye” hükmündedir.

Vekâletsiz işgörmeye hükümlerinin uygulanacağı bir başka durum ise, hastanın veya yakınlarının onamıyla başlayan ameliyatta beklenmedik bir bulgunun ortaya çıkması ve hekimin bunu hemen gidermek zorunda kalmasıdır. Ameliyatı yarıda kesip hasta yakınlarının onamını almaya gitmek zaman kaybına ve hastanın yaşamsal bir tehlikeye uğratılmasına neden olarsa, hekim gerekli müdahaleyi yapmak zorunda kalacaktır.

Hekimin haksız fiilinden söz edilebilmesi için ise arada sözleşme ilişkisinin olmaması ve TBK m.49 ve sonraki hükümlerine göre haksız ve hukuka aykırı fiilde bulunması veya sözleşme ilişkisi olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre suç işlemiş olması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ceza Kanunu dışında, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesine göre de hekimin bazı sorumlulukları bulunmaktadır.

3. Tıbbi Malpraktis Bağlamında Hukuki Sorumluluk Kavramı

Her sorumlulukta olduğu gibi, hekimlerin ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin sorumluluklarında da karşılıklı hak ve borçlar söz konusu olur. Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, bir sorumluluğun doğması için öncelikle açık veya örtülü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmalı ya da sözleşme dışı bir fiil bulunmalıdır. Ayrıca tanı ve tedavide hata yapılmış, bilerek veya bilmeyerek kişilere zarar verilmiş, tıp biliminin gerekleri yeterince yerine getirilmemiş, yüksek özen gösterilmemiş, hasta aydınlatılmamış ve / veya onamı alınmamış, meslek kurallarına uyulmamış olmalıdır. Bunun yanı sıra hekimlik mesleğinin kamusal niteliği gereği, zorunlu durumlarda gerekli sağlık hizmeti verilmemiş, hastaya veya ağır yaralıya ilk yardım yapılmamış olmalıdır. Hekim veya sağlık personeli ya da sağlık kuruluşu tarafından hukuka aykırı biçimde bir zarar verilmiş bulunmalıdır. Hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu veya ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu; hukuka aykırı haksız ya da suç sayılır fiili saptanmış bulunmalıdır. Son olarak hekimin, sağlık personelinin, sağlık kuruluşunun hukuka aykırı, haksız veya suç sayılır eylemi, savsaması, özensizliği ile kişilerin uğradığı zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir.

Tıbbi malpraktis nedeniyle bir sorumluluğun ortaya çıkması için yukarıda da belirtildiği üzere öncelikle taraflar arasında bir ilişkinin kurulmuş olması gerekir. Bu ilişki farklı şekillerde karşımıza çıkabilir.

Hasta doğrudan hekime başvurduğunda aracısız ve doğrudan bir ilişki kurulmuş olur. Bu bir tür “sözleşmesel ilişki”dir. Hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki yine ikisi arasındadır. Hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin güven ortamında tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinden veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olacaktır. Hasta ile hekim arasındaki bu şekilde ortaya çıkan doğrudan ilişkinin türü hakkında öğretilerdeki baskın görüş “vekâlet sözleşmesi” olup, (TBK.m.502) Yargıtay’ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Bu niteleme gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır (TBK.m.112 ve 505-507).

Bağımsız çalışan bir hekime başvuran hasta ile hekim arasında bir tür sözleşme ilişkisi (tedavi-hekim sözleşmesi) kurulmuş olacağından, hekimin sorumluluğunu sözleşme sorumluluğu olarak nitelemek gerekecektir. Bu sorumluluk çerçevesinde, hekim, tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken mesleğinin tüm gereklerini yerine getirmek, tıp biliminin bütün olanaklarından olabildiğince yararlanmak, yanlış tanı ve tedaviden kaçınmak, hastanın bakım ve gözetimini asla savsaklamamak ve “yüksek özen” göstermek zorundadır. Buna sözleşme içi, kusura dayalı yüksek özen sorumluluğu ya da ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu diyebiliriz. Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre de, hekimin kusurunun saptanmasında nesnel ölçülere göre değerlendirme yapılması, kusurun derecesine bakılmayıp, hekimin “en hafif kusurdan” dahi “tam kusurlu” sayılması gerekmektedir.⁵⁹ Hasta ile hekim arasındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde hekim tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken yardımcı kişi kullanmışsa, bunların kusurlu eylemlerinden ötürü TBK m.116’ya göre (818 sayılı BK m.100) sorumlu olur. Bu da sözleşme içi “kusursuz sorumluluk”tur. Yardımcı kişiler; hemşire, hastabakıcı, asistan, röntgen ve benzeri görüntüleme uzmanları, laborant ve benzeri teknik elemanlardır. Yargıtay uygulamasına göre; hekimin “yardımcı kişilerden sorumlu” olması durumunda, kusurun derecesi ve kusur oranlarının dağılımı, hastanın açtığı davada inceleme konusu yapılmamalı ve tam kusura göre tazminata hükmedilmelidir.⁶⁰ Hekim ile hasta arasındaki ilişki Yargıtay kararlarında “vekâlet sözleşmesi” olarak

⁵⁹ Yargıtay HGK, T.23.06.2004, E.2004/13-291, K.2004/370; Yargıtay 13. HD, T.19.10.2006, E.2006/10057; K.2006/13842; Yargıtay 13. HD, T.10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288; Yargıtay 13. HD, T.12.06.2006, E.2006/6704, K.2006/9459; Yargıtay 13. HD, T.06. 07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185; Yargıtay 13. HD, T.28.11.2005, E.2005/11159, K.2005/17474; Yargıtay 13. HD, T.26.10.2004, E.2004/6493, K.2004/15431; Yargıtay HGK, 26.02.2003, E.2003/21-95, K.2003/113; Yargıtay 13. HD, T.15.10.2002, E.2002/7925, K.2002/10687; Yargıtay 4. HD, T.07.03.1977, E.1977/6297, K.1977/2541.

⁶⁰ Yargıtay 13. HD, T.22.05.2003; E.2003/2333, K.2003/6348.

kabul edildiğinden, (BK m.386/2, TBK m.502/2) hekime karşı açılacak tazminat davalarının zamanaşımı süresi de TBK.m.147 (818 sayılı BK m.126) gereği 5 yıl olacaktır. Ancak hekimin fiili, Türk Ceza Kanunu yönünden suç sayılır nitelikte ise daha uzun olan ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Bağımsız çalışan hekimlere karşı ölüm ve bedensel zarar nedeniyle açılacak davalarda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2'ye göre; tek görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir. Bağımsız çalışan hekime karşı ölüm ve bedensel zararlar dışındaki nedenlerle acıkacak davalarda (örneğin ücret konusundaki bir anlaşmazlık ile ilgili olarak) görevli mahkeme, miktara göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi olacaktır.⁶¹

Hasta, doğrudan hekime başvurmak yerine, özel bir hastaneye veya benzeri bir sağlık kuruluşuna giderse ve gittiği hastanede önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yoksa hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile hastane arasında kurulmuş olacaktır. Hastanenin türüne göre de bir ayırım yapmak gerekmektedir. Eğer gidilen hastane özel bir sağlık kuruluşu ise, hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Buna "hasta kabul sözleşmesi" denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden TBK m.116'ya göre "yardımcı kişi" konumundadır. Hekim, yardımcı kişi konumunda ise; hastaya karşı hastane sözleşme içi "kusursuz sorumlu" olur ve görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle "yardımcı kişiden sorumlu" (TBK m.116) olur. Hastanenin ve hekimin hastaya karşı sorumlulukları "ortaklaşa ve zincirleme"dir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre "hekim en hafif kusurdan

⁶¹ Doktor ve hastane yetkililerine karşı açılan davalarda kural olarak asliye hukuk mahkemeleri görevlidir; ancak kamu hastanelerinde çalışan sağlık görevlisinin hizmet kusurundan dolayı ölüm gerçekleşmişse artık idarî yargı görevli olur. Gerçekleştirilen bir tüketici işlemi sonucu ayıplı bir üründen dolayı ölüm gerçekleşmişse, üründeki ayıp ile ölümle sonuçlanan zararın birbirine karıştırılmaması gerektiği ve destekten yoksun kalma tazminatı davasının asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. (konu ile ilgili olarak bkz. Tacın, Mustafa Hayri, Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ağustos 2016, GÜSBE, Doktora Tezi). Ancak Yargıtay'ın 2015 yılında vermiş olduğu ve aksi yöndeki bir kararı da bulunmaktadır. Karara göre; "...Davacılar, murisleri Ferit'in 10.09.2011 de tatil sebebiyle davalı şirket tarafından işletilen Çeşme Altın Yunus Oteline gittiğini, burada rahatsızlanarak davalı otelin doktoru tarafından muayene edilerek bir takım ilaçlar verildiğini,.... .. davalı doktorun müteveffayı en yakın hastaneye sevk yerine uçakla göndermek istemesi, müteveffa ve yakınlarına gerekli bilgilendirmeyi yapmaması, otelden kaynaklanabilecek bir rahatsızlığı gizlemek için hareket etmesi, yanlış teşhis, tedavi ve ilaç uygulaması sebebiyle; davalı şirketin ise müteveffayı en yakın tam teşekküllü hastaneye sevk etmesi gerekirken otel şoförüyle havaalanına göndererek istihdam eden sıfatıyla sorumlu olduğunu ileri sürerek.... ..Taraflar arasındaki uyuşmazlık Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamında kaldığına göre davaya bakmaya Tüketici Mahkemesi görevlidir,..." (Yargıtay 13. HD. E. 446, K. 31562, T. 02/11/2015).

dahi tam kusurlu” sayıldığından, her ikisi hastaya karşı tam kusur esasına göre tazminat ödemekle yükümlü olurlar.

Özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için hekim ve diğer sağlık personeli istihdam etmek zorunda bulduklarından, tüzel kişi olarak doğrudan sorumluluklarının yanı sıra, TBK m.116 çerçevesinde yardımcı kişilerin fiillerinden. Her ne kadar TBK m.116’da sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış olsa da aynı TBK m.116/III’e göre; uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Özel hastane ile hasta arasındaki hukuki ilişki üç farklı türde karşımıza çıkabilir. Özel hastaneler yönünden hasta ile aralarındaki sözleşme hastane yönünden “Hastaneye Kabul Sözleşmesi”, hekim yönünden “Hekim Sözleşmesi” ya da her iki sözleşmenin bir arada yapılması biçimindedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde, eğer yatırılarak tedavi söz konusu ise, tıbbi tedavinin yanı sıra, hastane bakım hizmetleri, yatırma ve yemek gibi çeşitli yükümlülükler de yer alır. Sözleşme bu biçimiyle karma bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktadır. Burada amaç ve ana unsur “tedavi” olduğundan, hekimlik sözleşmesiyle birlikte “vekâlet sözleşmesi” nitelemesi doğru olacaktır. Ancak özel hastanelerin “kamusal nitelikli sağlık hizmeti” veren kuruluşlar olmaları nedeniyle bu ilişkiyi herhangi bir sözleşme kalıbına sokmaksızın kendine özgü “sui jeneris” bir sözleşme olarak nitelemek de yanlış olmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2004 yılında; *“Özel hastane işleteni öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren ve kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmesi, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslanan insan yaşamıdır.”*⁶² şeklinde bir karar vermiştir.

Vekâletsiz işgörme ilişkisinin doğumuna yol açan olay genellikle “zorunlu” hasta kabulü durumudur ve bu durumda özel hastane hastayı kabul ve tedavi etmek zorundadır. Eğer getirilen kişinin bir süre hastanede kalması ve tedavinin sürdürülmesi gerekiyorsa ve bir kamu hastanesine götürülmesinde yaşamsal tehlike varsa, özel hastane, bunu bir görev ve kamusal hizmet olarak yapmak zorundadır. Özel hastanelerin, hastanın başvurusu olmaksızın ve hasta kabul sözleşmesi yapılmaksızın, ivedi getirilen ağır yaralı ve bilinci kapalı hastaları yasa ve tüzük gereği kabul etmeleri ve tedavi etme zorunlulukları “vekaletsiz

⁶² (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 K.2004/370).

ışgörme” hükmünde sayılmakta; sorumlulukları da hekimlerin sorumlulukları gibi değerlendirilmektedir. Bilinci kapalı olarak getirilen ağır yaralı veya hasta kişiye yapılan tıbbi müdahale sonrasında, bir hekim veya hastane hatası ortaya çıkarsa ve hasta zarar görmüş olursa, vekâletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TBK m.527). 6098 sayılı TBK m.527/’e göre; *“Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. İş gören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan sorumlu olur.”*. Vekâletsiz iş gören durumundaki hekim de, sözleşmeye dayalı olarak tedavi yapan hekim gibi yüksek özen göstermek zorunda olduğu için, en hafif kusurundan tam sorumlu olur. Hekimlik mesleğinin kamusal niteliği göz önüne alındığında, sözleşmeye dayalı tedavi ile zorunlu durumda hekimin tıbbi yardımda bulunma yükümlülüğü arasında bir fark olmamalıdır.

Tıbbi müdahale, hastanın beden bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşıdığından, aynı zamanda TBK m.49 ve sonraki maddeleri anlamında bir haksız fiil oluşturur. Bu gibi durumlarda, sözleşme sorumluluğu ile sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) yarışır. Zarar gören hasta, hastane işletmesine karşı sözleşmeye aykırı işlem TBK m.112) veya haksız fiil (TBK m.49 vd.) nedenlerinden birine dayanarak dava açabilir. Ancak bu seçim yapılırken zamanaşımı, kusurun kanıtlanması, yardımcı kişilerden sorumluluk gibi konulardaki farklılıklar göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanaatimizce özel hastaneler, sağlık hizmeti sunabilmek için yardımcı kişi kullanmak durumunda bulduklarından ve “Hasta Kabul Sözleşmesi” ile hasta ve hastane yönetimi arasında sözleşme ilişkisi kurulduğundan TBK.m.146’daki 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir.

Hastanın tedavi amacıyla bir kamu hastanesine başvurmuş ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta ve kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Burada hasta açısından bir “kamu hizmetinden yararlanma” söz konusudur ve bu nedenle de, eğer hasta tedavi nedeniyle zarar görürse, doğrudan hekimi ve sağlık personelinin dava edemeyecek ancak hizmet kusuru nedeniyle kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açabilecektir. Zira kamu hastanelerinin ve burada görev yapan sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, hizmet kusuru sayılmaktadır. Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelinin kamu görevlisi olmaları nedeniyle Anayasa’nın 129/5. maddesi gereği yalnızca ilgili kamu kuruluşuna karşı dava

açılabilir (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa'nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmamaktadır). Ancak hizmet kusuru dışında, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde "görevden ayrılabilir kişisel kusuru" bulunmaktaysa, haklarında doğrudan "adli yargı" yerinde dava açılabilmesi mümkündür.

Yukarıda da belirtildiği üzere; 6098 sayılı TBK'nun 116. maddesinin 3. fıkrasına göre: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*". Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin 3. fıkrasına göre ise: "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*". Görüldüğü üzere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre; hastanelerin ve hekimlerin sorumsuzluk anlaşmaları yapmaları mümkün değildir ve yapılmış olan anlaşmalar ise kesin olarak hükümsüzdür.

SONUÇ

Anlaşıldığı üzere, malpraktis hem hekimler ve diğer tedavi ekip üyeleri hem de hastalar açısından olumsuz sonuçlara yol açan bir konudur. Sadece malpraktis değil, malpraktis öncesi ve sonrasında yaşanan iletişim sorunları, kişilerarası ilişkilerde yaşanan problemler; malpraktis sonrası oluşan hukuki, mali ve psikolojik doğurguları da sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu boyutları ile sıkıntı ve sorunlar iki taraf açısından da yıpratıcı olabilmektedir.

Netice olarak, malpraktis oluşturan sebepler üzerinde durulmalı ve bu sebeplerin oluşumunu önleyici tedbirler geliştirmelidir. Malpraktis önleyici ve oluşan problemleri telafi edici mekanizmalar geliştirmelidir. Bu konuda kanun yapıcılara, meslek kuruluşlarına, sivil toplum kuruluşlarına, yetkili idarecilere, hekim ve diğer sağlık çalışanlarına – tedavi ekiplerine ve hukukçulara görev düşmektedir. İnsan hatasını sifira indirmek mümkün olmasa da hataları da en aza indirmenin yolları aranmalıdır. Ayrıca tüm insanların şunu düşünmesi ve idrak etmesi gerekir ki hekimlik ve iyileştirme hem bilimsel hem kutsal bir önemi haizdir ve bu önemli müessese gereksiz yere yıpratılmamalıdır. Karşılıklı anlayış gösterme erdemine ulaşmalıdır.

Birçok sağlık profesyoneli gün geçtikçe çeşitli uygulamaları neticesinde dava süreçleri ile karşılaşmakta ve hukuki süreçlere maruz kalmaktadır. Sağlığı ilgilendiren konuların hukuki boyutlarının yanı sıra ekonomik maliyetler açısından da sonuçlara yol açması bu profesyonellerin tedbirler almaya sevk etmiş ve mali boyutları da içeren mesleki sorumluluk sigortalarına yöneltmiştir. Verilen hizmetlerin kırılabilirliği, mesleki riskler, bireysel

tehditlerle birlikte psikologlar da kendilerini koruma yolları aramışlar, meydana gelebilecek hatalara karşı telafi mekanizmaları oluşturmak amacıyla Amerikan Psikologlar Birliği'nin de destekleriyle mesleki ve mali korunma ve sigorta dayanışma programları geliştirmişlerdir.⁶³ Avustralya, Japonya, Kanada ve birçok OECD ülkesinde, tıbbi hataların neden olduğu sıkıntılara özellikle de hukuki ve mali sorunlara karşı giderek artan bir şekilde önleyici ve telafi edici çalışmalar başlatılmıştır. Ayrıca meslek kuruluşları üyelerine bir takım destek kaynakları oluşturmaya ve sigorta sitemlerini devreye sokmaya gayret göstermektedir.⁶⁴ Bazı OECD ülkelerinde tıbbi hataların risk değerlendirmeleri yapılmaya başlanmıştır. Tıbbi hataların gözlenmesi, daha sistematik bir şekilde raporlanması ve tıbbi riskleri değerlendirme metotları geliştirilmeye başlanmıştır. Bu şekilde tıbbi hataları gözlem ve analiz imkânı oluşmuştur.⁶⁵ Böylelikle hekim ile hasta arasında daha güvenli bir sağlık iletişiminin temelleri atılmış, tıbbi bilgilerin sağladığı farkındalık ile daha kaliteli seviyede tedavi ilkelerinin geliştirilmesi fikri ortaya konulmuştur.

Hasta ile hekim veya sağlık kuruluşu arasındaki ilişkinin kuruluş biçimi nasıl olursa olsun, bir sorumluluğun doğması için öncelikle açık veya örtülü bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmalı ya da sözleşme dışı bir fiil bulunmalıdır.

Hasta, tedavi olma amacıyla özel bir hastaneye başvurursa ve başvurduğu hastanede önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yoksa hastane yönetiminin görevlendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile hastane arasında kurulmuş olacaktır. Bu durumda hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olacaktır. Buna "hasta kabul sözleşmesi" denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden TBK m.116'ya göre "yardımcı kişi" konumundadır ve artık hastaya karşı özel hastane sözleşme ilişkisi nedeniyle "kusursuz sorumlu" olur, görevlendirdiği hekimin kusuru nedeniyle ise "yardımcı kişiden sorumlu" (TBK m.116) olur. TBK m.116'da sorumluluğun kaldırılmasına ya da daraltılmasına ilişkin hükümler yer almış olsa da aynı hükme göre uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Hasta doğrudan hekime başvurduğunda bir tür "sözleşme ilişkisi" kurulmuş olur. Hekim hastasını bir hastanede yatırmayı veya ameliyat etmeyi gerekli görüyorsa ve hastanın yatacağı hastane hekim tarafından seçilmişse, ilişki

⁶³ John J. Brownfain, "The APA Professional Liability Insurance Program", The American Psychologist, 1971, s. 648-652

⁶⁴ OECD, s. 10-20

⁶⁵ OECD, s. 35.

yine hekim ile hasta arasında söz konusu olur. Hekim, hastanede yardımcı kişi kullanacaksa, onlar da hekimle birlikte sözleşmenin bir parçası olurlar. Hekim ile hastane arasındaki sözleşmenin güven ortamında tedavi gören ve ameliyat olan hasta, hastanenin personelinden veya hastaneye ait araç ve gereçlerden zarar görürse, tedaviyi yapan hekimle birlikte hastane tüzel kişiliği de sorumlu olacaktır. Hasta ile hekim arasındaki bu şekilde ortaya çıkan doğrudan ilişkinin türü "vekâlet sözleşmesi" olduğu yönündedir. Bu niteleme gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

Andrew A. White, Thomas H. Gallagher, "Medical Error and Disclosure", Handbook of Clinical Neurology, Chapter 8, 2013, Volume 118, s. 107-117.

Anupam B. Jena, Seth Seabury, Darius Lakdawalla, Amitabh Chandra, "Malpractice Risk According to Physician Specialty", The New England Journal Of Medicine", 2011, 365, s. 629-636.

Cahid Doğan, Sosyal Politika Ekseninde Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Carol B. Liebman, "Medical Malpractice Mediation: Benefits Gained, Opportunities Lost", Law And Contemporary Problems, 2011, Vol. 74, s. 135-149.

Chris Stern Hyman, "Mediation and Medical Malpractice", Dispute Resolution Journal, 2011, s. 33-37

Chris Stern Hyman, Carol B. Liebman, "Dispute Resolution: Mediating Medical Malpractice Lawsuits", GP Solo Published by: American Bar Association, 2010, Vol. 27, No. 6, s. 30-31.

Christos Daramilas, Rusi Jaspal, "Measuring Patient Satisfaction: Insights from Social Psychology", Social Psychological Review, 2017, Vol. 19, No. 1, s. 20-35.

Daniel A. Krauss, James R. Ratner, Bruce D. Sales, "The Antitrust, Discrimination, and Malpractice Implications of Specialization", Applied and Preventive Psychology, Volume 6, Issue 1, 1997, s. 15-33.

Elizabeth Kübler-Ross, On Grief and Grieving: Finding The Meaning of Grief Through The Five Stages of Loss, New York: Scribner, 2005.

Erdem Aydın, "Tıp Etiğinde Temel İlkeler", I. Ulusal Uygulamalı Etik Kongresi Kitabı, 2001, ODTÜ Ankara, s. 1-5

Fadime Çınar, Erol Eren, "Innovative Approach to the Ethics in Health Care Organizations: Health Staff Perspective", Procedia - Social and Behavioral Sciences, 2013, Volume 99, s. 719-725.

Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.32.

Hafize Öztürk Türkmen, "Hekim - Hasta İlişkisinde Haklar ve Sorumluluklar", Bulletin of Thoracic Surgery / Toraks Cerrahisi Bülteni, 2014, Vol. 5, Issue 1, s. 1-13.

Hatice Sarıtaş, Hasta Hakları, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Howard S. Friedman, M. Robin DiMatteo, Health Psychology, Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989.

Ilene R. Brenner, How to Survive A Medical Malpractice Lawsuit: The Physician's Road Map for Success, Chichester, West Sussex, UK; Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell, 2010.

James T. Reason, Human Error, Cambridge University Press, New York, 1990.

Jeffrey R. Wilbert, Solomon M. Fulero, "Impact of Malpractice Litigation on Professional Psychology: Survey of Practitioners", Professional Psychology: Research and Practice, 1988, Vol. 19. No. 4, s. 379-382.

John D. Mayer, Richard D. Roberts, Sigal G. Barsade, "Human Abilities: Emotional Intelligence", Annual Reviews Psychology, 2008, 59, s.507-536

John J. Brownfain, "The APA Professional Liability Insurance Program", The American Psychologist, 1971, Vol. 26 (7), s. 648-652.

Joseph L. Scarpaci, "Help-Seeking Behavior, Use, and Satisfaction Among Frequent Primary Care Users in Santiago de Chile", Journal of Health and Social Behavior, Vol. 29, No. 3, 1988, s.199-213

Keith J. Holyoak, Robert G. Morrison, The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning, Oxford University Press, New York, 2012.

Luigi Buzzacchi, Giuseppe Scellato, Elisa Ughetto, "Frequency of Medical Malpractice Claims: The Effects of Volumes and Specialties", Social Science & Medicine, 2016, Volume 170, s. 152-160.

Mehmet Demir, Hastane Hukuku ve Hastanelerin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği / Turavak İleri Eğitim Programları Sağlık Hukuku Eğitim Notları, Ankara, 2012.

Meng You, Xu Wang, Di Lu, Haidong Zhang, Shengli Di, Fengqin Zhang, Zhaoming Guo, Li Yuan, Lin Chang, Jian Xiang, Lili Yu, Yingkai Yang, Tiantong Yang, "Analyses of Medical Malpractice in Judicial Appraisal: 505 Cases", Journal of Forensic Science and Medicine, 2015, Volume. 1, Issue. 1, s. 21-25.

Michelle M. Mello, David Hemenway, "Medical Malpractice as an Epidemiological Problem", Social Science & Medicine, 2004, 59, s. 39-46.

Mustafa Yağbasan, Fatih Çakar, "Hekim Hasta İlişkisinde Dile ve Davranışa Dayalı İletişimsel Sorunları Belirlemeye Yönelik Bir Alan Araştırması", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2006, s. 609-629.

Nikki R. Adler, Kimberley A. Adler, Jane M. Grant-Kels, "Doctors' Mental Health, Burnout, and Suicidality: Professional and Ethical Issues in The Workplace", Journal of the American Academy of Dermatology, 2017, Volume 77, Issue 6, s. 1191-1193.

Nozomu Hirano, "The Latest Developments in The Judicial Practices of Special Departments of Medical Malpractice Litigation in Japanese Courts", UCLA Pacific Basin Law Journal, 2014, Vol. 32, Issue. 1, s. 55-76.

Organisation for Economic Co-Operation and Development, Medical Malpractice, Prevention, Insurance and Coverage Options, Policy Issues in Insurance No. 11, Paris, 2006.

Robert D. Goldney, "Suicide by Health Care Professionals", The Medical Journal of Australia, 2016, 205, s. 257-258.

Sami Abd Elwahab, Eva Doherty, "What About Doctors? The Impact of Medical Errors", The Surgeon, Journal of the Royal Colleges of Surgeons of Edinburgh and Ireland, 2014, 12, s. 297-300.

Sara C. Charles, "Coping with A Medical Malpractice Suit", Volume 174, 2001, s. 55-58.

Sara C. Charles, Jeffrey R. Wilbert, Kevin J. Franke, "Sued and Nonsued Physicians Self-reported Reactions to Malpractice Litigation", The American Journal of Psychiatry, 142(4), s. 437-440.

Sara C. Charles, Richard B. Warnecke, Jeffrey R. Wilbert, Richard Lichtenberg, Carlos DeJesus, "Sued and Nonsued Physicians: Satisfactions, Dissatisfactions, and Sources of Stress", Psychosomatics, Volume 28, Issue 9, 1987, s. 462-466.

Serge Morand, Claire Lajaunie, "Ethics, Values and Responsibilities", Biodiversity and Health e-Book, 2018, Chapter 12, s. 189-208.

Shelley E. Taylor, "Hospital Patient Behavior: Reactance, Helplessness, or Control?", Journal of Social Issues, Volume 35, Issue 1, 1979, s. 156-184.

Steven E. Raper, Deborah Rose, Mary Ellen Nepps, Jeffrey A. Drebin, "Taking The Initiative: Risk-Reduction Strategies and Decreased Malpractice Costs", Journal of The American College of Surgeons, Volume 225, Issue 5, 2017, s. 612-621.

Steven E. Raper, Johncy Joseph, Wilda G. Seymour, Patricia G. Sullivan, "Tipping The Scales: Educating Surgeons About Medical Malpractice", Journal of Surgical Research, 2016, 206, s. 206-213.

Tacın, Mustafa Hayri, Türk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Davaları, Ağustos 2016, GÜSBE, Doktora Tezi

Tait D. Shanafelt, Sonja Boone, Litjen Tan, Lotte N. Dyrbye, Wayne Sotile, Daniel Satele, Colin P. West, Jeff Sloan, Michael R. Oreskovich, "Burnout and Satisfaction with Work-Life Balance Among US Physicians Relative to The General US Population", Arch Intern Med., 2012, 172(18), s. 1377-1385.

Tomoko Hamasaki, Tadamichi Takehara, Akihito Hagihara, "Physicians' Communication Skills with Patients and Legal Liability in Decided Medical Malpractice Litigation Cases in Japan", BMC Family Practice, 2008, 9:43, s. 1-10.

Ülgen Okyayüz, Sağlık Psikolojisi: Giriş, Türk Psikologlar Derneği Yayınları No: 19, 1. Basım, Ankara, 1999.

Vivienne Harpwood, "Law and Ethics in Medicine", Medicine, 2016, Volume 44, Issue 10, s. 619-622.

İŞ ŞARTLARINA UYMAMA NEDENİYLE HAKSIZ REKABET HALİ OLARAK FİYAT TARİFELERİNE AYKIRILIK

*Non-Compliance with Price Tariffs As An Example of Unfair Competition On
the Grounds of Non-Compliance with Working Conditions*

Dr. Ahmet Fatih ÖZKAN¹

Geliş Tarihi: 19.06.2018

Kabul Tarihi: 09.10.2018

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 54(2). maddesinde aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların, haksız rekabet oluşturması gerekçesiyle hukuka aykırı olduğu hükme bağlanmıştır. TTK'nın 55. maddesinde örnek niteliğinde sayılan haksız rekabet hallerinden birisi de "kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymamak"tır. Bu kapsamda yargı kararlarında haksız rekabet olarak nitelendirilen bir iş şartlarına uymama hali de mal ve hizmetler için kamu kuruluşları tarafından hazırlanan fiyat tarifelerinin bulunması durumunda ilgili tarifedeki fiyatlara uyulmamasıdır. Normal şartlar altında mal ve hizmetlerin düşük fiyatlarla satılması rekabetin en önemli getirisi ve gereği olsa da, ilgili tarifeye uygun düşmeyen fiyatlama politikalarının iş şartlarına uymama olarak değerlendirilmesi durumunda haksız rekabete vücut verme riski bulunmaktadır. Bu makalede, tarifeye uymayıp fiyat rekabeti yapmanın dürüstlük kuralıyla ilişkilendirilmesinin, rekabet olgusunun gerekleriyle ters düşeceği ileri sürülmekte ve fiyat tarifelerine aykırılığın iş şartlarına uymama kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır.

Anahtar sözcükler: Haksız rekabet, iş şartlarına uymama, Fiyat tarifesi, Dürüstlük kuralı, Rekabet hukuku

ABSTRACT

Pursuant to Article 54(2) of the Turkish Commercial Code no: 6102 (TCC), any behaviour or business practice that is deceptive or in any other way infringes the principle of good faith shall be deemed as unfair and unlawful. One example that is exhaustively articulated in Article 55 of the TCC is non-compliance with statutory or contractual working conditions which are laid down on competitors or which are customary in a certain field of profession or locality. In this respect, an example of non-compliance with working conditions that is treated as unfair competition in court judgments is non-compliance with price tariffs which are prepared by public authorities for certain goods or services. Although a decrease in the price of goods or services is normally the most important benefit and the essence of competition, pricing policies that are not in line with the relevant price tariff risk being condemned as unfair competition when interpreted as non-compliance with working conditions. This article argues that associating price competition with the principle of good faith contradicts with the very essence of competition and advocates that non-compliance with price tariffs should not be treated as non-compliance with working conditions.

Keywords: Unfair competition, Non-compliance with working conditions, Price tariff, Principle of Good Faith, Competition Law.

¹ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi. E-posta: fatihozkan@gazi.edu.tr. ORCID ID: 0000-0003-2277-072X

GİRİŞ

Kişiler ile kişiler, kişiler ile devletler, devletler ile devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk disiplininin, ticari hayattaki gerçek kişi tacirler, şirketler ve diğer ticaret erbabı arasındaki ilişkileri düzenlemesi ve bazı kurallara bağlaması da kaçınılmazdır. Her faaliyetin olduğu gibi ticaretin de kuralları olup, hukuk nezdinde kuralsız bir ticaret söz konusu değildir. Ticari hayattaki hukuk kuralları, ticari işlemlerin etkin ve hızlı bir biçimde yapılmasını sağlayarak ticari hayatı kolaylaştırmaya yönelik olduğu kadar, ticari hayattaki aktörler arasında bir güven ilişkisinin oluşturulması ve sürdürülmesini sağlamaya da yöneliktir. Ticari hayatta güven ortamının oluşturulabilmesi açısından ticaretin dürüst bir biçimde yapılması önem arz etmektedir. Ticarete dürüstlüğün sağlanmasının bir yolu da ticari hayatta yaşanabilecek haksız rekabetin önlenmesi ve haksız rekabete karşı ticari hayattaki aktörlerin, tüketicilerin ve genel olarak toplumun hak ve menfaatlerinin hukuk düzenince korunmasıdır.

TTK m.54(2) uyarınca “[r]akipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” haksız rekabet oluşturacaktır. Kanun koyucu 54. maddede haksız rekabeti kavramsal olarak tanımladıktan sonra, 55. maddede haksız rekabete vücut verebilecek birtakım spesifik davranış türlerine yer vermiştir. İlgili maddede örnek niteliğinde sayılan haksız rekabet hallerinden birisi de “kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymamak”tır. Ticari hayatta devlet tarafından koyulmuş ve ilgili mal ve hizmeti üreten veya satan herkes için bağlayıcı nitelik taşıyan birtakım kurallar bulunmaktadır. İlgili piyasada faaliyet göstermek isteyen tüm işletmeler için geçerli olan, adeta “oyunun kuralları” niteliğini taşıyan bu kurallar iş şartlarını oluşturmaktadır. İş şartlarına aykırılık, TTK kapsamında haksız rekabete vücut verebilecektir.

Yargı kararlarında haksız rekabet olarak nitelendirilen bir iş şartlarına uymama hali de mal ve hizmetler için kamu kuruluşları tarafından resmi fiyat tarifelerinin hazırlanması durumunda ilgili tarifedeki fiyatlara uyulmamasıdır. Fiyat tarifeleri; kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin olarak uygulanması gereken, ilgili mal veya hizmeti üreten veya satan kişilerin, müşterilerinden talep edebileceği sabit, azami ya da asgari bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikte tarifelerdir. Türkiye’de esnafın, tacirlerin ve serbest meslek mensuplarının sundukları pek çok mal ve hizmet için fiyat tarifeleri bulunmaktadır. Şayet fiyat tarifeleri bir iş şartı olarak, fiyat tarifelerine uymama da bir iş şartlarına aykırılık hali olarak kabul edilecek olursa, fiyat tarifelerine uygun bir fiyatlandırma politikası izlemeyen kişilerin veya işletmelerin haksız rekabet gerekçesiyle hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşma riski bulunmaktadır.

Diğer taraftan, mal ve hizmetlerin satış fiyatlarının azami veya asgari hadlerinin bağlayıcı tarifelerle belirlenmesi, serbest piyasa ekonomisinde fiyatların olması gerektiği gibi piyasadaki arz ve talep dengesine göre oluşmamasına yol açmakta ve serbest piyasa ekonomisinin dinamiği olan rekabeti derinden etkilemektedir. Normal şartlar altında mal ve hizmetlerin düşük fiyatlarla satılması rekabetin en önemli getirisi ve gereği olsa da, fiyatların tarifeler aracılığıyla belirlenmesi ilgili piyasada yaşanabilecek rekabetin alanını ciddi bir biçimde daraltmaktadır. Bir taraftan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) rekabeti korumakta, diğer taraftan fiyat tarifelerine aykırılık iş şartlarına uymama gerekçesiyle yargı organları tarafından haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Ülkemizde saç kesiminden avukatlık hizmetine, ekmekten akaryakıtı kadar pek çok mal ve hizmet için fiyat tarifelerinin bulunduğu hesaba katılınca, bu durum sorun yaratan bir çelişki olarak öne çıkmaktadır.

Dört bölümden oluşan bu makalenin birinci bölümünde haksız rekabet kavramı tanımlanmakta, bu bağlamda haksız rekabetin TTK'da düzenleniş biçimi anlatılmakta ve haksız rekabet hükümlerince korunan menfaatler tartışılmaktadır. İkinci bölümde spesifik bir haksız rekabet hali olarak iş şartlarına uymama incelenmekte, öğretisi ve yargı kararlarında iş şartlarına uymama örneklerine değinilmektedir. Üçüncü bölümde fiyat tarifeleri masaya yatırılmakta, bu bağlamda Türkiye'deki fiyat tarifelerinin türleri, özellikleri, serbest piyasa ekonomisindeki rolü açıklanmakta ve öğretide fiyat tarifelerine ilişkin görüşlere yer verilmektedir. Dördüncü ve son bölüm ise konunun eleştirisel bir değerlendirmesini içermektedir. Makale, tarifeye uymayıp fiyat rekabeti yapmanın dürüstlük kuralıyla ilişkilendirilerek haksız rekabet olarak değerlendirilmesinin rekabet olgusuyla ters düşeceğini ileri sürmekte ve fiyat tarifelerine aykırılığın, iş şartlarına uymama kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır.

1. GENEL OLARAK HAKSIZ REKABET

1.1. Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları

Haksız rekabet (*unlauter Wettbewerb*), TTK'da düzenlenmektedir. TTK'nın 54(2). maddesine göre “[r]akipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.” Madde metninden görüleceği üzere TTK'da haksız rekabete ilişkin genel nitelikte ve geniş kapsamlı bir tanım yapılmaya yoluna gidilmiştir. TTK m.54(2)'de öne çıkan unsur “aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar”dır (*täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren*). Aslında “diğer şekillerdeki” ibaresinden yola çıkılarak, aldatıcı davranışların da dürüstlük

kuralına aykırılığın bir örneği, özel bir şekli olduğu anlaşılmaktadır.²Dürüstlük kuralı, haksız rekabetin belirlenmesinde belirleyici role sahip bir unsurdur.³ Şu halde haksız rekabeti kısaca “dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” biçiminde tanımlamak mümkündür.⁴

6102 sayılı yeni TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı eski TTK'nın 56. maddesinde haksız rekabet, “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali” olarak yine geniş kapsamlı bir biçimde tanımlanmıştı. Eski TTK'nın 56. maddesindeki “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretler” ibaresi, yeni TTK'daki “aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerde aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” unsurunu karşılamaktadır. Yeni TTK'dan farklı olarak eski TTK uyarınca haksız rekabet, esasen “iktisadi rekabetin her türlü suistimali” olarak tanımlanmaktaydı.⁵ Yeni TTK ile birlikte ekonomik rekabetin kötüye kullanılması unsurundan vazgeçilmiş, aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranışların varlığı yeterli sayılmıştır. TTK'nın 54 maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere, eski TTK'da “suistimal” (*Missbrauch*) kavramına atfedilen önem, yeni TTK'da “dürüstlük kuralı”na(*Grundsatz von Treu und Glauben*) geçmiştir.

TTK'nın 54(2). maddesinde haksız rekabetin tanımlanmasının ardından 55. maddede örnek niteliğinde birtakım davranış türlerine yer verilmiştir. Oldukça uzun bir biçimde kaleme alınan TTK m.55, başlıca haksız rekabet halleri

- ² Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Abuzer Kendigelen / Arslan Kaya / N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 534; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 14. Bası, Dora Yayınevi, Bursa, 2018, s. 150.
- ³ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2018, s. 351. Dürüstlük kuralı, özel hukukun “anayasası” olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) düzenlenmiştir. TMK m.5 uyarınca dürüstlük kuralının, özel hukukun bir dalı olan ticaret hukukuna da uygulanacağı tartışmadan uzaktır. Buna rağmen TTK m.54(2)'de dürüstlük kuralına aykırı davranışların haksız rekabete vücut verebileceği hükme bağlanmaktadır. Öğretide bunu açıklamak üzere TTK m.54'ün, TMK m.2'nin özel bir görünüm şekli olduğu ileri sürülmüştür. İ. Yılmaz Aslan, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 124.
- ⁴ Modern düzenlemeler haksız rekabet niteliğindeki davranışla ihlal edilen menfaatten yola çıkarak haksız rekabetin tanımına vermek yerine, haksız rekabete neden olan davranıştan yola çıkarak haksız rekabeti örneklerle açıklamayı tercih etmektedir. Mehmet Ali Aksoy, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 87.
- ⁵ Eski TTK döneminde öğretide yapılan haksız rekabet tanımlarında da kötüye kullanma unsuruna ağırlık verilmekteydi. Bkz. Oğuz İmregün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 110 (“*İktisadi rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı olan aldatıcı davranış ve başkaca suretle her türlü kötüye kullanılması, haksız rekabettir.*”) ve Necdet Özdemir, “Türk Hukukunda Haksız Yarışma (Rekabet)”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C.1, Sa.2, s. 7 (“*...hangi durum ve koşullarda olursa olsun yasa sınırları içinde serbest olan iktisadi rekabetin kötüye kullanılması haksız rekabet sayılmaktadır.*”) aktaran Ayhan Bakır, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 42.

olarak altı üst başlık öngördükten sonra, her bir başlık altında somut birtakım örnekler içermektedir. 55. maddenin gerekçesinde söz konusu maddenin 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'ndan (*Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) iktibas edildiği ve maddede sayılan davranışların İsviçre'de yüksek yargı organlarının verdiği kararlarda en sık rastlanan örnekler olduğu belirtilmiştir. Maddede geçen örnekler sınırlı sayıda değildir. Somut olaydaki davranışın 55. maddede sayılan örneklerden birine girmesi durumunda, 54(2). maddedeki tanımın unsurları açısından bir araştırma yapmaya gerek bulunmamaktadır.⁶ Diğer taraftan, 55. maddede sayılan örneklere girmese bile TTK m.54(2)'de yer alan haksız rekabet tanımı kapsamında değerlendirilebilecek bir davranış da pekala haksız rekabete yol açabilir.

1.2. Haksız Rekabet Hükümlerince Korunan Menfaatler

6762 sayılı eski TTK'nın aksine 6102 sayılı yeni TTK'da haksız rekabet hükümlerinin amacına yer veren bir madde bulunmaktadır. TTK'nın 54(1). maddesinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının, “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” (...den *lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten*) olduğu ifade edilmiştir.⁷ “*Bütün katılanlar*” (*aller Beteiligten*) ibaresi ile kastedilen, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, “*ekonomi, tüketici ve kamu*”dur. Her ne kadar gerekçe bunları “*rekabet hukukunun ünlü üçlüsü*” olarak nitelendirmiş olsa da, rekabet hukuku literatüründe böyle “*ünlü*” bir süje grubu bulunmamaktadır. Haksız rekabet düzenlenirken bir anda rekabet hukukuna atıf yapılması da ayrıca kavram kargaşasına yol açmaktadır. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere “*bütün katılanlar*” ibaresinin kullanılmasının asıl nedeni, haksız rekabet kurallarının yalnızca rakipler arası ilişkilere özgülenmediğinin, bunun dışında tüketicilerin ve kamunun menfaatini de içerdiğinin ortaya konulmasıdır. Ancak 2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu'ndaki (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) gibi korunan sùjelerin ismen zikredilmesi daha isabetli olabilirdi.⁸

⁶ Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 175; Arkan, (2018), s. 352.

⁷ Pınar, Türk ve meha İsviçre hukukunda haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacını ifade etmek üzere ikili bir ayırım yapılarak “*objektif koruma*” (dürüst ve bozulmamış rekabet) ve “*sübjektif koruma*” (bütün katılanların menfaati) şeklinde bir düzenlemenin tercih edildiğini kaydetmiştir. Buna göre korumanın objesi dürüst ve bozulmamış rekabet, korumanın sujesi ise bütün katılanlar, yani yazarın deyimiyle “*rekabetin ortaya çıkmasını sağlayan rakipler*”, “*rekabetten yararlanan olarak alıcılar, özellikle tedarikçiler ve tüketiciler*” ve “*rekabet düzenin[in] dürüst bir şekilde işlemesinden ve bunun sonucunda da piyasadaki işleyişten menfaati olan kamu*”dur. Hamdi Pınar, “*Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi*”, *Rekabet Dergisi*, C. 15, Sa. 2, s. 68-69.

⁸ Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 1. maddesi kanunun amacına ayrılmıştır. İş bu maddeye göre kanunun amacı; rakiplerin (*Mitbewerber*), tüketicilerin (*Verbraucher und Verbraucherinnen*), diğer piyasa katılımcılarının (*sonstigen Marktteilnehmer*) ve kamunun

Haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaatin, en başta rakiplerin menfaati olmasına rağmen madde metninde rakiplere hiç atfı yapılmaması eleştiriye açıktır. Zira fail tarafından kötülen, kara propagandaya kurban olan veya hakkında yalan, yanlış bilgi verilen vs. bizzat rakiplerdir. Rakiplere verilen doğrudan zarara ek olarak haksız rekabet, tüketicilere ve genel olarak kamuya da zarar verebilir. Modern haksız rekabet hukukunda rakiplerin menfaatlerinin korunması yanında, tüketicilerin menfaatlerinin de dürüstlük kuralına aykırı ekonomik faaliyetlere karşı korunması amacı taşınmakta, hatta bu amaç haksız rekabet hukukunun diğer amaçlarına oranla giderek öncelik kazanmaktadır.⁹ Zaten 54. maddenin gerekçesinde tüketicilerin menfaatlerinin korunmasına da açıkça atfı yapılmıştır. Diğer taraftan, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları gibi meslek birlikleri ile tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarına TTK m.56(3) uyarınca haksız rekabete ilişkin bazı davaları açma hakkı tanınarak, haksız rekabet hükümlerinin kamunun menfaatlerini de koruduğu teyit edilmiş olmaktadır.¹⁰

Her ne kadar TTK'da haksız rekabet hükümlerinin rakiplerin, tüketicilerin ve kamunun menfaatlerini koruduğu belirtilmiş olsa da bu üç süje arasındaki ilişki açıklanmamıştır. Bu bağlamda tartışılabilir bir konu da bu üç süjenin menfaatleri arasında somut olayda bir çatışmanın doğup doğmayacağı ve böyle bir çatışmanın yaşanması durumunda hangi menfaate öncelik verileceğidir. Örneğin haksız rekabete vücut verdiği gerekçesiyle yasaklanan bir davranışın, rakiplerin lehine ancak tüketicilerin aleyhine olduğu bir durumda – ki fiyat tarifelerine aykırılıkta yaşanan durum da tam olarak budur – TTK'nın kimi koruyacağı net değildir. Özellikle tüketiciyi ve tüketici refahını koruyan tüketici hukuku, rekabet hukuku gibi hukuk dalları göz önüne alındığında, haksız rekabet hükümlerinin rakiplerin menfaatini koruduğu, ancak tüketici hukuku veya rekabet hukuku kurallarının tüketicinin veya tüketici refahının korunmasını gerektirdiği durumlarda nasıl bir politika tercihi yapılacağı üzerine düşünülmelidir. Bu konu aşağıda tartışılmaktadır.¹¹

menfaatlerinin (*Interesse der Allgemeinheit*) haksız rekabet oluşturan davranışlara karşı korunmasıdır.

⁹ Aksoy, (2011), s. 159. *Ülgen vd.* de haksız rekabet kavramının ilk ortaya çıktığı dönemden günümüze kadar haksız rekabet ile korunan menfaat sahiplerinin çoğaldığını, ilk zamanlarda birbirine rakip olan tacirlerin menfaatlerinin korunmasının amaçlandığını, ancak daha sonra korumanın üçlü bir hal aldığını ve rakiplere ek olarak diğer piyasa katılımcılarının ve toplumun menfaatlerinin de korunmaya başlandığını kaydetmiştir. *Ülgen vd.*, (2015), s. 527.

¹⁰ Bkz. Bahtiyar, (2018), s. 182-183 ("*Haksız rekabete ilişkin TTK hükümleri yalnızca rakipleri değil, kamu yararını da bir ölçüde korumaya amaçla[maktadır]*").

¹¹ Bkz. "4. Sonuç ve Değerlendirme".

2. İŞ ŞARTLARINA UYMAMA NEDENİYLE HAKSIZ REKABET

2.1. TTK'da Düzenleniş Biçimi

TTK m.55'de örnek niteliğinde düzenlenen haksız rekabet hallerinden biri de “iş şartlarına uymamak”tır (*Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen*). İş şartlarına uymama, 6762 sayılı eski TTK'nın 57. maddesinin 10. bendinde “[r] akipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek” biçiminde düzenlenmekteyken, dili sadeleştirilerek ancak içeriği korunarak yeni TTK'ya alınmıştır. Bu bağlamda TTK m.55(1)(e) uyarınca “özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur”. Bu düzenleme sonucu tüm işletmeler için geçerli olan iş şartlarına uymamak dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup, haksız rekabete yol açacaktır. Eski TTK'da “iş hayatı şartları” olarak ifade edilen “iş şartları” (*Arbeitsbedingungen; working conditions*) kavramıyla neyin ifade edilmek istendiği madde metninde belirtilmemiştir. Madde gerekçesinde de herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

İş hayatında devlet tarafından koyulmuş ve ilgili mal ve hizmeti üreten veya satan herkes için bağlayıcı nitelikte kurallar vardır.¹² İlgili piyasada faaliyet göstermek isteyen tüm işletmeler için geçerli olan, adeta “oyunun kuralları” niteliğini taşıyan hukuk kuralları iş şartlarını oluşturmaktadır.¹³ İş hayatında geçerli olan yazılı ve sözlü tüm hukuk kaidelerine aykırı davranmak iş şartlarına uymama olarak değerlendirilebilecektir.¹⁴ Tüm işletmeler aynı kurallara tabiyken ve aynı iş şartlarını yerine getirmekteyken, ilgili piyasadaki belli bir işletmenin bu kurallara uymaması, diğer işletmeler karşısında o işletmeyi rekabette avantajlı duruma getirebilir, örneğin o işletme satışlarında artış veya

¹² Örneğin 10.08.2005 tarih ve 25902 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik; ekmek fırını, restoran, otel, güzellik salonu gibi çeşitli işyerlerinin mevzuata uygun olarak açılabilmesi için gerekli birtakım teknik koşulları içermektedir. Söz konusu yönetmelikte ekmek fırınları için öngörülen bir koşul da ekmek fırını açma amacına tahsis edilmiş, “ayrık nizamda müstakil binalarda” faaliyet göstermektir (m.5(1)(m)). Bu nedenle ekmek fırını açmak isteyen bir kişi, kat mülkiyetine tabi bağımsız bir bölümde bunu gerçekleştirmek durumundadır. Mesela bağımsız bölümün bir tarafında manav, diğer tarafında ekmek fırınının bulunması mümkün değildir. Ancak bağımsız bölüm şartı, yine aynı madde uyarınca “alışveriş merkezleri içinde bulunan 1000 m² ve üstü alana sahip hipermarket, süpermarket, grossmarket ve megamarket gibi adlarla açılan işyerleri bünyesinde” yer alan fırınlarda aranmamaktadır.

¹³ Bkz. Ali Bozer / Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2017, s. 209 (“iş şartları tüm iş hayatını kapsayan ve rakipler için de geçerli olan hukuki düzenlemelerdir.”)

¹⁴ Zeynelabidin Poyraz, *İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*, Legal Yayınları, İstanbul, 2011, s. 64.

maliyetlerinde düşüş elde edebilir. Diğer taraftan, iş şartlarına uyan işletmeler ise birtakım engellerle karşılaşabilir. Bu gibi durumlarda iş şartlarına uymama, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaktır. Burada korunan aslında iş şartlarının bizzat kendisi olmayıp, iş şartlarına uyulmaması karşısında bundan zarar gören rekabet sürecidir.

TTK'nın ilgili bendinde iş şartları tanımlanmamış olsa da iş şartlarının birtakım özelliklerine yer verilmiştir. Buna göre iş şartları "*kanun*" (*Rechtssatz*) tarafından getirilmiş olabileceği gibi "*sözleşme*" (*Vertrag*) ile de düzenlenmiş olabilir. Madde gerekçesinde bu kavramların yorumuna ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Durum böyle olunca maddenin yorumu yargı kararlarına ve öğretiyeye bırakılmış olmaktadır. Buradaki "*kanun*" ibaresinin, dar anlamda "*yasa*" olarak değil, geniş anlamda yürürlükteki tüm hukuk kuralları, yani "*mevzuat*" biçiminde yorumlanması gerekir. Zira normlar hiyerarşisinde yasaların dışında yönetmelikler gibi başka hukuki enstrümanlar da bulunmakta, özellikle ayrıntılı iş şartlarının ikincil mevzuatta düzenlendiğine rastlanmaktadır. Buna ek olarak, TTK'daki diğer durum ise iş şartlarının "*sözleşme*" ile kabul edilmiş olmasıdır. İlgili bendde geçen "*sözleşme*", dar anlamda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) bağlamında sözleşme (mukavele, akit) olabileceği gibi, geniş anlamda "*uluslararası sözleşme*" de (konvansiyon) olabilir.¹⁵

Ancak maddede geçen "*sözleşme*" ibaresinin, TBK anlamında sözleşme olarak yorumlanması noktasında dikkatli olunmalıdır. Öncelikle sözleşmede taahhüt edilen edimin yerine getirilmemesi TBK kapsamında sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır, ancak bunun TTK bağlamında aynı zamanda haksız rekabet oluşturması, rekabet yasağının ihlali dışında, sık rastlanan bir durum değildir.¹⁶ Zira burada taraflar arasındaki iş şartlarını düzenleyen sözleşme yalnızca tarafları bağlar, yani TTK'nın deyimiyle "*rakilere de yüklenmiş*" (*auch dem Mitbewerber auferlegt*) bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki

¹⁵ Örneğin Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından; asgari ücret, haftalık dinlenme, zorla çalıştırma ve ayrımcılık yasağı gibi çalışma hayatına ilişkin olarak pek çok uluslararası sözleşme kabul edilmiş olup, bunların önemli bir bölümü Türkiye tarafından iç hukuka aktarılmıştır.

¹⁶ Taraflar arasında acentelik sözleşmesinin (TTK m.102 vd.) olduğu bir durumda, sözleşmede münhasır bir acentenin öngörülmesine rağmen müvekkilin sonradan başka bir sözleşmeyle başka bir acenteyi daha yetkilendirmesi halinde, bu davranış ilk sözleşmeye aykırı olacaktır. Münhasır acente, sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle zararının tazminini ve varsa ceza koşulunun yerine getirilmesini müvekkilden talep edebilecektir. Burada haksız rekabet değil, sözleşmeye aykırılık söz konusudur. Diğer taraftan münhasır acente, daha sonradan yetkilendirilen ikinci acenteye karşı haksız rekabet davası açabilir. Burada ise "*sözleşmeyle rakilere de yüklenmiş olan iş şartlarına uymama*" söz konusudur. İkinci acentenin faaliyet göstermesi, yapılan ilk münhasır acentelik sözleşmesi nedeniyle haksız rekabettir. Ancak bunun nedeni kanun değil, taraflar arasındaki sözleşmedir. Dolayısıyla bir özel hukuk sözleşmesi kapsamında sözleşmeye aykırılığın aynı zamanda iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabete de vücut vermesi, çoğu zaman o sözleşmede kararlaştırılan bir rekabet yasağı maddesinin varlığı halinde söz konusu olmaktadır.

sözleşmeye aykırı davranmak, başlı başına dürüstlük kuralının ihlali şeklinde de yorumlanamaz. Ayrıca rakipler arasında yapılan sözleşmelerin, RKHK kapsamında rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya vücut verme riski bulunmaktadır. Bu takdirde iş şartlarını düzenleyen bir sözleşmeye aykırılık nedeniyle haksız rekabetten değil, rekabet ihlalinden söz edilecektir. Halbuki ilgili bendeki iş şartları sözleşmeden değil de mevzuattan kaynaklandığında, mevzuata rekabet hukuku da dahil olacağından, iş şartlarının rekabet hukukuna aykırı olması mümkün olmayacaktır.

Görüldüğü üzere TTK, iş şartlarının birtakım özelliklerine yer vermekle birlikte, m.55'deki diğer bendlerin aksine iş şartlarının neler olabileceğine ilişkin somut örnekler içermemektedir. Aslında her iş kolunun kendine özgü birtakım şartları bulunabileceğinden, iş şartlarına uymamayı somut olarak mevzuatta göstermek mümkün değildir. Bir iş kolunun şartları, diğerleri için geçerli olmayabilir veya diğerlerinden çok farklı olabilir. Her iş kolunun kendi şartlarını önceden bilmek ise o iş koluna dahil olmayanlar – ki buna kanun koyucu da dahildir – tarafından mümkün olmayabilir. Bu yüzden ilgili bendde iş şartlarının belli bir “*meslek dalında*” (*berufsüblich*), hatta “*çevrede*” (*ortsüblich*) bile geçerli olabileceğine işaret edilmektedir. Şu halde TTK'da iş şartlarının ayrıntılarına yer verilmediğinden, iş şartlarına uymama kavramının içeriği öğreti ve yargı kararları dolduracaktır. Somut olaya ilişkin olarak hakim tarafından ilgili esnaf veya ticaret odalarından da görüş sorulabilir.

2.2. Öğretide İş Şartlarına Uymama Örnekleri

Öğretide iş şartlarına uymama konusunda verilen en tipik örnek, vergi mevzuatına uymama (vergi kaçırma) ile kayıt dışı (sigortasız) işçi çalıştırmaktır.¹⁷Bunun dışında öğretide aşağıdaki örneklerle de yer verilmektedir:

- Asgari ücret tarifelerinden daha düşük ücretle işçi çalıştırılması,¹⁸
- İşyeri açmak için gerekli izinler alınmaksızın faaliyette bulunulması,¹⁹
- Mevzuatta öngörülen izin ve çalışma sürelerine uyulmaması,²⁰
- Belirli işyerlerinin saat 22:00'a kadar faaliyet gösterebileceklerini öngören mevzuat hükümlerine rağmen gece yarısına kadar açık kalarak, diğer işletmelerden daha çok gelir elde etmeye çabalaması,²¹

¹⁷ Aslan, (2018), s. 137.

¹⁸ Ülgen vd., (2015), s. 561; Bozer / Göle, (2017), s. 210.

¹⁹ N. Fusun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 344; Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 440.

²⁰ Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 377; Bozer / Göle, (2017), s. 210; Nomer Ertan, (2016), s. 343.

²¹ Nihal Çınar, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015, s. 94.

- Hafta tatiline ilişkin kurallara uyulmayarak faaliyetlere devam edilmesi,²²
- Pazar günleri çalışmak için belediyeden izin ruhsatı alınmaması,²³
- Meslek örgütünün kararına veya anlaşmaya rağmen indirimli satış sezonu kurallarına veya zamanına uyulmaksızın satış yapılması,²⁴
- Kanunen hak edilen yıllık izin sürelerinin kullandırılmaması,²⁵
- Eczanelerin nöbet sırasını ihlal etmesi,²⁶
- İlgili bakanlıktan izin alınmadan bilgisayar kursu açılması,²⁷
- İzinsiz taksi veya dolmuş işletilmesi,²⁸ve
- Sinema salonu işleten bir tacirin cuma günü gösterime girmesi kararlaştırılmış yeni bir filmi diğer sinema salonlarından önce gösterime sokması.²⁹

Bu örneklerde kullanılan genel nitelikteki ibareler düşünüldüğünde, haksız rekabete vücut verme noktasında salt iş şartlarına uymamanın yeterli olup olmadığı, yoksa bunun sonucunda herhangi bir kazancın veya avantajın elde edilmesine ihtiyaç olup olmadığı sorusuna verilecek yanıt önem kazanmaktadır. Öğretide hakim görüş, haksız rekabetin varlığından söz edebilmek için bir zararın doğmuş olmasının veya haksız bir avantajın elde edilmiş olmasının gerekli olmadığı yönündedir.³⁰ Düşüncemize göre bu görüş, haksız rekabetin diğer halleri için geçerli olabilecek nitelikteyse de iş şartlarına uymama açısından farklı bir durum söz konusudur. İş şartları, son derece geniş kapsamlı ve teknik meseleleri bünyesinde barındırabilecek bir kavramdır. İş şartlarına her aykırılığın haksız rekabet oluşturacağını öne sürmek, haksız rekabete ilişkin hükümlerin özüne aykırı olacaktır. İş şartlarına uymamanın haksız rekabet oluşturması için bunun iş şartlarına uygun davranmayan kişileri rakiplerine oranla rekabette haksız olarak avantajlı duruma getirmesi veya getirebilecek nitelikte olması aranmalıdır.

²² Ayşe Sumer, *Ticaret Hukuku Ders Kitabı*, Beta Kitabevi, İstanbul, 2015, s. 77.

²³ Süleyman Dost, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 34.

²⁴ Arkan, (2018), s. 358; Bahtiyar, (2018), s. 181; Sumer, (2015), s. 77; Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 312.

²⁵ Ülgen vd., (2015), s. 561.

²⁶ Bahtiyar, (2018), s. 181.

²⁷ Arkan, (2018), s. 358.

²⁸ Suluk / Karasu / Nal, (2018), s. 440.

²⁹ Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 11. Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 92.

³⁰ Ülgen vd., (2015), s. 537-538; Nomer Ertan, (2016), s. 343; Ayhan / Çağlar, (2018), s. 363; Bilgili / Demirkapı, (2018), s. 150-151; Bozer / Göle, (2017), s. 194; Bahtiyar, (2018), s. 174-175; Poyraz, (2011), s. 50; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015, s. 270.

Konunun önemi şu somut örnek üzerinden daha iyi anlaşılabilir: İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te 1. sınıf restoranlar için getirilen koşullardan birisi “*ustalık belgesine sahip en az iki aşçının bulunması*”dır. Her ne kadar iki usta yerine tek ustanın çalıştırılmasının o restoranda siparişlerin aksaması, yemek çeşitlerinin veya kalitenin azalması gibi birtakım olumsuzluklara yol açma ihtimali bulunsa da, iki usta yerine tek usta çalıştıran restoran bir ustaya ödeyeceği maaş ve diğer maliyet kalemlerinden tasarruf edebilecektir. Giderlerindeki bu tasarrufu yemek fiyatlarına yansıtması durumunda o restoran, iki usta çalıştıran diğer restoranlara oranla mevzuata aykırı olarak bir maliyet avantajı elde edecek, düşük maliyetlerin verebileceği fiyat düşürme imkanı sonucu belki de daha fazla müşteri çekebilecek, böylece haksız rekabette yarar sağlamış olacaktır. Bu iş şartlarına uymama örneği, o restorani rekabette haksız olarak avantajlı duruma getirebilecek niteliktedir.

Buna karşın, aynı yönetmelikte düzenlenen diğer bir koşul olan “*masalar üzerinde iyi cins örtü ve peçete bulundurulması*” örneğinde, restoranların masalarında örtü veya peçete bulundurmaması yalnızca müşterilerine karşı bir olumsuzluk arz edecek olup, bunun rakipler arası rekabet sürecine kayda değer bir etkisi olmayacaktır. Masada örtü olmasa da yemek yenebilir, peçete eksik ise garsondan istenebilir. Bu iş şartlarına uymama örneğinde ise bir restorani diğer restoranlara karşı rekabette haksız olarak avantajlı duruma getirme söz konusu değildir. Fail burada da bir yarar sağlamıştır, ancak bu yarar rekabet sürecinde onu avantajlı duruma getirebilecek nitelikte değildir. Bu somut örnekte ikinci durumda iş şartlarına aykırılık nedeniyle haksız rekabette söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla iş şartlarına uymamada rekabette haksız olarak avantajlı duruma gelme (zarar) veya en azından böyle bir duruma gelebilecek nitelikte olma (zarar tehlikesi) koşulu aranmalıdır.³¹

2.3. Mevzuatta İş Şartlarına Uymama

TTK m.55(1)(e)'de düzenlenen iş şartlarına uymama, esasen İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinden birebir tercüme edilmek suretiyle Türk hukukuna iktibas edilmiştir. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinde hukuk kuralları veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uyulmamasının haksız rekabete yol açacağı ifade edilmiştir (“*Unlauter handelt insbesondere, wer Arbeitsbedingungen nicht einhält, die durch Rechtssatz oder Vertrag auch*

³¹ Bkz. Reha Poroy / Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, N. 387. (“Rakipleri bağlayan kurallara riayet etmeyerek, *onlardan daha avantajlı bir duruma gelmek* de haksız rekabet kabul edilmiştir.”) (vurgu tarafımızca eklenmiştir). *Nomer Ertan*, kanun koyucunun rakiplerin de uymakla yükümlü olduğu kurallara ve yükümlülüklerle uyulmaması sonucu haksız bir avantaj elde edileceği varsayımından hareket ederek, haksız rekabetin kabulü için söz konusu kurallara uyulmamasını yeterli saydığı görüşündedir. *Nomer Ertan*, (2016), s. 343.

dem Mitbewerber auferlegt, oder berufs- oder ortsüblich sind.)". İlgili hükmün mevzuatta düzenleniş tarzı açısından Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bir fark bulunmasa da, iş şartları kavramına yüklenen anlam itibarıyla İsviçre hukukunun Türk hukukundan farklı bir noktada olduğu görülmektedir. Mevzuat İsviçre hukukunda İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinde yer alan "iş şartları" kavramıyla, daha çok "işçilerin çalışma hayatına ilişkin şartlar", "iş hukukuna ilişkin şartlar" kastedilmektedir.³²

İsviçre hukukunda çalışma ve ara verme saatleri, hafta tatilleri, işçilere ödenecek haftalıklar, fazla mesai ücretleri, ikramiyeler, işyeri güvenliği ve temizliği, çocuk sahibi annelerin, çocukların ve yaşlıların haksız yere işten çıkarılmalarına karşı korunmasına vb. ilişkin kurallar iş şartları arasında değerlendirilmektedir.³³ İş şartlarının muhatabının işverenler olduğu, işverene bağımlı olarak çalışan işçilerin veya serbest meslek mensuplarının bu düzenlemenin kapsamı dışında kaldığı belirtilmektedir.³⁴ İş şartlarının Anayasadan, kanunlardan, tüzüklerden, direktiflerden veya yargı kararlarından doğabileceği ifade edilmekte, iş şartlarına aykırılık da mevzuat veya içtihattan doğan bu kurallara uyulmaması olarak tanımlanmaktadır.³⁵ İşçilerin çalışma hayatına, başka bir deyişle işveren ile işçi arasındaki ilişkilere ilişkin olmayan iş şartlarının kanunun 7. maddesinin kapsamına girmediği, bu bağlamda başka bir maddenin, örneğin genel hüküm niteliğindeki 2. maddenin, kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.³⁶

İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 7. maddesinin uygulanabilmesi için iş şartlarının tüm rakipler için geçerli olması ve iş şartlarına aykırılığın da pazardaki rekabet koşullarını etkilemesi gerekmektedir.³⁷ Diğer taraftan iş şartlarının, işçilerin çalışma hayatına ilişkin şartlar olarak yorumlanmasına

³² Peter Jung / Philippe Spitz, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 831-836; Marc Amstutz / Vito Roberto / Hans Rudolf Trüeb, *Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016, s. 504-505; Matthias Oesch/ Rolf H. Weber / Roger Zäch, *Wettbewerbsrecht II: Kommentar VKU,SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG*, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011, s. 431-433. Ayrıca bkz. Reto Heizmann / Leander D. Loacker, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Kommentar*, Dike Verlag, Zürich/St.Gallen, 2017, s. 123 vd.; Reto M. Hilty / Reto Arpagaus, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013.

³³ Jung / Spitz, (2016), s. 833.

³⁴ a.g.e.

³⁵ a.g.e. s. 834-835; Oesch / Weber / Zäch, (2011), s. 432; Amstutz / Roberto / Trüeb, (2016), s. 504.

³⁶ Amstutz / Roberto / Trüeb, (2016), s. 505.

³⁷ Jung / Spitz, (2016), s. 836; Oesch / Weber / Zäch, (2011), s. 432; Amstutz / Roberto / Trüeb, (2016), s. 504; Roland Bühler, "Das Wettbewerbsrecht In Der Schweiz", <http://www.jusfind.ch/de/wettbewerbsrecht.html> Erişim tarihi: 13.06.2018.

rağmen ilgili düzenlemenin amacının doğrudan işçileri korumak olmadığı, ancak bozulmamış rekabetin korunması suretiyle işçilerin de dolaylı olarak korunmuş olacağı ifade edilmektedir.³⁸ İşçiler yerine pazardaki rekabet koşullarının korunduğunun başka bir göstergesi de ilgili düzenlemenin ihlali nedeniyle işçilere dava açma hakkı tanınmamış olmasıdır.³⁹ Çalışma hayatına ilişkin şartlara aykırılığın haksız rekabet olarak değerlendirilmesinin gerekçesi olarak ise bu şartlara uymamanın yaptırımsız kalmaması ve işletmelerin bu şartlara uymama suretiyle haksız olarak elde edecekleri düşük maliyetlerin önlenmesi gösterilmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla Türk öğretisinde verilen pek çok örneğin, işçilerin çalışma şartlarıyla ilgili olmaması sonucu, mehz mevzuat açısından iş şartları olarak değerlendirilmesi aslında mümkün değildir.

2.4. Yargıtay Kararlarında İş Şartlarına Uymama Örnekleri

TTK'nın 55. maddesinde iş şartları tanımlanmadığından, bu kavramın içeriğini doldurmak adına öğretiyle birlikte yargı kararları önemli bir kaynak oluşturmaktadır. Uygulamada en çok rastlanılan haksız rekabet hali, başkasının ürünleriyle veya işletmesiyle herhangi bir karıştırmaya (iltibas) yol açmak olsa da, Yargıtay'ın iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabete yol açıldığına hükmettiği çok sayıda kararı bulunmaktadır.⁴¹ Öğretide gerek 6762 sayılı TTK'nın 57. maddesinin 10. bendindeki "iş hayatı şartları", gerekse 6102 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendindeki "iş şartları" kavramını Yargıtay'ın geniş yorumladığı ifade edilmekte ve bu kavramı mehz mevzuattaki gibi çalışma şartları ya da iş hukukundan doğan şartlar olarak değerlendirmeyip, ticari faaliyette bulunabilmek için işletmelere getirilen mevzuattaki herhangi bir yükümlülüğe uymamayı iş şartlarına aykırılık olarak nitelendirdiği ileri sürülmektedir.⁴² İlgili düzenleme çerçevesinde, iş hukuku mevzuatı yanında, vergi, çevre ve gıda mevzuatını ihlal eden davranışlar da haksız rekabet olarak kabul edilmektedir.⁴³

Yargıtay'ın haksız rekabet oluşturduğuna hükmettiği kararları arasında öne çıkan bazı iş şartlarına uymama halleri şunlardır:

³⁸ Jung / Spitz, (2016), s. 836.

³⁹ Amstutz / Roberto / Trüeb, (2016), s. 504.

⁴⁰ Jung / Spitz, (2016), s. 832.

⁴¹ Selma Çetiner / Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 158; Kayar, (2015), s. 276.

⁴² Murat Gürel, "İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet", AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s. 174-175. Ayrıca bkz. Bkz. Nomer Ertan, (2016), s. 339 ("...ne ilginçtir ki, Türk hukukunda uygulama ve doktrin, hükmün uygulama alanını iş hukuku ile sınırlı tutmamış, 'iş hayatı şartları' ve 'iş şartları' kavramlarını geniş yorumlamıştır.")

⁴³ Nomer Ertan, (2016), s. 339.

- Lokanta olarak gösterilen taşınmazda ruhsatsız düğün salonu işletilmesi,⁴⁴
- Güzergah dışı taşımacılık hizmeti verilmesi,⁴⁵
- Yiyeceklerin içeriklerinin mevzuata aykırı olması,⁴⁶
- Tek kullanımlık cam ambalajların piyasaya yeniden sunulması,⁴⁷
- Markalı tüplerin ezilmiş ve tahrip edilmiş bir halde başkasının deposunda bulunması,⁴⁸
- Başkalarına ait hurdaya verilen malların piyasadaki toplanıp yeniden piyasaya sunulması,⁴⁹
- Atık cam kapların yönetmeliğe aykırı olarak toplanıp kırılarak ham madde haline getirilmeksizin piyasaya sunulması,⁵⁰ ve
- Yönetmeliğe aykırı olarak bir ürünün Türkçe kullanım kılavuzu olmaksızın piyasaya sürülmesi.⁵¹

2.5. Yargıtay Kararlarında Fiyat Tarifelerine Aykırılık Nedeniyle İş Şartlarına Uymama

İş şartlarına uymama düzenlemesinin diğer örneklerine ilişkin kararların aksine, fiyat tarifelerine aykırılık nedeniyle iş şartlarına uymamanın incelendiği Yargıtay kararlarına daha az rastlanmaktadır. Fiyat tarifelerine aykırılık sonucu iş şartlarına uymamaya hükmedildiği Yargıtay kararları arasında öne çıkan haller aşağıda incelenmektedir. Aşağıda görüleceği üzere fiyat tarifelerine aykırılık özellikle son yıllarda, yani 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesinin ardından, verilen kararlarda haksız rekabet olarak nitelendirilmişken, RKHK'nın 1994 yılında yürürlüğe girmesinden önce veya yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra verilen kararlarda haksız rekabet olarak değerlendirilmemiştir. Aynı zamanda, fiyat rekabeti yapmanın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı noktasında Yargıtay'ın farklı daireleri arasında dahi birbirine zıt kararların bulunduğu anlaşılmaktadır.

2.5.1. Tarifede Belirtilen Fiyatların Altında Tıraş Hizmeti Sunulması

Yargıtay 11. HD tarafından 2014 yılında verilen bir kararda, bir esnaf odaları birliği tarafından hazırlanan ve berberlere yönelik olan azami fiyat

⁴⁴ Yargıtay 11. HD, 09.05.2013 tarih ve E.2012/9239, K.2013/9493 sayılı karar (aksi belirtilmeyen tüm kararlar *Kazancı İBB*'den alınmıştır).

⁴⁵ Yargıtay 11. HD, 16.02.2004 tarih ve E.2003/6762, K.2014/1317 sayılı karar.

⁴⁶ Yargıtay 11. HD, 09.12.2003 tarih ve E.2003/5014, K.2003/11697 sayılı karar.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD, 01.05.2001 tarih ve E.2001/1828, K.2001/3862 sayılı karar.

⁴⁸ Yargıtay 11. HD, 08.03.2011 tarih ve E.2009/3972, K.2011/2410 sayılı karar.

⁴⁹ Yargıtay 11. HD, 08.11.2004 tarih ve E.2004/1757, K.2004/10912 sayılı karar.

⁵⁰ Yargıtay 11. HD, 26.02.1999 tarih ve E.1999/1155, K.1999/1574 sayılı karar.

⁵¹ Yargıtay 11. HD, 08.07.2013 tarih ve E.2012/14895, K.2013/14465 sayılı karar (Kaynak: Gürel, (2017), s. 174).

tarifelerine aykırı bir fiyat politikası izleyen bir berberin haksız rekabete yol açtığına hükmedilmiştir.⁵² Somut olayda davacı İstanbul Erkek Berberleri Usta ve Kalfaları Esnaf ve Sanatkarlar Odası, 3. sınıf erkek kuaförlerde verilen hizmetler için fiyat tarifesi düzenlemiş ve davalı erkek berber salonunun söz konusu tarifeye aykırı davrandığını iddia etmiştir. Bu doğrultuda davacı oda, davalının uyguladığı fiyatların ortaya konulabilmesi adına İstanbul 7. Sulh Hukuk Mahkemesi nezdinde delil tespiti yaptırmıştır. Yapılan bilirkişi incelemesinde davalı berber salonunda saç tıraşının 4 TL, sakal tıraşının ise 2 TL olduğuna ilişkin afişlere rastlandığı, ayrıca davalının iş yerinde dört işçi çalıştırılmaktayken bunlardan yalnızca ikisinin sigortalı olarak çalıştığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine davacı oda, davalı aleyhine İstanbul 35. Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açma yoluna gitmiştir.

Davacı oda, davalının uyguladığı fiyatların, 3. sınıf erkek kuaförleri için hazırladığı fiyat tarifesindeki fiyatların “*oldukça altında*” olduğunu, aynı zamanda davalının sürekli indirim uyguladığını ve bu durumun kendine bağlı meslek grubunda çalışan berber salonları açısından haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüştür. Davalı ise davacı odanın haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açamayacağını, fiyatlarının haksız rekabet oluşturmadığını, aynı şekilde faaliyet gösteren birçok berber salonu varken kendisine dava açılmasının kötüniyetli olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkeme “*resmi ücret tarifesinin esnaf odaları tarafından esnafı ve tüketiciyi korumak amaçlı düzenlendiği*”ni, davalının söz konusu tarifelerin “*yarısının da altında*” ve sürekli olarak hizmet sunduğunu, bu nedenle davalının resmi fiyat tarifesi altında kalan ve devamlılık arz eden fiyat uygulamasının diğer esnafın açısından haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varmış ve haksız rekabetin önlenmesine karar vermiştir. Yargıtay, farklı bir değerlendirmede bulunmayarak kararı onamıştır.

Bu karardan görüleceği üzere esnaf odaları birliği tarafından hazırlanan fiyat tarifesine aykırı davranan bir esnafın, haksız rekabete yol açtığı açık ve net biçimde tespit edilmiştir. Kararda her ne kadar fiyat tarifesinde yazan fiyatın ne olduğu bilgisine yer verilmese de, davalının 2 TL ve 4 TL olan fiyatları davacıya göre tarifelerin “*oldukça altında*”dır. Mahkeme ise davalının fiyatının tarifelerin “*yarısının da altında*” olduğunu tespit etmiştir. Buradan azami fiyat tarifelerinin bir miktar altında satış yapılabileceği, ancak bu fiyatın tarifelerin “*oldukça altında*”, en azından “*yarısının da altında*” olmamasının gerektiği sonucu çıkmaktadır. Kararda fiyatlamaya ilişkin olarak adı geçen bu kriterlerin nasıl, neye veya kime göre hesaplandığı açıklanmamıştır. Bu kriterin içinin somut bir hesaplama yerine, hakimin takdir yetkisi uyarınca doldurulduğu düşünülmektedir. Aynı zamanda tarifeye aykırı fiyatlamasının süresi de

⁵² Yargıtay 11. HD, 11.03.2014 tarih ve E.2013/15569, K.2014/4655 sayılı karar (yayımlanmamıştır).

mahkemece dikkate alınmıştır. Buradan da tarifenin altında bir fiyatla mal veya hizmet satılması durumunda bunun “*daimi*” veya “*sürekli*” olmamasının gerektiği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda tarifeye “kisa süreli” bir aykırılığın haksız rekabet oluşturmaması gerekecektir.

2.5.2. Tarifeye Aykırı Olarak ve Maliyetin Altında Ekmek Satılması

Yargıtay 11. HD tarafından yine 2014 yılında verilen başka bir kararda, ekmek fiyatlarını içeren fiyat tarifesinin altında ekmek satan bir ekmek fırınının haksız rekabete yol açtığına hükmedilmiştir.⁵³ Olayda davacı Çankırı Unlu Mamül ve Ekmek Üreticileri İşletme Haklarını Koruma Derneği, Çankırı Ticaret ve Sanayi Odası tarafından hazırlanan ekmek fiyat tarifesine aykırı davrandığını ileri sürdüğü davalı ekmek fırını hakkında Çankırı 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açmıştır. Davacı dernek, davalının maliyetin altında satış yaptığını, maliyetin altındaki bu fiyat politikasının esnafa büyük zarar verdiğini ve haksız rekabete yol açtığını öne sürmüştür. Davalılar davaya cevap vermemişlerdir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde 250 gram ekmeğin ilgili fiyat tarifesindeki fiyatının 70 Kuruş ve maliyetinin ise 62 Kuruş olmasına rağmen, davalı ekmek fırınının aynı gramajda ekmeği 40 Kuruşa sattığı, bunun maliyet altı satış niteliğinde olduğu, ayrıca davalıların fiyatlarını vitrinlerinde ilan ettikleri tespit edilmiştir.

Bu inceleme ve tespitler ışığında mahkeme, davalıların davranışlarının haksız rekabete yol açtığına hükmetmiş, ancak kararın gerekçesi olarak iş şartlarına uymamaya değil, TTK m.55(1)(a)(6)’ya, yani göstermelik ile aldatma (“*mostra*”) bendine dayanmıştır. Buna göre “[s]eçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak” haksız rekabete yol açacaktır. Aynı bend uyarınca satış fiyatının, aynı çeşit mallar için uygulanan rakiplere ait fiyatların altında olması halinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur. Bu benden hareketle mahkeme, davalıların ekmeği maliyetinin altında piyasaya sürdüğüne ve bunu halka ilan ettikleri gerekçesiyle bende sayılan koşulların gerçekleştiğine karar vermiş ve davalılar aleyhine söz konusu bend uyarınca hüküm vermiştir. Haksız rekabetin tespiti ve önlenmesine karar veren mahkemenin kararı, Yargıtay tarafından onanmıştır.

Aslında bu karar somut olaydaki fiyat tarifesine aykırılığı açık bir biçimde gösteriyor olsa da, mahkemenin hükmün gerekçesi olarak iş şartlarına uymamayı esas almaması tartışılabilir. İlk derece mahkemesi somut olayda fiyatların maliyetin altında olması ve bunun halka duyurulmuş olmasını yeterli

⁵³ Yargıtay 11. HD, 23.06.2014 tarih ve E.2014/5946, K.2014/11805 sayılı karar (Kaynak: <http://www.antalyafirincilarodasi.com/userfiles/files/Cankiri1Asliye.pdf> Erişim tarihi: 13.06.2018).

sayarak TTK m.55(1)(a)(6)'ya dayanmış, ancak bu bend için geçerli diğer bir unsur olan “müşterileri kendisinin yeteneği hakkında yanıltmak” ile ilgili hiçbir incelemede bulunmamıştır. TTK m.55(1)(a)(6)'nın gerekçesine bakıldığında ilgili bend kapsamında göstermelik ile aldatmanın varlığı aranmaktadır. Yani bazı mallar özellikle seçilerek tüketicilere teşhir edilmeli, satıcının diğer malları bu seçilmiş mallar kadar kaliteli olmamalı, tüketiciler de diğer malları kaliteli sanıp satıcıdan alım yaptığında sanki kaliteli mal alıyormuş gibi yüksek bedeller ödemelidir. Bend kapsamında gerekli bu unsurlarının hiçbirinin somut olayda bulunmadığı anlaşılmaktadır.⁵⁴ Somut olayda davalı tüketicileri aldatmamaktadır, ayrıca ekmeğin kalitesi değil fiyatı ön plandadır. Olayda yalnızca fiyat tarifesine aykırılık söz konusudur. Bu yüzden mahkemenin vardığı sonuç doğru olsa da gerekçesi hukuken isabetsizdir.

Kararda söz konusu olan bir mal olduğundan, fiyat-maliyet karşılaştırılması yapılmış ve fiyatın maliyetin altında olması nedeniyle, her ne kadar farklı bir bende dayanılsa da, bunun haksız rekabet oluşturduğuna karar verilmiştir. Yani maliyet altı fiyatlama, karara göre fiyat tarifesine *per se* aykırı olarak değerlendirilmekte olup,⁵⁵ diğer karardaki gibi fiyatın maliyetin “oldukça altında” olması gibi bir saptamaya yer verilmemiştir. Ancak maliyet altı fiyatlamanın haksız rekabet sayılmadığı Yargıtay kararları da bulunmaktadır.

⁵⁴ *Nomer Ertan* da TTK m.55(1)(a)(6)'da aranan tüm şartların uygulamada bir arada bulunmasının olası görülmediğini, bu hususun mehz İsviçre hukukunda da tartışıldığını, İsviçre’de mahkemelerin ilgili düzenleme kapsamında hükmedecekleri haksız rekabet olaylarının çok az olacağını, bu nedenle hükmün sadece önleyici işleve sahip olabileceğini ifade etmiştir. *Nomer Ertan*, (2016), s. 228-229.

⁵⁵ Ağırlıklı rekabet hukuku literatüründe kullanılan “*per se*” doktrini, bazı anlaşmaların nitelikleri gereği rekabeti sınırladıkları noktasından hareketle bunların piyasa ve rekabet üzerindeki etkilerinin ayrıca araştırılmasına gerek olmaksızın hukuka aykırı olarak kabul edilmesini öngörmektedir. Başka bir deyişle, “*per se*” olarak hukuka aykırı kabul edilen anlaşmaların rekabeti sınırladığı varsayılmakta ve bu anlaşmaların değerlendirilmesinde haklı sebeplerin bulunabileceği ihtimali peşinen reddedilmektedir. Kerem Cem Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara, 2000, s. 97. *Per se* kuralı, Türk hukukundaki kesin kanuni karineye benzetilebilir; tarafların bir vakianın aksini iddia ve ispat ederek, maksatlarının aslında söz konusu durumdaki hukuka aykırılık olmadığı şeklindeki savunması dikkate alınmaz. Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 91. Maliyet altı fiyatlamanın *per se* haksız rekabet hali sayılması durumunda maliyetin altında bir satış politikasının, neden ve ne amaçla yapıldığı, ne kadar sürdüğü gibi vakalar dikkate alınmayacaktır. Düşüncemize göre Yargıtay kararlarında maliyet altı fiyatlama, *per se* haksız rekabet hali gibi ele alınmaktadır. Her ne kadar maliyet altı fiyatlama belli şartlar altında makul bir fiyat politikası olabilse de (örneğin yeni bir malın piyasaya sunulması durumunda tanıtım politikasının bir parçası veya lansman fiyatının bir sonucu olarak), fiyat tarifelerinin olduğu mal ve hizmet piyasalarındaki ürünlerin alışılabilirliği dikkate alındığında, böyle bir fiyatlama politikasını dürüstlük kuralıyla açıklayabilmek zorlaşmaktadır.

Yargıtay bir kararında, bir belediye iktisadi teşebbüsü olan Ankara Halk Ekmek'in düşük fiyatlarla ekmek satmasının haksız rekabet oluşturmadığına hükmetmiştir.⁵⁶Dosya kapsamında davacı, belediye tarafından davalı Halk Ekmek'in faaliyetlerinin sübvansede edildiği, bu nedenle üretimin maliyetin altında yapıldığından hareketle bunun haksız rekabet oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme 1580 sayılı mülga Belediye Kanunu'na gönderme yaparak belediyelerin görevleri arasında ekmek satmak ve sattırmanın bulunması nedeniyle haksız rekabetin koşullarının oluşmadığına karar vermiş, karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Kararda varılan bu sonuçta, ortada bir kanun hükmünün ve belediye iktisadi teşebbüsünün bulunmasının etkili olduğu düşünülebilir.

2.5.3. Tarifede Yer Alan Fiyatların Altında Yemek Satılması

Yukarıda değinilen Yargıtay 11. HD kararlarının aksine, bu başlık altında incelenen karar Yargıtay 4. HD tarafından verilmiştir. 4. HD'nin fiyat tarifeleriyle ilgili verdiği 1995 tarihli bir kararda, 11. HD'nin yukarıda incelenen son dönemdeki kararlarından oldukça farklı ve ilginç bir sonuca varılmıştır.⁵⁷ Dava konusu olayda Elazığ Lokantacılar Odası'na üye bir lokantanın, odanın hazırladığı fiyat tarifesinin altında yemek satmasının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır. Çok kısa bir karar veren Yargıtay, 507 sayılı mülga Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanunu'nun ilgili maddesine gönderme yaparak esnaf tarifelerinin azami hadleri gösterdiğini, "*belirlenen rayicin altında bir fiyatla yemek satışında bir engel ve sakınca*" bulunmadığını ifade ederek, "*olayda haksız rekabetin öge ve koşulları[nın] gerçekleşmediği*" sonucuna varmıştır. Böylece Yargıtay, tarife altı satışı haksız rekabet sayan yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bu kararıyla 4. HD, 11. HD'nin kararlarında ulaştığı sonucun aksine, açıkça azami fiyat tarifelerine aykırı fiyatlandırma politikalarının haksız rekabet oluşturmadığına hükmetmiştir. Karar RKHK yürürlüğe girdiğinden kısa bir süre sonra verilmiştir ve rekabetin korunması gibi hususlara herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. Kalite boyutunu göz önünde bulunduran 4. HD, "*kalite, temizlik ve gramaj gibi hususlara*" dikkat çekmiş ve bunlara uyulduğu sürece fiyat rekabeti yapmada bir sakınca görmemiştir.

2.5.4. Kooperatif Tarafından Belirlenen Fiyatların Altında Ekmek Satılması

Fiyat tarifelerine aykırılık iddiasının incelendiği yukarıdaki Yargıtay kararlarının hepsi RKHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra verilmiş olup, 4. HD'nin kararı dışında bu kararlarda fiyat tarifelerine aykırılık haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. Yargıtay 11. HD tarafından RKHK yürürlüğe girmeden önce verilen bir kararda ise yine son dönemdeki kararlardan çok

⁵⁶ Yargıtay 11. HD, 22.01.1996 tarih ve E.1995/8911, K.1996/154 sayılı karar.

⁵⁷ Yargıtay 4. HD, 20.11.1995 tarih ve E.1995/3475, K.1995/8877 sayılı karar.

farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Kararda bir kooperatif üyesince kooperatifin belirlediği bayilerin dışında bir bayiye ve kooperatif tüzüğüne göre tespit edilen fiyattan daha düşük bir fiyatla mal satılmasının haksız rekabete yol açıp açmadığı tartışılmıştır.⁵⁸Davacı S.S. Bursa Ekmek Fabrikaları Sanayi İmalat ve Satış Kooperatifi, kooperatif tüzüğüne göre kooperatife üye olan fırıncıların hangi bakkallara ve hangi fiyattan ekmek satabileceğinin belirlendiğini, davalı kooperatif üyesinin kooperatif tarafından belirlenenler bakkalların dışında ve yine kooperatifin tespit ettiği fiyattan daha düşük fiyatlarla ekmek sattığını, bunun haksız rekabet anlamına geldiğini, kooperatif tüzüğünde bu gibi kuralların ihlali halinde üyelerin ceza koşulu ödemeyi baştan taahhüt ettiklerini ve bu doğrultuda davalının kendisine kesilen cezayı ödemediğini iddia ederek, dava konusu tutarın davalıdan tahsil edilmesini mahkemeden talep etmiştir.

Dosya kapsamında davalı, son derece önemli ve kayda değer bir savunma yapmıştır. Davalı kooperatif üyesi, olayda haksız rekabetin söz konusu olmadığını, çünkü düşük fiyatla ekmek satmanın haksız rekabet değil serbest rekabetin bir gereği olduğunu, 1982 Anayasası'nın 167. ve 172. maddelerinde tekeller ve kartellerin önlenmesi ile tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler bulunduğunu, dava konusunun rekabete aykırı bir fiyat karteli ve pazar paylaşma niteliğinde olduğunu, rekabetin korunmasına ilişkin kanun tasarılarının bulunmasına rağmen henüz bir mevzuatın oluşturulmadığından bahisle ortada yasal bir boşluk bulunduğunu, bu durumda TMK m.1 gereği örf ve adete başvurulması gerekiyor olsa da uygulanan örf ve adetın 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 19 ve 20. maddelerine aykırı olduğunu, bu nedenle hakimın somut olayda karşılaştığı bu boşluğu kendisinin doldurması gerektiğini, bunu yaparken de hakimın (karar tarihindeki) rekabetin korunmasına ilişkin kanun tasarısı ile Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatındaki Roma Antlaşması'nın fiyat kartellerini ve pazar paylaşımı anlaşmalarını yasaklayan 85. maddesini göz önünde bulundurması gerektiğini belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Davaya bakan Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi; kanun koyucunun "*haksız rekabeti müeyyide altına koyduğu kadar kişinin serbest rekabet hakkını da koruduğu*"nu, haksız rekabet hükümlerinin kişilerin serbest rekabetini sağlayan hukuk düzeninin bir parçası olduğunu, örneğin markanın yetkisiz kullanılması nasıl haksız rekabet ise normal şartlar altında daha ucuza satılabilecek bir mal veya hizmetin rakiplerin bir araya gelip aralarında anlaşarak daha yüksek fiyattan piyasaya sürülmesinin de aynı nitelikte haksız rekabet olduğunu, zira bu tarz bir durumda serbest rekabetin ortada kaldırılacağını, davaya konu edilen "*fiyat anlaşmalarının dünyanın her yerinde ağır müeyyidelerle karşılandığını*", bu bağlamda belli bir mahalleden başka bayilere mal satmama kararının da

⁵⁸ Yargıtay 11. HD, E.1988/8816, K.1988/7838 sayılı karar (Kaynak: Emel Badur, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001, s. 14-15).

aynı şekilde yorumlanabileceğini gerekçe göstererek davanın reddine karar vermiştir. Bu kararda aslında iş şartlarına uymama meselesi tartışılmamış, onun yerine kavramsal olarak fiyat rekabeti yapmanın haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı üzerinde durulmuştur. Karar, Yargıtay tarafından onanmıştır.

Yargıtay, RKHK yürürlüğe girdiğinden kısa bir süre sonra önüne geldiği benzer bir olayda da bu içtihadını sürdürmüştür. Yargıtay 11. HD'nin 1999 yılında verdiği bir kararda bazı kooperatif üyelerinin kooperatifçe belirlenen fiyatın altında ekmek satmasının haksız rekabete neden olup olmadığı tartışılmıştır.⁵⁹ Davacı kooperatif, üyesi olan davalının genel kurul kararı ve kooperatife verdiği taahhütnameye aykırı olarak kooperatifçe belirlenen tarifeye aykırı olarak düşük ücretle ekmek sattığını, bunun kooperatif tüzüğünde bahsi geçen "*zararlı fiyat dalganmaları*"na neden olduğunu, genel kurul kararı uyarınca bu eyleme ceza kesildiğini, kesilen cezanın tahsili amacıyla davalı aleyhine girişilen icra takibine davalının itiraz ettiğini ve takibin durduğunu ileri sürerek, davalının itirazlarının iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı kooperatif üyesi, bahsi geçen genel kurul kararının ve taahhütnamenin Anayasa'nın tekel ve kartellerin önlenmesi ve tüketicinin korunmasına ilişkin 167 ve 172. maddelerine, RKHK'nın 4. maddesi ile BK'nın 19 ve 20. maddelerine aykırı olduğunu savunmuş ve davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Orhangazi Asliye Hukuk Mahkemesi; kooperatif tarafından tespit edilen fiyatlardan daha düşük fiyatla ekmek satılmasının haksız rekabet oluşturmayacağı, davalının düşük fiyatla sattığı ekmeğin eksik gramajlı olduğunun olayda iddia edilmediği, bu nedenle emsaline uygun ekmeği ucuzaya satmanın haksız rekabet oluşturmayacağı, Yargıtay'ın da benzer bir olayda yerel mahkemenin aynı gerekçeyle verdiği red kararını onaması⁶⁰ gibi gerekçelerle kötü niyet tazminatına hükmetmiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay, davacının haksız rekabete ilişkin temyiz itirazının reddine karar vermiş, ancak kötüniyet tazminatı yönünden kararı bozmuştur. Bu kararda da kooperatifçe belirlenen fiyatlardan düşük fiyatla mal satılması söz konusudur ve Yargıtay bu eylemi haksız rekabet olarak nitelendirmemiştir. Yargıtay'ın daha baskın çıkabilecek ve kanunda düzenlenmiş haksız rekabet iddiası karşısında, henüz kanunlaşmamış olmasına rağmen "serbest rekabet hakkı"na vurgu yapması dikkat çekicidir.

⁵⁹ Yargıtay 11. HD, 10.05.1999 tarih ve E.1999/1945, K.1999/3745 sayılı karar.

⁶⁰ Burada atf yapılan Yargıtay kararının künye bilgisine yer verilmemiştir. Ancak bu kararın yukarıda incelenen 11. HD'nin E.1988/8816, K.1988/7838 sayılı kararı olduğu düşünülmektedir.

2.5.5. Genel Değerlendirme

Bu bölümde incelenen yakın tarihli Yargıtay 11. HD kararlarından görüleceği üzere esnaf ve ticaret odaları tarafından hazırlanan azami fiyat tarifelerinin altında bir fiyatla mal veya hizmet satılması durumunda haksız rekabetten bahsedilmektedir. 2014 yılında verilen kararlarda fiyat tarifelerine aykırılık, bir kararda iş şartlarına uymama diğesinde göstermelik ile aldatma olarak yorumlansa da, açıkça haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Ancak Yargıtay'ın daha eski kararlarında çok farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin kooperatiflerle ilgili yukarıda incelenen 1988 ve 1999 tarihli kararlarda tarifeye uymamanın, yani fiyat rekabeti yapmanın haksız rekabet oluşturmayacağına hükmedilmiş ve bu sonuca ulaşılırken de serbest rekabet hakkına vurgu yapılmıştır. İşin ilginç tarafı ise bu kararlardan birinin RKHK yürürlüğe girmeden önce, diğesinin de adı geçen kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra verilmiş olmasıdır. Mantıklı olan RKHK'nın yürürlüğe girmesinden sonra fiyat rekabeti yapmanın bu kanun kapsamında korunan bir davranış olması ve haksız rekabet olarak değerlendirilmemesiyken, tam tersine RKHK öncesi dönemde fiyat rekabeti korunan bir değer olmuş, yakın tarihli kararlarda ise haksız rekabet olarak hukuka aykırı sayılmıştır.

Yakın tarihli kararlarda da, eski kararlarda da söz konusu davranış, tarifeye aykırı olarak fiyat rekabeti yapmaktır. Bu açıdan kararlar arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak karara konu tarifeleri hazırlayan kuruluşlar farklıdır. Tarifeleri hazırlayanlar, kooperatiflerle ilgili kararlarda bir özel hukuk tüzel kişisiyken, yakın tarihli kararlarda ise kamu tüzel kişileridir. Belki bu durum kararlarda birbirinden farkı sonuçlara varılmasına yol açmış olabilir. Ancak Yargıtay 4. HD'nin 1995 tarihli kararı bu tahmini çürütür niteliktedir; 4. HD'nin kararında da tarifeyi hazırlayan bir kamu tüzel kişisidir ve karar konusu davranış yine tarifeye aykırı olarak fiyat rekabeti yapmaktır. 4. HD'nin kararı çok açık ve son derece isabetli bir biçimde azami fiyat tarifelerinde, azami fiyatı geçmediği sürece işletmelerin fiyat rekabeti yapmasının haksız rekabet oluşturmayacağını ortaya koymaktadır. Bu kararı veren 4. HD olduğundan, 11. HD'nin zamanla ilk kararlarından dönerek yerleşik içtihadını değiştirdiğini de ileri sürmeye imkan bulunmamaktadır. Dolayısıyla azami tarifelerin varlığına rağmen fiyat rekabeti yapmanın, haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı noktasında Yargıtay'ın daireleri arasında birbirine zit sonuçların veyorum farklılıklarının olduğu görülmektedir. Bu noktada bir içtihadı birleştirme kararına bile ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.

Tarifeye aykırılık noktasında ise Yargıtay kararlarında kalite ve maliyete önem atfedildiği anlaşılmaktadır. Yargıtay 4. HD'nin fiyat rekabeti yapmanın haksız rekabet oluşturmama noktasında açık bir biçimde vurguladığı "*kalite, temizlik ve gramaj*" gibi unsurlar kaliteye işaret etmektedir. Yargıtay bu kararında kalite korunduğu sürece fiyat rekabetine yeşil ışık yakmıştır.

Maliyetin de özellikle dikkate alındığı görülmektedir. Tarifelerdeki azami haddin altında mal veya hizmet satmak haksız rekabet olarak değerlendirilirken, bunun maliyetin altında veya üstünde olmasının prensip olarak sonucu değiştirmedeği gözlemlenmektedir. Kararlarda, maliyet altı satışın bir bakıma “*per se*” haksız rekabet oluşturduğu öne çıkmaktadır. Maliyetin üzerinde ancak tarifenin altında bir fiyat belirlendiğinde ise “*oldukça altında*”, “*çok altında*” veya “*yarısının da altında*” gibi nispeten muğlak değerlendirmelere rastlanmaktadır. Bu gibi tanımlamaların somut hesaplamalara konu edilmesi yerine, bilirkişilerin görüşünün ardından hakimın takdir yetkisi kapsamında belirlendiği düşünülmektedir. Yine kararlarda, tarifeye aykırı fiyatların işletmenin camı veya vitrini gibi kamunun görebileceği bir yerde teşhir edilmesinin, haksız rekabete hükmedilmesinde etkili bir unsur olduğu öne çıkmaktadır.

3. FİYAT TARİFELERİ VE ÖZELLİKLERİ

3.1. Fiyat Tarifelerinin Türleri

Fiyat (ücret)⁶¹tarifeleri; kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin olarak uygulanması gereken, ilgili mal veya hizmeti üreten veya satan kişilerin, müşterilerinden talep edebileceği sabit, azami ya da asgari bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikte tarifelerdir. Saç kesiminden avukatlık hizmetine, ekmekten akaryakıtı kadar pek çok mal ve hizmete ilişkin olarak ülkemizde çeşitli fiyat tarifeleri bulunmaktadır. Fiyat tarifelerinin kapsamının, yani hangi mal veya hizmetlere ilişkin olarak fiyat tarifelerinin bulunduğu tespit noktasında fiyat tarifelerini uygulayan kişilerin meslekleri (örneğin esnaf, tacir ya da serbest meslek mensubu olması), fiyat tarifelerinin uygulandığı piyasaların özellikleri (örneğin rekabete açık veya regülasyona tabi olup olmadığı, piyasaya aksaklıklarının bulunup bulunmadığı) ve fiyat tarifelerini hazırlayan kamu kuruluşları (örneğin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu mu yoksa sektörel düzenleyici kurum mu olduğu) belirleyici olmaktadır.

Genel olarak Türkiye’de dört farklı fiyat tarifesi türü bulunmaktadır:

- i. Esnaf faaliyeti kapsamına giren mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler,
- ii. Ticari işletme faaliyeti kapsamına giren mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler,

⁶¹ Fiyat tarifeleri gerek mallar, gerekse hizmetler için hazırlanabilir. Mevzuatta hem “*fiyat tarifesi*” (veya *fiyatlistesi*) (örneğin “Fırıncılar Azami Fiyat Listesi”), hem de “*ücret tarifesi*” (örneğin “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi”) ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir. Terminolojik olarak değerlendirildiğinde mallar için “*fiyat*”, hizmetler için ise “*ücret*” ibaresinin kullanılması daha isabetli olacaktır. Zira hizmet sunulması, bedeni veya fikri bir çalışma ortaya koyulması, bir işin emek karşılığı görülmesi anlamına gelmektedir. Emek unsurunun bulunması sonucu yapılan hizmetin fiyatından ziyade ücretinden (bedelinden) bahsedilecektir.

- iii. Serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin tarifeler, ve
iv. Regüle edilmiş (düzenlenmiş) piyasalardaki mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler.

3.1.1. Esnaf Faaliyeti Kapsamına Giren Mal ve Hizmetlere İlişkin Tarifeler

Esnaf faaliyeti kapsamına giren mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler esnaf için geçerlidir. Kimlerin esnaf olduğuna ilişkin kriterler 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu (5362 sayılı Kanun) ve TTK'da düzenlenmektedir. 5362 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (a) bendi uyarınca esnaf (ve sanatkâr), “[i]ster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kuruluyla belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri” ifade etmektedir. TTK m.15 uyarınca ise esnaf “[i]ster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri...kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi”dir.

5362 sayılı Kanun uyarınca bir kişinin esnaf olabilmesi için aynı anda birden fazla kriteri yerine getirmesi gerekmektedir. Örneğin “ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandırma” şeklinde soyut bir kriter olduğu kadar, “tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda kazanç elde etme” şeklinde daha somut bir kriter de bulunmaktadır. İlgili maddede dikkat çeken başka bir kriter de “Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kolları listesi”ne giren bir iş kolunda faaliyet göstermektir. Adı geçen kurul kararı uyarınca⁶²kuru temizlemecilikten elektrik tesisatçılığına, ayakkabı tamirciliğinden takı tasarımına kadar pek çok iş kolu belirlenmiş ve bu listedeki iş kollarında faaliyet gösteren kişiler, tacir veya sanayici⁶³ olmadığı sürece,

⁶² 5362 sayılı Kanun uyarınca esnaf faaliyeti kapsamına giren iş kollarını belirleme yetkisi verilen Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu, bu yetkisini ilk kez 13.06.2007 tarih ve 26551 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 nolu kararıyla kullanmış ve yaklaşık 500 farklı iş kolu tespit etmiştir. Söz konusu kurul kararı, 21.05.2016 tarih ve 29718 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2 nolu karar ile yürürlükten kaldırılmış ve iş kolu listesi güncellenerek sayı 300'e düşürülmüştür. Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nun 21.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 2 nolu kararı bugün halen yürürlüktedir.

⁶³ Pozitif hukukumuzda esnaf ve tacirin dışında bir de “sanayici” kavramı bulunmaktadır. 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun (5174 sayılı Kanun) 5(7). maddesine göre “[t]ezgâh, cihaz, makine gibi muharrik kuvvet kullanarak ham madde,

esnaf kabul edilmiştir. Adı geçen listede yer alan iş kolları, o iş kollarında geçerli olabilecek fiyat tarifelerine de kaynaklık etmektedir. Başka bir deyişle, esnaf faaliyeti bağlamında hazırlanacak fiyat tarifelerinin içerebileceği mal ve hizmetler, esasen bu listede sayılan iş kolları kapsamında piyasaya sunulan mal ve hizmetlere ilişkin olacaktır.

Esnaflar için geçerli fiyat tarifelerinin nasıl oluşturulacağına ana hatları 5362 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir (m.62(1)). Buna göre esnaf ve sanatkârlar tarafından üretilen mal ve hizmetler için fiyat tarifeleri, bunların bağlı buldukları odalar tarafından hazırlanır ve ilgili odanın mensubu olduğu birliğin (federasyon, konfederasyon vb.) yönetim kurulunun onayına sunulur. Birlik yönetim kurulu, fiyat tarifesinin kendisine sunulmasının ardından otuz gün içinde tarifeyi ya onaylar ya da reddeder. Onaylanan fiyat tarifesi belediye, mülki amirlik ve ilgili odaya yedi gün içerisinde bildirilir ve bu andan itibaren yürürlüğe girer. Belediyelerin veya o yerin en büyük mülki amirinin fiyat tarifelerini uygun bulmaması durumunda, mülki amirin ya da görevlendireceği yardımcısının başkanlığında, ticaret odasından bir temsilci ile esnaf ve sanatkârlar odaları birliği temsilcisinden oluşan bir komisyon kurulur ve konu bu komisyonda görüşülüp karara bağlanır (m.62(2)). Komisyonun uygun bulmadığı tarifeler yürürlükten kalkar (m.62(3)). Konuyla ilgili olarak bir de yönetmelik bulunmaktadır.⁶⁴

Türkiye'de;

- Fırıncılık (örneğin ekmek),
- Güzellik salonu (örneğin sir ağda),
- Berber ve kuaför (örneğin saç kesimi),
- Kuru temizleme (örneğin gelinlik yıkama + ütü),
- Terzilik (örneğin paça boyu kısaltma),
- Anahtarcılık ve çilingircilik (örneğin anahtar yaptırma),

yarı ve tam mamulleri, özellik, içerik, bileşim veya şeklini kısmen veya tamamen değiştirmek amacıyla işleyerek, seri halde veya standart olarak yeni bir ürün üretmek suretiyle katma değer oluşturan işyerleri ile yer altı kaynaklarının çıkarılıp işlendiği yerleri işletenler ve bilişim teknolojisi ve yazılım üretenler en az on işçi çalıştırmak şartıyla bu Kanunun uygulanması bakımından sanayici sayılır." Aslında sanayiciler de tıpkı esnaflar gibi ekonomik faaliyetlerini sermayeleri ile birlikte bedeni çalışmalarına dayandırmaktadır. Diğer taraftan sanayiciler, tıpkı tacirler gibi ticaret yapmakta ve genellikle de esnaf işletmesine ilişkin parasal sınırı aşacak miktarda gelir elde etmektedir. Bu yüzden sanayici, esnaf ile tacir arasında kalmış bir kişi olarak düşünülebilir. Türk hukukunda sanayiciler, esnaflara oranla tacirlere yakın bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Sanayicilerin sınıfla nitelikli faaliyetlerinin gereği olarak işgal ettikleri ticari işler bunların sanayici vasfını ortadan kaldırmamaktadır (5174 sayılı Kanun m.9(3)). Sanayiciler için sanayi odaları kurulmuş ve sanayicilerin bu odalara kaydolması zorunlu tutulmuştur (5174 sayılı Kanun m.5).

⁶⁴ Esnaf ve Sanatkârlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik, RG tarih: 14.02.2008, no: 26787.

- İnternet salonu işletmeciliği (örneğin 1 saatlik internet kullanım ücreti),
- Minibüsçülük,

vb. faaliyetler kapsamında sunulan mal ve hizmetler için fiyat tarifeleri bulunmaktadır.

3.1.2. Ticari İşletme Faaliyeti Kapsamına Giren Mal ve Hizmetlere İlişkin Tarifeler

Gerek 5362 sayılı Kanun'da, gerekse TTK'da esnaf faaliyetinin dışında ticari işletme faaliyetine de işaret edilmektedir. 5362 sayılı Kanun bu hususu "*kazancı tacir niteliğini kazandırmayacak miktarda olma*" şeklinde ifade etmişken, benzer biçimde TTK da "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutulması*" durumunda ticari işletmeden bahsetmektedir. 5362 sayılı Kanun'un aksine TTK konuya ilişkin olarak daha somut bir hüküm içermektedir. TTK m.11(2) uyarınca "[t]icari işletme ile esnaf işletmesi arasındakiisnır, Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir." Esnaf işletmesiniticari işletmeden ayıran kriter, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 176 vd. maddeleri uyarınca, bir parasal sınırdır. Burada 5362 sayılı Kanun'un aksine TTK'da, belli iş kolları sayılarak o iş kollarında faaliyet gösteren kişilerin tacir olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Esnaf faaliyeti oluşturan bir iş kolunda faaliyet gösteren bir kişi, TTK'da bahsi geçen parasal sınırdan daha fazla gelir elde ederse, tacir sıfatını kazanabilecektir.⁶⁵ Bu durum esnaf ile tacirin yaptığı işin, yani sattığı mal veya hizmetin, temelde aynı olabileceğini göstermektedir.

Esnaf ile tacir arasındaki bu ilişki, uygulanacak tarifeyi de belirlemektedir. Esnaf faaliyeti kapsamında sunulacak olan mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler yalnızca esnaf odasına kayıtlı esnafiler açısından geçerlidir.⁶⁶ Tacirler ticaret odalarına kayıt ile yükümlü olsa da esnafiler ile aynı mal veya hizmeti satıyor olabilirler. Zira esnafı tacirden ayıran husus, tacirin yaptığı işten elde ettiği gelirdir. Ancak esnaf iken tacir olan kişi, ticaret odasına kaydını yaptırdıktan

⁶⁵ Bahsi geçen iş kollarından herhangi birine dahil olmayan bir kişi, eğer geliri esnafiler için öngörülen parasal sınırın üzerinde ise, TTK anlamında ticari işletme işletiyor kabul edilebilecektir. Buna karşın, söz konusu kişinin gelirinin esnaf faaliyeti sınırının altında olması halinde ise 5362 sayılı Kanun anlamında esnaf olmamasına rağmen 5362 sayılı Kanun'dan farklı esaslar içeren TTK anlamında esnaf kabul edilmesi bir zorunluluk olacaktır. Ertan Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", *GÜHFD*, C. 17, Sa. 1-2, s. 410-411.

⁶⁶ 5362 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereği esnafilerin, esnaf odaları veya diğer meslek birlikleri tarafından tutulan esnaf siciline kaydolması yasal bir zorunluluktur. Aynı kanunun 11. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendi uyarınca esnaf odalarının yetkilerinden biri de oda üyeleri tarafından ücret tarifelerine uyulup uyulmadığını denetlemektir. Bu iki madde beraber yorumlandığında esnafilerin, kendi işgal alanlarına giren mal ve hizmetler için geçerli fiyat tarifelerine uyma zorunluluğu olduğu anlaşılmaktadır.

sonra⁶⁷ esnaf faaliyeti için öngörülen fiyat tarifelerine tabi olmayacaktır. Uygulamada bazen ilgili mal veya hizmet için ticaret odalarının da fiyat tarifesi düzenlendiği gözlemlenmektedir.⁶⁸ Şayet aynı mal veya hizmet için ticaret odaları da fiyat tarifesi düzenlemişse, tacirler açısından o tarife geçerli olacaktır. Buna karşın, ticaret odasının herhangi bir tarife düzenlememesi durumunda ise tacirlerin, aynı mal veya hizmeti satan esnaflar için geçerli fiyat tarifesiyle bağlı tutulması söz konusu olmamalıdır.⁶⁹ Durum böyle olmakla birlikte uygulamada esnaf odalarının, kendi üyesi olmayan ticari işletme niteliğindeki işletmelere karşı da esnaflar için öngörülen fiyatlara aykırılık gerekçesiyle haksız rekabete ilişkin davaları açtıkları görülmektedir.

3.1.3. Serbest Meslek Faaliyeti Kapsamında Sunulan Hizmetlere İlişkin Tarifeler

Esnaf işletmesi ve ticari işletme kapsamına giren mal ve hizmetlere ilişkin fiyat tarifelerine ek olarak, serbest meslek mensuplarının faaliyetleri kapsamına giren hizmetler için de ücret tarifeleri bulunmaktadır. Esnaf ve tacirler için yüzlerce iş kolu bulunmaktayken, serbest meslek kapsamına girebilecek iş kolları sınırlıdır. Serbest meslek faaliyeti yapan kişiler (serbest meslek erbabı); avukat, muhasebeci, doktor, dişiçi, veteriner, eczacı, mühendis, mimar, çiftçi, turist rehberi gibi mesleklerine göre birbirinden ayrılmaktadır. Serbest meslek mensupları herhangi bir kişiye ya da kuruluşa bağlı olarak çalışmaksızın (işçi statüsü taşımaksızın), kâr ve zarar kendilerine ait olmak

⁶⁷ 5362 sayılı Kanun'un 7. maddesinde esnafların esnaf odalarına kaydı için gerekli şartlar arasında Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) bünyesindeki odalara kayıtlı olmama koşulu da sayılmaktadır. Bu düzenleme sonucu esnaflar yalnızca esnaf odalarına kaydolabilir, ancak ticaret odalarına kaydolamazlar.

⁶⁸ 5174 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendi uyarınca ticaret odalarının görevlerinden birisi de "[g]erektiğinde 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Kanununun 125 inci maddesinde sayılan mal ve hizmetlerin azamî fiyat tarifelerini, kendi üyeleri için, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe uygun olarak tespit etmek ve onaylamak"tır. Buna ilişkin olarak ayrıca Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG tarih: 15.12.2004, no: 25671) bulunmaktadır. 5174 sayılı Kanun'un ilgili bendinde geçen "gerektiğinde" ibaresi, ticaret odalarının her zaman değil, bazen ve bazı mal ve hizmetler için esnaf odalarının tarifelerine ek olarak kendi üyeleri için fiyat tarifeleri düzenleyebileceğini göstermektedir. Bu takdirde tacirlerin ticaret odaları tarafından hazırlanan fiyat tarifelerine uymaları gerekecektir. Uygulamada fiyat tarifeleri, daha çok esnaf odaları tarafından hazırlanmaktadır. Zira bu odalar, ilgili esnaf faaliyetinin nasıl yürütüldüğü ve ilgili mal veya hizmetlerin fiyatının hangi düzeylerde seyrebileceği konusunda sahadan bilgi sahibidir. Esnaf odalarının aksine ticaret odalarının böyle bir imkana sahip olması daha kısıtlıdır. Zira ticaret odaları, her türlü sektöre ilişkin olarak genel bir merkez olduklarından sektör spesifik bilgi sahibi olmaktan uzaktır. Bu nedenle ticari işletmeler için fiyat tarifesi hazırlanması noktasında ticaret odaları ile esnaf odalarının işbirliği ihtiyacı doğmaktadır.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Nomer Ertan, (2016), s. 346-347.

üzere kişisel sorumluluk esasına göre faaliyet gösterirler. Serbest meslek faaliyeti kapsamında çoğu zaman mal satımı yerine bir hizmet verilmesi söz konusudur. Bu açıdan serbest meslek mensubu olabilmek için sermayeden çok bedeni çalışma, daha da önemlisi mesleki bilgi ve yeterlilik önemlidir. Serbest meslek mensubu olabilmek için genellikle diploma, ruhsat veya lisans gibi mesleki yeterlilik gösteren belgelere sahip olunması gerektiğinden, ilgili piyasaya hukuki giriş engelleri bulunmaktadır.

Türk hukukunda serbest meslek faaliyeti kapsamına giren hizmetlere ilişkin olarak fiyat (ücret) tarifeleri bulunmaktadır. Serbest meslek faaliyetlerine ilişkin fiyat tarifeleri, ilgili serbest mesleği yerine getiren kişilerin bağlı bulunduğu meslek odalarının üst kuruluşu olan meslek birlikleri tarafından hazırlanmaktadır, örneğin Türkiye Barolar Birliği, Türk Tabipler Birliği, Türk Dişhekimleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Türkiye Ziraat Odaları Birliği, Turist Rehberleri Birliği ve Türkiye Seyahat Acentaları Birliği vb. Anayasal açıdan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu niteliği taşıyan bu meslek birlikleri, kendi görev ve yetki alanına giren serbest meslek faaliyetine ilişkin olarak taban veya tavan ücretleri içeren, meslek mensupları açısından uyulması zorunlu olan ve uyulmaması durumunda disiplin cezaları öngörülen çeşitli tarifeler hazırlamaktadır.

Serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin olarak ücret tarifesi örnekleri arasında;

- Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi,
- Ağız Diş Sağlığı Muayene ve Tedavi Ücret Tarifesi,
- Veteriner Hekimleri Alt Sınır Ücret Tarifesi,
- Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Asgari Ücret Tarifesi,
- Serbest Mühendislik ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Tarifesi,
- Turist Rehberleri Taban Ücretleri,

vb. bulunmaktadır.

3.1.4. Regüle Edilmiş (Düzenlenmiş) Piyasalardaki Mal ve Hizmetlere İlişkin Tarifeler

En basit tanımıyla regülasyon, devletin iktisadi hayata müdahalesi olarak tanımlanabilir. Devletin serbest piyasaya müdahalesi; fiyatların piyasa dışında belirlenmesi, piyasaya girişin kontrol edilmesi, ürünlerin sunuluş biçimi ve kalitesine ilişkin zorunlu standartların getirilmesi gibi çeşitli şekillerde olabilir. Serbest piyasa ekonomilerinde devletin ekonomiye müdahalesi çoğu zaman arzu edilir bir durum oluşturmadığından, yalnızca iktisadi açıdan bunun gerekli olduğu, yani “piyasa aksaklıkları”nın bulunduğu durumlarda bu

yola başvurulması gerektiği kabul görmektedir. Piyasaların iktisadi etkinliği sağlamakta yetersiz kalması ve toplumsal refahın maksimize edilemediği durumlarda piyasa aksaklıklarından söz edilmektedir.⁷⁰ Doğal tekel, bilgi asimetrisi, dışsallık gibi piyasaların rekabetçi bir şekilde oluşmasına engel oluşturacak nitelikteki piyasa aksaklıklarının yarattığı olumsuz sonuçların en aza indirilmesi açısından, piyasa aksaklığı bulunan mal ve hizmet piyasaları devlet tarafından regüle edilmektedir.

Regüle edilmiş piyasalar arasında olan bankacılık sektöründe Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), sigortacılık sektöründe Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesindeki Sigortacılık Genel Müdürlüğü, enerji sektöründe Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), ilaç sektöründe Sağlık Bakanlığı, sermaye piyasalarında Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), iletişim sektöründe Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), radyo ve televizyon yayıncılığı sektöründe Radyo ve Televizyon Üst Kurulu çeşitli yetki ve görevlere sahiptir. Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve Sağlık Bakanlığı dışındaki bu kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmayıp sektörel düzenleyici kurum ("bağımsız idari otorite") niteliğindedir. Sektörel düzenleyici kurumların regüle ettiği piyasalarda uygulanacak fiyatları bazen bizzat kendilerinin belirlediği ve piyasa aktörlerine fiyatlama konusunda herhangi bir inisiyatif bırakmadığı, bazen azami veya asgari fiyat öngören fiyat tarifeleri hazırladığı, bazen de ücret alınabilecek hizmetleri sayma yoluyla sınırladığı görülmektedir.

Regüle edilmiş piyasalardaki mal ve hizmetlere ilişkin olarak fiyat/ücret tarifesi örnekleri arasında;

- BTK'nın Mobil İletişim Arabağlantı Ücret Tarifesi,
- BTK'nın Mobil İletişim Telsiz Ücret Tarifesi,
- EPDK tarafından yılda dört kez hazırlanan Elektrik Çeyrek Tarife Tabloları,
- EPDK'nın tespit ettiği Elektrik Sayaç Kontrol Bedelleri,
- Hazine Müsteşarlığı'nın Zorunlu Trafik Sigortası Azami Prim Tablosu,
- SPK'nın Gayrimenkul Değerleme Asgari Ücret Tarifesi,
- Sağlık Bakanlığı'nın Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliği,
- BDDK'nın Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği

vb. bulunmaktadır.

⁷⁰ Şahin Ardiyok, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002, s. 11.

3.2. Fiyat Tarifelerinin Kapsadığı Coğrafi Alan ile Mal ve Hizmet Sınıfları

Yukarıda incelendiği üzere esnaf için uygulanan fiyat tarifeleri esnaf odaları tarafından hazırlanmakta ve esnaf odaları birlikleri tarafından onaylanmaktadır (5362 sayılı Kanun m.62(1)), tacirler için olan fiyat tarifeleri ticaret odaları tarafından hazırlanmaktadır (5174 sayılı Kanun m.12(1)(ı)). Öncelikle her ilde esnaf ve ticaret odası bulunduğundan, esnaf ve tacirler için olan tarifelerin uygulanacağı coğrafi alan, ilgili ilin mülki sınırları dahil olacaktır. İllerin coğrafi sınırlarının genişliği ve yöreler arası gelir farklılıklarının olabileceği ihtimali dikkate alınarak mevzuatta, buldukları yerlerin ekonomik ve sosyal göstergelerini dikkate alarak odaların farklı yerler için farklı tarifeler hazırlayabilmesine imkan tanınmıştır.⁷¹ Bunun dışında, sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeylerine paralel olarak, ilçelerde de (örneğin Çorlu, Marmaris vs.) ayrı esnaf ve ticaret odaları bulunmaktadır. Böyle bir durumda illerin dışında, ilçe bazında da ayrı fiyat tarifelerine rastlanabilecektir. Gerçekten de girdi maliyetlerinin, kira bedellerinin, ulaşım giderlerinin vs. bir gereği olarak fiyatların ilçeden ilçeye, hatta semtten semte bile farklılık gösterebileceği gerçeği karşısında ilçe bazında da tarife düzenlenebilmektedir.

İl ve ilçe bazında fiyatlarda görülebilecek farklılıklar karşısında, fiyat tarifelerinin katılgını yumuşatabilmek ve tarifeleri daha esnek hale getirebilmek adına esnaf ve tacirlerin sunduğu mal ve hizmetlerin birtakım sınıflara ayırdığı görülmektedir. Bu yöntem uyarınca farklı sınıftaki mal ve hizmetler için, birbirinden farklı fiyatlar içeren tarifeler bulunmaktadır. İktisadi hayatta bir mal veya hizmet sunan bir işletmenin, o mal veya hizmeti diğer işletmelerle mutlaka aynı kalitede sunması söz konusu olmayabilir. Tarifeler belirlenirken bu husus bir ölçüde dikkate alınmış ve “lüks sınıf”, “1. sınıf”, “2. sınıf” şeklinde ayrımlar yapılmıştır. Söz konusu ayrımlar ilçe veya semt farklılıklarının yaratacağı fiyat farklılıklarını karşılamak için kullanılabilir. Örneğin Ankara’da Çankaya’da faaliyet gösteren bir güzellik salonu muhtemelen lüks sınıfa girecekken, Nallıhan’daki bir güzellik salonu ise muhtemelen 1. veya 2. sınıfa dahil olacaktır. Bu şekilde Çankaya için belirlenen fiyatlar, girdi maliyetlerinin ve halkın alım gücünün daha düşük olduğu Nallıhan için geçerli olmayacaktır.

Serbest meslek tarifeleri, odaların üst birlikleri tarafından hazırlandığından il veya ilçe bazında değil, Türkiye çapında geçerli olmak üzere hazırlanmaktadır. Örneğin Türkiye Barolar Birliği’nin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi tüm Türkiye çapında geçerlidir; iller bazında farklı tarifeler bulunmamaktadır. Örneğin Ankara Barosu tarafından hazırlanarak Ankara’da geçerli olan ayrı bir ücret tarifesi söz konusu değildir. Yine serbest meslek tarifeleri açısından “lüks

⁷¹ Bkz. Esnaf ve Sanatkârlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik m.5(5); Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik m.5(3).

sınıf”, “1. sınıf” vb. şeklinde bir sınıf ayrımı da yapılmamaktadır. Esnaf veya tacirlerden tarafından sunulan mal ve hizmetler açısından kalite farkı olabileceği kanun koyucu tarafından kabul edilmekle birlikte, aynı düşünce serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetler için kabul görmemiştir. Hâlbuki örneğin tedavi hizmetleri de tüm doktorlar tarafından birbiriyle aynı kalitede sunulmayabilir. Bu hususun göz ardı edilmiş olması, kaliteli hizmet sunanlar ile kalitesiz hizmet sunanların aynı asgari ücreti almasına neden olmakta, böylece serbest meslek faaliyetleri için kalite faktörünün önemini bir ölçüde ortadan kaldırmaktadır.

Regüle edilmiş piyasalardaki mal ve hizmetlere ilişkin fiyat tarifelerinin kapsadığı coğrafiaları açısından ise bir genellemenin yapılamadığı, bu konuda farklı düzenlemelerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Örneğin Zorunlu Trafik Sigortası Azami Prim Tablosu, tüm Türkiye çapında uygulanır nitelikte primler içermemekte, onun yerine belli il grupları bazında geçerli olan primler öngörmektedir.⁷² Buna karşın, Mobil İletişim Arabağlantı Ücret Tarifesi açısından ise ilgili coğrafi pazar tüm Türkiye olduğundan, fiyatların il veya ilçe bazında düzenlenmesi söz konusu değildir. Yine esnaf ve tacirler için olan fiyat tarifelerindeki hizmet sınıflarına benzer bir ayırım, regüle edilmiş piyasalardaki hizmetler için bulunmamaktadır. Regülasyona tabi olmaları sonucu, regüle edilmiş piyasalarda sunulan mal ve hizmetlerin kalitesi de çoğu zaman regüle edilen parametreler arasında olduğundan, ilgili mal veya hizmetin farklı kalitelerde piyasaya sunulması çoğu zaman söz konusu olmayabilir. Bu nedenle regüle edilmiş piyasalardaki tarifeler açısından mal ve hizmet sınıfı ayrımı önem taşımamaktadır.

3.3. Fiyat Tarifelerinde Düzenlenen Fiyatların Niteliği

Fiyat tarifeleri, içerdikleri mal ve hizmetler için çeşitli fiyatlar içermektedir. Fiyat tarifelerinde yer alan fiyatların niteliği konusu, yani fiyatların sabit mi (tek fiyat) yoksa esnek mi, bu bağlamda “asgari” (taban) mi yoksa “azami” (tavan) mi olduğu son derece önemlidir. Bunun nedeni fiyat tarifelerindeki fiyatların niteliğinin, işletmelerin fiyatlama politikasını biçimlendirebilecek olmasıdır. Örneğin bir mal veya hizmet için fiyatın asgari olması durumunda tarifenin altında, azami olması durumunda ise tarifenin üstünde bir fiyat politikası benimsenemeyecektir. Fiyat tarifelerindeki fiyatların genellikle esnek olduğu, sabit fiyatların ise istisnai olduğu görülmektedir. Yalnızca regüle edilmiş piyasalardaki bazı mal ve hizmetler için sektörel düzenleyici kurumların

⁷² Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine İlişkin Genelge uyarınca Türkiye çapında iller sekiz gruba bölünmüş, her bir grup için trafik yoğunluğu ve kaza istatistikleri dikkate alınarak azami fiyatlar belirlenmiştir. Bu tarifede hasar frekansı yüksek olan illerde daha yüksek prim tavanları, hasar frekansı düşük olan illerde ise daha düşük prim tavanları belirlenmiştir.

hazırladığı fiyat tarifelerindeki fiyatların sabit olduğu ortaya çıkmaktadır.⁷³ Bu durumda ilgili mal veya hizmeti sunan işletmelerin uygulayacağı fiyat tektir, sabittir. Regüle edilmiş piyasalardaki fiyat tarifeleri dışında, esnaf ve tacirler için olan fiyat tarifeleri azami, serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetler için olan fiyat tarifeleri ise asgari fiyatlar (ücretler) içermektedir.

Esnaf ve ticari işletme faaliyeti kapsamında sunulan mal ve hizmetler için olan fiyat tarifelerinde düzenlenen fiyatlar azamidir, yani esnaf ve tacirlerin müşterilerinden talep edebileceği en yüksek (maksimum) hadleri içermektedir. Öyle ki Esnaf ve Sanatkârlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin (d) bendinde fiyat tarifesi “[e] *snaf ve sanatkârlarca üretilen mal ve hizmetler için uygulanacak azami fiyat hadlerini gösteren tarife*” şeklinde tanımlanmıştır.⁷⁴ Fiyatlar azami olduğu için esnaf ve tacirlerin ilgili mal veya hizmet için tarifede yazan fiyattan daha yüksek bir bedel talep etmesi yasaklanmıştır. Böylece hukuk düzeni, esnaf ve ticari işletme faaliyeti kapsamında sunulan mallar ve hizmetler için talep edilebilecek en yüksek haddi belirlemiş, esnaf ve tacirlerin ancak bu haddin altına inebilmesine izin vermiştir. Tarifelere uyulup uyulmadığı, bu bağlamda azami fiyatın üzerinde bir fiyatla mal veya hizmet satılıp satılmadığı esnaf odaları tarafından denetlenmektedir. Fiyat tarifelerine aykırılık halinde esnaf odaları birliklerinin disiplin cezası uygulama yetkileri bulunmaktadır.⁷⁵

Azami fiyatın sabit fiyattan farklı olması sonucu işletmeler bir ölçüde esnekliğe sahiptir. Kendilerine tanınan esneklik uyarınca işletmeler, kural olarak kaliteden ödün vermeden tarifenin altında bir satış politikası uygulayabilir. Ancak mevzuatta tarifenin ne kadar altına inilebileceği konusunda somut bir ölçüte yer verilmemiştir. Tarifelerin altında satış yapmak, hâlihazırda ucu açık bir davranış olmaktan öteye gidememektedir. Şöyle ki tarife altı satıştan kastedilen tarifenin ufak bir miktar altında olabileceği gibi, tarifeye göre tarifenin çok altında da olabilir. Bunun somut bir ölçütü bulunmamaktadır. Matematiksel olarak somut bir biçimde belirlenebilecek

⁷³ Örneğin BTK'nın Arabağlantı Ücret Tarifesi kapsamında belirlediği mobil operatörlerin çağrı sonlandırma ücretleri sabit olup, tüm mobil operatörlerin bu fiyatlara uyması zorunludur.

⁷⁴ Yine Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 4. fıkrasındaki “[t]arifelerde yer alan fiyatlar azami hadleri gösterir” hükmü de tacirler için olan fiyat tarifelerinin benzer biçimde azami fiyatlar içerdiğini göstermektedir.

⁷⁵ 5326 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendi gereği, esnaf işletmelerinde fiyat tarifelerinin bulundurulup bulundurulmadığı ve söz konusu tarifelere uyulup uyulmadığı, ilgili esnafın kayıtlı olduğu oda tarafından denetlenebilecektir. Bu denetimin nasıl gerçekleştirileceği ve denetim sonucunda ne tür bir işlem yapılacağı Esnaf ve Sanatkârlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik'te de öngörülmektedir (m.11-12).

olan yalnızca maliyetin altında satıştır. Yukarıda incelenen Yargıtay kararlarında maliyet altı satış özel olarak düzenlenmekte, ancak bunun dışında tarifenin altında bir fiyat belirlendiğinde, “*oldukça altında*”, “*çok altında*” gibi muğlak değerlendirmelere rastlanmaktadır. Tarifenin altında satış, normal şartlar altında rekabetin bir gereği olsa da iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabete yol açabileceğinden işletmeler açısından belli bir risk arz etmektedir.

Serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetler için olan fiyat tarifelerinde düzenlenen fiyatlar ise asgaridir, yani ilgili serbest meslek faaliyeti hizmetini alanların ödemesi gereken en düşük (minimum) miktarı içermektedir. Serbest meslek faaliyetlerindeki ücretlerin asgari olduğu bizzat tarifelerin adında zikredilmektedir (örneğin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi). Ücretler asgari olduğundan serbest meslek mensuplarının ilgili hizmet için tarifede yazan en alt sınırdan daha düşük bir ücret talep etmesi yasaklanmıştır. Asgari fiyatın altında bir ücretle hizmet görmek, çoğu zaman meslek ahlakıyla bağdaşmayan bir davranış sayılmakta ve disiplin cezasını gerektirmektedir.⁷⁶ Böylece hukuk düzeni, serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetler için talep edilebilecek en düşük haddi belirlemiş, serbest meslek mensuplarının bu haddin üstünde hizmet görmesini zorunlu kılmıştır. Asgari ücretin üzerinde olmak koşuluyla esnek bir fiyatlama politikasına izin veren mevzuat, çoğu zaman serbest meslek mensuplarının hizmetleri için en yüksek ücret için sınırlayıcı bir kriter belirlememiştir.⁷⁷

Esnaf ve tacirler için olan fiyat tarifelerinin azami, serbest meslek mensupları için olan ücret tarifelerinin ise asgari olmasının arasındaki farkın gerekçesi merak konusudur. Bu farkın anlaşılabilmesi için fiyat tarifelerinin azami veya asgari olmasının amacının ne olduğu, kimi veya neyi koruduğu incelenmelidir. Tüketicilerin perspektifinden bakıldığında bir mal veya hizmet için azami

⁷⁶ Örneğin 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında “[ü]cretin asgari miktarı tarife ile belirlenir” denildikten sonra, 2. fıkrasında “[t]arifedeki asgari miktar altında ücret karşılığında iş kabulü yasak olup, aksine hareket disiplin cezasını gerektirir” hükmüne yer verilmiştir. Benzer biçimde, 6326 sayılı Turist Rehberliği Meslek Kanunu uyarınca “[t]uristrehberliği sözleşmesi yapmadan veya taban ücretin altında çalışılması” kınama cezasını gerektiren bir davranıştır (m.(5)(1)(b)(4)). Başka bir örnek olarak, Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği m.116(3)(b)(6) hükmüne göre “*Oda asgari ücret tarifesinin altında ücret almak*”, idari para cezası verilmesini gerektiren bir davranış olarak düzenlenmiştir.

⁷⁷ Mevzuatta spesifik olarak asgari ücret tarifesini sınırlayan bir üst had öngörülmüş olabilir. Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164(2). maddesinde “[y]üzde 25'i aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir” hükmü yer almaktadır. Bu madde uyarınca dava konusu değer üzerinden alınan avukatlık ücretleri için kanun bir üst had (miktarın en fazla dörtte biri) belirlemiştir. Bunun dışında, genel hükümlerin uygulanması, bu bağlamda TBK m.28'de düzenlenen “aşırı yararlanma”nın (gabin) gündeme gelmesi söz konusu olabilir.

fiyatın belirlenmiş olması tüketici refahının korunmasına hizmet etmekte, tüketici randının üreticilere transferini önlemektedir. Bu sayede hiçbir esnaf veya tacir, devlet tarafından belirlenen fiyattan daha yüksek bir fiyata mal veya hizmet satamamaktadır. Esnaf ve tacirler arası yaşanabilecek rekabet sonucu tavan fiyatın altında mal ve hizmet satılmasından tüketiciler yararlanacaktır. Buna karşın, asgari fiyatın ise tüketici refahına bir faydası bulunmamaktadır, çünkü tüketiciler asgari fiyatın altında mal veya hizmet satın alamamaktadır. Serbest meslek mensupları arasında bu bağlamda rekabet yaşanmamakta ve tüketiciler rekabetin getirilerinden yararlanamayıp, ilgili hizmeti aynı asgari ücretten almak durumunda kalmaktadır.

Esnaf ve tacirlerin perspektifinden bakıldığında fiyatların azami olması, mal veya hizmet satımından elde edebilecekleri kazancı sınırlamaktadır. Esnaf ve tacirler, kendi ürettikleri malları veya sundukları hizmetleri, serbest piyasa ekonomisi koşullarında dahi devletin belirlediği haddin üzerinde piyasaya sunmamaktadır. Esnaf ve tacirlerin, tüketicilerin talep esnekliğinden yararlanıp talep esnekliği düşük tüketicilere yüksek fiyatla mal veya hizmet satmalarına azami fiyat tarifeleri engel oluşturmaktadır. Bu nedenle azami fiyat, esnaf ve tacirlerin menfaatlerine uygun olmayıp, üretici refahını düşürmektedir. Serbest meslek mensuplarının perspektifinden bakıldığında ise fiyatların asgari olması, sundukları hizmetlerin fiyatlarının her hâlükârda belli bir taban fiyatın altına düşmemesi anlamına gelmektedir. Bu sayede serbest meslek mensupları, rekabetin yol açabileceği düşük fiyatlara karşı kendilerini koruyabilmektedir. Ayrıca sunduğu hizmetlerin kalitesine göre aslında daha düşük bir ücreti hak edenler de kaliteli hizmet sunanlarla aynı asgari ücreti alacaktır.⁷⁸ Asgari ücret bu nedenle serbest meslek mensuplarının menfaatine uygundur ve üretici refahını arttırmaktadır.

Kamunun (toplumun) perspektifinden bakıldığında ise fiyatların azami olması; enflasyon, yükselen döviz kurları vb. nedenler sonucu fiyat artışlarını önleyici nitelik taşımaktadır. Zira fiyat tarifeleri, yenileriyle değiştirilmediği sürece geçerli olacaktır.⁷⁹Fiyat tarifelerinin yenilenmesinin önünde de çeşitli

⁷⁸ Serbest mesleklerdeki düzenlemelerin, bu bağlamda ücret tarifelerinin, temel gerekçesi serbest meslek mensupları tarafından verilen hizmetlerin kalitesinin müşteriler tarafından değerlendirilemeyeceği, bu nedenle müşterilerin doğru tercihler yapamayacağıdır. Böylece düzenlemeler serbest meslek faaliyetleri kapsamındaki hizmetlerin belirli bir kalitede verilebilmesini sağlamak, yani kamu yararı gerekçesiyle meşrulaştırılmaktadır. Ancak her ne kadar kamu yararı hedeflense de, ilgili düzenlemelerin rekabeti engellediği ve kamu yararından çok ilgili meslek mensuplarının yararına sonuçlar doğurduğuna ilişkin güçlü kanıtlar bulunmaktadır. Murat Çokgezen / Fevzi Toksoy, "Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Deregülasyon ve Rekabet Hukuku", *Rekabet Dergisi*, C. 14, Sa. 3, s. 5.

⁷⁹ Serbest meslek faaliyeti kapsamındaki ücret tarifeleri, mevzuat gereği yıl bazında hazırlanmaktadır (bkz. 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m.46, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.168 ve 6326 sayılı Turist Rehberliği

bürokratik engeller olduğundan azami fiyat, fiyat artışlarının kısa vadede mal ve hizmetlerin fiyatlarına yansımaları engelleyebilecektir. Aynı zamanda azami fiyat, esnaf ve tacirlerin aynı mal veya hizmet için maliyette bir fark olmamasına rağmen toplumun farklı kesimlerine farklı fiyatlar uygulamasının (fiyat ayrımcılığı) önüne geçilmesine de yardımcı olmaktadır. Asgari fiyat ise “eşit iş için, eşit ücret” düşüncesine destek olmakta ve aynı işi yapanların aynı ücreti almasını sağlayarak toplumdaki gelir adaletsizliğini azaltabilmektedir. Ayrıca hizmetler için asgari bir ücretin bulunması, kaliteden ödün vererek o hizmeti daha düşük ücretle yapmaya teşebbüs eden kişilerin sunacağı kalitesiz hizmetlere karşı toplumu koruyabilecektir. Bunun dışında kamu düzeni, tüketicinin korunması, kişilerin cam ve mal güvenliğinin sağlanması veya mesleki yozlaşmanın önüne geçilmesi gibi amaçlar sonucu da tarifelerle veya diğer araçlarla rekabet sınırlandırılabilir.⁸⁰

Sonuç olarak azami fiyat tarifeleri, tüketicilerin lehine ancak esnaf ve tacirlerin aleyhinedir. Azami fiyat durumunda rekabete izin verilmekte ve bunun sonucunda fiyatlar azami haddenden daha aşağıya düşebilmektedir. Buradaki tek tehlike esnaf ve tacirlerin azami fiyatı, sabit fiyat gibi algılayarak bu fiyat üzerinden mal ve hizmet satması (veya haklarında açılacak haksız rekabet davaları sonucu satmak zorunda bırakılması) durumunda rekabetin ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla rekabetten beklenen faydaların elde edilebilmesi için azami fiyatın, tavan fiyat olduğu unutulmamalı ve bu fiyatın altındaki satışlar (maliyet altı satış hariç) engellenmemelidir. Asgari fiyat tarifelerinde ise farklı bir rasyonel bulunmaktadır. Burada belli hizmetler için asgari ücretler belirlenerek, o işi yapanlar için belli bir yaşam standardı sağlama amacı ağır basmaktadır.⁸¹ Avukat, mühendis, doktor gibi kalifiye ve mesleki yeterliliğe sahip profesyonellerin düşük ücretlere çalışmasının önlenmesi arzu

Meslek Kanunu m.6(1)). Esnaf ve tacirler için olan fiyat tarifeleri ise yıl bazında değil, “gerektiğinde” hazırlanmaktadır. Gerek Esnaf ve Sanatkârlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik’te, gerekse Tacir ve Sanayiciler Tarafından Üretilen Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyat Tarifelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik’te tarifelerin hazırlanma sürecinde yapılacak birtakım sürelerle yer verilmekle birlikte, tarifelerin ne zaman hazırlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle uygulamada özellikle tacirler için olan fiyat tarifelerinin her yıl güncellenmediği, bazen yıllar önce hazırlanan tarifelerin dahi yürürlükte olabildiği gözlemlenmektedir. Şüphesiz enflasyon oranı ve döviz kurları nedeniyle artabilecek maliyetler dikkate alınmadan önceki yıllara ait fiyat tarifelerinin güncellenmemesi, fiyat tarifelerinin uygulamada değerini azaltmaktadır.

⁸⁰ Ateş, (2013), s. 27.

⁸¹ Ülkemizde işçilere ödenecek ücretler için Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından periyodik olarak asgari ücret tarifeleri hazırlanmaktadır. Aslında serbest piyasa ekonomilerinde işçilere ödenecek ücretin, piyasa koşullarında ihtiyaca göre ve işçilerin vasıfları göz önünde bulundurularak belirlenmesi icap etmektedir. Ancak işçilerin sömürülmemesi, emeğe saygı, işçiler için asgari bir yaşam standardının sağlanması gibi çeşitli amaçlarla devlet işverenlerce işçilerine ödenecek ücretin asgarisini kendisi belirlemektedir.

edilmektedir. Ticari bir hizmet satımı yerine “emek” unsuru ön plandadır ve mal ve hizmet piyasalarına kıyasla emek piyasasında rekabet, devletin sosyal amaçlı müdahaleleri sonucu, daha sınırlıdır. Bu yüzden de bir bakıma emeğin karşılığı olarak ücretin azamisi değil, asgarisi belirlenmektedir.

3.4. Serbest Piyasa Ekonomisinde Fiyat Tarifelerinin Yeri

Serbest piyasa ekonomisi (liberal ekonomi), genel olarak devletin ekonomiden işletmeci olarak elini çektiği, bunun yerine piyasaları düzenleyici ve denetleyici bir işlev gördüğü, özel teşebbüslerin ekonominin başını çektiği ve ekonomik kararların piyasa aktörleri tarafından alındığı bir ekonomik sistemdir. Serbest piyasa ekonomisinde devlet, piyasaya doğrudan müdahale etmeyen, sadece piyasa düzeninin bozulmaması için birtakım kurallar belirleyen, ancak gerektiğinde sınırlı müdahalelerde bulunabilen bir konumdadır. Bu bağlamda serbest piyasa ekonomisi, adeta “devletin kürek çekmediği, daha ziyade dümen tuttuğu” bir düzene işaret etmektedir.⁸² Serbest piyasa ekonomisinde mal ve hizmetlerin fiyatları da devlet tarafından değil, piyasa koşullarında arz talep dengesine göre ve rekabet esaslarına uygun olarak belirlenmektedir. Geçmişte karma ekonomik politikaların benimsendiği ülkemizde, 24 Ocak 1980 kararlarından itibaren serbest piyasa ekonomisi modeline geçilmiştir.⁸³ 1982 Anayasası da herhangi bir ekonomik modeli dayatmamakta olup, karma ekonomik politikalar kadar liberal bir politikayı da takibe elverişlidir.⁸⁴

Fiyat tarifelerindeki mal ve hizmetlerin satış fiyatlarının kamu kuruluşları tarafından belirlenmesi ve fiyat tarifelerinin ilgililer üzerinde bağlayıcı nitelikte olması, serbest piyasa ekonomisinde fiyatların olması gerektiği gibi piyasadaki arz ve talep dengesine göre oluşmamasına yol açmaktadır. Bu nedenle fiyat tarifelerinin, serbest piyasa ekonomisinin gerekleriyle pek de uygun düştüğü söylenemez. Ancak bu, fiyat tarifelerinin tamamen serbest piyasa ekonomisiyle bağdaşmadığı anlamına da gelmemektedir; tarifeden tarifeye göre durum değişmektedir. Öncelikle regüle edilmiş piyasalardaki tarifeleri diğer tarifelerden ayırmak gerekir. Yukarıda ifade edildiği üzere regülasyon piyasa aksaklıklarının bulunduğu piyasalarda söz konusudur ve bu piyasalardaki koşullar sonucu rekabet yeterli seviyede oluşmamaktadır. Aksak bir rekabet sonucu, regüle edilmiş piyasalarda fiyatlara devlet tarafından müdahale edilmektedir. Örneğin mobil iletişim pazarında arabağlantı ücretlerinin BTK tarafından belirlenmesi rekabete aykırı olmayıp, tam tersine dışsallık sorunu sonucu ilgili pazarda rekabetin tesis edilebilmesi açısından gereklilik arz etmektedir. Dolayısıyla, regüle edilmiş piyasalarda fiyat tarifelerinin bulunuyor olması serbest piyasa ekonomisine aykırı değildir.

⁸² Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 7.

⁸³ Ateş, (2013), s.15.

⁸⁴ Turgut Tan, “Anayasal Ekonomik Düzen”, *Anayasa Yargısı*, Sa. 7, s. 165.

Serbest meslek faaliyetleri kapsamında sunulan hizmetler için fiyat tarifelerinin durumu biraz daha farklıdır. Serbest meslekler pek çok konuda devlet tarafından sıkı kurallara tabi kılınmakta, bu bağlamda diploma ve yeterlilik aranmakta, asgari eğitim ve staj zorunluluğu bulunmakta, Türk vatandaşı olma koşulu gerekmekte, adli sicilin temiz olup olmadığına bakılmakta, meslek birliklerine üyelik gerekmekte, çeşitli davranış kodları düzenlenmekte ve mensuplarına yaptığı işler açısından tekel hakkı tanınmaktadır. Bu denli sıkı kurallara uygun olarak yerine getirilen serbest meslek faaliyetleri kapsamında sunulan hizmetler için haliyle fiyat tarifeleri de bulunmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere serbest meslek faaliyetleri için öngörülen asgari ücret tarifelerinin geri planında serbest meslek mensupları için belli bir yaşam standardı sağlama ve düşük ücretlerin mesleki kaliteyi düşürmesinin önüne geçme amacı yer almaktadır. Böylece serbest mesleklerde rekabet, daha sınırlı bir düzeyde gerçekleşmek durumunda kalmaktadır.⁸⁵Bu açıdan serbest meslek faaliyetleri için hazırlanan asgari fiyat tarifelerinin serbest piyasa ekonomisiyle bağdaştırılması güçtür.

Esnaf ve tacirler için olan fiyat tarifeleri ise serbest piyasa ekonomisine en fazla aykırılık oluşturan tarifelerdir. Burada regüle edilmiş piyasalardaki gibi fiyatlara devlet müdahalesini gerektiren bir piyasa aksaklığı olmadığı gibi, serbest meslek faaliyeti de söz konusu değildir. Esnaf ve tacirler için de fiyat tarifelerinin belirlenmesi daha ziyade tarihinedenlerden kaynaklanmaktadır. Osmanlı döneminde esnaf faaliyeti kapsamına dahil iş kollarında “lonca” adı verilen teşkilatlar bulunmaktaydı. Loncalara kaydolma yükümlülüğü bulunan esnaf, faaliyetlerini loncaların gözetimi ve denetimi altında yerine getirmektedir. Loncalar, ilgili iş kolunda çalışabilecek esnafın niteliklerini ve sayısını, üretilen malların ve hizmetlerin kalitesini ve fiyatını belirleme yetkilerine sahipti.⁸⁶Cumhuriyetin kurulmasıyla birlikte lonca sistemi tarihe

⁸⁵ Hizmetlerde hizmet kalitesi, önemli ölçüde hizmeti veren kişiye, onun bilgi ve becerisine bağlıdır. Hizmet verenlerin hizmetin maliyetini düşürme ve hizmetin kalitesini artırma imkanı sınırlıdır. Bu çerçevede hizmet piyasalarında rekabetin fiyat düşürme ve kalite artırma işlevlerini yerine getirme şansı, mal piyasalarına oranla daha sınırlıdır. Erdal Türkkan, *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, C. II, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s. 543.

⁸⁶ Osmanlı ekonomisi ve fiyat politikası büyük ölçüde İslam iktisat ilkelerinin bir uygulaması, bir uzantısı niteliğindedir. Osmanlı Devleti, İslam geleneğine bağlı olarak ticaret serbestisini bir ilke olarak benimsemiş, bunun yanında üreticiyi ve tüketiciyi zarara uğratacak durumların ortaya çıkmasını engellemek için denetim mekanizması kurmuştur. Osmanlı ekonomisinde üretim cephesi esnaf teşkilatları (lonca) tarafından düzenlenmekteydi. Esnaf üzerinde devletin denetimi, Ahilik ilkelerine dayalı İslam esnaf birliklerinin bir devamı olan bu teşkilatlar vasıtasıyla sağlanıyordu. Loncalar belli iktisadî ve sosyal hedeflere ulaşmak için hem arz ve talep şartlarını düzenlemekte, hem de sonuçlarını denetim altında tutmaktaydı. Örneğin esnafın işsiz kalmaması ve aşırı üretim buhranlarının önlenmesi adına dükkân sayısı sınırlandırılmakta, ayrıca esnaflığa yeni başlayan kişinin (çırak) mesleğinde uzmanlaşmadıkça ve yeterli zamanı doldurmadıkça yükselmesi ve ustasından

karışmış, loncaların yerini esnaf ve sanatkâr odaları, dernekler ve işçi ve işveren sendikaları almıştır.⁸⁷ Osmanlı ekonomik sisteminin bir ürünü olan lonca teşkilatının tarihe karışmasına ve serbest piyasa ekonomisine geçişe rağmen, ticari hayattaki eski geleneklerin ve düzenin bir kalıntısı olan fiyat tarifeleri, misyonunu yitirmiş bir biçimde günümüzde de varlığını sürdürmektedir.

3.5. Fiyat Tarifelerine İlişkin Öğretideki Görüşler

Fiyat tarifeleri konusu öğretilerde çoğunlukla rekabet hukuku bağlamında ele alınmaktadır. Rekabet hukuku öğretisinde fiyat tarifelerine ilişkin olarak net bir karşı duruşun sergilendiği anlaşılmaktadır. Örneğin fiyat tarifelerinin RKHK kapsamında yasak faaliyetlerden olan fiyat tespiti çerçevesine girdiğini belirten *Topçuoğlu*, buna rağmen meslek odalarının fiyat tespiti yapmaya devam etmelerinin makul bir izahının olamayacağını savunmaktadır.⁸⁸ Özel teşebbüsler arasındaki anlaşmalarla rekabetin sınırlandırılması yasaklanmışken, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyelerini organize etmek suretiyle rekabeti sınırlamalarına olumlu bakılmasının düşünülemeyeceği görüşünde olan yazar, bu kuruluşlarca yapılan fiyat tespiti uygulamalarının RKHK sonrası artık sona erdirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁸⁹ *Güven* de fiyatların tespit edilmesinin, rekabetin var olmadığı anlamına geldiğini belirttiikten sonra, RKHK'nın açık hükümleri karşısında meslek birliklerince asgari ücret tespiti yapılmasının hukuka aykırı olduğunun altını çizmiştir.⁹⁰

Buna ek olarak, *Özden* kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının asgari ücret tarifeleri hazırlamasının, ülkemizde en fazla rastlanan rekabet kısıtlamaları arasında olduğunu kaydetmiştir.⁹¹ *Özkan* fiyat tespiti

ayrı dükkân açması önlenmeye çalışılmaktaydı. Bu bağlamda loncalar, piyasa fiyatlarına da müdahale etmek zorunluluğu hissetmişti. Osmanlı ekonomisinde fiyatların devletçe denetimine “*narh sistemi*” adı verilmekteydi. Osmanlı narh uygulamasında temel ölçü arz ve talep şartlarıydı. Tekelci eğilimlerin artması, kuraklık, ulaşım zorlukları, savaş gibi sebeplerden dolayı üretimin azalması, Ramazan ayı öncesi artan fiyatlar gibi gerekçelerle fiyatlara müdahale edilirdi. Mal arzında bir daralma olduğunda narh fiyatları yükseltilir, arzın genişlemesi halinde tekrar düşürülürdü. Maliyet ve talep yapısı incelenerek yapılan çalışmalar sonunda bir fiyat belirlenir, bu fiyata satıcının makul bir kârı eklenir ve kalite farkı da dikkate alınır. Kapitalizmden farklı olan bu ekonomik sistem; Osmanlı'nın dünya sahnesinde gerilemesi, ticaret yollarının değişimi, coğrafi keşifler gibi nedenler sonucu çökmüştür. Ahmet Tabakoğlu “Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 43, s. 111-150.

⁸⁷ Selahattin Bayram, “Osmanlı Devleti’nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilâtı ve Esnaf Loncaları”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sa: 21, s. 110.

⁸⁸ Metin Topçuoğlu, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara, 2001, s. 219.

⁸⁹ a.g.e., s. 183 ve 122.

⁹⁰ Şirin Güven, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 144.

⁹¹ Mehmet Özden, *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri

uygulamalarının, özel bir teşebbüs veya teşebbüs birliği tarafından gerçekleştirildiğinde rekabet ihlali sayılıp yasaklanırken, bir kamu kuruluşunca gerçekleştirildiği zaman RKHK'nın kapsamı dışında kaldığına dikkat çekerek, meslek odalarına mevzuatta tanınan birtakım yetkilerin kullanılması sonucu ortaya çıkan durumların önlenmesi hususunda RKHK'nın açıkça yetersiz kaldığını ileri sürmektedir.⁹² *Türkkan* ise hizmet piyasalarında rekabetin artırılabilmesi için yapılabilecek önemli girişimlerden birinin de meslek odalarının fiyat belirleme yoluyla rekabeti engellemesinin yollarının kapatılması olduğunu öne sürmektedir.⁹³ Son olarak, *İnan* da kamu kuruluşlarına fiyat tespiti yetkisi veren mevzuata karşı Rekabet Kurulu'nun, bunların rekabet politikasına uygunluğunu saptayıp ardından hükümete gereken önerileri yapması gerektiği görüşündedir.⁹⁴

Bununla birlikte, konuyu haksız rekabet bağlamında değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır. Haksız rekabet bağlamındaki yazarların, yalnızca esnaf tarifeleri açısından konuyu ele almış oldukları, serbest meslek tarifeleri ve regüle edilen piyasalardaki tarifeler hakkında değerlendirmelerde bulunmadıkları ve daha çok, belli bir grup için olan tarifelere diğer grupların mensuplarının uymamasının yarattığı etkiler üzerine yoğunlaştıkları anlaşılmaktadır. Örneğin *Ülgen vd.*, 5362 sayılı Kanun çerçevesinde tespit edilen azami fiyatların yalnızca esnaf bakımından geçerli olduğuna, ancak uygulamada sıkça ekmek üretimi ve satışı ile uğraşan tacirlerin, esnaf birlikleri tarafından tespit edilmiş fiyatların "*altında veya üzerindeki bir fiyattan*" ekmek sattıklarının görüldüğüne dikkat çektikten sonra, bu durumun ekmek üretim ve satışı ile uğraşan esnaf bakımından eşitsizliğe yol açtığını, dolayısıyla bunun TTK çerçevesinde haksız rekabet olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁹⁵ Esasen yazar, esnaf tarifelerine tacirlerin uymamasının, esnaf aleyhine olarak haksız rekabete yol açtığını belirtse de yazarın sözcük seçiminden, esnaf tarifelerine bizzat esnafın uymaması durumunda bunun da haksız rekabet oluşturabileceği anlaşılmaktadır.

Buna karşın *Nomer Ertan*, 5362 sayılı Kanun çerçevesinde tespit edilen fiyatların, sadece söz konusu mal veya hizmeti üreten ve ilgili esnaf odasına üye olan esnaf açısından bağlayıcı olduğunu, üye olmayanlar bakımından ise, örneğin tacirler, "kural olarak" bağlayıcı olmadığını öne sürmüştür.⁹⁶ Bu

Serisi No: 60, Ankara, 2004, s. 57.

⁹² Ahmet Fatih Özkan, "Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları", *Rekabet Dergisi*, C. 10, Sa. 3, s. 186.

⁹³ Türkkan, (2009), s. 545.

⁹⁴ Nurkut İnan, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları, Sa: 1, Ankara, 1999, s. 12.

⁹⁵ Ülgen vd, (2015), s. 561.

⁹⁶ Nomer Ertan, (2016), s. 346-347.

çerçeve, esnafın ürettiği bir malın satışında azami fiyatlarla bağlı olmasına karşın, tacirlerin aynı mal veya hizmeti daha yüksek bir fiyattan satabileceğini belirtmiş ve tacirin bağlı olmadığı bir fiyat tarifesinin üzerinden bir fiyatla mal veya hizmet satmasının TTK çerçevesinde haksız rekabet oluşturmayacağını ileri sürmüştür.⁹⁷Böylece *Nomer Ertan*, aynı örneğe ilişkin olarak *Ülgen vd.*'den farklı düşünmektedir. Bununla birlikte yazar, 5362 sayılı Kanun çerçevesinde tespit edilen fiyat tarifelerinden “*daha yüksek ücretle mal ve hizmet satışı*”nın haksız rekabet oluşturacağını da ifade etmektedir.⁹⁸Yazarın esnaf tarifelerindeki azami fiyatlardan *daha yüksek fiyatla* satış yapılmasını haksız rekabet olarak değerlendirmesi dikkat çekicidir. Zira bu görüşün zıt kanıtından (*argumentum a contrario*), azami fiyat tarifelerindeki fiyatlardan daha düşük fiyatla satış yapılmasının, yani fiyat rekabeti yapmanın, haksız rekabet oluşturmayacağı sonucu çıkmaktadır.

4. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

“Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar” biçiminde tanımlanabilecek haksız rekabet, aslında kapsamı çok geniş bir kavram olma özelliğini taşımaktadır. TTK bir yandan kötüleme, karalama, yalan yanlış bilgi verme gibi davranışları haksız rekabet olarak nitelendirirken, iş şartlarına uymamayı da yine aynı düzenlemeye tabi tutmaktadır. Hâlbuki iş şartlarına uymama, diğer haksız rekabet hallerinden oldukça farklıdır; iş şartlarına uymamada ortada aldatıcı, kötüleleyici vb. bir davranış söz konusu olmayabilir.⁹⁹Örneğin mağazaların açılış-kapanış saatlerine ilişkin kurallara uyulmaması iş şartlarına aykırılık oluştursa da, mağazasını mevzuatta belirtilenden daha geç bir saatte kapatan bir işletme, rakiplerini veya müşterilerini ne aldatmaktadır, ne de kötülelemektedir. Ancak TTK uyarınca haksız rekabet oluşturan bir davranış, aldatıcı nitelikte olmasa dahi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabilecektir. Bu bağlamda söz konusu saatlere uymayan bir işletme dürüst davranmayarak haksız rekabete yol açmaktadır, zira diğer işletmeler mevzuat gereği kapalıyken satış yapan bir işletme, bunu kendi mal ve hizmetlerinin ucuz veya kaliteli olmasından değil, müşterilerin diğer işletmelerden aynı mal veya hizmeti o an için alamıyor olmalarından dolayı yapmaktadır.

Yargıtay kararlarından görüleceği üzere fiyat tarifelerine aykırılık iş şartlarına uymama kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Fiyat tarifelerine aykırılık durumunda da ortada aldatıcı, kötüleleyici vb. bir

⁹⁷ a.g.e.

⁹⁸ a.g.e., s. 346.

⁹⁹ Haksız rekabet tanımında yer aldığı üzere aldatıcı davranış veya dürüstlük kuralına diğer şekillerde aykırılık haksız rekabete yol açacaktır. Aldatıcı, yalan veya yanlış olmayan bir davranışın bu düzenleme karşısında haksız rekabet oluşturması tartışılabilir. Örneğin *Aslan*, aldatıcı olmayan, gerçekleri belirten ve yanıltıcı olmayan bir şekilde gerçeklerin açıklanmasının haksız rekabet oluşturmayacağını ifade etmiştir. *Aslan*, (2018), s. 124.

davranış yoktur. Ayrıca fiyat tarifelerine uymayan işletmeler bunu gizlilik veya zorlama suretiyle de yapmamaktadır. Bu açılardan dürüstlük kuralına aykırılık oluşturan bir durum söz konusu değildir. Bazı işletmelerin fiyat tarifelerindeki fiyatlara uygun biçimde mal ve hizmet satarken, diğer işletmelerin belirtilen fiyatlara uymadan satış yapmaları, mağaza kapanış saatlerinde olduğu gibi, bazı işletmelerin diğerlerine oranla daha fazla satış yapmalarına neden olabilecektir. Ancak bu durumun haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmek noktasında meseleye dikkatle yaklaşmak gerekecektir. Zira bir işletmenin belli bir mal veya hizmeti rakiplerinden daha düşük fiyatla satması, normal şartlar altında rekabetin en önemli getirisi ve aslında bir gereğini oluşturmaktadır. Bu nedenle TTK'nın yasakladığı "haksız rekabet" ile RKHK'nın koruduğu "rekabet" in ne anlama geldiğinin ve bu iki kavram arasındaki farkın ya da sınırın ne olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Serbest piyasa ekonomisinin dinamiği olan rekabet, aynı mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında birbirlerine üstünlük sağlama yarışıdır. Bir teşebbüsün diğerine üstünlük sağlayabilmesi için fiyatlarını düşürmesi, daha kaliteli mal üretmesi, yeni ve farklı hizmetler sunması, daha fazla satış noktasına veya dağıtım kanalına ulaşması vb. gerekecektir. Örneğin kaliteden ödün vermediği sürece fiyatını düşüren bir işletme, rakiplerine oranla daha fazla ürün satabilecektir. Zira tüketiciler, aynı kalite ve emsaldeki bir ürün için daha fazla ödeme yapmak istemeyeceklerdir. Şüphesiz bu durum diğer teşebbüsleri rekabette dezavantajlı duruma getirecektir. Rekabetçi işletmeye karşı üstünlük sağlayabilmek adına rakiplerin de fiyatlarını düşürmeleri, daha kaliteli ürün sunmaları vs. gerekecektir. Bu ise şüphesiz zor bir süreçtir. Teşebbüsler, yüksek maliyetleri sonucu fiyatlarını indiremeyebilir veya daha fazla kâr elde etmek adına indirmek istemeyebilir. Bunun önüne geçebilmek için fiyatlarını düşüren teşebbüs ile diğer teşebbüsler rekabeti sınırlayıcı anlaşma yapma yoluna gidebilir. Böylece kendi aralarında fiyatı belirleyip rekabeti ortadan kaldıran teşebbüslerin hepsi birden kazanacaktır.¹⁰⁰ Ancak bu anlaşma RKHK'ya aykırı olacaktır.

Fiyat tarifelerinde ise durum farklıdır. Fiyat tarifeleri, teşebbüsler arası rekabeti sınırlamaya son derece elverişlidir. Burada teşebbüslerin anlaşmasına gerek kalmaksızın, kamu kuruluşları tarafından belirlenen hâlihazırda bir fiyat

¹⁰⁰ Sanlı bu süreci şu şekilde özetlemektedir: "[E]konomik birimler için nihai amaç rekabette bulunmak veya tüketicileri tatmin etmek değil, salt kar elde etmek ve piyasada hakim konuma gelmektir. Dolayısıyla amaç iktisadi menfaat temini olunca, ekonomik birimler daha basit olan yolu tercih edip rakipleriyle anlaşarak... rekabet sürecini yönlendirme veya ortadan kaldırma yolunu tercih etmektedirler. Bu sayede hem rekabetin yaratacağı iktisadi belirsizlik ortadan kaldırılmakta, hem de daha az çaba ile aynı ve hatta daha fazla iktisadi menfaat temin edilebilmektedir.. Piyasaların kendi haline bırakıldığı takdirde, serbest rekabet düzeninin ekonomik birimler tarafından tahrif edilmesi karşısında rekabet düzeninin hukuken korunması mecburiyeti ortaya çıkmıştır..." Sanlı, (2000), s. 7.

bulunmaktadır. Fiyatları devletin belirlediği ve bunun resmi bir özellik arz ettiği mantığıyla teşebbüsler tarifedeki fiyatlara uyacak, bunun sonucunda aynı mal veya hizmet için her teşebbüs aynı geliri elde edecek, böylece teşebbüsler arası fiyat rekabeti yaşanmayacak ve zorlu rekabet sürecinin gerektirdiği birbirlerine üstünlük sağlama yarışından da kurtulmuş olacaklardır. Bunun için teşebbüslerin veya odaların ilgili mal veya hizmetin fiyat tarifelerindeki fiyattan satılmasını sağlamaları yeterli olacaktır. Bu noktada iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabet devreye girmektedir: Tarifeye aykırı hareket eden teşebbüslerin bu yaptıkları, diğer teşebbüslerin satışlarını olumsuz etkilemeleri sonucu, haksız rekabet(!) sayılacaktır. Normal şartlar altında rekabetin gereğini yerine getirmek dışında başka bir şey yapmayan teşebbüsler, haksız rekabete neden oldukları gerekçesiyle hukuki veya cezai yaptırımlara maruz kalabileceklerdir.

Konunun önemini göstermek adına, yazılı basına yansıyan şu haberler güzel bir örnek oluşturmaktadır:

“Ankara Fotoğrafçılar Odası Başkanı Mehmet Emin Uluyüz, bazı fotoğrafçıların çok ucuz tarifeler uygulayarak, sektörde haksız rekabet yarattığını savundu... Uluyüz, 2006 yılı başında belirlenen fiyat tarifesinde 12 adet vesikalığın azami 15 YTL olması gerektiğinin belirtildiğini ama asgari fiyat belirtilmediği için bazı stüdyoların çok düşük fiyatlar uygulayabildiğini vurguladı... ‘36 adet vesikalığı 3 YTL’ye yapan fotoğrafçı var. İsteyen fotoğrafçı, 15 YTL’yi geçmedikten sonra çok düşük fiyatlar uygulayabiliyor. Bu durum kanuna aykırı olmasa da sektörde inanılmaz bir haksız rekabet yaratıyor. Bunun önüne geçmek için tarifedeki ‘azami’ ibaresinin değiştirilmesi lazım... Biz, ahilik kültüründen gelen esnaf ve sanatkarız.”¹⁰¹

“Eskişehir Berberler ve Kuaförler Odası Başkanı Fethi Özkara, kentte berberler ve kuaförler arasında meydana gelen haksız fiyat rekabeti için ilgili mecralardan denetimlerin yapılmasını istedi.... Fiyat rekabetinin kuaförlük mesleği açısından en sorunlu bölüm haline geldiğini vurgulayan Özkara, Büyükşehir Belediyesi’nden ve resmi kurumlardan gerekli işlemlerin yapılmasını istedi... ‘Resmi olan tarifelerimizin sabit uygulanması adına çalışmaların uygulamaya geçirilmesi isteğimizdir. Bunun düzeltilmesi için gerek Eskişehir Büyükşehir Belediyesine, gerek resmi kurumlarımıza yazılarımızı yazıp gerekirse berber ve kuaförlerin adres tespitiyle bilgilendiririz’ şeklinde konuştu.”¹⁰²

¹⁰¹ Kaynak: “Fiyat kıran fotoğrafçılar haksız rekabet yaratıyor”, Hürriyet 6 Aralık 2006, <http://www.hurriyet.com.tr/fiyat-kiran-fotografcilar-haksiz-rekabet-yaratiyor-5560369>
Erişim tarihi: 13.06.2018.

¹⁰² Kaynak: “Kuaförler Arası Oluşan Haksız Rekabet İçin Denetim İstedi”, Milliyet 7 Şubat 2016, <http://www.milliyet.com.tr/kuaforler-arasi-olusan-haksiz-rekabet-eskisehir-yerelhaber-1201960/>
Erişim tarihi: 13.06.2018.

“Diyarbakır’ın Ergani ilçesindeki fotoğrafcılar, sabit bir fiyat politikasının olmamasından ve haksız rekabetten dolayı muzdarip olduklarını belirttiler. Rekabetten dolayı çok düşük bir fiyata çalışmak zorunda kaldıklarını belirten Yusuf Kaya, ‘Bu fiyat bizi kurtarmıyor. Bunun sebebi de rekabettir’ dedi... ‘Herhangi bir oda ve derneğimiz yok. Biz fotoğrafcılar kendi aramızda toplantı yapmak istiyoruz... Gelin sorunlarımızı konuşalım, ortak bir fiyat oluşturalım, ortak bir politika belirleyelim, haksız rekabet olmasın diye toplantı yapmak istiyoruz, gelmiyorlar... Bir odamız da yok. Diyarbakır’da fotoğrafcıları bağlayan odalar, dernekler var. Onların fiyat listesi var. Diyarbakır’da listeye uyuyorlar. Ergani’deki fotoğrafcılar sorun çıkarıyorlar. 6-7 fotoğrafçı yan yana gelip bir oda kuramıyoruz. Fiyatların sabitlemesi durumunda müşterimiz kaçır diye yanaşmıyorlar’ dedi.”¹⁰³

“Çankırı’da berberler, fiyat tarifesi ve haksız rekabet ortamından dertli. Çankırı genelinde 4 yıldır fiyat değiştirmeyen erkek berberleri... listenin altında fiyat uygulayan meslektaşlarından şikayetçi. Berberler, ‘Liste fiyatından düşük hizmet veren meslektaşlarımız liste fiyatı uygulasin...’ sözleri ile tepkilerini ortaya koydu. ‘Liste fiyatı 10 lira olan saç traş 5 liraya, 7 lira olan sakal traş 3 liraya kadar yapılıyor’ diyen berberler... ‘Bazı berberler müşteri kaybetmeme uğruna liste fiyatının dışına çıkmakta, bazı berberler ise fiyatta değil hizmette rekabet anlayışı güderek taviz vermekten kaçınmakta’ diye tepki gösterdi.”¹⁰⁴

“Berberler ve kuaförler arasında rekabet her geçen gün artarken, fiyat tarifesine uymayan ve standart tarifeyi uygulayan esnaf arasında gerginlik sürüyor... Eskişehir Berberler ve Kuaförler Odası Başkanı Fethi Özkara, berberler ve kuaförlerin fiyat tarifesindeki haksız rekabet ile ilgili sıkıntılarının büyük olduğunu vurguladı... “burada bir kargaşa, bir sıkıntı var. Bunun düzelmesiyle ilgili Bakanlıkta çalışmalar var, ama bir an önce olmalı. Yoksa esnaf birbirini yiyecek hale gelecek. Esnaf ayakta durma savaşı verirken, rekabet karşından güzel görünüyor. Oysa insanlara rekabet daha çok zarar veriyor, çünkü bir yapılan işi karşındaki müşteri aynı yapılan işlem olarak görüyor ve fiyatın aynı olmasını istiyor. Oysa hizmetlerde de farklılıklar var, bu farklılıklar sayesinde fiyat değişimleri ortaya çıkıyor... Diyoruz ki, Berberler ve Kuaförler Meslek Odalarına ses verilsin.”¹⁰⁵

¹⁰³ Kaynak: “Fotoğrafcılar haksız rekabetten dolayı muzdarib”, İlke Haber Ajansı 11 Temmuz 2016, <https://ilkha.com/haber/38491/fotografcilar-haksiz-rekabetten-dolayi-muzdarip>
Erişim tarihi: 13.06.2018.

¹⁰⁴ Kaynak: “Berberler, Fiyat Tarifesi ve Haksız Rekabetten Şikayetçi”, Haberciniz 22 Aralık 2015, <http://haberciniz.biz/berberler-fiyat-tarifesi-ve-haksiz-rekabetten-sikayetci-3661031h.htm>
Erişim tarihi: 13.06.2018.

¹⁰⁵ Kaynak: “Berberler Arasındaki Rekabet Savaşa Dönüşüyor”, Milliyet 13 Haziran 2016, <http://www.milliyet.com.tr/berberler-arasindaki-rekabet-savasa-eskisehir-yerelhaber-1423007/>
Erişim tarihi: 13.06.2018.

Yukarıda yer verilen örnekler, uygulamada bazı esnaflar ve esnaf odaları tarafından fiyat tarifelerinin ve odaların rolünün nasıl algılandığını gözler önüne sermesi açısından dikkate değerdir. Bu örneklerden esnaf odalarının, hazırladıkları fiyat listelerinin uygulanmamasından şikayetçi oldukları, tarifedeki azami fiyatların sanki tek fiyatmış gibi uygulanmasını arzu ettikleri, hatta azami fiyat yerine sabit fiyat uygulamasının başlatılmasını bile savundukları, tarife altı fiyatlamaya sıcak bakmadıkları ve tarifelerin uygulanmasını sağlamak adına adli makamlara başvurularda bulunmayı tasarladıkları görülmektedir. Esnafın ise tarifenin altında satış yapan rakiplerinden ve rekabetten ciddi biçimde şikayetçi oldukları, rakipleriyle rekabet etmek yerine çareyi rakiplerinin fiyatlarını arttırmaları olarak gördükleri, tarife altı fiyatlamayı otomatikman haksız rekabet olarak algıladıkları ve tarifenin altında mal ve hizmet satanların disipline edilebilmesi açısından oda kurulması gerektiğine inandıkları anlaşılmaktadır. Odalar ise tarifelere uymayanların denetlenmesi ve cezalandırılması işlevi görmektedir.

Esnaf ve tacirler için olan azami fiyat tarifeleri aslında işletmelerin, ürettikleri malları serbest piyasa ekonomisi koşullarında dahi devletin belirlediği haddin üzerinde satmasına engel oluşturduğundan esnaf ve tacirleri değil, yüksek bedeller talep edebilecek işletmeler karşısında tüketicileri korumak üzere hazırlanmaktadır. Ancak yukarıda yer verilen örneklerden görüleceği üzere fiyat tarifeleri, uygulamada esnaf ve tacirler arasında herkesinaynı fiyatlama politikasını izlemesine ilişkin bir beklenti yaratmaktadır. Bu bağlamda azami fiyat tarifesi, sanki sabit fiyatmış gibi algılanmakta veya bu şekilde lanse edilmektedir. Bu ise azami fiyat tarifeleriyle arzu edilmiş bir amaç değildir. Fiyat tarifesinin azami olması demek, esnaf ve tacirlerin elbette bunun altında satış yapabilmesinin mümkün olduğu demektir. Örneğin maliyetlerini düşüren bir işletme, rakiplerinden daha düşük fiyatla mal veya hizmet satabilir. Maliyet kalemlerini düşürmek, çoğu zaman maliyet etkinliğinin sağlanmasının bir sonucudur. Ancak bunun uygulamada “kaliteden ödün vermek” olarak nitelendirildiği ve yanlış anlaşılabilirliği görülmektedir.

Mesele aslında fiyat tarifesine uygunluk veya aykırılık meselesi değil, rekabete bakış, yani zihniyet meselesidir. Özellikle esnafın rekabete bakış açısı olumsuzdur, hatta rekabet husumetle dahi eş tutulabilmektedir.¹⁰⁶ Düşük fiyatla hizmet sunan bir rakip karşısında onunla rekabet etmek ve ondan

¹⁰⁶ Türkkan konuyla ilgili şu tespitlerde bulunmaktadır: “Rekabet kültürünün gelişmediği ülkelerde genellikle rekabet ve rakip kavramları ile husumet ve hasım kavramları eş anlamlı olarak kullanılır...Türkiye maalesef rekabet ve husumetin eş anlamda kullanıldığı bir ülkedir... Husumetin nihai sonucu düşmanlık, kin, savaş ve karşdakini yok etme veya karşdakine zarar vermedir... Rekabetin nihai sonucu, kendini geliştirme ve nispi üstünlük kazanmadır... Rekabette esas olan rakibini ortadan kaldırmak veya rakibine zarar vermek değil, rakibine nazaran üstünlük kazanmaktır...” Türkkan, (2009), s. 292.

daha düşük bir fiyat sunarak tüketiciyi cezbetmek yerine, bunu husumet olarak algılamak ve odalar vasıtasıyla fiyatların tarifedeki hadde çekilmesinin sağlanmasını çare olarak görmek bu zihniyetin bir dışa vurumudur. Bu bağlamda en talihsiz durum ise RKHK tarafından korunan rekabet olgusunun bir gereği olan düşük fiyatların, ironik bir biçimde “haksız rekabet” olarak algılanmasıdır. Rekabet bir üstünlük sağlama yarışıdır ve düşük fiyatla satış yapan işletme de tam olarak bunu yapmaktadır. Bunun sonucunda elbette rakipler rekabet sürecinde geride kalacaktır. Bu durum haksız rekabet değil, rekabetin ta kendisidir. Fiyatlarda rekabet etmenin dürüstlük kuralına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.¹⁰⁷Fiyat rekabetini dürüstlikle ilişkilendirmek ve dürüstlük kuralına aykırı hareket etmekle eş tutmak, rekabet olgusunun anlamının hiç anlaşılmasını sağladığı bir göstergesidir.

Burada bir istisna olarak, maliyet altı fiyatlandırmanın haksız rekabet oluşturacağı öne sürülebilir. Ticari hayatta maliyetin altına mal veya hizmet satmak, rasyonel bir durum olmadığı gibi sürdürülebilir bir fiyat politikası da değildir. Kâr elde etme amacıyla hareket eden işletmeler, maliyet altı satış yapmak için ticaret yapmaz. Maliyet altı satış, çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırı bir amaç için yapılır, örneğin önce rakiplerin piyasa dışına itilerek, ardından bu süreçte uğranılan zararın misliyle tüketicilerden çıkarılması adına fiyatların önceki seviyesinin de üzerine arttırılması. Böyle bir satış politikası, düşük fiyatlardan dolayı ilk bakışta sanki tüketicilerin lehine gibi algılanabilirse de aslında tüketici refahını arttırmaz. Zaten maliyet altı satış, rekabet hukukunda “yıkıcı fiyatlandırma” olarak nitelendirilmekte ve belli koşullarda yasaklanmaktadır. Haksız rekabet bağlamında da Yargıtay, fiyat tarifelerine aykırılığa maliyet altı satış suretiyle yol açılması durumuna özel bir önem atfetmekte ve bunu adeta bir *per se* haksız rekabet hali olarak değerlendirmektedir. Bu doğrultuda maliyetin altında olmadığı sürece, tarifinin altındaki satış politikaları haksız rekabet olarak nitelendirilmemelidir.

Fiyat rekabetinin, bazı işletmeler ve odalar tarafından haksız rekabet olarak (yanlış) anlaşılması, ister istemez haksız rekabet ile rekabet hukuku arasında bir çatışmanın mı olduğu sorusunu akıllara getirmektedir. Haksız rekabet ve rekabet hukuku, düzenledikleri alanlar ve kullandıkları araçlar bakımından birbirinden iki farklı alandır.¹⁰⁸ Ancak haksız rekabet ile rekabet

¹⁰⁷ Güven konuyla ilgili şunları kaydetmiştir: “Kanaatimizce, sistematik olarak fiyat kırma eylemi, başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Rakibine kıyasla üstün olan bir kimsenin bu üstünlüğü kullanarak rakiplerinin rekabet etmesini engellemesi ve hatta pazarı terk etmek zorunda bırakması, serbest rekabete dayalı piyasa rejiminin gereğidir. Ayrıca fiyat, ekonomik bir parametredir ve fiyat rekabeti, piyasa ekonomisini ilgilendiren bir olgudur. Bu nedenle, RKHK kapsamında değerlendirilmelidir. Keza, piyasada faaliyet gösteren diğer rakipler açısından da doğabilecek olumsuz birtakım sonuçların (piyasada rekabet edemez hale gelmeleri) ve bunun akabinde piyasadaki rekabetin tamamıyla ya da büyük ölçüde ortadan kalkmasının haksız rekabet hukukunun kapsamı dışında kalacağı kanaatindeyiz.” Güven, (2012), s. 104-105.

¹⁰⁸ Haksız rekabet ile rekabet hukuku arasındaki ilişki için bkz. Ercüment Erdem, “Rekabet

hukuku birbirleriyle çatışan değil, aslında birbirini tamamlayan iki ayrı normlar bütünüdür. Her iki alanın da nihai hedefi (amacı) rekabetin korunmasıdır. Haksız rekabet bu hedefe ticari ahlak noktasından ve dürüstlük kuralından hareket ederek ulaşmaktayken, rekabet hukuku RKHK’da yer verilen spesifik bazı durumları yasaklayarak ulaşmaktadır. Ancak fiyat tarifelerine aykırılık iş şartlarına uymama kapsamında değerlendirildiği, fiyat rekabeti yapma haksız rekabet olarak algılandığı sürece haksız rekabet hükümleri ile rekabet hukuku ister istemez birbirleriyle çatışma halinde olacaktır. “Bozulmamış rekabeti” sağlamaya çalışan haksız rekabet hükümleri doğrultusunda eğer fiyatların düşmesi rekabetin bozulması(!) olarak algılanacaksa, bu son derece yanlış bir bakış açısı olacaktır. Fiyatların düşmesi rekabetin bozulması değil, tam tersine rekabetin tecelli etmesidir.

Fiyat tarifeleri, büyük ölçüde rekabetin rafa kaldırılmasına yol açmakta, böylece rekabetin getirebileceği düşük fiyatlar başta olmak üzere çeşitli faydalardan tüketicileri mahrum bırakmaktadır. Bu yüzden fiyat tarifelerine harfiyen uyararak rekabet etmemek RKHK ile açık bir çelişki oluşturmaktadır. İş şartlarına uymamanın diğer örnekleri açısından itiraz konusu yapılabilecek pek fazla bir durum bulunmamaktadır. Örneğin mağaza açılış-kapanış saatlerine uymama, sigortasız işçi çalıştırma gibi davranışlar meşru görülemez. Ancak fiyat tarifelerine aykırılıktan kaynaklanan iş şartlarına uymama açısından durum farklıdır. Fiyat tarifelerine uymamanın, yani fiyat rekabeti yapmanın mevzuatta yasaklanması bir yana, RKHK piyasada rekabet edilmesini gerektirmektedir. Burada RKHK ile TTK arasında özel kanun-genel kanun ihtilafı da söz konusu değildir, zira fiyat tarifelerine aykırılığın iş şartlarına uymama örneği olduğu TTK’da açıkça düzenlenmemiş olup, Yargıtay kararlarında kendini göstermektedir. Mevzuatta iş şartları; çalışma hayatına ilişkin, iş hukukundan doğan şartlar olarak değerlendirilmekteyse de Yargıtay’ın bu kavramı geniş yorumlaması sonucu fiyat tarifelerine aykırılık da Türk hukukunda iş şartlarına uymama kapsamında ele alınmaktadır.

Fiyat tarifelerine aykırılığın haksız rekabet olarak değerlendirilmesi, haksız rekabet hükümlerinin kendi içerisindeki bütünlüğüne de ters düşmekte, bu bağlamda haksız rekabetin gerçekten “bütün katılanları” korumasının söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır. Haksız rekabet ile en başta korunan rakiplerdir. Örneğin hakkında kara propaganda yapılan, mal veya hizmetleri kötölenen bir işletmenin, dürüstlük kuralına aykırı bu davranışa karşı korunması yerindedir. Aynı haksız rekabet hükümleri aynı zamanda tüketicileri de korumaktadır, örneğin saldırgan satış yöntemlerine karşı. Farklı olaylarda rakiplerin ve tüketicilerin korunmasında bir sorun görünmemektedir. Ancak aynı olayda rakiplerin ve tüketicilerin menfaatlerinin örtüşmemesi halinde haksız rekabetin bu iki süjeden hangisini koruyacağı net değildir. Fiyat

Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C: 1, Beta Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 377-398; Sabih Arkan, “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 3-12; Güven, (2012), s. 127-147; Pınar, (2014), s. 65-73.

tarifelerine aykırılık bu durumun güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Fiyat tarifelerinde gösterilen hadlerin altında mal ve hizmet satılması tüketicilerin menfaatinedir, ama diğer taraftan işletmelerin ekonomik çıkarlarını zedelemektedir. O halde fiyat tarifelerine aykırılık, TTK'daki iş şartlarına uymama bendi kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirildiği takdirde “bütün katılanların” menfaatleri korunmamış olacaktır.

Sonuç olarak fiyat tarifeleri, regüle edilmiş piyasalardaki örneklerin dışında, hukuken pek çok açıdan sorun arz etmektedir. Serbest piyasa ekonomilerinde fiyatları devlet belirlememeli, regülasyona tabi olmayan piyasalarda fiyatlar piyasa koşullarında arz, talep ve rekabet esaslarına göre belirlenmelidir. Ülkemizde pek çok mal ve hizmet için fiyat tarifesinin bulunması, esnaf ve tacirlerin sunduğu mal ve hizmetler için rekabetin alanının sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Tarifeler suretiyle fiyat tespiti, tarifeler kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları tarafından hazırlanmış olsa dahi, rekabeti koruyan RKHK'nın varlık nedeni ile açık bir çelişki yaratmaktadır. Bundan daha vahim bir sorun ise fiyat tarifelerine aykırılığın, TTK kapsamında iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabet olarak değerlendirilmesidir. Fiyat tarifelerinin kaldırılması, şüphesiz bu sorunu kökten ortadan kaldıracak niteliktedir. Ancak bu yönde bir düzenleme, iktisadi hayatta pek çok sonucu beraberinde getireceğinden konunun tüm yönleriyle ele alınması gerekecektir. Şayet fiyat tarifeleri ortadan kaldırmayacak ise sorunun çözümü için fiyat tarifelerine aykırılığın, yargı kararlarında iş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabet olarak değerlendirilmemesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Aksoy Mehmet Ali, “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011

Amstutz Marc / **Roberto** Vito / **Trüeb** Hans Rudolf, *Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRG und KKG*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2016

Ardıyok Şahin, *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye İçin Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 9, Ankara, 2002

Arkan Sabih, “Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki”, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.3-12

Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2018

Aslan İ. Yılmaz, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 12. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018

Ateş Mustafa, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013

Ayhan Rıza / **Çağlar** Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018

Badur Emel, *Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Ankara, 2001

Bahtiyar Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018

Bakır Ayhan, *Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yapıtırımı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

Bayram Selahattin, “Osmanlı Devleti’nde Ekonomik Hayatın Yerel Unsurları: Ahilik Teşkilâtı ve Esnaf Loncaları”, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sa. 21, s.81-115

Berzek Ayşe Nur, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 11. Bası, Beta Kitabevi, İstanbul, 2016

Bilgili Fatih / **Demirkapı** Ertan, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 11. Bası, Dora Yayınevi, Bursa, 2017

Bozer Ali / **Göle** Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, BTHAE Yayınları, Ankara, 2017

Bozkurt Tamer, *Ticari İşletme Hukuku*, Legem Yayıncılık, Ankara, 2017

Bühler Roland, “Das Wettbewerbsrecht In Der Schweiz”, <http://www.jusfind.ch/de/wettbewerbsrecht.html> Erişim tarihi: 13.06.2018

Çetiner Selma / **Bozkurt Yüksel** Armağan Ebru, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2017

Çınar Nihal, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yapıtırları*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015

Çokgezen Murat / **Toksoy** Fevzi, “Profesyonel Mesleklerde Regülasyon, Deregülasyon ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Dergisi*, C. 14, Sa. 3, s.3-38

Demirkapı Ertan, “Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi”, *GÜHFD*, C. 17, Sa. 1-2, s.371-441

Dost Süleyman, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008

Erdem Ercüment, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. 1, Beta Kitabevi, İstanbul, 2002, s.377-398

Gürel Murat, “İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet”, AÜHF 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s. 149-182

Güven Şirin, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012

Heizmann Reto / **Loacker** Leander D., *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Kommentar*, Dike Verlag, Zürih/St.Gallen, 2017

Hilty Reto M. / **Arpagaus** Reto, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013

İmregün Oğuz, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989

İnan Nurkut, “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi”, Perşembe Konferansları Rekabet Kurumu Yayınları Sa. 1, Ankara, 1999

Jung Peter / Spitz Philippe, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016

Kayar İsmail, *Ticari İşletme Hukuku*, 10. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2015

Nomer Ertan N. Fusun, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

Oesch Matthias / Weber Rolf H. / Zäch Roger, *Wettbewerbsrecht II: Kommentar VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG*, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011

Özdemir Necdet, “Türk Hukukunda Haksız Yarışma (Rekabet)”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C.1, Sa.2, s. 1 vd.

Özden Mehmet, *Profesyonel Meslek Birlikleri*, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezleri Serisi No: 60, Ankara, 2004

Özkan Ahmet Fatih, “Türk Rekabet Hukuku Uygulamasında Kamu Teşebbüsleri ve Kamu Kuruluşlarının Rekabeti Bozucu Davranışları”, *Rekabet Dergisi*, C. 10, Sa. 3, s.115-209

Pınar Hamdi, “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Rekabet Dergisi*, C. 15, Sa. 2, s.59-87

Poroy Reha / Yasaman Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018

Poyraz Zeynelabidin, *İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali*, Legal Yayınları, İstanbul, 2011

Sanlı Kerem Cem, *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 3, Ankara, 2000

Suluk Cahit / Karasu Rauf / Nal Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018

Sumer Ayşe, *Ticaret Hukuku Ders Kitabı*, Beta Kitabevi, İstanbul, 2015

Tabakoğlu Ahmet, “Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, C. 43, s.111-150

Tan Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, *Anayasa Yargısı*, Sa. 7, s.161-178

Tan Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015

Topçuoğlu Metin, *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Rekabet Kurumu Yayınları Lisansüstü Tez Serisi No: 7, Ankara

Türkkan Erdal, *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, C. II, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 2009

Ülgen Hüseyin / Helvacı Mehmet / Kendigelen Abuzer / Kaya Arslan / Nomer Ertan N. Fusun, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNUNUN 13. MADDESİ KAPSAMINDA İŞÇİNİN ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKI

*Employee's Right to Abstain From Working Pursuant to Article 13
of the Occupational Safety and Health Law*

Arş. Gör. Işık Aslı HAN¹

Geliş Tarihi: 14.09.2018 Kabul Tarihi: 26.10.2018

ÖZET

İşverenin işçiyi gözetme borcunun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bakımından somutlaşmış görünümü, işyerinde iş kazası ya da meslek hastalığına neden olabilecek tehlikelere karşı gereken tedbirlerin alınması yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle işçinin yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 kapsamında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı doğar. Anılan hükmün, 89/391/EEC sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi m. 8/4'teki ilgili hükme uyumlu olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 bağlamında işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının doğmasının şartları ve kullanılmasının iş ilişkisinin hukuki akıbetine etkisi incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı, alacaklı temerrüdü, iş sağlığı ve güvenliği kurulu, işçiyi gözetme yükümlülüğü.

GİRİŞ

İş sözleşmesi altında işçi işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak bir iş görme edimi ifa etme, işveren ise bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girer. İş sözleşmenin esas unsurlarından biri olan bağımlılık esası işverene

ABSTRACT

A concrete appearance of employer's duty of care over workers in occupational safety and health law is his obligation to take necessary measures against risks that may cause occupational accidents and diseases. In the event that the said obligation is not duly honored and a serious and imminent risk that may threaten workers' right to live or right to physical integrity emerges, Article 13 of the Occupational Safety and Health Law acknowledges the worker's right to abstain from working. In our jurisdiction, the said provision is prescribed in conformity with Article 8 paragraph 4 of the Council Directive of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (89/391/EEC). In this study, requirements of the right to abstain from working and its effects on the employment contact are to be elaborated.

Keywords: The Occupational Safety and Health Law, worker's right to abstain from working, default of the creditor, the board of occupational safety and health, employer's duty of care over workers.

¹ Arş. Gör. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: isik.han@marmara.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-8381-0361

bazı yetkiler ve yükümlülükler getirir. Bu bağımlılık ilişkisi kapsamında işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü olduğu kadar işverenin de işçi üzerinde yönetim yetkisi ve bunun getirdiği işçiyi gözetme borcu söz konusudur. İşverenin işyerini işçinin yaşam hakkının ihlal edilmemesi ve vücut bütünlüğüne zarar gelmemesi için bilim, teknik ve tecrübenin o anda ulaştığı düzeye göre gerekli ve yeterli bütün tedbirleri alma yükümlülüğü de işçiyi gözetme borcunun iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamında somutlaşmış bir görünümüdür.²

İşyerini işçi açısından meslek hastalığı veya iş kazası risklerinden arınmış ya da bu riski en aza indirecek tedbirleri almak işveren açısından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4 anlamında temel bir yükümlülüktür. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya alınan tedbirlerin yeterli gelmemesi nedeniyle işçinin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğünü tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde işçiye iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı tanımıştır.

Özellikle tehlike arz eden işletmelerde çalışan işçinin, güvenli bir ortamda iş görme edimini yerine getirebilmesi hem bireysel düzeyde işçinin vücut bütünlüğünü, hem de toplumsal huzuru ve ilgili piyasanın işleyişini korumakta ve nihayetinde ekonomik kamu düzenine hizmet etmektedir. İşçinin iş görme edimini ifadan kaçınma hakkı Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde savunulan iki temel görüş uyarınca ödemezlik def'i veya işverenin temerrüdüne dayanılarak ele alınmaktadır. Çalışmaktan kaçınma hakkının hukuki dayanağının tespiti özellikle iş ilişkisinin hukuki akıbetine etkisini değerlendirebilmek bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda mevzuatımızda çalışmaktan kaçınma hakkının iki görünümü açık hükümle düzenlenmiştir. Bu hükümler, işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmemesi sebebiyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Kanunu'nun 34. maddesi ile işyerinde işçinin yaşam hakkını veya vücut bütünlüğünü tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlike halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesidir. Bu çalışmada çalışmaktan kaçınma hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bağlamında incelenmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ DAYANAĞI VE GÖRÜNÜMLERİ

A. İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını iki aşamalı olarak düzenlemektedir. Hüküm uygulama alanı bağlamında işçinin iş yeri sınırlarında ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşması halinde durumun

² Sarper Süzek, İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 10. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2018., s. 913; Haluk Hadi Sümer, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara, Seçkin, 2017, s. 193.

tespit edilmesini talep etme hakkı ve bunu yazılı olarak tespitini takiben, tehlikenin giderilmesine dek çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır:

“Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınincaya kadar çalışmaktan kaçınabilir.”

Türk hukukunda işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki dayanağı ağırlıklı olarak ödemezlik def'i ve işverenin işi kabulde temerrüdü kurumları ile açıklanmaktadır.³ Konu daha ziyade işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmemesi bağlamında incelenmektedir. Bununla beraber son elli yılda işletmelerin yürüttüğü faaliyetlerin çapı, çalışan sayısı, üretimde kullanılan makine ve teçhizatın kompleks yapısı itibarıyla kazaların ve meslek hastalıklarının artması nedeniyle, işverenin işçilere güvenli bir çalışma ortamı sağlama borcunun yerine getirilmemesi bağlamında çalışmaktan kaçınma hakkının önemi vurgulanmaktadır.⁴

Konuyu karşılaştırmalı hukukta değerlendirdiğimizde de özellikle Kıta Avrupası sisteminde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının dayanağı hakkında benzer görüşlerin benimsendiği görülmektedir. Nitekim İsviçre’de İsviçre Federal Mahkemesinin de bir kararında benimsediği üzere, işveren ücret ödeme borcunu yerine getirinceye kadar işçi ödemezlik def’i ileri sürerek iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir. Alman Medeni Kanunu’nda ise 2 hüküm ile işçinin iş görmekten kaçınma hakkı öngörülmüş olup bu hakkın hukuki niteliği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber ağırlıklı olarak savunulan görüş hukuki dayanağın ödemezlik def’i olduğunu ileri sürmektedir.⁵ Fransız Hukukunda ise açık hüküm bulunmamakla beraber yargı kararlarında işçinin ücretinin ödenmemesi halinde çalışmaktan kaçınma hakkı ödemezlik def’ine dayandırılmakta, hatta bir adım daha ilerlenerek ücret ödenmemesi halinde işçinin bu sebeple iş sözleşmesini feshetmesi halinde söz konusu feshin, işverence yapılmış bir feshin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu

³ Melda Sur, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 404; Çalışmadan kaçınma hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşleri inceleyen Kübra Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları, (doktora tezi) (erişim tarihi: 02.11.2018), s. 53-61.

⁴ Çalışmaktan kaçınma hakkını bu dayanaklar ve bunların dışından işçinin temel kişilik hakkı olarak güvenlik hakkına, mücbir sebebe, beklenmedik hale dayandıran görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Sur, **a.e.**, s. 404-405.

⁵ Seracettin Göktaş, **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 40.

kabul edilmektedir.⁶

Sinallagmatik sözleşmeler bakımından ödemezlik def'ini düzenleyen TBK m. 97 uyarınca *“karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.”* Öğretide ödemezlik def'i kurumuna ilişkin hüküm ani edimli borç ilişkileri dikkate alınarak hazırlandığından, sürekli edimli bir borç ilişkisi olan iş sözleşmesi bakımından, işverenin ücret ödeme borcunun iş görme edimini ifasından sonra doğduğunun ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Bu kapsamda ödemezlik def'i kıyasen uygulanarak, işverenin ücret ödeme borcu muaccel olduğu andan itibaren işveren tarafından bu borç kanunda belirtilen süre sonunda ifa edilmezse, işçi iş görme edimini görmekten kaçınabilir.⁷

Diğer görüş ise iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun önlemlerin alınmaması, iş görme borcunun ifası için gerekli hazırlık fiillerinin yapılmamış olduğu anlamına geleceğinden işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı TBK m. 408'te de düzenlenen işverenin işi kabulde temerrüde düşmüş olacağı esasına dayanmaktadır.⁸

4857 sayılı İş Kanunu m. 34'te konuyu daha ziyade işçinin ücretinin ödenmemesi hali temel alınarak düzenlemiştir. Diğer yandan, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı İş Kanunu'nun mülga 83. maddesinde düzenlenmekteydi. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülen yükümlülüklerine uygun davranmaması nedeniyle ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 uygulama alanı bulacaktır.

B. İŞÇİNİN ÜCRETİN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE İŞ GÖRME BORCUNU YERİNE GETİRMEKTEN KAÇINMA HAKKI (İŞ KANUNU M. 34)

İş sözleşmesinde işverenin temel borcu, sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından biri olan ücret ödeme borcudur. İşçinin zamanının kayda değer bir kısmını işyerinde iş görme edimini ifa ederek geçirmesi ve ücretin işçinin temel geçim kaynağı olması itibarıyla ücret ödeme borcunun sadece taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki bağlamında değil, sosyal yönden de bir anlamı vardır. Bunu dikkate alan kanun koyucu İş Kanunu'nun 34. maddesinde işçinin

⁶ Karşılaştırmalı hukukta çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Gökteş, a.g.e., s. 40 vd.

⁷ Murat Engin, “Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.5, sa.1, 2003, s. 79.

⁸ M. Polat Soyer, “İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı - Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları”, **Sarper Süzek'e Armağan**, c. 1, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 657-658.

ücretin ödenmesi gereken günden itibaren yirmi gün içinde mücbir sebep hali saklı kalmak koşuluyla ödenmemesi üzerine iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği hükme bağlanmıştır (m. 34).

Öğretide anılan düzenlemenin ödemezlik def'ini düzenleyen TBK m. 97 ile kısmen uyumlu olduğu; bununla beraber iş görmekten kaçınma hakkının kullanılmasının yirmi günlük bir süreye bağlanması, mücbir sebep teşkil eden hallerin istisnai tutulması ve işçinin kişisel kararına dayanması noktalarında ayrıştığı ve daha sınırlı bir koruma getirdiği belirtilmektedir.⁹

Diğer yandan İş Kanunu m. 34/2 uyarınca, "(...) *kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez.*"

Son olarak, İş Kanunu m. 34/f.2'de işverenin ücret ödeme borcunu ifade temerrüde düşmesi üzerine işçinin ödenmemiş ücreti talep ederken isteyebileceği faiz hakkında özel bir düzenleme öngörülmüş ve mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacağı düzenlenmiştir.

C. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASININ İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

İş Kanununun 34 üncü maddesinde işçinin iş görme borcunu ifadan kaçınma hakkının doğması üzerine bu hakkı kullanması halinde iş sözleşmesinin ve özellikle işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarının akibeti hususunda açık bir düzenleme getirilmemiştir. Esasında bu tartışmanın nedeninin İş Kanunu Tasarısı yasalaşmadan önce, Bilim Komisyonun tasarısından "*işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar*" cümlesinin çıkarılması olduğu belirtilmektedir.¹⁰

Öğretide hâkim görüş bu hakkın kullanılması halinde, açıkça düzenlenmiş olmasa dahi işçilerin çalışmadıkları süre için iş sözleşmesinden doğan ücret ve ücrete ek haklara hak kazanacağı yönündedir.¹¹ Bununla birlikte yazarlar

⁹ Gökteş, **a.g.e.**, s. 48; Ancak burada işverenin iş sözleşmesinden doğan herhangi bir borcunu değil, yalnızca ücret ödeme borcunu ifa etmemesi halinin düzenlendiği yönünde Soyer, **a.g.m.**, s. 659; İsviçre hukukunda da bu durumda özel hüküm bulunmamakta, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 82. maddesinin kıyasen uygulanacağı hakkında Guy Longchamp, ed. Jean-Philippe Dunand/ Pascal Mahon, **Commentaire du Contrat de Travail**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013, (çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch/>, Erişim Tarihi: 21.11.2017, s. 200.

¹⁰ Sur, **a.g.m.**, s. 401.

¹¹ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, **a.g.e.**, s. 915; Soyer, **a.g.m.**, s. 660-661. Yazar ayrıca buradaki ücret ifadesinden temel ücret borcu olduğu kadar hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yılın izin ücreti, zorlayıcı nedenler halinde bir haftaya kadar ödenmesi gereken yarım ücret gibi ödemeler ile prim, ikramiye ve sosyal yardımların da anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. İsviçre hukukunda İş Kanunu m. 34'te düzenlenen duruma tekabül eden bir hüküm bulunmamakla beraber bu halde işverenin temerrüdünü düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu m. 324'ün kıyasen uygulanacağı ve işçinin ücrete hak kazanacağı yönünde

görüşlerini farklı gerekçelere dayandırarak aynı sonuca varmaktadırlar. Bir görüşe göre işveren ücret ödeme borcunu ifa etmeyerek, kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmayarak alacaklı temerrüdüne düşmektedir. Hizmet sözleşmesi altında düzenlenen TBK m. 425 uyarınca *“işveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez.”* Bu hükmün kıyasen İş Kanununa tabi işçilere uygulanması ve çalışılmayan süre için ücrete hak kazandıkları kabul edilmektedir. Aksi takdirde işverenin kendi hukuka aykırı eylemi nedeniyle yine işveren lehine bir durum doğmakta ve uygulamada kötüniyetli işverenler tarafından *“ücretsiz izin uygulamasına benzer bir araç”* olarak kullanılabilmesi belirtilmektedir.¹²

Yargıtay, işverenin ücret ve ücret eklerini ödeme borcunu ifa etmemesi üzerine iş ilişkisindeki güven unsurunu zedeleneceğine de değinerek somut olay şartlarında işçinin haklı sebebe dayanarak iş sözleşmesini derhal fesih hakkı olduğunu belirtmektedir.¹³

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KANUNU M. 13 KAPSAMINDA İŞÇİNİN ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKI

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işyerinde işin gereklerine uygun güvenlik standartları sağlanarak işçinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunmasını amaçlamakta, bu gayeyle taraflara iş kazaları ve meslek hastalıklarını önleyici yükümlülükler getirmektedir.¹⁴ Bu bağlamda işverene işyerindeki risk ve tehlikelerin önlenmesi, güvenliğin sağlanması için belirli araç, gereç ve ekipmanların işyerinde bulundurulması, çalışanların bu riskler hakkında bilgilendirilmesi, eğitilmesi ve önlemlere uyup uymadıklarının denetlenmesi, risk değerlendirmesi yürütülmesi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında öngörülen işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı gibi uzman kişilerden hizmet alınmasının sağlanması, işyerinde elli ve daha fazla çalışan bulunuyorsa iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması, iş kazası ve meslek hastalıklarının bildirilmesi gibi yükümlülükler öngörülmüştür.¹⁵

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı uyarınca işyerinin fiziki organizasyonunun ve işyerinde yürütülen faaliyetin niteliğine göre gerekli

Longchamp, **a.g.e.**, s. 200.

¹² Sur, **a.g.m.**, s 402.

¹³ Yargıtay 9. HD. T. 2.4.2014, E.2012/3896, K.2014/11195, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.11.2017; Yargıtay 9. HD. T.7.6.2012, E.2010/13886, K.2012/19879, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.11.2017.

¹⁴ İbrahim Aydın, “İşverenin İşyerinde “Çalışan” İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, Çimento İşveren Dergisi, c.19, sa.4, s. 15-29, -(çevrimiçi) <http://www.ceis.org.tr/dergi.php>, Erişim Tarihi: 18.11.2017, s. 17.

¹⁵ Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, sa. 3, y. 2013, s. 112-113.

önlemleri alma yükümlülüğünü ihmal etmesi veya gerekli önlemleri yeni şartlara uyarlayamaması, esasında iş sözleşmesi altında işçiyi koruma ve gözetme borcunun ihlali anlamına gelmektedir.¹⁶ Bu durumda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13, çalışanlara bu yükümlülüklerle uygun davranılmasını talep etme imkânlarının yanında gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınma imkânı da tanımıştır. Şüphesiz çalışanların bu imkana başvurması işveren açısından yükümlülüklerine uyması yönünde fazladan bir motivasyon sağlayacaktır. Böylece risk teşkil eden durumlar henüz gerçekleşmeden ve zarar doğmadan önlenilebilir. Öğretide işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ve benzeri haklar, “*önleyici nitelik taşıyan haklar*” olarak adlandırılmaktadır.¹⁷

Çalışmaktan kaçınma hakkı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde düzenlenmiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce konu, İş Kanununun 83. maddesinde düzenlenmekteydi. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. Maddesi şu düzenlemeyi ihtiva etmektedir:

“(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir.

(2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.

(3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz.

(4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır.

¹⁶ Engin, **a.g.m.**, s. 85 vd.; Derya Balık, “İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu madde 83)”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, sa. 27, 2010, s. 1007. İşverenin kendi işçisiyle olan iş ilişkisinden doğan gözetme borcu yanında alt işverenin işçisi ya da geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçi ile “*sosyal temas*”, yani kendi organizasyonunda çalışmasından kaynaklanan ve İş Kanunu'nda ilgili maddelerde düzenlenen kapsamda bir sorumluluk ilişkisi vardır. Bu kapsamda alt işverenin işçisinin ya da geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçinin de asıl işverene karşı çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği yönünde Aydınlı, **a.g.m.**, s. 22.25.

¹⁷ Baycık, **a.g.m.**, s. 113.

(5) Bu Kanunun 25 inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz.”

Uluslararası hukukta ise, Türkiye'nin taraf olduğu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamı Hakkında 155 Sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nde de işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı öngörülmüştür.¹⁸ Sözleşmedeki bu hakka ilişkin genel bir çerçeve çizen m. 13 uyarınca, “iş gördüğü alanda *hayatına veya sağlığına yönelik yakın ve ciddi bir tehlike teşkil ettiği yönünde makul bir gerekçesi bulunan işçi, bu alandan ayrılması nedeniyle doğabilecek uygunsuz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulamalara uygun surette korunacaktır.*”¹⁹ Uluslararası sözleşme hükmü itibarıyla bu hususta yasal düzenleme getirmek uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülük teşkil etmektedir.

A. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKINDAN YARARLANABİLECEK KİŞİLER

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesi kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkından kimlerin yararlanabileceğinin tespit edilmesi için İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kişi bakımından uygulama alanını çizen kapsam maddesi incelenmelidir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun «Kapsam» kenar başlıklı 2. maddesinde kanunun kişi bakımından uygulama alanı açıklanmıştır. Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasından hangi tür iş ilişkisi ve faaliyet kapsamında çalışanların Kanunun öngördüğü hak ve yükümlülükleri haiz olduğu hususunda genel bir kural öngörülmüştür. Buna göre;

“Bu Kanun; kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır.”

Diğer yandan, aynı maddenin ikinci fıkrasında da uygulama alanı kapsamında olmayan iş ilişkilerine bağlı çalışanlar sayılmıştır. Buna göre, fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri; afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri; çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet

¹⁸ Türk kanun koyucusunun bu çerçeve hükme kıyasla ihtiyatlı davranarak tehlikenin kurul kararıyla tespit edilmesini aradığı yönünde Sur, **a.g.m.**, s. 406.

¹⁹ Hükmün yorumunda eşit değerde dikkate alınacak İngilizce metni “A worker who has removed himself from a work situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health shall be protected from undue consequences in accordance with national conditions and practice.” ve Fransızca metni “Un travailleur qui s’est retiré d’une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu’elle présentait un péril imminent et grave pour sa vie ou sa santé devra être protégé contre des conséquences injustifiées, conformément aux conditions et à la pratique nationales.” şeklindedir.

üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan işyurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetlerinde çalışanlar kanunun uygulama alanı dışındadır.

Sonuç itibariyle anılan hüküm uyarınca İSGK m. 2/2'de yer alan istisnalar hariç tutulmak koşuluyla kamuda ve özel sektörde çalışanların kanuna tabi olacağı belirtilmektedir.

B. ÇALIŞMAKTAN KAÇINMA HAKKININ DOĞMASININ KOŞULLARI

1. Ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesi kapsamında çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkının doğmasının temel ve mutlak koşulu, somut olayda *ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması ve buna bağlı olarak gerekli tedbirlerin alınmamış olmasıdır*.²⁰ Hükmün dayanağı olan 89/391/EEC sayılı İş Sağlığı ve Güvenliğini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nde²¹ ise "*ciddi, yakın ve kaçınılmaz tehlike*" ifadesi (*serious, imminent and unavoidable danger*) tercih edilmiştir²² (m. 8/4).

Öğretide, Kanun'da seçilen ifadenin çalışanın iş kazası ve meslek hastalıklarından korunması amacı açısından yetersiz kaldığı belirtilmektedir.²³ Bizim de katıldığımız görüşe göre Kanun'daki *ciddi ve yakın* ifadeleri arasındaki ve bağlacı, amaçsal yorum izlenerek yorumlanması ya da bunun yerine *veya* ibaresinin seçilmesi daha isabetli olurdu.²⁴ Aksi görüş ise mevcut düzenlemenin, Bilim Kurulu'nun Taslağı'nda yer aldığı ifadenin "*veya*" bağlacıyla olan şekilden daha isabetli olduğu; çünkü tehlike hem yakın hem acil olmadığı müddetçe

²⁰ Bu şartlar somut olaya göre değerlendirilecek, yapılan işin ve mevcut tehlike karşılaştırılarak tehlikenin ağırlığı ve ciddiyeti göz önüne alınacaktır. Örneğin işçinin güvenlik görevlisi olarak çalışması halinde olduğu gibi işçinin işinin niteliği belli bir riski içeriyorsa ve işçinin görev tanımı zaten bu riski engellemesi ise tehlikenin mevcut olup olmadığı buna göre değerlendirilecektir. bkz. Sur, **a.g.m.**, s. 408. Buna karşılık Yargıtay işçinin işyerinin bulunduğu konumun Irak olması itibariyle riskli olduğunu düşünebileceği ama bizzat çalışmadan hayatını tehdit eden tehlikelerden haberdar olamayacağını belirterek işverenin en azından işyeri çevresindeki tehlikeyi gidermek için gerekli önlemleri alması gerektiğini belirtmiş ve işçinin feshinin haklı sebebe dayandığı sonucuna varmıştır. bkz. Yargıtay 9. HD. T.28.9.2010, E.2008/34679, K.2010/26086, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.11.2017.

²¹ Council Directive of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (89/391/EEC).

²² "*Workers who, in the event of serious, imminent and unavoidable danger, leave their workstation and/ or a dangerous area may not be placed at any disadvantage because of their action and must be protected against any harmful and unjustified consequences, in accordance with national laws and/ or practices.*"

²³ Süzek, **a.g.e.**, s. 914; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, **a.g.e.**, s. 381; Sümer, **a.g.e.**, s. 194.

²⁴ Nuri Çelik/ Nürşen Caniklioğlu/ Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, 29. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2018., s. 914; Sarper Süzek, **a.g.e.**, s. 914.

başka bir çözüm için başka bir tedbirin uygulanabileceğini belirtmektedir.²⁵ Diğer bir görüşe göre ise hükümdeki *ciddi ve yakın* ifadesi yerine *yaşamsal veya acil* ifadesinin tercih edilmesi daha isabetli olurdu.²⁶

Bu görüşlerin ortak hareket noktası çalışanın yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne zarar veren hayati tehlikelerin zamansal anlamda yakın olmamakla beraber gerçekleşmesinin pek muhtemel olması halinde çalışanın yeterince korunmamış olmasıdır.²⁷ Bu kapsamda meslek hastalığının belli bir riske uzun süreler boyunca maruz kalınması halleri özellikle vurgulanmaktadır. Örneğin; pnömokonyoz ya da silikoz riski taşıyan çalışma ortamında çalışanlarında gerekli tedbirler alınmadan çalıştırılması halinde kanundaki ifade dar yorumlanırsa çalışanların m. 13 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkı olmayacaktır.²⁸

Nitekim Uluslararası İş Örgütü'nün (International Labour Organization) 1983 tarihli ve 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ile Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme'nin 13 ve 19. maddeleri arasında çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmiştir. Ülkemiz de ILO üyesi olarak 155 sayılı Sözleşmeye taraftır. Nitekim 2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanun ile Sözleşme metni kanunlaşmıştır.²⁹ Sözleşmenin 13. maddesi uyarınca işçi, iş yerinde hayatı veya sağlığına tehlike oluşturacak nitelikte bir durumun mevcut olduğuna makul gerekçelerle inanıyorsa ve bu nedenle çalışmaktan kaçınmışsa, yerel hukukun öngördüğü olumsuz sonuçlara karşı korunacaktır.³⁰ Görülebileceği üzere, 155 Sayılı Sözleşmede, çalışanın, çalışma ortamında ciddi bir tehlike bulunduğuna yönelik *makul düzeydeki beklentisi* yeterli sayılmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. Maddesinin lafzı itibarıyla, hüküm kapsamında işçinin aleyhe bir konuma düşmemesi için ciddi ve yakın tehlikenin *varlığının* arandığı görülmektedir.³¹ Bilindiği üzere Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi uyarınca *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.”* Bu bağlamda 2012 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13.

²⁵ Soyer, **a.g.m.**, s. 682. Yazara göre çalışmaktan kaçınma hakkı en son sırada başvurulabilecek önlemlerdendir.

²⁶ Baycık, **a.g.m.**, s. 116.

²⁷ Yargıtay, ısıtma sisteminin çalışmıyor olması nedeniyle işçinin çalışmaktan kaçınmasının işveren tarafından haklı fesih nedeni teşkil edecektir. bkz. Yargıtay HGK. T. 5.12.1980, E. 1980/9-3341, K. 1980/2631, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.11.2017.

²⁸ Sümer, **a.g.e.**, s. 194; Süzek, **a.g.e.**, s. 914; Baycık, **a.g.m.**, s. 116.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, **a.g.e.**, s. 914.

²⁹ Süzek, **a.g.e.**, s. 913.

³⁰ *“A worker who has removed himself from a work situation which he has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to his life or health shall be protected from undue consequences in accordance with national conditions and practice.”*

³¹ İki hüküm arasındaki farklılığa işaret eden Sümer, **a.g.e.**, s. 193; Aynı hususa detaylı olarak değinen Sarıbay Öztürk, **a.g.e.**, s. 116-117.

maddesi ile 2004 tarihli Onay Kanununun 13. Maddesi arasında yeni hüküm ve eski hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle yeni tarihli olmakla beraber işçi açısından daha dar kapsamlı bir koruma getiren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber, somut olayda, özellikle iş yerinde yürütülen faaliyetin yapısı gereği tehlike arz ettiği hallerde, işçinin ciddi ve yakın bir tehlike bulunduğuna ilişkin makul karşılanabilecek bir beklentisi varsa, ancak daha sonra yapılacak inceleme bu tehlikenin bulunmadığı tespit edilmişse, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununu uygulanması sonucunda dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç doğacağından bahisle burada örtülü boşluk bulunduğu söylenebilir.³² Bu takdirde hâkim, işçinin iş görme ediminden kaçınmasının iş sözleşmesine etkisi bakımından Medeni Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında kendisine tanınan hukuk yaratma yetkisini kullanabilir ve 155 sayılı ILO Sözleşmesinin 13. maddesinde düzenlendiği üzere, tehlikenin varlığı konusundaki emarelerden hareket eden işçinin, bu konudaki makul inancı korunabilir.

155 Sayılı Sözleşmenin 19. maddesinin (f) fıkrası da, 13. maddeye paralel olarak, işverenin gerekli önlemleri alıncaya kadar işçileri işe devam etmeye zorlayamayacağını düzenleyerek çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasını süre bakımından güvenceye almıştır.³³

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Kuruluna veya işverene başvurulması

İSGK m. 13/1 uyarınca işçiler; elli ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak ciddi ve yakın tehlike teşkil eden durumun tespit edilmesini ve bu durumun giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasına karar verilmesini talep etmelidir.

Öğretide iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması için İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22/f.1'de en az 50 işçinin çalışması şartının getirilmiş olması eleştirilmektedir.³⁴ Ciddi ve yakın bir tehlikenin varlığının tespitinin teknik bir karar olması itibarıyla bu sayıdan az işçi çalışan işyerlerinde de kurulun oluşturulmasının işçilerin menfaatine olacağı belirtilmektedir.³⁵

Her halde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun acilen yapılan toplantı üzerine, işveren ise derhâl kararını verecek, durumu tutanakla tespit edecek ve alınan bu karar çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirecektir. Kurul veya işverenin tehlikenin mevcut bulunduğu yönündeki kararı kurucu niteliktedir,

³² M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, 23. B., Vedat Kitapçılık, 2017, s. 104-105 .

³³ Sarıbay Öztürk, **a.g.e.**, s. 118.

³⁴ TBK m. 22/1 uyarınca, *“Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur.”*

³⁵ Baycık, **a.g.m.**, s. 116-117.

işçi bu karar olmadan kendi kişisel kararına dayanarak hareket etmemelidir.³⁶

Gerek iş sağlığı ve güvenliği kurulunun verdiği kararları gerekse kendi verdiği kararları uygulamak işverenin yetki ve yükümlülüğü kapsamındadır. Bu bağlamda m. 22/1'de işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurulunun mevzuata uygun kararlarını uygulayacağı düzenlenmiştir.³⁷ Hükümdeki “*mevzuata uygun*” ifadesi kanımca işverenin karara ilişkin bir yerindelik denetimi yapamamakla beraber hukukilik denetimi yapabileceği ve kararın kanuni usul çerçevesinde alınıp alınmadığını inceleyebileceği anlamına gelmektedir. Aksi sonuca varmak, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulma amacıyla çelişecektir.

C. ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKININ KULLANILMASI

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 kapsamında öngörülen koşulların doğması ve prosedürlerin izlenmesi halinde çalışan çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Çalışanın bu hakkına dayanarak iş görme borcunu ifadan kaçınması iş sözleşmesinin varlığına ve geçerliliğine hanel getirmez. İş sözleşmesi varlığını sürdürmeye devam edecek ve çalışan gerek iş sözleşmesinden gerekse kanundan doğan tüm hakları hüküm ve sonuç doğurmaya devam edecektir.

Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması üzerine işverenin ilgili çalışana tehlike teşkil etmeyen ve duruma uygun bir iş teklif edebileceği belirtilmektedir.³⁸ Bu takdirde iş sözleşmesinden doğan sadakat borcu gereği çalışan bu işi kabul etmelidir. Çalışanın verilen işi kabul etmemesi halinde bu durumun İş Kanununa tabi işçiler bakımından İş Kanunu m. 25/II-e gereği bir haksız fesih nedeni ve 657 sayılı Kanuna tabi memurlar açısından m. 125/D-n hükmü (“*verilen görevler ve emirleri kasten yapmamak*”) uyarınca disiplin suçu teşkil edeceği belirtilmektedir.³⁹

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığını işverene bildirmesi gereği kanunda öngörülmemiştir. Bununla beraber işçinin anılan hakkı kullanması halinde dürüstlük kuralı uyarınca makul süre içinde işverene haber vermesi gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰

Çalışan, çalışmaktan kaçınma hakkını gerekli tedbirler alınıncaya kadar

³⁶ Süzek, **a.g.e.**, s. 914-915; Engin, **a.g.m.**, s. 91, Bununla beraber Yazar, tehlikenin dürüstlük kuralı uyarınca işçiden çalışması beklenemeyecek ölçüde açık olması ya da kurulun makul süre içinde karar vermemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğini belirtmektedir.

³⁷ İşverenin işçiyi gözetme borcu, kurul kararlarını uygulama şeklinde somutlaştığı ve kurul kararlarının gereği gibi uygulanmaması nedeniyle işçiye karşı sözleşmesel sorumluluğunun bulunduğu yönünde Engin, **a.g.e.**, s.90.

³⁸ Soyer, **a.g.m.**, s. 683.

³⁹ Baycık, **a.g.m.**, s. 119.

⁴⁰ Balık, **a.g.m.**, s. 684.

kullanabilir. Bu noktada, özellikle Kurul veya işverenin tehlikenin varlığını tespit eden kararını verdiği ana kadar olan sürede işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı bulunup bulunmadığı akla gelebilir. Kanımızca işçinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü ile işverenin işin devamına olan menfaati karşılaştırıldığında, kanımızca işçinin makul gerekçelerle işte kaçınabileceği kabul edilmelidir. 155 sayılı ILO Sözleşmesinin yukarıda değinilen 13. Maddesi de bu yorumu doğrular niteliktedir, zira bu madde uyarınca işçi, makul gerekçelerle bir tehlikenin varlığına inanıyorsa, iş hukukta öngörülen aleyhe sonuçlara (örneğin, iş görme borcunu yerine getirme bakımından borçlu temerrüdünden) korunacaktır. Yine tehlike birden çok çalışana tehdit eder nitelikte ise çalışanlar çalışmaktan kaçınma haklarını toplu olarak kullanabilir. Bu durum kanun dışı grev teşkil etmemektedir.⁴¹

D. TEHLİKELİ BÖLGEYİ TERK ETME HAKKI

Madencilik, enerji santralleri, inşaat alanları gibi bazı iş alanlarında işyerinin fiziki niteliği ve faaliyetin özelliği gereği büyük çapta, önlenmesi imkânsız veya makul surette beklenemeyecek zararların doğması riskini taşıyan tehlikeler söz konusu olabilir. Özellikle bu gibi iş alanlarında çalışanlar için İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/f.3'te çalışmaktan kaçınma hakkının özel bir görünümü düzenlenmiştir.⁴² Hükme göre;

“Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider.”

Anılan düzenleme uyarınca çalışanlara f.1 gereği iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da işverene başvurmaksızın ve tehlikeli bölgeyi terk etmek suretiyle çalışmaktan kaçınma hakkı tanınmıştır.⁴³ Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 12'de de çalışanların tehlikeli bölgeyi terk etme hakkına paralel bir düzenleme işveren açısından bir yükümlülük olarak getirilmiştir. Buna

⁴¹ Baycık, **a.g.m.**, s. 119. Bununla beraber çalışmaktan kaçınma başta mevcut tehlikeye dayanıyorken tehlikenin giderilmesine rağmen işçiler başka taleplerle toplu olarak çalışmamaya devam ederse 2822 sayılı mülga Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca yasa dışı grev teşkil edeceği yönünde Sur, **a.g.m.**, s. 413. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 58 vd. hükümlerine göre de aynı görüşün geçerli olduğu kabul edilebilir.

⁴² Alpagut, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öncesindeki dönemde kurula danışarak çalışmaktan kaçınma hakkının düzenlenmiş olmasına rağmen tehlikeyi bölgeyi terk etme hakkının düzenlenmemiş olduğuna dikkat çekmektedir. bkz. Gülsevil Alpagut, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 72, sa. 2, s. 45.

⁴³ Kurula başvurulmaksızın çalışmaktan kaçınma imkanı veren bu düzenlemenin aynı konuda yeni düzenleme getirmesi itibarıyla TBK m. 408'in uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırdığı yönünde bkz. Süzek, **a.g.e.**, 915-916.

göre *ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikenin* varlığı halinde işveren öncelikle çalışanların işi bırakarak derhal çalışma yerlerinden ayrılıp güvenli bir yere gidebilmeleri için, önceden gerekli *düzenlemeleri yapmak ve çalışanlara gerekli talimatları vermekle* yükümlüdür. Bu düzenlemeler kapsamında tehlikenin önlenemez nitelikte olduğunun tespitinin çalışana bırakılmış olduğu hususuna dikkat çekilmekte ve maddenin gerekçesinde de “tehlikenin çalışanın bilgi ve tecrübesi dâhilinde önlenemez olduğu yönünde kanaat oluşması” halinde m. 13/3’ün uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir.⁴⁴

İşverenin ciddi, yakın ve önlenemez nitelikte bir tehlikenin vuku bulması halinde çalışanları koruma ve gözetme borcu temelinde işyerinden tahliyelerini düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 12 uyarınca, mevzu bahis tehlikenin mevcudiyetini koruması halinde ise *zorunluluk olmadıkça, gerekli donanımına sahip ve özel olarak görevlendirilenler dışındaki çalışanlardan işlerine devam etmelerini isteyemeyecektir*(m. 12/f.1/c.2). Bu takdirde ancak gerekli ve yeterli bilgi, tecrübe ve ekipmana sahip kişiler tehlikeli bölgede çalıştırılabilecektir. Bu hüküm kapsamında “zorunlu olmadıkça” ibaresinin kanunun çalışanların güvenliğini sağlama ve yaşam hakkı ile vücut bütünlüğünü koruma amacıyla uyumlu olmadığından hareketle hükümden çıkarılması gerektiği savunulmaktadır.⁴⁵ Kanımca da bu görüş ilgili hükme yönelik isabetli bir eleştiri getirmektedir. Zira hükmün mefhum-u muhalifinden hareket edilirse, gerekli donanımına sahip olmayan ve özel olarak görevlendirilmeyen bir çalışanın, ciddi, yakın ve önlenemez bir tehlikenin mevcut bulunduğu iş ortamında çalışmaya devam etmesinin talep edilebilmesi için nasıl bir zorunluluk halinin meşru ve haklı kabul edileceği tartışmaya açıktır.

İşverenin tahliye yükümlülüğüne ilişkin 12. maddenin 2. fıkrasında ise çalışanların amirine hemen haber veremedikleri durumlarda istenmeyen sonuçların önlenmesi için, çalışanların bilgileri ve mevcut teknik donanımları çerçevesinde müdahale edebilmelerine imkân sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda çalışanlar, ihmal ve dikkatsizlikleri sonucu meydana gelen zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Bununla ilişkili olarak m. 11/c bendinde işyeri organizasyonu ve faaliyetinin niteliği ve çapı ile çalışan sayısı dikkate alınarak *acil durumları* önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda uygun donanımına sahip ve bu konularda eğitimli *yeterli sayıda kişiyi görevlendirme, araç ve gereçleri sağlayarak eğitim ve tatbikatları yaptırma ve ekiplerin her zaman hazır bulunmalarını sağlama yükümlülüğü* düzenlenmiştir. Bu noktada öğretilen bir görüş m. 11/c kapsamında özel olarak görevlendirilen kişilerin ihmal veya dikkatsizliklerinden

⁴⁴ Baycık, **a.g.m.** s. 122. Ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğunun takdirinde herhangi bir objektif kriter getirilmediği; çalışanın mesleği, bilgisi ve tecrübesi, kıdemi, yaşı ve sağlık durumu gibi sübjektif koşullarının dikkate alınacağı yönünde Süzek, **a.g.m.**, s. 915-916.

⁴⁵ Baycık, **a.g.m.**, s. 122.

dolayı sorumlu olamayacakları yönünde düzenleme getirilmediği için daha az korunduğu hususuna dikkat çekmektedir.⁴⁶ Özellikle bu konularda uzman hizmet sunan kişilerden hizmet alınmayıp işyerinde çalışan kişiler belli ve sınırlı bir eğitimden geçirildikten sonra bu hususlarda görevlendirilmişse bu kişiler açısından ihmal ve dikkatsizlikleri, yani hafif kusurlarından da sorumlu olacakları sonucunu doğuracak ve eşitliğe aykırı bir durum meydana gelecektir.

E. İŞİN DURDURULMASI

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/f.sonunda, m. 25 kapsamında işin durdurulması hakkında hükmün uygulama alanı doğması hali saklı tutulmuş ve bu maddenin uygulanmayacağı belirtilmiştir. İşin durdurulması, işyerindeki bina ve eklentilerden, işyerinde görülen faaliyete ilişkin çalışma biçimlerinden ve iş ekipmanlarından, yani işyerinin organizasyonundan kaynaklanan ve iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı anlamında çalışanların yaşam hakkını tehdit eden *hayati bir tehlikenin* mevcudiyeti halinde sonuç doğuran ve idari makamların da katıldığı bir müessesedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 25/f.1 uyarınca;

“İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur.”

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 25/f.2 uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı bakımından teftişe yetkili üç iş müfettişinden oluşan heyet, iş sağlığı ve güvenliği bakımından teftişe yetkili iş müfettişinin tespiti üzerine gerekli incelemeleri yapar ve hayati tehlike teşkil eden bir risk halinin tespiti üzerine tespit tarihinden itibaren iki gün içerisinde işin durdurulmasına karar verir. Bununla beraber eğer tespit edilen tehlike acil müdahaleyi gerektiriyorsa tespiti yapan iş müfettişi, heyet tarafından karar alınıncaya kadar geçerli olmak kaydıyla işi durdurma yetkisine sahiptir.

III. İŞÇİNİN ÇALIŞMaktan KAÇINMA HAKKINI KULLANMASININ İŞ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

A. İŞ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN HAKLARIN DEVAM ETMESİ

Yukarıda da belirtildiği üzere m. 13 kapsamında çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması halinde çalışan ve işveren arasındaki sözleşmesel ilişki varlığını aynen sürdürür. Çalışanın gerek çalışmaya temel teşkil eden sözleşmesel ilişkiden gerekse mevzuattan doğan hakları devam eder ve çalışan özellikle ücret ve ücret eklerine hak kazanır, sosyal güvenlik primleri işveren

⁴⁶ Baycık, a.g.m., s. 123.

tarafından yatırılır; bununla beraber ilgili tehlikeye ilişkin gerekli ve yeterli tedbir alınıncaya kadar çalışan iş görme edimini ifa etmekle yükümlü olmaz.⁴⁷

Çalışmaktan kaçınılan sürenin hizmet süresine bağlı haklar açısından etkisi açık hükümlerle düzenlenmemiştir. Bununla beraber öğretide “işletmeye ait olma” durumunun devam ettiğinden bahisle bu sürenin dikkate alınacağı belirtilmektedir.⁴⁸ Ancak hafta tatili ücreti veya yıllık izin gibi kanunun fiilen çalışılan veya kanun gereği çalışılmış sayılan süreler arasında ayırım yaptığı hallerde konunun tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir.⁴⁹ Kanımızca bu durumda işçinin haklı bir gerekçeyle işi görmekten kaçındığı ve işverenin işyerini iş görmeye müsait hale getirme yükümlülüğünün bulunduğu göz önüne alınırsa, fiilen çalışılmayan sürenin de çalışılmış sayılması gerekmektedir.

Tehlikenin devam ettiği süre boyunca işçinin tehlike teşkil eden ortamda çalışması beklenemezse de işveren çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratmamak koşuluyla işçiye başka bir iş verebilir.⁵⁰

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasının, m. 13’te iş sözleşmesinin feshini engelleyeceği düzenlenmemiştir. Bununla beraber işverenin iş güvencesine tabi işçinin iş sözleşmesini feshedeceği yönünde beyanı geçersiz bir fesihdir. İş güvencesine tabi olmayan işçi açısından ise fesih geçerli olmakla beraber işveren açısından fesih hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir.⁵¹

B. ÇALIŞANIN İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESİH HAKKI

1. Gerekli tedbirlerin alınmaması halinde çalışanın fesih hakkı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13/4’te sadece İş Kanununa tabi olarak iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından, tehlikenin giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmaması halinde iş sözleşmesini feshetme imkânı getirilmiştir.⁵² Buna göre, “iş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir.” Ancak bu hakkın kullanılmasının ön şartı çalışanların kuruldan veya işverenden talebine rağmen işverenin tehlikenin giderilmesine ilişkin gerekli tedbirleri almamakta ısrar etmesi ve alamamasıdır. Bu kapsamda çalışan, İş Kanunu m. 24/II-e uyarınca çalışma koşullarının uygulanmaması

⁴⁷ Soyer, a.g.m., s. 687; Baycık, a.g.m., s. 118.

⁴⁸ Soyer, a.g.m., s. 687.

⁴⁹ Soyer, a.e., s. 687-688. Yazar, hükmün ratio legis’inin işçiyi korumak olduğunu dikkate alarak bu haklar yönünden de çalışılmayan sürenin dikkate alınacağı sonucuna varmaktadır.

⁵⁰ Süzek, a.g.e., s. 917. Yazar ayrıca işçinin böyle bir işi kabul etmemesi halinde işverenin, işçinin dürüstlük kurallarına aykırı davrandığından bahisle iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebileceğini belirtmektedir.

⁵¹ Soyer, a.g.m., s. 686-687; Engin, a.g.m., s. 92.

⁵² Baycık, a.g.m., s. 119.

gerekçesine dayanarak tehlike devam ettiği sürece veya tehlike sona ermişse sona erme tarihinden itibaren altı iş günü içinde iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecektir.⁵³ Yargıtay da bir kararında; işçinin elektrik çarpması kaynaklı iş kazası geçirmesine ve açılan ceza davasında işverenin asli kusurlu olduğunun tespit edilmesine rağmen, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişliği tarafından düzenlenen raporda da tespit edildiği üzere işverenin iş kazasına sebep olan tehlikeli çalışma koşullarının kazadan sonra gidermediği ve gerekli tedbirleri almadığından bahisle işçinin fesih hakkı olduğu sonucuna varmıştır.⁵⁴

Bununla beraber, kamuda çalışanların tabi oldukları özel kanunda böyle bir imkân öngörülmedikçe çalışma ilişkisini sona erdirmeyecekleri belirtilmektedir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, bu kanuna tabi çalışanlara böyle bir fesih hakkı tanımamakla birlikte ilgili şartların oluşması halinde sözleşmeyi feshettiği beyanıyla işe devam etmeyen çalışan hakkında disiplin cezası uygulanması da söz konusu olabilecektir.⁵⁵

Diğer yandan, 854 sayılı Deniz İş Kanununda da gemi adamları bakımından konuya ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Deniz İş Kanunu m.14/II-b'ye göre "işveren veya işveren vekilinin gemiadamına karşı, kanuna, hizmet akitlerine veya sair iş şartlarına aykırı hareket etmesi" gerekir. Buna göre, gemiadamı, mevcut tehlikeye karşı gerekli tedbirin alınmasından kaçınıldığı sürece veya tehlike sona erdikten sonra altı iş günü içinde ya da her halde tehlikenin ortaya çıkmasından itibaren bir yıl içinde iş sözleşmesini feshedebilir (Deniz İş Kanunu m. 15).

Diğer bir özel kanun olan 5953 sayılı Basın İş Kanununda ise feshe dayanak teşkil eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda genel kanun olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesi altında düzenlediği 435. maddeden yararlanılabilir.⁵⁶ Anılan hükümde, iş ilişkisinin taraflarının haklı sebeplerin varlığı halinde fesih sebebini yazılı olarak bildirerek sözleşmeyi derhal feshedebilecekleri öngörülmüştür. TBK m. 435/2 ise haklı sebep ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme içermektedir:

"Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır."

Haklı sebebi açıklayan düzenleme kapsamında, ciddi ve yakın tehlike halinde, esasen çalışanın Anayasal güvence altına alınmış ve mutlak hak niteliğindeki yaşam hakkını ve vücut bütünlüğünü riske atıp iş görme edimini ifaya devam etmesi dürüstlük kuralları çerçevesinde kendisinden beklenememelidir. Diğer

⁵³ Süzek, **a.g.e.**, s. 917-918.

⁵⁴ Yargıtay 22. HD. T.29.9.2014, E. 2014/25415, K.2014/26000, <http://www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.11.2017.

⁵⁵ Baycık, **a.g.m.**, s. 119.

⁵⁶ Baycık, **a.e.**, s.120.

yandan, işverenin tehlikeyi bertaraf etmek için gerekli önlemleri almaması da sözleşmesel ilişkiden doğan işçiyi gözetme borcunun ihlali niteliğindedir. Bu durumda çalışan iş sözleşmesini TBK m. 435 vd. uyarınca haklı sebeple feshedebilecektir.

Her halde fesih imkânını düzenleyen m. 13/f.4'de çalışanların *tabi oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebileceği* öngörülmüştür. Bu nedenle tabi olunan kanunlara göre fesih hakkının doğması halinde başkaca bir şart aranmaksızın çalışan fesih hakkını kullanarak iş ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdirebilir.⁵⁷

2. İş sağlığı ve güvenliği kuruluna veya işverene başvurulmaksızın iş sözleşmesinin feshedilmesi

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı düzenlemeler İş Kanununda yer almaktaydı. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13'ün önceki dönemdeki onu bakımından muadil hükmü de İş Kanunu m. 83 düzenlemesiydi. Önceki dönemde de çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için benzer bir prosedür öngörülmüştü. Buna göre *"işyerinde iş sağlığı ve güvenliği açısından işçinin sağlığını bozacak veya vücut bütünlüğünü tehlikeye sokacak yakın, acil ve hayati bir tehlike ile karşı karşıya kalan işçi, iş sağlığı ve güvenliği kuruluna başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir."* hükmü bulunmaktaydı.

İş Kanunu m. 83 hükmünün uygulandığı dönemden beri öğretilde bazı yazarlar çalışanın fesih hakkını kullanabilmesi için elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, diğer işyerlerinde işverene başvurması zorunluluğunun bulunduğunu, aksi takdirde işçinin tehlikenin giderilmediğinden bahisle iş sözleşmesini feshetmesi halinde haksız feshin söz konusu olacağını savunmaktadır.⁵⁸ Bizim de katıldığımız karşı görüş ise iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, diğer işyerlerinde işverene başvurmalarının işçi için bir zorunluluk olarak değil, çalışmaktan kaçınma hakkının doğduğuna ilişkin yanılgıları önlemek için getirilen bir prosedür olduğunu belirtmektedir.⁵⁹ Bu görüş çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13 anlamında iş sağlığı ve güvenliği kuruluna ya da kurul bulunmadığı takdirde

⁵⁷ Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat, **a.g.e.**, s. 309.

⁵⁸ Süzek, **a.g.e.**, s. 917-918. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu öncesindeki dönem için Baycık, **a.g.m.**, s. 120-121, dn. 34'teki yazarlar; işçinin çalışmaktan kaçınmasının kendi sübjektif kararına değil, kurulun nesnel ve teknik değerlendirmesi sonucu olmasının zorunlu olduğu görüşü için bkz. Sur, **a.g.m.**, s. 407.

⁵⁹ Bu kapsamda işçinin çalışmaktan kaçınabileceği; ancak rizikonun kendisine ait olduğu yönünde Sur, **a.g.m.**, s. 411. Yazara göre işçinin aldığı bu risk, iş sözleşmesinin İş Kanunu m. 18 uyarınca geçerli olarak ya da işi bırakmanın açıkça kötüyü kullanılması halinde m. 25 uyarınca haklı sebeple feshedilebilmesidir. bkz. Sur, **a.e.**, s. 411-412.

işverene başvurunun niteliği ve gerekliliği sorgulanabilir. Bu görüşü savunan bir yazar, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması ve uygulanmasının son derece bir teknik bir konu olduğunu ve çalışanın tehlikenin varlığı, niteliği ve yakınlığı gibi hususlarda yanılarak hak kaybı yaşamaması için m. 13/1'deki prosedüre başvurduktan sonra çalışmaktan kaçınma hakkını ve devamında iş sözleşmesini feshetme imkânını kullanmasının daha güvenli bir yol olacağı belirtilmektedir.⁶⁰

C. İDARİ MAKAMLARA ŞİKÂYET VE İHBAR HAKKI

İşyerinde vuku bulan ciddi ve yakın tehlikenin varlığına rağmen işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınması ihmal ediliyorsa çalışan bu nedenle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na işveren aleyhine şikâyette bulunabilir. Bu şikâyet üzerine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından yürütülen inceleme sonucunda işveren aleyhine idari yaptırımlar uygulanabilir. Bu kapsamda ilgili idare idari para cezası uygulayabilir ya da işyerinde çalışanlar bakımından hayati bir tehlikenin tespit edilmesi halinde m. 25 uyarınca işin durdurulmasına karar verebilir.⁶¹

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 24/1 hükmünde kanunun uygulanmasına ilişkin yapılacak teftiş ve incelemelerde 4857 sayılı İş Kanununun 93. maddesinin atıf yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. İş Kanunu m. 93 uyarınca teftişle görevli kişiler *kendileri tarafından bilgileri ve ifadeleri alınan yahut kendilerine başvuran veya ihbarda bulunan işçilerin ve başka kişilerin isimlerini ve kimliklerini açıklamamakla* yükümlüdür. Buna rağmen işverenin herhangi bir şekilde şikâyet ya da ihbarda bulunan çalışana tespit etmesi halinde işveren, sırf yetkili makamlara başvurmuş olması gerekçesiyle çalışanın haklarını kısıtlayamaz. Çalışanın yetkili makamlara başvurmuş olması haklı fesih nedeni olarak ileri sürülemez. Aynı doğrultuda, İş Kanununun iş güvencesine tabi işçilerin iş sözleşmelerinin süreli feshi kapsamında hangi sebeplerin geçerli neden sayılmayacağını örneklemeye yoluyla sayan m. 18/f.3-c bendi geçerli fesih nedeni de teşkil etmez.⁶²

⁶⁰ Soyer, **a.g.m.**, s. 864; Baycık, **a.g.m.**, s. 121;

⁶¹ Baycık, **a.g.m.**, s. 124; İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndan önce İş Kanunu m.79 ve m. 105-107 uyarınca aynı yönde Sur, **a.g.m.**, s. 402-403.

⁶² "(...) mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak (...)"

SONUÇ

İşyerini işçi açısından meslek hastalığı veya iş kazası risklerinden arınmış ya da minimuma indirilmiş hale getirecek tedbirleri almak işveren açısından İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4 anlamında temel bir yükümlülüktür. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi de bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya alınan tedbirlerin yeterli gelmemesi nedeniyle işçinin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğünü tehdit eden ciddi ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde işçiye iş görme edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı tanımıştır.

İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasına yönelik olarak m. 13'te iş sağlığı ve güvenliği kuruluna, kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurulması gereği düzenlenmiştir. Buna göre ciddi ve yakın tehlikenin varlığı kurulun acilen toplanarak, işverenin ise derhal alacağı kararla tespit edilip işçiye bildirilir. Bunun üzerine işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Ancak öğretilerde, bu prosedürün uygulamada işletilmesi esnasında ortaya çıkabilecek bazı sorunlara işaret edilmektedir. Bununla beraber f.3'te ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu hallerde kurula başvuru zorunluluğu öngörülmemiştir.

Diğer yandan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13, işverenin ücret ödeme borcunu ifa etmemesi halinde işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını düzenleyen İş Kanunu m. 34'ün aksine bir hususa açıklık getirmiştir: Çalışmaktan kaçınma hakkının kullanıldığı süre boyunca işveren, çalışanın ücretini ödemek ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer haklarına uygun davranmakla yükümlüdür.

Ciddi ve yakın tehlikenin varlığının tespit edilmesi üzerine çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin ne kadar süre çalışmaktan kaçınabileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber esasında böyle bir düzenleme de gerekli değildir, zira kurumun niteliği gereği tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemler alınmadıkça işçinin çalışmaktan kaçınma hakkının kullanabileceği açıktır. Bu kapsamda m. 4'ün son cümlesinde işverenin gerekli önlemleri almaktan kaçınması veya alamaması halinde çalışanın tabi olduğu kanunun öngördüğü hükümler dâhilinde iş sözleşmesini feshedebileceği düzenlenmiştir. Ancak fesih imkânı devlet memurları ve kamu personeli için özel kanunlarında öngörülmediğinden esasen bu hüküm sadece özel sektör çalışanları için tabi oldukları kanun dâhilinde mümkündür.

İşyerinde işçilerin çalışmasını engelleyen ciddi ve yakın tehlikenin düzeyi hayati tehlike teşkil edecek noktaya ulaştığında ise artık İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesi değil, 25. madde kapsamında işin durdurulması söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

Alpagut, Gülsevil: "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. 72, sa. 2, s. 31-46.

Aydınlı, İbrahim: "İşverenin İşyerinde "Çalışan" İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", **Çimento İşveren Dergisi**, c.19, sa. 4, s. 15-29, (çevrimiçi)

<http://www.ceis.org.tr/dergi.php>, Erişim Tarihi: 18.11.2017.

Balık, Derya: "İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu madde 83)", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, sa. 27, 2010, s. 1001-1011.

Baycık, Gaye: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", **Ankara Barosu Dergisi**, sa. 3, y. 2013.

Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, 29. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2018.

Engin, Murat: "Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı", **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, c.5, sa.1, 2003.

Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

Longchamp, Guy: Ed. Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon, **Commentaire du Contrat de Travail**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2013, (çevrimiçi) <https://www.swisslex.ch/>, Erişim Tarihi: 21.11.2017.

Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 23 b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Soyer, M. Polat: "İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı - Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları", **Sarper Süzek'e Armağan**, c. 1, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 657-689.

Sarıbay Öztürk, Gizem: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Hukuki Sonuçları", (erişim tarihi: 02.11.2018), (çevrimiçi) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

Sur, Melda: "İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", ed. Mehmet Uçum, **A. Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 395-414.

Sümer, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara, Seçkin, 2017.

Süzek, Sarper: İş Hukuku: Genel Esaslar - Bireysel İş Hukuku, 16. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2018.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://www.kazanci.com>

<https://www.swisslex.ch/>

<http://www.calismatoplum.org/arama.htm>

<http://www.ceis.org.tr/dergi.php>

<https://osha.europa.eu/en/legislation/directives/the-osh-framework-directive/1>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

ULUSLARARASI HUKUK BAĞLAMINDA SİLAHLI İNSANSIZ HAVA ARAÇLARI VE HUKUKİ DÜZENLEMELERİ

Armed Unmanned Aerial Vehicles and Legal Regulations in the Context Of International Law

Arş. Gör. Seher ÇAKAN*

Geliş Tarihi: 15.06.2017

Kabul Tarihi: 25.07.2018

Özet

Günümüzde insansız hava araçları devletler tarafından savunma alanında çok tercih edilen bir silah haline gelmiştir. İnsansız hava araçlarının özellikle askeri kara kuvvetlerinin giremediği yerlere girmesi, uzaktan kontrol edilmesi nedeniyle can kayıplarının olmaması ve daha az masraflı olması tercih edilme nedenleri arasındadır. Özellikle de ABD'nin 11 Eylül saldırıları sonrasında sık sık insansız hava araçlarını kullandığı gözlenmektedir. Sadece ABD değil, Türkiye, Rusya, İsrail gibi devletler de insansız hava teknolojisine sahiptir. Her ne kadar devletler insansız hava araçlarını kullansalar da, bazı durumlarda kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bu makale de uluslararası hukukta insansız hava araçları hakkındaki hukuki düzenlemeleri açıklamaya çalışacaktır.

Anahtar Kelimeler: Silahlı insansız Hava Araçları, SiHA, kuvvet kullanımı, jus ad bellum, jus in bello.

Abstract

Recently, unmanned aerial vehicles have become a preferred weapon in the field of defense by states. Some of preferences of using drones are: the entry of places where the military land forces could not access, due to remote control less loss of life and expenses. The United States has used drones especially after 11 September attacks. Not only the United States, but also states such as Turkey, Russia and Israel have unmanned aerial technology. There has been debate about the use of unmanned aerial vehicles. This article will try to explain the legal regulations on unmanned aerial vehicles in international law.

Key Words: armed unmanned aerial vehicles, drones, use of force, jus ad bellum, jus in bello.

I. GİRİŞ

İnsansız hava araçları (İHA) (unmanned air vehicles), Amerika Savunma Bakanlığı tarafından aracı kullanmak için bir insan operatörüne gerek olmayan, araç kaldırımını sağlamak için aerodinamik kuvvetlerin kullanıldığı, tek başına uçabilen veya uzaktan kontrol edilebilen...öldürücü nitelikte olan ya da olmayan, taşıma kapasitesine sahip etkili bir hava aracı olarak tanımlanmıştır.¹

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, Aksaray Üniversitesi İİBF Hukuk Bilimleri ABD Araştırma Görevlisi, email: sehercakan@aksaray.edu.tr.
ORCID ID: 0000-0003-3254-6617

¹ İnternet: Bone E ve Bolcom C.,(2005). "Unmanned Aerial Vehicles: Background and Issues for Congress" (Report for American Congress, 21 Kasım 2005).Web:http://www.congressionalresearch.com/RL31872/document.php?study=Unmanned+Aerial+

İnsansız hava araçları drone olarak da bilinirler. Günümüzde İHA büyük ölçekli harita yapımı, arkeolojik alanların belgelenmesi, orman alanlarına yönelik uygulamalar, tarımsal uygulamalar ve afet yönetimi gibi alanlarda kullanılmaktadır.² Bu alanlara ek olarak askeri amaçlarla da kullanıldıkları görülmektedir. Bu makalede sadece askeri amaçlarla kullanılan silahlı insansız hava araçları (SİHA) incelenecek olup insansız hava araçlarının diğer kullanım alanlarına değinilmeyecektir.

Silahlı insansız hava araçlarının savaş alanından uzakta kontrol edilebilmesi sebebiyle pilotların hayatlarını kurtarması, insansız hava araçlarına yapılan masrafların insan güçlü askeri hava araçlarından daha az masraflı olması ve özellikle de askeri kara kuvvetlerinin giremediği birçok alana girmesi gibi birçok avantajları vardır.³

Hellfire füzeleriyle(tanksavar füzeler olarak da bilinir) donatılmış İHA ilk kez 11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra ABD tarafından Afganistan'da El-Kaide liderlerine yönelik yapılan operasyonlarda kullanılmıştır.⁴ Keza, ABD tarafından, Afganistan dışında da ilk kez Yemen'de 2002'de İHA kullanılmıştır. Bugün sadece ABD değil aynı zamanda Türkiye, Rusya, İran, İsrail ve Birleşik Krallık da İHA teknolojisine sahiptir.⁵

Askeri amaçlı olarak kullanılan silahlı insansız hava araçları yok edici özelliğe sahip bir silah olarak kabul edilmektedir.Yine uçabilme ve görüntü elde etme donanımına sahip olması sebebiyle istihbarat için gerekli bilgileri toplama, keşif ve gözetme özelliklerine de sahiptir. İnsansız hava araçlarıyla ilgili -örneğin Füze Teknolojisi Kontrol Rejmi⁶ ve Wasanaar Sözleşmesi⁷ gibi uluslararası sözleşmeler olmasına rağmen silahlı insansız hava araçlarının kullanımını yasaklayan ne bir sözleşme ne de teamül kuralı vardır.

Vehicles+Background+and+Issues+for+Congress 21 Mayıs 2017'de alınmıştır.

² Cömert R., Avdan U. ve Şenkal E.,(2012). "İnsansız Hava Araçlarının Kullanım Alanları ve Gelecekteki Beklentiler".Web:https://www.researchgate. 18 Mayıs 2017'de alınmıştır.

³ O'Connell, M.E., (2010)."Unlawful Killing with Combat Drones: a case study of Pakistan,2004-2009" *Legal Studies Research Paper* No. 09-43, 5.

⁴ İnternet: Waller D.,(2001). "How the CIA Fights its New War" *TIME*, 5 Kasım, 2001. Web: <http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,183002,00.html> 20 Mayıs 2017'de alınmıştır.

⁵ Alston P.,(2010). "Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, study on targeted killings", para 27. (UN General Assembly A/HRC/14/24/Add.6, 28 Mayıs 2010) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf> 10 Nisan 2017'de alınmıştır.

⁶ Missile Technology Control Regime- MTCR, Bkz İnternet: <http://www.mtcr.info/english/> 1 Mayıs 2017'de alınmıştır.

⁷ Bkz İnternet: The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies <http://fas.org:8080/nuke/control/wassenaar/docs/wassenr4.htm> 1 Mayıs 2017'de alınmıştır.

Silahlı insansız hava araçları özel bir silah türü olarak kabul edilmektedir⁸ ve bu nedenle de bu makale uluslararası hukukun bu alanda genel kuralları bağlamında, insansız hava araçlarıyla ilgili mevcut hukuki düzenlemelerin neler olduğunu ve söz konusu düzenlemelerin yeterli olup olmadığını açıklamayı amaçlamaktadır. Genel olarak makale iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm uluslararası hukukta mevcut düzenlemelerle ilgili olup bu bölüm de iki alt başlıktan oluşmaktadır. İkinci ana bölüm de var olan hukuki düzenlemelerin yeterli olup olmadığı incelenmiştir.

II. İNSANSIZ HAVA ARAÇLARIYLA İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER

Hem Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nda hem de uluslararası teamül hukukunda kuvvet kullanımı yasaklanmıştır.⁹ Ancak bazı koşullar altında kuvvet kullanmama yasağına istisnalar getirilmiştir. Silahlı insansız hava araçlarının da bu istisnalar dahilinde kullanılabilceği sonucuna varılabilir. Genel olarak kuvvet kullanımı düzenleyen yasal dayanak iki başlık altında incelenir. *Jus ad bellum* devletlerin hangi koşullar altında kuvvet kullanacaklarını belirtirken *jus in bello* devletlerin kuvvet kullanırken yasal olarak kullanabilecekleri araç ve metodların neler olacağını ve bunların nasıl kullanılması gerektiğini ifade eder.

1. 1. JUS AD BELLUM

Jus ad bellum devletlerin hangi hallerde kuvvete başvurma hakları olduğunu ifade eder. Devletlerin kuvvete başvurmaları için haklı gerekçelerin olması bu ilkenin en önemli şartıdır. Benzer şekilde, bu ilke devletlerin kuvvet kullanma haklarını sınırlamaktadır. Böylece de devletler her durumda kuvvete başvuramayacak, sadece belli koşullar dahilinde kuvvet kullanabilecektir. Bu bağlamda, insan haklarını korumak, meşru müdafaa ve silahlı çatışma halinde devletlerin kuvvet kullanması *jus ad bellum* altında haklı gerekçeler olarak değerlendirilebilecektir. Silahlı insansız hava araçlarının da yok edici ve öldürücü özelliğe sahip olması nedeniyle, bunların kullanımı da bu üç başlık kapsamında değerlendirilecek olup hangi koşulları altında kullanılabilceği ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

A. İnsan Hakları Hukuku

Bir devlete karşı gerçekleştirilen eylemler meşru müdafaa ya da silahlı çatışma kapsamında değerlendirilmiyorsa gerçekleştirilen ya da gerçekleştirilecek eylemler insan hakları kapsamında değerlendirilecektir.¹⁰

⁸ Bkz, Jordan J P.,(2010). "Permissible Self-Defense Targeting and The Death Of Bin Laden" *Denv J Int'l L & Pol'y* 39, 572.

⁹ Bkz Meşru Müdafaa kısmında detaylı olarak açıklanmıştır.

¹⁰ McNab M ve Matthews M.,(2011). "Clarifying the Law Relating to Unmanned Drones and the Use of Force: The Relationships Between Human Rights, Self-Defence, Armed Conflict, and International Humnitarian Law".*Denver Journal of International Law and Policy*, 668.

Başka bir ifade ile, bir devletin kendisine karşı gerçekleştirilen herhangi bir eylem, meşru müdafaa hakkını doğurmuyorsa ya da silahlı çatışmalar kapsamında değerlendirilmeyorsa bu durumda devlet insancıl hukuk kuralları çerçevesinde hareket edemeyecek ve sadece iç hukuk kapsamında kolluk tarafından insan hakları çerçevesinde eylemlere karşılık verecektir.

Kolluğun kanunlarla verilmiş zor kullanma yetkisi olup kamu düzeni ve güvenliğini sağlama, suç ve suçluları bulma yetkilerine sahiptir. Kolluk kuvvetleri devletin tüm polis güçlerini yani askeri ve güvenlik kuvvetlerinden oluşmaktadır.¹¹ Kolluğun genellikle iç hukukta kanun gereği yakalaması, tutuklaması veya gözaltına alması gereken kişileri tabanca ve tüfek gibi belli başlı bazı silahlarla bazı koşullar altında kuvvet okullanma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir. İlk olarak, silahlı çatışma ya da meşru müdafaa dışında öldürücü kuvvet kullanılabilmesi için olması yakın ve muhakkak bir tehdidin olması gerekir.¹² Eğer böyle bir tehdit söz konusu değilse ve yakalama, gibi bir imkan varken öldürücü kuvvet kullanılması hukuka aykırıdır. İkinci olarak kolluk silahla öldürücü bir kuvvet kullanmadan önce uyarıda bulunmalı ve bu uyarıdan sonra ateş açmalıdır. Ancak silahlı insansız hava araçlarının yok edici özelliği olması sebebiyle bunların iç hukukta kolluk tarafından kullanması uluslararası hukuka aykırı olacaktır. Başka bir deyişle SİHA silahlı çatışma ya da meşru müdafaa dışında kullanılamayacaktır.

Silahlı insansız hava araçlarının, silahlı çatışma ya da meşru müdafaa hakkı kapsamı dışında kullanılmasının uluslararası hukuka aykırı olmasına rağmen Amerika 11 Eylül saldırıları sonrası el-Kaide, Taliban ve bunlara bağlı kuvvetlere karşı Pakistan, Yemen gibi silahlı çatışma halinde olmadığı ülkelerde özellikle de üst düzey teröristleri silahlı insansız hava araçları ile hedef alarak bu araçları kullandığı görülmektedir. Bu durum da iki temel sorunu gündeme getirmiştir. Birincisi, bir devletin silahlı çatışma halinde olmadığı ya da meşru müdafaa hakkını yasal olarak kullanmadığı zaman yani barış döneminde bir ülkede teröristlere karşı öldürücü kuvvet kullanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu tartışmanın da temelinde terörizm teriminin uluslararası toplumda kabul edilmiş bir tanımının bulunmamış olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Eğer terör eylemleri örgütlü bir suç kapsamında değerlendirilse insan hakları standartları dikkate alınacaktır ve iç hukuktaki düzenlemeler önem arz edecektir. Bu kapsamda değil de, silahlı çatışmalara ya da meşru müdafaa hakkını kullanmaya neden olacak silahlı bir saldırı olarak değerlendirilecek ise insancıl hukuk kuralları uygulanacaktır.

¹¹ Alston, para 31.

¹² Alston, para 9.

Terörü silahlı çatışma ya da meşru müdafaa hakkı kapsamında silahlı bir saldırı suçu olarak kabul etmeyen görüşler bulunmaktadır ve bu görüşe göre terör, BM Şartı madde 51 çerçevesinde meşru müdafaa hakkını doğuracak düzeyde silahlı saldırı oluşturmaz.¹³ Terör saldırıları genellikle seyrek olarak gerçekleşir ve çok istisnai hallerde buldukları devletin sorumluluğuna gidilir.¹⁴ Benzer şekilde terörün silahlı saldırı kapsamında değerlendirilmediğini hem devlet uygulamalarında hem de uluslararası mahkemelerin kararlarında da görebiliriz. Örneğin Fransa ve Birleşik Krallık terör eylemleri de dahil adi suçların silahlı çatışma oluşturmayacağını kabul etmişlerdir.¹⁵ 11 Eylül saldırılarından önce ABD’de teröristleri örgütlü suç kapsamında değerlendirmiş ve El-Kaide’nin 1993,1998 ve 2000 tarihlerindeki ABD saldırılarında da ilgili kişileri iç hukuku kapsamında cezalandırmıştır.¹⁶ Keza, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi de terör faaliyetlerinin uluslararası insancıl hukuk kurallarına tabi olmayacağını ifade etmiştir.¹⁷ Sonuç olarak, bu görüşü savunanlara göre, terör silahlı çatışma ya da meşru müdafaa hakkını kullanmaya neden olacak bir silahlı saldırı kapsamında değerlendirilmeyeceği için silahlı insansız hava araçları ile teröristlerin öldürülmesi insan hakları standardına aykırı olacaktır.

Diğer bir görüşe göre de terör eylemleri örgütlü gruplar tarafından yoğun bir şekilde gerçekleştirildiği takdirde devletin meşru müdafaa hakkı doğar¹⁸ ve teröristlere karşı devletler silahlı insansız hava araçları ile karşılık verebilir. Böylece devletler iç hukuktaki düzenlemelere yani insan hakları standartlarında belirtilen sıkı kurallara bağlı kalmayarak öldürücü kuvvet kullanabilecektir.

İkinci sorun ise teröristlerin hedef alınarak(targeted killing) silahlı insansız hava araçları ile öldürülmesinin mümkün olup olmadığıdır. Hedef gözeterek öldürme fiziksel gözetim altında olmayan belirli bir kişiye karşı bilerek, önceden planlanmış ve ihtiyatlı öldürücü kuvvet kullanılmasına denir.¹⁹ Söz

¹³ O’Connell, M. E.,(2010).“Remarks: The Resort to Drones under International Law”. 39 *Denv J Int’l&Pol’y*, 593; Ayrıca bkz *International Humanitarian Law and Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, The International Committee of the Red Cross, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2011, 48.

¹⁴ O’Connell, Remarks, 593.

¹⁵ İnternet: “The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims” *International Review of the Red Cross*, No. 849, 2003. Web: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_gaudreau-eng.pdf 1 Mayıs 2017’de alınmıştır.

¹⁶ O’Connell, M. E.,(2011). “Seductive Drones: Learning From a Decade of Lethal Operations” *J.L. Inf. & Sci.* 21/2, 123.

¹⁷ *Prosecutor v Tadic*, Case No: IT-94-T, Appeal, (ICTY) (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi,15 Temmuz 1999), para 562.

¹⁸ Bkz genel olarak Paust J. P.,(2010). “Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan”. *J. Transnational Law & Policy* 19:2.

¹⁹ Alston, para 1. Benzer şekilde asıl hedefin dışında başka kimselerin öldürülmesi yaşam hakkından keyfi olarak mahrum edilmesi söz konusu olacak ve bu durumda hem devletin sorumluluğunu hem de bireysel sorumluluğu beraberinde getirecektir (Alston, para 86).

konusu öldürmenin hukuki olabilmesi kişinin yakalanamayacak ya da kolayca yakalanamayacak olması gerekir.²⁰ Kabul edilen bir görüşe göre, silahlı çatışma dışında silahlı insansız hava araçları ile hedef gözeterek öldürmenin yasal olması neredeyse mümkün değildir ve bir devletin hakimiyet sahibi olduğu kendi toprakları dahilinde İHA ile hedef gözeterek öldürmesi, öldürücü kuvvet kullanımıyla ilgili insan hakları sınırlarını karşılama pek olası değildir.²¹ Bunun temel nedeni ise İHA'nın özellikle de combat dronelerin (savaş droneleri) bir tür askeri silah olarak kabul edilmeleridir.²² Silahlı dronelar füze fırlatma ve bombalama özelliklerine sahiptirler. Bu nedenle de bu tür insansız hava araçları sadece savaş ya da silahlı çatışma halinde kullanılmalıdır. Kolluk kuvvetleri tarafından kullanılmasına izin verilmemelidir.²³ Keza, bir devlet diğer bir devletten ya da uluslararası kuruluştan yardım istemiş olsa bile yardım edecek taraflar da yardım isteyen devletin sahip olduğu kuvvet kullanma hakkı kadar kuvvet kullanabilecektir.²⁴ Ayrıca uluslararası insan hakları hukuku hükümetin iktidarı ele geçirmek isteyen ya da devletten ayrılmak isteyen bir silahlı gruba mukabelede bulunurken aşırı kuvvet kullanmasını yasaklamaktadır.²⁵ Eğer muhalif silahlı grup tarafından kullanılan kuvvet önemli derecede fazla ise, devletin askeri güç kullanması sadece bu durumda mümkün olacaktır.²⁶

Diğer görüşe göre ise bazı koşullar dahilinde teröristlerin hedef gözetilerek öldürülmesi mümkündür.²⁷ Bu görüşü savunanlar özellikle de meşru müdafaa hakkını dayanak olarak göstermektedirler.

Bu görüşler dikkate alındığında denebilir ki silahlı insansız hava araçları yok edici özelliğe sahip oldukları için silahlı çatışma ya da meşru müdafaa dışında kullanılmamalıdır. İç hukukta genel olarak, şüpheli ya da sanık kaçarsa ya da

); Hedef olarak öldürme, yargıdışı öldürme ve yargısız infaz kavramlarından farklı anlamda olup, hedef gözeterek öldürmede nötr bir anlam taşımaktadır, yani söz konusu ifade kullanıldığında "durumun iyiliği, kötülüğü veya hukukiliği belli bir değerlendirme(ye)" tabii tutulmakta ve bunun nedeni de bazı durumlarda hedef olarak öldürmeler hukuki olabilmektedir(Albayrak G.,(2013). İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Yeni Terörizmle Mücadelede Hedef Alarak Öldürmeler (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2013, 17). Yargısız infaz "belli bir kişinin göstermelik ve çok kısa bir yargılama sonucunda adil yargılanma hakkı ihlal edilerek öldürülmesi(ni)" ifade ederken yargı dışı öldürme ise "belli bir kişinin devlet görevlileri veya devletle bağlantısı olan kişilerce hiçbir yargılama yapılmadan öldürülmesi" anlamına gelmektedir(Albayrak, 17).

²⁰ Albayrak, 20.

²¹ Alston, para 85.

²² "Remarks", 589. "The Rise of Drones II: Examining Legality of Unmanned Targeting" One Hundred Eleventh Congress Second Session Serial No: 111-120, 28 Nisan 2010 (Statement of Marry Ellen O'Connell).

²³ "The Rise of Drones II".

²⁴ O'Connell, "Unlawful Killing", 16.

²⁵ O'Connell, "Unlawful Killing", 16.

²⁶ O'Connell, "Unlawful Killing", 16.

²⁷ Paust, "Permissible Self-Defense", 569-70.

söz konusu kişi(ler) insanlar için ciddi bir tehdit oluştururlarsa, tabanca gibi bir silah ile uyarı yapıldıktan sonra ve temel amaç öldürme olmayacak şekilde silah kullanılabilir. Başka bir deyişle, bir devlet kendi toprakları dahilinde silahlı insansız hava araçlarını kullanması insan haklarını ihlal edecektir. Yine bir devletin silahlı çatışma halinde olmadığı devlet topraklarında da İHA kullanması insan haklarını ihlal edebilecektir. Örneğin, 3 Kasım 2002’de, Sinan el-Harethi ve beraberindeki beş kişi Yemen’de araba ile ilerlerken Amerika tarafından SİHA’dan atılan hellfire füzesi ile bombalanmıştı.²⁸ El-Harethi 2000’deki USS Cole’daki saldırıların sorumlusu olarak kabul ediliyordu. El-Harithi ve beş kişinin hedef gözeterek öldürülmesinde dikkati çeken husus Yemen’in ABD’nin silahlı çatışma halinde bulunduğu topraklar dışında olmasıdır. BM Özel Raportörü Asma Jahangir ABD’nin Yemen’deki operasyonunu “açık bir yargısız infaz” olarak değerlendirmiştir.²⁹

B. Meşru Müdafaa

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımı yasaklanmış olup meşru müdafaa hakkı söz konusu kuralın bir istisnasıdır. Buna göre bir devlet silahlı bir saldırıya uğradığında meşru müdafaa hakkına sahiptir. Bu hak hem bir teamül kuralıdır hem de BM sisteminde yer alan bir düzenlemedir. Kuvvet kullanma yasağı, uluslararası hukukta bir teamül kuralı kabul edildiği için sadece BM üyesi devletler için değil aynı zamanda tüm dünya devletleri için bağlayıcıdır. Benzer şekilde *jus cogens* kuralı olduğu yani “aksine bir düzenlemeye izin vermeyen” bir kural olduğu da kabul edilmektedir.³⁰ Söz konusu hak BM Şartı’nda şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Antlaşma’nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barışı ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi’ne bildirilir ve Konsey’in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barışı ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.”³¹

²⁸ İnternet: Mayer J.,(2009). “The Predator War- What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?” *The Political Science*. Web: <http://www.newyorker.com/magazine/2009/10/26/the-predator-war> E.T. 4 Mayıs 2017’de alınmıştır.

²⁹ Jahangir A.,(2013). “Civil and Political Rights, including the Questions of Disappearances and Summary Executions- Extrajudicial, summary or arbitrary executions” UN Economic and Social Council, E/CN.4/2003/3.

³⁰ Bkz Taşdemir F., (2006).“Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Öncelikli Meşru Müdafaa Hakkı”. *Uluslararası Hukuk ve Politika* Cilt:2 No:5, 80.

³¹ BM Şartı madde 51.

BM Şartı'nda da belirtildiği gibi gerekli tüm koşulları sağlaması şartıyla, bir devletin diğer bir devletin saldırılarına karşı gerek bireysel gerekse de kolektif olarak meşru müdafaa hakkını kullanabileceği kabul edilmiştir. Meşru müdafaa cezalandırma amacı olmamalıdır. Bunun yerine saldırının durdurulması asıl amaç olmalıdır.

Meşru müdafaa bahsedilebilmesi için bir saldırı olmalı,³² saldırı bir devlete atfedilir olmalı, yapılacak müdahale gerekli ve orantılı olmalıdır. Klasik anlayışta bu koşullar varsa bir devlet diğer devlete karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilecektir. Bu durumda bir devlet diğer devlete karşı silahlı insansız hava araçlarını da kullanabilecektir. Bu konuda tartışmalı bir husus söz konusu olduğu söylenemez.

Günümüzde, özellikle de 11 Eylül terör saldırıları ile birlikte, devlet dışı aktörlerin de şiddetli kuvvet kullanması beraberinde meşru müdafaa hakkının devlet dışı aktörlere karşı kullanılıp kullanılmayacağını tartışılan konulardan biri haline getirmiştir. BM Güvenlik Konseyi'nin 1368 ve 1373 sayılı kararlarında bir devlete atfedilir olup olmadığına bakılmaksızın, bir devletin, herhangi bir uluslararası terör eylemine tepki olarak BM Şartı tarafından tanınan meşru müdafaa hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu bağlamda da meşru müdafaa hakkının bu gruplara karşı kullanılacağı kabul edildiğinde diğer sorunlar-örneğin, meşru müdafaa'nın hangi koşullar altında ve nasıl gerçekleşeceği gibi -ortaya çıkmaktadır.

Bir devletin ülke sahibi devletin rıza göstermesi halinde, devlet dışı aktörlere karşı kuvvet kullanabileceği tartışılmaz bir husustur. Fakat asıl sorun rıza göstermeyen devlete karşı kuvvet kullanılıp kullanılmayacağıdır. Kabul edilen bir görüşe göre BM Şartı'nın 51. maddesi, uluslararası teamül hukuku ve BM Şartı'nın kabulünden önceki ve sonraki uygulamalarla birlikte incelendiğinde, devlet dışı aktörün silahlı saldırısının kaynaklandığı ve ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkının devlet dışı aktöre karşı kullanılacağı devletin rızasına gerek yoktur.³³ Bu görüşü savunanlar, BM Şartı çerçevesinde devletler, meşru müdafaa hakkının kullanılmasına önceden rıza göstermişlerdir ve rıza sadece bir devletin diğer bir devletin topraklarında o devletin iç hukuk kurallarının

³² Uluslararası hukukta henüz herkes tarafından kabul edilen kesin bir tanımı yapılmamıştır. Genel olarak, "güç kullanma yasağını çiğneyen devlet saldırgan" devlet olarak tanımlanmaktadır (İlyas, D., (2013). Devletler Hukuku, (2. Bası). Ankara: Astana Yayınları 136). Saldırı eylemi kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği herkes tarafından teyid edilmekle birlikte tüm kuvvet kullanımları saldırı şiddetine dahil edilmemektedir (Doğan, 140). Bu durumu UAD'nın Nikaragua v ABD kararında da görmekteyiz. Söz konusu karara göre "bir devletin başka devletteki terör eylemlerine karışan gruplara silah temini, maddi destek sağlaması gibi eylemler" kuvvet kullanma yasağını ihlal niteliğinde olmasına rağmen silahlı saldırı olarak nitelendirilemezler (Doğan, 140).

³³ Bkz, Jordan J. Paust, "Permissible Self-Defence", 569.

uygulanması halinde gereklidir.³⁴Bu düşüncüyü savunanlara göre, bir devletin egemenliği uluslararası hukukta mutlak değildir ve BM Şartı dahilinde, taraf devletlerin toprak bütünlüğü yalnızca korunmak istenen değerlerden biridir.³⁵ Bu görüş çerçevesinde, ABD'nin Pakistan ve Afganistan'a İHA ile yapmış olduğu operasyonlar meşru müdafaa hakkı kapsamındadır ve ABD'nin operasyon yapmadan önce bu devletlerin rızalarını almasına gerek yoktur.³⁶ABD'nin de bu görüşe paralel bir görüş kabul ettiği söylenebilir. Buna göre, toprak sahibi devletin rızasıyla veya toprak sahibi devlet terör eylemlerini yok etmek istemez ya da yok edebilecek donanımına sahip değilse, toprak sahibi devlette kuvvet kullanılabileceğini savunmaktadır.³⁷ Bu duruma ABD'nin Pakistan ve Yemen de İHA kullanması örnek olarak gösterilebilir.³⁸ Bu şekilde kuvvet kullanımı halinde meşru müdafaa'yı kullanan devlet ve topraklarında meşru müdafaa kullanılacak devlet arasında bir savaş ya da silahlı çatışma durumu söz konusu olmayacaktır.³⁹ Böylelikle de bu görüşü savunanlara göre ABD'nin Pakistan'da İHA ile öldürücü kuvvet kullanması Pakistan devletiyle savaş ya da silahlı bir çatışmada olduğu anlamına gelmeyecek sadece Taliban ve El-Kaide silahlı bir çatışma halinde olduğu sonucuna varılacaktır.

Bir devletin diğer devlet ya da devletlere karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için gerekli olan koşullar ve kapsamının neler olduğu belli iken,⁴⁰ devlet dışı aktörün bir eylemi sonucunda meşru müdafaa hakkı kullanılması halinde ilgili koşulların kapsamı kesin değildir. Bu bağlamda ilk önemli husus silahlı bir saldırının olması gerekliliği ile ilgilidir.⁴¹ Bir devletten kaynaklanan haksız silahlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının doğduğu kabul gören bir görüş olmasına rağmen, devlet dışı aktörlerin- teröristlerin- eylemlerinin saldırı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.

³⁴ Paust, "Self-Defense Targetings", 249.

³⁵ Paust, "Self-Defense Targetings", 256-7.

³⁶ Bkz Paust, Paust, "Self-Defense Targetings".

³⁷ Department of Justice White Paper,(2011). "Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al-Qa'ida or an Associated Force".

³⁸ Vogel, R. J.,(2010). "Drone Warfare and the Law of Armed Conflict". *Denv. J.Int'l L.&Pol'y* 39:1, 109.

³⁹ Paust, "Self-Defense Targetings".

⁴⁰ Bir devletin diğer devlete karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için bir saldırının olması, saldırının bir devlete atfedilir olması ve yapılacak müdahalenin gerekli ve orantılı olmasıdır. Bu üç temel mesele hakkında da tartışılan mesele önleyici ve öngörücü meşru müdafaa haklarıdır. Bu kavramlar aşağıda açıklanacaktır.

⁴¹ Fakat bazı yazarlar silahlı bir saldırı olmadan da devletlerin meşru müdafaa hakkının olduğunu kabul etmektedir.Bu görüş doktrinde azınlıkta kalan görüştür.Bu görüşü savunanlar BM Şartı'nda "silahlı bir saldırı(nın)" zorunlu olduğuna dair bir hüküm olmadığı gerekçesiyle, silahlı saldırı derecesine gelmeyen bir durumla devletler karşılaşırsa meşru müdafaa hakkını kullanabileceklerini savunmaktadırlar.

BM Şartı'na bakıldığında silahlı saldırının tanımı yapılmamıştır ancak Uluslararası Adalet Divanı(UAD) vermiş olduğu bazı kararlarında bu tanımı yapmıştır.⁴² UAD göre kuvvet kullanımının “en vahim şekilleri” silahlı saldırıyı oluşturur.⁴³ Silahlı saldırı sadece bir sınır olayı olmamalı, şiddet önemli bir decereye ulaşmalıdır.⁴⁴ Düzensiz birlikler eğer bir devlet ya da devletler tarafından gönderilmişse ve kullanılan kuvvetin derecesi ve etkileri de silahlı saldırı olarak kabul edilecek boyutta ise, düzensiz birliklerin eylemleri silahlı saldırı olacaktır.⁴⁵

Silahlı insansız hava araçlarının meşru müdafaa kapsamında devlet dışı aktörlere karşı kullanılabilmesi için terör eylemlerinin silahlı saldırı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi terör eylemleri sonucu meşru müdafaa hakkının kullanılması konusunda görüş birliği yoktur. O’Connell terör eylemlerinin seyrek bir şekilde meydana geldiği için devletler kesin bir şekilde askeri kuvvet kullanmak yerine var olan iç hukuktaki yaptırımlara başvurmaları gerektiğini savunmaktadır⁴⁶ ve devlet uygulamaları da bu yöndedir. Ancak diğer bir görüşe göre tasarlanmış bir dizi şiddet eylemleri varsa bunlar silahlı saldırı kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁷

Saldırı ile bağlantılı olarak cevaplanması gereken bir başka sorun olması yakın ve muhakkak bir tehdidin varlığı halinde de meşru müdafaa hakkı kullanılıp kullanılmayacağıdır. Önleyici (pre-emptive) meşru müdafaa “vukuu muhakkak” tehditler karşısında söz konusu olmaktadır.⁴⁸ Devletlerin özellikle de güçlü devletlerin önleyici meşru müdafaaya başvurdukları görülmektedir.

Öngörücü veya sezgisel (preventive) meşru müdafaada ise “vukuu muhtemel yani varsayılan potansiyel tehditlere karşı kuvvet kullanmayı” içerir.⁴⁹ Öncelenmiş(anticipatory) meşru müdafada ise “vukuu muhakkak bir saldırı tehdidi” söz konusudur.⁵⁰ Doktrinindeki bu ayırım teoriktir ve önleyici meşru müdafaa bu her iki durumu da kapsar niteliktedir.⁵¹ Önleyici meşru müdafaa

⁴² Bkz *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v US) Merits, ICJ, 27 Haziran 1986 para 191; *Case Concerning Oil Platforms*(Islamic Republic of Iran v United State of America), judgement, 2003, ICJ paras 51, 64.

⁴³ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* para 191.

⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, para 195.

⁴⁵ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, para 195.

⁴⁶ O’Connell, “Remarks”, 593.

⁴⁷ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Dem. Rep. Congo v. Uganda) 2005 I.C.J. 168, H 146 ; *Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua*.

⁴⁸ Taşdemir, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”. 82.

⁴⁹ Taşdemir, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”. 82.

⁵⁰ Albayrak, 29.

⁵¹ Bkz Albayrak, 29.

hakkı özellikle de 11 Eylül saldırısından sonra ABD tarafından geliştirilmiş olup ön alıcı meşru müdafaa olarak farklı bir boyut kazandırılmıştır.⁵² Buna aynı zamanda Bush doktrini de denilmektedir. ABD, üst düzey teröristlerin ABD'ye karşı yakın ve muhakkak şiddetli saldırı tehdidinde neden olacağını anlaması halinde, ABD'nin kendi vatandaşlarına ve menfaatlerine karşı bir saldırı olacağına dair açık bir delil gösterilmesine gerek kalmadan meşru müdafaa hakkını kullanabileceğini vurgulamıştır.⁵³ Bundan da anlaşılması gereken de ABD, El-Kaide veya bunlara bağlı kuvvetlerdeki üst düzey olduğunu düşündükleri/belirledikleri kişileri hedef olarak gözetebilecek ve bunların hedef olabilmesi içinde açıkça bir belgeye gerek olmayacaktır. Fakat her ne kadar ABD söz konusu meşru müdafaanın varlığını kabul etse de uluslararası hukukta bu görüş kabul edilmemektedir ve ABD'nin bu tür eylemleri meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmemektedir.

İkinci önemli konu da silahlı saldırının atfedilir olması olup bu unsur, saldırıya uğrayan devletin hangi topraklar üzerinde meşru müdafaa hakkının kullanılacağına belirlenmesi bakımından önem teşkil etmektedir. Silahlı saldırı, bir devlete atfedilebileceği durumlarda sorun teşkil etmezken söz konusu silahlı saldırı devlet dışı aktörler tarafından -El-Kaide gibi- gerçekleştirilmişse ve ilgili devletin saldırı ile ilişkisi yoksa meşru müdafaanın hangi topraklarda kullanılacağı sorun teşkil edecektir. Örneğin ABD, El Kaide, Taliban ve bunlara bağlı kuvvetlere karşı başlatmış olduğu operasyonları Afganistan dışında da devam ettirmiştir. ABD'nin Pakistan, Somali ve Yemen'de de söz konusu operasyonları yapmasının meşru olup olmadığı gündeme gelecektir. Bazı yazarlar-O'Connell gibi-meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için saldırının bir devlete atfedilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁵⁴ UAD vermiş olduğu kararlarda meşru müdafaa hakkının sadece bir devlet tarafından diğerine karşı kullanılabileceği sonucuna varmıştır.⁵⁵ Bu görüş kapsamında üçüncü bir devletin topraklarında bulunan devlet dışı aktörlerin sebep oldukları saldırılar sonucunda kuvvet kullanamayacağı sonucuna varılır. Böylece bu görüşe göre Afganistan dışında ABD'nin İHA ile yaptığı operasyonlar *jus ad bellum* kapsamında meşru değildir.⁵⁶ İHA ile kuvvet kullanma askeri bir güç kullanımı olup sadece silahlı çatışma durumlarında mümkündür.⁵⁷

⁵² Bkz Değirmenci O. ve Mavuş A.,(2016).Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 47.

⁵³ White Paper.

⁵⁴ Bkz O'Connell, "Remarks", 590-91.

⁵⁵ Bkz *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004, para 139; *Armed Activities on the Territory of the Congo*, paras 146-7.

⁵⁶ O'Connell, Remarks, 599.

⁵⁷ O'Connell, Remarks, 599.

Diğer kısım yazarlar da meşru müdafaa hakkının kullanılması için saldırının devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilmesi halinde bu hakkın kullanılabilceğini kabul etmektedirler.⁵⁸ UAD hakimlerinden Kooijmans da benzer görüşü kabul etmiş olup saldırıya uğrayan devletin sadece saldırgan devlet olmadığı gerekçesiyle meşru müdafaa hakkının olmadığını inkar etmenin makul olmayacağını ve BM Şartı'nda saldırgan bir devletin olma koşulunun zorunlu olmadığını vurgulamıştır.⁵⁹ Keza BM 1368⁶⁰ ve 1373⁶¹ sayılı kararlarında saldırgan bir devletin olup olmadığına bakılmaksızın, uluslararası terörün herhangi bir eylemine karşı devletlerin meşru müdafaa hakkının BM Şartı kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Son olarak da meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanabilmek için yapılacak müdahale gerekli ve orantılı olmalıdır. Gereklilik şartı bir devletin sadece saldırıları engelleyecek, alternatif bir çözüm yolunun olmaması koşuluyla kuvvetin kullanılabilceğini ifade eder.⁶² Başka bir deyişle, "uluslararası hukuka uygun olmak şartıyla, düşmanın en kısa zamanda teslim olmasını ve saldırıyı durdurmasını sağlayıcı önlemler almayı haklı ve gerekli kılan nedenleri ifade etmektedir."⁶³ Meşru müdafaa hakkının gereklilik koşulu sağlandıktan sonra saldırıya maruz kalan devletin kullanmış olduğu yöntem elde edilmek istenen amaçla kıyaslandığında can kaybının ve malların imhası ile orantısız olmamalıdır.⁶⁴ Gereklilik ve orantılılık şartları madde 51'de yer almamasına rağmen UAD meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için gereklilik ve orantılılık koşullarının bulunması gerektiğini ve bu şartlarında uluslararası teamül hukukunun yerleşik kuralı olduğunu vurgulamıştır.⁶⁵

Bir devlet diğer bir devletin saldırılarına karşı gerekli tüm koşulları sağladıktan sonra meşru müdafaa hakkı kapsamında silahlı insansız hava araçlarını kullanabilir. Devlet dışı aktörlerin sebep olduğu fakat meşru müdafaaaya sebebiyet verecek herhangi bir silahlı eylemde bulunmayan üçüncü bir devlette, devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkının

⁵⁸ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (separate opinion of Judge Kooijmans, para 28); *The Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion (declaration of Judge Buergenthal, para 6); Paust, "Self-Defense Targetings".

⁵⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo* (Separate Opinion) 19 Aralık 2005, para 30.

⁶⁰ UNSC "Security Council condemns in strongest terms attacks on US " Press Release SC/7143,2001.

⁶¹ UNSC Res 1373 (28 Eylül 2001) UN Doc S/RES/1373.

⁶² Alston, para 43; Schmitt, M.N.,(2012). *Essays on Law and War at the Fault Lines*(ed Schmitt) " Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework" T.M.C. The Hague: Asser Pressi, 63.

⁶³ Bozkurt E.,(2007). *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı*(3. Basi). Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, 58.

⁶⁴ O'Connell, "Unlawful Killing", 14.

⁶⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ, No: 95, 8 Temmuz 1996, para 41.

kullanılabilmesi ve burada silahlı insansız hava araçlarının kullanımı için ilgili devletin rızası olmalıdır. Ancak devletin rıza göstermemesi halinde meşru müdafaa hakkının kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Bu noktada da eğer üçüncü devlet, terörü desteklese ya da terörü yok etmede gerekli donanıma sahip değilse ve söz konusu teröristlerin saldırıya devam etmesi halinde, saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkının olacağı söylenebilir. Bu durumda da *jus in bello* koşullarını sağlanması koşuluyla silahlı insansız hava araçları kullanılabilir. Bunlar dışında kullanılmasının meşru olmayacağı sonucuna varılabilir.

C. Silahlı Çatışmalar

Jus ad bellum başlığı altında son olarak, silahlı çatışmalar hukuku kapsamında silahlı insansız hava araçları kullanılabilir. Bir silahlı çatışma varsa uygulanacak hukuk uluslararası insancıl hukuktur.⁶⁶ Eğer bu hukuk uygulandıktan sonra hala hukuki bir boşluk varsa o zaman insan hakları hukuku uygulanmaya devam edecektir.⁶⁷ Fakat insan hakları bağlamında öldürmelerin meşru olması için, olması yakın ve muhakkak bir tehlikenin var olması ve öldürmenin son çare olması gerekir. Bu nedenle de insan hakları standardı daha sıkı kurallara bağlı iken uluslararası insancıl hukukta öldürücü kuvvet kullanılmasında ise devletlere daha çok esneklik sağlandığı açıktır.⁶⁸ Uluslararası insancıl hukuk sadece “silahlı çatışma” durumunda uygulanmakta olup iç karışıklık ve ayaklanma gibi durumlarda uygulanmamaktadır.⁶⁹

Silahlı çatışmalar hukuku Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokolleriyle sistemleştirilmiştir. Silahlı çatışmalar uluslararası ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar olmak üzere iki türdür.⁷⁰ Uluslararası silahlı çatışmalar iki ya da daha fazla devlet arasında meydana gelirken,⁷¹ uluslararası

⁶⁶ Cenevre Sözleşmesi (IV) Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme. (12 Ağustos, 1949) madde 2.

⁶⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, para 25.

⁶⁸ Bkz Taşdemir, F.,(2009). *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 244-252.

⁶⁹ Taşdemir, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar*, 246.

⁷⁰ Bkz Cenevre Sözleşmesi (IV) Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme. (12 Ağustos, 1949) madde 2-3.

⁷¹ Bkz Cenevre Sözleşmesi (IV) Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme. (12 Ağustos, 1949) madde 2; Ayrıca 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin 2. Ortak Maddesi ile 1977 tarihli I Nolu Ek Protokolün madde 1/4 de uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalarla ilgili düzenlemeler getirmektedir. Madde 1/4 : “kendi kaderini tayin hakkını kullanan halkların, sömürgeci tahakküme, yabancıların işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadele ettiği silahlı çatışmalar(ı)” da uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara dahil etmiştir ve Ortak madde 2 ise “sulh zamanında yürürlüğe girecek olan hükümleri hariç, işbu Sözleşme harp ilânında yahut iki veya müteaddit Yüksek Akit Taraf arasında çıkabilecek silâhli anlaşmazlık halinde, harp hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi uygulanacaktır” ve “sözleşme, aynı

nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bir devlet ile devlet dışı silahlı gruplar arasında ya da sadece bu tür devlet dışı aktörler arasında gerçekleşir.⁷² Ancak uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın olabilmesi için söz konusu devlet dışı aktörlerin yeterli düzeyde örgütlü olması, devlete karşı yoğun ve uzun süreli silahlı şiddet uygulaması gerekmektedir.⁷³ Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar genel olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. madde ile 1977 tarihli II. Protokol ile düzenlenmiştir. 1949 Sözleşmesinde doğrudan doğruya bir tanım yer almamaktadır ve Ek Protokol II madde 1 uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların kapsamı belirtilmiştir. Madde

zamanda, Yüksek Akit Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, bu işgal hiç bir askerî mukavemetle karşılaşılmasa dahi uygulanacaktır ” diyerek uluslararası silahlı çatışmaların hangi durumlarda uygulanacağını belirtmiştir.

⁷² International Humanitarian Law and Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 8; 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3. Maddesinde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara yer verilmiş ancak bu madde kısa ve geniş yorumlara yer verecek şekilde düzenlenmesi sebebiyle farklı çatışma türlerini de düzenlediği kabul edilmektedir: “Madde 3 - Milletlerarası mahiyette olmayan bir silahlı çatışmanın Yüksek Akit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde, çatışmaya taraf teşkil edenlerden her biri, en az olarak, aşağıdaki hükümleri uygulamakla mükellef olacaktır: 1. Muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen kimseler, silâhlarını terk edenler ve hastalık, yaralılık, mevkufluk veya herhangi bir sebeple muharebe dışı kalanlar, ırk, renk, din ve akide, cinsiyet, doğum ve servet veya buna benzer herhangi bir kıstasa dayanan ve aleyhte görülen hiç bir tefrik yapılmadan insanî surette muamele göreceklendir. Bu sebeple, yukarıda bahis konusu kimselere; aşağıdaki muamelelerin yapılması, nerede ve ne zaman olursa olsun memnurdur ve memnu kalacaktır: a) Hayata, vücut bütünlüğüne ve şahsa tecavüz her nevi katil, sakatlanma, vahşice muamele, işkence ve eziyet, b) Rehine almak, c) Şahısların izzeti nefislerine tecavüz, bilhassa hakaretamiz ve haysiyet kırıcı muameleler, d) Medenî milletlerce elzem olarak tanınan adli teminatı haiz nizami bir mahkeme tarafından önceden bir yargılama olmaksızın verilen mahkûmiyet kararları ile idam cezalarının infazı. 2. Yaralı ve hastalar toplanacak ve tedavi edilecektir. Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilât, çatışma halinde taraflara hizmetlerini arz edebilecektir. Çatışma halindeki taraflar, bundan başka; hususî anlaşmalar yolu ile işbu Sözleşmenin diğer hükümlerinin tamamı veya bir kısmını yürürlüğe getirmeye çalışacaklardır.” Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma tanımı verilmemiş olup bunun yerine “Yüksek Akit Taraflarından birinin toprakları üzerinde çıkması halinde” diyerek uluslararası silahlı çatışmalardan farkı belirtilmiştir(Albayrak, 35). Bu maddede iç çatışmalardan uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara geçiş konusunda açıklık olmayıp söz konusu çatışmaların uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar kapsamında olması için çatışmanın belli bir seviyeye ulaşması gerektiği başka bir ifade ile silahlı çatışma haline gelmesi gerektiği yönünde görüş birliği vardır(Albayrak, 35).

Uluslararası olmayan silahlı çatışmalar aynı zamanda 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne 1977 tarihli II Nolu Ek Protokol ile de düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler hem daha ayrıntılıdır hem de daha dar yoruma tabi olduğu kabul edilmektedir. Bu Protokolün Ortak madde 3'e göre uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar bakımından daha yüksek bir eşik belirlediği kabul edilmektedir.

⁷³ Bkz *Prosecutor v Tadic* para 561-562; International Humanitarian Law and Challenges of Contemporary Armed Conflicts, 8-9.

1/1'e göre "bir Yüksek Akit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkan verecek şekilde bu Yüksek Akit tarafın ülkesine ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalar" uluslararası olmayan silahlı çatışmalar olarak belirtilmiş olup madde 1/2 ise söz konusu Protokolün "silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ve benzer nitelikteki diğer eylemler gibi iç gerginlik ve iç karışıklık durumlarında uygulanma(yacağı)" ifade etmiştir.

Uluslararası silahlı çatışmalar, devletlerarası silahlı çatışmalar ve uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷⁴ Devletlerarası silahlı çatışmalarda savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmalar şeklinde ikili bir ayırımı gidilmektedir.⁷⁵ Uluslararası hukukta savaşın herkes tarafından kabul edilen bir tanımı bulunmamakla birlikte Sürekli Hakemlik Mahkemesi 11.11.1912 tarihinde Osmanlı Savaş Zarar-Giderim Davasında "uluslararası bir olay" şeklinde tanımlayarak savaşın yalnızca devletlerarası gerçekleşebileceği yönüne dikkat çekmiştir.⁷⁶ Doktrinde de savaşın devletler arasında silahlı çatışmalar olgusunun varlığı olarak belirtilen objektif unsur ile taraflardan en az birisinin söz konusu silahlı eylemleri savaş niyeti ile gerçekleşmesi olarak tanımlanan sübjektif unsur olmak üzere iki unsurun gerçekleşmiş olması koşulunu aramaktadır.⁷⁷ Ancak bu durumlarında savaşı tanımlamada yetersiz olduğu kabul edilmektedir.

Savaşa varmayan sınırlı nitelikteki silahlı çatışmalarda ise söz konusu eylem ya da çatışmalarda ilgili devletlerin savaşma niyeti olmayıp ilgili eylem veya çatışmaların üçüncü devletler tarafından savaş olarak adlandırılmasının da bir önemi yoktur.⁷⁸ Bu duruma, istila, işgal, abluka ve denizde kuvvet teşhiri örnek olarak gösterilmektedir.⁷⁹ Uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar özünde bir iç çatışma olmasının yanında söz konusu çatışmaya ya bir devletin hükümetine karşı silahlı mücadele veren güçlere savaşan statüsünün verilmesiyle ya da bir iç savaşa yabancı devletin katılmasıyla artık uluslararası nitelikte bir savaş haline gelmektedir.⁸⁰ Ayrıca, 1977 tarihli I Nolu Ek Protokolün madde 1/4'te "kendi kaderini tayin hakkını kullanan halkların, sömürgeci tahakküme, yabancıların işgaline ve ırkçı rejimlere karşı mücadele ettiği silahlı çatışmalar(ı)" da uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalara dahil etmiştir.

⁷⁴ Pazarıcı, H.,(2015). *Uluslararası Hukuk*(14. Basi). Ankara: Turhan Kitabevi, 537.

⁷⁵ Pazarıcı, 537.

⁷⁶ Pazarıcı, 538.

⁷⁷ Pazarıcı, 538.

⁷⁸ Pazarıcı, 539.

⁷⁹ Bkz Pazarıcı, 539.

⁸⁰ Pazarıcı, 540.

Yukarıda belirtilen bilgiler doğrultusunda genel olarak silahlı insansız hava araçlarının silahlı çatışma halinde kullanılacağı kabul edilmektedir. Silahlı çatışma olarak kabul edilmeyen, ayaklanma, münferit ve düzensiz şiddet eylemleri ile iç gerginlik ve iç karışıklık durumları silahlı çatışma olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle yok edici özelliğe sahip olan silahlı insansız hava araçları, söz konusu durumlarda kullanılmamalıdır. Genellikle silahlı insansız hava araçlarının silahlı çatışma durumunda kullanılması bir sorun teşkil etmemekle birlikte asıl sorun İHA'nın silahlı çatışma halinde gereklilik, orantılılık ve ayırt etme ilkelerine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığıdır. Cevaplanması gereken ilgili sorular da *jus in bello* altında açıklanacaktır.

2. JUS IN BELLO

Jus in bello, savaş sırasında uyulması gereken kuralların neler olduğunu ifade eder. Silahlı çatışmalarda asıl hedefin savaştan kişiler olması gerektiği, savaştan olmayan, sivil kimselerin kendilerinin neden olmadıkları bu durumdan dolayı mağdur olmamalarını gerektiren bir ilkedir. Buna göre sivil konutları veya alanları bombalanmamalıdır. Eğer teslim olan savaştanlar, yaralananlar ve yakalananlar varsa bu kimselere karşı da şiddetin kullanılmaması gerektiği ile ilgili bir ilke olduğu söylenebilir.

Jus in bello kapsamında devletler bir saldırı düzenleyeceklerse gereklilik, ölçülülük ve ayırt etme ilkelerine uymaları gerekmektedir.⁸¹ Gereklilik ilkesine göre silahlı saldırılar sadece askeri hedeflere yöneltilmelidir ve kesin bir askeri avantaj sağlamalıdır.⁸² Silahlı insansız hava araçlarının hedeflenen kişileri bulma ve tanıma gücüne sahip olması ve gerek askeri gerekse de politik nedenlerle kara kuvvetlerinin giremediği yerlere ulaşma gücüne sahiptirler.⁸³ Bu nedenle de silahlı insansız hava araçları askeri avantaj sağlama bakımından gerekli olduğu kabul edilebilir.

Orantılılık ilkesi “elde edilmesi beklenen somut ve doğrudan askeri avantaja kıyasla aşırı olarak kabul edilecek miktarda sivil halkta insan hayatının kaybına, yaralanmalara ve sivil nitelikteki mallara zarar verilmesine ya da bu kayıp ve zararların hepsinin birlikte oluşmasına arıza şekilde sebep olması beklenebilecek saldırılar(ı)” yasaklar.⁸⁴ Buna paralel olarak, Ek Protokol I madde 57/2(a-iii) göre askeri planlamacılar ve karar verenler elde etmeyi amaçladıkları askeri avantaj ile kıyaslandığında aşırı derecede sivillerin ölümüne, yararlanmasına veya mallarının zarar görmesine neden olacak saldırılardan kaçınmalıdırlar.

⁸¹ Gereklilik ve ölçülülük ilkesi *jus ad bellum* kapsamında da olmasına rağmen farklı anlamlarda kullanılmaktadırlar.

⁸² Bkz Cenevre Sözleşmeleri Protokol I madde 52/2.(1949).

⁸³ Vogel, s.115.

⁸⁴ Ek Protokol I madde 51/5(b).

Mayın, yakıcı maddeler, kimyasal ve bakteriyolojik silahların uluslararası insancıl hukuku ihlal ettiği kabul edilmektedir.⁸⁵ İnsansız hava araçlarına da yakıcı, kimyasal maddeler gibi insancıl hukuku ihlal eden maddeler yerleştirilirse, uluslararası hukuk kuralları ihlal edeceği sonucuna varılabilir. Böylece insansız hava araçlarına konuşlandırılmış olan herhangi bir orantısız silahın kullanılması savaş suçu oluşturacak ve söz konusu orantısız saldırıyı gerçekleştirenler uluslararası insancıl kurallarının ihlalinden dolayı cezai sorumlulukları olacaktır.⁸⁶ Sivillerin yaralanmasına neden olan saldırılar başlı başına savaş suçu oluşturmayacak ancak sivillerin ölümü ya da imhasına neden olan dikkat gözetmeksizin yapılan saldırılar veya askeri bir hedefi gerçekleştirmek için gerekli olandan fazla sivil can kayıplarına bilerek neden olan saldırılar orantılılık ilkesini ihlal edecek ve böylelikle de savaş suçu oluşturacaktır.⁸⁷

Son olarak da devletlerin ayırt etme ilkesine uymaları gerekir. Bu kural sivil ve asker kişilerin ya da sivil veya askeri malların silahlı çatışmalarda ayırt edilmesini ifade etmektedir.⁸⁸ Askeri mallar “askeri hedefler, doğaları, konumları, amaçları ya da kullanımları gereği askeri eylemlere etkin bir katkıda bulunan ve tamamen ya da kısmen yok edilmesi, ele geçirilmesi ya da etkisiz hale getirilmesi durumunda, mevcut koşullar altında, kesin bir askeri avantaj sağlayan objeler” olarak belirtilmiştir.⁸⁹ Uluslararası hukuka göre siviller ve sivil malları kasıtlı hedef olmamalıdır. Sadece askerler, askeri nesnelere ya da silahlı çatışmaya doğrudan katılan siviller hedef olabilir.⁹⁰ Siviller musamahaya doğrudan katılmadıkları sürece Cenevre Sözleşmesinin sağladığı korumadan yararlanırlar.⁹¹

Doktrinde bir kısım yazar, insansız hava araçlarının hellfire füzeleriyle (tanksavar füzeleri) donatılmış olması nedeniyle askeri hedefi tam olarak belirleyemediğini ve ABD’nin Pakistan, Afganistan ve Yemen’deki operasyonları sonucu birçok sivilin yaralandığını ve sivil ölümlerine neden olduğunu kabul etmektedir.⁹² Fakat diğer bir kısım yazar da insansız hava araçlarının kesin hedef belirleme sistemine sahip olduğunu ve bu nedenle de ayırt etme ilkesine aykırı olmadığını ve böylece insansız hava araçlarının iddia edilen şekilde aşırı sivil

⁸⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, paras 79-7.

⁸⁶ Hagger, M. ve McCormack, T.,(2011). “Regulating the Use of Unmanned Combat Vehicles: Are General Principles of International Humanitarian Law Sufficient?”. *Journal of Law, Information and Science*, 15.

⁸⁷ Vogel, 125.

⁸⁸ Bkz Cenevre Sözleşmeleri Ek Protokol I madde 48.

⁸⁹ Ek Protokol I madde 52/2.

⁹⁰ Ayırım gözetmeksizin yapılan saldırılar Cenevre Sözleşmeleri ek Protokol I madde 51/4 ve 5 belirtilmiştir.

⁹¹ Ek Protokol I madde 51/3.

⁹² O’Connell, “Unlawful Killing”, 9-10; Mayer.

yaralanmalarına ve ölümlerine neden olmadığını da savunmaktadırlar.⁹³ Tüm bu tartışmalara rağmen genel olarak kabul edilen görüşe göre İHA modern anlamdaki akıllı silahlar olup hedefi kesin bir şekilde belirlediğidir.⁹⁴

Sterio'ya göre çok az sayıda devlet insansız hava araçlarının *jus in bello* kapsamında yasal olarak kullanımıyla ilgili sorunlarla karşı karşıya kalmıştır.⁹⁵ Benzer şekilde UAD nükleer silahların yasal olarak kullanımında istişari mütalaa verirken zorluk çekmiş ve nükleer silahların kullanılmasının kesinlikle yasal olup olmayacağı yönünde bir sonuca varılamayacağı yönünde karar vermiştir.⁹⁶ Bu bağlamda İHA *jus in bello* kurallarını hiçbir zaman karşılayamayacağını söylemek çok zordur.⁹⁷

Jus in bello başlığı altında şu sonuca varılabilir: eğer İHA silahlı bir çatışmada kullanılıyorsa, ölçülülük, gereklilik ve orantılılık ilkelerine uymakla beraber, çeşitli kimyasal, nükleer, biyolojik silahlar gibi, yani insanların acı çekerek ölmesine sebep olan ve uluslararası hukukta kullanılması hoş karşılanmayan silahlarla birlikte kullanılmadıkça İHA *jus in bello* koşullarını sağlar ve bu şekilde kullanılması halinde uluslararası hukuku ihlal ettiği söylenemez.

III. İNSANSIZ HAVA ARAÇLARI İLE İLGİLİ OLAN HUKUKİ DÜZENLEMELER YETERLİ Mİ?

İHA bir silah türü olarak kabul edilmektedir⁹⁸ ve bu nedenle de var olan düzenlemelerin yeterli olup olmadığını belirlemek için silahlar(weapons) ile ilgili düzenlemelerin incelenmesi gerekmektedir. Genel olarak yukarıda belirtildiği gibi, silahlarla ilgili hem sözleşmeden kaynaklanan hem de örf ve adet hukukundan kaynaklanan birçok düzenleme bulunmaktadır ve bunlar *jus ad bellum* ve *jus in bello* altında detaylı olarak düzenlenmiştir. Ancak İHA diğer klasik silahlarla kıyaslandığında, onların sahip oldukları teknolojiye ve devlet dışı aktörlere karşı özellikle de hedef gözeterek öldürmeler kullanılmalarından dolayı, birkaç noktanın özellikle açıklanması önem arz etmektedir.

İlk önemli nokta terörizmle ilgilidir. Yukarıda değinildiği gibi bazı devletler özellikle de ABD ve İsrail silahlı insansız hava araçlarını terörizmle mücadelede kullanmaktadır. Fakat terörizmle mücadelede İHA kullanılması uluslararası hukukta yerleşmiş bir kural değildir. Bunun temel nedeni terörizmin uluslararası alanda kabul edilmiş bir tanımının olmamasıdır. Terörizmin temel iki ögesi olduğu kabul edilmektedir. İlk unsur sivilleri öldürme ya da ağır

⁹³ Paust, "Self-Defense Targetings", 276

⁹⁴ Bkz Paust, "Permissible Self-Defense", 572.

⁹⁵ Sterio, M.,(2012)."The United States' Use of Drones in the War on Terror: The (IL)Legality of Targeted Killings Under International Law". *Case W Res J Int'l L* 45, 211.

⁹⁶ Sterio, 211.

⁹⁷ Sterio,211.

⁹⁸ Paust, "Permissible Self-Defense", 572.

şekilde yaralama niyetinin olması gerekir.⁹⁹ Diğer unsur da terörizmin amacı, insanları korkutmak, devletleri ya da uluslararası organizasyonları bir şey yapmaya zorlama ya da herhangi bir şey yapmaktan alıkoymaktır.¹⁰⁰ Kabul edilen bu iki öğeye rağmen, terörizmin silahlı saldırı olup olmadığı konusunda doktrinde bir uzlaşma söz konusu değildir. Bu uzlaşmanın olmaması sonucu da insansız hava araçlarının teröristlere karşı meşru müdafaa veya silahlı çatışma kapsamı dışında sınırötesi operasyonlarda kullanılmış olması halinde insan hakları standardının mı yoksa uluslararası insancıl hukuk kurallarının mı uygulanması gerektiği konusunda çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Dahası doktrinde meşru müdafaa hakkının teröristlere karşı kullanılıp kullanılmayacağı ve eğer kullanılacaksa hangi şartlar altında kullanılacağı da tartışmalıdır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre silahlı çatışma veya savaş halinde İHA kullanılabileceğidir.

İkinci önemli nokta meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için silahlı saldırının bir diğer devlete atfedilmesinin zorunlu bir unsur olup olmadığıdır. Burada vurgulanması gereken husus devlet dışı aktörlerin eylemlerinden dolayı da meşru müdafaa hakkının olup olmadığıdır. Bu konuda da bazı yazarlar saldırının sadece bir devlete atfedilmesi gerektiğini savunurken- örneğin O’Connell, diğer kısım yazarlar da devlet dışı aktörlere de atfedilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedirler- örneğin Paust. Keza eğer meşru müdafaa devlet dışı aktörlerin eylemleri sonucu doğmuşsa ve toprak sahibi devlet bu hakkın doğmasına neden olmamışsa, meşru müdafaa hakkının nerede kullanılacağı da tartışmalıdır. Devlet dışı aktörlerin bulunduğu ülke eylemden sorumlu olmadığı için bu devlet topraklarına karşı kullanılmamalıdır. Eğer toprak sahibi devlet rıza gösterirse İHA saldırıya uğrayan devlet tarafından kullanılabilecektir. Toprak sahibi devlet kendi topraklarında kuvvet kullanılmasına izin verebilir ama izin vermediği durumlar da ne olacak? Bu hususta da eğer toprak sahibi devlet saldırıları önlemede isteksiz ya da gerekli önlemleri alabilecek durumda değilse saldırıya uğrayan devletin rıza aramasına gerek olmadığını savunanlar da vardır.

Genel olarak uluslararası hukukta silahların kullanımıyla ilgili yeterli bir şekilde gerek yazılı gerekse de teamül hukukuna dayalı kurallar mevcuttur. Fakat yukarıda açıklanan konularda var olan düzenlemelerde sınırın aşılması için bu konuların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

⁹⁹ UNGA, “Note by Secretary General, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit” UN Doc A/59/565, 2002, para 164.

¹⁰⁰ UNGA.

IV. SONUÇ

İnsansız hava araçlarının bir tür silah olduğu ve bu nedenle de uluslararası hukukta silahlarla ilgili var olan düzenlemelerin bunlar için de geçerli olduğu sonucuna varılabilir. İHA kullanımını düzenleyen yasal dayanaklar *jus ad bellum* ve *jus in bello* olmak üzere iki başlık altında incelenebilir. *Jus ad bellum*, devletlerin hangi hallerde kuvvete başvurma hakları olduğunu ifade eder ve bunlar; meşru müdafaa hakkı ve silahlı çatışmalar hukukudur. Her bir durumda insansız hava araçlarının kullanılabilmesi için belirli koşulların var olması gerekir. Bu koşullar gerçekleştikten sonra meşru müdafaa ve silahlı çatışma hallerinde silahlı insansız hava araçları kullanılabilir.

Jus ad bellum kapsamında tartışmalı olan hususlar terör eylemleri kapsamında devlet dışı aktörlere karşı kullanıp kullanılmayacağı ve toprak sahibi devletin sebep olmadığı saldırılar sonucu İHA kullanımı için söz konusu devletin rızasının gerekip gerekmediğidir. Meşru müdafaa hakkının kullanılmasında da saldırının özellikle devlete atfedilmesi gerektiği kabul edilirken devlet dışı aktörlere atfedilmesi hususu tartışmalıdır. Genel olarak silahlı çatışma ve meşru müdafaa kapsamında İHA kullanılabilmesi görüşü hakimdir. *Jus in bello* kapsamında ise, kullanılan araçların ölçülülük, gereklilik ve ayırt etme ilkelerine uygun olması gerekir. Yine bu alanda da bazı hususlarda uzlaşma mevcut değildir. Örneğin bazı yazarlar insansız hava araçlarının akıllılık özelliğinden bahsederek savaş alanında hedefi kesin olarak belirlediğini savunurken diğerleri de hedefi tam olarak tespit edemediğinden çok fazla sivilin öldürülmesine neden olduğunu belirtmektedir.

Jus in bello kapsamında silahlı insansız hava araçlarına yerleştirilecek silahların nükleer, biyolojik gibi insana zarar ve acı veren silahların kullanılmaması gerekir. Aksi halde uluslararası hukuk ihlal edilecektir. Yine insansız hava araçları ile ne siviller ne de sivil mallarına zarar vermede kullanılmalıdır. Son olarak İHA askeri avantaj sağlamayacak durumlarda da kullanılmamalıdır.

KAYNAKÇA

“International Humanitarian Law and Challenges of Contemporary Armed Conflicts”. *The International Committee of the Red Cross*, 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 48, 2011.

Albayrak Gökhan; İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Açısından Yeni Terörizmle Mücadelede Hedef Alarak Öldürmeler (Yükseklisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2013), 2013.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Dem. Rep. Congo v. Uganda) 2005 I.C.J. 168, H 146.

Bozkurt, Enver; *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı* (3. Bası). Ankara: Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, 2007.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v United State of America), judgement, 2003

Cömert Resul, Avdan Uğur ve Şenkal Emre; “İnsansız Hava Araçlarının Kullanım Alanları ve Gelecekteki Beklentiler”. 2012. Web: <https://www.researchgate>. 18 Mayıs 2017’de alınmıştır.

Değirmenci Olgun ve Mavuş Ali ; *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, Seçkin Yayıncılık: Ankara.

Department of Justice White Paper. “Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al-Qa’ida or an Associated Force”, 2011.

Doğan, İlyas; *Devletler Hukuku*, (2. Bası). Ankara: Astana Yayınları, 2013.

Hagger Meredith ve McCormack, Tim; “Regulating the Use of Unmanned Combat Vehicles: Are General Principles of International Humanitarian Law Sufficient?”. *Journal of Law, Information and Science*, 2011.

İnternet: Alston, Philip; “Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, study on targeted killings”. (UN General Assembly A/HRC/14/24/Add.6. Web: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf> 5 Nisan 2017’de alınmıştır, 2010.

İnternet: “The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims”. *International Review of the Red Cross*, No. 849. Web: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_gaudreau-eng.pdf 2 Mayıs 2017’de alınmıştır, 2003.

İnternet: Demircioğlu, Beytullah; “Bush Doktrini”. *Altınoluk İnternet Arşivi*, sayı: 204. Web: <http://dergi.altinoluk.com/index.php?sayfa=yillar&MakaleNo=d204s046m1> 22 Nisan 2017’de alınmıştır, 2003.

İnternet: Elizabeth Bone ve Christopher Bolkcom; “Unmanned Aerial Vehicles: Background and Issues for Congress”. (Report for American Congress, 21 Kasım 2005). Web: <https://fas.org/irp/crs/RL31872.pdf> 29 Mayıs 2017’de alınmıştır.

İnternet: Mayer, Jane ;“The Predator War- What are the risks of the C.I.A.’s covert drone program?” *The Political Science*. Web: <http://www.newyorker.com/magazine/2009/10/26/the-predator-war> 28 Nisan 2017’de alınmıştır, 2009.

İnternet: Waller, Douglas; “How the CIA Fights its New War” *TIME*. Web: <http://content.time.com/time/nation/article/0,8599,183002,00.html> 10 Nisan 2017’de alınmıştır, 2001.

Jahangir, Asma;“Civil and Political Rights, including the Questions of Disappearances and Summary Executions- Extrajudicial, summary or arbitrary executions” *UN Economic and Social Council, E/CN.4/2003/3*, 2003.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ, Advisory Opinion, 9 Temmuz 2004,

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ, No: 95, 8 Temmuz 1996,

McNab Molly ve Matthews Megan; “Clarifying the Law Relating to Unmanned Drones and the Use of Force: The Relationships Between Human Rights, Self-Defence, Armed Conflict, and International Humnitarian Law”. *Denver Journal of International Law and Policy*, 2011.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US) (1986 ICJ).

O’Connell Marry Ellen ;The Rise of Drones II: Examining Legality of Unmanned Targeting”. *One Hundred Eleventh Congress Second Session Serial No: 111-120*, 2010.

O’Connell, Marry Ellen; “Remarks:The Resort to Drones under International Law”. *39 Denv J Int’l & Pol’y*, 2010.

O’Connell, Mary Ellen; “Unlawful Killing with Combat Drones: a case study of Pakistan,2004-2009”. *Legal Studies Research Paper No. 09-43*, 2010.

O’Connell, Mary Ellen;Seductive Drones: Learning From a Decade of Lethal Operations”. *J.L. Inf. & Sci.* 21/2, 2011.

Paust Jordan J.; “Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan”. *J. Transnational Law & Policy* 19:2, 2010.

Paust, Jordan J.; “Permissible Self-Defense Targeting and The Death Of Bin Laden” *Denv J Int’l L & Pol’y* 39, 2010.

Pazarcı, Hüseyin; *Uluslararası Hukuk* (14. Bası). Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Prosecutor v Tadic, Case No: IT-94-T, Appeal, (ICTY) (15 Temmuz 1999).

Schmitt, Michael N. ; “ Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework”. In Schmitt T.M.C(ed), *Essays on Law and War at the Fault Lines*. The Hague: Asser Press, 2012.

Sterio, Milena; “The United States’ Use of Drones in the War on Terror: The (IL)Legality of Targeted Killings Under International Law”. *Case W Res J Int’l L* 45, 2012.

Taşdemir, Fatma; “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslar arası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”. *Uluslararası Hukuk ve Politika* 2/5, 2006.

Taşdemir, Fatma; *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

UNGA, “Note by Secretary General, Follow-up to the outcome of the Millennium Summit” UN Doc A/59/565, 2002.

UNSC; “Security Council condemns in strongest terms attacks on US”. *Press Release SC/7143*, 2001.

Vogel, Ryan J ; “Drone Warfare and the Law of Armed Conflict” *Denv. J.Int’l L.&Pol’y* 39:1, 2010.

KAMUYA YARARLI İŞLERDE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMI VE KAMUYA YARARLI İŞLERDE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMININ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

*Community Service Work Sanction And Historical Development Process
Of Community Service Work Sanction*

Dr. Kaya GÖKTEPE¹

Geliş Tarihi: 21.03.2017

Kabul Tarihi: 22.06.2018

Özet

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, XX. yüzyılın son çeyreğinde dünyada ceza adalet sisteminde yaşanan değişim ve dönüşümlerin etkisiyle önce kurumsal anlamda Avrupa'da teşkilatlanmaya başlamış; 2005 yılından itibaren de denetimli serbestlik sistemi içerisinde Türkiye'de yerini almıştır. Batılı ceza kanunlarından yapılan aktarımların etkisiyle denetimli serbestlik kapsamında yer alan bu yaptırım aslında, Osmanlı Devleti'nin Klasik Dönemi'ne kadar dayanır. Osmanlı Devleti'nden başlayarak Cumhuriyet Dönemi'nden bugüne kadar ulaşan bir tarihsel gelişim sürecine sahip kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, çeşitli boyutları olan bir yaptırım türü olarak dikkati çekmiştir. Bireysel menfaatten önce toplumsal menfaati önemseyen bu yaptırım, tarihsel süreç içerisinde işgücü açığı hissedilen ve devlet için de stratejik görülen iş kollarında bir işgücü kaynağı olarak önemli görülmüştür. Ayrıca bu yaptırım suçlunun ıslah edilmesi, çalışma motivasyonu kazanması ve toplumun korunmasına da hizmet etmesinden dolayı günümüz ceza adalet sisteminin ayrılmaz bir parçası hâline dönüşmüştür. Bu çalışmada kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının kavramsal çerçevesinin yanı sıra dünyada ve bilhassa ülkemizde bu yaptırımın geçmişten günümüze kadar uzanan tarihî gelişim süreci, arşiv belgeleri ve resmî veriler ışığında tahlil edilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu yararı, kamu hizmeti, yaptırım, hükümlü, denetimli serbestlik, işgücü.

Abstract

In the last quarter of the 20th century, Community Service Work sanction first started to be organized as institutional sense in Europe with the influence of changes and transformations experienced in criminal justice system in the world. Then, it has taken place within the Probation System in Turkey since 2005. Our practice of this sanction which is located under Probation System with the influence of transfers from Western criminal law dates back to the Classical Period of the Ottoman State. Community Service Work sanction which has historical development process starting from Ottoman State, then Republic Period to the present day takes attention as a type of sanction with various dimensions. In particular, this sanction that prioritizes social benefit before individual benefit has fulfilled important duties as a source of work force in business lines that are felt work force vacancy and are considered strategic for the state in the historical process. Moreover, this sanction has become an integral part of today's criminal justice system because of serving for the rehabilitation of offenders, making offenders to gain motivation for work and the protection of society. In this research, in addition to conceptual framework of Community Service Work sanction, we try to analyze the historical development process of it from past to present in the light of archival documents and official statements in the world and especially in our country.

Key Words: Public interest, public utility, sanction, convict, probation, work force.

¹ Adalet Bakanlığı Bakırköy Denetimli Serbestlik Müdürlüğü. E-posta: kayagoktepe@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0001-7613-2083

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde toplumların huzurunu, güvenini ve düzenini sağlama görevi, devletin başlıca sorumlulukları arasında yer almıştır. Devlet tarafından bu sorumlulukların yerine getirilmesi için güçlü bir sisteme gereksinim duyulmuş ve bunun sağlıklı çalışabilmesi için de sisteme bağlı mekanizmalar kurulmuştur. Kurulan mekanizmalar ise ya bizzat devlet tarafından ya da devletin yetkilendirdiği kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla birtakım ortak amaçları kamu yararı doğrultusunda gerçekleştirmeye çalışmıştır.

Kamu yararı, kamu hizmetlerinin toplumun menfaatleri doğrultusunda ifası açısından önemli bir kavram olarak dikkati çekmiş ve devletler tarafından yasalarda ve hatta anayasalarda devletin gözetmesi gereken başlıca ödev olarak yer almıştır. Bu açıdan kamu hizmetinin gerekleri kamu yararı gerekleri olarak da görülmüştür.² Nitekim kamu yararı, dünyada olduğu gibi bizde de devlet sisteminin olmazsa olmaz bir ilkesi olarak kabul edilmiş, idare ve hukuk sisteminin esasını teşkil etmiştir.

Ülkemizde kamu yararı ilkesi, tarihsel süreç içerisinde devletin topluma karşı sorumlulukları içerisinde önemli bir noktayı oluşturmuş ve bu sorumlulukların ifasında insan kaynağı, vazgeçilmez bir unsur olarak ön plana çıkmıştır. Bu çerçevede insan kaynağı, geçmişten günümüze kadar devlet gücünün de göstergesi olmuş, bu kaynağın yetersiz olması durumunda bazı kamu hizmetlerinde ve ekonomik faaliyetlerde aksamalar meydana gelmiştir. Böyle fiilî durumlar karşısında devlet mekanizması ise işgücü sahasında arzı arttırmaya yönelik önlemlere başvurarak sorunu gidermeye çalışmıştır.

Dünyada olduğu gibi ülkemizde bilhassa Osmanlı Devleti Dönemi'nde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının ortaya çıkmasında işgücü arzı yetersizliği önemli bir faktör olmuştur. Osmanlı Devleti'nde bireysel işler dışında kalan, başka bir deyişle kamu yararı amacı taşıyan işlerde işgücünün gönüllülük esasına göre piyasa fiyatlarından karşılanması arzu edilmiştir. Ancak genel bir sorun olan işgücü yetersizliği karşısında emeğin temin edilememesinden dolayı alternatif işgücü kaynaklarına müracaat edilmiş ve bu alternatif kaynaklar içerisinde de hükümlüler, yoğun emek gerektiren kamuya yararlı işlerde önemli yer işgal etmişlerdir. Hükümlülerin emeğinden istifade edilmesini içeren bu yaptırım, belli alanlarda Cumhuriyet Dönemi'nde de devam etmiş ve günümüze kadar ulaşmıştır.

Kamu yararına çalışma yaptırımının gelişim sürecinde ekonomik faktörler içerisinde işgücü ihtiyacı belli bir etkiye sahip olmuşsa da bunun yaygınlık kazanmasında, hukuki ve toplumsal faktörler de belirleyici bir konuma sahip olmuştur. Yaptırım, sosyolojik ve hukuki açıdan suçlunun işlemiş olduğu bir

² Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1988, s. 19-20.

fiilden dolayı toplumu koruma, kişinin topluma vermiş olduğu zararı gidererek kamu vicdanını rahatlatma, suçlunun çalışma motivasyonunu kazanmasına yardımcı olma ve suçluyu ıslah etme gibi çeşitli amaçları taşıdığından hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif bir yaptırım olarak, adli sistem içerisinde özel bir öneme sahip olmuştur.

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı Türkiye’de 2005 yılından itibaren Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer ceza infaz kanunlarının yürürlüğe girmesi ve denetimli serbestlik müessesesinin kurulmasıyla beraber kurumsal bir kimliğe kavuşmuştur. Kamuya yararlı işlerde çalıştırmanın, işgücü ihtiyacını karşılamaya yönelik bir yaptırım olarak ülkemizdeki kökenlerine bakıldığında ise bunun Osmanlı Devleti’nin Klasik Dönemi’ne kadar dayandığı arşiv belgelerinden anlaşılmıştır. Ancak bu tarihsel gelişim sürecinin şu ana kadar bütüncül ve kronolojik şekilde bir çalışmaya konu olmadığı görülmüştür. Bu araştırma, Türkiye’de 2005 yılında denetimli serbestlik müessesesinin kurulmasıyla beraber daha da önem kazanan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının kavramsal çerçevesi ile dünyada ve bilhassa ülkemizde Osmanlı Klasik Dönemi’nden günümüze kadar uzanan gelişim sürecini irdelemektedir. Araştırmada kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, tarihî belgeler ve istatistikî veriler ışığında, kronolojik sıraya uygun olarak disiplinlerarası bir bakış açısıyla tahlil edilmeye çalışılmaktadır.

1. KAMU HİZMETİ VE KAMU YARARI KAVRAMLARI

Kamu hizmeti kavramı, konusu ve fonksiyonları itibarıyla sosyal bilimlerde birçok disiplini ilgilendirmektedir. Kavramın çeşitli disiplinlerin alanına girmesinden dolayı disiplinlerin bakış açısına göre farklı şekillerde ele alınmaktadır.

Kamu hizmeti, devletin işlevleri konusu ile ilgili olarak siyaset bilimi tarafından incelenmekte iken kamu kesimi, kamu malı konuları ile ilgili olarak kamu ekonomisinin ve kamu maliyesinin inceleme alanına girmektedir. İdare hukuku ise bu disiplinlerden ayrı olarak başlı başına kamu hizmeti kavramına odaklanmaktadır.³

Kamu hizmeti kavramı, özellikle idare hukukuna kaynaklık işlevi ile çok önemli bir konumda bulunmuş olmakla birlikte sınırlarının tam anlamıyla çizilememesinden dolayı yalnız idare hukukunun değil bütün kamu hukukunun en önemli, en karmaşık ve bulanık kalmış konularından birisi hâline gelmiştir.⁴ Ayrıca kamu hizmeti kavramının tanımlanmasındaki zorluk yanında, idare hukukunu temellendirme noktasında da tek kavram olup olmadığı, Avrupa

³ Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2002, s. 9.

⁴ Süheyy Derbil, “Kamu Hizmeti Nedir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (AÜHFİM)*, Cilt VII, Sayı 3-4, 1950, s. 28.

hukuk sisteminde önemli yeri olan Fransa'da yoğun şekilde tartışılan konulardan olmuştur. Hukuki çerçevede kamu hizmetinin kurucusu sayılan Bordeaux Ekolü'ne göre: "Devlet, kamu hizmetleri teşkilatının bütünüdür. Kavram hem idarenin ve onun örgütlenmesi ile faaliyetlerini kurallara tabi kılan idare hukukunun varlık sebebini hem de içeriğini belirler" denilmiştir.⁵

Kavram, dünyadaki gelişimine ve önemine paralel olarak, Türk idare hukuku tarihinde de yerini almıştır. Kamu hizmeti kavramı, Osmanlı Devleti'nden bugüne kadar gelen süreçte önemli bir yer tutmuştur.⁶ İdare hukuku çerçevesinde kamu hizmeti kuramının ülkemizdeki kurucusu olan Sıddık Sami Onar, kamu hizmetini: "Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler"⁷ olarak tanımlamıştır.

Ülkemizde genel anlamda kabul gören bu yaklaşımda, idare tüzel kişiliğinin dışında kalan faaliyetlerin kamusal usullerle yürütülüp yürütülmemesi başlı başına belirleyici bir faktör değildir. Kamu iktisadi teşebbüslerince ve hatta özel sektör tarafından yürütülen bazı hizmetler de kamu hizmeti olarak kabul edilebilmektedir.⁸ Başka bir tanımlamaya göre: "Kamu hizmetleri, devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun, halkın veya umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı her türlü faaliyetlerdir".⁹ Analizden sonra senteze ulaşabilmek için denilebilir ki kamu hizmeti bir iştir, bir işletmedir. Medeniyet âleminde bir iş ancak insanın, maddi ve hukuki vasıtaların belirli bir maksatla düzenlenip yönetilmesi ile yapılabilir.¹⁰

Kamu hizmeti kapsamında ele alınabilecek kamu yararı oldukça işlevsel bir kavramdır. Şöyle ki; kamu yararı kavramı yanında "toplum yararı", "toplumsal refah", "genel yarar" gibi kavramlar da kullanılmaktadır. Bu kavramların ortak noktası, tümünün "bireysel çıkar"dan farklı, onun üstünde genel bir yararı ifade etmesidir.¹¹ Bu çerçevede kamuya yararlı iş; kamu hizmeti kapsamında devlet ya da kamu tüzel kişileri tarafından genel ve ortak gereksinimleri karşılamak için yapılan iş ve işlemlerin tamamına denilmektedir.¹² Kamu hizmeti açısından

⁵ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2006, s. 475.

⁶ Aydın Gülan, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, Cilt LVI, Sayı 1-4. 1998, s. 97.

⁷ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul 1966, s. 13.

⁸ Onar, *a.g.e.*, s. 47.

⁹ Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 307.

¹⁰ Derbil, *a.g.m.*, s. 35.

¹¹ Akıllıoğlu, *a.g.m.*, s. 15.

¹² T.C. Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire

kamuya yararlı işlerin özelliği ise hükümet edenlerin idareleri veya denetimleri altında toplumsal bir yarar gözetilerek yapılmasıdır.¹³

Kamu yararı kavramı bizde geçmişten beri kamu hizmetlerinin ifası açısından önemli bir kavram olarak görülmüş ve yapılacak işler hiyerarşisinde öncelikli konumunu korumuştur. Bu bağlamda kamu yararının gözetilmesi ilkesi Osmanlı devlet sisteminin de en önemli ilkelerinden birini oluşturmuştur. Günümüzdeki anlamıyla kamu yararı kavramına karşılık Osmanlı Devleti'nde "maslahat-ı amme" kavramı kullanılmıştır.¹⁴ Başta örf ve âdet kaideleri olmak üzere tali kaynaklardan istifade ederek "maslahat-ı amme"ye göre karar verme yetkisi ulu'l-emre ait olmuştur. Ulu'l-emr şer'i kaidelere aykırı olmamak üzere örfi hukukta kendisine tanınan bu yetkiyi ya doğrudan kullanma yoluna gitmiş ya da kanunnameler yoluyla uygulanmasını sağlamıştır.¹⁵ Nitekim Mecelle'nin 58. maddesinde, "Raiyye, yani teb'a üzerine tasarruf maslahata menûtdur." denilerek hükümdarın, şer'î hukukun düzenlemediği sahalarda hüküm verirken maslahat-ı amme'ye uygun hareket ederek kamu yararını, yani çoğunluğun menfaatini gözetmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁶

Cumhuriyet Dönemi'yle birlikte kamu yararı kavramı anayasada yerini almaya başlamış, toplumun huzur ve refahını sağlamak için devletin başta gelen ödevi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda yasalar; ekonomik ve sosyal özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın kişiye getireceği zarara ağır basması durumunda, kamu yararının esas alınması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁷ Tarihsel süreç içerisinde devletler birtakım iş veya hizmetlerin yerine getirilmesi için kamu yararı çerçevesinde vatandaşlarını belli bir işte çalışmaya mükellef kılmışlardır. Ayrıca kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, işlenmiş bir suç karşılığında topluma verilen zararın giderilmesi ve suçlunun ıslahı açısından adlî makamlar tarafından sıklıkla müracaat edilen ücretli veya ücretsiz çalıştırmayı öngören bir yaptırım türü olarak dikkati çekmiştir.

Adlî makamlar tarafından verilen kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı şu an itibarıyla Türkiye'de, denetimli serbestlik müessesesi tarafından yerine

Başkanlığı, *Kamu Hizmeti Yaptırımı Personel El Kitabı*, Yay. No: 10, Ankara 2007, s. 9.

¹³ Derbil, a.g.m., s. 36.

¹⁴ Ferit Develioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Doğu Matbaası, Ankara 1970, s. 826.

¹⁵ Ahmet Akgündüz, "Osmanlı Hukuku'nda Şer'i Hukuk-Örfi Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 1999, s. 120-121.

¹⁶ Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 130-131; Maslahat kavramının fıkıhta da oldukça önemli bir yerinin olduğu bilinmektedir. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. İbrahim Kâfi Dönmez, "Maslahat", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2003, s. 79-94.

¹⁷ Akıllıoğlu, a.g.m., s. 20.

getirilmeye çalışılmaktadır. Nitekim 07/03/2013 tarihli Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, kamu yararına çalışma yaptırımını kamu hizmeti kapsamında değerlendirerek aynı yönetmeliğin 66/1 maddesinde: “*Kamu hizmeti cezası; toplumsal katılım ile hükümlünün iyileştirilmesini ve topluma kazandırılmasını amaçlayan, hükümlünün topluma verdiği zararı kamu hizmetinde ücretsiz çalışarak geri ödemesini ve bu şekilde kamu düzeninin sağlanmasını esas alan bir seçenek yaptırımdır.*”¹⁸ şeklinde tanımlayarak, bu yaptırımla hem hükümlünün ıslah edilmesi hem topluma verdiği zararın telafi edilmesi hem de işgücü piyasasına katkı sunmasının amaçlandığı vurgulanmaktadır.

2. İŞGÜCÜ TEMİNİ BAKIMINDAN ANGARYA, ZORUNLU ÇALIŞTIRMA VE KAMUYA YARARLI İŞLERDE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMI

Tarihsel süreçte toplumsal ihtiyaçlarının karşılanması ve düzenin sağlanması devletin temel görevleri arasında yer almıştır. Bu görevlerin ve hizmetlerin yerine getirilebilmesinde devlet açısından insan kaynağı önemli bir unsur olagelmıştır. Devlet açısından insan faktörü hem askerî açıdan güç kaynağı, hem vergi yoluyla gelir hem de önemli bir işgücü kaynağı vazifesi görmüştür. Bu açıdan insan faktörü bir devletin siyasi, sosyal ve ekonomik gücünün de esasını teşkil etmiştir.

İnsan faktörünün bu kadar önemli olduğu bir işgücü piyasasında olması gereken, serbest piyasa ortamında ücret karşılığında gönül rızası ile istihdam edilmedir. Ancak işgücü yetersizliğinden dolayı tarihsel süreç içerisinde birtakım hizmetler, angarya ve zorunlu çalışma adı altındaki mecburi uygulamalarla yerine getirilmeye çalışılmıştır.

Her ikisi de günümüz çalışma hayatında tartışma konusu olan angarya ve zorunlu çalıştırma kavramları, bazı benzerliklere sahip olsalar da genel anlamıyla farklılıklar taşımaktadırlar. Angarya; bir kimseye veya bir topluluğa zorla, ücret verilmeden yaptırılan iştir. Zorunlu çalışma da aynı şekilde zorla yaptırılan bir iştir fakat maddi karşılığı vardır, az da olsa bir ücret verilmektedir. Zorunlu çalışma ile angarya terimleri, halk arasında hatta resmî belgelerde eş anlamlıymış gibi kullanılmaktadır. Ancak, zorunlu çalışma terimi angaryadan daha geniş ve onu kapsayıcıdır. Aralarındaki farklılıklara rağmen bu çalışma rejimlerinin benzerlik gösteren tarafları da vardır. Nitekim angarya ve zorunlu çalışmaya tabi tutulan insanlar kendi istekleri dışında çalışmaya tabi tutulduklarından serbest iş piyasasının dışında kalmaktadırlar. Bunların karşısında yer alan gönüllü çalışma rejiminde ise emek arzı ile emek talebi özgürce karşılaşmakta ve iş piyasasına göre hem işveren hem de işçi iş

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. 07/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği

sözleşmesi yapıp yapmamakta tamamen hürdür.¹⁹

İşgücü piyasasında tartışma konusu olan zorunlu çalıştırma, dünyada çeşitli şekillerde var olmuştur. Fakat insanlar ancak XX. yüzyılın ilk çeyreğinden sonra zorunlu çalıştırma sistemlerinin farkına vararak bunu önlemenin yollarını aramıştır. Bu hususta en önemli adımı Uluslararası Çalışma Örgütü atmıştır.²⁰ Örgüt, 1930 yılında hazırladığı 29 Numaralı “Zorla Çalıştırma Sözleşmesi” ile her çeşit zorunlu çalışmayı mümkün olan en kısa süre içerisinde ortadan kaldırmayı amaçlamıştır. Bunun için de zorunlu çalışmayı yasaklayıcı hükümler getirmiştir. Devam eden süreçte ise Uluslararası Çalışma Örgütü, 1957 yılında 105 Numaralı “Zorunlu Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi”ni onaylamıştır. Türkiye de bu sözleşmeyi 1998 tarihinde onaylayarak yürürlüğe koymuştur.²¹

1930 tarihli sözleşmenin 2.2. maddesi ayrıca, zorunlu çalıştırma kapsamında değerlendirilmeyecek hâlleri sıralamıştır. Bunlar içerisinde bir mahkemenin verdiği mahkûmiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmetler de bulunmaktadır.²² Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin 1982 tarihli anayasasının 18. maddesi zorunlu çalıştırma ile angaryayı tamamen yasaklamış olmakla birlikte zorunlu çalıştırma sayılmayacak 1930 tarihli sözleşmedeki istisnaları da aynen kabul etmiştir. Bu istisnalar içerisinde hükümlü ve tutukluluk süresindeki çalışmalar da yer almaktadır.²³

1930 tarihli 29 sayılı sözleşmede istisnaların yer aldığı fıkranın hükümlülük ve tutuklulukla ilgili gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır: “Bilindiği gibi suçla savaşta en etkili araç, suç eğilimi gösteren kişilerin ıslah edilerek, eğitilerek, bir daha suç işlemeyecek hâle getirilmesidir. ıslah ve eğitimde en etkili araç ise, kişiye çalışma zevkinin aşılması, tembelliğin izalesi, çalışarak dürüst şekilde geçimini sağlama imkânının verilmesidir..” Bu mülâhazalarladır

¹⁹ Süleyman Özdemir, “Türkiye’de Zorunlu Çalışma Uygulamaları”, *Sosyal Siyaset Konferansları*, Cilt: XXXII, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, 1996, s. 183.

²⁰ Özdemir, a.g.m., s. 184.

²¹ 1930 Tarihli 29 Sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi, zorla çalıştırmanın tanımı ve zorla çalıştırmada istisnai hâller ile üyesi olan ülkelere zorunlu çalıştırmayı yürürlükten kaldırma ve sonrasında çözüm yolları geliştirme gibi çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Bu sözleşme, zorunlu çalıştırma uygulamasının kaldırılmasının esasını teşkil etmekte olup Türkiye’nin de içinde bulunduğu üyeleri kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Türkiye Ofisi, “29 Numaralı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi”, Resmî Gazete Yayımlı Tarihi ve Sayısı: 27 Ocak 1998/23243.

²² Gerek Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 2.2. maddesinde gerekse 1982 anayasasının 18. maddesinde tutukluluk ve hükümlülük aşamasındaki çalıştırmalar, mecburi askerlik süresinde yapılan işler, vatandaş olmanın gerektirdiği kamu hizmetleri, olağanüstü hâllerde kamu hizmetlerinin ifasında çalışma, küçük çaplı toplumsal ve belediye işlerinde çalışma da zorunlu çalışma kapsamında değerlendirilmediği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Türkiye Ofisi, 29 Numaralı “Zorla Çalıştırma Sözleşmesi” madde 2; Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası madde 18.

²³ 18/10/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 18.

ki hükümlülerin, hükümlülük süresince makul bir çalışma rejimine tabi tutulmaları zorunlu çalıştırma sayılmamıştır.²⁴

Hükümlülerin bir çalışma rejimine tabi tutularak belirli kurallara göre çalıştırılmalarının adli sistem içindeki karşılığı, kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımıdır. Bu yaptırım, adli makamlar tarafından verilen karar doğrultusunda kişinin işlemiş olduğu bir suç sonrası suçun topluma ve kamuya vermiş olduğu zararı, belirli süre çalışarak yerine getirmeyi öngörmektedir. Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, ücretsiz çalıştırma şeklinde uygulanabildiği gibi bazen de kısmi bir ücret karşılığı çalıştırma şeklinde tezahür etmektedir.

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı angarya ve zorunlu çalışmaya benzer bazı özelliklere sahip olmasına rağmen gerek mahiyet gerekse uygulamalar açısından angarya ve zorunlu çalıştırmadan farklılıklar taşımaktadır. Nitekim günümüzdeki hâliyle kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından da zorla ve angarya şeklinde çalışmanın dışında tutulmaktadır. Buna göre kamu yararına ücretsiz çalıştırma yaptırımı, herhangi bir ücret takdir edilmemesi itibarıyla angaryaya benzese de hükümlünün hapis gibi bir cezaya karşılık gönüllü olarak belirli bir zaman diliminde çalışmayı kabul etmesi koşulu, onu angaryadan ayırmaktadır. Diğer taraftan bir ücret karşılığı olsa bile gönüllülük söz konusu olmadan çalıştırma, zorunlu çalıştırma kapsamına girmektedir. Ayrıca günümüzde kamuya yararlı işlerde çalıştırmaya karar verilirken hükümlünün rızasının aranması koşulu, kamuya yararlı işlerde çalıştırma ile zorla çalıştırma arasındaki en büyük farklılıklardan birini oluşturmaktadır.

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı geçmişte (Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından zorla çalıştırma ve angarya dışında tutulmadan önce) gerek dünyada gerekse ülkemizde angarya veya zorunlu çalıştırma şeklinde varlık göstermiştir. Bilhassa Osmanlı Devleti'nde hükümlülerin kamu yararına çalıştırılması, angaryadan ziyade zorunlu çalışma olarak değerlendirilmiştir. Çünkü arşiv kaynaklarından elde edilen bilgilere göre hükümlülere çalıştıkları işlerde emeklerine karşılık normal bir işçi düzeyinde olmasa da bir ücret takdir edilmiştir.

Günümüzde yaygın bir uygulamaya sahip olan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımında hukuki açıdan hükümlünün işlediği suçun bedelinin topluma bir ölçüde geri ödenmesinin sağlanması esas alınmıştır.²⁵ Bu yönüyle bir taraftan hükümlülerin suç tekrarını önlemek için bilinçlendirme amacı güdülmüş, diğer taraftan da devlet açısından hazır bir işgücü kaynağı sağlanmaya çalışılmıştır. Dünyada özellikle gelişmiş Batı ülkelerinde ve

²⁴ Özdemir, a.g.m., s. 207.

²⁵ T.C. Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, *Kamu Hizmeti Yaptırımı Personel El Kitabı*, s. 8.

Türkiye’de ceza anlayışındaki değişim ve dönüşümlerin etkisiyle son yıllarda yaygın bir uygulama alanı bulan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, gerek hapis cezasına alternatif gerekse işgücü piyasasına katkı sağlayan bir yaptırım türü olarak kökenleri itibarıyla dünyada ve bilhassa ülkemizde köklü bir geçmişe sahip olmuştur.

3. HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALAR İLE KAMUYA YARARLI İŞLERDE ÇALIŞTIRMA YAPTIRMININ BATI'DAKİ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Suç ve ceza, insanlık tarihi kadar eski, bir o kadar da ayrılmaz kavramlardır. Doğal olarak ne tür davranışların suç sayılıp sayılmayacağı ve ne tür cezalara hükmedileceği toplumdan topluma değiştiği gibi aynı toplum içerisinde de zamanla farklılaşabilmektedir. Suç ve ceza kavramlarının zaman içinde değişim ve dönüşüme uğramasında toplumun sosyal, ekonomik, kültürel, dinî ve ahlaki birçok faktörü etkili olabilmektedir.

Suç ve ceza kavramlarına ceza infazı tarihi perspektifinden bakıldığında, suç ve ceza anlayışındaki değişimin Avrupa’da yüzyılları aldığı görülmüştür. Ceza adalet sistemindeki bu değişim süreci, Avrupa’da üç aşamalı olarak birbirini izlemiştir. Bunlar; Orta Çağ’ın erken dönemleri için tek pratik cezalandırma aracı olan kefaret ve para cezaları, Orta Çağ’ın geç dönemlerinde işkence ve canavarca idamlar ve XVII. yüzyıldan itibaren yaygın şekilde uygulanmaya çalışılan hürriyeti bağlayıcı cezalar aşaması olarak sıralanmaktadır.²⁶ Bunlar içerisinde en ağır cezalandırma türü olan işkence ve idam bedene karşı cezalandırma usulü olarak yüzyıllarca uygulanmıştır. Daha sonra kötü muameleye karşı itirazlar, Aydınlanma Dönemi’nden itibaren Batıda yaygın şekilde dile getirilmeye başlamıştır. Bu da doğal olarak hürriyeti bağlayıcı cezaların ve hapisanelerin yaygınlaşmasını kolaylaştırmıştır.²⁷

Batılı bazı ceza tarihçileri hürriyeti bağlayıcı cezaları genel olarak üç dönemde incelemiştir. Bunlar; 1- Amsterdam cezaevlerinin doğuşu ve XVII. yüzyılda Avrupa’ya etkisi, 2- Kuzey Amerika ceza infaz modellerinin etkisi ve XIX. yüzyılın sonuna doğru sistem konusunda tartışma, 3- Ceza infaz kurumlarının açılması ve XX. yüzyılın ikinci yarısında hükümlülere muamelede asgari esasların hukuken gerçekleştirilmesi şeklinde kronolojik olarak sıralanmıştır.²⁸

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edildiği yerler olan ceza infaz kurumlarında ya da bilinen adıyla hapisanelerde bu gelişim sürecinin izlerini görmek mümkündür. Bunlardan en çok kabul görenler açısından hapisaneler bedensel cezalandırmadan, zihinsel cezalandırmaya geçişte önemli bir rol

²⁶ Timur Demirbaş, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi”, *Hapishane Kitabı*, ed. Emine Gürsoy Naskali ve Hilal Oytunç Altun, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010, s. 3.

²⁷ Michel Foucault, *Hapishanelerin Doğuşu*, çev. M. Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara 1992, s. 89-91.

²⁸ Demirbaş, a.g.m., s. 11.

oyunmaktadır. Michel Foucault'un analizleri bu farklı yaklaşımların öncüsüdür. Ona göre hapishane; biraz daha sıkı bir kışla, hoşgörüsüz bir okul, iç karartıcı bir atölyedir. Bu yönleri ile hapishane sadece özgürlükten yoksun bırakma amacına hizmet etmekle kalmamış aynı zamanda bireylerin ayrıştırılmasına ve dönüştürülmesine de hizmet etmeye çalışmıştır.²⁹

Hapishanelerin bir taraftan yaygınlaşması diğer taraftan da hapsedilmenin insan psikolojisine ve sosyal hayatına verdiği zararlar ile hürriyeti bağlayıcı cezaların masraflı oluşu, özellikle XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Aydınlanma Dönemi hukukçuları tarafından eleştirilmeye başlamıştır. Bilhassa İngiltere ve Fransa'da kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların etkisiz ve faydasız oluşuna yönelik eleştirilerin çoğalması, XVIII. yüzyıldan itibaren revaçta olan hürriyeti bağlayıcı cezaların tartışmaya açılmasına neden olmuştur. Uygulamalar, hapsedilmeye yönelik eleştirileri durdurmanın aksine daha tartışmalı hâle getirmiştir. Kişilerin hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları, beklentilerin aksine özellikle hükümlülerin rehabilitasyonu açısından başarısızlıkları beraberinde getirmiş ve bu da ciddi şekilde eleştiriye neden olmuştur.³⁰

Avrupa'da cezalandırma şekilleri altında diğer bir gelişmeyi Roma sonrası ortaya çıkan Fransa, İtalya ve İspanya merkezli Akdeniz devletlerinin büyük donanmalar kurması ve çok sayıda kürekçiye ihtiyaç hissetmeleri sebebiyle, işgücü açığını gidermek için savaş esirleri ve kölelerden müteşekkil kürekçi kadrosuna suçluların da eklenmesi oluşturmuştur. XV. yüzyıla gelindiğinde artık Venedik donanmasında esirler ve suçlular, zorunlu kürekçilik hizmetiyle istihdam edilmeye başlamışlardır.³¹ İlerleyen süreçte Avrupa'da ceza adalet sisteminde kürekçilik uygulaması daha da yaygınlık kazanmaya başlamış ve bu çerçevede 1848'den itibaren limanlar ve askerî tesislerin yanlarına kürek hapishaneleri inşa edilmiştir. Daha önce hapis cezaları genellikle altı ay ile üç yıl arasında iken 1850'lerden itibaren on senelik kürek cezaları sıklıkla görülmeye başlamıştır. Bu uygulamaya XIX. yüzyılın ikinci yarısında Almanya, İspanya ve Rusya gibi ülkelerde de çeşitli isimler altında rastlanmıştır. Ayrıca ağır suçluların maden ocaklarına gönderilmesi şeklindeki zorunlu çalıştırma cezalarına da Kıta Avrupa'sında müracaat edilmiştir.³²

²⁹ Foucault, *a.g.e.*, s. 292.

³⁰ Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, "Kamu Hizmeti Cezasının Tarihçesi", *Denetimli Serbestlik Bülteni*, Sayı 3, Ekim 2011, s. 2. (<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23/10/2015).

³¹ Gültekin Yıldız, *Mapusâne (Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni 1839-1908)*, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2012, s. 30.

³² İngiltere ve Kıta Avrupa'sında uygulamaya sokulan alternatif ceza tedbirleri olarak mahkûmların kolonilere sürgün edilmesi politikasına yapılan itirazlar neticesinde kürekçilik cezası yaygınlaşmıştı bkz. Yıldız, *a.g.e.*, s. 228.

Avrupa ceza hukuku sistemlerinin hapis cezasına alternatif aramaya başlamaları, XIX. yüzyılın sonlarından itibaren 1970’li yıllara kadar sarkarak sürmüştür. Bu arayış günümüzde alternatif yaptırımlar, ara yaptırımlar veya toplumsal yaptırımlar olarak adlandırılan kavramların girişiyle sonuçlanmıştır.³³ Bunlar içerisinde yer alan kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı veya diğer bir ifadeyle kamu hizmeti cezası, infaz anlayışındaki bu gelişmeler sonucu Avrupa’da XIX. ve XX. yüzyıllarda hapis cezasının alternatifi olarak Almanya, İtalya, Norveç, İsviçre ve Portekiz’de görülmüş ancak yeterli altyapının bulunmaması, diğer seçeneklerin ortaya çıkması, gün bazında ceza verilmesi, ekonomik büyüme gibi sebeplerden ötürü kanunlarda yer bulmaya başlamış, ancak tam anlamıyla da uygulanamamıştır.³⁴ Kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımında Batı’da asıl gelişmeler, XX. yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur. 1970’li yıllara gelindiğinde, Avrupa’da kamu hizmeti yaptırımı kapsamındaki çalışma yaptırımı alanında yeni bir uyanış yaşanmıştır. Bunun sebepleri; ekonomik kriz, suç oranının ve hapis cezası hükümlerinin artması, suç türlerinin değişmesi, ceza adaleti sisteminde yaşanan kriz, uluslararası alanda reform isteğidir. Bu reform hareketi, Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler tarafından başlatılmıştır. Avrupa Konseyi, 1976 yılında hapis cezasına seçenek olarak bazı yaptırımlar konusunda daha fazla inceleme yapılması ve neden böyle bir eyleme geçilmesi gerektiği konusunda bir açıklama yapmıştır. Bu açıklamada, kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımına yer verilmiştir. Bu süreçle birlikte İngiltere ve Galler’de 1972, Hollanda’da 1981, Fransa, İrlanda ve Danimarka’da 1982, Portekiz’de 1983 ve Norveç’te 1984 yılında kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı mevzuatta yerini almıştır.³⁵ Böylece Batılı devletlerde alternatif yaptırımlar noktasında önemli bir konuma gelmiş olan kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı, belli bir yaşın üstünde çalışabilecek güç ve kuvvette olan hükümlülere verilmeye başlanmıştır.³⁶

Avrupa’da yaşanan gelişmelere paralel olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde de kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı, 1960’lı yıllarda ilk defa California’da trafik suçu işleyen kadın sürücülere hapis cezası yerine

³³ Kalmthout, Anton M. Van, “Kamu Yararına Çalışmadan Toplumsal Yaptırımlara (Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı)”, *Küresel Bakış*, çev. Burhan Alıcı, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, Nisan 2011, s. 4. (<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22/10/2015).

³⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, *Kamu Hizmeti Yaptırımı Personel El Kitabı*, s. 1.

³⁵ T.C. Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, *Kamu Hizmeti Yaptırımı Personel El Kitabı*, s. 3.

³⁶ İngiltere’de kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı, 17 yaşından büyük hükümlülere süre hesabıyla uygulanmakta ve yasanın yürürlüğe girmesiyle hükümlüler, 40 ile 240 saat arasında kamuya yararlı bir işte çalışmaya tabi tutulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Füsün Sokullu Akıncı, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri” *Yeni Türkiye (Yargı Reformu Özel Sayısı)*, Yıl. 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 684.

alternatif bir yaptırım olarak uygulama imkânına kavuşmuş ve failin sebep olduğu zararın karşılanmasında kamuya yararlı işlerde çalıştırma aktif olarak devreye sokulmuştur. Bunun sonucunda kamuya yararlı işlerde çalıştırma müessesesi, mağdurun zararının giderilmesi şartlarının oluşmadığı durumlarda veya hükümlünün maddi durumunun yetersizliği hâllerinde müracaat edilen alternatif bir ceza yaptırımı olarak dikkati çekmiştir. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında vermiş olduğu kararda, zararın giderilmesine mahkûm edilen suçluların bu ödemeyi yapmamaları hâlinde, kamuya yararlı bir hizmette çalıştırılmaları gerektiğini belirtmiş olup bu uygulama devam etmektedir.³⁷

4. TÜRKİYE'DE KAMUYA YARARLI İŞLERDE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMININ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, XX. yüzyılın son çeyreğinde dünyada ceza adalet sisteminde yaşanan değişim ve dönüşümlerin etkisiyle kurumsal anlamda Avrupa'da teşkilatlanmaya başlamış; 2005 yılından itibaren Avrupa ceza adalet sisteminden iktibas edilen kanunlarla denetimli serbestlik sistemi içerisinde Türkiye'de yerini almıştır. Ancak denetimli serbestlik veya kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı adı altında açıkça zikredilmese de yaptırım bizde, Osmanlı Devleti'nin Klasik Dönemi'ne kadar dayanmaktadır. Gerek Osmanlı Devleti Dönemi'nde gerekse Cumhuriyet Dönemi'nde bireysel menfaatten önce kamu yararı amacı taşıyan birtakım işlerin yerine getirilmesinde toplumsal menfaati önemseyen bu yaptırım, bilhassa işgücü açığı hissedilen ve devlet için stratejik görülen iş kollarında bir işgücü temin yöntemi ve suçluyu ıslah edici bir yaptırım olarak dikkati çekmiştir.

4.1. Osmanlı Devleti'nde Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı

Osmanlı Devleti, hüküm sürdüğü dönemlerde siyasi, hukuki, iktisadi ve sosyal yapısını sağlam bir zemine oturarak güçlü bir devlet sistemi ortaya koymuştur. Devletin ve toplumun bekasını her şeyin üstünde tutan bu sistemde, adalet düşüncesi ve adaletli yönetim anlayışı değişmez prensipler olarak dikkati çekmiştir. Osmanlılarda kaynağını adaletli yönetim anlayışından alan devlet sistemi, ilgili tüm kurum ve kuruluşlarıyla birlik ve bütünlük içerisinde hareket etmeye büyük çaba sarf etmiştir. Devletin ve toplumun menfaatlerini birinci öncelik olarak göz önünde bulunduran bu sistemde ilgili birimler, toplumun ve devletin menfaatlerini öncelikli olarak gözeterek, kamu hizmeti görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmeye gayret etmişlerdir.

Osmanlı Devleti'nde kamu hizmetlerinin, toplumun genel yararına uygun olacak şekilde ifasında ise ulu'l-emri temsil eden padişahın kararı veya onayı önemli bir yere sahip olmuştur. Ulu'l-emrin verdiği karar doğrultusunda onun

³⁷ Akıncı, a.g.m., s. 686.

altında yer alan devlet idarecileri, her türlü adlî, idari, iktisadi ve askerî tedbiri alıp uygulamakla mükelleftir. İlgili alanlarda tedbir alınıp uygulanırken de amme maslahatının, başka bir deyişle kamu yararının gözetilmesine dikkat edilmiştir.³⁸

Osmanlı Devleti'nde öncelikler sıralamasında siyasal otoritenin varlığını korumak büyük bir önem taşımıştır. Devletin öncelikleri ile bireyin öncelikleri çatışmaya girdiğinde devletin öncelikleri tercih edilmiştir. Devletin öncelikleri de aslında toplumun gereksinimlerini karşılama amacına yöneliktir.³⁹ Devletin ve toplumun ihtiyaçlarını birinci öncelik olarak kabul eden bu sisteme göre yapılan iş ve hizmetlerde kamu menfaatinin gözetilmesi de bu hassasiyetin önemli göstergelerinden birini oluşturmuştur.

Osmanlı Devleti'nde birtakım işlerin yerine getirilmesinde devletin menfaatleri birinci sırada tutulsa da bireyin yani reayanın hak ve hukuku da kanunlarla, nizamlarla korunmaya çalışılmıştır. Bilhassa bu noktada adaletnameler önemli bir işleve sahip olmuştur. Çünkü padişah tarafından çıkarılan adaletnameler, devlet otoritesini temsil edenlerin reayaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, kanun, hak ve adalete aykırı tutumlarını olağanüstü tedbirlerle yasaklayan, bireyleri koruyan beyannameler olarak dikkati çekmiştir.⁴⁰ Bundan dolayı yapılan hukuki ve idari işlemlerde kamu menfaati gözetilirken adalet duygusunun zedelenmemesine hassasiyet gösterilmiştir.

Osmanlı hukuk sistemi içerik olarak İslâm hukukunda yer alan Kur'an, sünnet, icma ve kıyası içeren şer'î hukukun yanında, günün şartlarına göre İslâm hukukunun devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisi ile şekillenen örfî hukuk sisteminin bir arada uygulandığı sistem olarak karşımıza çıkmıştır.⁴¹ Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde şer'î ve örfî ceza hukuku birlik ve bütünlük içinde icra edilirken her iki hukukun tek bir yargı mercii tarafından, yani İslâm hukukunun temsilcisi durumunda bulunan kadı tarafından uygulamasına da dikkat edilmiştir.⁴² Osmanlı hukuk sisteminde kadılar tarafından bazı kararlar alınıp uygulanırken devletin ihtiyaçları belirleyici bir konuma sahip olmuştur. İhtiyaçlarının tespitinde ve önlem alınmasında görev yaptığı yerde devletin ilgili birimlerinin başlıca sorumlusu olan kadılar, bir durumu değerlendirirken

³⁸ Akgündüz, "Osmanlı Hukuku'nda Şer'î Hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", s. 121.

³⁹ Gülfeğin Çelik, "Osmanlı Devleti'nin Nüfus ve İskân Politikası", *Divân Disiplinlerarası Çalışma Dergisi*, 1999/1, Sayı 6, İstanbul, s. 49-50.

⁴⁰ Halil İnalçık, "Adâletnâmeler", *Belgeler*, Cilt 2, Sayı 3-4, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1993, s. 49.

⁴¹ Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 84.

⁴² Mehmet Akif Aydın, "Ceza (Osmanlı Ceza Hukuku)", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Cilt 7, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1993, s. 478.

devletin bütüncül yapısını da göz önünde bulundurmaya çalışmışlardır. Çünkü temsil ettikleri makamın idari, beledî, mali, askerî vb. görev ve sorumlulukları da bunu gerektirmiştir.

Osmanlı Devleti'nde her bir bölgede kadıların tespit ettiği ihtiyaçlar ve sorunlar listesinde işgücü meselesi, devletin bekasını ilgilendiren en önemli hususlardan birisi olarak öne çıkmıştır. Özellikle kamu yararı amacı taşıyan stratejik bazı alanlarda işgücüne acil ihtiyaç hissedilmiştir. Burada devlet, öncelikli olarak işgücünün gönüllülük esasında olmasını tercih etmiştir.⁴³ Ancak kamu menfaati gözetilen işlerde bu durum gönüllü şekilde karşılanamayınca Osmanlı Klasik Dönemi'nden itibaren önemli ve stratejik görülen başta askeriye olmak üzere, madencilik ve tarım gibi sektörlerde emek açığından dolayı angarya ve zorunlu çalışma adı altında işgücü sağlanmaya çalışılmıştır. Tanzimat sonrasında ise tarımda ve madenlerde angarya usulünün kaldırılmasıyla işgücü arz yetersizliği sorununu gidermek amacıyla ücret karşılığı olarak kamu yararı taşıyan tarım, sanayi ve madencilik işlerinde zorunlu çalışma uygulamasına sıklıkla müracaat edilmiştir.⁴⁴

Osmanlı Devleti'nde askerî sahada kamu yararı işlevi gören donanmada kürekçilik ve iktisadi faaliyet kollarındaki bu tür işlerde normal koşullarda yeterli işgücünün temin edilememesi, zorunlu çalışma adı altında alternatif işgücü kaynaklarına ihtiyaç doğurmuştur. Bunlar arasında askerler, savaş esirleri ve köleler dışında hazır işgücü kaynağı olarak mahkûmlar da dikkat çekmiştir. Böylelikle işlenen suçun mağdura ve devlete vermiş olduğu zararı kısmi de olsa gidermek, suçlunun ıslah olmasına katkı sağlamak ve özellikle devletin ihtiyaç duyduğu stratejik iş kollarındaki işgücü sorununa çözüm getirebilmek amacıyla adli makamların kararları doğrultusunda mahkûmlar, kamu yararı amacı taşıyan işlerde belli süreliğine çalışmaya tabi tutulmuşlardır.

4.1.1. Osmanlı Klasik Dönemi'nde Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı

Osmanlı Devleti, XV ve XVI. yüzyıllardan itibaren egemenliği altında bulunan geniş topraklara nazaran nüfus açısından yetersizlikler yaşamıştır. Askerî ve ekonomik açıdan büyük bir öneme sahip olan nüfusun topraklara nazaran düşük düzeyde kalması, ordu için asker sıkıntısı yanında başta tarım olmak üzere madencilik, sanayi, ticaret ve inşaat gibi iktisadi sektörlerde işgücü sorunu ortaya çıkarmıştır. Bilhassa bunlar içerisinde devletin gücünün göstergesi olan askerî işgücünün temini meselesi, devlet politikasının bir gereği olarak daima birinci önceliğe sahip olmuştur.

Osmanlı Devleti'nin denizlerle çevrili olması, her zaman hazır vaziyette bulunan bir donanmayı gerekli kılmıştır. Bu kapsamda Fatih Dönemi'nden

⁴³ Cevdet Kırpık, *Osmanlı Devleti'nde İşçiler ve İşçi Hareketleri (1876-1914)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2004, s. 32.

⁴⁴ Rahmi Deniz Özbay, *19. Yüzyılda Osmanlıda Devletin Emek İstihdamı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003, s. 74.

İtibaren Osmanlı donanmasının genişlemesi de gemilerde çalışacak mürettebata ihtiyacı artırmıştır. Bunlar içerisinde özellikle çalışma şartlarının zorluğundan dolayı kürekçi işgücüne duyulan ihtiyaç, her geçen gün daha da önem arz etmiştir.⁴⁵ Donanmanın büyümesi ve harp hazırlıkları bağlamında yeni gemi yapma ve bunların mürettebatını karşılama ihtiyacı, çok geniş bir kürekçi mürettebatının bulundurulmasını gerektirmiştir. Ancak gönüllü veya birtakım vergilerden muafiyet karşılığı veya savaş esirlerinin de ihtiyacı karşılayamaması üzerine zorunlu işgücüne tabi tutulanlar içerisinde kürek cezasına tabi tutulan mahkûmlar, önemli bir işgücü kaynağı olarak vazife görmeye başlamışlardır.⁴⁶

Osmanlı Devleti'nde kürek cezası mahkûmiyetleri, Klasik Dönem'de devlet başkanına veya görevlendirdiği kişilerin yetkisine bırakılan ta'zir tatbikatı içindeki cezalar içerisinde yer almıştır. Osmanlı Devleti'nde hükümlünün devlet hizmetinde zorunlu çalıştırılmasını ifade eden bu ceza, donanmanın önemli bir işgücü kaynağını teşkil etmiş, adi suçlular ile reayayı hedef alan hürriyet kısıtlayıcı hapsedme cezaları arasında en çok başvurulanı olması itibarıyla dikkati çekmiştir.⁴⁷

Osmanlı adli sisteminde yapılan yargılama sonucunda bir kişiye kürek cezası verilirken öncelikli hususların başında, suçlunun işlemiş olduğu suçun ispat edilmesi gerekmektedir. Bunun için yargılamanın titiz şekilde yapılması hayati derecede önemliydi.⁴⁸ Başka bir husus ise kürek cezasına hükmedilecek kişinin çalışmaya elverişli olup olmadığıydı. Kürek cezasını yerine getiren bir kişinin hastalanması ve yaşlanması durumunda bu cezaların kaldırılması veya başka tedbirlere dönüştürülmesi de sık karşılaşılan hadiseler arasındaydı ve bu da kürek cezası mahkûmiyetlerinde belli kriterlerin olduğunu göstermekteydi.⁴⁹

Kürek cezasının Osmanlı Devleti'nde uygulanmasına dair örnekler XVI. yüzyılın ikinci yarısının başlarından itibaren rastlanmıştır. Bu dönemde Akdeniz'de etkin olan özellikle Venedik ve İspanya gibi ülkelerin donanma kuvvetlerini artırmaları ve kürekçi ihtiyaçlarını temin etmek için mahkûmlara başvurmaları, Osmanlı Devleti'nde de bu yönde bir uygulamanın başlamasında etkili olmuştur.⁵⁰ Bilhassa XVI. yüzyıldan itibaren büyüyen donanmanın artan

⁴⁵ İdris Bostan, *Osmanlı Bahriye Teşkilâtı XVII. Yüzyılda Tersâne-i Âmire*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1992, s. 213.

⁴⁶ Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, çev. Selahaddin Eroğlu. Cilt XXVI, 1969, s. 650.

⁴⁷ Yıldız, *a.g.e.*, s. 30.

⁴⁸ Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), *Maliyeden Müdevver Defter (MAD- 7)*, (Numara) nr. 2324, 29/R/976.

⁴⁹ BOA, *İradeler Meclis-i Vâlâ (İ.MVL)*, nr. 56/29, 02/S/1264; BOA, *Sadaret Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO)*, nr. 301/22521, 16/R/1311.

⁵⁰ "Rodos begine hüküm ki: Anadolu cânibinde emr-i serîfüm ile ehl-i fesâd teftîs olunup ba'zı kimesneler ele gelüp ehl-i fesâd oldukları sâbit ü zâhir olup sicill olunup sûret-i sicilleri ile Südde-i sa'âdet'üme gönderilmeğin esâmisi defter olunup Rodos'da küreğe kosilup istihdâm olinmak için sana gönderildi." BOA, 3 Numaralı Mühimme Defteri 966-968/1558-1560, Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara

işgücü talebi ve 1571 yılında İnebahtı Deniz Savaşı'nda Osmanlı Devleti'nin yenilgiye uğramasıyla hızla yeni bir donanma oluşturulması zorunluluğu, kürekçi ihtiyacını had safhalara ulaştırmıştır. Bunun sonucunda bir devlet politikası olarak kürek cezaları yaygınlaşmaya başlamıştır.⁵¹ XVI. yüzyılda sefer zamanlarında 40.000-50.000 arası kürekçiye ihtiyaç duyulması, işgücüne olan bu talebi açıkça göstermektedir.⁵²

Osmanlı Devleti'nde XVII. yüzyıla beraber yelkenli gemilerin kullanıma girmesi ve deniz savaşlarının azalması, işgücü açısından kürek cezalarına ihtiyacı da azaltmıştır. Buna mukabil kürek cezası mahkûmiyetlerinde düşüş yaşanmamış, aksine mahkûmiyetler artmıştır. Artan mahkûmiyetler sonucunda kürek cezasına hükmedilenlerin önemli kısmı gemilerde istihdam edilmeyip tersane zindanında hapsedilmeye başlamıştır. Nitekim XVIII. yüzyıl başlarında kürek cezasına çarptırılan suçluların sadece yüzde 10'u gemilerde kürek çekmek üzere görevlendirilmiştir.⁵³ Bu durum XVIII. ve XIX. yüzyılda da artarak devam etmiş ve kürek cezasına mahkûm edilenler için artık cezanın infaz edildiği yer, donanmadaki gemilerden ziyade donanmanın bağlı bulunduğu idari yer olan Tersane-i Amire ve buradaki haphane olmuştur.⁵⁴

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat öncesinde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı hukuki bakımdan kürek cezası şeklinde tezahür etmiştir. Ancak kürek cezasına hükmedilenlerin ihtiyaçtan fazla olmasından dolayı bu yaptırıma tabi tutulanların kürek çekmeyerek sınırlı sayıdakilerin tersanelerde çalıştırılması, Tanzimat Dönemi'nde kürek cezalarının caydırıcılığının ve verimliliğinin sorgulanmasına ve alternatif yaptırımların gündeme gelmesine yol açmıştır.

4.1.2. Tanzimat Dönemi'nde Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı

Tanzimat Dönemi, Osmanlı Devleti'nde önemli değişim ve dönüşümlerin başladığı bir dönemi kapsamaktadır. Bu dönemin dikkat çeken özelliklerinin başında, kanunlaştırma hadiselerinin yoğun olarak yaşanması gelmektedir.

1993, Hüküm nr. 414, Fî 9 Muharrem sene 967. Diğer taraftan bu defterdeki 113, 300, 708 ve 1576 numaralı hükümler de kürek cezalarını kapsamaktadır. Ayrıca 5 Numaralı Mühimme Defteri'nde kürek cezasına yönelik 272, 579, 825 ve 826 numaralarda hükümler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BOA, 5 Numaralı Mühimme Defteri 973/1565-1566, *Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yay., Ankara 1993*; Osmanlı Klasik Dönemi'nde kürek cezası hakkında bkz. Mehmet İpşirli, "XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler" (Rescripts concerning penal servitude on galleys in the second half of the sixteenth century)", *İstanbul Üniversitesi Tarih Enstitüsü Dergisi*, Sayı 12, Haziran 1982, s. 206, 207.

⁵¹ İpşirli, a.g.m., s. 208.

⁵² Neşe Erim, "18. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda Kürek Cezası", *IX. International Congress Of Economic And Social History Of Turkey*, 20-23 August 2002 Dubrovnik, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2005, s. 180.

⁵³ Erim, a.g.m., s. 180.

⁵⁴ BOA, *İradeler Mesail-i Mühimme (İ.MSM)*, nr. 87/2469, 15/Z /1262; BOA, *Sadaret Meclis-i Vala (A.MKT.MVL)*, nr. 31/33, 03/Za/1266.

Tanzimat Dönemi'nde ekonomik, sosyal, idari ve hukuki birçok alanda kanunlar yürürlüğe girmiş olmakla birlikte bunlar içerisinde bilhassa ceza kanunlarında yapılan değişiklikler esaslı olmuştur. Bu çerçevede ceza kanunlarının yürürlüğe girmesiyle daha önce örfi hukuk çerçevesinde kanun koyucunun takdir yetkisine bırakılan birçok yaptırım artık kanunlarda yerini almaya başlamış, kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı türü olan kürek cezaları da bunlar içerisinde özel bir öneme sahip olmuştur.

Tanzimat Dönemi'nde ceza kanunlarında kürek cezalarının açıkça belirtilmesi, kürek cezası mahkûmiyetlerinin yaygınlık kazanmasında da belli bir etkiye sahip olmuştur. XIX. yüzyılda buharlı gemilerin yaygınlaşmasıyla kürek cezası mahkûmlarına ihtiyaç azalmış olsa da arşiv belgelerinden elde edilen bazı bulgulara göre bu dönemde, kürek mahkûmiyetlerinde önemli artışlar yaşanmıştır.⁵⁵ Bu durumun yaşanmasında, Tanzimat Dönemi ceza kanunlarında kürek cezalarının, metinlerde açıkça belirtilmek ve sınırlarının çizilmek suretiyle cezanın daha sistematik hâle getirilmesinin payı büyüktür. Nitekim 1851 tarihli ceza kanununda birinci fasıl madde 13'te suçlu "küreğe ve prangaya", madde 11 ile ikinci fasıl madde 5'e göre suçlu "İstanbul'da ise küreğe, taşrada ise prangaya vaz-ı olunur." ifadesi yer almıştır.⁵⁶ Yine 1858 tarihli ceza kanununun 19. maddesi kürek cezasını: "Kürek, ayaklarında demir olduğu hâlde, hidemât-ı şâkkada kullanılmaktır..." şeklinde tarif ederek bu cezayı, müebbet (m.20) ve muvakkat olarak (m.21) ikiye ayırmış, muvakkat küreğin süresini 3-15 sene olarak belirlemiştir.⁵⁷ Ayrıca ağırlıklı olarak ta'zir cezalarını gerektiren suçlara verilen kürek cezası artık ceza kanunlarıyla birlikte had ve kısas kapsamında değerlendirilen hırsızlık, gasp ve yol kesme gibi had suçlarının yanı sıra özellikle kısas gerektiren adam öldürme suçlarına da verilmeye başlanmış ve bu da kürek cezasının yaygınlaşmasına belli bir oranda etki yapmıştır.⁵⁸

⁵⁵ BOA, *Sadaret Kalemi (A.MKT)*, nr. 97/50, 25/L /1263; BOA, *Sadaret Müteferrik Evrakı (A.MKT.MTF)*, nr. 4/15, 14/C /1263; BOA, *A.MKT*, nr. 89/59, 29/B /1263; BOA, *A.MKT.MVL*, nr. 95/19, 13/C/1274.

⁵⁶ Mustafa Avcı, "Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik", *Yeni Türkiye*, Sayı 45, Mayıs-Haziran 2002, s. 143; Mahkûmun ayağına pranga denilen demirin bağlanması suretiyle verilen kürek cezası, 1858 tarihli Kanun'un 19, 20, 21,57, 58, 60, 62, 174. ve 175. maddelerinde ayrıntılarıyla belirtilmişti bkz. Akgündüz, "Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili", s. 11; Ahmet Akgündüz, "1274-1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları Tatbik Şekli ve Men'i İrtikâb Kanunnamesi", *Bellekten*, Cilt 51, Sayı 199, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1987, s. 171, 172.

⁵⁷ Avcı, a.g.m., s. 142, 143.

⁵⁸ BOA, *İradeler Meclis-i Vâlâ (İ.MVL)*, nr. 7/104, 05/C/1256; BOA, *Sadaret Mühimme Kalemi Evrakı (A.MKT.MHM)*, nr. 3/94, 29/R/1264; Ayrıca eşkiyalık, yol kesme gibi hadiselere karışmış olanların yedi yıl kürek cezasına ve ceza infaz edildikten sonra da münasip başka bölgelere iskan edilmeleri kararına varılmaktaydı bkz. BOA, *Sadaret Amedi Kalemi Evrakı (A.MKT.AMD)*, nr. 28/37, 29/S/1267; Diğer taraftan XIX. yüzyılda diyeti alınmak ve mağdurlara ödenmek suretiyle kısas cezalarının küreğe çevrilmesi, bir ceza infaz usulü

Tanzimat Dönemi'nde ceza kanunlarında belirtilen kürek cezaları, suçun türüne göre müebbet (süresiz) ve muvakkat (sürelili) kürek şeklinde değişiklik göstermiş ve bu cezaya tabi tutulan hükümlüler, Tersane-i Amire'ye sevk edilmişlerdir. Nitekim bu dönemde Tersane-i Amire, önemli bir kürek merkezi olarak dikkati çekmiş ve 1864 yılında Tersane-i Amire'de tutuklular dışında toplam 683 kürek hükümlüsünün bulunduğu tespit edilmiştir. Bunların da 652'sinin muvakkat (sürelili) kürek cezasına tabi tutulanlar, 31'inin de müebbet kürek cezasına tabi tutulanlar oluşturmuştur.⁵⁹ Kürek cezasına mahkûm edilen hükümlülerin Tersane-i Amire'de toplanması ise bazı sorunları beraberinde getirmiştir. Bunların başında, Tersane-i Amire'nin işgücü kapasitesinin yetersizliğinden dolayı arzu edilen seviyede kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının uygulanamamasıdır.⁶⁰ Çeşitli arşiv kaynaklarından elde edilen bilgilere göre bu durum karşısında müracaat edilen başlıca çözüm yöntemi, kürek cezasına mahkûm edilen hükümlülerinin ayaklarına pranga takılmak suretiyle bunların maden ocaklarında, inşaat ve tamirat işlerinde, şehirlerin temizlik ve altyapı gibi işlerinde zorunlu çalışmaya tabi tutulmalarıdır.

Osmanlı Devleti'nde bir kişiye kürek cezası mahkûmiyeti verildiğinde hükümlülerin çalıştığı işteki emeklerine karşılık kısmi de olsa bir ücret takdir edilmiştir. Ödenen ücret, önceleri hükümlülere yapılan masraflara karşılık hükümet tarafından alınmıştır.⁶¹ Sonraları ise Fransız ceza kanunlarında yapılan değişiklikler dikkate alınarak ücretlerin suçlulara verilmesi yolunda bir kanaat hâsıl olmuştur. Ancak hükümlülerin çalışmasından elde ettikleri miktarın hepsinin mahkûmiyet süreleri devam ederken verilmemesine dikkat edilerek hapisanelerin rahat yaşanılan bir yere çevrilmemesi için hak edilen ücretler tahliye sırasında ödenmiştir.⁶²

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat süreciyle mevzuatta yerini alan başka bir kamuya yararlı işte çalıştırma türü de pranga cezasıdır. Bu ceza, hükümlüyü sadece prangaya vurmaktan değil, bunun yanı sıra taşrada çeşitli kamu yararı amacı taşıyan ağır ve meşakkatli işlerde çalıştırma anlamına da gelmiştir. Ayrıca pranga cezası, kürek cezasına göre daha hafif bir ceza olup genellikle buna hükmedilenler, hapisane dışındaki kamuya yararlı işlerde istihdam edilmişlerdir.⁶³ Özellikle kürek veya pranga cezası kapsamında verilen bu yaptırımlar, devlet için stratejik görülen ve işgücü açığı ileri düzeyde olan

hâline gelmişti bkz. BOA, *Sadaret Meclis-i Vâlâ (A.MKT.MVL)*, nr. 55/88, 16/Za/1268.

⁵⁹ BOA, *A.MKT.MHM*, nr. 312/74, 21/R/1281; Yıldız, *a.g.e.*, s. 259.

⁶⁰ BOA, *Meclis-i Vâlâ (MVL)*, nr. 502/28, 07/R/1283.

⁶¹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 400.

⁶² Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987, s. 56.

⁶³ BOA, *A.MKT.MHM*, nr. 304/21, 21/M /1281.

madencilik, bayındırlık, temizlik, imalat sanayisi ve tarım sektörlerinde hazır bir işgücü kaynağı vazifesi görmeye başlamışlardır.

Tanzimat Dönemi'nde kamu yararı amacı taşıyan işlerin başında madencilik sektörü gelmiştir. Bu sektör, Osmanlı Devleti'nde askerî ve sivil ihtiyaçlara cevap vermeye çalışan oldukça stratejik bir üretim alanı olarak değerlendirilmiştir. Devletin üzerinde ehemmiyetle durduğu bu alan, bir taraftan ordunun gücüne diğer taraftan da halkın refahına katkı sağlamıştır. Devlet için önemli olan bu sektörün en büyük sorununu ise işgücü oluşturmuştur. Gönüllü ve bazı vergi muafiyetleri yoluyla da sektörde yeterli işgücü sağlanamayınca kürek cezasına mahkûm edilen hükümlüler, devlet açısından önemli bir işgücü kaynağı olarak görülmüştür.

Osmanlı Klasik Dönemi'nde olduğu gibi Tanzimat Dönemi'ndeki ceza kanunlarında kürek mahkûmiyeti, ağır cezalar içerisinde yer almıştır. Adam öldürme, gasp, hırsızlık gibi ağır suç işleyen hükümlüler bu dönemde kürek cezasına mahkûm edilerek zorunlu çalışma kapsamında madencilik sektöründe istihdam edilmeye başlamışlardır.⁶⁴ Ayrıca kürek hükümlülerinin yetersiz kaldığı zamanlarda ihtiyaçlar doğrultusunda, kürek cezasından daha hafif sayılabilecek pranga cezasına ve hatta kalebent cezasına mahkûm edilenler de yine madenlerde istihdam edilmişlerdir.⁶⁵ Hükümlülerin madenlerde zorunlu çalışma kapsamında istihdam edilmesi, bazı bölgelerdeki madenlerin işletilmesi açısından hayati derecede önem arz etmiştir. Bunlar içerisinde yer alan Ergani madenleri, hükümlü istihdamının en yoğun olduğu yerlerin başında gelmiştir.⁶⁶ Bölgeye ülkenin değişik yerlerinden hatta Balkanlar'dan ve Ege Adaları'ndan dahi kürek cezalıları gönderilmiş ve ağır sayılabilecek çalışma koşulları altında sürelerini tamamlamaya çalışmışlardır.⁶⁷

Osmanlı Devleti'nde kürek hükümlülerinin madencilik sektöründe istihdam edilmesi, bu sektörün amele işgücüne duyduğu acil ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır. Bundan dolayı devlet, madenlerde mahkûm istihdamını olanaklı hâle getirmiş ve bu uygulama Cumhuriyet Dönemi'yle de devam etmiştir.

Tanzimat Dönemi ceza kanunlarında kürek ve pranga cezalarının, mevzuatta yerini almasıyla hükümlüler, kamuya yararlı diğer işlerde de önemli bir işgücü kaynağı hâline gelmiştir. Bu kapsamda bir kamu hizmeti olan bayındırlık işleri

⁶⁴ BOA, *İ.MVL*, nr. 604/79, 25/N/1276; Meclis-i Vâlâ'nın onayına göre 1861 başlarında 300 mahkûmu alabilecek kapasitede 18 koğuşluk bir hapishanenin 117.000 kuruşluk bir bütçeyle Ergani'de inşasına onay verilmişti bkz. BOA, *A.MKT.MVL*, nr. 124/28, 22/Ca/1277.

⁶⁵ BOA, *İ.MVL*, nr. 609/60, 22/L/1277.

⁶⁶ BOA, Sadaret Mektûbi Umûmi (*A.MKT.UM*), nr. 498/70, 05/Ra/1278; BOA, *A.MKT.MHM*, nr. 472/26, 21/Za/1290.

⁶⁷ BOA, *İ.MVL*, nr. 610/3, 17/L/1277; BOA, *Dahili Mektubat (DH. MKT)*, nr. 1480/28, 11/Ca/1305.

de hükümlülerin çalıştırıldığı başlıca işler kategorisinde yer almıştır. Bilhassa 1860'lı yılların başlarından itibaren altyapı yatırımlarının artmasıyla işgücüne duyulan ihtiyaç çerçevesinde hükümlüler; yol, köprü, kaldırım bakımı, onarımı ve kamu inşaatları gibi oldukça geniş sahayı içine alan bayındırlık faaliyetlerinde prangalı olarak toplu şekilde çalıştırılmışlardır.⁶⁸ Devam eden süreçte, kamuya yararlı bayındırlık işlerinde hükümlülerden yararlanılması, XX. yüzyılın başlarında serseri nizamnamesinin yürürlüğe girmesiyle daha da önem kazanmıştır. Nitekim 1909 tarihli "Serseri ve Mazanne-i Sû Eşhas Hakkında Kanun", İstanbul'da iki aydan beri bir işte çalışmamış ve çalışabilecek güç ve kuvvette olmasına rağmen herhangi bir işte çalışma azmi de olmayan serseriler ile dilenciler ve hapisane kaçkınları gibi toplum için tehdit oluşturan kişilere, mahkeme kararıyla zorunlu çalışma yükümlülüğünü getirmiştir.⁶⁹

Osmanlı Devleti'nde işgücü açığını kapatmak için serserilerden bazı bayındırlık işlerinde istihdam edilmelerinden sonra kamuya yararlı diğer işlerde hükümlü emeğine daha sık müracaat edilmiştir. Özellikle 1913 yılından itibaren artık hapisanedeki hükümlüler, gerek hapisane içinde kurulan imalathanelerde gerekse hapisane dışındaki bayındırlık ve temizlik gibi işlerde istihdam edilmeye başlamışlardır.⁷⁰ Hapisane dışındaki imar, inşaa ve temizlik faaliyetlerinde istihdam edilecek olanlarda ise devlet tarafından oldukça dikkatli davranılmaya çalışılmış ve belli şartlar aranmıştır. Bunların başında, işlenmiş olan suçun ağır derecede bir cezayı gerektirecek düzeyde olmaması ve hükümlünün davranışlarında iyi ahlaklı, günümüzdeki tabirle iyi hâlli olduğuna dair bir kanaatin hasıl olması gelmiştir. Bu temel şartları taşıyan hükümlüler, belediye ve hükümete ait inşaat işlerinde başlarına bir memur tayin edilmek ve geceleri de tekrar hapisaneye sevk edilmek suretiyle, belirli bir ücret karşılığında istihdam edilmişlerdir.⁷¹

Tanzimat süreciyle birlikte hükümlülerin kamuya yararlı işlerde istihdam edildiği alanlardan bir diğerini de temizlik işleri oluşturmuştur. Tanzimat sürecinden önceki dönemlerde işgücü ihtiyacına rağmen istisnai örnekler dışında fazla yaygınlık kazanmayan kamuya yararlı temizlik işlerinde hükümlü istihdamına, XIX. yüzyılda daha sık müracaat edilmiştir. Bunda belediye teşkilatının hayata geçirilmesinin yanı sıra Tanzimat süreciyle birlikte ceza kanunlarında yerini alan pranga cezalarının da payı bulunmaktadır.⁷² Nitekim ceza kanunlarına göre verilen kararlarda bilhassa bu dönemde, hükümlülerin

⁶⁸ BOA, A.MKT.UM, nr. 512/30, 28/R/1278; BOA, A MKT MHM, nr. 304/21, 21/M /1281.

⁶⁹ Nadir Özbek, "İkinci Meşrutiyet İstanbul'unda Serseriler ve Dilenciler," *Toplumsal Tarih*, Cilt. 11, Sayı 64, Nisan 1999, s. 34; BOA, *İradeler Kanun ve Nizamat (İ. KAN)*, nr. 5/1327, 19/R/1327.

⁷⁰ BOA, *Dâhiliye Nezareti Mebani-i Emiriye Hapishaneler Müdüriyeti Mütferrik Evrakı (DH. MB. HPS. M)*, nr. 50/14, 12/ L/1331.

⁷¹ BOA, *Dâhiliye Nezareti Mebani-i Emiriye Hapishaneler Müdüriyeti (DH. MB. HPS)*, nr. 71/59, 8/Ra/1335.

⁷² BOA, *Cevdet Askeriye (C. AS)*, Nr. 454/18940, 03/M/1255; BOA, A.MKT.MVL, nr. 2/94, 19/L/1262; BOA, *İ.MVL*, nr. 36/14, 11/C/1263; BOA, A.MKT.MVL, nr. 10/15, 14/L/1264; BOA, *Dâhili Mektubat (DH. MKT)*, nr. 1653/106, 07/M /1307.

prangaya vurularak “süflî” veya kararlarda sıkça zikredildiği gibi “hidemât-ı süflî” adı altında çöpçülük, süprüntücülük gibi şehrin temizlik işlerinde istihdam edilmeleri belirgin bir hâl almaya başlamıştır.⁷³ Hükümlülerin “süflî” işlerde istihdam edilmesi, sadece belediyelerin yetki alanındaki temizlik işleri ile sınırlı kalmamıştır. Hatta devletin ihtiyaçları doğrultusunda hükümlüler özellikle seraskerlik, zaptiye ve baruthane gibi askerî ve asayiş birimlerindeki süflî işlerde istihdam edilmişlerdir.⁷⁴

Osmanlı Devleti’nde XIX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaygın bir uygulama alanına sahip olan temizlik işlerinde hükümlü istihdamı uygulaması, XX. yüzyılın başlarından itibaren serseri nizamnamesinin hayata geçirilmesiyle daha da işlerlik kazanmıştır. Bu nizamnameyle artık serserilikten hüküm giyenler, bayındırlık işleri yanında kamuya yararlı temizlik işlerinde de istihdam edilmişlerdir.⁷⁵

Tanzimat süreciyle birlikte hükümlülerin kamuya yararlı işlerde istihdam edilmeye başladığı alanlar içerisinde imalat sanayisi de bulunmaktadır. Osmanlı Devleti’nde halkın ve devletin ihtiyaçlarının karşılanması açısından sanayi sektörünün önemini farkında olan devlet tarafından ilk önce, hapishanelerde çeşitli meslek atölyelerinin kurulması teşvik edilmiştir. Atölyeler kurulduktan sonra da hapishanelerdeki hükümlüler, bir mesleki eğitim sürecine tabi tutulmuşlardır.⁷⁶ Hapishanelerin içinde hükümlülerin çalışması, 1880 tarihli hapishanelerin idaresiyle ilgili yasal düzenlemeyle hükümlülerin dışarı çıktıktan sonra değerlendirebilecekleri bir meslek ve sanat öğrenmelerine mahsus olmuş, ancak istisnalar dışında hükümlülerin hapishane içindeki bu üretim sürecine katılımları rızalarına bırakılmayarak mecburi tutulmuştur. Hükümlülerin çalışmalarının zorunlu tutulması, ücretsiz bir şekilde, yani angarya olarak gerçekleştirilmemiş, belirli bir gelir elde etmelerine de imkân sağlanmıştır.⁷⁷ Hapishanelerde bir mesleki eğitimden geçen hükümlülerin üretmiş oldukları çeşitli alet edevat ile tekstil ürünleri özellikle savaş ve olağanüstü dönemlerde orduya önemli destek sağlamıştır.⁷⁸

⁷³ Süflî işler kelime olarak tortuya döküntüye ait anlamına gelmektedir. Hidemât-ı süfliyye ise çöpçülük ve süprüntücülük olarak ifade edilmektedir bkz. Develioğlu, *a.g.e.*, s. 1291; BOA, *Cevdet Zabtiye (C.ZB)*, nr. 52/2583, 29/S/1257; BOA, *A.MKT. MVL*, nr. 75/16, 17/M/1272; BOA, *A. MKT*, nr. 101/67, 03/Z/1263; BOA, *A.MKT.MVL*, nr. 10/28, 23/L/1264; BOA, *Cevdet Adliye (C.ADL)*, nr. 96/5755, 27/B/1261.

⁷⁴ BOA, *Cevdet Askeriye (C.AS)*, nr. 548/22995, 06/Za/1252; BOA, *Cevdet Zabtiye (C.ZB)*, nr. 48/2371, 08/S/1263.

⁷⁵ BOA, *Dâhiliye Emniyet- i Umumiye Tahrirat Kalemi Evrakı (DH. EUM. THR)*, nr. 93/19, 25/Za/1327.

⁷⁶ BOA, *DH.MKT*, Nr. 1366/142, 22/Z/1303; BOA, *Dâhiliye Mebani-i Emiriye Hapishaneler Müdüriyeti (DH.MB.HPS)*, nr. 5/10, 22/Za/1331.

⁷⁷ Kadir Yıldırım, *Osmanlı Çalışma Hayatında İşçi Örgütlenmesi ve İşçi Hareketlerinin Gelişimi (1870-1922)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 68

⁷⁸ BOA, *Sadaret Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO)*, nr. 2279/17090, 04/Z/1321; BOA, *BEO*, nr. 3064/229797, 15/R/1325.

Osmanlı Devleti'nde hükümlü işgücünde yararlanan bir diğer alanı da tarım sektörü oluşturmuştur. Ülkede toprak bolluğuna karşı genel anlamda işgücü yetersizliği yaşandığı, bir gerçektir. Bu işgücü yetersizliğinden en fazla etkilenen yerler içerisinde devlet çiftlikleri, padişah çiftlikleri ve kamu yararına hizmet üreten kuruluşlar olan vakıflara ait çiftlikler başta gelmiştir. Devlete, padişaha ve vakıflara ait tarımsal işletmeler, oldukça büyük işletmelerdir ve buralarda özellikle hasat zamanlarında yeterince işgücü temin edilememesi halkın ve devletin tüketiminin karşılanmasında aksaklıklara yol açma riski taşımıştır.

Osmanlı Devleti'nde hükümlülerin tarımsal işlerde sistemli şekilde istihdam edilmesine 1911 yılında hapishanelerde sanayi uygulamasının yaygınlaştırılmasından sonra başlanabildiği görülmüştür. Bilhassa hapishane alanlarında imalat sanayisi uygulamalarının başarı göstermesinden sonra sanayinin yanında ziraatın da tatbik olunabileceği anlaşılmış, açık cezaevi modeli çerçevesinde tarım uygulamasına geçilmiştir.⁷⁹ Hükümlülerin tarımsal işlerde istihdamını gerekli kılan başka bir gelişme de I. Dünya Savaşı koşullarıdır. Savaşın başlamasıyla birlikte ciddi anlamda erkek işgücü açığı ortaya çıkmış, bu da diğer işlerde olduğu gibi tarımsal işlerde aksama meydana getirmiştir. Bilhassa mevsimlik işgücü sorunu karşısında, daha önce hapishanelere bağlı tarımsal işletmelerde elde edilen üretim ve kazançlar dikkate alınarak hükümlülerden mevsimlik işgücü olarak yararlanılabileceği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda 1918 yılında gerekli inzibat tedbirleri alınmak ve çalıştıkları süreler mahkûmiyetlerinden düşülmek suretiyle hafif suçlardan mahkûmiyeti olan hükümlüler, hasat ve harman işlerinde çalıştırılmak üzere tahliye edilmişlerdir.⁸⁰ Bu süreçte hapishanelerde tahliye edilen hafif suçlu hükümlüler, devletin organizasyonu çerçevesinde işgücü açığı ileri derecede olan, bilhassa vakıflara ait işletmeler ile devlet çiftliklerine veya savaş esnasında orduya iâşe gönderecek yerlere sevk edilmiş ve hükümlüler, mevsimlik işçi olarak kamuya yararlı tarımsal işlerde istihdam edilmişlerdir.⁸¹

Tanzimat Dönemi'yle başlayan değişim ve dönüşüm süreciyle beraber işgücü sorununa bir çözüm amacıyla özellikle kürek ve pranga cezasına mahkûm edilen hükümlülerden istifade edilmesi, işgücü sorununa belli ölçülerde çözüm getirmiştir. Kamuya yararlı çeşitli işlerde çalıştırma yaptırımlarında edinilen bu tecrübeler daha sonra belli alanlarda Cumhuriyet Dönemi ile devam etmiştir.

⁷⁹ BOA, DH. MB. HPS, nr. 35/3, 29/Ca/1330.

⁸⁰ BOA., DH. MB. HPS, nr. 97/15, 16/N/1336; BOA, Meclis-i Vâlâ (MVL), nr. 212/69, 07/N/1336.

⁸¹ BOA, DH. MB. HPS, nr. 28/99, 28/Ş/1336.

4.2. Cumhuriyet Dönemi'nden Günümüze Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı

4.2.1. Cumhuriyet Dönemi'nden 2005 Yılına Kadar

Cumhuriyet Dönemi, kanunlaştırma hareketlerinin yoğun yaşandığı bir dönemi kapsamaktadır. Bu dönemde Batı hukuk sisteminden aktarılan hususlar dikkate alınarak yapılan kanunlaştırma hareketleri, Tanzimat'la başlayan Batılılaşma hareketlerinin bir devamı olarak dikkati çekmiş olup yeni kurulan cumhuriyetle birlikte bu aktarımlar büyük bir ivme kazanmıştır.

Cumhuriyetin ilanıla başlayan bu dönemde Batı hukuk sisteminden aktarılan kanunlardan ilki 1926 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, ikincisi 1889 tarihli İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanunu'dur. Bu Kanun'la İtalya doktrinine ait unsurlar, Türk Ceza Kanunu'na aktarılarak 1926 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu olarak yürürlüğe girmiştir.⁸² Bilindiği gibi bu Kanun, süreç içerisindeki çeşitli değişikliklerle birlikte 2005 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

13 Mart 1926 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok yaptırımı düzenlemiş olmakla birlikte 22. maddesinde kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımına da yer vermiştir.⁸³ Bu kapsamda Kanun'un 22. maddesi, hafif hapis cezasını gerektiren suçlardan hüküm alanların imalat, bayındırlık ve temizlik gibi işlerde çalıştırılabileceğini düzenlemiştir. Ayrıca aynı Kanun'un 19. maddesinde para cezasının ödenmemesi hâlinde de bu cezanın kamu yararı amacı taşıyan imalat, bayındırlık ve belediye işlerinde çalıştırılarak yerine getirilebileceği belirtilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesindeki kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı hükümlerinin tatbiki ise Meriyet Kanunu'nun 7. maddesinde yer bulmaktadır. Buna göre *"mahkûmun çalıştırılacağı hizmetleri savcı, ait olduğu dairelerle kararlaştıracak, mahkûm belirlenen günde gelmez ise cezaevine sevk edilecek, mahkûmun çalıştırılmasına karşılık iş gördüren daireden hükümete ait olmak üzere alınacak ücret miktarı bir talimatname ile belirlenecek, bu ücretten mahsup olunmak üzere mahkûmun çalıştığı günlere ait işesi çalıştırılan dairece temin edilecektir"* denilmektedir.⁸⁴

⁸² Durmuş Tezcan, "Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, s. 365-366.

⁸³ "Madde 22: Kanun'un tayin ettiği ahvalde hafif hapis cezası bazı imalathanelerde veya nafıa ve belediye işlerinde kullanılmak suretiyle de icra ettirilebilir. Eğer mahkûm cezanın icrası için hazır bulunmaz veya hizmetten kaçınırsa hafif hapis cezası alelusul mevkii mahsusunda ikmal ettirilir" bkz. 13/03/1926 Tarih ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁸⁴ Tahir Taner, *Ceza Hukuku (Umumi Kısım)*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 434, İstanbul 1949, s. 608.

Cumhuriyet Dönemi'nde mevzuatta yapılan bu tür düzenlemeler çerçevesinde birçok kurumda hükümlüler, kamuya yararlı çeşitli işlerde istihdam edilmişlerdir. Hükümlüler, en fazla madencilik kesiminde istihdam edilmekle birlikte sayı ve oranları kuruluşlar arasında farklılaşmıştır. Örneğin, Eti Bank Garp Linyitleri İşletmesi'nde hükümlü işçiler 1944 yılında 4.552 işçiden 672'sini (%14.8), 1947'de 3.916 işçiden 1.018'ini (%26), 1948'de ise 4.506 işçiden 1.309'unu (%29) oluşturuyordu. Daha az oranda olmakla birlikte, madencilik dışındaki iktisadi faaliyet alanlarında da hükümlü işçi çalıştırılmıştır. Nitekim 1943 yılı itibariyle Sümerbank'ın toplam 31.703 işçisinden 994'ü (%3,14) hükümlü işçilerden oluşmuştur. Böylece madenlerle ilgili birçok kamu kuruluşunda mükellef işçiler yerine cüzi bir ücret karşılığı hükümlü işçi çalıştırılmasına 1950 yılındaki Genel Af Kanunu sonrasına kadar fiilen devam edilmiştir.⁸⁵

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili 22. maddesine dayanılarak madenler başta olmak üzere birçok kamu kurumunda hükümlüler, kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımına tabi tutulmuş olsa da bu Kanun'un 22. maddesinde bazı muğlak noktalar bulunmaktadır. Bu da muhtemelen kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı karar sayısının olması gerekenden daha düşük kalmasına yol açmıştır. Nitekim 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımını düzenleyen 22. maddesine göre hâkimin hafif hapis cezası yerine çalıştırma cezasına hangi suçlarda hükmedebileceğini Kanun'un belirtmesi gerekmektedir. Hâlbuki iktibas edilen eski İtalya Ceza Kanunu'nda bu yaptırım aynı maddede, dilencilik ve sarhoşluk suçları için düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun aynı maddesinde özel hüküm olarak yer almamıştır.⁸⁶ Buna karşın 765 Sayılı

⁸⁵ Bilhassa iş mükellefiyetleri veya zorunlu çalışma olarak ifade edilen bir yöre halkının oradaki kamuya yararlı bir işi yapmakla mükellef kılınması uygulamasında zaman içinde gözlenen verimsizlik ve işgücü açığı, bu açığın hükümlülerce karşılanmasını doğurmuştur. Cumhuriyet Dönemi'nde hükümlülerin çalıştırılabileceği alanların başında Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi madencilik sahası gelmiş ve iş mükellefiyetlerinde yaşanan sorunlar, 1937 yılından itibaren madenlerde mahkûm istihdamının giderek yaygınlaşması üzerinde etken olmuştur. Diğer taraftan alınan ücretler incelendiğinde, iş mükellefiyetine tabi tutulan işçiler ile hükümlü işçilerin aldıkları ücretler, serbest işçilerin günlüklerinin %35 ile %40'ı arasında değişmektedir. Örneğin Eti Bank ve Değirmisaz maden işletmelerinde serbest işçilere ödenen günlük yevmiye ücretleri 227-278 kuruş arasında değişirken iş mükellefiyetine tabi tutulanlar ile hükümlülere ödenen günlük yevmiye ücretleri 88-106 kuruş arasındadır. bkz. Ahmet Makal, "Zonguldak ve Türkiye Toplumsal Tarihinin Acı Bir Deneyimi Olarak "İş Mükellefiyeti"', *Zonguldak Kent Tarihi Bienali Bildiriler Kitabı*, İstanbul 2006, s. 80-88.

⁸⁶ 1889 Tarihli Zanardelli Ceza Kanunu, 1930 yılında Rocco Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle "eski" İtalyan Ceza Kanunu olarak anılmaktadır. Abdullah Pulat Gözübüyük, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Cilt 1, Genişletilmiş 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1961, s. 263-264.

Türk Ceza Kanunu'nda dilencilerin kamuya yararlı bir işte çalışması 544. maddede düzenlenmiştir. Ancak bu madde içerikleri itibarıyla 22. maddeden tamamen farklıdır. Nitekim 544. madde; “Her kim iş işlemeye salih olduğu hâlde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar idare-i hususiye ve belediye işlerinde boğaz tokluğuna çalıştırılır, tekerrürü hâlinde çalışma müddeti on beş günden iki aya kadardır” şeklindeyken, 09/07/1953 tarihinde 6123/1 maddede yapılan değişiklikle; “Her kim, çalışmaya muktedir olduğu hâlde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır, tekerrürü hâlinde hafif hapis cezası bir aydan aşağı olamaz” şeklinde değiştirilerek bu yaptırım, kamu yararına çalışma cezasından çıkarılarak hapis cezasına dönüştürülmüştür.⁸⁷

1950 sonrasında kamu yararına çalışma yaptırımında mevzuatta yaşanan başka bir değişimi de Serseri Nizamnamesi'nin yürürlükten kaldırılması oluşturmuştur. Bu kanun nizamnamesi, 26 Nisan 1909 tarihinde “Serseri ve Mazanna-i Sui Eşhas Hakkındaki Kanun” adı altında Meclisi Mebusan tarafından kabul edilerek yıllarca uygulanmıştır. Bu Kanuna göre serseriliği sabit olanlar, kamuya faydalı belediye ya da kamu kuruluşlarının birinde iki aydan dört aya kadar vazifelendirilmişlerdi. Vazifelendirme, belirlenen ücretin yarısının istihdam eden idare tarafından verilmesi şartıyla o belde dâhilinde veya civarında serserinin çalıştırılmasından ibaretti. Ancak yatacak yeri olmayanlara idare tarafından yatacak bir yer gösterilecek ve bu takdirde serseriye ücreti yalnız üçte biri ödenecekti. Söz konusu bu Kanun uzun süre yürürlükte kalmış, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen 11/07/1963 tarihli ve 272 Sayılı Kanun'la yine bu dönemde yürürlükten kaldırılmıştır.⁸⁸

1960'lı yıllarda yürürlükten kaldırılan başka bir kanun maddesi de 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesidir. Bunun yerine 13/07/1965 tarih ve 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddesi getirilmiştir. 647 Sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine suçlunun kişiliğine, sair hâllerine ve suçun işlenilmesindeki özelliklere göre mahkemece altı ayı geçmemek üzere devlet, belediye hizmetlerinde, iktisadi devlet teşekküllerinde hükümlülerin çalıştırmaya tabi tutulabileceği belirtilmiştir.⁸⁹ Ancak bu düzenleme de uzun ömürlü olmamış, 647 Sayılı Kanun'un 4. maddesi 03/05/1973 tarih ve 1712 Sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Gerekçe olarak da bunun uygulamada güçlükler doğurduğu ve

⁸⁷ Hakan Yavuz, *Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, s. 160; Ayrıca 13/03/1926 Tarih ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁸⁸ Oğuz Peker, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Yaptırımı ve 99. Yıldönümü”, *Denetimli Serbestlik Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı E-Bülteni*, Ankara Mayıs 2008, s. 15.

⁸⁹ 13/07/1965 Tarih ve 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun.

düzenlemenin layığıyla uygulanamadığı savunulmuştur.⁹⁰

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve diğer ilgili kanunlarda süreç içerisinde yapılan bu değişiklikler, doğal olarak kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımlarının belirtilen dönemlerde düşük seviyelerde kalmasına yol açmıştır. Bu durum aşağıdaki tablodan da görülmektedir.

Tablo 1

1948-1960 Yılları Arasında Kamuya Yararlı İşlerde Çalışan Hükümlü Sayıları

| Yıllar | Çalışan Hükümlü Sayısı | Yıllar | Çalışan Hükümlü Sayısı |
|--------|------------------------|---------------|------------------------|
| 1948 | 48 | 1955 | 14 |
| 1949 | 59 | 1956 | 19 |
| 1950 | 59 | 1957 | 14 |
| 1951 | 67 | 1958 | 7 |
| 1952 | 115 | 1959 | 23 |
| 1953 | 75 | 1960 | 352 |
| 1954 | 22 | Toplam | 874 |

Kaynak: Saadet Kamer, *Denetimli Serbestlik Müessesesi İçinde Kamu Yararına Çalışma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2012, s. 139.

Kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımının 1970'lerden sonraki sürecinde de yine aynı şekilde Türkiye açısından fazla bir ilerleme kaydedilememiştir. Nihayet 2005 yılında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu yaptırım, mevzuatımızda denetimli serbestlik müdürlüklerinin uhdesine verilerek kurumsal bir kimlik kazanarak işgücü piyasasına belli ölçülerde katkı sağlamaya başlamıştır.

4.2.2. 2005 Yılından Günümüze Kadar

Türkiye'de kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı her ne kadar aynı isim altında olmasa da Osmanlı Devleti'nden beri uygulanagelen bir yaptırım türü olarak dikkati çekmiştir. Bu yaptırım, 2006 yılında denetimli serbestlik müdürlüklerinin faaliyete geçmesiyle yaygın bir uygulama alanına kavuşmuş ve günümüze gelinen süreçte, 2005 yılında Türk Ceza Kanunu ve ilgili diğer kanunların ve devamındaki süreçte ise 2012 yılında şartla tahliye yasasının yürürlüğe girmesiyle önemli gelişmeler kaydetmiştir.

⁹⁰ Kayhan İçel, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi", *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu* (22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s. 331.

4.2.2.1. 2005-2012 Yılları Arasındaki Süreç

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren yeni ceza infaz yasalarıyla birlikte kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, adli sistem içerisinde ücretsiz ve ücretli çalıştırma şeklinde düzenlenmiş ve 20/07/2005 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Kanunu’nun 14/4 maddesiyle kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı kararlarının infazı, yeni kurulan denetimli serbestlik müdürlüklerine bırakılmıştır.⁹¹

Ceza kanunlarında ücretsiz ve ücretli olarak iki farklı şekilde yer bulan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı içerisinde önemli bir ağırlığa sahip olan ücretsiz çalıştırma yaptırımı da iki farklı kanunda geçmektedir. Bunlardan birincisi; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50’inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi gereğince kısa süreli hapis cezasına seçenек tedbir olarak,⁹² ikincisi ise; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 105’inci maddesinin 4. fıkrası gereğince; *“iki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya kanuni temsilcilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını ücretsiz olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaları”* şeklinde düzenlenmiştir.⁹³

Mahkeme tarafından kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımına hükmedilebilmesi için bazı koşullar gerekmektedir. Bunların başında, kişinin rızasının alınması ve kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olmasıdır. Kişinin çalışmayı istememesi ve gönüllü olmaması durumunda ise hapis cezasının kamuya yararlı işlerde çalıştırma seçenек yaptırımına çevrilmesi mümkün değildir. Ayrıca genel olarak verilecek hapis cezasının seçenек yaptırımı çevrilmesi isteminin, kamuya yararlı işte çalışma konusunda sanığın gönüllü olduğunun kabulü noktasında yeterli olmadığı da kabul edilmektedir. Onun için sanığın kamuya yararlı bir işte çalışmaya rıza gösterip göstermediği ile kamuya yararlı hangi iş kollarında çalışabileceğinin bilinmesi gerekmektedir.⁹⁴ Bunun

⁹¹ 03/07/2005 Tarih ve 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu.

⁹² 12/10/2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 50 1(f) maddesinde: “Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir” denilmektedir.

⁹³ 13/12/2004 Tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun.

⁹⁴ Muharrem Özen, “Yargı Kararları Işığında Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma”, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Uluslararası Yaklaşımlar)*, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı 08-10 Aralık 2015 İstanbul, s. 32-33.

için de denetimli serbestlik müdürlüklerinin, ilgili kamu kurum ve kuruluşlar ile yaptıkları protokollere dayanarak hazırladıkları çalışmaları, “hizmetler listesi” adı altında yılın belli bir zamanında mahkemelere bildirmeleri gerekmektedir.⁹⁵

Kamu yararına ücretsiz çalıştırma yaptırımındaki gönüllülük meselesi her ne kadar 1982 Anayasası’nın 18/2. maddesinde ifade edildiği üzere; “*kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük ve tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar zorla çalıştırma sayılmaz*”⁹⁶ şeklinde belirtilmiş olmasına rağmen uygulamada ayrıca bir gönüllülük şartı aranması bir tartışma konusu olsa da cezadan beklenen faydanın elde edilebilmesi ve kişinin iradesinin dikkate alınması açısından gönüllüğe önem verilmesi, yaptırımın başarı şansını da kanaatimize göre artırmaktadır.

Ceza mevzuatında kamu yararına ücretsiz çalıştırmaya oldukça ehemmiyet atfedilirken bu dönemde ücretli çalışmayla da ilgili çeşitli yasal düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Bunlardan birincisi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 51/4 (b) maddesi gereğince cezası ertelenen hükümlünün bir meslek veya sanat sahibi olabilmesine yönelik deneme süresi içerisinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasını içermektedir. İkincisi, ücretli çalıştırma yaptırımı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nun 231. maddesinin 8. fıkrasının (b) bendi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde kişinin sanat ve meslek sahibi edindirilmesine yönelik uygulamadır. Üçüncüsü de yine sanat ve meslek edindirmeye yönelik olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 107/7. maddesinde düzenlenmiştir.⁹⁷ Ancak her ne kadar ücretli çalışmaya ilişkin yasal düzenlemeler yapılmış olsa da belli bir ücret karşılığı hükümlü ve sanıkların istihdam edilmesinde işverenlerin olumsuz yaklaşımları ve denetimli serbestlik müdürlüklerinin de bundan dolayı yaptırımı uygulamada yaşadığı güçlükler, mahkemelerin ücretli olarak kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı yönünde karar vermelerini olumsuz etkilemektedir.

⁹⁵ 18/4/2007 Tarih ve 26497 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Kuruma Kurulları Yönetmeliğinin 55. maddesine göre “*hizmetler listesi; şube müdürlüğü veya büroca hazırlanan, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu yararına hizmet üreten kurumların, hükümlülerin hangi işlerde ne kadar süreyle çalıştırabileceklerine dair bilgilerin bulunduğu, ücretsiz çalışma yaptırımına dair kurumlar listesindeki bilgiler doğrultusunda hazırlanan listedir. Hizmetler listesinde yapılacak işin türü ve işin sürekli veya dönemlik olması gibi bilgiler yer alır*” şeklinde düzenlenmiştir. Uygulamada hizmetler listesi; temizlik, çevre düzenlemesi, büro hizmetleri ve bakım-onarım hizmet gruplarından oluşan kontenjanları içermektedir.

⁹⁶ 18/10/1982 Tarihli 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

⁹⁷ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun; 17/12/2004 Tarih ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

Netice itibarıyla bu dönemde mevzuatta yerini tekrar almasıyla Osmanlı Dönemi'nden beri çeşitli hizmet gruplarında uygulanagelen kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı, 2006 yılından itibaren yapılan yasal düzenlemelerle birlikte eski önemini kazanmaya başlamış olup bu durum aşağıdaki tablodan da izlenebilmektedir.

Tablo 2

2006-2011 Yılları Arasında Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Verilen Hükümlü Sayısı ile Denetimli Serbestlik Karar Sayısı ve Oranları

| Yıllar | Denetimli Serbestlik Karar Sayısı | Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Sayısı | Denetimli Serbestlik Kararları İçerisinde Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Oranları* (%) |
|---------------|-----------------------------------|--|---|
| 2006 | 7.185 | 0 | 0 |
| 2007 | 21.072 | 30 | 0,15 |
| 2008 | 57.886 | 90 | 0,16 |
| 2009 | 77.928 | 75 | 0,1 |
| 2010 | 106.018 | 294 | 0,3 |
| 2011 | 130.405 | 505 | 0,4 |
| Toplam | 400.494 | 994 | 0,25 |

Kaynak: Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, *İstatistikler*, <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10 Şubat 2012.

* *Denetimli serbestlik kararları içerisinde kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı oranları, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı'nın internet sayfasındaki verilerinden hareketle hesaplanmıştır.*

Tablo 2'de de görüldüğü gibi kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımı sayıları, 1950'ler öncesinin altında gerçekleşmiş olmasına rağmen kurumsal ve mevzuat açısından altyapı oluşturulmasıyla, 2006 yılından itibaren çalışma yaptırımı karar sayılarında yıllar içerisinde düzenli bir artış eğilimi yaşandığı görülmüştür. Bu da 2011 sonrasındaki süreçte kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımının ceza infaz sisteminde daha da önem kazanacağına işaret etmiştir.

4.2.2.2. 2012-2016 Arasındaki Süreç

Ülkemizde geçmişten beri uygulanagelen kamuya yararlı işlerde çalışma yaptırımları, yasal ve kurumsal olarak 2012 yılından itibaren daha sistemli bir hâl almaya başlamıştır. Bu dönemde özellikle 05/04/2012 tarihinde ceza infaz mevzuatında yapılan değişiklik, hem denetimli serbestlik müdürlüklerinin fonksiyonlarının artmasına hem de kamuya yararlı işlerde çalışma

yaptırımlarının geçmiş dönemlere nazaran oldukça fazla artış kaydetmesine sebebiyet vermiştir.

11 Nisan 2012 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 05/04/2012 tarihli düzenlemeyle birlikte, daha önce 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un ücretsiz kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımını içeren 105/4 maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çerçevede 2006-2012 Nisan ayına kadar olan dönem dikkate alındığında, 105/4 maddesine göre ücretsiz kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı verilebilmesi çeşitli şartlara bağlı olduğundan bu madde kapsamında verilen kararların 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50/1 (f) maddesine göre verilen kamu yararına çalışma yaptırımı karar sayılarının altında seyrettiği görülmüştür. Bilhassa 5275 sayılı Kanun’un 105/4 maddesinin yürürlükten kaldırılarak yerine 105/A maddesinin eklenmesi, gerek denetimli serbestlik kurumunda gerekse kamu yararına ücretsiz çalıştırma yaptırımında önemli gelişmeleri beraberinde getirmiştir.

Kamu yararına ücretsiz çalışma yükümlülüğü, 07/03/2013 tarihli Denetimli Serbestlik Yönetmeliği’nde de ayrıntılı şekilde belirtilmektedir. Bu yönetmeliğin 84/1 maddesinde: “*Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma; hükümlünün kurallara uyma becerisi ve çalışma disiplini kazanmasını, başkalarının haklarına saygı göstermesini, zamanı planlamasını, bir meslek edinerek kendi işini kurmasını veya bir iş edinmesini amaçlayan, iyileştirme ve topluma kazandırmayı esas alan bir yükümlülüktür*”⁹⁸ şeklinde tanımlanarak bu yaptırımın hükümlünün cezalandırılmasından ziyade mesleki ve kişilik gelişimine katkı sağlamayı amaçladığı vurgulanmaktadır. Nitekim 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a 05/04/2012 tarihinde eklenen 105/A maddeyle birlikte; hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla koşullu salıverilmelerine 1 yıl ve daha az süre kalan hükümlülerden iyi hâlli olduğu tespit edilenlerin talepleri doğrultusunda infaz hâkimliklerinin kararıyla şarta bağlı tahliye edilebilecekleri belirtilmektedir. Şarta bağlı tahliye edildikten sonra 1 yıl ve altında kalan sürelerini denetimli serbestlik tedbiri adı altında geçirecekleri, denetimli serbestlik süresi içinde de denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından verilen karar doğrultusunda kamu yararına çalışma yaptırımına tabi tutulacakları ifade edilmektedir.⁹⁹

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. 05/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği.

⁹⁹ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a eklenen 05/04/2012 tarihli 105/A maddesi: “... a) Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçiren, b) Çocuk eğitim evinde toplam cezasının beşte birini tamamlayan, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına...karar verilebilir.” denilmektedir.

Kanuna eklenen bu maddeyle birlikte, daha öncekilerden farklı olarak ücretsiz olarak kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımında karar verme yetkisi mahkemeler yerine denetimli serbestlik müdürlüklerine bırakılmıştır. Nitekim 5275 Sayılı Kanun'un 105/A maddesinde: "...*(5) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar; a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması, b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması, c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi, d) Belirlenen programlara katılması, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilir. Hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir*" denilmektedir.¹⁰⁰ Yine yönetmeliğin 84/6 maddesinde kanundaki bu duruma atıf yapılarak, kararların uygulanmasında denetimli serbestlik müdürlükleri tam yetkili kılınmaktadır.¹⁰¹

05/03/2013 Tarihli Denetimli Serbestlik Yönetmeliği, ücretsiz olarak kamu yararına çalışma yaptırımına tabi hükümlülerin hangi şartlar altında ve nasıl çalıştırılacaklarını da bu yönetmeliğin 66. maddesinde düzenlemektedir. Buna göre dört saat çalışmanın bir gün sayılacağı, hükümlünün günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on dört, en çok kırk saat olarak çalıştırılacağı vurgulanmaktadır. Ayrıca bu madde kapsamında verilen denetimli serbestlik kararlarında hükümlünün, denetimli serbestlik altında geçireceği toplam sürenin üçte birini kamuya yararlı bir işte çalışmak suretiyle tamamlayacağı, çalışmasına engel sağlık, eğitim gibi bir sorunun bulunması veya bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştığını ya da kendi işini kurduğunu ve işlettiğini belgelendirmesi hâlinde bunun denetimli serbestlik müdürlüğünce değerlendirileceği, gerekirse ara verilebileceği ifade edilmektedir. Bu yaptırımın hükümlünün altmış yaş ve üstü, hayatını yalnız başına idame ettiremediği, doğumuna on hafta kalan bir hamile kadın olması hâlinde uygulanmayacağı yönetmeliğin 84. maddesinde ayrıntılı olarak belirtilmektedir.¹⁰² Denetimli serbestlik müdürlükleri de 05/03/2013 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren yeni yönetmelik doğrultusunda, iş birliği yapılan kurumlarda hükümlülerin belli süreliğine çalıştırılmaları suretiyle kamu yararına çalışma yaptırımının yerine

¹⁰⁰ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun.

¹⁰¹ 05/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği.

¹⁰² 05/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Yönetmeliği'nin 66. maddesi: "... (2) Kamu hizmeti cezası, kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluştaki yerine getirilir. Çalıştırılacak iş belirlenirken; hükümlünün iyileştirilmesi, kamuya verilen zararın ödetilmesi, hükümlünün becerileri, mağdurun ve toplumun güvenliği ve çalışmanın ceza niteliğinde olduğu dikkate alınır. Çalıştırılacak gün ve saatler, hükümlünün işi, aile yaşamı veya eğitimi dikkate alınarak belirlenir. (3) Kamu hizmeti cezasının infazında dört saat çalışma bir gün sayılır. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on dört, en çok kırk saat çalıştırılır. Kamu hizmeti cezasının infazı, toplam ceza süresinin iki katını geçemez..." denilmektedir.

getirilmesini sağlamaya çalışmaktadırlar. Bu çerçevede denetimli serbestlik kapsamında hükümlüler, ağırlıklı olarak temizlik ve çevre düzenleme işlerinde istihdam edilmektedirler.

Kamu yararına çalışma yaptırımı sayılarında artışa neden olan başka bir düzenleme de 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinde düzenlenen adli para cezalarının infazını kapsayan değişikliklerdir. Kanun, 18/06/2014 tarihinde 106/3 maddesindeki yeni düzenlemeyle birlikte ödenmeyen adli para cezalarının da denetimli serbestlik kapsamında kamu yararına çalışma yaptırımına dönüştürüleceği şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Kanun'un 106/3 maddesi: *"Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir"*¹⁰³ denilerek Kanun'un 105/A maddesinde kamu yararına çalışma yaptırımında muaf tutulabilecek hâller de kabul edilmeyerek, hükümlülerin bilfiil kamu yararına çalışmaları istenmektedir.

Denetimli serbestlik kapsamında kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının bu süreçte gelişimine etki eden yasal düzenlemelerden bir diğeri de 15/08/2016 tarihli ve 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kapsamında 5275 sayılı kanuna eklenen 6. maddedir. Nitekim KHK'ya eklenen bu maddeyle; 01/07/2016 tarihinden önce işlenen ve burada belirtilen belli suçlar dışında denetimli serbestlikten faydalanmak için şartla tahliye tarihine 1 yıl kalmış olma şartı bu KHK ile 2 yıla, cezaların ceza infaz kurumunda en az 2/3 lük oranında infaz edilme şartı da 1/2 olarak değiştirilmiştir.¹⁰⁴ Kanun'a eklenen bu geçici madde ise doğal olarak denetimli serbestlik kapsamında kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı kararlarının önemli ölçüde artış göstermesine sebebiyet vermiştir. Yapılan yasal değişikliklerin yansıması ise aşağıdaki tabloda rahatlıkla görülebilmektedir.

¹⁰³ 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. 15/08/2016 tarih ve 671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

Tablo 3

2012-2016 Yılları Arasında Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Verilen Hükümlü Sayısı ile Denetimli Serbestlik Karar Sayısı* ve Oranları

| Yıllar | Denetimli Serbestlik Karar Sayısı | Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Sayısı** | Denetimli Serbestlik Kararları İçerisinde Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı Oranları (%) |
|--------|-----------------------------------|--|--|
| 2012 | 161.471 | 15.003 | 9,3 |
| 2013 | 244.998 | 54.689 | 22,3 |
| 2014 | 289.082 | 96.155 | 33,3 |
| 2015 | 273.401 | 88.584 | 32,4 |
| 2016 | 402.772 | 109.186 | 27,1 |
| Toplam | 1.371.724 | 363.617 | 26,5 |

Kaynak: Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, *İstatistikler*, <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/> Erişim Tarihi: 16 Ocak 2017.

Tablo 3 geçmiş yıllardaki kamuya yararlı işlerde çalıştırma sayıları göz önünde bulundurularak incelendiğinde, gerek denetimli serbestlik gerekse kamuya yararlı işlerde ücretsiz çalıştırma yaptırımı sayılarında ciddi artışlar yaşandığı görülmektedir. Bilhassa Türkiye'deki denetimli serbestlik uygulamalarının 2006 yılından bu yana gelişim süreci dikkate alındığında, 05/04/2012 tarihli yasal değişikliğin denetimli serbestlik ve kamu yararına çalışma yaptırımında önemli bir gelişim dönemini beraberinde getirdiği görülmüştür. Bu gelişim, kendisini kamuya yararlı işlerde ücretsiz çalıştırma yaptırımının daha da önem kazanması olarak göstermiştir. Tablodan da izlendiği gibi 2012 yılında 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesi kapsamında verilen karar sayısı aynı yıl toplam denetimli serbestlik kararlarının 9,3'ünü teşkil etmektedir. Bunun yanında Tablo 3'te yer alan istatistikî verilere yansımada mahkemeler tarafından verilen seçenek yaptırımlar içerisindeki kamuya yararlı işlerde çalıştırma sayıları da buna dâhil edildiğinde oranın %10'a yaklaştığı tahmin edilmektedir. Yine tablodan 2013 verilerine bakıldığında ücretsiz kamu yararına çalışma yaptırımı sayı ve oranlarının önemli ölçüde artış gösterdiği kaydedilmekte olup bu artışın en yüksek seyrettiği yılın 2014 olarak gerçekleştiği görülecektir. Bunda adli para cezalarının ücretsiz kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımına dönüştürülmesini öngören yasanın ciddi etkisi olmuştur. Nitekim resmî veriler daha ayrıntılı olarak incelendiğinde 5275 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle birlikte 2014 yılı Aralık ayı verilerine göre 40.173 kişinin, 2015 Aralık ayı verilene göre 31.812 kişinin ve 2016 Aralık ayı verilerine göre de

29.707 kişinin adlı para cezası, denetimli serbestlik kapsamında ücretsiz kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımına dönüştürülmüştür.¹⁰⁵

Bu süreçte ayrıca gerek denetimli serbestlik gerekse kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımında artış gösteren gelişmelerden bir diğeri de 15/08/2016 tarihli 671 sayılı KHK ile şartla tahliye sürelerini düzenleyen maddelerde yapılan değişikliktir. Değişikle birlikte 01 Temmuz 2016 tarihinden önce işlenmiş belli suçlarda denetimli serbestlik kapsamında şartla tahliye edilebilme koşulu olan sürenin 1 yıldan 2 yıla çıkartılması, kamu yararına çalıştırma yaptırımı verilen hükümlü sayısını da arttırmıştır. Bu kapsamda 2016 Temmuz ayında CGTİHK'un 105/A maddesi doğrultusunda kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımına tabi tutulan hükümlü sayısı 59.418 iken, 2016 Ağustos ayında kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımına tabi tutulan hükümlü sayısı bir ay gibi kısa süre zarfında yaklaşık 25.000 kişi artarak 84.372'ye ulaşmıştır.¹⁰⁶

Nihayetinde devletin işgücü ve ceza adalet politikalarında 2012-2016 yılları arasında yaşanan bu değişim ve dönüşüm süreci, kendisini yasal düzenlemeler şeklinde ortaya çıkarmıştır. Böylelikle 2012 yılından başlanmak suretiyle

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/İstatistikler> başlığı/Erişim Tarihi: 16 Ocak 2017.

* Denetimli serbestlik ile kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı karar sayıları, her bir yılın Aralık ayına ait verileri içermektedir. Bu kapsamda Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yapılabilecek yeni bir hesaplama yöntemiyle her bir yıl içinde gelen kişi ile dosya toplam sayısının ayrı ayrı hesaplanarak her bir yıl sonundaki istatistiğe eklenmesi ve istatistikî verilerde herhangi bir tarihsel kesinti ve tutarsızlık yaşanmaması için bunun geçmiş yılları da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi, bu verileri daha anlamlı kılacaktır. Çünkü dosya sayısı ile kişi sayısı arasında kısmi de olsa bir fark bulunmaktadır. Örneğin 2016 Aralık ayında toplam denetimli serbestlik kararı verilen dosya sayısı 402.772 iken denetimli serbestlik kararı verilen kişi sayısı 303.351'dir. Buna karşı tabloda belirtilen kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı karar sayıları dosyayı değil kişi sayılarını ifade etmektedir.

** Tablo 3'te yer alan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı sayıları, 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a eklenen ve şartla tahliyeyi öngören 05/04/2012 tarihli 105/A maddesi, aynı Kanun'un 18/06/2014 tarihli 106/3 maddesi uyarınca ödenmeyen adli para cezalarının kamu yararına ücretsiz çalışmaya dönüştürülmesini öngören düzenleme ve 15/08/2016 tarihli 671 sayılı KHK ile infaz sürelerinde değişikliği öngören şartla tahliye kapsamındaki kamuya yararlı işlerde ücretsiz çalıştırma kapsamındaki yaptırımları kapsamaktadır. 2005 Yılında yeniden düzenlenen mevzuat doğrultusunda mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak seçenек yaptırımlar başlığı altında TCK 51/1 (f) kapsamında verilen ücretsiz kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımları, tablodaki bu resmi verilerde ayrıntılı olarak geçmediği için denetimli serbestlik sayıları içerisinde yer almıştır. Yapılan çeşitli analizlerde TCK 51/1 (f) kapsamında seçenек yaptırımlar içerisindeki kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımlarının, 2012 öncesindeki sınırlı durumuna paralel bir görüntü sergilediğinden kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı oranlarını çok fazla etkilemediği görülmektedir.

¹⁰⁶ <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/İstatistikler> başlığı/Erişim Tarihi: 16 Ocak 2017.

bugüne kadarki kısa sürede yapılan yasal değişikliklerle birlikte, denetimli serbestlik kararları içerisinde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı sayısı ile oranları önemli bir ivme kazanmış ve 2012 öncesinde %1'lerin altında olan bu oran, bu süre içerisinde %25'leri aşarak önemli bir pozisyona ulaşmıştır. Bu da Osmanlı Devleti'nde olduğu gibi günümüzde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının, ceza adalet sisteminde alternatif bir işgücü temin kaynağı olarak önemini giderek arttırdığını göstermektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Dünyada gelişmiş Batı ülkelerinde ve Türkiye'de ceza adalet sistemindeki değişim ve dönüşümlerin etkisiyle son yıllarda yaygın bir uygulama alanına kavuşan kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının, hapis cezasına alternatif bir yaptırım türü olarak, kökenleri itibarıyla Avrupa'da ve bilhassa ülkemizde köklü bir geçmişe sahip olduğu görülmüştür. Bu yaptırım, tarihsel süreçte toplumun ve devletin menfaatleri açısından önem arz eden birtakım işlerin yerine getirilmesinde işgücü eksikliği karşısında başvurulan bir yöntem olarak dikkati çekmiştir. Nitekim kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı Osmanlı Devleti'nde, işgücü açığı hissedilen ve devlet için stratejik görülen iş kollarında bir işgücü temin yöntemi ve suçluyu ıslah edici bir yaptırım türü olarak kendisini göstermiştir.

Osmanlı Devleti, işgücü piyasasında temelde gönüllülük esasına dayalı bir istihdam politikasını benimsemiştir, ancak nüfus yetersizliğinden dolayı gönüllü işgücü arzında sıkıntı yaşanması, devleti zorunlu istihdam uygulamasına yöneltmiştir. Özellikle Osmanlı Klasik Dönemi'nde normal yollarda donanmada kürekçi temin edilmesinde zorluk yaşanması, alternatif bir işgücü kaynağı olarak hükümlülerden istifade edilmesini gündeme getirmiştir. Bu kapsamda "küreğe konulma cezası" şeklinde ilk defa XVI. yüzyılın ortalarında hükümlülerden yararlanılma yoluna gidilmiş ve bunun süreç içerisinde daha da yaygınlık kazandığı görülmüştür.

Osmanlı Devleti'nde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımında önemli bazı gelişmelerin de Tanzimat Dönemi'nde gerçekleştiği dikkati çekmiştir. Bilhassa bu dönemde çıkarılan ceza kanunlarıyla birlikte kürek cezaları da yasal bir kimliğe kavuşmuş ve bunun sonucunda ise adli makamlar tarafından verilen kürek cezalarında ciddi bir artış yaşanmıştır. Ancak bu artışa rağmen donanmada kürekçi olarak istihdam etme olanakları, buharlı gemilerin yaygınlaşmasıyla azaldığından kürek cezasına mahkûm edilen hükümlüler, hapisane dışında özellikle işgücü sıkıntısı yaşayan ve devlet için de oldukça stratejik konumda bulunan başta maden sektörü olmak üzere ihtiyaç hissedilen kamuya yararlı bazı bayındırlık işlerinde istihdam edilmeye başlamışlardır.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat süreciyle birlikte mevzuatta yerini alan başka bir kamuya yararlı işte çalışma türünü de pranga cezaları oluşturmuştur. Pranga cezaları, kürek cezasına göre daha hafif bir ceza olup genellikle bu cezaya hükmedilen kişiler; hapisane dışındaki kamuya yararlı temizlik, inşaat, bakım, onarım ve tarımsal işlerde istihdam edilmişlerdir. Nitekim bu ceza yönteminde hükümlülerin gerektiğinde saliverilmeleri, günümüzde denetimli serbestlik kapsamında uygulanan kamuya yararlı bir işte çalışma uygulamasının da temelini teşkil etmiştir. Yine bunun dışında, çalışabilecek durumda olduğu hâlde çalışmak istemeyen işsiz güçsüz olarak ifade edilen "serseri" gruplar da XX. yüzyılın başlarında çıkarılan nizamnameyle birlikte, artık hapisane dışında bilhassa temizlik işlerinde belli bir süreliğine zorunlu istihdama tabi tutulmuşlardır. Bu da kamu yararına çalışmanın başka bir şeklini oluşturmuştur.

Tanzimat Dönemi'yle başlayan değişim ve dönüşüm süreci, kamu yararına çalışma yaptırımında da önemli gelişmelere sahne olmuş ve bu yaptırımla bir taraftan işgücü sorununa çözüm bulunurken diğer taraftan da kişinin ıslahı ve yeniden suç işlemesi önlenmeye çalışılmıştır. Tanzimat Dönemi'nde kamuya yararlı çeşitli işlerde çalıştırma yaptırımlarında edinilen bu tecrübeler, daha sonra belli alanlarla sınırlı da olsa Cumhuriyet Dönemi ile devam etmiştir.

Cumhuriyet Dönemi, Avrupa hukuk sisteminden yapılan aktarımların yoğun olduğu bir dönemi kapsamıştır. Bu dönemde Avrupa'da kamu yararına çalışma yaptırımı etkin olarak uygulanmadığından bizim ceza mevzuatımızda da kamu yararına çalışmanın birkaç istisna dışında yeterince yer bulamadığı muhakkaktır. Ancak her şeye rağmen kamu yararına çalışma yaptırımı uygulamaları Osmanlı Devleti'nden 1960'lı yıllara kadar belli alanlarda devam etmiştir. Bu kapsamda Osmanlı Dönemi'nde görülen madenlerde hükümlü çalıştırma ile yine serserilik nizamnamesinin yürürlükte kalması, kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı uygulamalarının belli ölçülerde devam ettiğini göstermiştir. Daha sonraki süreçte ise 2005 yılına kadar kamu yararına çalışma yaptırımında dikkate değer bir gelişmenin yaşanmadığı tespit edilmiştir.

Kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının Avrupa ve Amerika'daki gelişimi de oldukça uzun ve meşakkatli olmuştur. Bu kapsamda ilk önce ağır cezalandırma yaptırımlarına karşı hürriyeti bağlayıcı cezalar yaygınlaşmaya başlamıştır. Daha sonra ise hürriyeti bağlayıcı cezaların hem suçlu hem de toplum için sorun oluşturmaya devam ettiği şeklindeki görüşlerin gündeme gelmesi ve bunların değer görmesiyle birlikte kişinin toplum içerisinde denetlenmesini ve bir yandan da iyileştirilmesini içeren denetimli serbestlik sistemi ortaya çıkmış ve bu süreç, kamu yararına çalışma yaptırımlarının da kurumsal ve yasal kimliğe bürünmesini sağlamıştır. Nitekim kamu yararına çalışma yaptırımı Avrupa ve Amerika'da kurumsal kimliğine 1970'li yıllardan itibaren kavuşmaya başlamış, daha sonra da denetimli serbestlik bünyesinde Türkiye'de yerini almıştır.

Türkiye’de kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımında en önemli aşamayı 2005 yılında yürürlüğe giren yeni ceza infaz yasalarıyla birlikte 2006 yılında denetimli serbestlik müdürlüklerinin faaliyete geçmesi oluşturmuş ve kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının uygulaması da bu müdürlüklerin uhdesine verilmiştir. Bu dönemde kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımının mevzuatta ücretsiz ve ücretli çalışma şeklinde yerini tekrar almasıyla Osmanlı Dönemi’nden beri çeşitli hizmet gruplarında uygulanagelen kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı, 2006 yılından itibaren eski önemini tekrar kazanmaya başlamış ve yeni dönemle birlikte kurumsal bir kimliğe kavuşmuştur. Denetimli serbestlik sisteminde kurumsal ve mevzuat açısından altyapı oluşturulmasıyla 2006 yılından itibaren çalıştırma yaptırımı karar sayılarında özellikle 2012 yılına kadar kısmi bir artış eğilimi olduğu görülmüştür.

Türkiye’de kamu yararına çalışma yaptırımı 2012 yılından itibaren daha sistemli bir hâl almaya başlamıştır. Bu dönemde özellikle 05/04/2012 tarihinde ceza infaz mevzuatında yapılan değişiklikle ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin şarta bağlı tahliye kapsamında denetimli serbestlikten yararlanma olanağına kavuşması, hem denetimli serbestlik müdürlüklerinin fonksiyonlarının artmasını hem de kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımlarının geçmiş dönemlerle kıyaslanamayacak düzeyde artış kaydetmesini beraberinde getirmiştir. Yine bu süreçte 2014 yılında adli para cezasına hükmedilenlerin cezalarının kamuya yararlı bir işte çalıştırılarak infazını öngören düzenleme ve 15/08/2016 tarihli düzenlemeyle belli suçlar dışında şartla tahliye yasasından yararlanma süresinin uzatılması, denetimli serbestlik kapsamında kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımına tabi tutulan hükümlü sayısının bir yıl içinde 100.000’i aşmasını sağlamıştır.

Kamu yararına çalışma yaptırımının günümüzde ceza infaz kurumlarından tahliye edilen hükümlülerin topluma uyum sağlamalarına, suça karşı farkındalık oluşturmalarına, çalışma disiplini kazanmalarına ve toplumun ihtiyaç hissettiği iş kollarında birtakım hizmetlerin ifasına katkı sağlamaya çalıştığı gözlenmektedir. Bunun yanı sıra kısa sürede gelinen bu aşamanın önümüzdeki süreçte daha başarılı olabilmesi için bu yaptırımın tekrar bir değerlendirilmeye tabi tutulmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda;

- Devletin adli, idari ve diğer ilgili birimleri ile sivil toplum örgütlerinin de sürece dâhil edilmesi suretiyle koordinasyon içerisinde bir hükümlü istihdam politikasının oluşturulması

- Hükümlü istihdam politikasına göre her bir yerleşim bölgesine özgü işgücü ihtiyacı hissedilen alanların ve işgücü talebi olan yerlerin belirlenerek denetimli serbestlik müdürlüklerine bildirilmesine yönelik bir mekanizmanın kurulması

- Kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum örgütleri ve kitle iletişim araçlarının denetimli serbestlik sistemine ilgilerinin artırılması

- Kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine tabi tutulan hükümlülere Osmanlı Devleti Dönemi'nde olduğu gibi normal işçi düzeyinde olmasa da günlük yol ve yemek masraflarını karşılayabilecek düzeyde bir iâşe ücreti verilebilmesi

- Ceza infaz kurumlarındaki veya denetimli serbestlik müdürlüklerindeki hükümlülere, tespit edilen ilgi ve yeteneklerine uygun alanlarda mesleki eğitim verilebilmesi

- Denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından hükümlülerin ağırlıklı olarak temizlik ve çevre düzenlemesi işlerinde çalıştırılmaları yerine gelecekte de meslek sahibi olmalarına yönelik alternatif iş kollarında istihdamlarının sağlanması

- Denetimli serbestlik kapsamında kamu yararına çalışma yaptırımına tabi tutulan hükümlülerin çalıştığı süre zarfında iş doyumlarını artırmak için ödül mekanizmalarının hayata geçirilmesi

- Kamu yararına çalışma yaptırımı ve denetimli serbestlik sistemine akademik ilginin artırılması için TÜİK kapsamında yayımlanan Adalet İstatistikleri kısmında denetimli serbestlik ve kamuya yararlı işlerde çalıştırma yaptırımı bölümüne ait istatistikî verilerin de eklenmesinin bu alana bilimsel katkı sağlayabileceği değerlendirilmektedir.

Sonuç olarak kamu yararına çalıştırma yaptırımında gelinen süreç tüm hususlarıyla ele alındığında, bilhassa 2005 sonrasında gözlenen sayısal artışa paralel olarak nitelik boyutuna yönelik çalışmalar ile günün ihtiyaçlarına uygun yeni istihdam modellerinin geliştirilmesinin, bu yaptırımın geleceği açısından oldukça önemli olduğu anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Başbakanlık Osmanlı Arşivi Kaynakları

- BOA, *Cevdet Adliye (C.ADL)*, nr. 96/5755.
- BOA, *Cevdet Askeriye (C.AS)*, nr. 454/18940, 548/22995.
- BOA, *Cevdet Zabtiye (C.ZB)*, nr. 52/2583, 48/2371.
- BOA, *Dahili Mektûbat (DH.MKT)*, nr. 1480/28, 1653/106, 1366/142.
- BOA, *Dâhiliye Emniyet- i Umumiye Tahrirat Kalemi Evrakı (DH.EUM.THR)*, nr. 93/19.
- BOA, *Dâhiliye Nezareti Mebani-i Emiriye Hapishaneler Müdüriyeti (DH.MB.HPS)*, nr. 71/59, 5/10, 35/3, 97/15, 28/99.
- BOA, *Dâhiliye Nezareti Mebani-i Emiriye Hapishaneler Müdüriyeti Müteferrik Evrakı (DH.MB HPS.M)*, nr.50/14.
- BOA, *İradeler Kanun ve Nizamat (İ.KAN)*, nr. 5/1327.
- BOA, *İradeler Meclis-i Vâlâ (İ.MVL)*, nr. 56/29, 7/104, 604/79, 609/60, 610/3, 36/14.
- BOA, *İradeler Mesail-i Mühimme (İ.MSM)*, nr. 87/2469.
- BOA, *Maliyeden Müdevver Defter (MAD- 7)*, nr. 2324.
- BOA, *Meclis-i Vâlâ (MVL)*, nr. 502/28, 212/69.
- BOA, *Sadaret Amedi Kalemi Evrakı (A.MKT.AMD)*, nr. 28/37.
- BOA, *Sadaret Bab-ı Ali Evrak Odası (BEO)*, nr. 301/22521, 2279/17090, 3064/229797.
- BOA, *Sadaret Kalemi (A.MKT)*, nr. 97/50, 89/59, 101/67.
- BOA, *Sadaret Meclis-i Vâlâ (A.MKT.MVL)*, nr. 31/33, 95/19, 55/88, 124/28, 2/94, 10/15, 75/16, 10/28, 10/28.
- BOA, *Sadaret Mektûbi Umûmi (A.MKT.UM)*, nr. 498/70, 512/30.
- BOA, *Sadaret Mühimme Kalemi Evrakı (A.MKT.MHM)*, nr. 3/94, 312/74, 304/21, 472/26, 304/21.
- BOA, *Sadaret Müteferrik Evrakı (A.MKT.MTF)*, nr. 4/15.
- BOA, *3 Numaralı Mühimme Defteri 966-968/1558-1560, Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yay., Ankara 1993.*
- BOA, *5 Numaralı Mühimme Defteri 973/1565-1566, Dîvân-ı Humâyûn Sicilleri Dizisi: I, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yay., Ankara 1993.*

Kitaplar ve Tezler

- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2006.
- Avcı, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, Konya 2010.
- Aydın, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- Bostan, İdris, *Osmanlı Bahriye Teşkilâtı XVII. Yüzyılda Tersâne-i Âmire*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1992.
- Develioğlu, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, Doğu Matbaası, Ankara 1970.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- Foucault, Michel, *Hapishanelerin Doğuşu*, çev. M. Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara 1992.
- Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, Cilt 1, Genişletilmiş 5. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1961.
- Kamer, Saadet, *Denetimli Serbestlik Müessesesi İçinde Kamu Yararına Çalışma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2012.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim*, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2002.
- Kırpık, Cevdet, *Osmanlı Devleti'nde İşçiler ve İşçi Hareketleri (1876-1914)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2004.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- Özbay, Rahmi Deniz, *19. Yüzyılda Osmanlıda Devletin Emek İstihdamı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2003.
- Şimşirgil, Ahmet ve İkinci, Ekrem Buğra, *Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle*, KTB Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku (Umumi Kısım)*, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayın No:434, İstanbul 1949.

Yavuz, Hakan, *Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.

Yıldırım, Kadir, *Osmanlı Çalışma Hayatında İşçi Örgütlenmesi ve İşçi Hareketlerinin Gelişimi (1870-1922)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Yıldız, Gültekin, *Mapusâne (Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni 1839-1908)*, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2012.

Makaleler

Akgündüz, Ahmet, “1274-1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları Tatbik Şekli ve Men’i İrtikâb Kanunnamesi”, *Bellekten*, Cilt 51, Sayı 199, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1987, ss. 153-205.

Akgündüz, Ahmet, “Osmanlı Hukuku’nda Şer’i Hukuk-Örfi Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Cilt 12, Sayı 2, 1999, ss. 117-122.

Akıllıoğlu, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1-3, 1989, ss. 11-22.

Akıncı, Füsün Sokullu, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar ve Alternatifleri” *Yeni Türkiye (Yargı Reformu Özel Sayısı)*, Yıl. 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, ss. 679-689.

Avcı, Mustafa, “Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik”, *Yeni Türkiye*, Sayı 45, Mayıs-Haziran 2002, ss. 128-147.

Aydın, Mehmet Akif, “Ceza (Osmanlı Ceza Hukuku)”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Cilt 7, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1993, ss. 478-482.

Çelik, Gülfettin, “Osmanlı Devleti’nin Nüfus ve İskân Politikası”, *Dîvân Disiplinlerarası Çalışma Dergisi*, 1999/1, Sayı 6, İstanbul, ss. 49-111.

Demirbaş, Timur, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların ve Cezaevlerinin Evrimi”, *Hapishane Kitabı*, ed. Emine Gürsoy Naskali ve Hilal Oytunç Altun, Kitabevi Yayınları, İstanbul 2010, ss. 3-40.

Derbil, Süheyp, “Kamu Hizmeti Nedir?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (AÜHFİM)*, Cilt VII, Sayı 3-4, Ankara 1950, ss. 28-36.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “Maslahat”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. Cilt 28, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 2003, ss. 79-94.

Erim, Neşe, "18. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu'nda Kürek Cezası", *IX. International Congress Of Economic And Social History Of Turkey*, 20-23 August 2002 Dubrovnik, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2005, ss. 179-188.

Gölan, Aydın, "Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)*, Cilt LVI, Sayı 1-4. 1998, ss. 97-107.

Heyd, Uriel, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, çev. Selahaddin Eroğlu. Cilt XXVI, 1969, ss. 633-653.

İçel, Kayıhan, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi", *Değerşen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976)*, İstanbul 1977.

İnalçık, Halil, "Adâletnâmeler", *Belgeler*, Cilt 2, Sayı 3-4, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1993, ss. 49-160.

İpşirli, Mehmet, "XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler" (Rescripts concerning penal servitude on galleys in the second half of the sixteenth century)", *İstanbul Üniversitesi Tarih Enstitüsü Dergisi*, Sayı 12, Haziran 1982, ss. 203-248.

Kalmthout, Anton M. Van, "Kamu Yararına Çalışmadan Toplumsal Yaptırımlara (Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısı)", *Küresel Bakış*, çev. Burhan Alıcı, Yıl 1, Cilt 1, Sayı 1, Nisan 2011, (<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 22/10/2015).

Makal, Ahmet, "Zonguldak ve Türkiye Toplumsal Tarihinin Acı Bir Deneyimi Olarak "İş Mükellefiyeti"", *Zonguldak Kent Tarihi Bienali Bildiriler Kitabı*, İstanbul 2006, ss. 69-91.

Özbek, Nadir, "İkinci Meşrutiyet İstanbul'unda Serseriler ve Dilenciler," *Toplumsal Tarih*, Cilt. 11, Sayı 64, Nisan 1999, ss. 34-43.

Özdemir, Süleyman, "Türkiye'de Zorunlu Çalışma Uygulamaları", *Sosyal Siyaset Konferansları*, Cilt XXXII, İstanbul Üniv. İktisat Fakültesi Yayını, 1996, ss. 181-213.

Özen, Muharrem, "Yargı Kararları Işığında Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma", *Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Uluslararası Yaklaşımlar)*, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, 08-10 Aralık 2015 İstanbul, ss. 32-37.

Peker, Oğuz, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Yapıtırımı ve 99. Yıldönümü”, *Denetimli Serbestlik Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı E-Bülteni*, Ankara Mayıs 2008, ss. 11-15.

Tezcan, Durmuş, “Cezai Konularda Türk-İtalyan İlişkileri”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 49, Sayı 1, 1994, ss 365-371.

Resmî Kaynaklar

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, *İstatistikler*, (<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10/02/2012).

T.C. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, “Kamu Hizmeti Cezasının Tarihçesi”, *Denetimli Serbestlik Bülteni*, Sayı 3, Ekim 2011, (<http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 23/10/2015).

T.C. Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı, *Kamu Hizmeti Yapıtırımı Personel El Kitabı*, Yay. No: 10, Ankara: 2007.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Türkiye Ofisi, “29 Numaralı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi”, Resmî Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 27 Ocak 1998/23243.

13/03/1926 Tarih ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

13/07/1965 Tarih ve 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun.

18/10/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

12/10/2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

13/12/2004 Tarih ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun.

17/12/2004 Tarih ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.

03/07/2005 Tarih ve 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu.

18/4/2007 Tarih Ve 26497 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği.

05/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği.

07/03/2013 Tarih ve 28578 Sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği

15/08/2016 Tarih ve 671 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname.

VERGİ YARGISININ YAPISAL SORUNLARI VE İSTİNAF SÜRECİYLE BİRLİKTE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN YENİ SORUN ALANLARI

*The Structural Problems Of Tax Justice And
New Areas Of Problems Needing Solutions Due To The Process Of Appeals*

Dr. Osman SARIASLAN¹

Geliş Tarihi: 14.05.2018 Kabul Tarihi: 23.07.2018

ÖZET

1982 idari yargı reformuyla temyiz/ itiraz komisyonlarının kaldırılması ve vergi mahkemelerinin kurulması, Türk Vergi Yargısında bir oluşum ve dönüşüm sürecini başlatmıştır. Bu süreç, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla istinaf sistemine geçilmesiyle boyut değiştirerek devam etmektedir. Yaşanan bu süreçler haliyle bazı temel sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Vergi yargısının yerel teşkilatının daha önce var olan idari yapının dönüştürülerek oluşturulduğu dikkate alındığında; ortaya çıkan sorunların büyük bir kısmı, bu dönüşümün sonucu olduğu ve vergi yargısına özgü bir durum arz ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla geçen kırk yıla yakın sürede, vergi yargısını yalnızca kendi yargısal dinamikleriyle yeniden ele almak ve kendine has yapısal sorunlarını bir sistem dâhilinde değerlendirmek bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda geline aşamada vergi yargısı kendi yargısal tecrübesi ve kendine has ilkesel zemini üzerine yeniden inşa edilmelidir. Bu çalışma, bu gerekliliği somutlaştırmak adına kaleme alınmıştır. Bu kapsamda, çalışmada mevcut vergi yargılama pratiğinin acil çözüm bulunması gereken sorun ve uygulamaları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca 2014 yılında yasal, 2016 yılında ise fiilen hukuk düzenimize giren istinaf sisteminin ilk uygulamaları ekseninde, yeni sorun alanları tespit edilerek analiz genişletilmiştir. Böylece vergi yargısının reform ihtiyacı ortaya konularak yeniden inşa süreci için bir çağrı yapılmak istenmiş ve ayrıca akademik ve pratik anlamda bir tartışma zemini oluşturmak amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi yargısı, Kesin karar, İstinaf, Kanun yolu, Yargı reformu.

ABSTRACT

Thanks to the administrative justice reform made in 1982, which led to the abolishment of commission of appeals and the establishment of tax courts, Turkish Tax Justice started to get into a process of evolution and transformation. These processes continue to keep their existence by changing dimension with the law no. 6545 in 2014 passing on to the system of appeals. As a matter of fact, these factors cause some fundamental problems to emerge. Given the fact that tax justice has been converted from the former local administrative structure, it is seen that the majority of the problems are the outcomes of this conversion and remain to be unique to tax justice. Therefore, for about forty years it has sustained to be a necessity for us to deal with the tax justice with its own judicial dynamics and reevaluate its specific structural problems within a system. In other words, the tax justice now needs to be reconstructed upon the ground of its specific principles and own judicial experiences. This study has been put down on paper to materialise this necessity. Within this scope, it has been aimed, in this study, to reveal the problems and implementations in the current practices of tax justice that need immediate solutions. Also, the analysis has been expanded through the identification of new areas of problems stemming from the first implementations of the systems of appeals newly participating in our legal order. Thus, setting forth the need for reform within the tax justice, it has been desired to make a call for a reconstruction process and set ground for discussion in practical terms.

Keywords: Tax Justice, Definitive Judgment, Appeals, Right to Appeal, Judicial Reform.

¹ Zonguldak Vergi Mahkemesi Başkanı (Anayasa Mahkemesi Eski Raportörü); e-posta: sariaslanosman@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0002-5485-6280

GİRİŞ

Bilindiği üzere ülkemizde, idarenin vergisel işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluk denetimi, idari yargı kolu içinde teşkilatlandırılan mahkemeler tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla ‘vergi yargısı’ diye ayrı bir yargı kolu Türk Yargı Teşkilatı içinde bulunmamaktadır. Buna rağmen öteden beri vergi uyuşmazlıklarının yargısal çözüm yolları anlamına gelen ‘mali kaza’, ‘mali mahkeme’, ‘mali yargı’, ‘vergi yargısı’ gibi terimler kullanılmıştır.² Bunlardan vergi yargısı terimi yaygın bir kabule sahiptir ve idari yargılamanın münhasıran vergisel işlemlere özgü kısmını ifade etmek maksadıyla kullanılmaktadır.

Öte yandan Türkiye’de uzunca bir süre vergi uyuşmazlıklarının çözümü, yalnızca vergilendirme boyutunun denetlenmesi ile sınırlı olarak idari hiyerarşi içinde yer alan temyiz/itiraz komisyonları eliyle yapılmaktaydı. Ancak 1982 yılında vergi mahkemelerinin kurulması ile birlikte, vergi uyuşmazlıkları idari dava formunda ele alınmaya başlanmıştır. Böylece vergi ve benzeri idari uyuşmazlıkların çözümünde idari yargılama pratikleri egemen olmaya başlamıştır. Vergi mahkemeleri ise daha önce idari hiyerarşi içinde yer alan temyiz/itiraz komisyonlarının birer yargı mercine dönüştürülmesiyle kurulmuşlardır. Ancak bu dönüşüm kolay olmamıştır. Dönüşümü zorlaştıran en başat unsur ise bağımsız bir yargı mercininin, idari bir yapının kurumsal mirası üzerine inşa edilmesidir. Zira idare bünyesinde görev alan söz konusu komisyonların, bağımsız ve tarafsız mahkemelere dönüştürülmesi basit bir isim değişikliği değildir. Yapılan hem öz hem de biçim itibarıyla yeni bir inşa sürecidir. Ancak temyiz/itiraz komisyonlarının geçmiş tecrübesi ve yetişmiş insan kaynağı, vergi mahkemelerinin bu komisyonların dönüştürülerek kurumsallaştırılması gibi pragmatist bir yaklaşımın benimsenmesine neden olmuştur. Ayrıca uyuşmazlıkların çözümünde zaman ve emekten tasarruf sağlanacağı düşüncesiyle vergi mahkemelerinde görev alan ilk hâkimlerin büyük bir kısmı bu komisyonlarda görev alan kamu görevlilerinden atanmıştır.

Diğer bir ifadeyle Türkiye’de tam tekmil vergi yargısı ve vergi yargısının yerel teşkilatı (vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri), 1982 yılında yaşanan idari yargı reformuyla birlikte sıfırdan inşa edilmemiş; mevcut idari düzen dönüştürülerek hayata geçirilmiştir. Bunun sonucu olarak oluşturulan yeni sisteme rağmen eski düzenin, vergi yargısı üzerinde etkisi uzun süre devam etmiş³ ve vergi yargısı kendine özgü ‘idari mahkeme’ formunu tam

² Vergi yargısı kavramının gelişimi için bkz. Mehmet Yüce, **Türk Vergi Yargısı**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s. 41-43.

³ Bu konuda, 2009 yılında Antalya’da Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi (SNCA) Arasında Yargı Alanında İşbirliği Programı kapsamında yapılan İdari Yargıda İstinaf Semineri’nde Danıştay Yedinci Daire Üyesi Sayın Fahrinüsa Tunca’nın “İdari Yargının sorunları ve İdari Yarıda İstinaf” başlıklı sunumundan ötürü sorulan bir soruya verdiği şu cevap yukarıda ifade edilen durumu birinci elden özetlemesi

olarak elde edememiştir. Diğer bir ifadeyle temyiz/itiraz komisyonlarından aktarılan tecrübe, vergi mahkemelerinin kendi tecrübe alanını (esas ve usul boyutlarıyla) oluşturmaya ve yine bu kapsamda bir yargı dili ve yaklaşımı geliştirmesine belli bir süre engel olmuştur. Dolayısıyla geçmiş tecrübe zemini, sıfırdan inşa edildiğinde nasıl olacağını kestiremeyeceğimiz muhtemel bir vergi yargısı formunu baskılamıştır.

Buna mukabil vergi yargısı, zamanla üzerine inşa edildiği temyiz/itiraz komisyonu mirasının üstüne, hem usul hem de esas olarak ayrı bir birikim oluşturmaya başlamıştır. Buna idari yargı formasyonunda staj yapan hâkimlerin meslekte kıdem kazanması da eklenince, vergi yargılamasında sessizce bir dönüşüm daha gerçekleşmeye başlamıştır. Bu süreçte, deyim yerindeyse, vergi yargısı geçmiş kurumsal mirası ile bir hesaplaşma süreci yaşamakta ve kendini yeniden tanımlamaktadır. Öyle ki artık vergi yargısında görülen dava tipolojileri çeşitlenmiş, görev alanı genişlemiş ve yargı teşkilatı çok daha kompleks bir yapıya bürünmüştür. Dolayısıyla bu dönemde yalnızca temyiz/itiraz komisyonlarının münhasır yetki ve görev alanında kalan tarhiyatlara dava açılmamakta; idari davaya konu edilebilecek vergilendirmeye ilişkin tüm işlemler idari işlem kuramı ekseninde dava konusu edilmekte ve vergi yargısı tarafından incelenmektedir.⁴ Yine mahkeme kararlarında kullanılan üslup da yavaş yavaş idari yargı formuna evrilmeye başlamıştır. Ayrıca vergi yargısı, geçmişten gelen bakış açısını terk ederek, yani matrah tespit etme saikiyle hareket etmekten vazgeçip hukuka uygunluk denetimini esas alan bir bakış açısıyla yargılama yapmaya başlamıştır. Böylece Türk Vergi Yargısı, kuruluşunda yerleştirildiği temyiz/itiraz komisyonlarının ekseninden ayrılmakta ve idari yargı rejiminin münhasır alanında kendi şahsi tecrübesini yaratmaktadır.

Vergi yargısında yaşanan bu kurumsal ve zihinsel dönüşüm; 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla Bölge İdare Mahkemelerinin (BİM) istinaf mahkemelerine

bakımından dikkat çekicidir. Alıntındaki parantez içi ifadeler açıklayıcı olması bakımından tarafımızdan kullanılmıştır. “(...) Yani 1982’de mahkemeler kurulduğu zaman, ben Danıştay tetkik hâkimiydim (tetkik hâkimi kavramı esasında 1982 yılından sonra kullanılmıştır; o 1982 öncesi dönemde Danıştay tetkik hâkimlerine “Danıştay Yardımcısı” denirdi). Yani (Danıştay) ilk derece mahkemesi olarak görev yaparken göreve başladım. İlk ve son derece merci görevi yaptım. Onun heyetlerine girdim. 1982’de mahkemelerin kurulup bizim Danıştay’ımızın temyiz merci olması, gene durumu değiştirmede gene ilk derece mahkemesi gibi incelemeye devam etti yani, alışkanlıklardan kolay vazgeçilmiyor, onu söyledim yarın öbür gün istinaf incelemesi gelince de vazgeçilemeyecek diye duraksamalar var. (...)”
Konuyla ilgili tartışmaların tümü için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi (SNCA) Arasında Yargı Alanında İşbirliği Programı, İdari Yargıda İstinaf Semineri, T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Mayıs 2009, Antalya, s. 65

⁴ Örneğin bir mükellefin mali idare tarafından KDV mükellefiyeti yönünden “özel esaslara alınması” işlemi doğrudan bir vergilendirme ve vergiye dayalı bir cezalandırma işlemi değildir. Ancak bu işlemlere karşı idari dava açılmakta ve vergi yargısı tarafından esastan incelenmektedir.

dönüştürülmesi ve vergi yargısının üç dereceli bir yapıya kavuşturulması ile yeni bir boyut kazanmıştır.

Yaşanan bu süreçler dikkate alınarak kalem alınan bu çalışmada, Türk Vergi Yargısının kendine has temel yapısal sorunlarına değinilerek, istinaf sisteminin sürece eklenmesiyle ortaya çıkan yeni sorun alanlarına işaret edilecektir.

I. VERGİ YARGISI TEŞKİLATI VE İŞLEVİ

1. VERGİ YARGISI TEŞKİLATI

“Vergi yargısı” tabiri, Türkiye’de, idarenin vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilişkin tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyen idari yargı kolu içindeki özel görevli mahkemeler ile Danıştay’dan müteşekkil yapıyı ifade etmek için kullanılmaktadır. Dolayısıyla vergi yargısı şahsına münhasır birçok uygulamaya sahip olsa da bağımsız bir yargı kolu değildir. 1982 idari yargı reformu ile birlikte idare, vergi ve bölge idare mahkemelerinin kurulmasıyla oluşturulmuştur. Vergi yargısının taşra teşkilatı ya da ilk derece mahkemeleri temyiz/itiraz komisyonlarının vergi mahkemelerine dönüştürülmesiyle şekillenmiştir. Ayrıca kuruluştaki, vergi mahkemeleri kararlarına karşı ikili bir kanun yolu düzenlenmişti. Buna göre vergi mahkemelerinin bazı kararları itiraz yoluyla Bölge İdare Mahkemelerince (BİM) incelenirken; bazı kararları temyiz yoluyla Danıştay tarafından denetlenmekteydi. Ancak bu yapı 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda (İYUK) yapılan değişikliklerle yeniden dizayn edildi. Bu değişikliklerde yargı kurumlarının isimleri korunmuş; ancak yargısal anlamda kullandıkları kimi yetkiler yeniden tanımlanmıştır.

Yeni yapıya göre vergi mahkemeleri yine ilk derece vergi yargısı mercilerdir. Ancak bunların verdiği kararların tümü temyiz incelemesine kapatılmıştır. Kararlarının bir kısmı da istinaf incelemesine kapatılmıştır. Yeni durumda, Bölge İdare Mahkemeleri (BİM), sistemin ana ağırlık merkezini oluşturmaktadır. Böylece vergi mahkemelerinin istinaf yolu kapatılmamış tüm kararlarına karşı yapılacak yeniden inceleme talepleri BİM’lerce yerine getirilmektedir. Danıştay ise istinaf üzerine BİM’ler tarafından verilen temyiz yolu açık olan kararlara karşı yapılacak temyiz incelemelerini yapmakta ve aynı zamanda ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davaları çözümlenmeye devam etmektedir.

1.1. Vergi Mahkemeleri

Vergi mahkemeleri, 06.01.1982 tarihinde kabul edilip 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe giren 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 1. maddesi ile kurulmuşlardır.⁵ Anılan Kanun

⁵ 2576 sayılı Kanunun 1. maddesi şöyledir: “Bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleri bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulmuş genel görevli bağımsız mahkemelerdir”

esasinda Türk İdari Yargısının yerel teşkilatının kurulmasına ilişkin genel bir kanundur. Bu anlamda bir reform kanunudur. Bu Kanunla yalnızca vergi mahkemeleri değil aynı zamanda idare mahkemeleri ve bu mahkemelerin üzerinde bir itiraz merci olarak BİM'ler kurulmuştur.

Vergi mahkemelerinin görevleri aynı Kanunun 6. maddesinde şu şekilde belirlenmiştir. Buna göre:

“Vergi mahkemeleri:

a) Genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları,

b) (a) bendindeki konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları,

c) Diğer kanunlarla verilen işleri, Çözümler.”

Ayrıca 2576 sayılı Kanunun söz konusu hükmü ile aynı Kanunun “Tek Hâkimle Çözülünecek Davalar” başlıklı 7. maddesinde⁶ yer alan hüküm nedeniyle vergi mahkemeleri iki şekilde yargısal kamu gücü kullanmakta ve buna göre karar vermektedirler. İlkinde ve sistemin özünü yansıtan halde heyet halinde karar verilmektedir. İkinci durumdaysa yasal sınırı Kanunda gösterilen ve her yılbaşında güncellenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklara mahkemenin üyelerinden biri tarafından tek hâkim olarak karar verilmektedir. Bu yönleriyle vergi mahkemeleri toplu mahkeme olmalarına karşın, tekli bir mahkeme görünümüne de sahiptirler.

1.2. Bölge İdare Mahkemeleri

Bölge İdare Mahkemeleri (BİM) de 2576 sayılı Kanunun 1. maddesi ile kurulmuşlardır. Heyet halinde karar veren toplu mahkemelerdir.

BİM'ler, ilk kurulduklarında idare ve vergi mahkemelerinin tek hâkim kararlarının itiraz merci olarak düzenlenmişti. BİM'lerin itiraz üzerine verilen kararları, yine kendisine yapılan karar düzeltme yolu dışında başka bir kanun yoluna konu edilmeleri mümkün değildi. Ayrıca itiraz incelemesinde

⁶ 2576 sayılı Kanunun 7. maddesi: “1. (Değişik fıkra: 08/06/2000 - 4577/3. md.) Uyuşmazlık miktarı (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./50.md.) yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan; a) Konusu belli parayı içeren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Tam yargı davaları, İdare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir. 2. (Değişik fıkra: 08/06/2000 - 4577/3. md.) 6 ncı maddenin (a) ve (b) bentlerinde belirtilen uyuşmazlıklardan kaynaklanan toplam değeri (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./50. md.) yirmibeşbin Türk Lirasını aşmayan davalar, vergi mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir. 3. Bu tür davaların hâkimler arasında dağılımına ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir.”

BİM'in sahip olduğu itiraz incelemesi yetkisi, Danıştay'ın temyiz incelemesi yetkisi gibi sınırlı değildi. BİM'ler itiraz incelemesinde, tıpkı istinaf incelemesi gibi somut olayı da incelemekteydi. Dolayısıyla BİM'lerin istinaf sürecine evirilmeleri çok zor olmamıştır Nitekim 18.6.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanunla BİM'ler itiraz merci olmaktan çıkarılarak birer istinaf mercine dönüştürülmüştür.

2014 yılında yapılan ve Türkiye'de idari yargı anlamında ikinci bir reform niteliğindeki yasal değişikliklerle BİM'ler, idari yargılama sisteminin ana omurgasını oluşturmaya başlamışlardır. Öyle ki

Birçok uyuşmazlık BİM kararıyla kesin olarak karara bağlanmaktadır.

Danıştay'ın temyizen incelediği kararlar yalnızca BİM kararlarıdır.

Bu doğrultuda Danıştay kararına karşı direnme kararı verebilme imkânı yalnızca BİM'lere tanınmıştır.

Önceki düzende birçok davanın çözümünde, direnme veya bozmaya uyma yönünde Danıştay ile kurulacak ilişkide vergi mahkemeleri daha etkin bir pozisyondaydı. BİM'ler ise tek hâkim kararlarına karşı itiraz incelemesi yapmakta ve kendi yetki çevresindeki bazı usuli konularda ve her halükârda şimdiki durumundan daha dar bir alanda yargısal yetki kullanmaktaydı.

Öte yandan BİM'ler, istinaf mahkemelerine dönüştürülürken geçmiş itiraz uygulamaları tümüyle terk edilmemiştir. Zira BİM'lerin bazı uyuşmazlıklarda verdikleri kararlar kesin olup; temyiz incelemesine kapatılmıştır. Bu da BİM'leri mevcut haliyle klasik istinaf merci olma konumundan uzaklaştırmaktadır.

Mevcut duruma göre BİM'ler Türkiye genelinde Ankara, İstanbul, İzmir, Samsun, Konya, Erzurum ve Gaziantep olmak üzere yedi ilde fiilen çalışmaktadırlar. İstinaf yetkisine haiz Bursa BİM kurulmuş olmasına karşın henüz Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından gerekli atamalar yapılarak faaliyete geçirilmemiştir. BİM'lerde, yetkili oldukları coğrafi ve demografik yapı göz önünden bulundurulmak suretiyle yeteri kadar vergi dava dairesi kurulmuştur.⁷ İhtiyaç halinde gerekli yasal süreçler işletildikten sonra yeni dava dairelerinin kurulması mümkündür.

⁷ Bu tür istatistikî bilgiler ve detaylı açıklamalar için bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Adli-Idari-Yargi-Listesi.aspx> (20.04.2018)

1.3. Danıştay

1868 yılında Şurayı Devlet adıyla kurulan Danıştay⁸, Kurtuluş Savaşı yıllarında 4 Kasım 1922 tarihinde, İstanbul'daki bütün merkez kurum ve kuruluşların Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Hükümeti iradesine geçtiği sırada faaliyeti sona ermiş; 669 sayılı Kanunla 6 Temmuz 1927'de yeniden çalışmaya başlamıştır. Ancak Danıştay yargısal fonksiyonlar açısından daha da güçlendirilip yeni yetkilerle donatılarak tipik bir temyiz merci olarak yeniden düzenlenmesi, yukarıda ifade edilen 1982 yılındaki idari yargı reformu ile olmuştur.⁹

Öte yandan 2014 yılında gerçekleştirilen ikinci idari yargı reformuyla Danıştayın yerel mahkemelerin verdiği kararların temyiz merci olması görevinden kaynaklı aşırı iş baskısından kurtarılarak daha çok bir içtihat mahkemesi olarak çalışmasına olanak sağlamak amaçlanmıştır. Böylece 6545 sayılı Kanunla Danıştay, yalnızca BİM'lerin istinaf incelemesi üzerine verdikleri kararların Kanunda belirtilenlerine ve ivedi yargılama usulüne¹⁰ tabi idari uyuşmazlıklarda verilen idare mahkemesi kararlarına karşı temyiz incelemesi yapmaktadır. Ayrıca Danıştay genel düzenleyici işlemlere karşı açılan davalar ile kanunda belirtilen bazı davaları ilk derece mahkemesi sıfatıyla çözmekle görevlidir.

⁸ 1982 Anayasasının "C. Danıştay" başlıklı 155 maddesinin konuyla ilgili maddesinin birinci ve ikinci fıkrası şöyledir:

"Danıştay, idari mahkemelerde verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir."

⁹ Danıştay'ın tarihçesi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kurumsal-12-danistay-tarihcesi.html> (24.4.2018)

¹⁰ Her ne kadar vergi uyuşmazlıklarının bu usule tabi olması yasal olarak söz konusu değilse de sistemin bilinmesinde fayda vardır. Şöyle ki kanunkoyucu bazı idari uyuşmazlıkların sürüncemede kalmadan bir an evvel çözülmesinde hukuki yarar görmektedir. Bu da idari fonksiyonun etkin ve etkili olması için geçerli bir yaklaşımdır. Bu nedenle 2577 sayılı Kanuna 6545 sayılı Kanunla eklenen 20/A maddesi ile burada yazılan uyuşmazlıkları için özel dava açma süresi ile tekemmül ve temyiz süreçleri öngörülmüştür. Benzer durum anılan yasa değişikliğinden üç ay sonra 6552 sayılı Kanunla "Merkezi ve Ortak Sınavlara İlişkin Yargılama Usulü" başlıklı 20/B maddesiyle merkezi ve ortak sınavlara idari uyuşmazlıklar için de getirilmiştir. Bu usulde de genel idari yargılama usulünden farklı süre ve süreçler öngörülmüştür. İdari Yargılama Usulünün özel ve istisnai alanını oluşturan bu usullerde istinaf süreci bulunmamaktadır. Bu kararlara karşı özel sürelerde doğrudan temyiz yoluyla Danıştay'a başvurulmakta; Danıştay da yalnızca temyiz incelemesi ile sınırlı olmayıp somut olay denetimi (esas) de yapmak suretiyle kesin olarak karar vermektedir.

2. VERGİ YARGISININ İŞLEVİ

Teşkilat yapısı yukarıda kısaca ifade edilmeye çalışılan vergi yargısı, Türkiye’de devletin vergilendirmeye ilişkin kullandığı kamu kudretinin tezahürü olan iş ve işlemler ile eylemlerin hukuka uygunluk denetimini yapmaktadır.

Konuya verginin her şekilde kişilerin mülkiyet hakkına müdahale niteliğinde olduğu dikkate alınarak bakıldığında, vergi yargısının gördüğü işlevin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Zira vergi, egemen bir devletin hükümlerlik göstergelerinden biri olmasının yanı sıra kamu harcamalarının en önemli finansal araçlarından biridir. Bu yönüyle devletin hakkıdır. Mülkiyet hakkı ise negatif statü haklardan biridir ve hem anayasal (yerine göre yasal) hem de uluslararası hukuk metinlerinde, devletin kullandığı kamu gücü de dâhil olmak üzere yasal dayanağı olmayan ölçüsüz her hangi müdahaleye karşı korunma altına alınmıştır. Hatta bu hakkın korunması bağlamında devlete bir takım pozitif yükümlülükler de yüklenmiştir. Kişilerin mülk edinmesi ve bunlardan barışçıl yararlanması devlet güvencesine bırakılmıştır.

Özetlemek gerekirse vergi, kişilerin mülkiyet hakları üzerine inşa edilen istisnai bir devlet hakkıdır. Bu hakkın ölçü ve sınırları yasalarla belirlenmiştir. Vergi yargısı da bu ölçü ve sınırların tespitini yapmaktadır. Şayet bir vergilendirme, kişinin mülkiyet hakkının teşekkül ettiği alanda, yasalarla kendine ayrılan sınırların dışına çıkmış ise ortada bir ihlal var demektir ve vergi yargısının işlevi bu ihlali ortadan kaldırmaktır. Dolayısıyla vergi yargısı doğası gereği mülkiyet hakkına müdahale edilmek suretiyle ortaya çıkan verginin, yasal ve ölçülü olup olmadığına yargısal anlamda karar veren yegâne mercidir.¹¹ Diğer bir ifadeyle kişilerin mülkiyet hakkı ile devletin vergi alma hakkı arasındaki ince hassas dengeyi gözetmekle görevlidir.

II. VERGİ YARGISININ YAPISAL SORUNLARI

Türkiye’de yargının çözüme kavuşturulması gereken sorunları ve ihtiyaçları hep olagelmıştır. Ancak çalışmamız yalnızca vergi yargısının yargılama pratiğine odaklandığından, bu başlık altında yalnızca vergi yargısının, konumuz kapsamında olan sorunlarına değinilecektir. Dolayısıyla bazı alt yapı sorunları, iş yükü, insan kaynağı vb. gibi hususlar çalışmanın kapsamı dâhiline alınmamıştır.

¹¹ Anayasa ve AİHS kapsamında kalan tüm haklar gibi mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğine bireysel başvuru sisteminin kabul edildiği ülkemizde, Anayasa Mahkemesi karar vermektedir. Yukarıda ifade edilmek istenen bir müdahalenin AYM ve AİHM önüne taşınmadan önce birinci dereceden giderilmesinde vergi mahkemelerinin yargısal anlamda aktif görevli olmamalarıdır.

1. KABINA SIĞMAYAN YARGILAMA

Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden kaynaklı idari uyuşmazlıkların çözümünde görevli vergi yargısı, bazen mali yargı kavramıyla da ifade edilmektedir. Mali yargı terimi, vergi yargısına nazaran daha geniş kapsamlıdır. Klasik bakış açısına göre devletin ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin gelir, gider, borçlanma, devlet mallarının yönetimi gibi mali hukukun konusuna giren tüm mali işlemleri içermektedir. Vergi yargısı ise kamu gelirlerinden yalnızca vergilere ilişkin uyuşmazlıkları çözümlenmektedir.¹² Oysaki gelinen aşamada, vergi yargısı kişilerin hukukunda sonuç doğuran ve devletin gelir elde etme saikiyle yaptığı tüm işlem ve eylemler ile gümrük işlemlerinden kaynaklı idari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktadır. Dolayısıyla vergi mahkemelerinin sunduğu hukuksal korunma, geçmişte yalnızca temyiz ve itiraz komisyonlarının baktığı uyuşmazlık türlerinin çok ötesine geçmiştir. İdari yargı dava formunda açılan ve 2576 sayılı Kanunun yukarıda ifade edilen 6. madde kapsamında kalan tüm idari işlem ve eylemlerden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümü artık vergi yargısının görevi kapsamındadır. Dolayısıyla değişen ve gelişen ülkemiz ve dünya koşullarında, vergi ile bağlantılı olmayan birçok uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerinin adının vergi mahkemesi olması, anılan mahkemelerin işlevlerini ifade etmekten uzak ve daraltıcıdır. Bu tespite, teknik anlamda vergi olmayan gümrük mevzuatından kaynaklı birçok uyuşmazlığın da vergi mahkemelerinde çözüme kavuşturulduğu eklendiğinde, vergi mahkemelerinin adının genişleyen perspektiflerine göre yeniden konulması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda vergi mahkemesi yerine 'mali mahkemeler' ya da 'finans mahkemeleri' tabirleri birer öneri olarak sunulabilir. Öte yandan bu isim değişikliği köklü bir reformla hayata geçirilmelidir. Geniş çaplı bir revizyonla idari mahkemeler ve görev alanları yeniden düzenlenmelidir. Özellikle de mali niteliğe haiz idari uyuşmazlıkların çözümü yeni mali (ya da finans) mahkemelerinin görevine bırakılmalıdır. Örneğin idare mahkemelerince çözüme kavuşturulan ecrimisil uyuşmazlıkları, belediye mevzuatından kaynaklı bir kısım kamu gelirleri ve fonlara ilişkin uyuşmazlıklar gibi mali konuların tamamı, mali (ya da finans) mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmelidir. Tabi burada harcamaların denetlendiği yargısal makam olan Sayıştay'ın görev alanına giren konular kast edilememektedir. Mali hukukun gelir kısmını merkeze alan bakış açısıyla oluşturulan mali konulardaki uzman mahkemelerin verdiği yargısal hizmetin kalitesi ve etkinliği elbette ki mevcut dağınık duruma göre artırılmış olacaktır.

Öte yandan kurulacak mali ya da finans mahkemelerinin idari yargı dava formundan ayrık yönlere daha da belirginleştirilerek yeni bir yargılama usulü

¹² Bu yönde tespitler için bkz. KIRBAŞ Sadık, **Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2006, s. 184

ile donatılmaları gerekir. Bu kapsamda mevcut duruma göre idari yargı dava tipolojisine sığmayan ya da bu yargılama içinde özellik arz eden durumlar, kanunla düzenlenmeli ve bunlara ilişkin gerekli yargısal müesseseler oluşturulmalıdır. Bu doğrultuda uygulamada sıkça karşılaşılan bazı örnekler konunun somutlaştırılması bakımından yararlı olacaktır. Ancak aşağıda örneklendirilen hususlar, idari yargı formunun dışında ayrı bir vergi yargısı kurgulandığında düşünülmelidir.

Vergi yargısının sıkça verdiği tekrar eden kararlara ilişkin uyumsuzlukların tekemmül sürecine mahkeme karar verebilmelidir. İlk anda ya da tek savunma ile karar verilebilecek uyumsuzluklarda tekemmül süreci gereksiz beklenmemelidir. Mahkemeler inisiyatif alarak bazı uyumsuzlukları tek savunma ile tekemmül etmiş kabul edebilme imkânına kavuşturulmalıdır.

İncelemeye dayalı vergi uyumsuzluklarında yargılama duruşmalı yapılmalı vergi inceleme elemanı veya idarenin o konuyla ilgili görevlendireceği bir kişi duruşmada hazır bulunmalı; bu davalarda Mahkeme gerekirse taraflara uzlaşma teklif edebilme imkânına kavuşturulmalıdır.

Oluşturulacak mali mahkemelerin görev alanı, adli yargının görevi içinden kalan Vergi Usul Kanununun (VUK) 359. maddesinden kaynaklı ceza davalarını içerecek şekilde kaleme alınmalıdır.

2. HARÇLANDIRMA SORUNU

Vergi yargısı harçları, hukukumuzda nevi şahsına münhasır alanlardan biridir. Zira harçları düzenleyen 492 sayılı Harçlar Kanununun (1) sayılı tarifesi yargı harçlarını düzenlemişken; (3) sayılı tarifede vergi yargısı harçları ayrıca düzenlemiştir. Bu durum, 492 sayılı Kanunda 1982 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformundan sonra vergi itiraz/temyiz komisyonları yerine kurulan vergi mahkemelerinden ötürü mevcut harç düzeninin, yeni idari rejime uyumlaştırılması çabalarının bir sonucu olarak 2588 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden sonra oluşmuştur. Bu değişiklik 2588 sayılı Kanunun 16. maddesi ile (3) sayılı tarifenin yeniden düzenlenmesi şeklinde değil, başlık ve içerikte yer alan bazı kavramların yeniden adlandırılması şeklinde olmuştur. Söz konusu yasal değişiklikte birlikte, vergi itiraz harçları olduğu şekliyle vergi yargısı harçlarına dönüştürülmüş ve bu tarifeye bir de “suret harçları” eklenmiştir. Diğer bir ifadeyle vergi itiraz harçları olan *başvurma harcı*, *nispi harç* ve *maktu harca bir de suret harçları* eklenmiş ve tarife dört ana başlık altında düzenlenmiştir. Tarifenin içeriğinde de bu harçların hangi makama yapılacak başvuru ve bu makamların hangi işlemlerinde ne miktar ve nispette alınacağı oluşturulan vergi yargısına uygun olarak yeniden adlandırılmıştır.

Bu doğrultuda 492 sayılı Harçlar Kanununun vergi yargısının düzenlendiği üçüncü kısım birinci bölümünde yer alan 2588 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişik “mükellef” başlıklı 53. maddesinde, vergi yargısı harçlarının, harca

mevzu olan işlemlerden dolayı Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay'a başvuranlar tarafından ödeneceği ifade edilmiştir. Harca mevzu işlemler ise aynı Kanunun yukarıda da ifade edilen 52. maddesinde, "*Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede yazılı olanlar...*" olarak düzenlenmiştir.

Konunun usule ilişkin serencamı bu olmakla birlikte vergi yargısında hangi tarifenin uygulanacağı esas açısından da belirsizdir. Şöyle ki mevzuatımızda (492 sayılı Kanun) bir uyumsuzluğun (3) sayılı tarifeye göre harçlandırılmasını öngören en önemli ifade "*Vergi, Resim, Harç ve Benzeri Mali Yükümler ile Bunlara Bağlı Zam ve Cezalara İlişkin Uyuşmazlıklar*" tamlamasıdır. Bu tamlama (ya da ifade) aynı anlamsal çerçevede, hem (3) sayılı tarifenin giriş kısmında hem 492 sayılı Kanunun 52. maddesinde hem de idari yargı mercilerinin harçlarını genel olarak belirleyen 5. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu bu düzenlemelerin tümü, daha önce var olan vergi temyiz/itiraz komisyonlarına yapılacak başvuru sürecinde alınması gereken harçlarla ilgili düzenlemelerle benzer ifadeleri içermektedir.

Ancak vergi temyiz/itiraz komisyonlarının görevleri sadece vergilendirmeye ilişkin itirazları kapsamaktayken yerine kurulan vergi yargısı, sadece vergilendirmeye ilişkin işlemleri değil, 2576 sayılı Kanununun 6. maddesinin delâletiyle vergisel anlamda sonuç doğuran tüm işlemlere karşı başvurulabilecek daha geniş bir görev alanına sahip olmuştur. Ayrıca vergisel işlem ve/veya eylemden kaynaklı tam yargı davaları da yine vergi yargısı tarafından çözüme kavuşturulmaktadır.

Dolayısıyla vergi yargılamasının idari yargı düzeninde sistematize edilmesinden ötürü idare hukuku bağlamında tesis edilmiş kesin ve yürütülmesi gereken birçok işlem artık doğrudan vergilendirme (tarhiyat) sonucunu doğurmasa dahi idari yargılama usulü ilkelerine göre vergi mahkemelerinde dava konusu edilebilmektedir.

Bu nedenden dolayı ki vergi yargısı, kurumsal miras olarak oturtulduğu vergi temyiz/itiraz komisyonlarının dar hukuki zemininin çok ötesinde hukuka uygunluk denetimi yapan ve bu haliyle daha geniş bir hukuksal korunma alanı sunan idari mahkemeler düzenidir. Ancak yerini aldığı temyiz/itiraz komisyonlarından çok daha geniş bir hukuki koruma sunan ve inşa edildiği hukuki zeminde daha kompleks, daha bağımsız ve daha boyutlu olan vergi yargısı işlemlerinin harç noktasında karşılığını tek başına (3) sayılı tarifede bulmak mümkün değildir.

Öte yanda hem vergi hem de idare mahkemelerinin kararlarına yapılan istinaf başvurularını inceleyen BİM'ler ile BİM kararlarının temyiz merci olan Danıştay da idare mahkemelerinin görevine giren uyumsuzlıklardan kaynaklı yargısal işlemler için (1) sayılı tarifeyi; vergi uyumsuzlıklarına ilişkin iş ve

işlemleri için (3) sayılı tarifeyi uygulamaktadır. Böylece aynı yargı kolunda ve hatta aynı yargı mercileri (BİM ve Danıştay) tarafından iki ayrı harçlandırma sistemi uygulanmaktadır.

Tabii ki burada Kanunkoyucunun tercihinin bu olduğu, bir izah olarak düşünülebilir. Lakin uygulamada bu ikilikten kaynaklı hatalı işlemler yapılmaktadır. Örneğin vergi mahkemeleri tarafından (3) sayılı tarifede yer almamasına karşın (1) sayılı tarifenin “Diğer yargı harçları (Müşterek kısım)” başlıklı ‘D’ bölümün ‘c’ bendine göre “vekâlet harcı” adı altında “vekâlet suret harcı” tahsil edilmektedir. Bu örneği uygulamada düşülen bir hata olarak nitelendirmek ve düzeltilmesini uygulayıcılara bırakmak mümkündür. Ancak asıl sorun vergi yargısında görülen davaların mahiyetlerinin gün geçtikçe farklılaşması ve mevcut (3) sayılı tarifede bu davaların karşılığının bulunmamasından kaynaklanmaktadır.

Bu doğrultuda 492 sayılı Harçlar Kanununun “mevzuu” başlıklı 52. maddesini de analize dâhil ettiğimizde, sorun derinlik kazanmaktadır. Zira anılan madde, “*Vergi yargısı işlemlerinden bu Kanuna ekli (3) sayılı tarifede yazılı olanlar, vergi yargısı harçlarına tabidir*” ifadesi yer almaktadır. Kanunun açık lafzından (3) sayılı tarifede yazılı olan işlemler vergi yargısına tabi olup, anılan tarifede yazılı olmayan diğer işlemler (1) sayılı tarife göre harçlandırılmalıdır. Ancak uygulamada bu ayırım gözetilmeden vergi yargısının görevine giren tüm vergi uyuşmazlıkları için (3) sayılı tarife uygulanmaktadır. Yapılacak yasal düzenlemeyle yargılama faaliyetine ilişkin ikili harç tarifesinden vazgeçilmelidir.

3. HÜKÜM FIKRASINDA KULLANILAN İFADELER

Vergi mahkemelerinin, idari yapı içerisinde yer alan temyiz ve itiraz komisyonlarından gelen görevlilerden oluşturulması nedeniyle anılan komisyonlarda uygulanan sistemin ürettiği kurumsal dil vergi mahkemelerine de aktarılmıştır. Bu üslup zamanla oturmuş ve vergi yargısının genel kabul görmüş yanığı olarak kökleşmiştir.

Somutlaştırmak gerekirse; vergi mahkemeleri idari yapıdan bağımsız ve hiçbir hiyerarşi içinde bulunmamalarına karşın; kararlarında, hâlen, idari hiyerarşi içinde üst mercilerin kullandığı bir üslup kullanabilmektedir. Örneğin tarh işleminin iptaline karar verildiği durumlarda hâlen “*davanın kabulüne tarhiyatın terkinine*” ya da “*kaldırılmasına*” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Yine davanın reddedildiği durumlarda, “*davanın reddine, tarhiyatın tasdikine*” ya da kısmen ret halinde “*tadilen tasdikine*” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Bu ifadeler, tamamen hiyerarşik anlamda üst idari mercinin, alt mercilerin işlemlerini denetlerken kullandığı üslubun ürünüdürler. Oysaki hukuka uygunluk denetimi yapan ve sonunda hukuka aykırı gördüğü işlemleri iptal eden ya da kısmen iptal eden vergi yargısı mercilerinin, bu kavramlar yerine

idari yargı formuna daha uygun “iptal, ret, kısmen iptal kısmen ret” veya tam yargı niteliğinde olan davalar için “kabul, ret, kısmen kabul kısmen ret” gibi kavramları kullanmaları gerekmektedir.¹³

4. İDARİ YARGILAMA FORMUNUN DIŞINA TAŞAN YARGILAMA PRATİKLERİ

Vergi yargısının da içinde yer aldığı idari yargılama hukukunda, idari dava türleri iki ana kategoride şekillendirilmiştir.¹⁴ Bunlar iptal ve tam yargı davalarıdır. Nitekim idari dava türlerini ve idari yargı yetkisini düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi şu şekildedir: “*idari dava türleri şunlardır:*

a) *İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları,*

b) *İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalar,*

c) *Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.”*

Görüldüğü üzere idari davalar, esasında iptal ve tam yargı davalıdır. Bunların haricinde maddenin c bendinde idari sözleşmelerden doğan davalardan bahsedilmekle birlikte; bu davalar da yine bu iki dava türünün kapsamında kalmaktadırlar.¹⁵

Ancak vergi mahkemeleri tarafından çözüme kavuşturulan bir kısım uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulma pratikleri, yukarıda ifade edilen genel idari dava formlarına uymamaktadır.¹⁶ Örneğin defter belge ibraz etmemeden kaynaklı KDV indirimlerinin reddine dayalı yapılan tarhiyatlara karşı açılan davalarda, hukuka uygunluk denetiminin sınırları aşılarak, yargılama verginin tespitine dönüşmektedir. Nitekim Mahkemeler yıllardan beri oturmuş (ki yavaş

¹³ Burada verilen karar türlerinin usul hükümlerine göre çok sayıda varyasyonu olabilir.

¹⁴ Detaylı açıklamalar için bkz. CANDAN Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, ss. 55-241

¹⁵ Konuyla ilgili bkz. KARAVELİOĞLU Celal, **Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Karavelioğlu Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, ss. 68-449.; YENİCE Kazım, ESİN Yüksel; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 1983, ss. 10-126.

¹⁶ Doktrinde vergi davalarının esasında idari dava türlerinden hangi kategoriye ilişkin olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Vergi davalarının niteliğine ilişkin görüşler ve tartışmalar için bkz. SARIASLAN Osman, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, ss. 7-81; ARMAĞAN Ramazan, “Yönetmelikte Vergi Davalarının Niteliği: Tam Yargı – İptal Davası Tartışmaları”, **Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1, ss. 127-145; AĞAR Serkan, “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği”, <http://www.idare.gen.tr/agar-vergidavaları.htm> (24.4.2018)

yavaş değişmeye başlamış olduğunu da ifade etmek gerek) içtihattan ötürü, anılan davalarda defter belge ibraz yükümlülüğünün ve bunun muafiyetine ilişkin yasal alanın denetlenmesi ile sınırlı bir inceleme yapmak yerine, defter ve belgeleri kendileri isteyip idarenin yapması gereken vergi incelemesini kendileri yapmakta ya da yaptırmaktadır. Bu da uygulamada defter ve belgelerin ya idareye ya da bağımsız bir bilirkişiye gönderilmesi suretiyle yapılmaktadır. Böylece yargı merci (varsa) matrah farkını kendisi belirlemekte ve bu sonuca göre hüküm tesis etmektedir.¹⁷ Üstelik gelen raporda, şayet davacının alışlarında hakkında olumsuz rapor bulunan mükellefler bulunduğu ifade edilmiş ise bu kez söz konusu ticari ilişkinin denetimi yapılmakta; idarenin ilk işlemde gösterdiği tarh sebebi (işlemin sebep unsuru) olan defter belge ibraz etmeme nedeninden sapılarak, ilk nedenden bağımsız ve mahkeme eliyle yürütülen bir vergi incelemesine dayalı vergilendirme yapılmaktadır.¹⁸ Bu uygulamayla fiili olarak idari yargının iptal davalarında sahip olduğu “işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlı” yetkisinin dışına çıkılmaktadır.¹⁹ Böylece, bu davalarda yapılan yargılama, idari yargılamadan çok adli yargı hukuk mahkemelerinin somut olay incelemesine dönüşmektedir.²⁰

¹⁷ İstanbul 2. Vergi Mahkemesi'nin 25/06/2012 tarih ve E:2011/466, K:2012/1779 sayılı kararı ile bu kararı onayan Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 01.10.2015 gün ve E:2012/9602 K:2015/10163 sayılı kararı.

¹⁸ Örneğin İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 23.12.2011 tarih ve E:2010/1496, K:2011/4244 sayılı kararında, defter ve belgelerini ibraz etmeyen kişi hakkında yapılan üç kat cezalı KDV tarhiyatına karşı açılan dava için davacıdan defter ve belgeler istenmiş ve gelen evraklar idareye gönderilerek incelenmiştir. İncelemede alışların bazılarında olumsuzluk tespit edildiği ifade edildiğinden Mahkeme bu kez söz konusu alışların gerçekliğini incelemeye geçmiş ve davacının alış yaptığı mükellefleri incelemiştir. Sonuçta bir kısım alışlarından kaynaklı indirimlerini reddetmiş, bir kısmını da kabul ederek; davanın kısmen kabulüne kısmen reddine hüküm kurmuştur. Karara karşı yapılan temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi ise 31.12.2015 tarih ve E:2012/2157 K:2015/201132 sayılı kararı ile alışlarında yer alan mükelleflerden olan biri ile davacının ilişkisinin gerçek olduğu kabulüyle kararın redde ilişkin bir kısmını bozmuştur. Yani yargılama tamamen maddi olay denetimi ekseninde yapılmıştır.

¹⁹ Öte yandan yukarıda ifade edilen yargısal işlemlerin, adaletin öz itibarıyla tesisini sağlamak adına yapıldığı bir izah olarak söylenebilir. Lakin yargılamanın yasallığı ilkesinin bir gereği olarak, bu yetki yasal düzeyde belirlenmeli ve vergi mahkemelerinin yargılama pratikleri yeniden düzenlenmelidir. Öyle ki yargılama sürecinin daha etkin olması yasal bir tercih olarak ortaya konulduktan sonra, vergi yargısı matrahın taraflar arasında belirlenmesine varacak kadar idari yargı yetkisinin dışında yetki kullanma imkânına kavuşturulmalıdır. Ancak mevcut yasal düzenleme vergi yargısını yalnızca hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırmıştır. Bunun gerekleri ise tümüyle hayata geçirilmelidir.

²⁰ Benzer şekilde, mükellef hakkında yapılan bir vergi incelemesine dayalı olarak tarhiyat öncesi uzlaşma sağlanamaması halinde henüz ortada tarhiyat işlemi yokken yani ihbarname tebliğ edilemeden vergilere karşı açılan davalarda bazı mahkemelerce işin esasının incelenmektedir. Yani ortada kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemi bulunmazken ve 213 sayılı Kanunun 377. maddesine rağmen işin esasının incelenmesi söz konusu olabilmektedir.

Esasında bu durum da vergi yargısının devraldığı temyiz/itiraz komisyonlarının mirası ile doğrudan ilgilidir. Eski uygulamalar yeni dönemi de şekillendirmiştir. Dolayısıyla temyiz/itiraz komisyonlarının kurumsal mirası yeni kurulan vergi yargısı sisteminin inşa süreçlerini doğrudan etkilemiş ve bu sürecin ana belirleyicisi olmuştur.

III. VERGİ YARGISINDA KANUN YOLLARI VE İSTİNAF REFORMU

1. VERGİ YARGILAMASINDA KANUN YOLLARI

1.1. Olağan Kanun yolları

1982’de 2577 sayılı Kanunla iki aşamalı olarak yapılandırılan idari yargı, 6545 Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla 2577 sayılı İYUK’ta yapılan değişikliklerle getirilen istinaf müessesesiyle üç aşamalı (dereceli) bir yapıya kavuşmuştur. Buna göre:

- İlk aşamada ilk derece mahkemeleri olarak vergi ve idare mahkemeleri,
- İkinci aşamada istinaf mahkemeleri olarak Bölge İdare Mahkemeleri,
- Üçüncü aşamada ise temyiz mahkemesi olarak Danıştay bulunmaktadır.

6545 sayılı Kanun, Türk İdari Yargısında önemli bir kırılmaya vesile olmuştur. Bundan böyle idari yargıda kanun yolları birbirinden bağımsız ve tek aşamalı olmayıp birbirinin devamı niteliğinde ve üç aşamalı (dereceli) olarak düzenlenmiştir. Ancak Kanun her karar için istinaf yolu öngörmediği gibi her istinaf kararı için de temyiz incelemesi öngörmemiştir. Yalnızca Kanunda belirtilen kararlar için bu kanun yolları mümkündür.

Ayrıca istinaf müessesinin Türk İdari Yargı düzenine katılması ile birlikte itiraz ve karar düzeltme yolları kaldırılmıştır. Ancak 6545 sayılı Kanunun 27. maddesi ile 2577 sayılı Kanunla eklenen geçici 8. maddeyle, 6545 sayılı Kanunla kanun yoluna ilişkin getirilen düzenlemelerin istinaf yetkisine haiz yeni BİM’lerin yurt genelinde faaliyete başlayacağı tarihe kadar mevcut hükümlerin geçerli olacağına hükmedilmiştir. Nitekim gelinen aşamada istinaf yetkisine haiz BİM’ler kurulmuş ve faaliyete geçmişlerdir. Bununla beraber aynı hükümle eski sisteme göre verilen kararların, karar verildiği tarihte tabi olduğu kanun yolu incelemelerinin yapılıp tamamlanmasına kadar istinaf öncesi kanun yollarının varlığının devam ettireceği düzenlenmiştir.²¹ Bu nedenle

Şüphesiz bu uygulama, ilgilinin hakkında ihbarname tebliğinden sonra, ‘nasılsa dava açtım yeniden dava açmama gerek yok’ deyip hareketsiz kalması durumunda, muhtemel bir hak kaybının önüne geçmek adına yapılmaktadır. Ancak burada vurgulanması gereken nokta bu uygulamanın idari yargılama formuna uyumluluk göstermediğidir. Bu yönde karar için Danıştay Üçüncü Dairesinin 28.9.2017 gün ve E:2016/1025 K:2017/6359 sayılı kararı.

²¹ 6545 sayılı Kanunun 27. Maddesi ile 2577 sayılı İYUK’a eklenen geçici 8. madde, “İvedi yargılama usulü hariç olmak üzere bu Kanunla idari yargıda kanun yollarına ilişkin getirilen hükümler, 2576 sayılı Kanunun, bu Kanunla değişik 3 üncü maddesine göre kurulan bölge idare mahkemelerinin tüm yurttaki görevi başlayacakları tarihten sonra verilen kararlar

uygulamadaki varlığını belirli bir süre daha sürdürecektir olan itiraz ve karar düzeltme yollarından da bu başlık altında kısaca söz etmek gerekmektedir. Bu, aynı zamanda istinaf sisteminin sorunlu yanlarını ortaya koyma çabamızda, mukayese imkânı sunması bakımından, kolaylık sağlayacaktır.

1.1.1. İtiraz

6545 sayılı Kanunun 3, 4, 5, 6, 7, 8 ve 9. maddeleriyle istinafa dönüştürülmüş olmasına karşın itiraz yolu, idari yargının oluşumundan bu yana idari yargılama hukukunda varlık göstermiş kendine has bir kanun yoluydu.

İtiraz, idari yargılama hukukunda, idare ve vergi mahkemeleri tarafından İYUK'un 45. maddesinin 6545 sayılı Kanun 19. maddesi ile değişmeden önceki halinde sayılan hususlarda (heyetle olsa bile) ve tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bir kanun yolu olarak öngörülmüştü. Bununla beraber itiraza tabi olan kararlar ayrıca temyize konu edilememekteydi.²²

İtiraz başvurusu vergi mahkemesi kararının tebliğinden itibaren otuz gün içerisinde yapılmaktaydı. İtiraz başvurusunun hukuki niteliği ile ilgili olarak ise itiraz yolunu temyiz yolu olduğunu savunanlar olduğu gibi istinafa da benzetenler bulunmaktaydı. İtiraz üzerine BİM, ilk derece mahkemesinin kararının maddi ve hukuki noktalardan ele alıp yeniden incelemesi ve hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın yeni olaylara ve delillere dayandırabilmesi bakımından istinafa benzemekle birlikte; verdiği kararları kesin olması, Danıştay nezdinde temyizi yasal olarak mümkün olmaması ve temyiz yolunun şekil ve usullerine tabi olması ise itiraz yolunu, istinaftan uzaklaştırıp bir tür temyiz yoluna yaklaştırmaktaydı.²³

İtiraz başvurusunun temyiz başvurusundan en temel farkı ise itiraz mercinin önüne gelen uyuşmazlıkta sadece ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın İYUK 49. maddesinde²⁴ düzenlenen inceleme konuları ile sınırlı

hakkında uygulanır. Bu tarihten önce verilmiş kararlar hakkında, kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan kanun yollarına ilişkin hükümler uygulanır"

²² 6545 sayılı Kanunun 103/b maddesi uyarınca ilga edilen İYUK'un 47. maddesi.

²³ SARIASLAN, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, s. 245.

²⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi:

"1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

*a) Kararı hukuka uygun bulursa onar. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar.
b) Kararda yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar.*

2. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay;

a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,

b) Hukuka aykırı karar verilmesi,

c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması,

sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar.

bir yetki kullanmamasıdır. İtiraz yolunda BİM, temyiz yetkisinin yanında (ilk inceleme üzerine verilen kararların itiraz incelemeleri istisna olmak şartıyla) işin esası hakkında yerel mahkemenin kullandığı yargılama yetkisine de sahipti. Dolayısıyla BİM itiraz yolunda, istinaf incelemesine benzer bir yetki kullanmaktaydı.

1.1.2 İstinaf

İstinaf kanun yoluna aşağıda ayrıca değinileceğinden bu başlıkta şunları ifade etmekle yetinilecektir. İstinaf, ilk derece mahkemesi ile temyiz incelemesi arasında, ikinci derece bir denetim mekanizması öngörmektedir. Öyle ki istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerden denetlenerek, hukuka aykırılıkları ortadan kaldırma maksadına yönelik bir kanun yoludur.²⁵ İstinaf uygulanmasında, ilk derece mahkemesi kararından sonra, karara karşı önce istinaf incelemesi talep edilecek, istinaf denetiminden sonra gerekli görülürse (ve temyiz yolu açıksa) temyize başvurulacaktır.

1.1.3. Temyiz

Genel anlamda temyiz, hüküm mahkemelerinden verilen kararların usul ve kanuna uygun olup olmadığının üst mahkeme tarafından incelenmesini sağlayan bir kanun yoludur.²⁶ Temyiz kurumu da tıpkı itiraz gibi 6545 sayılı Kanunla büyük bir değişiklik yaşamıştır. Buna göre Danıştay'ın iş yükünün azaltılması ve bir içtihat mahkemesine dönüştürülmesi maksadına yönelik olarak (ivedi yargılama usulüne göre verilen kararların haricinde) yerel mahkemelerin kararı doğrudan temyiz edilememektedir.

Yeni düzende temyiz incelemesinin niceliksel alanı daraltılmıştır. Buna göre istinaf incelemesi sonucu BİM'ler tarafından verilen ve sadece kanunda temyiz yolu açık olan kararlar için temyiz yolu mümkün kılınmıştır. Buna göre değeri yüz bin Türk Lirasının altında kalan davalarda verilen kararlara karşı temyiz yolu kapatılmıştır.²⁷ Bu miktarı aşan davalarda ise kararı veren mahkemenin değil BİM kararına karşı temyiz yoluna başvurulmaktadır.

3. Kararların kısmen onanması ve kısmen bozulması hâllerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir.

4. Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde bu madde ile ısrar hariç 50 nci madde hükümleri kıyasen uygulanır.

5. Temyize konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim aynı davanın temyiz incelemesinde görev alamaz."

²⁵ AVCI Mustafa, "İdari Yargıda İstinaf", **TBB Dergisi**, Y.2011, S.96, s. 180

²⁶ YENİCE/ESİN, s. 721

²⁷ 2577 sayılı İYUK'un ek 1. maddesinde yer alan "213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır." hükmü gereğince söz konusu rakamlar her yıl yeniden değerlendirme oranına göre değişmektedir. Ancak çalışmada anlatımda kolaylık sağlanması bakımından Kanunda ifade edilen rakamlar kullanılmıştır.

Temyiz başvuruları, 6545 sayılı Kanunla değişmeden önceki halinde tıpkı itiraz başvurularında olduğu gibi ilgili mercisine gönderilmek üzere kararı veren mahkemeye yapılmaktaydı. Ancak 6545 sayılı Kanunun 21. maddesi ile değişik 48. maddesine göre temyiz başvuruları, istinaf incelemesi üzerine kararı veren BİM'e ya da BİM' gönderilmek üzere yerel mahkemeye yapılmaktadır.

Temyiz incelemesinde, temyiz mercinin kararı veren mahkeme yerine geçerek hüküm tesis etmesi mümkün değildir. Temyiz merci sadece *"a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b) Hukuka aykırı karar verilmesi, c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması,"* gibi üç husustan kararı inceler ve bu hususlardan birine aykırı gördüğü kararı bozar. İncelemesi ve yetkisi bununla sınırlıdır. Bu kuralın tek istisnası ivedi yargılama usulünde yapılan temyiz incelemesidir. Bu usulde Danıştay temyiz incelemesi sonucunda kararı bozarsa işin esası hakkında da karar vermektedir. Bu kararlar kesindir.

Ayrıca temyiz başvurusu temyize konu istinaf kararının ilgisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde yapılmalıdır.²⁸

1.1.4. Karar Düzeltme

İdari yargı düzeninde olağan kanun yollarında bir diğeri de karar düzeltmeydi. Ancak karar düzeltme müessesesi, 6545 sayılı Kanunla idari yargı düzenine getirilen istinaf incelemesinin bir sonucu olarak 6545 sayılı Kanunun 103/b maddesiyle kaldırılmıştır.

Karar düzeltmeyle Danıştay Dava Daireleri ile İdari veya Dava Daireleri Kurullarının temyiz makamı olarak verdikleri kararlar ile BİM'lerin itiraz üzerine verdikleri kararların, bir defaya mahsus olmak üzere, kanunda gösterilen süre içinde ve yine kanunda belirtilen hususlarla sınırlı olarak, kararı veren merci tarafından yeniden gözden geçirilmesi amaçlanmaktaydı.

1.2. Olağanüstü Kanun Yolları

İdari yargılama hukuku ve onun içinde yer alan vergi yargılama hukukunda, kesinleşmiş nihai mahkeme kararlarına karşı İYUK'ta belirlenen süre ve koşullarda üst makam başvurmak mümkündür.²⁹ Bu başvuruların olağanüstü olarak ifade edilmesinin sebebi ilk derece mahkemesince verilen kararın temyiz ya da istinaf aşamasından geçmeden veya geçerek kesinleşmiş olmasından ötürüdür. Zira kesinleşmiş mahkeme kararı hukuk âleminde sonuçlar, hak ve yükümlülükler doğuran ilamlardır. Ancak hayatın olağan akışı içinde oluşabilecek bazı durumlarda kesinleşmiş mahkeme kararlarının dahi

²⁸ Ancak taraflardan birinin kararı süresinde temyiz etmesi üzerine, temyiz eden tarafın temyiz dilekçesi kendisine tebliğ edilmesi üzerine otuz günlük cevap verme süresi içerisinde sunacağı dilekçe ile kararı temyiz edebilme imkânı bulunmaktadır.

²⁹ YÜCE Mehmet, **Vergi Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2013, ss. 246

yeniden incelenmesi gerekebilmektedir. İşte bu gibi durumlar düşünülerek idari yargılama hukukunda olağanüstü kanun yolu başvurularına yer verilmiştir. Bunlar: kanun yararına temyiz ve yargılanmanın yenilenmesidir.

1.2.1. Yargılamanın Yenilenmesi

İdari yargılama hukukunda, yargılanmanın yenilenmesi Danıştay'ın bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin kesin hüküm halini alan kararlarına karşı İYUK'un 53. maddesinde belirtilen sebepler dolayısıyla yapılan olağanüstü bir kanun yoludur. Bir kararın yargılanmanın yenilenmesine konu edilebilmesi için o kararın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen bir karar olması gerekmektedir. Yoksa Danıştay ve bölge idare mahkemeleri tarafından verilen kanun yoluna ilişkin kararları yargılanmanın yenilenmesine konu edilememektedirler.³⁰

Yargılanmanın yenilenmesi talebi esas kararı veren mahkemeden istenebilmektedir. Yargılanmanın yenilenmesine ilişkin talebin haklı bulunması halinde kararı veren merci tarafından davaya yeniden bakılır. Bu durumda ya hükmün tamamı ya da bir kısmı değiştirilir. Artık o uyumsuzlukla ilgili geçerli olan karar yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen yeni karardır. Son olarak, yargılanmanın yenilenmesi talepleri, ilk dava başvurusu gibi mahkemelerin esasın kaydedilmekte ve taleplere ilişkin verilen ret ya da kabul kararları da davanın niteliğine göre kanun yoluna konu edilmekte ya da edilememektedir.

1.2.2. Kanun Yararına Temyiz

Kanun yararına temyiz, Danıştay Başsavcısının ilk derece mahkemelerinin temyiz edilmemiş ve kesinleşmiş kararlarını doğrudan veya ilgili Bakanlığın göstereceği lüzum üzerine, Danıştay ilgili dairesinde temyiz etmesidir. Diğer bir anlatımla kanun yararına temyiz, yargılama sürecinde oluşturulan kanun yolu denetimi ile ilk derece mahkemelerinin kararlarının hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması suretiyle yargı kararlarında oluşan hukuka aykırılıkların giderilmesi ve kararın hukuk düzeninde yaratmış olduğu bozulmaların onarılmasıdır.

Kanun yararına temyiz, idari yargılama hukukunda 6545 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde “kanun yararına bozma” adını taşımaktaydı. 6545 sayılı Kanunla idari yargı düzenine istinaf kanun yolu getirilmiş olduğundan, *kanun yararına bozma* kavramı *kanun yararına temyiz* olarak değiştirilmiştir. Buradaki değişiklik sadece isimle sınırlı kalmamış, madde metninde yer alan Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği ve temyiz incelemenden geçen kararları kanun yararına temyiz kapsamından çıkarılmıştır.

Bu çerçevede 2577 sayılı Kanunun 6545 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik 51/1. maddesine göre idare ve vergi mahkemeleri ile bölge

³⁰ TEKİN Cem, “Vergi Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, Yıl: 28, Sayı: 204, Eylül 2005, s. 57

idare mahkemesinin kesin olarak verdiği kararları ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz edilebilmektedir. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulmaktadır. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan merci kararının hukuki sonuçlarını kaldırmamaktadır. Ancak kararın bozulması ile hukuka aykırı bir karar emsal olma niteliği ile birlikte hukuk âleminde kaldırılmış olmaktadır. Bu kararın hukuk âleminde kaldırıldığını duyurmak maksadıyla da bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazete’de yayımlanır.

2. VERGİ YARGILAMASINDA İSTİNAF

İstinaf, Arapça bir kelime olup yeniden başlamak demektir.³¹ Hukuk dilindeki karşılığı ise ilk derece mahkemesi kararlarına karşı en üst dereceli mahkemeden önce ikinci derecede başvurulmuş kanun yoludur.³² Dolayısıyla istinaf, ilk derece mahkemelerinin henüz kesinleşmemiş nihai kararlarının hem maddi hem de hukuki yönlerden denetlenerek hukuka aykırılıklarının giderilmesini konu alan bir kanun yoludur. İstinaf kanun yoluyla daha önce verilmiş bir mahkeme kararı, üst bir mahkeme tarafından olay ve hukuki meseleler yönünden tekrar incelenebilmektedir.³³

6545 sayılı Kanununun 19. maddesi ile 2577 sayılı İYUK’un “itiraz” başlıklı 45. maddesi değiştirilerek “İstinaf” olarak düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu maddenin 6545 sayılı Kanun ve daha sonra görülen lüzum üzerine sistemde aksayan yönlerin düzeltilmesi amacıyla çıkarılan 7035 Sayılı Kanunundan sonra İYUK 45. maddesi şu şekli almıştır:

“1. İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz.

2. İstinaf, temyizın şekil ve usullerine tabidir. İstinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap

³¹ ÖZTÜRK Bahri, “İstinaf Yargılamayı Yavaşlatır mı?”, Fasikül, 2010, Yıl: 2, Sayı: 8, s. 14’den aktaran KESKİN Züleyha, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, **TBB Dergisi**, Yıl:2016, Sayı: 126, s. 236

³² YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 354-355

³³ ÜSTÜN Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 15

ve istekle bağılı kalınlmaksızın dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir.

3. Bölge idare mahkemesi, yaptığı inceleme sonunda ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir. Karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise gerekli düzeltmeyi yaparak aynı kararı verir.

4. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir.

5. Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir.

6. Bölge idare mahkemelerinin 46'ncı maddeye göre temyize açık olmayan kararları kesindir. Bu kararlar, dosyayla birlikte kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilir ve bu mahkemelerce yedi gün içinde tebliğe çıkarılır

7. İstinaf başvurusuna konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim, aynı davanın istinaf yoluyla bölge idare mahkemesince incelenmesinde bulunamaz.

8. İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamaz.”

İstinaf kanun yolu tıpkı itiraz da olduğu gibi 30 günlük süreye tabi kılınmıştır. Konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında verilen kararlar için istinaf yolu kapatılmıştır. Bu kararlar kesindir.

İstinaf incelemesinde BİM'ler, kararı hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunu reddetmekte; uygun bulmazsa istinaf başvurusunun kabulüne karar verip ilk derece mahkemesi kararını kaldırmaktadır. Bu takdirde işin esası hakkında kendisi yeniden karar vermektedir. İstinaf başvurusunun kabulüne karar verildikten sonra inceleme esnasında gerekli gördüğünde BİM, kararı veren mahkemeyi veya başka bir vergi veya idare mahkemesini bazı yargısal işlerin yapılması için naip/vekil tayin edebilmektedir. Bu takdirde ilgili mahkeme kendisinden istenen işleri ivedilikle ve öncelikle yapacak ve BİM'e bildirecektir. Bu yöntem, BİM'lere tanınan yeni bir yetkidir.

İstinaf yolunda da itiraz yolunda olduğu gibi ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan başvuru kabul edilirse veya davaya görevsiz veya yetkisiz

mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış ise; BİM, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp, yeniden karar verilmek üzere dosyayı mahkemesine göndermektedir. İstinaf incelemesinde BİM hukuka uygun bulmadığı kararı bozmamakta “kaldırmaktadır”. Hukuka uygun bulunduğu halde maddi yanlışlıklara ilişkin düzeltmeler yapmışsa aynı kararı vermektedir. Diğer bir ifadeyle maddi yanlışlıkların düzeltilmesi halinde düzelterek onama kararı değil, aynı karar verilmektedir.

İstinaf, ilk derece mahkemesi ile temyiz merci arasında ara bir yoldur. Önce yerel mahkemede ilk derece yargılaması yapılarak karar verilmekte; ardından da BİM’de istinaf incelemesi yapılmakta; son olarak da temyiz yolu açık olan kararlar için (şayet gidilirse) Danıştay tarafından temyiz incelemesi gerçekleştirilmektedir. Ancak her karar için bu geçerli değildir. Hangi kararların istinafa tabi olduğu, istinafa tabi kararların da hangilerinin temyize tabi olduğu 6545 sayılı Kanunla değişik 2577 sayılı Kanunun 45 ve 46. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre

Parasal değeri beş bin³⁴ Türk Lirasını (TL) geçen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları istinafa tabidir.

2577 sayılı Kanunun 6545 sayılı Kanunun 20. maddesi ile değişik 46. maddesinde belirlenen konularla ilgili verilen bölge idare mahkemesi kararları temyize tabidir.

Değeri beş bin TL geçemeyen vergi davalarına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları istinafa kapatılmıştır. Bu kararlar verildiği tarihte kesindir. Ancak bu kararların dışında esasa dair verilen her karar istinafa tabidir. Esasen bu durum ivedi yargılama usulünün geçerli olduğu davaların haricinde idare mahkemeleri için de geçerlidir. İvedi yargılama usulü, istinaf ve temyiz incelemesine ilişkin usullerin bir nevi birleştirilmiş halidir. Dolayısıyla bu usule göre verilen kararlar için istinaf yolu öngörülmemiştir.

İstinaf yolu, daha önce itiraz yolunda olduğu gibi temyiz yolunun şekil ve usullerine tâbi kılınmıştır. Ancak istinaf yolunda, itiraz incelemesinden farklı olarak, istinaf başvurusuna konu olacak kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularında dilekçelerdeki hitap ve istekle bağlı kalınmaksızın yasa gereği dosyalar BİM’e gönderilmektedir. Dilekçeler hatalı hitap ve istekten ötürü reddedilmemektedir.

³⁴ Yeniden değerlendirme oranına göre güncel rakamlar değişse de bu çalışmada, anlatım kolaylığı ve yeknesaklık sağlamak adına Kanunda geçen tutarlar üzerinden analiz yapılmıştır.

IV. VERGİ YARGISINA GETİRİLEN İSTİNAF SİSTEMİYLE BİRLİKTE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN YENİ SORUN ALANLARI

1. SİSTEMSEL SORUNLAR

1.1. İstinaf Sisteminin Tüm Gereklilikleriyle Hayata Geçirilmemiş Olması

İstinaf sistemi, klasik anlamda üç dereceli faaliyet gösteren bir yargılama sistemidir ve kural olarak istinaf incelemesi sonucunda verilen kararlar kesin değil, üst mahkemenin yapacağı temyiz incelemesine tabidir.³⁵ Ancak Türkiye’de hayata geçirilen istinaf sistemi, klasik anlamda istinaf sisteminden farklı olarak, istinaf mercilerinin verdiği tüm kararların değil, yalnızca bazı konu ve miktarlara ilişkin kararlarının temyize konu edilebileceğini benimsemiştir. Bu çerçevede BİM’lerin istinaf incelemesi neticesinde verdikleri temyize tabi olmayan kararlar nedeniyle istinaf sistemi tam olarak benimsenmiş olmamaktadır. BİM’lerin temyize kapalı kararları daha önce itiraz incelemesinde verdikleri kararlar gibi kesindir. Öyle ki itiraz kanun yolunda karar düzeltme yoluyla kararın yeniden gözden geçirilmesi imkânı söz konusuysa yeni durumda bu yol da bulunmamaktadır. Bu durumu istinaf gibi dereceli incelemeyi öngören ve bu yönüyle daha etkin bir hukuki güvence sunan sistemle tam olarak bağdaştırmak mümkün değildir.

Dolayısıyla Türkiye’de, hayata geçirilen sistem eski itiraz uygulamasının faydalı yanlarını da dikkate alarak tasarlanmış bir istinaf sistemidir. 6545 sayılı Kanunla getirilen sistem esasında klasik anlamda bir istinaf sistemi değildir. Özünde yargı mekanizmasını hızlandırmak ve yargılamanın bir an evvel sonlandırılmasını sağlamak vardır. Bu da haliyle getirilen istinaf sisteminin özünde olan dereceli incelemeden hedeflenen kamusal yararının hayata geçirilememesi demektir. Özellikle de bir kısım kararların istinaf incelemesine, bir kısım kararların da temyiz incelemesine kapatılmış olması sisteminin ana sorun merkezini oluşturmaktadır.

İdari yargı sistemimizin esinlendiği Fransa’da kural olarak bütün kararlar istinaftan sonra temyize tabi³⁶ olduğu dikkate alındığında; getirilen istinaf sisteminin Türkiye’ye özgü ve asıl hedeflenenin dereceli incelemenin hayata geçirilmesinden çok Danıştay’ın iş yükünün hafifletilmesi ve yargılama sürelerinin kısaltılması olduğu anlaşılmaktadır.

1.2. Aynı Mahkemede Aynı Konuda Farklı Kararların Verilmesi Nedeniyle Yargıya Duyulan Güvenin Menfi Etkilenmesi

İdari yargılama hukukunun en temel özelliklerinden biri de idarenin bütünlüğü ve hatta bütüncüllüğü ilkesidir. Bu ilkenin ve üniter devlet anlayışının

³⁵ Mustafa Avcı, “İdari Yargıda İstinaf”, *TBB Dergisi*, Yıl:2011, Sayı: 96, s. 180

³⁶ ÜSTÜN, s. 24

bir sonucu olarak ortaya çıkan idari ihtilaflar öz itibariyle benzerlikler göstermektedir. Buna mukabil beş bin TL ve altındaki benzer davalarda iki hâkim tarafından iki farklı yorumla iki farklı kararlar verilebilmektedir. Ayrıca bu kararlar verildiği andan itibaren kesin hüküm niteliğindedir. Şüphesiz bu iki karar da adil ve hukuka uygun olabileceği gibi ikisi de bu niteliklerden yoksun olabilir. Ya da biri diğerinden daha adil ve hukuka uygun olabilir. O vakit kişilerin talihinden ve tabii hâkim güvencesinden başka konunun başka bir izahı bulunmamaktadır. Zira bir hâkim (x) kararını verirken bir hâkim (y) kararını verebilecektir. Üstelik bu iki uyuşmazlığın aynı mahkemeye açılmış iki ayrı dava olduğu durumlarda ikisine de aynı Mahkemenin karar evrakı gönderilecektir.

Öte yandan bu durum istinaf öncesi dönemde de vergi yargılamasının karşılaştığı sistemsel sorunlardan biriydi. Yeni sistemde bu sorunun artarak devam ettiğini görüyoruz. Bu durumlar haliyle yargıya ve hukuk devletine olan güvenin sarsılmasına neden olmaktadır.

1.3. Tarafları ve Konusu Aynı Olan Davalarda Verilmiş Üç Farklı Kararın Üç Ayrı Şekilde Kesinleşmesi

Bu sorun yukarıda ifade edilen sorun alanının başka bir şekilde tezahürüdür. Vergi yargılamasının ürettiği içtihat bağlamında en önemli sorun alanıdır. Zira vergi ve istinaf mahkemelerince verilen birbirinden farklı kararlar yine birbirinden farklı sonuçlarla kesinleşebilmektedir. Örneğin aynı maddi olaydan kaynaklanan tarafları aynı olan ancak miktar olarak biri beş bin TL'nin altında, diğeri yüz bin TL'nin altında, üçüncüsü ise yüz bin TL'nin üzerinde olan üç dosyanın bulunduğunu varsayalım. Bu durumda³⁷ (ki bu KDV dönemlerine ayrı ayrı dava açılması halinde sık karşılaşılan bir durumdur) beş bin TL'nin altında kalan dosya için verilen karar verildiği anda kesindir. Yüz bin TL'nin altında kalan dosya için verilen karar istinaf mercinin onama kararı ya da ilk kararı kaldırarak verdiği başka bir karar ile kesinleşmektedir. Yüz bin TL'nin üstünde kalan üçüncü dosya için verilen karar ise istinaftan sonra temyize tabi bir karar olduğundan, Danıştay'ın istinaf mercinin kararından ayrı bir bozma karar verebilme durumu söz konusu olabilmektedir. Bu takdirde istinaf mercinin direnme hakkı var ise de direnme kararının Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından bozulması halinde, bu bozma kararına uyulması zorunlu olduğundan BİM bozma kararı doğrultusunda karar verecektir. Böylece aynı maddi olaydan kaynaklanan tarafları ve konusu aynı olan vergi uyuşmazlıklarında verilen kararlar üç farklı sonuçla kesinleşecektir. Dolayısıyla bu durum, istinaf sürecinin amaçladığı aşamalı ve daha etkili ve daha nitelikli

³⁷ Bu duruma bir de dosyaların aynı mahkemenin farklı hâkimleri tarafından incelenmesi eklenince iş daha da karmaşık bir hal alabilecektir.

yargılama süreçlerini hayata geçirmekten oldukça uzaktır.³⁸

Söz konusu sorun, yapılacak yasal değişiklikle konusu ve tarafları aynı olan ancak farklı kanun yollarına tabi olan (veya kanun yoluna tabi olmayan) dosyalarda verilen kararların miktar bakımından en yüksek olan dosyanın tabi olduğu kanun yoluna tabi kılınmasıyla çözüme kavuşturulabilir.

1.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine EK 7 Numaralı Protokolün Hayata Geçirilmesi ile Dava Değeri Beş Bin TL Altında Kalan İdari Para Cezalarının Zorunlu İki Dereceli Yargılama Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ek 7 no.lu Protokolü 2.5.2016 tarihinde onaylamıştır. Bu Protokol, 9. maddesi uyarınca, Türkiye açısından 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün 7. maddesi uyarınca, içerdiği hak ve güvenceler AİHS'ye ek hak ve güvenceler olarak işlem görmektedir. Böylece 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 45. maddesine göre oluşan ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler ile AİHS ve ek protokollerin belirlediği "ortak koruma alanı" yani, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının kapsamı, ek 7 no.lu Protokolün getirdiği yeni hak ve güvenceler ölçüsünde genişlemiş olmaktadır.³⁹

Öte yandan Ek 7 numaralı Protokolün 2. maddesinde düzenlenen ceza mahkûmiyetine üst yargı organlarına başvurma hakkının, vergi mahkemelerinde görülen beş bin TL ve altında kalan idari para cezaları yönünden AYM ve AİHM tarafından (bu çalışma kaleme alınırken) henüz bir değerlendirme

³⁸ Bu durum yargıya olan güvenin olumsuz etkilenmesine neden olacaktır. Ancak farklı kararlar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetler, AYM tarafından "Öte yandan benzer konularda aynı derecedeki yargı mercileri arasındaki içtihat farklılıkları tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği gibi derece mahkemeleri veya temyiz mercilerinin uyuşmazlıklara ilişkin olarak tarafların talepleri ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları da tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez." gerekçesiyle şimdilik kabul edilemez bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesinin 16/42013 tarih ve 2012/1056 Başvuru numaralı *Müessellik İnş. Taah. Reklam Paz.Bas. Yay.San. ve Tic. A.Ş.*, kararı, § 36.) Bu içtihat, farklı kişiler için verilen farklı kararları nedeniyle geliştirilmiştir. Aynı kişi için farklı kararların verilmiş olmasının adil yargılanma hakkı ekseninde sorgulanması ciddi bir gerekliliktir.

³⁹ Protokolün tamamı için 8.4.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 28.3.2016 tarihli ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının ekine bakılabilir. Ancak özetle ifade etmek gerekirse AİHS'e ek 7 no.lu Protokol aşağıdaki hak ve güvenceleri içermektedir:

- Yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili olarak, yasaya uygun karar alınmış olması, sınır dışı edilmesine karşı gerekçe sunabilmesi, durumunun yetkili organlarca incelenmesi ve temsil edilebilmesi konularında usuli güvenceler (md. 1)
- Ceza mahkûmiyetinde üst yargı organına başvurma hakkı (md. 2)
- Haksız mahkûmiyet durumunda tazminat hakkı (md. 3)
- Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama güvencesi (md. 4)
- Eşler arasında, özel hukuk alanında hak ve sorumluluk eşitliği (md. 5).

yapılmamıştır. Dolayısıyla birer idari para cezası olan vergi cezalarına ilişkin yargılamaların anılan Protokolün sunduğu zorunlu iki dereceli yargılanma hakkından yararlandırılıp yararlandırılmayacağı belirsizdir.⁴⁰ Ancak (en az) iki dereceli yargılanma hakkı Protokolde münhasıran ceza mahkûmiyetine ilişkin davalar için ifade edilmiş olması nedeniyle idari para cezalarının, AYM tarafından, Protokolün kapsamı dışında kabul edilmesi kuvvetle muhtemeldir.

Bununla birlikte; AYM'nin bu türden bir başvuruda, henüz kabul edilebilirlik aşamasında takınacağı tavır da önem arz etmektedir. Zira AYM son dönem içtihatlarında "anayasal ve kişisel önemi" bir kabul edilebilirlik kriteri olarak benimsemiştir.⁴¹ Dolayısıyla değeri beş bin TL ve altında kalan vergi para cezalarının AYM tarafından, miktar bakımından anayasal ve kişisel önemden yoksun kabul edilebilme ihtimali de söz konusudur. Dolayısıyla bu sorunun çözümü AYM'nin vereceği bir kararda değil, tüm kararlara karşı istinaf yolunun açılmasını sağlayan yasal değişiklikte aranmalıdır.

2. UYGULAMADAN KAYNAKLI SORUNLAR

2.1. Beş Bin TL Altında Kalan Dosyalarda Verilen Kararların Kesin Olmasının Niteliksel Sakıncaları

İdari yargıda ve dolayısıyla da vergi yargısında gerçekleştirilen istinaf devriminin en önemli özelliklerinden birisi de mahkeme kararlarının kademeli kesinleşmesidir. Bu kapsamda 20.7.2016 tarihinden itibaren beş bin TL ve altında kalan vergi davaları tek hakim kararıyla ve kesin olarak karara bağlanmaktadır. Bu kararın adil ve kamu düzeninin tesisine olumlu katkı sunması kural gereğidir ve böyle olması halinde tartışılacak bir durum yoktur. Ancak tek hâkim tarafından verilen kararın verildiği anda kesin olması bazı sakıncalar ihtiva etmektedir. Bunların başında denetimsizlik halinin ürettiği sonuçlar gelmektedir. Şöyle örneklendirmek mümkündür:

Beş bin TL ve altında kalan davalarda verilen kararların iş yükü veya sair nedenlerle gereken araştırma ve özenden yoksun olarak verilebilme riski bulunmaktadır.

Söz konusu uyuşmazlıklarda yeterli ve nitelikli gerekçeye yer verilmeden kararlar yazılabilir. Bu durum hassaten davanın reddi halinde gerekçeli karar hakkı noktasında ciddi sorun oluşturabilecek potansiyeldedir.

⁴⁰ Yararlanması gerektiğini ifade eden görüş için bkz. DOĞRUSÖZ A. Bumin, "Vergide Ceza Yığılması ve İnsan Hakları Sözleşmesi", <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergide-ceza-yigilmasi-ve-insan-haklari-sozlesmesi/409276> (24.4.2018)

⁴¹ Anayasal ve kişisel önemin, bireysel başvurunun esasının incelenmesi için gerekli bir kabul edilebilirlik koşulu olarak tartışıldığı Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 5.12.2017 tarih ve 2014/19521 Başvuru numaralı *Emek Yapı Yat. İnş. Tic. Ltd. Şti.* kararı.

Ayrıca yeteri kadar araştırma yapılmadan verilen kararlar nedeniyle idari yargılama koluna hâkim olan re'sen araştırma ilkesinin etkin kullanımından sapmalar yaşanabilecektir.

Ayrıca bir kısım kararların kanun yoluna tabi tutulmasına karşın bir kısmının bu haktan mahrum bırakılmasının ve bunun bizzat yasal tercih olarak ortaya konulmasının, yasa koyucunun dahi bir kısım uyuşmazlıkları önemsemediği, bunlarda meydana gelecek adalet sapmalarını ciddiye almadığı imajını oluşturması nedeniyle de mahsurludur.

2.2. Dava Değeri Beş Bin TL Altında Kalan Davalarda Yargılamanın Seyrine İlişkin Ara Kararlara İtiraz Edilip Edilmeyeceği Sorunu

İdari ve haliyle vergi yargılamasında, davalar devam ederken yargılamanın gereklerine göre ara kararı niteliğinde bazı kararlar verilebilmektedir. Örneğin:

Uyuşmazlığın çözümü başka bir yargı kolunun görevine girdiğine ilişkin itirazlar üzerine verilen görevlilik kararı

Veya başka bir mahkemede görülen davayla ilgili olarak ileri sürülen bağlantı talepleriyle ilgili verilen kararlar

Ya da yürütmenin durdurulması sonucuna ilişkin verilen kararlar bu türdendir.

Bu kararların ortak özellikleri ara kararı niteliğinde olmalarına karşın BİM'e (bazı durumlarda Danıştay'a) itiraz başvurusuna konu edilebilmeleridir. Şu halde esas kararın verildiği anda kesin olduğu beş bin TL altındaki davalarda, şayet anılan tarzda itiraza tabi bir ara karar verilirse bu kararın hukuki durumu ne olacaktır? Yani ara kararındaki bu kararlar da kesin midir, yoksa itirazları mümkün müdür? Uygulamada iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlk görüş, evleviyet ilkesinden hareketle, esas kararının incelenmediği bir durumda ara karar niteliğinde olan kararların da hiçbir şekilde incelenemeyeceği yorumuna dayanmaktadır.⁴²

⁴² Bu kapsamda bu çalışma kaleme alındığında beş bin TL ve altında kalan bir uyuşmazlık için verilmiş görevlilik ve bağlantıya ilişkin bir örnek karara ulaşılamamış ise de; söz konusu davalarda yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararların ilişkin kararların itiraz incelemesine konu edilemeyeceğine dair yargısal görüşler bulunmaktadır. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesinin 2018/315 YD İtiraz No'lu dosyasında, yürütmenin durdurulması itirazı hakkında verilen karardaki muhalefet şerhi: "(...)İdari yargıda yürütmenin durdurulması kurumu temel bir tedbir hükmü olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte bu kurum adli yargıdan farklı olarak asla bağılı bir yol olarak düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla tek başına yürütmenin durdurulması istemiyle dava açılmayacağı gibi tek başına yürütmenin durdurulması istemiyle kanun yollarına da başvurulamaz. Ancak görülen bir davada ya da başvurulması öngörülmüş bir kanun yolunda yürütmenin durdurulması istenebilir ve bu konuda mahkemece bir karar verilebilir.

Dava konusu beş bin liranın altında olan uyuşmazlıkta mahkemenin verdiği karar kesin olup istinaf kanun yolu kapalıdır. Yasa gereği istinaf kanun yolu kapalı olan uyuşmazlıkta

İkinci ve adil yargılanma hakkı ilkeleri ile daha çok bağdaşan görüşe göre ise, yargılamayı sonlandırmayan kararlar (bağlantı isteminin kabulü ya da reddi kararları, görevlilik kararı ile yürütmenin durdurulmasına ilişkin her türlü karar) yargılamanın, miktarından bağımsız bizzat yargılama faaliyeti ve onun sunduğu hukuki güvencelere ilişkindir. Bu nedenle bu tür kararlara karşı kanunda gösterilen itiraz/başvuru yollarının açık olduğu kabul edilmelidir. Öyle ki bu kararlar yargılamanın Kanunlarda öngörülen ölçütlere uygun olarak yapılması için usuli güvencelerdir. Bu güvencelerin, miktarı ne olursa olsun her davada sağlanması ve sağlandığının da denetlenmesi adil yargılanma hakkının tesisi için elzemdir.

2.3. Dava Değeri Beş bin TL Altı Kararların Kesin Olmasının İlk İnceleme Konularına Göre Verilen Kararları Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

İdari yargılama hukukunda ilk inceleme konularının birçoğu kamu düzenindedir ve yargılamanın her aşamasında verilebilir. İlk inceleme ise İYUK'un 14 ve 15. maddelerinde belirlenen yasal ölçütlere göre yapılmaktadır. Değeri bir TL olan davada da bir milyon TL olan davada da ilk inceleme yapılmaktadır. İlk inceleme aşamasında, kabaca, davanın görevli ve yetkili yerde açılıp açılmadığından işlemin niteliğine; yasal sürede dava konusu edilip edilmediğinden doğru hasımla açılıp açılmadığına ve bazı şekle ilişkin koşulların varlığına bakılmaktadır. Bu aşamada verilen kararlara ise yargılamanın devamına, sonlandırılmasına ya da başka bir yöne sevkine veya yenilenmesine ilişkin olabilmektedir.⁴³

Şu halde beş bin TL ve altındaki bir uyuşmazlıkta verilen ve davayı nihayete erdiren bir ilk inceleme kararı kesin midir? Bu kararlara karşı istinafa başvurulamaz mı? Mevzuata bakıldığında 2577 sayılı İYUK'un 45. maddesindeki "(...) konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz." ifadesinden, yalnızca esas kararların kast edildiği anlamı çıkarılabileceği gibi usule ilişkin kararların da kapsam dâhilinde olduğu yorumlanabilir. Nitekim mevcut durumda İYUK 14 ve 15. madde kapsamında verilen ve uygulamada 'ilk inceleme kararı' diye ifade edilen kararlar, kanun yolu gösterilmeksizin kesin olarak verilmektedir.

Ancak ilk inceleme konularına dayalı verilen usul kararlarının birçoğu

asla bağlı bir tedbir hükmü olan yürütmenin durdurulması istemi hakkında verilen karara itirazda bulunulması ve görüşülmesi mümkün olmadığından istemin incelenmeksizin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum." Karar yayımlanmamıştır.

⁴³ Vergi Yargılamasında ilk inceleme ve ilk inceleme üzerine verilen kararların hukuki niteliği için bkz. Osman Sariaslan, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.

davayı esastan çözümlen kararlar değildirler. Hatta çoğu zaman yargılamayı başlatmadan bitiren kararlardır. Bu nedenle bu tür kararların istinaf yoluyla denetlenmesi ve gerektiğinde verilecek bir bozma kararı ile yargılama faaliyetine devam olunması için gerekli yasal zemin oluşturulmalıdır.

Diğer bir anlatımla ilk inceleme konuları ekseninde usulde verilen bir ret kararı (süre aşımı nedeniyle ret, incelenmeksizin ret gibi kararlar), o konunun esastan yargılanma imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir. Ayrıca beş bin TL'nin üstünde olduğu halde, hatalı bir değerlendirmeye uyumsuzluğun beş bin TL altında kaldığı kabul edilen dosyada verilmiş usulden ret kararı soruna derinlik kazandıracaktır. Dolayısıyla bu konu yargılamanın sıhhati için fevkalade önemlidir ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgilidir.⁴⁴ Bu nedenle kişilerin dava konusu ettiği işlemin ve/veya istemin esastan incelenme imkanını yok eden katı usul kararlarının ikincil bir yargısal denetime tabi tutulması ciddi bir gerekliliktir.

2.4. İstinaf Dairelerinin Temyize Tabi Kararlarında Dosyayı Bekletip Bekletmeyeceği Sorunu

İstinaf sisteminin hayata geçirilmesi ile BİM'ler ilk derece mahkemeleri ile Danıştay arasında ara kademede yer almaktadırlar. Birçok kararın burada kesinleşmesi nedeniyle de sistemin ana ağırlık merkezini oluşturmaktadırlar. Buna mukabil Kanunda belirtilen miktarın üzerindeki vergi uyumsuzluklarında BİM'lerin istinafa ilişkin kararları, Danıştay nezdinde temyiz edilebilmektedir. Bunun için BİM'ler temyize tabi bir dosyada istinaf incelemesi neticesinde karar verdikten sonra temyiz talebinin gelebilme ihtimali nedeniyle temyiz süresi dolana kadar dosyayı kendi uhdesinde bekletmelidir. Varsa temyiz talebine ilişkin dilekçeleri inceleyip gerekli işlemleri yaptıktan sonra temyiz aşamasını tekemmül ettirmek suretiyle dosyayı Danıştay'a göndermelidirler. Ancak bazı istinaf daireleri temyiz yolu açık istinaf kararlarını, tarafların temyiz talepleri için gerekli olan yasal süre dolmadan ilk derece mahkemesine geri göndermektedirler. Daha sonra gelen temyiz talebi derece mahkemesi tarafından tekrardan gerekli işlemlerin istinaf dairesince yapılması için dosya ile birlikte BİM'e gönderilmektedir. Temyiz dilekçesinin doğrudan istinaf merciine verilmesi halinde bu kez dosya derece mahkemesinde dilekçe BİM'de kalmış olmaktadır. Haliyle bunlar bir karmaşaya, masrafa ve işgücü kaybına neden olmaktadır.

Şüphesiz bu sorun yalnızca böyle bir uygulamayı tercih eden istinaf dairesinden kaynaklanmaktadır. Genele teşmil edilemez. Lakin temyize

⁴⁴ Bu konuda, açılan idari bir davanın süreye ilişkin kuralların katı yorumlanması suretiyle süre aşımından reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 2015/18081 Başvuru numaralı 8.3.2018 tarihli *Karagülle Yapı Müh. İnş. Tic. Ltd. Şti.* kararı örnek olarak verilebilir.

tabi istinaf dosyasının, temyiz süresinin beklendiği zaman diliminde nerede kalacağı yasal olarak belirlenmemiş olması ve bu tür uygulama farklılıklarına mahal verilmesi bakımından dikkate şayandır. Bu gibi uygulama farklılıkları aynı zamanda yargılamada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ve benzeri uygulama farklılıklarının önüne geçilebilmesi için kapsamlı yasal değişiklikler yapılmalıdır.

SONUÇ

Türkiye’de idare ile mükellef arasında vergilendirme ve vergilendirmeye alakalı sair iş, işlem ve eylemlerden kaynaklı uyuşmazlıklar; vergi yargısı diye ifade edilen ve esasında bağımsız bir yargı kolu olmayıp, idari yargı kolu içinde teşkilatlandırılan yargı mercileri tarafından çözümlenmektedir. Vergi yargısının yerel teşkilatları ise daha önce idari hiyerarşi içinde mevcut olan temyiz ve itiraz komisyonlarının dönüştürülmesi ile oluşturulmuştur. Bu dönüşümde tercih edilen bazı uygulamalar, geçmiş temyiz/itiraz uygulamalarının vergi yargısının serencamını da büyük oranda belirlemesine ve hatta ona istikamet vermesine neden olmuştur.

Vergi yargısı, kendi yargısal tecrübesini oluşturmaya başlamasıyla zamanla geçiş döneminden kalan sorunlu alanlar belirginlik kazanmaya başlamıştır. Bunlar vergi yargısının üstesinden gelmesi gereken temel sorunlardır. İçeriğinde mahkemelerin sundukları hukuksal korunmayı ifade edecek daha şümüllü bir adlandırmadan, harçlandırmaya; kararlarda kullanılan üsluptan, idari yargılama hukuku formuna uymayan yargılama pratiklerine birçok husus bulunmaktadır. Bunlardan en başat olanları çalışmada ifade edilmeye çalışılmıştır.

Öte yandan 1982 yılında gerçekleştirilen idari yargı reformunun bir benzeri 2014 yılında yapılan yasal değişikliklerle istinaf sisteminin idari yargılama hukukuna dâhil edilmesi ile meydana gelmiştir. İstinaf sistemi yargılamayı bir zincirin halkaları gibi birbirine ekleyen ve onu bütünleyen aşamalı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Lakin Türkiye’de hayata geçirilen sistem klasik anlamda bir istinaf sistemi değildir. Temel meselesi Danıştay’ın iş yükünün azaltılması ve yargılama sürelerinin kısaltılmasıdır. Zira Türkiye’de adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetlerin başında uzun yargılama süreleri gelmekte; buna da büyük oranda dosyaların temyiz mercilerinde beklediği süreler neden olmaktadır. Temelde bu saikle hayata geçirilen istinaf sistemi ise bu kez yeni sorun alanlarının kapılarını aralamıştır. Bu sorunları ise iki temel başlık altında ifade etmek mümkündür. İlki getirilen istinaf sisteminin gerekli tüm koşulları içermemesi ve geçmiş itiraz uygulamasının bazı yönleriyle sürdürmesi nedeniyle oluşan sistemsel sorunlar. İkincisi ise getirilen istinaf sisteminin uygulamasında karşılaşılan pratik sorunlardır. Çalışmada bu sorunlara ve çözüm önerilerine ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Sonuç olarak sorunların çoğu yasal düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Ancak çözüm anlık ve parçalı düzenlemelerle sağlanamaz. İlk derece mahkemesinden en üst kanun yolu mercine ve kendine has usul kanununa kadar bir sistem tasarlanarak tam ve kalıcı bir çözüm sağlanabilir. Bu da kesinlikle vergi yargılamasını başka yargılama pratiklerine benzeterek değil, bilakis benzerlerinden ayırıştırarak ele almakla mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

AĞAR Serkan, “Vergi Davalarının Hukuki Niteliği”, <http://www.idare.gen.tr/agar-vergidavalari.htm>

ARMAĞAN Ramazan, “Yönetmelik Yargıda Vergi Davalarının Niteliği:Tam Yargı – İptal Davası Tartışmaları”, **Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 1, ss. 127-145

AVCI Mustafa, “İdari Yargıda İstinaf”, **TBB Dergisi**, Y.2011, S.96, s. 179-204

CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

DOĞRUSÖZ A. Bumin, “Vergide Ceza Yığılması ve İnsan Hakları Sözleşmesi”, <https://www.dunya.com/kose-yazisi/vergide-ceza-yigilmesi-ve-insan-haklari-sozlesmesi/409276>

KARAVELİOĞLU Celal, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Karavelioğlu Basın Yayın Dağıtım, Ankara, 2006

KESKİN Züleyha, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, **TBB Dergisi**, Yıl:2016, Sayı: 126, ss. 235-262

KIRBAŞ Sadık, **Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, Siyasal Kitabevi, Ankara, Mayıs 2006

SARIASLAN Osman, “Vergi Yargılamasında Harç Sorunu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, ss. 493-514

SARIASLAN Osman, **Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme**, Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.

TEKİN Cem, “Vergi Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesi”, **Vergi Sorunları**, Yıl: 28, Sayı: 204, Eylül 2005, s. 55-64

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ile İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi (SNCA) Arasında Yargı Alanında İşbirliği Programı, **İdari Yargıda İstinaf Semineri**, T.C. Adalet Bakanlığı Yayınları, Mayıs 2009, Antalya.

ÜSTÜN Gül, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine bir Değerlendirme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, ss. 13-38

YENİCE Kazım, ESİN Yüksel; İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara, 1983.

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985

YÜCE Mehmet, **Türk Vergi Yargısı**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, s. 41-43.

YÜCE Mehmet, **Vergi Yargılama Hukuku**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2013

<http://www.danistay.gov.tr/kurumsal-12-danistay-tarihcesi.html>

<http://www.hsk.gov.tr/Adli-Idari-Yargi-Listesi.aspx>

Anayasa Mahkemesinin 16/42013 tarih ve 2012/1056 Başvuru numaralı *Mümessillik İnş. Taah. Reklam Paz.Bas. Yay.San. ve Tic. A.Ş.*, kararı

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 2015/18081 Başvuru numaralı 8.3.2018 tarihli *Karagülle Yapı Müh. İnş. Tic. Ltd. Şti.* kararı

Anayasa Mahkemesinin, 5.12.2017 tarih ve 2014/19521 Başvuru numaralı *Emek Yapı Yat. İnş. Tic. Ltd. Şti.* kararı.

Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 01.10.2015 gün ve E:2012/9602 K:2015/10163 sayılı kararı

Danıştay Dokuzuncu Dairesi ise 31.12.2015 tarih ve E:2012/2157 K:2015/201132 sayılı kararı

Danıştay Üçüncü Dairesinin 28.9.2017 gün ve E:2016/1025 K:2017/6359 sayılı kararı

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3. Vergi Dava Dairesinin 2018/315 YD İtiraz numaralı dosyasında verilen yürütmenin durdurulması hakkındaki karar

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi'nin 25.06.2012 tarih ve E:2011/466, K:2012/1779 sayılı kararı

İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 23.12.2011 tarih ve E:2010/1496, K:2011/4244 sayılı kararı

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

*The Scope Of Liability Of Guarantor According To Turkish Code Of Obligations
(Numbered 6098)*

Dr. Yasemin YÜCESOY YILMAZ¹

Geliş Tarihi: 30.05.2018

Kabul Tarihi: 20.09.2018

ÖZET

Kefalet sözleşmesi ile kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesi ya da eksik ifa etmesi sebebiyle alacaklının uğradığı müspet (olumlu) zararı gidermekle yükümlüdür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK.) m. 589/f.II'de kefilin kanundan doğan sorumluluğunun kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre kefil, asıl borç ile borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, dava ve takip masraflarından, rehinlerin tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar ile akdi faizden sorumludur. Ancak, kefilin kanundan doğan sorumluluğunun kapsamını düzenleyen TBK. m. 589/f.II hükmü emredici nitelikte değildir. Bu sebeple kefalet sözleşmesi ile kefilin sorumluluğunun kapsamının bu hükümden farklı olarak genişletilmesi ya da daraltılması mümkündür. Bununla birlikte TBK. m. 589/f. IV uyarınca kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağı kararlaştırılmaz.

Anahtar Kelimeler: Kefalet sözleşmesi, kefil, sorumluluk, müspet (olumlu) zarar, menfi (olumsuz) zarar.

ABSTRACT

A Guarantor, with the bail contract, undertakes the liability of consequences by not implementing the debt of debtor. Guarantor is liable from meeting positive damage of creditor because of not fulfilling or missing performance of the debtor. The scope of liability of guarantor is regulated in Turkish Code of Obligations (Numbered 6098) article 589/II. According to this regulation, guarantor is liable from the real debt, legal results of late payment and odds of debtor, costs of cases and prosecutions, costs of delivery of pledge and right of transferring the pledge and contractual interests. But the Turkish Code of Obligations article 589/II is not mandatory. Because of this reason with the bail contract, it is possible to enlarge or narrow the scope of liability of guarantor. With that according to the Turkish Code of Obligations article 589/IV, it is impossible to decide that guarantor will be liable from negative damage and punishment.

Keywords: Bail contract, guarantor, liability, positive damage, negative damage.

¹ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, e-posta: yaseyuce30@gmail.com.
ORCID ID: 0000-0002-5479-9378

Giriş

Bir kişiyi, başka bir kişiye karşı bir edimde bulunma yükümlülüğü altına sokan hukukî ilişkiye, borç ilişkisi denilmektedir. Bu hukukî ilişkinin taraflarını, edimde bulunma yükümlülüğü altına giren borçlu ile edimin yerine getirilmesini isteme hakkına sahip olan alacaklı oluşturmaktadır. Borç ilişkisi nispî bir ilişki olduğundan, alacaklı alacağını yalnızca borçludan talep edebilmektedir. Ancak yalnızca borçlunun şahsına yönelik bir talep hakkı, alacaklıyı her zaman tatmin etmemektedir². Bu sebeple kendisine daha güvenli bir durum yaratmak isteyen alacaklının, alacağının ödenmesini sağlamak için teminat alması gerekmektedir³. Teminatlar, alacaklıya sağladıkları yetkilere göre aynı teminatlar⁴ ve kişisel teminatlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Aynı teminatlarda, alacaklının alacağını elde etmesini temin etmek amacıyla bir şey üzerinde aynı hak sağlanmaktadır. Kişisel teminatlarda ise, borçlu dışında bir üçüncü kişi, alacaklının alacağını elde etmesini temin etmek için bütün malvarlığı ile sorumlu olarak borç altına girmektedir⁵. Kefalet sözleşmesi, kişisel teminatların bir türünü oluşturmaktadır⁶.

TBK. m. 581'de kefalet sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinden doğan sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmeye, kefalet sözleşmesi denilmektedir. Kefalet sözleşmesi ile kefil, üçüncü bir kişinin (asıl borçlunun) alacaklısına karşı, asıl borcun ifa edilmemesinden veya eksik ifa edilmesinden doğan sonuçlardan sorumlu olmayı taahhüt etmektedir⁷.

Kefalet sözleşmesi, alacaklı, kefil ve borçlu arasında hukukî sonuçlar doğuran üç köşeli bir ilişkidir⁸. Bu ilişki üç köşeli olmasına rağmen, sözleşme kefil ile alacaklı arasında yapılmakta, sözleşmeye borçlunun bir katılımı olmamaktadır. Hatta borçlunun bilgisi ve rızası dışında da, kefalet sözleşmesinin yapılabileceği

² KUNTALP, Erden; "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 263; SİRMEN, A. Lale; Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015, s. 541.

³ KUNTALP, s. 266; SİRMEN, s. 541.

⁴ Aynı teminatlara, aynı zamanda nesnel teminatlar da denilmektedir (Bkz. AYANOĞLU MORALI, Ahu; Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 34; KUNTALP, s. 280).

⁵ AYANOĞLU MORALI, s. 34; KUNTALP, s. 280; SİRMEN, s. 541.

⁶ SİRMEN, s. 541.

⁷ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 465; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin; "Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", İÜHM., C. LV (1996), s. 389.

⁸ AYAN, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 13,39; ARAL/AYRANCI, s. 465.

kabul edilmektedir⁹. Zira kefalet, borçlunun durumunu ağırlaştırmamakta, aksine çoğu zaman onun yararına olmaktadır¹⁰.

Kefalet sözleşmesi, alacağı güvence altına almak için yapılmaktadır. Borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde, alacaklı kefile başvurabilmektedir¹¹. Ancak kefil asıl borçlunun yerine geçmediği gibi, onunla birlikte borç da üstlenmemektedir. Bu sebeple kefilin, alacaklı tarafından aynen ifaya zorlanması söz konusu değildir¹². Kefil, asıl borcun ifa edilmemesinden veya eksik ifa edilmesinden dolayı alacaklının uğradığı müspet (olumlu) zararı bir miktar para ödeyerek gidermek zorundadır¹³. TBK. m. 589/f. son uyarınca kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan (menfi zarar) sorumlu olacağına dair yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür¹⁴.

Bu çalışmada TBK. hükümlerine göre kefilin sorumluluğunun kapsamı incelenecektir.

I. KEFİLİN KANUNDAN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Kefilin sorumlu olduğu borç, kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan borçtur¹⁵. Kefil, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınmayan bir borçtan sorumlu tutulamaz¹⁶. Kefalet borcu fer'î nitelikte bir borç olduğundan kefilin

⁹ TANDOĞAN, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, C. II, 5. Basım, İstanbul 2010, s. 693-694; AYAN, s. 13.

¹⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 694.

¹¹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 759.

¹² Kefilin alacaklı tarafından aynen ifaya zorlanamayacağına ilişkin kural, yapma edimlerini içeren sözleşmelere kefalette kendisini daha iyi göstermektedir. Örneğin bir bina yapma edimini içeren eser sözleşmesine kefalette, müteahhidin bina yapma edimini yerine getirmemesi hâlinde kefilen, bina yapma edimini yerine getirmesi istenemez. Kefilden ancak, bina yapma ediminin yerine getirilmemesinden dolayı uğranılan müspet (olumlu) zarar karşılığı bir miktar para ödemesi istenebilir.

¹³ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 778; EREN, Özel Hükümler, s. 760.

¹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 778; Kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zararları karşılayacak bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmesinin, kefalet sözleşmesinin fer'î niteliği ile bağdaşmayacağına dair bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 778.

¹⁵ ÖZEN, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 128; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015, s. 722; Asıl borcun kaynaklandığı sözleşmenin yenilenmesi sebebiyle doğmuş ve doğacak borçlardan kural olarak kefil sorumlu değildir. Belirli süreli bir kira sözleşmesinin yenilenmesinden sonra doğacak borçlardan, aksi kararlaştırılmadıkça kefilin sorumlu tutulamayacağı bu hâle örnek olarak gösterilmektedir (Bkz. ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 722).

¹⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 722; "...Davacı banka, dava dışıLtd. Şti. ile akdettiği genel kredi

sorumluluğunun doğması için, kefiliden talepte bulunulduğu sırada geçerli ve istenebilir bir asıl borcun bulunması gerekmektedir¹⁷. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra asıl borç bir şekilde sona ermişse, kefilin sorumluluğu da sona erer. Yine kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra asıl borçlunun sorumluluğunu hafifleten sebepler ortaya çıkarsa, bunlardan kefil de yararlanır. Ancak asıl borçlunun sorumluluğunu ağırlaştıran sebeplerden, ayrıca üstlenmedikçe kefil sorumlu tutulamaz¹⁸.

Kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada asıl borcun doğduğu sözleşme geçersiz ise, kefalet sözleşmesi de geçersizdir. Böyle bir sözleşmeden dolayı kefile sorumluluk yüklenemez. Asıl borcun doğduğu sözleşmenin daha sonra geçerli olarak yapılması da sonucu değiştirmez¹⁹.

Kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklının ifaya olan menfaatini karşılamayı yükümlenmektedir. Bu sebeple kefilin sorumluluğu, asıl borçlunun sorumluluğu ile sınırlıdır. Bu kefilin sorumluluğunun sınırının birinci aşamasını oluşturmaktadır. Kefilin sorumluluğunun sınırının ikinci aşaması ise, kefalet sözleşmesindeki limittir. TBK. m. 589/f.1'de de belirtildiği gibi kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Buna kefalet limiti denilmektedir²⁰.

sözleşmesi ve kredi kartından kaynaklanan alacağın tahsili için icra takibi yapmış, davalının takibe itirazı üzerine işbu itirazın iptali davası açılmıştır. Davalı, takibe konu sözleşmelerden sadece genel kredi sözleşmesini kefil sıfatıyla imzalamıştır. Dolayısıyla yalnız genel kredi sözleşmesinden kaynaklanan borçtan, kefalet limiti ve kendi temerrüdünün hukuki sonuçları ile sorumludur. Mahkemece bu yön göz ardı edilerek, olaya uygun düşmeyen bilirkişi raporu benimsenerek davalının imzasının bulunmadığı kredi kartı sözleşmesinden kaynaklanan borçtan da sorumlu tutulması ve buna bağlı olarak toplam alacak üzerinden davalı aleyhine fazla icra inkar tazminatına hükmolunması doğru olmayıp, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." Yarg. 19. HD., T. 20.02.2009, E. 2008/6057, K. 2009/1337 (Bkz. SARAÇ, Şükrü; Yargıtay Kararları Işığında Factoring, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 982).

¹⁷ ACAR, Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 198.

¹⁸ ÖZEN, s. 127.

¹⁹ ACAR, s. 198; ÖZEN, s. 128.

²⁰ AYAN, s. 430; Geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için, sözleşmede kefalet limitinin kefilin el yazısı ile gösterilmesi gerekmektedir. Bu şekilde kefil, ne miktarda bir ekonomik yük altına gireceğini sözleşmenin başında bilmektedir. Kefilin limitle sorumlu olacağına dair TBK. m. 589/f.1 hükmü emredici nitelikte olduğundan, bunun aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Bu sebeple kefalet limitinin kendiliğinden veya bir takım olaylara bağlı olarak artacağına dair sözleşme hükümleri geçersizdir (Bkz. AYAN, s. 430-431); "...Kefilin sorumluluğu ile ilgili BK.nun 490. maddesi hükmüne göre kefil, borcun aslı ile beraber borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni neticelerinden de sorumludur. Başka bir anlatımla kefalet limitini geçmemek koşuluyla asıl borçlunun borcundan davalı müteselsil kefillerin sorumlu olacakları gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, olaya uygun düşmeyen bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir..." Yarg. 19. HD., T. 03.11.2006, E. 2006/3087, K. 2006/10245 (Bkz. SARAÇ, s. 987).

Kefalet limiti içinde kalmak koşuluyla kefilin kanundan doğan sorumluluğunun kapsamı, TBK. m. 589/f.II'de düzenlenmiştir. Buna göre kefil, asıl borç ile borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçlarından, dava ve takip masraflarından, rehinlerin tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar ile akdi faizden sorumludur.

B. Borcun Aslından Sorumluluk

TBK. m. 589/f.II, (1) nolu bend uyarınca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece kefil, kefalet sözleşmesinde sorumluluğun üst sınırı olarak gösterilen tutar içinde kalmak koşuluyla, kendisinden talepte bulunulduğu sırada mevcut olan asıl borçtan sorumludur. Bu sebeple kefiliden talepte bulunulana kadar asıl borçlu tarafından yapılan ödemelerden veya asıl borçlu lehine gerçekleşen ibralardan kefil de faydalanır²¹. Asıl borç, kefilin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli bir fonksiyona sahiptir²².

Asıl borcun kapsamında bir genişleme olabileceği gibi, bu borcun kaynaklandığı sözleşme hükümlerinde asıl borçlu aleyhine değişiklikler de meydana gelebilir. Bu tür değişikliklerin kefile karşı ileri sürülebilmesi için, kefilin kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uyararak bu değişikliklere onay vermesi gerekmektedir²³. Bu husus, alacaklı ile asıl borçlunun sonradan yapacakları bir anlaşmayla kefilin hukukî durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin temel ilkenin bir sonucudur. Bu ilke asıl borcun miktarı, türü ve kapsamı dışında, fer'îlere yönelik genişleme ve değişiklikler bakımından da geçerlidir. Asıl borçlu için geçerli olan temerrüt faiz oranının sonradan artırılması hâlinde de durum böyledir²⁴. Bu noktada tartışılması gereken bir husus, uygulamada büyük şirketler ve özellikle bankalar tarafından kefalet sözleşmelerine eklenen, alacaklı ile asıl borçlunun sonradan yapacağı asıl borcun miktarına, türüne, kapsamına ve fer'îlerine ilişkin anlaşmaların kefilin de bağlayacağı yönündeki hükümlerin geçerli olup olmayacağıdır²⁵. Türk Hukuku'nda bu yöndeki hükümlerin geçerli olduğunu savunan görüş²⁶ bulunduğu gibi, bu tür ön izinlerin geçersiz olduğunu, iznin ancak sonradan ve kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun olarak verilmesi hâlinde geçerli olacağını savunan görüş²⁷ de bulunmaktadır. Kanaatimizce ikinci görüş, alacaklı ile borçlunun sonradan yapacakları bir anlaşmayla kefilin hukukî durumunu ağırlaştıramayacaklarına ilişkin temel ilkeye daha uygundur. Öte yandan bu tür

²¹ ACAR, s. 201; ÖZEN, s. 128.

²² ARAL/AYRANCI, s. 490.

²³ ÖZEN, s. 128-129.

²⁴ AYAN, s. 443-444.

²⁵ AYAN, s. 444.

²⁶ REİSOĞLU, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 210.

²⁷ AYAN, s. 444.

ön izin içeren hükümlerin, genel işlem şartları ya da haksız şartlar bağlamında yapılan denetim sonucunda geçersiz sayılması da mümkündür.

Asıl borcun kapsamında bir daralma olabileceği gibi, bu borcun kaynaklandığı sözleşme hükümlerinde de asıl borçlu lehine değişiklikler meydana gelebilir. Kefil, bu tür değişikliklerden kendiliğinden yararlanır²⁸. Bu değişikliklerin taraf iradelerinden ya da kanundan kaynaklanmasının bir önemi yoktur. Kefalet borcunun fer'î nitelikte bir borç olması, böyle bir sonucu doğurmaktadır. Kefalet borcunun fer'î nitelikte bir borç olması, bunun aksinin kararlaştırılmasına da engel olmaktadır. Yani, kefil olunan asıl borcun miktarı azalsa bile, kefilin asıl borcun ilk hâlinde sorumlu olacağına dair yapılan anlaşmalar geçersizdir. Bununla birlikte asıl borcun miktarının azalması, kefilin sorumlu olduğu kefalet limitini değiştirmemektedir. Limit aynı kalmakla birlikte, kefil azalan asıl borç miktarı ile sorumlu olmaktadır²⁹.

Asıl borca kısmi kefil olunması da mümkündür. Kısmi kefaletle ilişkin TBK.'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır³⁰. Kısmi kefalette kefil, asıl borcun tamamından değil, belli bir kısmından sorumlu olmayı üstlenmektedir. 100.000,00 TL.'lik asıl borcun, ilk ödenecek olan 30.000,00 TL.'lik kısmına kefil olunması hâlinde durum böyledir. Böyle bir hâlde kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan asıl borç, ilk ödenecek 30.000,00 TL.'dir. Bu kısmın ifa edilmesiyle güvence altına alınan asıl borç sona ereceğinden, kefalet borcu da sona ermektedir. Kısmi kefalette de kefalet limitinin ayrıca gösterilmesi gerekmektedir. Örneğin 100.000,00 TL.'lik asıl borcun, ilk ödenecek 30.000,00 TL.'lik kısmına kefil olduğunun belirtilmesine rağmen, kefalet limiti gösterilmemişse, kefalet sözleşmesi geçersiz olur. 100.000,00 TL.'lik asıl borcun, ilk ödenecek 30.000,00 TL.'lik kısmına, 20.000,00 TL limitle kefil olunması hâlinde, asıl borçlunun 15.000,00 TL ödemesi hâlinde, kefilin 15.000,00 TL. ile sorumluluğu devam eder³¹.

Güvence altına alınan borç ilişkisinden doğacak bütün borçlara kefil olduğunun belirtildiği bir kefalet sözleşmesinde, aslî edim yükümlülükleri³² ile yan edim yükümlülüklerinin³³ tamamının kefaletle güvence altına alınan asıl

²⁸ ACAR, s. 201; ÖZEN, s. 128-129.

²⁹ AYAN, s. 441.

³⁰ ARAL/AYRANCI, s. 485.

³¹ AYAN, s. 341.

³² Sözleşmenin türünü, özellik ve niteliklerini belirleyen, borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken asıl borca, aslî edim yükümlülüğü denilmektedir. Satış sözleşmesinde, satıcının satış konusu malın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme borcu, satıcının aslî edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır (Bkz. EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, s. 31-32).

³³ Aslî nitelikte olmayan, bu sebeple sözleşmenin türünü belirlemeyen, ancak aslî edime bağlı olan, ikincil bir nitelik ve amaç taşıyan edimlere, yan edim yükümlülükleri denilmektedir. Yan edim yükümlülüklerinin, aslî edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak talep edilmesi

borç kapsamına girdiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte yan yükümlülükler³⁴ bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Alacaklının ifa menfaatinin korunmasına hizmet eden yan yükümlülükler, kefaletle güvence altına alınan asıl borç kapsamına girmektedir. Alacaklının ifa menfaatinin korunmasına hizmet etmeyen yan yükümlülükler ise aksi kararlaştırılmadıkça, kefaletle güvence altına alınan asıl borç kapsamına girmemektedir³⁵. Kefil lehine sınırlandırıcı bir yorum yapılması gerekliliği, böyle bir sonucu doğurmaktadır³⁶.

Kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınmış asıl borcun tespitinde cari hesap sözleşmesi ile banka genel kredi sözleşmesi özellik göstermektedir.

Cari hesap sözleşmesi³⁷ dolayısıyla bir tarafın alacaklı olması için, cari hesap sözleşmesinin sona ermesi gerekmektedir³⁸. Gerçekten de TTK. m. 97 hükmü uyarınca cari hesabın kesilmesinden önce taraflardan hiçbiri, alacaklı ve borçlu sıfatına sahip olmamaktadır. Tarafların alacaklı ve borçlu sıfatları ancak sözleşmenin sonunda, hesabın kesilmesi ile ortaya çıkmaktadır³⁹. Bu sebeple cari hesaba kefalette kefil, sözleşmenin sonunda hesabın kesilmesi ile ortaya çıkan bakiyeden sorumlu olmaktadır. Kefilin sorumlu olduğu bu bakiye, kefalet sözleşmesinin yapılmasından önceki cari hesap kalemlerinden de oluşabilmektedir⁴⁰.

Banka genel kredi sözleşmesi ise, çerçeve bir sözleşmedir. Bu çerçeve sözleşmede belirlenen koşullar içinde banka müşterisine, farklı nitelikte krediler kullanılabilmektedir⁴¹. Bu tür bir kredi sözleşmesine kefalette⁴²

mümkündür. Zira yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmesinde alacaklının bağımsız bir ifa menfaati bulunmaktadır (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 33). Yan edim yükümlülükleri, kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından doğabilmektedir (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 34-37).

³⁴ Aslı edim yükümlülüklerine bağımlı bir nitelik taşıyan, bağımsız bir varlığa sahip olmayan yükümlülükler yan yükümlülükler denilmektedir. Yan yükümlülüklerin, yan edim yükümlülüklerinden en önemli farkı, alacaklının bağımsız olarak bunları talep etmesinin mümkün olmamasıdır. Bununla birlikte, yan yükümlülükler aykırı davranılması hâlinde alacaklının bundan doğan zararların tazmin edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır (Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 37).

³⁵ AYAN, s. 447.

³⁶ AYAN, s. 448.

³⁷ Cari hesap sözleşmesinin tanımı, TTK. m. 89'da yapılmıştır. Bu madde hükmüne göre, *"iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir."*

³⁸ AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin; Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2017, s. 461-462; AYAN, s. 451.

³⁹ AYHAN/ÇAĞLAR, s. 461-462; AYAN, s. 450.

⁴⁰ AYAN, s. 452.

⁴¹ GÜRSES, Davut; Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016, s. 146-147.

⁴² TTK. m. 7'de ticari teselsül karinesi düzenlenmiştir. Bu karine uyarınca ticari işlere kefaletin

sözleşme dolayısıyla kullanılan kredi/kredilerden dolayı oluşan borcun bir tarihte sıfırlanması, kefilin sorumluluğunu sona erdirmemektedir⁴³. Zira banka genel kredi sözleşmesinin varlığı hâlinde müşteri, farklı tarihlerde aynı nitelikte veya farklı nitelikte krediler kullanabilmektedir. Örneğin banka genel kredi sözleşmesi çerçevesinde 200.000,00 TL. rotatif kredi kullanan müşteri, aynı zamanda 100.000,00 TL. taksitli ticari kredi de kullanabilmektedir. Kullandığı bu münferit kredi borçlarının sıfırlanmasından sonra da tekrar aynı nitelikte veya farklı nitelikte krediler kullanabilmektedir. Bu süreç içinde kefilin sorumluluğu da devam etmektedir⁴⁴. Bu tür bir kredi sözleşmesine kefalette kefil, kefalet limitini aşmamak koşuluyla öncelikle asıl borçtan sorumludur⁴⁵. Banka genel

müteselsil kefalet olduğu kabul edilmektedir. Banka genel kredi sözleşmeleri de ticari iş olarak kabul edildiğinden, bu tür bir kredi sözleşmesine kefalet verilmesi hâlinde, aksi kararlaştırılmadığı sürece kefaletin müteselsil olduğu kabul edilmektedir. Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında da bu husus açıkça vurgulanmıştır; *“...6102 sayılı TTK. nın 7. maddesinde hükme bağlanan ticari teselsül karinesi karşısında ticari borçlara kefaletin müteselsil kefalet olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla olayımızda “müteselsil kefalet” sözcüklerinin kefillerin el yazısı ile yazılmamış olması, kefaletlerinin müteselsil kefalet olarak yorumlanmaması sonucunu doğurmaz. Kefaletle ilişkin diğer geçerlilik koşullarının ise gerçekleşmiş olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır...”* Yarg. 19. HD., T. 18.06.2016, 2016/2405 E.-2016/10936 K. (Kişisel Arşiv).

⁴³ Ancak TBK. m. 600 uyarınca kefalet sözleşmesinin süreli olarak yapılması mümkündür. Kefalet sözleşmesi süreli olarak yapıldığında, sözleşmenin varlığı ve devamı belirli bir zaman dilimi ile sınırlanmakta, sürenin sonunda kefalet kendiliğinden sona ermektedir (Bkz. KAYA KIZILIRMAK, Cansu; Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 4-5). Süreli kefalette kefilin sorumluluğuna gidilebilmesi için, süre içinde borcun muaccel olması, kefalet riskinin doğması ve kefil hakkında takibe geçilmesi gerekmektedir (Bkz. KOSTAKOĞLU, Cengiz; Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 78). Kefalet sözleşmesinde açıkça süre kararlaştırılmamışsa veya taraf iradelerinin yorumundan süreli olduğu tespit edilemiyorsa, kefaletin süresiz olduğu kabul edilmelidir. Kefalet süresinin, taraflarca serbestçe belirlenmesi mümkündür. Ancak TBK. m. 598/f.III hükmü, bu serbestinin sınırını teşkil etmektedir. Madde hükmüne göre, bir gerçek kişi tarafından verilmiş her türlü kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesi ile kendiliğinden ortadan kalkmaktadır (Bkz. KAYA KIZILIRMAK, s. 11-12).

⁴⁴ *“...Davacının kefil olduğu genel kredi sözleşmesi belirsiz süreli çerçeve sözleşmesi niteliğindedir. Bu itibarla sözleşme tarihinden sonra çekilen bir kredinin ödenmesi sözleşmeyi ve kefaleti kendiliğinden sona erdirmeyecektir...”* Yarg. 19. HD., T. 20.02.2014, E. 2013/17460, K. 2014/3325 (Kişisel Arşiv).

“...Dava konusu alacak, davalının kefil bulunduğu 14.05.2008 tarihli genel kredi sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar arasında akdedilen sözleşme, genel hükümlere göre düzenlenmiş ticari nitelikte ve süresiz bir sözleşmedir. Başka bir ifadeyle borç sıfırlandıktan sonra borçluya tekrar kredi kullandırılması yeni bir borç ilişkisi niteliğinde olmadığından sözleşmeden doğan kefalet sorumluluğunun devam edeceği kuşkusuzdur...” Yarg. 19. HD., T. 07.05.2014, E. 2014/5061, K. 2014/8855 (Kişisel Arşiv).

⁴⁵ Banka genel kredi sözleşmelerinde hesabın kat edildiği tarihten temerrüt tarihine kadar işleyen akdi faiz, kat ihtarında belirtilen miktarla birlikte asıl borcu oluşturmaktadır. Bu

kredi sözleşmesi bağlamında müşteriye nakdî krediler⁴⁶ kullandırıldığı gibi, teminat mektupları gibi gayri nakdî krediler⁴⁷ de kullandırılabilir. Kefil, kullanılan nakdî kredilerden dolayı oluşan asıl borçtan kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumludur. Bununla birlikte kullanılan gayri nakdî kredilerin deposundan kefilin sorumlu tutulabilmesi, sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmasına bağlıdır. Aksi hâlde kefil, gayri nakdî kredilerin deposundan sorumlu tutulamaz⁴⁸.

TBK. m. 589/f.III uyarınca kefil, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, borçlunun yalnızca kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra doğan borçlarından sorumludur. Böyle bir düzenlemenin gerekçesi, kefalet sözleşmesinin genel olarak borçluya kredi sağlamak amacıyla yapılmasıdır. Borçlunun mevcut borçlarından da sorumlu olmak isteyen kefilin, bu yöndeki iradesini şekil şartlarına uygun olarak kefalet sözleşmesinde açıkça ifade etmesi gerekmektedir⁴⁹.

Borçlunun borç ödemedenden aciz hâle gelmesi ya da malvarlığının kötüleşmesi, kefilin sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olmamaktadır⁵⁰.

C. Borçlunun Kusur ve Temerrüdünden Doğan Sonuçlardan Sorumluluk

TBK. m. 589/f.II, (1) nolu bend uyarınca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece kefil, kefalet sözleşmesinde sorumluluğun üst sınırı olarak gösterilen tutar içinde kalmak koşuluyla, asıl borçlunun kusur ve temerrüdü sebebiyle ortaya çıkan yasal sonuçlardan sorumludur. Borcun geç yerine getirilmesi ya

sebeple asıl borç hesap edilirken kat ihtarında belirtilen miktara, temerrüt tarihine kadar işlemiş akdi faizin de eklenmesi gerekmektedir.

⁴⁶ Bankaların, kredi sözleşmelerindeki koşullarla müşterilerine TL veya yabancı para cinsinden nakit olarak kullandırdıkları kredilere nakdî krediler denilmektedir (Bkz. GÜRSES, s. 15; KOSTAKOĞLU, s. 195).

⁴⁷ Başlangıçta nakit kullanımının gerçekleşmediği, bankanın bir şekilde müşterinin edimini garanti ettiği kredilere gayri nakdî krediler denilmektedir (Bkz. GÜRSES, s. 19; KOSTAKOĞLU, s. 205). Banka teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabul gibi işlemler bu tür kredilere örnek olarak gösterilmektedir (Bkz. KOSTAKOĞLU, s. 205).

⁴⁸ *"...davalının genel kredi sözleşmesinde kefil bulunan davacıdan depo isteminde bulunabilmesi için sözleşmede bu konuda açıkça hüküm bulunması gerekir..."* Yarg. 19. HD., T. 27.04.2016, E. 2016/753, K. 2016/7650 (Kişisel Arşiv).

"...Dava genel kredi sözleşmesi uyarınca gayri nakdi kredi bedelinin depo edilmesi istemine ilişkindir. Kefillerin gayri nakdi krediden sorumlu tutulabilmeleri için sözleşmede açık hüküm bulunması gerekir. Mahkemece sözleşme hükümleri değerlendirilip sorumluluk yönünden bir karar verilmesi gerekirken bu yönde bir inceleme yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi ayrıca kabule göre de gayri nakdi alacak yönünden tazminata hükmedilmesi doğru olmaması mahkeme kararının bozulması gerekmiştir..." Yarg. 19. HD., T. 20.09.2017, E. 2016/11287, K. 2017/6087 (Kişisel Arşiv).

⁴⁹ AYAN, s. 437-438; ÖZEN, s. 129-130.

⁵⁰ ÖZEN, s. 131.

da hiç yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan müspet (olumlu) zararlar ve temerrüt faizi⁵¹ ödeme yükümlülüğü, borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları olarak ortaya çıkmaktadır⁵².

Borçlunun kusurlu davranışları sebebiyle kefilin sorumluluğu, TBK. m. 112 hükmüne göre değerlendirilmelidir. Madde hükmüne göre kusuruyla borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, alacaklının bu sebeple uğradığı zararları karşılamakla yükümlüdür. Kefilin sorumluluğunun kapsamına giren zararlar ise, borçlunun kusuruyla borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle oluşan müspet (olumlu) zararlardır⁵³. Borçlunun sözleşme ilişkisinden doğan edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zarara, müspet (olumlu) zarar denilmektedir. Başka bir deyişle müspet zarar, borcun gereği gibi ifa edilmesi hâlinde alacaklının sahip olacağı malvarlığı değeri ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle şu an sahip olduğu malvarlığı değeri arasındaki farazi farktır. Müspet zarar, borcun gereği gibi ifası hâlinde alacaklının sahip olacağı menfaate karşılık gelmektedir⁵⁴.

TBK. m. 589/f.II, (1) nolu bend uyarınca kefil, borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından da sorumludur. Kefilin sorumluluğunun doğması için bazı hâllerde borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması aranırken, bazı hâllerde kusur aranmamaktadır. TBK. m. 118'e göre, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifa edilmesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Böyle bir hâlde kefilin borçlunun temerrüdünün yasal sonuçlarından sorumlu

⁵¹ Temerrüt faizi, para borcunun vadesinde ödenmemesi sebebiyle gecikilen süre için alacaklıya ödenen faizdir. TTK. m. 10 hükmüne göre, aksi kararlaştırılmamışsa ticari bir borçta temerrüt faizi vadenin bitiminden, belli bir vade yoksa ihtar gününden itibaren işlemeye başlar (Bkz. AYHAN/ÇAĞLAR, s. 32). Anapara faizi yalnızca sözleşmeden doğan para borçlarında istenebildiği hâlde temerrüt faizi, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ve sözleşmeden doğan para borçlarında da istenebilmektedir; "... Uygulamada ve öğretide baskın görüş olarak, temerrüt (gecikme) faizinin hukuki niteliği, borçlunun para borcunu zamanında ödememesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı müddetinde varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminat olduğu kabul edilmektedir ..." HGK., T. 02.10.2013, 2013/19-199 E., 2013/1418 K. (Kişisel Arşiv).

⁵² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 723.

⁵³ ACAR, s. 203; Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak inceleneceği üzere TBK. m. 589/f. IV hükmü gereğince kefilin, alacaklının menfi zararlarından sorumlu olması mümkün değildir.

⁵⁴ ERGÜNE, Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 55-57; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 396; TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 806; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ; Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 855; TANDOĞAN, Halûk; Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 426.

olması için, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmektedir⁵⁵.

Kefalet sözleşmesiyle güvence altına alınan borcun bir miktar para borcu olması hâlinde kefil, asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle oluşan temerrüt faizinden de kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumlu olmaktadır. Kefilin asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle oluşan temerrüt faizinden sorumlu tutulabilmesi, asıl borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olup olmamasına bağlı değildir⁵⁶. Başka bir deyişle ne asıl borçlu, ne de kefil, asıl borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir⁵⁷. Ancak TTK. m. 7/f.I uyarınca asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle oluşan temerrüt faizinden sorumlu tutulabilmesi için kefile, taahhüt veya ödemenin yapılmadığının veya yerine getirilmediğinin ihbar⁵⁸ edilmesi gerekmektedir. Yani ticari nitelikteki bir asıl borcun ödenmesine ilişkin ihbar asıl borçluya tebliğ edilmiş ve bu surette asıl borçlu temerrüde düşmüş olsa bile, bu yönde bir ihbar müteselsil kefile yapılmadığı sürece, kefilin asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle oluşan temerrüt faizinden sorumlu tutulması söz konusu değildir. Bu hükümlerle aynı veya benzer bir düzenlemenin TBK.'nda yer almaması sebebiyle ticari nitelikte olmayan borçlara kefalette, bu hükmün uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple ticari nitelikte olmayan bir borca kefalette kefil, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği kendisine ihbar edilmemiş olsa bile, asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle oluşan temerrüt faizinden kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumlu olmaktadır⁵⁹.

Asıl borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle işleyecek temerrüt faizinin süre olarak bir üst sınırı bulunmamaktadır. Asıl borç ödenmediği sürece, temerrüt faizi işlemeye devam etmektedir⁶⁰.

Kefil, asıl borçlunun temerrüdünden doğan yasal sonuçlardan kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumlu olmasına rağmen, kendi temerrüdünden doğan hukukî sonuçlardan kefalet limiti ile sınırlı olmaksızın sorumludur. Buna göre

⁵⁵ ACAR, s. 208-209.

⁵⁶ ACAR, s. 209.

⁵⁷ AYAN, s. 474.

⁵⁸ İhbarın ne şekilde yapılacağı konusunda hükümde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Hükmün TTK.'nda yer alması sebebiyle ihbarın aynı Kanun m. 18/f.III'te öngörülen şekilde yapılması gerektiği düşünülebilirse de, bu ihbarın temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin bir ihbar olmaması sebebiyle böyle bir düşüncenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz (Benzer yönde görüş için bkz. AYAN, s. 481).

⁵⁹ Her ne kadar doktrinde AYAN tarafından, bu hükmün asıl düzenleme yerinin TBK. olduğu, rastlantsal olarak TTK.'nda yer aldığı, mevcut durumda hükmün amacı esas alınarak her türlü kefalet sözleşmesine uygulanabileceği görüşü savunulmuş ise de, bu görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu anlamsız farklılığın ortadan kaldırılması için TBK.'na aynı veya benzer bir düzenlemenin eklenmesi gerekmektedir (Bkz. AYAN, s. 482-483).

⁶⁰ AYAN, s. 474.

temerrüde düşen kefil için işlemeye başlayan temerrüt faizi kefalet limitini aşsa bile, kefil kendi temerrüdünden doğan bu temerrüt faizinden limit ile sınırlı olmaksızın sorumlu olmaktadır⁶¹. Burada kefilin kendi temerrüdü hâlinde uygulanacak temerrüt faiz oranının ne olacağı sorusu akıllara gelmektedir. Kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan asıl borç, kefalet borcundan ayrı ve bağımsız bir borçtur. Bu sebeple asıl borcu doğuran sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faiz oranının, ayrıca kabul edilmediği sürece kefilin kendi temerrüdü hâlinde uygulanması söz konusu değildir. Asıl borcu doğuran sözleşmede kararlaştırılan temerrüt faiz oranının, kefilin temerrüdü hâlinde de uygulanması isteniyorsa, bunun açıkça kefalet sözleşmesinde kararlaştırılması gerekmektedir. Aksi hâlde kefilin yasal oran üzerinden temerrüt faizinden sorumlu tutulması gerekmektedir⁶².

Bu durumun bir örnekle açıklanması konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır.

Müşteri (A) ile (X) Faktoring A.Ş. arasında imzalanan bir faktoring sözleşmesinde, müşterinin borçları dolayısıyla yıllık % 30 oranında temerrüt faizi ödeyeceği kararlaştırılmıştır. (B) ise taraflar arasındaki bu faktoring sözleşmesine 50.000,00 TL limitle kefil olmuştur. Müşteri (A)'nın faktoring sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını ödememesi sebebiyle müşteri (A) ve kefil (B) aleyhine 100.000,00 TL üzerinden ilamsız icra takibi başlatılmıştır. Kefil (B), asıl borçtan ve bu asıl borca müşteri (A)'nın temerrüde düşmesi sebebiyle uygulanan yıllık % 30 oranında temerrüt faizinden 50.000,00 TL kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumludur. Ancak kefalet sözleşmesinde açıkça kefilin de yıllık % 30 oranında veya başka bir oranda temerrüt faizi ödeyeceği kararlaştırılmamışsa, kefilin yasal oran üzerinden temerrüt faizi ödemekle yükümlü tutulması gerekmektedir⁶³.

D. Dava ve Takip Masrafları ile Rehinlerin Tesliminin ve Rehin Haklarının Devrinin Sebep Olduğu Masraflardan Sorumluluk

TBK. m. 589/f.II, (2) nolu bend uyarınca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece kefil, kefalet limiti ile sınırlı olarak asıl borçluya karşı yöneltilen takip ve dava masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardan da sorumludur. Kefilin asıl borçluya yöneltilen takip ve dava masraflarından⁶⁴ sorumlu tutulabilmesi için,

⁶¹ AYAN, s. 432; KARA KILIÇARSLAN, Seda; "Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", GÜHFD., C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, s. 47; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 723.

⁶² AYAN, s. 433; Uygulamada genellikle asıl borcu doğuran sözleşme ile kefalet sözleşmesi aynı metin üzerine yapılmakta, asıl borçlu için uygulanacak temerrüt faiz oranının kefil için de uygulanacağı bu metinde kararlaştırılmaktadır.

⁶³ AYAN, s. 433.

⁶⁴ Takip ve dava masraflarının kapsamına vekâlet ücreti de girmektedir (Bkz. TANDOĞAN, Özel

alacaklının kefile, takip başlatılmasını ve/veya dava açılmasını önleme imkânı tanınması gerekmektedir. Bunun için alacaklı kefil, borcun ödenmediğinden haberdar etmeli ve kefile ödeme için uygun bir süre vermelidir⁶⁵. Aksi hâlde yapılan masraflar kefilden talep edilemez⁶⁶.

Alacaklının takip ve dava masraflarını kefilden talep edebilmesi için, iyi niyetli olması gerekmektedir. Yerinde ve zamanında yapılmayan, olağan giderleri aşan masraflar kefilden talep edilemez. Asıl borç muaccel olmadan yapılan takip ve dava masrafları da kefilden istenemez⁶⁷. Yine başlattığı bir takibe veya açtığı bir davaya kendi kusuru ile devam etmeyen alacaklı, yaptığı masrafları kefilden talep edemez⁶⁸.

Asıl borçluya yapılan ihbar ve ihtar masraflarından, TBK. m. 589/f.II, (2) nolu bend uyarınca kefil sorumlu değildir⁶⁹. Ancak kefalet sözleşmesinde, bu kalemlerden de kefilin sorumlu olacağına kararlaştırılması mümkündür⁷⁰.

Kefil, asıl borçluya yöneltilen takip ve dava masraflarından sorumlu olmasına rağmen, birlikte kefillere yöneltilen takip ve dava masraflarından sorumlu değildir⁷¹.

Kefil, kendisine yöneltilen takip ve dava masraflarından ise, icra ve usul hukuku esaslarına göre kefalet limiti ile bağlı olmaksızın sorumludur⁷².

Kefil, alacaklıya yaptığı ifa oranında onun haklarına halef olmaktadır. Böyle bir hâlde, asıl borç için verilmiş rehin hakları kendiliğinden kefile geçmektedir. Maddi hukuk anlamında geçiş kendiliğinden gerçekleşse de, kefilin kendisine geçen bu hakları kullanabilmesi için bir takım şekli işlemlerin (rehin konusu malın kefile tesliminin sağlanması, sicilde gerekli kayıtların yapılması gibi) yapılması gerekmektedir. Rehin haklarının alacaklıdan kefile geçişi için yapılacak olan bu şekli işlemlerden doğan masraflardan da, TBK. m. 589/f.II, (2) nolu bend uyarınca kefil sorumludur⁷³.

E. Akdi Faizden Sorumluluk

TBK. m. 589/f.II, (3) nolu bend uyarınca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece kefil, kefalet limiti ile sınırlı olarak işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan

Borç İlişkileri C. II, s. 776).

⁶⁵ ACAR, s. 212; ARAL/AYRANCI, s. 490; EREN, Özel Hükümler, s. 783; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 777.

⁶⁶ ACAR, s. 212.

⁶⁷ AYAN, s. 483.

⁶⁸ ACAR, s. 212.

⁶⁹ AYAN, s. 483; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 776-777.

⁷⁰ AYAN, s. 483-484.

⁷¹ AYAN, s. 484; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 777.

⁷² AYAN, s. 432; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II, s. 777.

⁷³ ACAR, s. 214; AYAN, s. 485.

yıla ait akdi faizler ile tahvil karşılığında ödünç verilen ana paranın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizlerinden sorumludur. Bu hüküm yalnızca sözleşme faiziyle ilgili bir sınırlama getirmekte olup, temerrüt faizi ile ilgili bir sınırlama getirmemektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi asıl borçlunun temerrüdünün yasal sonucu olarak ortaya çıkan temerrüt faizinden kefil, herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın kefalet limiti ile sınırlı olarak sorumlu olmaktadır⁷⁴.

II. KEFİLİN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Yukarıda incelenen ve kefilin kanundan doğan sorumluluğunun kapsamını düzenleyen TBK. m. 589/f.II hükmü emredici nitelikte değildir⁷⁵. Taraflar sözleşme özgürlüğünün⁷⁶ bir gereği olarak, kefilin sorumluluğunun kapsamını bu hükümde belirtilenden daha geniş ya da daha dar olarak belirleyebilmektedirler⁷⁷.

B. Menfi (Olumsuz) Zarardan Sorumluluk

Menfi (olumsuz) zarar, hüküm doğuracağına güvenilen bir sözleşmenin hüküm doğurmaması ya da kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması yüzünden uğranılan zararı ifade etmektedir⁷⁸. Sözleşmenin hüküm doğuracağına veya kurulacağına güvenilerek yapılan harcamalar ve kaçırılmış elverişli fırsatlar, menfi zararın kapsamına girmektedir⁷⁹. Kefalet sözleşmesi kefile fer'î nitelikte bir sorumluluk yüklediğinden, asıl borcu doğuran sözleşmenin hüküm doğurmaması veya kurulmaması yüzünden ortaya çıkan menfi zararlardan, kefilin sorumlu tutulması söz konusu değildir⁸⁰. BK.'nda yer almayan yeni bir düzenleme ile TBK. m. 589/f.IV hükmünde de kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zararlardan sorumlu olacağına ilişkin yapılan anlaşmaların hükümsüz olduğu düzenlenmiştir⁸¹. Kefili menfi zararlardan sorumlu tutmak mümkün değildir. Ancak her somut olayda kefiliden talep edilen zararların, menfi zarar kapsamına girip girmediğinin hâkim tarafından tespit edilmesi gerekmektedir.

⁷⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 724-725.

⁷⁵ ÖZEN, s. 143.

⁷⁶ Hukuk düzeninin sınırları içinde bireylerin irade beyanlarıyla istedikleri hukukî sonuçları ortaya çıkarabilme özgürlüğüne, sözleşme özgürlüğü denilmektedir (Bkz. TANDOĞAN, Halûk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama), C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 9).

⁷⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 807.

⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.-1, s. 396; TANDOĞAN, Mes'uliyet, s. 427;

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855; ERGÜNE, s. 36 vd.

⁷⁹ SEROZAN, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 584.

⁸⁰ KARA KILIÇARSLAN, s. 55.

⁸¹ SARAÇ, s. 327.

C. Ceza Koşulundan (Sözleşme Cezasından⁸²) Sorumluluk

Ceza koşulu, bir borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi hâlinde ödenmesi gereken, parasal bir değer taşıyan ve hukukî bir işlemle kararlaştırılan edim olarak tanımlanmaktadır⁸³. Ceza koşulunun, geciktirici koşula bağlı bir edim borcu olduğu, kaynağının ise asıl borç ilişkisini doğuran sözleşmeye bağlı, ek bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁸⁴. BK.'nda yer almayan yeni bir düzenleme ile TBK. m. 589/f.IV hükmünde kefilin, ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin yapılan anlaşmaların hükümsüz olduğu düzenlenmiştir⁸⁵. Bu düzenleme uyarınca kefilin ceza koşulundan (sözleşme cezasından) sorumlu tutmak mümkün değildir.

D. Borçlunun Kusur ve Temerrüdünden Doğmayan Sonuçlardan Sorumluluk

TBK. m. 589/f.II, (1) nolu bend uyarınca kefil, kefalet sözleşmesinde sorumluluğun üst sınırı olarak gösterilen tutar içinde kalmak koşuluyla, asıl borçlunun kusur ve temerrüdü sebebiyle ortaya çıkan yasal sonuçlardan sorumludur. Bu hüküm emredici nitelikte olmadığından, kefilin asıl borçlunun kusur ve temerrüdü dışında ortaya çıkan sonuçlardan da sorumlu olacağına ilişkin sözleşmede kararlaştırılması mümkündür⁸⁶.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kefalet sözleşmesi, alacağı güvence altına almak için yapılmaktadır. Alacaklı, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi hâlinde kefile başvurur. Bununla birlikte kefil, asıl borçlunun yerine geçmemekte, onunla birlikte borç üstlenmemektedir. Bu sebeple kefilin ifanın istenilmesi söz konusu değildir. Kefil, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle alacaklının uğramış olduğu müspet zararı, bir miktar para ödeyerek gidermek yükümlülüğü altındadır.

Kefil, kefalet sözleşmesi ile güvence altına alınan borçtan sorumludur. Kefalet borcu fer'î nitelikte bir borç olduğundan, kefilin talepte bulunulduğu sırada geçerli ve istenebilir bir asıl borcun bulunması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra asıl borcun sona ermesi hâlinde, kefalet borcu da sona ermektedir. TBK. m. 589/f.III'e göre kefil, borçlunun yalnızca kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur. Kefilin eski borçlardan da sorumlu olması isteniyorsa, bu hususun sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekmektedir.

⁸² OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 518.

⁸³ TUNÇOMAĞ, s. 853-854.

⁸⁴ OĞUZMAN, C.-2, s. 519.

⁸⁵ SARAÇ, s. 327.

⁸⁶ KARA KILIÇARSLAN, s. 56.

Geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için, kefalet limitinin kefilin el yazısı ile sözleşmede gösterilmesi gerekmektedir. Bu şekilde kefilin ekonomik yük altına gireceği miktar, sözleşmenin başında belirlenmektedir. TBK. m. 589/f.I uyarınca kefalet limiti, kefilin sorumluluğunun üst sınırını teşkil etmektedir. Bu madde hükmü emredici nitelikte olduğundan aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Bununla birlikte kefil, kendi temerrüdünden doğan sonuçlardan kefalet limiti ile sınırlı olmaksızın sorumludur.

Kefilin kanundan doğan sorumluluğunun kapsamı TBK. m. 589/f.II'de düzenlenmiştir. Buna göre kefil, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçlarından, dava ve takip masraflarından, rehinlerin tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardan, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdî faizlerden, gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizlerinden sorumludur. Bu madde hükmü emredici nitelikte olmadığından, tarafların kefilin sorumluluğunun kapsamını bu hükümde belirtilenden daha geniş ya da daha dar bir şekilde kararlaştırmaları mümkündür. Ancak TBK. m. 589/f.IV hükmüne göre kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinden doğan zararlardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağı kararlaştırılmaz. Bununla birlikte kefilin, asıl borçlunun kusur ve temerrüdü dışında ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu olacağı kararlaştırılabilir.

BİBLİYOGRAFYA *

ACAR, Özlem: Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.

AYAN, Serkan: Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.

AYANOĞLU MORALI, Ahu: Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2006.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2017.

ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: "Kefalet Sözleşmesinde Kefil İle Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki", İÜHM., C. LV (1996), (s. 389-412).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltılmışı: EREN, Genel Hükümler).

* Birden çok eserden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, (Kısaltılmışı: EREN, Özel Hükümler).

ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

GÜRSES, Davut: Banka Genel Kredi Sözleşmesi, İstanbul 2016.

KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, GÜHFD., C. XIII, Y. 2009, S. 1-2, (s. 43-59).

KAYA KIZILIRMAK, Cansu: Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2014.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, 8. Baskı, İstanbul 2016.

KUNTALP, Erden: “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, (s. 263-299).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/ÖZ, C.-1).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-2, 11. Baskı, İstanbul 2014, (Kısaltılmışı: OĞUZMAN/ÖZ, C.-2).

ÖZEN, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul 2017.

REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.

SARAÇ, Şükrü: Yargıtay Kararları Işığında Factoring, 2. Baskı, Ankara 2017.

SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 3. Bası, Ankara 2015.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul 2016.

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara 1961, (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Mes’uliyet).

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama), C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, C. II, 5. Basım, İstanbul 2010, (Kısaltılmışı: TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri C. II).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015.

KISALTMALAR CETVELİ

| | |
|-----------|---|
| A.Ş. | : Anonim Şirketi |
| Bkz./bkz. | : Bakınız |
| BK. | : 818 sayılı Borçlar Kanunu |
| C. | : Cilt |
| E. | : Esas |
| f. | : Fıkra |
| GÜHFD. | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD. | : Hukuk Dairesi |
| HGK. | : Hukuk Genel Kurulu |
| İÜHM. | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Mecmuası |
| K. | : Karar |
| m. | : Madde |
| s. | : Sayfa |
| S. | : Sayı |
| T. | : Tarih |
| TL. | : Türk Lirası |
| TBK. | : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TTK. | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| vd. | : ve devamı |
| Y. | : Yıl |
| Yarg. | : Yargıtay |

UYUŞTURUCU MADDE TİCARETİ SUÇUNDA MADDE MİKTARININ ÖNEMİ

The Importance of the Quantity of Narcotic in the Crimes of Drug Traffics

Uyur MEYDAN¹

Geliş Tarihi: 06.09.2018 Kabul Tarihi: 15.11.2018

ÖZET

Çağımızın en önemli adli ve tıbbi sorunlarının başında ortak bir şekilde uyuşturucu madde kullanımı ve uyuşturucu madde ticareti suçları gelmektedir. Bu sorun sadece ulusal değil uluslararası boyutta da her geçen gün önü alınmaz bir hal almıştır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçlarıyla mücadele kararlılığı ne kadar zaruri ise bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda uyuşturucu tacirleriyle kullanıcıların birbirinden ayrılması da bir o kadar elzemdir. Ticarete ilişkin başkaca yan delil bulunmaması halinde ele geçen madde miktarına göre eylemin hangi suça vücut verdiği tespit bu bakımdan önem arz etmektedir. Gerek doktrinde gerek de içtihatlarda buna ilişkin birçok görüş ileri sürülmektedir. Bu yönde yapılacak tespitlerde kimyasal yapılarının ve etkilerinin farklılığı nedeniyle her uyuşturucu madde yönünden ayrı ayrı irdeleme yapılması zaruridir. Bu çalışmada öncelikle uyuşturucu ve uyarıcı maddeler tanıtarak uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçunun seçimlik hareketleri izah edilecektir. Son kısımda ise Yargıtay içtihatları doğrultusunda uyuşturucu maddelerin türüne ve miktarına göre Türk Ceza Kanunu'nun 188. ve 191. maddelerindeki suçlardan hangisine vücut vereceği açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu madde miktarı, Uyuşturucu madde ticareti, Esrar, Eroin, Kokain

ABSTRACT

Common use of drugs and trafficking in drugs are the crimes that head the list of most important legal and medical problems of our age. This problem has become more and more unavoidable every day, not only in national but also in international dimension. The separation of drug users and drug traffickers in investigations and prosecutions for these crimes is necessary as much as the determination to fight against the crimes of trafficking in drugs and stimulants. In the absence of any other side evidence of drug trafficking, it is important to determine the crime of the action according to the amount of material recovered. There are many opinions on this in both of the doctrine and the case-law. In these kind of findings, due to the differences in the chemical structures and effects the examination must be made separately for each drug. In this study, firstly narcotic and stimulant substances will be introduced and the optional movements of the crime of trafficking in drugs and stimulants will be explained. In the last part, in accordance with the case law of the Court of Cassation, due to the type and amount of drugs, the criminal offenses in articles 188 and 191 of the Turkish Penal Code will be tried to be explained.

Keywords: The amount of drug, Trafficking in drugs, Cannabis, Heroin, Cocaine

¹ Afyonkarahisar Cumhuriyet Savcısı, e-posta: uygurmeydan@gmail.com.
ORCID ID: 0000-0002-2895-9622

GİRİŞ

Uyuşturucu madde Yunanca Narke (uyku) kelimesinden gelir. Zamanla başta afyondan menşeyini alan uyuşturucu maddeler, içine sonradan iptilâ yapan veya insanı Yunanca aslında olduğu gibi uyutucu etki yapan bütün diğer maddeler ithal edilmiştir. Uyuşturucu madde elbette ki tbbi bir terimdir; fakat aynı zamanda hukuki bir terim de teşkil etmektedir.² Uyuşturucu kullanımının ve uyuşturucu madde ticaretinin uzun yıllardır gerek dünyada gerek de ülkemizde sürekli yükselen bir grafikte artış göstermesi, bu suçlarla mücadelede hem ulusal hem de uluslararası alanda çabaları artırmayı zorunlu kılmıştır. Uyuşturucu maddeye ilişkin suçlarla mücadele sadece bir ceza hukuku sorunu değildir. Tıp, sosyoloji, psikoloji, kimya, polis ve hukukun birlikte çözümleneceği bir sorundur. Bu yönden konu suç siyaseti sınırlarını açmakta ya da deyim yerindeyse geniş anlamda bir ceza siyasetini gerekli kılmaktadır.³ Uyuşturucu kullanımının ve bu doğrultuda arz-talep kuralı gereği uyuşturucu madde ticaretinin birçok boyutu bulunmaktadır. Bireylerin uyuşturucu alışkanlıkları, uyuşturucu maddeye alışmalarındaki kişisel, ailevi ve toplumsal nedenler, talebin doğurduğu arz faktörü, uyuşturucu maddelerin ülkelerarası dolanımı ve nakli, terör örgütlerinin uyuşturucu madde ticaretinden elde ettikleri gelirler, yeterince demokratikleşmemiş ve kapalı siyasi rejimlerin hüküm sürdüğu ülkelerdeki üretim ve buralarda üretilen maddelerin diğer ülkelere gönderilmesi, okullarda ve sağlık kuruluşlarında uyuşturucu ile mücadele bu sorunun yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır. Biz meselenin “adli suç” olma yönünü ele alıp bu doğrultuda, ele geçen madde miktarının uyuşturucu madde ticareti suçunun tespitindeki önemini içtihatlar doğrultusunda ele almaya çalışacağız. Zira yan delillerin ele geçmediği bir soruştırmada en önemli tartışma konusu, ele geçen maddenin ticaret maksadıyla mı yoksa şahsi kullanım için mi bulundurulduğudur. Bu noktada öncelikle uyuşturucu maddelerin tanınması zaruret arz etmektedir. Her uyuşturucu maddenin belirli bir tüketiliş şekli, insan vücuduna farklı etkileri bulunduğu gibi üretim koşulları, piyasaya sürülme yöntemleri ile diş fiziki koşullardan etkilenme koşulları, buna göre de saklama ve nakil yöntemleri bulunmaktadır.

² DÖNMEZER Sulhi, Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36 (1-4), 1-14; <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9126/114262>, s.1 (e.t : 03/09/2018)

³ BAYRAKTAR Köksal, Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 51 (1-4), 45-64; <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9070/113121>, s.64 (e.t: 03/09/2018)

1. Uyuşturucu Maddelerin Sınıflandırılması ve Çeşitleri

Uyuşturucu maddeler yazarlarca değişik biçimlerde tasnif edilmiştir. İlk olarak 1924 yılında Lewin bağımlılık yapan ilaçları fizyolojik tesirlerine göre ve klinikte geçerli olacak şekilde beşe ayırarak tasnif etmiştir. Buna göre uyuşturucu maddeler; keyif vericiler, hayal uyandıranlar, sarhoşluk verenler, uyku verenler ve uyarıcılar olarak beşe ayrılmıştır. Dönmezer ise uyuşturucu maddeleri afyon ve türevleri, kokain ve diğer merkezi sinir sistemi uyarıcıları, halüsinojenler, uyku ilaçları, sükun verici ilaçlar ve alkol ile diğer maddeler olarak beşe ayırıp incelemektedir.⁴ Günümüzde ise uyuşturucu maddeler genel olarak depresanlar, uyarıcılar ve halüsinojenler olarak üç ana grup içerisinde tasnif edilmektedir. Bu üç ana grup içindeki uyuşturucular ise doğal ve sentetik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵

1. Depresanlar

a) Doğal

- Afyon

b) Sentetik

- Barbitüratlar
- Trankilizan
- Sedatifler
- Analjezikler

2. Uyarıcılar

a) Doğal

- Kokain Bitkisi
- Kokain

b) Sentetik

- Katinon türvleri
- Amfetamin türevleri
- Metamfetaminler
(ecstasy, captagon vs.)

3. Halüsinojenler

a) Doğal

- Esrar
- Meskalin

b) Sentetik

- LDS'ler
- Sentetik kannabinoid
(bozai vs.)

1.1. Afyon ve türevleri

Afyon, haşhaş bitkisinin kozasının çizilmesi suretiyle beyaz renkte akan öz sıvıdan elde edilmektedir. Çizim sonrasında haşhaş kapsülünden dışarı çıkan sıvı, havayla teması sonrasında koyulaşarak kahverengini alır. Meydana gelen madde ham afyon olarak bilinir. Haşhaş bitkisi ülkemizde bilhassa Afyonkarahisar ve çevre illerde üretilmekte olup gerek üretim miktarı gerek de ekilen tarlaların sınırları ve üreticilerin uymak zorunda oldukları koşullar mevzuatta sıkı şekilde belirlenmiştir. Ham afyon çiğneme, sigara şeklinde içme veya sıvı olarak vücuda enjekte etme yöntemleriyle tüketilebilir. Afyon maddesinden çeşitli katkı maddeleri eklemek ve kimyasal işlemlerden geçirmek suretiyle diğer uyuşturucu maddeler elde edilmektedir. Bunların başlıcaları morfin, eroin, kodein'dir. Morfin maddesi ağrı kesici özelliği olup ilk kez 1805

⁴ ERGÜL Ergin, Uyuşturucu Madde Alışkanlığının Hukuki ve Cezai Yönleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993, [https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br.s.13.vd.\(e.t:28/08/2018\)](https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br.s.13.vd.(e.t:28/08/2018))

⁵ ÇALIŞKAN Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.724

yılında Almanya’da üretilmiştir. İsmi eski Yunan mitolojisindeki uyku tanrısı Morpheus’tan almıştır.⁶ Morfin maddesi uyuşturucu olarak kullanılmasının yanı sıra bilhassa tıp alanında kullanılmaktadır. Gereken ihtiyacı karşılamak üzere kurulan Türkiye’deki tek alkaloid fabrikası da yine Afyonkarahisar ilinde faaliyette bulunmaktadır.

İsmi Almanca “güçlü” anlamına gelen “heroisch” kelimesinden alan⁷ eroin de yine morfin gibi afyon türevi olup morfin’in yarı sentetik türevidir. İçeriğinde birçok katkı maddesi bulunmakta olup bunlar arasında en önemlisi asetik anhidrit maddesidir. Asetik anhidrit maddesinin son dönemlerde eroinden ayrı bir kaçakçılık sahası oluşmuş olup eroin’in tersine Afganistan vs. ülkelerden batıya değil, batıdan Afganistan ve diğer eroin üretimi yapılan ülkelere kaçak nakli söz konusudur.⁸ Kodein ise metilmorfin yapısında olup ilk kez 1833 yılında elde edilmiştir. Kodein maddesi kristal yahut toz şeklinde olup uyutucu ve keyif verici özelliği vardır.⁹

1.2. Koka Bitkisi ve Kokain

Koka bitkisi dünyada yalnızca Kolombiya, Bolivya ve Peru ülkelerinde yetişen bir bitki olup kokain maddesi de bu bitkiden elde edilmektedir. Elde edilen kokain tüm dünyaya yalnızca bu ülkelerden dağıtıldığı için piyasa fiyatı diğer uyuşturucu maddelere nazaran daha pahalı olup zengin kullanıcılar tarafından kullanılmaktadır. Kokain, içicilerde enerjik bir durum değişikliği yaratan, keyif ve coşku veren, yorgunluğu azaltan bir maddedir.¹⁰ Kokain üretiminde asetik anhidrit maddesine benzer şekilde en çok kullanılan ara kimyasal potasyum permanganat maddesidir.¹¹

1.3. Sentetik Uyarıcılar

Sentetik uyarıcıların başından amfetaminler gelmektedir. Bu tip maddeler doğrudan merkezi sinir sistemi üzerinde etki yaparak içicilerde rahatlama, diğer kişilere yakın hissetme gibi etkiler doğurur. Ecstasy ve captagon gibi türleri en çok bilinenleri olup gece kulübü gibi yerlerde kullanımı popülerdir. Bu maddeler tablet hap olarak üretilmekte olup satışı genellikle adet üzerinden

⁶ ÇALIŞKAN, *age* s.725

⁷ Çelik Ahmet, Sezgin Erkan, Tarihsel Perspektiften Uyuşturucu İle Mücadele Politikaları ve Alternatif Politika Yaklaşımları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.10

⁸ AKGÜL Arif, AKYAY İlkay, Uyuşturucu Maddeler ve Sınırşan Uyuşturucu Kaçakçılığı, Sınırşan Organize Suçlar, (Editör; Oğuzhan Ömer DEMİR, Bahadır KÜÇÜKUYSAL), Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013, s.46

⁹ ÇALIŞKAN, *age* s.728

¹⁰ AKGÜL, AKYAY, *age* s.43

¹¹ EKİCİ Behsat, Uluslararası Uyuşturucuyla Mücadele Sistemi ve Türkiye, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.92

yapılmaktadır.¹²

1.4. Esrar

Bilimsel literatürde üç çeşit kenevirden bahsedilmektedir. Bunlar *cannabis sativa* L, *cannabis indica* Lam ve *cannabis ruderalis* Jan.'dır. Bu üç çeşit kenevirden dişi olarak adlandırılan *cannabis sativa* L. cinsinde esrarın psikoaktif etki maddesi tetrahidrokanibal bulunmaktadır.¹³ Esrar, *cannabis sativa* adı verilen hint keneviri bitkisinin kahverengi-yeşil çiçeklerin karışımından, saplar, tohumlar ve yapraklarından oluşmaktadır. Kenevir tüm dünyada yetiştirilen bir bitki olup bu bitkiden esrarın elde edilmesi ve kullanılmasının yasal durumu uluslararası çapta ülkelere göre değişiklik göstermektedir. Esrar, en sık marijuana, ot ve joint olarak isimlendirilmektedir. İşleniş biçimine göre marijuana, gubar, ganja gibi farklı isimler alan esrarın aktif ana etken maddesi THC'dir (Delta-9-tetrahydrocannabinol). Beyinde özel THC reseptörleri (alıcıları) tespit edilmiş olup bu reseptörler beynin kavrama, hafıza, ödül, acı algısı ve motor koordinasyon işlevlerinden sorumlu bölümlerinde yerleşmiştir.¹⁴

Hint keneviri bitkisinin kolay yetişmesi, diğer uyuşturuculara nazaran kimyevi bilgi gerektirmeyip yalnızca tohumunu ekerek ve bakımı yapılarak üretilmesi mümkün olduğundan ülkemizde de en çok görülen uyuşturucu maddedir. Öte yandan bilhassa Güneydoğu illerimizdeki kırsal kesimlerde terör örgütü PKK gözetiminde büyük tarlalar şeklinde üretilip piyasaya sürülmektedir. Kenevir bitkisinin en çok ekildiği bölge; Diyarbakır ilinin Kulp, Lice, Hani, Hazro ve Kocaköy ilçeleri ve köyleriyle Bingöl ilinin Genç ilçesi kırsalıdır. Bu alanlarda hint keneviri ekimini kimin yapacağına terör örgütü karar vermekte, eken kişilerden haraç almakta ve izinsiz ekim yapanları cezalandırmaktadır.¹⁵ Dişi hint keneviri bitkisinin bizatihi ekilmesi uyuşturucu madde ticareti suçuna vücut vermeyip 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakebesi Hakkında Kanun'un 25. maddesinde yazılı suçta vücut vermektedir. Uyuşturucu madde ticareti suçunun oluşabilmesi için ekili vaziyetteki hint keneviri bitkisinin hasat edilmesi gerekmektedir. Zira ancak hasat halinde bu maddenin ticaret maksadıyla bulundurulduğundan ya da satışa arz edildiğinden bahsedilebilecektir.

¹² ÇALIŞKAN, *age* s.728

¹³ AKGÜL Arif, Türkiye'de Yasadışı Kenevir Ekimi ve Mücadele Politikaları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.192

¹⁴ ÖZTÜRK Agah Bahadır, Türkiye'de Büyüyen Tehlike: Esrar, Konuralp Tıp Dergisi, 2016;8(3) 208-213; <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270611>, s. 209 (e.t: 02/09/2018)

¹⁵ DAĞ Halil, KANDEMİR Mustafa, Polisin Uyuşturucu Mücadelesinde Esrar Yakalamaları Bağlamında Negatif Trendler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.227 vd.

1.5. Sentetik kannabinoidler

Sentetik kannabinoid'ler ülkemizde yeni yeni görülmeye başlanan ve içicilerinin "zombi" olarak tanınmasına neden olan, halüsinojenler grubu uyuşturucu maddelerdendir. Bakanlar Kurulu'nun 16/02/2016 tarihli kararı ile uyuşturucu maddeler listesine eklenmiştir. Sentetik kannabinoid, laboratuvar ortamında ot ve benzeri maddelerin kimyasal likitlerle spreylenmesi sonucu oluşturulan normal esrarın içinde bulunan THC maddesi gibi bir etki yapması beklenen bir uyuşturucu türüdür. Kamuoyunda en çok bilineni "bonzai" maddesidir. Bu uyuşturucu madde beyindeki hücre reseptörlerini etkileyerek THC maddesinden çok daha fazla etki etmektedir.

Klinik tespitlere göre bu maddeler solunum yolu veya oral yolla alınır. Etkisi dakikalar içinde başlar ve 1-2 saat sürebilir. İlk önce rahatlama ve gevşeme etkisi, sonrasında da dissosiyatif etki başlar. Bu süreçte algılarda değişme, görsel, işitsel halüsinasyon ile birlikte yer-zaman-kişi algısında bozulma meydana gelir.¹⁶ Sentetik kannabinoidler'in olağandan daha güçlü bu etkileri nedeniyle yasa koyucu bu maddelerin ticaretini Türk Ceza Kanunu'nun 188/4. maddesinde nitelikli hal olarak saymıştır.

2. Uyuşturucu Madde Ticareti Suçu

Uyuşturucu madde ticareti suçu Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 188 - (...) (3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz.(...)

2.1. Korunan Hukuki Değer

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, diğer uyuşturucu suçları gibi "kamunun sağlığına karşı suçlar" içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan korunan hukuki değer kamusal sağlık/genel sağlık olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları sadece bu maddeleri kullanan kişileri değil, bütün toplumu ve hatta bütün insanlığı tehdit eden suçların başında gelmektedir.¹⁷

¹⁶ http://file.atuder.org.tr/_atuder.org/fileUpload/3yNTbPLxgNm6.pdf (e.t: 29/08/2018)

¹⁷ ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2014, s.738

2.2. Suçun Maddi Unsuru

Uyuşturucu madde ticareti suçunun faili herkes olabilir. Bu bakımdan özgü suçlardan değildir. Bu suçta cezalandırılan fiil ise madde metninde sayıldığı üzere uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri satmak, satışı arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek ve bulundurmaktır. Tahdidi olarak sayılan bu fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi anılan suça vücut verecektir. Bu bakımdan uyuşturucu madde ticareti suçu seçimlik hareketli suçlardandır. Kanunda sayılan bütün bu fiillerin yaptırım altına alınması, uyuşturucu maddelerin kullanımını ve dolaşımını yasal amaçlarla sınırlamak ve elde edilmelerini zorlaştırmak suretiyle yayılmasını önlemek amacına yöneliktir.

Bu suçların mağduru ise toplumdur. Burada toplum kavramı içerisinde o toplumu oluşturan her bir bireyin sağlığı da aynı şekilde göz önünde bulundurulduğunda o toplumu oluşturan herkes bu suçun mağdurudur denilebilir.¹⁸ Açıklamalar doğrultusunda bu suçun seçimlik hareketlerinin tek ele alınması yerinde olacaktır.

2.2.1 Satmak

Satmak, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir bedel karşılığında başkasının zilyetliğine geçirilmesidir. Burada fail “*satıcı*” ticari maksatla yani bir menfaat temin edebilmek için uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi, alan kişiye bedeli karşılığında vermektedir.¹⁹ Fail A'nın alıcı “*içici*” B'ye 100 TL karşılığında 4 adet ecstasy hap satması buna örnek olarak verilebilir. Satma suçunda satılan uyuşturucu maddenin miktarı önemli değildir, kişisel kullanım miktarı kadar uyuşturucu satılsa bile anılan suç oluşacaktır. Ayrıca bu maddeyi alan kimsenin hangi amaçla aldığı da satanın eylemini değiştirmez.²⁰

2.2.2. Satışı Arz Etmek

Satışı arz etmek, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir ücret karşılığında başkasına devredilmek üzere hazırlanmasını ve bu amaçla hazır bulundurulmasını ifade etmektedir. Bu eylemde fail maddeyi henüz alıcıya vermemiştir. Bununla birlikte satış öncesi hazırlıklara girişmiş, adeta esnaf gibi alıcısını beklemektedir.²¹ Fail A'nın üniversite öğrencilerinin genelde vakit geçirdikleri kafe vs. yerlerde ya da yerleşke çevresinde yanında bir miktar ecstasy hapi satmak amacıyla bulundurması, müşteri araması buna örnek olarak verilebilir. Satışı arz etme suçu, satma iradesinin açığa vurulması ile tamamlanır, başka bir işlem yapılmasına gerek yoktur.²²

¹⁸ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAŞIZ, TEPE, *a.g.e.* 742

¹⁹ ÇALIŞKAN, *age* s.40

²⁰ YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.5168

²¹ ÇALIŞKAN, *age* 41

²² YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *age* s.5169

2.2.3. Başkalarına Vermek

Başkalarına verme, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bedel alınmaksızın başkasının zilyetliğine geçirilmesidir. Burada suça konu madde bedelsiz olarak el değiştirmektedir.²³

2.2.4. Sevk Etmek

Sevk etme, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden başka bir yere belli bir amaç doğrultusunda götürülmesidir. Burada fail, maddenin mülkiyetinin ve kullanımının devredilmesi amacıyla hareket etmektedir.²⁴ Fail A'nın Diyarbakır ilinden temin ettiği yüklü miktarda esrar maddesini Marmaris ilçesine PTT kargo vasıtasıyla göndermesi buna örnek olarak verilebilir. Sevk'te nakilden farklı olarak uyuşturucu ve uyarıcı maddenin fail veya adamları tarafından bizzat götürülmesi değil, gönderilmesi, yollanması söz konusudur. Burada sevk mesafesinin uzaklık veya yakınlık derecesinin bir önemi bulunmamaktadır.²⁵

2.2.5. Nakletmek

Nakletme, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden başka bir yere taşınmasını ifade etmektedir. Burada da fail, sevk etmede olduğu gibi maddenin mülkiyetinin ve kullanımının devredilmesi amacını taşımaktadır. şayet fail kendi kullanımı için temin ettiği bir miktar uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi naklediyorsa kullanmak için bulundurma suçundan bahsedilecektir.²⁶ Nakil'de uyuşturucu veya uyarıcı madde fail veya adamları tarafından bizzat gerçekteştirilir. Maddenin gideceği yere kadar götürülmesi ile eylem tamamlanır.²⁷

2.2.6. Depolamak

Depolama, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerde tutulmasını ifade eder. Burada fail, gizlemek ve sırası geldiğinde bulunduğu yerden çıkarmak maksadıyla maddeyi muhafaza etmektedir.²⁸ Fail A'nın plastik varillere zarar görmeyecek şekilde doldurduğu ve ihtiyaç duyduğunda satmak amacıyla beklettiği toz esrar maddesini toprağa gömmesi buna örnek olarak verilebilir

2.2.7. Satın Almak

Satın alma, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kazanç maksadıyla bedeli ödenerek alınmasıdır. Burada fail, maddeyi şahsi kullanımı için değil ticaret maksadıyla ve genelde üzerine kâr koyarak satmak maksadıyla satın

²³ ÇALIşKAN, *age* s.42

²⁴ ÇALIşKAN, *age* s.42

²⁵ YAşAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *age* s.5171

²⁶ ÇALIşKAN, *age* s.43

²⁷ YAşAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *age* s.5172

²⁸ ÇALIşKAN, *age* s.44

almaktadır.²⁹ Fail A'nın Çeşme ilçesinde satmak amacıyla piyasa fiyatı ucuz olan Diyarbakır ilinden bir miktar esrar maddesini satın alması buna örnek olarak verilebilir

2.2.8. Kabul etmek

Kabul etme, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerinde tasarrufta bulunma amacıyla maddenin zilyetliğinin elde edilmesidir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kazanç amacıyla kendi eline ya da egemenliği altına geçmesini sağlamak, kabul etmektir.³⁰

2.2.9. Bulundurmak

Bulundurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde üzerinde fiili egemenlik ilişkisinin devam ettirilmesini ifade eder. Fail, ticaret maksadıyla uzun ya da kısa bir süre uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi uhdesinde tutmaktadır.³¹ Bu eyleme failin kendi ektiği yirmi kilogramlık hint kenevirlerini toz haline getirdikten sonra turizm sezonunda batı illerinde satmak maksadıyla ambalajlayıp bekletmesi örnek verilebilir.

2.3. Suçun Manevi Unsuru

Kast Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır.

Madde 21 - (1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

Suçların manevi öğeleri kast ve taksirdir. Kast kural, taksir istisnaidir. Başka deyişle, aksi belirtilmedikçe bütün suçlar kasten işlenebilir. Türk hukukunda kabul gören görüşe göre kastın varlığı öngörme ve isteme unsurlarının birlikte bulunması koşuluna bağlıdır. Buna göre kastın iki unsuru bilme ve isteme'dir.³²

Failin kanuni tarifteki öğelerin varlığını bilmesi gerekmektedir. Fail, suçla ilgili normda yer alan tüm öğeleri bilerek hareket ettiğinde, kastın bilme öğesi gerçekleşmektedir. Kastın somut olayda gerçekleşmiş olduğunun kabul edilebilmesi için kanuni tarifteki unsurların bilinmesi yeterli olmayıp, istenilmiş olması da zorunludur. İsteme, failin maddi unsurların gerçekleşmesini irade etmesi, dilemesidir. İsteme unsuru kast bakımından o kadar önemlidir ki, failin taksirden farkını ortaya koymaktadır.³³

Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu kasten işlenen suçlardandır. Bu suç yönünden genel kast geçerli olup olası kastla işlenmesi de mümkündür.³⁴

²⁹ ÇALIŞKAN, *age* s.44

³⁰ ÇALIŞKAN, *age* s.45

³¹ ÇALIŞKAN, *age* s.45

³² YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *age*, s.396

³³ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, *age*, s.398 vd.

³⁴ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞIZ, TEPE, a.g.e. 752

3. Kullanmak Amacıyla Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak Suçu

Kullanmak Amacıyla Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak Suçu Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinde düzenlenmiştir.

Madde 191- (1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (...)

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda olduğu gibi bu suçun da faili herkes olabilir. Bu bakımdan özgü suçlardan değildir. Benzer şekilde tüm uyuşturucu suçlarında olduğu üzere kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçu "kamuğun sağlığına karşı suçlar" içerisinde yer almaktadır. Bu bakımdan korunan hukuki değer hem bireylerin sağlığı hem de kamu sağlığı/genel sağlıktır. Bu suçta fail ticaret maksadıyla hareket etmeksizin yalnızca şahsi kullanım amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kabul eder, satın alır yahut bulundurur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda bahsedilen seçimlik hareketlerden üçü bu suçta karşımıza çıkmaktadır. Suçun maddi unsurunu satın alma, kabul etme veya bulundurma eylemleri oluşturur. Fail, bizzat kendisi kullanmak amacıyla bir başkasından bedeli karşılığında uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satın alır, bedelsiz olarak kabul eder veya bir şekilde temin ettiği (*bulduğu, çaldığı, kendi ektiği vs.*) uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi içeceği zamana kadar uhdesinde bulundurur. Kullanmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçu daha önce izah edildiği üzere kasten işlenebilen suçlardan olup taksirle işlenemez.

Suç siyaseti gereği yasa koyucu, "içici" olan ve hatta bağımlılık düzeyine gelmiş kişilerin eylemlerini uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna nazaran daha az ceza ile cezalandırmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda toplum sağlığı için meydana gelen tehlikenin ağırlığı ile bireylerin kendi sağlıklarını hiçe sayarak şahsi kullanım maksadıyla TCK 191. maddesinde sayılı eylemleri gerçekleştirmelerinin yarattığı tehlike yasa koyucu tarafından aynı ağırlıkta görülmemiştir. Öyle ki failin islah edilmesi ve gerektiğinde tedavi olarak müptelalıktan kurtulmasını sağlamak maksadıyla, Kullanmak Amacıyla Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak suçunda yasa koyucu hemen ceza verilmeksizin öncelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesi, tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanması, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi mekanizmaları devreye sokmuştur. Bu suçlarla mücadelede müptela olan ve sürekli olarak uyuşturucu tüketmek isteyen, yoksunluk çeken kişilerin sadece hapis cezası ile cezalandırılmasının sorunu çözmeyeceği, kişilerin istemeseler dahi yoksunluk içinde iken uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri temin etmeye çalışacakları

düşüncesi yasa koyucunun suç siyasetinde ağırlık kazanmıştır. Kanun içicilere bir şans tanımakta ve derhal ceza vermeksizin öncelikle tedavi olmalarını, bu illetten kurtulmalarını sağlamayı amaç edinmiştir. Bu süre zarfında failin bilgileri buna mahsus sisteme kaydedilecek ve gerektiğinde tedavi sürecinde Denetimli Serbestlik Müdürlüklerince takip edilecektir. Öte yandan bir Avrupa Birliği projesi olan “Türkiye Uyuşturucu ve Uyuşturucu Bağımlılığı İzleme Merkezi’nin (TUBİM) Kurulması ve Ulusal Uyuşturucu Stratejisinin Geliştirilerek Uygulanması” başlıklı program kapsamında eylem planı hazırlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu eylem planının hedefi; madde kullanımı ve kaçakçılığı ile etkin mücadele edilmesi, eğitim alanlarında uzman ve nitelikli personel istihdam edilerek profesyonel bir ekip oluşturulması ve şahıs ve toplum sağlığının ulusal ve uluslararası seviyede korunmasıdır.³⁵ Bu ve buna benzer projeler izah edilen suç siyasetinin bir sonucu olarak örnek teşkil etmektedir.

4. Faildeki Kastın Belirlenmesinde Madde Miktarının Gösterdiği Özellik

4.1. Suçun Soruşturulması ve Delil Elde Edilmesi

Uyuşturucu madde ile mücadelede temel yaklaşımlar şunlardır:

- Talebin Azaltılması: Uyuşturucu madde kullanma riski bulunan bireylerin uyuşturucu maddelere karşı duyarlı hale getirilerek uyuşturucuya başlamalarını önlemek.

- Arzın (Sunumun) Azaltılması: Bağımlılık yapan madde üretiminin kontrol altına alınmasını sağlamak.

- Uyuşturucu Trafikini Kontrol Altına Almak: Ulusal ve uluslararası düzeyde yapılan çalışmalarla uyuşturucu ticaretini kontrol altına almak.

- Madde Bağımlılarının Rehabilitasyonu: Madde bağımlılarının tedavisi ve topluma tekrar kazandırılmasını sağlamak.³⁶

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu soruşturmalarında arama, el koyma gibi bilinen tedbirlerin yanı sıra iletişimin denetlenmesi, teknik takip, gizli soruşturmacı görevlendirme, gizli tanık uygulaması gibi koruma tedbirleri de uygulanabilmektedir. Bu sebeple bu yöntemlerden bir ya da birden fazlası kullanılarak delil elde edilmesi yahut tanıkların veya suç ortaklarının

³⁵ ŞANLI Savaş, PAMUK Zeki, Uyuşturucu Madde Bağımlılığına Karşı Önleyici ve Koruyucu Tedbir Olarak Bir Rekreasyon Etkinliği: Sportif Faaliyetler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.295

³⁶ GÖKLER Rıza, KOÇAK Recep, Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, 2008-05 (89-104); [http://sbad.gop.edu.tr/DergiPdfDetay.aspx?ID=119, s.102 \(e.t: 03/09/2018\)](http://sbad.gop.edu.tr/DergiPdfDetay.aspx?ID=119, s.102 (e.t: 03/09/2018))

uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna dair samimi ve makul beyanlarda bulunması durumunda fail yönünden eylemin nitelendirmesinde sıkıntı yaşanmamaktadır.

Bu suçlarda cezanın ağırlığı ve kolluk kuvvetlerinin hassasiyeti nedeniyle fail ya da faillerce birçok yöntem geliştirilmiştir. Uluslararası alanda gerçekleştirilen eylemler bir kenara bırakılacak olursa uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yurt içinde piyasaya sürülmesi ve hareketliliğı, maddenin miktarına, türüne, piyasa fiyatına, üretildiğı yere göre ve alıcıların “içicilerin” talep miktarına göre belirlenmektedir. Hint keneviri bitkisinin kolay yetişme şartları nedeniyle ülkemizin her yerinde ekilmesi ve bu şekilde esrar elde edilmesi mümkün olmakla birlikte bilhassa Doğu ve Güneydoğu illerinin kırsal kesimlerinde üretimi ve buradan piyasaya sürülmesi ağırlıktadır. Terör örgütü PKK’nın bölgedeki varlığının sağladığı kolaylık, örgütün uyuşturucu madde ticaretinden gelir elde etmesi, arazi yapısı vs. sebepler bölgede hint keneviri ekimini artıran sebepler arasındadır. Bu sebeple bu bölgelerdeki şehirlerde esrar maddesinin piyasa fiyatı oldukça düşük olup fiyatın yüksek olduğı batı illerine sevk ve nakil gerçekleştirilmektedir. Bu sevk ve nakiller kimi zaman münferit şekilde kimi zaman da organize bir şekilde ve büyük miktarlarda gerçekleştirilmektedir. Laboratuvar ortamında üretilen sentetik uyuşturucular ve afyon türevleri (eroin, kodein vs.) ise üretimin yapıldığı yerlerden çevreye doğru yayılmaktadır. Gizlice faaliyet gösteren bu üretim merkezlerinde üretilen sentetik hapların yahut yurt dışından getirilen eroin, kokain gibi maddelerin ülke içinde dağıtılması birbirine doğrudan bağı veya kopuk bir zincir sayesinde meydana gelmektedir.

Afganistan günümüzde eroinin %90’dan fazlasını tek başına üretmektedir. Bu üretim devlet kontrolünün en zayıf olduğı bölgelerde yoğunlaşmıştır. Üretilen eroin Afganistan’ın sınır komşularına (Pakistan, İran, Tacikistan, Özbekistan ve Türkmenistan) kaçırılmakta, sonrasında ise diğerk ülkelere dağılmaktadır. Öte yandan Altın Üçgen olarak bilinen Burma, Laos ve Tayland gibi afyon üreticisi ülkeler de üretimde önemli pay sahibidir. Evvelce izah edildiğı üzere kokain maddesi dünyada yalnızca Peru, Kolombiya ve Bolivya ülkelerinde üretilmekte olup dünya üzerindeki 174 ülkeye ulaştırılmaktadır. Üretilen kokain maddesi Avrupa kıtasına genellikle deniz yoluyla sevk edilmektedir. İber yarımadasındaki İspanya ve Portekiz gibi iki ülkenin Güney Amerika ülkeleri ile olan tarihsel ve kültürel bağı bu ticareti kolaylaştırmaktadır.³⁷

Ülkemizde yapılan soruştırmalarda faillerin uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri basit veya özel zulalarda sevk ve nakil ettikleri bilinen bir durumdur. Bu bazen otomobillerin çeşitli bölmelerinde olabileceğı gibi kamyon, tanker, tır gibi taşıtlarda ayrıca hazırlanmış özel kısımlarda görölmektedir. Yakalanmamak

³⁷ AKGÜL Arif, AKYAY İlkay, *age* s.43 vd.

ve şüphe çekmemek için çeşitli görünümde ve başka adlar altında bu araçlar kullanılmaktadır. Öte yandan yine şüphe çekmemek maksadıyla taşıma yapılan araçta bayan veya çocuk bulundurulurak aile görüntüsü verilmesi, öncü-artçı şeklinde hareket ederek kolluk kontrol noktalarından haberdar olma, geçiş yapılan şehirde bulunan ortaklar vasıtasıyla kontrol noktalarının önceden öğrenilmesi, hassas burunlu köpeklerin tespitini önlemek maksadıyla saklanan maddenin çevresine turşu, soğan, peynir, sirke gibi eşyalar konulması yöntemleri de sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra deniz ve hava yolu ulaşımı yahut kargo sisteminden faydalanma da bu suçun işlenmesinde tespit edilen yöntemlerdendir. Bununla birlikte bilhassa havayolu taşımacılığındaki sıkı denetim kuralları bu alanın kullanımını kısıtlamakta, failer için kontrol noktalarında taşınan maddeyi görmezden gelecek görevlilerin suç ortaklığını gerekli kılmaktadır.

Özellikle belirtmek gerekir ki failin hukuki durumunun tespitinden her olay kendi somut şartlarına göre değerlendirilmeli ve dikkatli bir irdeleme yapılmalıdır. Bu noktada soruşturma aşamasında sıcağı sıcağına delillerin sağlıklı bir şekilde toplanması önem arz etmektedir. Ele geçen maddenin içinde bulunduğu ambalajda ve aracın çeşitli yerlerinde parmak izi aranması, yakalanan failin cep telefonu görüşme kayıtları ve baz istasyonu sinyal bilgileri, whatsapp, viber vs. programlar yoluyla yaptığı görüşmeler, yakalanan aracın geçtiği güzergahların plaka tanıma sistemi (PTS) veya mobese sistemlerinden tespiti, aracın kiralık mı yoksa fail adına mı kayıtlı olduğu, kiralık aracın kim tarafından kiralandığı, maddenin ele geçtiği ev, iş yeri, tarla vs. yerlerin mülkiyetinin kime ait olduğu, buraların başkalarının kolaylıkla girip çıkabildikleri yerlerden olup olmadığı, failde hassas terazi, kilitli ya da özel muhafazalı poşet gibi ambalajların ele geçip geçmediği, failin kan ve idrar numunelerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde aranması gibi hususlar maddi gerçeğe ulaşılmasında oldukça fayda sağlayacaktır.

Birçok olayda satıcılar yalnızca içici olduklarını beyan etmekle birlikte, yapılan kan ve idrar numunesi tetkiklerinde herhangi bir uyuşturucu ve uyarıcı maddeye rastlanmadığı görülmektedir. Bu gibi çelişkili durumlarda şüphelilerce sıklıkla kullanılan maddenin bir müddet sonra kan ve idrardan atıldığı savunması ileri sürülmektedir. Uyuşturucu maddeler vücuttan ter, idrar ve dışkı ile atılırlar. Bu maddeler sindirim sistemindeki yolculuklarına başlamadan önce suda çözünen moleküller haline gelebilmeleri için karaciğer tarafından metabolize edilirler. Bir başka deyişle karaciğer zararlı maddelerin vücuttan atılmaları için çeşitli enzimler kullanarak zararlarını azaltan bir dönüşüm süreci uygular. Madde kullanımının karaciğer için tehlikeli olmasının nedeni de budur. Kullanıcının vücudunda çözünen moleküller kana karışmadan önce böbrekler tarafından süzülerek idrar ile dışarı atılır. Bu nedenle idrar testi madde kullanımının tespiti için son derece işlevsel bir yöntemdir. Bununla

birlikte uyuşturucu maddelerin vücuttan atılma süreçleri kişiden kişiye değişir. Bu değişimin birçok nedeni vardır. Kişinin metabolizma hızı, bağışıklık sistemi, alınan uyuşturucunun dozu ve türü, kişinin sağlık durumu vb. değişkenler uyuşturucunun vücuttan atılma süresini belirler. Metabolizması hızlı çalışan kişilerin uyuşturucu maddeyi suda çözülebilen moleküllere dönüştürmesi daha hızlı olacağından, maddenin vücuttan atılması da daha hızlı gerçekleşecektir. Ter, kan ve idrarın yanı sıra uyuşturucu kullanımı saç telinden de tespit edilebilir. Saç ayda yaklaşık 1 cm kadar uzadığından (*uzama hızına bağlı olarak*) uyuşturucu kullanımından aylar sonra saç teli üzerinde yapılan analiz kişinin madde kullanıp kullanmadığının anlaşılmasını sağlayabilir.³⁸

Satıcı kişiden alınan numunelerde, uyuşturucu veya uyarıcı madde izine rastlanmaması tek başına ölçüt olmamakla birlikte alınan şüpheli savunmaları ile tanık beyanlarındaki çelişkileri ortaya koyması bakımından önemlidir. Her uyuşturucu maddenin farklı özellikleri ve insan vücudunda farklı etkileri bulunduğu aşikardır. Bununla birlikte Adli Tıp Kurumu 5. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun Bingöl 2. Asliye Ceza Mahkemesinin bir kovuşturma kapsamında konuyla ilgili müzekkeresine cevaben bildirdiği 26/06/2013 tarih ve 2013/50377/1321 sayılı mütalaalarına göre, esrar etken maddesi THC (tetrahidrokanibal)'nin kandaki tespit edilebilme süresinin bireysel farklılıklar olmakla ve alınan esrarın içerdiği THC konsantrasyonuna göre değişmekle birlikte ortalama olarak bir kullanımlık esrar içenlerde 3 gün, kronik kullanıcılar da 2 hafta, idrarda tespit edilebilme süresi ise 3 haftadır.

4.2. Suç Kastının Belirlenmesinde Yargıtay'ın Genel Kabulü

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında yakalanan faillerin sıklıkla beyan ettikleri savunma ele geçen maddeleri ticaret maksadıyla değil, şahsi kullanımları için bulundurdıkları ya da taşıdıkları yönündedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve failin eyleminin hukuki nitelendirmesini doğru olarak yapma soruşturma makamlarının en öncelikli görevidir. Zira bu noktada yapılacak yanlışlar bu suçla mücadelede zarar vereceği gibi bireysel anlamda failin mağduriyetine sebep olabilecektir. TCK m.188'de düzenlenen suça ilişkin soruşturmalarda tutuklama başta olmak üzere ağır koruma tedbirlerinin uygulanma ihtimali, öte yandan TCK m.191'de düzenlenen suçlarda şayet evvelce karar verilmemişse fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecek olması gibi hususlar maddi gerçeği tespit ve doğru bir nitelendirmeyi elzem kılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/09/2012 tarih ve 2011/10-482 Esas-2012/1784 Karar sayılı içtihadında da vurgulandığı üzere uyuşturucu madde

³⁸ <http://www.olaganustukanitlar.com/hangi-uyusturucu-vucutta-ne-kadar-sure-kalir/> (e.t: 25/08/2018)

bulundurma eyleminin, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti suçunu mu oluşturduğunun tespitinde belirgin rol oynayan hususun bulundurmanın amacının ne olduğudur.³⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06/03/2012 tarih ve 387-75 E/K ve yine 15.06.2004 tarih ve 107-136 E/K sayılı kararlarında uyuşturucu madde bulundurmanın, kullanma amacına yönelik olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterler şu şekilde sayılmıştır:

1. Failin bulundurduğu uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girdiğinin tespit edilememesi gerekir.

2. Kişisel kullanım için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde, örneğin genellikle evinde veya işyerinde bulundurmaktadır. Uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçikğin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu maddenin konulması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli bir belirtidir.

3. Kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumunun mütalaalarında esrar kullananların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanma alışkanlığı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan faillerin olağan sayılan bu süre içinde kişisel gereksinimlerinin üzerinde esrar maddesi bulundurmaları halinde, bulundurmanın kişisel kullanım amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir.⁴⁰

Benzer şekilde Yargıtay 20. CD'nin 06/12/2017 tarih ve 2017/4166 E-2017/6864 K. sayılı kararında da bu husus ayrıntılı şekilde izah edilmiştir:

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma ya da kullanma dışında bir amaçla uyuşturucu veya uyarıcı madde (temin veya ticareti yapma) bulundurma suçlarının oluşumunda, madde miktarının kural olarak bir önemi

³⁹ Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/09/2012 tarih ve 2011/10-482 Esas-2012/1784 Karar sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)

⁴⁰ Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06/03/2012 tarih ve 2012/387-75 E/K sayılı ve 15.06.2004 tarih ve 2004/107-136 E/K sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)

yoktur. 0,1 gr uyuşturucu/uyarıcı madde, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturabileceği gibi ticari amaçla bulundurma suçunu da oluşturabilir. Kısaca madde miktarı bulundurma amacının belirlenmesinde yardımcı olabilir; ancak tek bir ölçüt olamaz. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kişisel kullanıma yetecek miktarda olması halinde başkaca delil yoksa amacın kullanmak için bulundurma olduğu kabul edilebilirse de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacına yönelik olarak miktar ölçütü dışında somut olayın özelliklerine göre de değerlendirme yapılmalıdır.

Bu değerlendirmede miktar dışında;

a) Sanığın hareketleri (müşteri arama, pazarlık yapma, numune gösterme ve benzeri)

b) Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçiriliş ve bulundurma şekli ile çeşitlilik, (çok sayıda küçük miktarlı poşetçikler, madde bulaşıklı hassas terazi; esrar, eroin, kokain, MDMA, sentetik kannabinoid gibi maddelerin bir arada bulundurulması)

c) Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bulunduğu yer, zaman ve belirlenecek zaman dilimi içinde sanık tarafından kullanılacak madde miktarı,

d) Sanığın uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı,

e) Sanığın sosyal ve ekonomik durumu, geçimini ne ile sağladığı, geliri gibi olgular da değerlendirilmelidir.⁴¹

Açıklanan kriterler doğrultusunda yapılan değerlendirme neticesinde, şayet failin uyuşturucu madde ticareti yaptığı her türlü şüpheden uzak bir kanaatle sabit görülemiyorsa “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi uyarınca failin kullanmak maksadıyla uyuşturucu madde bulundurduğunun kabulü gerekecektir. Yani hâkim, şüphesini yüzde yüz yenemezse o husus sabit olmamış addedilecek ve sabit olmamanın sonuçlarına göre karar verecektir. Bu prensip ceza muhakemesinde “*şüpheden sanık yararlanır* (In dubio pro reo)” şeklinde ifade edilmektedir. Şüpheden sanığın faydalanması prensibi, sadece beraat kararı verilmesine münhasır değildir. Mesela gece ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa gündüz işlenmiş sayılır.⁴² Bunu konumuza teşmil edecek olursak ele geçen madde miktarı itibarıyla uyuşturucu madde ticareti sabit olmazsa kullanmak maksadıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunun işlendiği kabul edilecektir. Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkûm olmasına tercih edilmesidir.⁴³ Suçsuzluk

⁴¹ Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay 20. CD'nin 06/12/2017 tarih ve 2017/4166 E- 2017/6864 K. sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)

⁴² KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 15. Baskı, İstanbul, 2006, s.582-583

⁴³ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2006, s.172

karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren müeyyidelerin uygulanabilmesi, kesin hükümle mâhkum olmasına bağlıdır. Bir kişinin mâhkum edilebilmesi için ise akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphenin bertaraf edilmesi şarttır. Aksi takdirde, şüpheden sanık yararlanacaktır.⁴⁴

4.3. Madde Miktarına İlişkin Yargıtay İçtihatları⁴⁵

Yukarıda açıklanan ana kriterler doğrultusunda gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu gerek de özel dairelerce somut olaylara ilişkin birçok içtihat ortaya konmuştur. Bunları madde türüne göre açıklamakta fayda vardır.

4.3.1. Esrar Maddesine İlişkin İçtihatlar

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06/03/2012 tarih ve 2011/10-387 E. 2012/75 K. sayılı ilamında, özel daire ile İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi arasında çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak Seyfo lakaplı sanık S.E.'den ele geçen net 276 gram esrar maddesinin Türk Ceza Kanunu 191. maddesinde yazılı suça vücut vereceği bildirilmiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 24/03/2016 tarih ve 2016/420 E. ve 2016/1830 K. sayılı kararında *"suç tarihinde sanıkta 61 paket halinde ve 2 poşette net 246 gram gelen esrarın ele geçirildiği, suçta konu uyuşturucu maddenin miktarına ve ele geçiriliş ve paketleniş biçimine göre sanığın eyleminin satmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)"* gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Adana (Kapatılan) 7. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 12/05/2015 tarih ve 2015/1038E. 2015/568 K. sayılı kararında *"sanığın evinin bahçesindeki serada ele geçirilen 832,200 gram esrar elde edilebilecek kenevir bitki parçacıkları ve aynı sera içinde ekili vaziyette olan 775 kök hint keneviri bitkisinin miktarı nedeniyle eyleminin, TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen, "uyuşturucu madde ticareti yapma" suçunu oluşturduğu (...)"* gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Hatay Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 29/04/2015 tarih ve 2015/468 E. 2015/338 K. sayılı kararında *"sanığın bahçesinde kenevir bitkisi ektiği ve evinde kurutulmaya bırakılmış kenevir bitkisi olduğu yönünde alınan*

⁴⁴ FEYZİOĞLU Metin, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:48, S:1, Ankara, 1999, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>, s.139 (e.t: 12/11/2018)

⁴⁵ Yargıtay kararları uyarı mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı'ndan temin edilmiştir.

istihbari bilgi üzerine yapılan aramada, bahçede ekili halde 1.400 kök kenevir bitkisi ile kurutulmaya bırakılmış net 1.558 gram esrar elde edilecek kenevir bitkisinin ele geçirildiği; suç konusu uyuşturucu maddenin miktarı, ele geçiriliş biçimi ve sanığın bahçe içerisinde yakalanmasına göre sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu (...) gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Diyarbakır 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 14/06/2013 tarih ve 2010/563 Esas 2013/ 5875 K. sayılı kararında “*sanığın suç konusu 165,217 gramdan ibaret esrarı satacağına veya başkasına devredeceğine ilişkin delil bulunmadığı, sanığın suçu inkar etmesinin bu maddeyi kullanma dışında bir amaç için bulundurduğu şekilde yorumlanamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” yerine “uyuşturucu madde ticareti yapma” suçundan hüküm kurulması (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 20/05/2013 tarih ve 2009/18632 E 2013/4537 K. sayılı kararında “*olay tutanağına göre, sanığın evinde yapılan arama sonunda satışa hazır halde 25 adet esrar paketçiiğinin bulunması karşısında, sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan TCK’nın 188/3. maddesi gereğince hüküm kurulması gerekirken (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Bursa 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 27/11/2012 tarih ve 2009/11582 E. 2012/17625 K. sayılı kararında “*olay tutanağı içeriğine suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçiriliş biçimi ile miktarına ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın uyuşturucu madde satmak üzere müşteri aradığı şeklinde bilgiler elde edilmesi üzerine olay gecesi evinin önünde tertibat alındığı, sanığın saat 22.30 sıralarında evden çıkması üzerine yapılan takip neticesi Beşyol semtinde güvenlik güçlerince kaçmaya çalıştığı sırada yakalandığı, yapılan üst aramasında montunun içeriğinde naylon poşetler içinde 3 paket halinde net 169 gram esrarın ele geçirilmiş olması karşısında sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi’nin yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 23/11/2011 tarih ve 2009/3973 E. 2011/57414 K. sayılı kararında “*dosyadaki delillerden, her iki sanığın birlikte sanık Özgür’e ait çiftliğe kenevir ekip yetiştirdikleri, bir bölümünü koparıp kurumaya bıraktıkları, kenevirlerden net 1.662 gram esrar elde edilebileceğinin belirlendiği, sanık Hüseyin’in evinde aynı kenevirlerden elde edilen net 20 gram esrar bulunduğu, ayrıca çiftlikte dikili durumda 5.880 kök kenevirin ele geçirildiği anlaşıldığından; suç konusu*

esrar ile dikili kenevirlerden elde edilebilecek esrarın toplam miktarına ve ele geçiriliş biçimine göre, sanıkların fiilinin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Erzincan Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 02/10/2012 tarih ve 2011/13043 E. 2012/14677 K. sayılı kararında *“olay tutanağı ve dosya kapsamına göre, yapılan önleme aramasında sanığın kullandığı araç içinde 4 ayrı pakette ele geçirilen net 187,6 gramdan ibaret suça konu esrarı kullanmak için bulundurduğuna ilişkin savunmasının aksine, ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin kuşku sınırlarını aşan kesin ve yeterli delil bulunmadığı, eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 03/04/2012 tarih ve 2009/6284 E. 2012/6943 K. sayılı kararında *“sanığın uyuşturucu madde sattığı yönünde yapılan ihbar üzerine evinde yapılan arama sonucu, siyah poşet içinde net 321,6 gram esrar, 422 gram kenevir bitkisi tohumu ile esrar bulaşıklı hassas terazinin ele geçirildiği, sanığın eyleminin bütünüyle “satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma” suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 03/04/2012 tarih ve 2010/52678 E. 2012/6937 K. sayılı kararında *“şüphe üzerine evinde yapılan aramada ele geçirilen 4 poşet içinde 206 gramdan ibaret esrarı, kullanmak için bulundurduğuna ilişkin savunmasının aksine, kullanma dışında bir amaçla bulundurduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığı, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 19/10/2011 tarih ve 2008/10922 E. 2011/56154 K. sayılı kararında *“dosya kapsamına göre; görevlilerce yapılan istihbari çalışmalarda, köftencilik yaptığı demir barakada uyuşturucu madde sattığı ve satmak için elinde bulundurduğu uyuşturucu maddeleri köyündeki evinde sakladığı yönünde edinilen bilgi üzerine, alınan arama kararına dayanılarak sanığın işyerine gidildiği, tezgahın altında siyah bir poşet içerisinde satılmaya hazır dokuz adet paket içerisinde toplam olarak yaklaşık 100 gram ve askıda asılı yelek cebinde pakete sarılmış vaziyette plaka halinde yaklaşık 2 gram ağırlığında esrar, evinde yapılan aramada evin girişinde solda çatıya çıkan merdiven üzerinde beyaz bir poşet içerisinde yaklaşık bir kilogram suça konu uyuşturucu maddenin ele geçirilmiş olduğunun anlaşılması karşısında; değişik yerlerde ele geçirilen uyuşturucu maddenin bir kısmının*

satışa sunulmak üzere hazırlanmış paketçikler halinde olması nedeniyle, sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurmak suçunu oluşturduğu (...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Adana 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 03/10/2011 tarih ve 2010/44979 E. 2011/55380 K. sayılı kararında “*sanığın, evinde yapılan aramada iki ayrı poşette ele geçirilen net 111,15 gramdan ibaret esrarı, kullanmak için bulundurduğuna ilişkin savunmasının aksine, muhbirin soyut ihbarı dışında, kuşku sınırlarını aşan kesin ve yeterli delil bulunmadığı, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 17/01/2011 tarih ve 2010/12242 E. 2011/384 K. sayılı kararında “*olay ev arama ve yakalama tutanağı içeriğine, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçiriliş biçimine, dosyadaki diğer belge ve bilgilere göre; evinde yapılan aramada 622 gr esrar ele geçirilen sanığın, uyuşturucu maddeyi kullanmak amacıyla bulundurduğunu söylediği ve ele geçen madde miktarının kullanma sınırı içinde kaldığı; savunmasının aksine, uyuşturucu maddeyi kullanma dışında bir amaç için bulundurup taşıdığına ilişkin, kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı ve eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 18/01/2011 tarih ve 2010/12245 E. 2011/604 K. sayılı kararında “*görevlilerce yapılan yol uygulaması sırasında, sanığın da içinde bulunduğu araçta yapılan aramada sanığa ait çanta içerisinde ele geçirilen 380 gramdan ibaret esrarı, kullanmak için bulundurduğuna ilişkin savunmasının aksine, kullanma dışında bir amaçla bulundurduğuna ilişkin, kuşku sınırlarını aşan kesin ve yeterli delil bulunmadığı, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 17/01/2011 tarih ve 2008/5575 E. 2011/393K. sayılı kararında “*oluşa, suç konusu esrarın ele geçiriliş biçimine, elde edilebilecek net esrar miktarının 601 gramdan ibaret olmasına, sanıkların savunmalarına ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma olarak nitelendirilmesi (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

4.3.2. Sentetik Uyuşturuculara İlişkin İçtihatlar

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Muğla 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 28/04/2009 tarih ve 2007/19995 E.2009/7865 K. sayılı kararında “ *jandarma tarafından yapılan yol kontrolünde İzmir’den Marmaris’e giden otobüste seyahat ederken içinde 37 adet ecstasy hap ile üç ayrı paket içinde net 12,270 gram toz esrar maddesi içeren hint keneviri bitkisi bulunan poşet ile birlikte yakalandığının anlaşılması karşısında, yakalanma şekli, sanıkta ele geçirilen maddelerin nitelikleri ve miktarı dikkate alınarak sanığın eyleminin bir bütün olarak uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 25/01/2011 tarih ve 2010/1168 Esas- 2011/1152 K. sayılı ilamında “ *dosya kapsamına göre; sanığın kullandığı araçta yapılan aramada sürücü koltuğu ile ön sağ koltuk arasında bulunan kol dayama konsolunun altında 128 adet uyuşturucu ecstasy tabletin bulunması ve dosyada mevcut belgeler dikkate alındığında, sanığın üzerine atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçu sübut bulunduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Zile Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 16/01/2015 tarih ve 2014/10371 E-2015/146 K. sayılı kararında “ *dosyadaki belge ve bilgilere göre; sanığın İstanbul’a uyuşturucu madde almaya gittiğine ve 60 TM 105 plakalı araç ile Turhal’a getireceğine ilişkin ihbar üzerine araç durdurulduğunda, sanığın araçtan inerken yere attığı poşet içerisinde 32 paket bonzai ile 85 adet hapin ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, suç konusu uyuşturucu maddelerin bulunduğu paket sayısı, ele geçirildiği yer ve olayın oluş şekline göre, sanığın eyleminin ticaret amacıyla uyuşturucu madde nakletme suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Burhaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 20/10/2015 tarih ve 2015/4313E-2015/32606 K. sayılı kararında “ *şüphe üzerine durdurulup üzerinde suç unsuru olup olmadığının sorulması üzerine, cebinden çıkardığı MDMA içeren 61 adet tablet ile THJ-2201 içeren 4 gramdan ibaret maddeleri, kolluk görevlilerine teslim eden sanığın, bu maddeleri yakalanmasından bir saat kadar önce tanımadığı kişiden kullanmak için aldığına ve ikamet ettiği Balıkesir’e gitmek üzere otogara doğru giderken yakalandığına ilişkin savunmasının aksine, kullanma sınırları içindeki bu maddeleri satacağına veya başkasına vereceğine ilişkin kuşkuyu aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Manisa 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 30/11/2015 tarih ve 2015/5537E- 2015/33109 K. sayılı kararında “ 16.01.2015 tarihli tutanakta belirtildiği gibi Akhisar ilçesinden Manisa iline 45 ACF 85 plakalı araç ile uyuşturucu getirileceği bilgisi alınması üzerine aracın durdurulduğu içinde sanık Erhan İnan ve Bedir Demiryençel bulunduğu, aracın sağ ön yolcu kısmındaki paspas üzerinde poşet içinde 5 ayrı gazete kağıdına sarılı toplam net 250,95 gram esrar ile 40 adet sentetik uyuşturucu hap ele geçirildiği, sanığın aldirılan kan ve idrar raporunda esrar kullanımı pozitif olduğunun tespit edildiği ve ele geçirilen kullanım sınırları içerisindeki maddeleri sanığın başkasına satacağına veya vereceğine ilişkin delil bulunmadığından eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...) “ gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 26/10/2016 tarih ve 2016/2463 E. 2016/5276 K. sayılı kararında “olay günü, Gürçeşme 3523. Sokakta, elinde karton kutu ile birlikte yürümekte olan sanık Yusuf’un emniyet görevlilerini görmesiyle birlikte, merdivenleri çıktığı sırada elindeki kutuyu merdivenlerin baş kısmına bıraktığı, yerdeki karton kutu içerisinde 41 adet uyuşturucu tablet ve 19 paket esrarın ele geçirildiği olayda; suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçiriliş biçimi, olay tutanağı, yargılama aşamasında beyanları, alınan tutanak tanıklarının anlatımları ve tüm dosya içeriğine göre uyuşturucu madde ticareti yapma suçu sabit olduğu (...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 13/04/2016 tarih ve 2016/640 E. 2016/2046 K. sayılı kararında “sanığın üst aramasında net 4,9536 gram metamfetamin, aracında ise net 0,858 gram esrar maddesinin ele geçirildiği, sanığın uyuşturucu maddeyi kullanmak amacıyla bulundurduğunu tüm aşamalarda ifade ettiği, idrar ve kan analizinde metamfetamin etken maddesinin bulunduğu, sanığın savunmasının aksine, uyuşturucu maddeyi ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin, kuşku sınırlarını aşan her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı (...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Muğla 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 07/05/2015 tarih ve 2015/464 E. 2015/473 K. sayılı kararında “olay tarihinde sanığın uyuşturucu madde sattığı ihbarı üzerine, Marmaris Uzunyalı mevkiinde Captain Bar önünde yakalandığında üzerinde 100 gr esrar ve 11 adet hap ile, kaldığı otel odasında yapılan aramada 500 gr esrar ile 50 adet ecstasy hap ele geçtiğinin anlaşılması karşısında, olayın oluş şekli, suç konusu uyuşturucuların ele geçiriliş

biçimi, dosyadaki belge ve bilgilere göre; sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...) gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 03/10/2012 tarih ve 2011/107422012/14750 K. sayılı kararında “*sanıkların esrar ve hap sattıklarına ilişkin istihbari bilgi edinilmesi üzerine, kaldıkları pasajın giriş katında eşyalarının bulunduğu depoda yapılan arama sonucu vitrin içinde 24 paketçik halinde 16 gram ve poşet içinde 30 gram esrar ile buzdolabı içinde 45 adet uyarıcı hap ele geçirildiği, suç konusu maddelerin değişik cinsten ve esrarın 24 paketçik halinde olması, uyuşturucu ve uyarıcı nitelikteki maddelerin toplam miktarı karşısında, sanıkların uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapma suçlarının sabit olduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

4.3.3. Eroin Maddesine İlişkin İçtihatlar

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 07/02/2012 tarih ve 2011/10-481E-2012/26K. sayılı ilamında, özel daire ile Bakırköy 13. Ağır Ceza Mahkemesi arasında çıkan uyuşmazlıkla ilgili olarak “*sanık, suç tarihinde yapılan bir telefon ihbarı üzerine yakalanan diğer sanık Abdülmetin Güler’in anlatımı sonucunda yakalanmış, mahkemeden alınan karar ile evinde yapılan aramada, çek-yat üstünde bulunan eşofmanın cebinden 0.2 gr eroin maddesi ele geçirilmiştir. Sanığın, evinde yapılan arama sonucunda ele geçen uyuşturucu madde ve diğer sanığın soyut beyanı dışında, uyuşturucu maddeyi sattığı yolunda başka herhangi bir kanıtın bulunmaması, sanıkta yakalanan uyuşturucu madde miktarının kişisel kullanım sınırları içinde olması, uyuşturucunun evinde özensiz bir şekilde gizlenmeden ele geçmesi, sanığın tüm aşamalarda istikrarlı olarak evinde yakalanan uyuşturucu maddeyi satmak için değil, kullanmak için bulundurduğunu beyan etmesi gibi hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın uyuşturucu madde ticareti suçunu işlediği kuşku boyutunda kaldığı (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Mersin 4. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 21/06/2016 tarih ve 2015/15379 E- 2016/7074 K. sayılı kararında “*olay tutanağı, sanığın savunması ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın motosiklet ile Mersin Otogarı çevresinde dolaştığı sırada, kişisel kullanım miktarını aşan 19 fişek eroin ile yakalanmış olması karşısında, sanığın başkalarına vermek amacıyla uyuşturucu madde bulundurduğu anlaşıldığından, sübut bulan uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkumiyeti yerine suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 9. CD’nin 08/03/2016 tarih ve 2016/103 E- 2016/2272 K. sayılı kararında “*tüm aşamalarda yüklenen suçu inkar eden sanıkların,*

savunmalarının aksine ele geçen kişisel kullanım miktarındaki suça konu eroin maddesini (Antalya Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 30/07/2015 tarihli ekspertiz raporuna göre; ele geçen net 3.5 gram gelen açık kahve renkli toz maddenin uyuşturucu maddelerden eroin içerdiği, içerdiği eroin miktarının %40 oranında olmak üzere 1,4 gram olduğu) satma veya başkalarına verme gibi kullanma dışında bir amaç için bulundurduklarına dair kuşku sınırlarını aşan, somut, yeterli ve kesin delil bulunmadığı, sabit olan eylemlerinin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması (...)" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. CD'nin 27/10/2016 tarih ve 2016/2049 E. 2016/5288K. sayılı kararında "dosya kapsamına ve 18/08/2015 tarihli "Yakalama- üst arama -olay- tartı ve muhafaza altına alma tutanağı" başlıklı tutanağın içeriğine göre, söz konusu tutanağı düzenleyen kolluk görevlilerinin, "saniğin olay tarihinde üçüncü kişilere uyuşturucu madde sattığına" ilişkin görgüye dayalı bilgileri olmadığı anlaşıldığından, tebliğnamedeki "tutanak düzenleyicilerin tanık sıfatı ile dinlenmesi gerektiği" hususuna yönelen bozma düşüncesi benimsenmemiştir. Sanıkta ele geçen 5 paket halinde daralı 1,58 gram eroini ve 5 adet kırmızı reçeteyi tabi tableti, kullanmak için bulundurduğuna ilişkin savunmasının aksine, kuşku sınırlarını aşan, kesin ve yeterli delil bulunmadığı, dolayısı ile saniğin eyleminin "kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu" oluşturduğu (...)" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Malatya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 09/01/2014 tarih ve 2009/84 E. 2014/140 K. sayılı kararında "suç tarihinde evinde uyuşturucu madde bulundurduğu ve uyuşturucu madde ticareti yaptığının ihbar edilmesi üzerine saniğin evinde yapılan aramada iki parça halinde daralı 132,5 gr neti 22 gr gelen eroinin ele geçirildiği, suça konu uyuşturucu maddenin miktarına ve ele geçiriliş biçimine göre saniğin eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu (...)" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Mersin 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 08/05/2012 tarih ve 2011/1571 E. 2012/8936K. sayılı kararında "saniğin, şüphe üzerine sürücüsü olduğu ticari takside yapılan aramada ele geçirilen 5 paket halinde 0.6 gr eroini, kullanma dışında bir amaçla bulundurduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığı, saniğin eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İskenderun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 25/04/2012 tarih ve 2012/622 E. 2012/8197 K. sayılı kararında " saniğin evinde yapılan aramada ele geçirilen dokuz pakette toplam 0,7 gram eroin ve 3 adet amfetamin içeren

tableti, dinlenen tanık beyanları da dikkate alınarak, savunmasının aksine, satacağına veya başkalarına vereceğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, sanık hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçu yerine uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması (...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 04/04/2012 tarih ve 2010/48645 E-2012/6997K. sayılı kararında *“ikametinde ele geçirilen net 0,85 gram eroin ve 13,25 gram esrardan ibaret uyuşturucu maddeyi kullanmak için bulundurduğu yönündeki savunmasının aksine, satmak veya başka amaçla bulundurduğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığı, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 06/03/2012 tarih ve 2010/41618 E-2012/3347 K. sayılı kararında *“uyuşturucu sattığına ilişkin yapılan ihbar sonrası sanığın evinde yapılan aramada, çatıdaki ağız açık odun çuvalı içerisinde 9 paketçik halinde eroin ele geçirilmişse de; sanığın, tüm aşamalarda uyuşturucu ticareti yapma suçlamasını kabul etmeyip, kullanıcı olduğunu belirttiği ve kriminal rapora göre ele geçen maddenin 1.2 gramdan ibaret olduğu anlaşıldığından; sanık aleyhine, uyuşturucu sattığını ve bu amaçla bulundurduğunu somut bir olgu olarak ortaya koyan, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı herhangi bir kanıt bulunmadığı dikkate alınıp, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu (...)*” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Bakırköy 12. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 20/04/2011 tarih ve 2010/21266 E- 2011/4053 K. sayılı kararında *“ sanıkların 1.8 gram eroini sattıkları, birlikte kaldıkları evin değişik yerlerinde 37 paketçik halinde 200,3 gram eroin ve 4,5 gram ham afyon ile hassa terazinin bulunduğu, kaçmaya çalışan sanıkların yakalandıkları anlaşıldığından; suçun işleniş biçimi ile suç konusunun miktarı ve niteliğine bağlı olarak oluşturduğu tehlikenin ağırlığına göre TCK’nın 61 ve 3. maddelerindeki ilkeler doğrultusunda temel hapis cezalarının alt sınırı üzerinde belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi (...)*” gerekçesiyle eleştiride bulunmuştur.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi Van 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 23/05/2011 tarih ve 2010/38370 E. 2011/4547 K. sayılı kararında *“suçun işleniş biçiminde, 114 miligramdan ibaret suç konusu eroinin önemi ve değeri ile oluşturduğu tehlikede bir ağırlık bulunmadığı, sanığın geçmişi ve ekonomik durumunun*

temel cezanın saptanmasında dikkate alınamayacağı gözetilmeden, TCK'nın 3/1 ve 61/1. maddelerine aykırı olarak, sanıklar hakkında temel hapis cezasının 7 yıl ve temel para cezasının 700 gün olarak belirlenmesi (...)" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

4.3.4. Kokain Maddesine İlişkin İçtihatlar

Yargıtay 20. Ceza Dairesi, Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 05/03/2018 tarih ve 2017/6877 E-2018/1243 K. sayılı kararında “6 adet şeffaf poşet içerisinde 26 gr kokain maddesinin” sanıkların aracında bulunmasıyla ilgili Türk Ceza Kanunu 188/3-4.a maddesi uyarınca verilen cezanın onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi, Bingöl 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/42 E-2016/67 K. sayılı kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 20/09/2017 tarih ve 2016/2671 E- 2017/4581 K. sayılı kararında üzerinde net 39,546 gram kokain maddesi ele geçen sanık K.D.'nin Türk Ceza Kanunu'nun 188/3-4.a maddesi uyarınca cezalandırılmasına dair kararının onanmasına karar vermiştir.⁴⁶

Yargıtay 20. Ceza Dairesi İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 01/06/2017 tarih ve 2015/9430 E-2017/3581K. sayılı kararında “Kolluk görevlilerine saat 01:25 sıralarında “Aksaray meydan civarında ismini Orhan olarak bildiği, doğu şiveli, 160-165 boylarında, genelde top sakal tabir edilen sakal bırakan bir şahsın Aksaray bölgesinden kokain maddesi satın alarak kuryelik yaptığına” dair isimsiz bir ihbar yapılması üzerine görevlilerin Aksaray meydanında verilen eşkale uygun olan sanığı görüp bir müddet gözle takibe aldıkları, daha sonra ise meydandan ayrılmak üzere taksiye binerken yakaladıkları ve sanığın üzerinden satışa hazır halde 10 pakette daralı ağırlığı toplam 3,5 gram, net ağırlığı 2 gram olan kokain maddesi ele geçirildiğinin olay tutanağı ve dosya kapsamından anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin bir bütün halinde uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Tekirdağ 1. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 08/05/2017 tarih ve 2015/9366 E-2017/3002 K. sayılı kararında “sanıkların savunmaları, tanık anlatımları, tutanaklar ve tüm dosya kapsamına göre; görüşmeyi izleyen infaz koruma memuru tanık Erhan Duran'ın görüşmeyi izlediği sırada avukat Özcan Akbuğ'a'nın, sanık Serkan Özmen'e bir şey verdiğini anlayıp kurum müdürüne haber vermesi üzerine infaz koruma memurlarının sanık Serkan Özmen'in

⁴⁶ Söz konusu soruşturmada yazar tarafından ifadesi alınan şüpheli K.D. müdafii huzurundaki savunmasında; kokain maddesinin bir gramını “çeyrek” adı verilen 4 parçaya böldüğünü ve Bingöl ilinde içicilere her bir çeyreği o tarihte 400 TL karşılığında sattığını beyan etmiştir. Bu beyan, kokain maddesinin satışı ve tüketilmesiyle ilgili fikir vermesi açısından önemlidir.

yanına geldikleri ve Serkan'a "avuktan aldığı ver" demelerinden sonra Serkan'ın elini pantolonunun içine sokarak peçeteye sarılı bir şeyleri vermesi üzerine peçete açıldığında içerisinde 2 adet naylon poşete sarılı 6 cm çapında ve 2 mm kalınlığında haki renkli esrar olduğu tahmin edilen madde ile yine peçete kağıdına sarılarak gizlenmiş beyaz bir madde ele geçirildiği, ele geçirilen maddelerin net 21,2 gr esrar ve 1,5 gram kokain olduğu ve sanığın ele geçirilen uyuşturucu maddeleri kendi kullanımı dışında bir amaçla bulundurduğuna ilişkin her türlü şüpheden uzak yeterli delilin bulunmadığı" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 15/03/2016 tarih ve 2016/211 E-2016/1502 K. sayılı kararında "sanıkların birlikte uyuşturucu madde sattıkları yönünde isim ve adres de belirtilerek yapılan ihbar üzerine gerçekleştirilen fiziki takip sonucunda, sanıkların gece saat 01.10 sıralarında ihbarda belirtilen adresin önüne beraber geldikleri, kiracı ve kefil olarak birlikte kiraladıkları ve kullandıkları anlaşılan evde yapılan aramada net 211,1 gram kokain ile 2 adet hassas terazinin ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; ihbar tutanağı, fiziki takip, yakalama, ev ve araç arama, el koyma, muhafaza altına alma ve savcı görüşme tutanağı, sanık savunmaları, ele geçen uyuşturucu maddenin cins ve miktarı ile tüm dosya kapsamına göre, mahkemenin takdirinde bir isabetsizlik görülmediği" gerekçesiyle yerel mahkemenin Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesi uyarınca cezalandırılmasına dair kararının onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 11/06/2015 tarih ve 2015/40 E-2015/1903 K. sayılı kararında "Yeşilirmak Caddesi üzerinde 07 BJK 52 plaka sayılı motosikletle seyir halinde bulunan sanık Fedai Ergüven ile arkasında bulunan suça sürüklenen çocuk M.D.'den şüphelenmeleri üzerine, sanığa dur ikazı yaptıkları, sanığın dur ikazı üzerine, motosikletle biraz gittikten sonra durarak, üzerinden çıkardığı poşeti, arkasında bulunan suça sürüklenen çocuk M.D.'ye verdiği, suça sürüklenen çocuğun da poşeti hemen yere attığı, yol kenarına atılan poşet içerisinde 2 şeffaf poşet olduğu, birinci poşet içerisinde 16 adet, ikinci poşet içerisinde 28 adet olmak üzere toplam 44 adet poşetle birlikte daralı 31,5 gram gelen her biri peçeteye sarılı kokain ele geçtiği şeklinde olayla ilgili yerel mahkemenin Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesi uyarınca cezalandırılmasına dair kararının onanmasına karar vermiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi İstanbul Anadolu 9. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararıyla ilgili olarak yaptığı temyiz incelemesi neticesinde verdiği 28/06/2011 tarih ve 2009/4837 E. 2011/5283K. sayılı kararında "Murat Reis Mahallesi Çinili Camii Sokak üzerinde sabah saat 05.00'te devriye görevi yapan polislerin yanına gelen ve ismini vermeyen bir kişinin iki sokak ötede 77 DL 969 plakalı otomobilde uyuşturucu madde satıldığına ilişkin ihbarda bulunduğu, sözü

edilen otomobilin belirtilen yerde olduğu görölerek izlendiği, sanığa ait olup soforlölüğünü yaptığı otomobilin yanına gelen kişinin otomobildeki kişilerle görüşüp bir şey alıp verdikten sonra ayrılması üzerine sanık ile ön koltukta oturan diğer sanık Mehmet Ali'nin yakalandığı, yapılan aramada torpido gözünde 23 adet satışa hazır halde net 3,8 gram kokain ele geçirildiği anlaşıldığından; bu oluşa göre sanığın diğer sanıkla birlikte iştirak halinde atılı suçu işlediğinin sabit olduğu gözetilmeden, sanık hakkında mahkûmiyet yerine beraat hükmü kurulması,(...)” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir.

5. Miktora Göre Bir Standart Belirlenmesi Meselesi

Görüleceği üzere her bir uyuşturucu veya uyarıcı maddeye ilişkin şahsi kullanım miktarını net rakamlarla sınırlandırmak mümkün değildir. Uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girmemiş bir failden çok sayıda özenle hazırlanmış küçük paketçikler halinde olmayacak şekilde uyuşturucu madde ele geçmesi ve uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunmaması gibi durumlarda irdelenebilecek tek veri madde miktarıdır. Evvelce açıkladığı üzere Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Daireleri kararlarında esrar maddesi yönünden belirli bir sınır çizmeye çalışmıştır. Buna göre esrar kullananların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri kabul edildiğinde bu kişilerin ayda yaklaşık 135 gram ve yılda da 1.620 gram esrar tüketebilecekleri hesaplanmaktadır. Kanaatimizce böyle bir hesaplama maddi gerçeğin belirlenmesi bakımından isabetsiz olacaktır. Zira bu durumda bir kişinin her gün 4,5 gram esrar içtiğini, üstelik bunu 365 gün boyunca her gün yaptığını ve kendisinde ele geçen (*örneğin 1.500 gram*) esrar maddesini bir yıllık kullanımı için hazırda tuttuğunu kabul etmemiz gerekir ki bu da hayatın doğal akışına, uyuşturucu maddeye ilişkin faaliyetlerin tabiatına aykırılık teşkil edecektir. Birçok soruşurmada gözlemlendiği üzere ticaret maksadı olmayan içici kişiler gerek kolluk görevlilerine gerek de durumdan habersiz aile bireylerine yakalanmamak amacıyla uyuşturucu maddeleri sıkı bir şekilde gizleme gayretinde olmaktadır. Öte yandan hint keneviri bitkilerinin hasat mevsimleri ve piyasaya bol miktarda sürölme tarihleri göz önüne alındığında içici kişilerce bilhassa kiş aylarında tüketmek için stok yapma veya düzenli işte çalışmayan içicilerin para buldukça bol miktarda madde alma eğilimi de bilinen bir durumdur. Ancak bunu her olaya ve şüpheliye teşmil ederek yapılan her stok miktarını yıllık olarak değerlendirmek doğru değildir. Aksi halde böyle bir kabul, satıcıları ileride yakalandıklarında kişisel kullanım savunmasında bulunmak üzere bu sınırlar içinde ticaret yapmaya imkân sağlar ki bu da suç siyaseti ile bağdaşmaz. Bu sebeple kanaatimizce failin yaşadığı yer, gelir durumu ve maddeyi saklama biçimi de göz önüne alınarak esrar maddesi bakımından 700-800 gram ve üstündeki maddelerde uyuşturucu madde ticareti kastıyla hareket edildiğinin kabulü gerekmektedir.

Eroin, kokain gibi maddelerin tüketiminin her kullanımında genelde bir gramın altındaki miktarlarda gerçekleştiği içtihatlarından da anlaşılmaktadır. Sert uyuşturucular olarak tanınan bu maddelerin insan vücuduna etkileri göz önüne alındığında bu durum gayet normaldir. Bu sebeple bu maddelere ilişkin nitelendirmede esrar maddesinde olduğu gibi bir rakam belirlenmesi mümkün değildir. Öte yandan bu maddelerin her gün muhakkak tüketileceği ve bir yıllık kullanım için stok yapılacağı şeklinde bir kabul de isabetli olmayacaktır. Eroin, kokain vs. maddelerin piyasa fiyatlarının yüksekliği ve her durumda temin edilmelerinin esrar kadar kolay olmaması göz önüne alındığında failin yaşadığı yer ve maddeye ulaşma imkânı, gelir durumu ve maddeyi saklama biçimi de göz önüne alınarak 3-4 gram ve üstündeki maddelerde uyuşturucu madde ticareti kastıyla hareket edildiğinin kabulü gerekmektedir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir kararında eroinin günlük kullanım miktarını 60 miligram⁴⁷ kabul ederek bu hususta yol göstermiştir.⁴⁸ ⁴⁹ Eroin gibi sert (*hard*) uyuşturucular sınıfında yer alan ve benzer şekilde tüketilen kokain için de Yargıtay'ın bu kabulü benimsenmelidir.

Sentetik uyuşturucuların ise evvelce izah edildiği üzere genel olarak adet üzerinden satışı gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan sentetik hapların ne şekilde saklandığı, failden nerede ve ne şekilde ele geçtiği önem arz etmektedir. Bununla birlikte failin yaşadığı şehir, ele geçen hapları temin ettiğini iddia ettiği yer, gelir durumu gibi şartlar göz önüne alınarak 1-2 aylık ihtiyaçlarını hazırda bulundukları kabulü ile 60-70 ve üstü miktarlardaki maddelerde uyuşturucu madde ticareti kastıyla hareket edildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu noktada unutulmaması gereken, somut olaylarda yapılan yakalamalar neticesinde ele geçen maddelere ilişkin Adli Tıp Kurumundan mütalaa alınarak bu doğrultuda değerlendirme yapılması gerektiğidir. Zira her geçen gün yeni yeni sentetik uyuşturucuların piyasaya sürülmesi ve bunların kimyasal yapılarının farklılığı nedeniyle şahsi kullanım miktarlarında da farklılaşmalar ortaya çıkabilecektir.

⁴⁷ 60 miligram 0.06 grama tekabül eder.

⁴⁸ “Mersin’de oturan suç konusu net 5 gram eroini Mersin’den temin ederek yönetimindeki otomobile Adana’ya gelen sanığın, parkta oturduğu sırada yanına gelen diğer sanık Mehmet’e sigara paketi içerisindeki eroini gösterip cebine koyması üzerine görevliler tarafından yakalanması; sanığın Adana’ya hasta ziyareti için geldiğini söylemesi; günlük kullanılacak eroin miktarının yaklaşık 60 miligram ve suç konusu eroinin yaklaşık 83 günlük ihtiyacı karşılayacak miktarda bulunması; somut olayda belirlenen zaman dilimine göre bu eroinin kişisel ihtiyaç miktarının çok üzerinde olması karşısında (...)” Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 10/01/2014 tarih ve 2010/32243E-2014/198 K. sayılı kararı. (Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı e.t: 25/08/2018)

⁴⁹ Eroin maddesinin miktarına ilişkin benzer bir karar için bakınız: Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 15/06/2015 tarih ve 2015/3749 E-2015/31777 K. sayılı kararı (Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı e.t: 25/08/2018)

SONUÇ

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarına dair soruşturma ve kovuşturmaların hassasiyetle yürütülmesi büyük önem arz etmektedir. Gerek toplumda bu suçlara karşı her geçen gün artan hassasiyet gerek de kanun koyucunun bu doğrultuda uyguladığı sert ceza politikası uyuşturucu madde ticareti suçu ile kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçlarını daha iyi ayırt etmeyi zorunlu kılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken, her somut olayı kendi koşulları içinde irdelemek, bilhassa ele geçen maddenin türüne, miktarına, ele geçirme koşullarına ve failin şahsi ve ekonomik koşullarına göre yorum yapmaktır. Uyuşturucu madde ticareti suçunun aslında bir alışverişten doğduğu ve genellikle bir tarafın bundan gelir elde etmek amacını taşıdığını göz önüne alındığında bundan gelir sağlayan ve bu suçu kazanç kapısı haline getirmiş kişilerin görünürdeki işleri ile malvarlıkları ve gelirleri büyüteç altına alınmalıdır.

Evvelce de izah edildiği üzere bu suçlarda faillerin her zaman ticarete delalet eden fiilleri işlerken yakalanmaları söz konusu olmamaktadır. Başkaca hiçbir eylemi tespit edilemeyen; ancak kendisinden çeşitli miktarlarda uyuşturucu madde ele geçen bir failin kastının tespitinde, yukarıda açıklanan kriterler doğrultusunda yorum yapmak gerekecektir. Bu noktada kesin çizgilerle sınır çizmek, belirli bir gramajın yahut adedin altında veya üstünde kalan rakamlara göre nitelendirmeler yapmak her zaman doğru sonucu vermeyebilecektir. Ancak suçla etkin mücadele gereği faillerin yasanın gri noktalarından ve içtihat boşluklarından faydalanarak “kullanmak maksatlı bulundurma” görünümü altında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapmalarının önüne geçmek elzemdir. Öte yandan ülke genelinde içtihat birliğinin sağlanması ve bu doğrultuda uygulama yapılması bir diğer mecburiyettir. Bu sebeple bir önceki başlıkta açıklanan sayısal kriterler doğrultusunda uygulama geliştirmek yerinde olacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki sentetik uyuşturucu maddelerde her geçen gün yenilikler meydana gelmekte olup yeni yeni maddeler üretilmektedir. Üretilen bu maddelerin insan vücuduna etkileri de farklılaşmaktadır. Ülkemizde sadece 10 yıldır varlığı bilinen bonzai maddesi buna bir örnektir. Kolluk görevlilerince uyuşturucu maddelere eklenen ara kimyasalların tespiti ile bunlara sınırlandırma getirilmesi, failleri yeni ikame kimyasallara yönlentmektedir. Katkı maddelerinin değişmesi elde edilen uyuşturucu maddenin kimyasal yapısını da değiştirmekte ve ortaya yeni bir uyuşturucu madde çıkmaktadır. Her yeni maddeye ilişkin laboratuvar tetkikleri yapılması ve sonuçlarının ortaya konması, bu maddelerin Bakanlar Kurulunca uyuşturucu maddeler listesine eklenmesi ve böylece suç olarak kabulü zaman almaktadır. Bu durum aynı zamanda bu gibi maddelerin kişisel kullanım sınırlarının tespit ve tayini ile şüphelilere yöneltilecek suçun niteliğini de doğrudan etkilemektedir. Bu sebeple üretilen ve ele geçen her yeni maddeye karşı duyarlı olunmalı ve bu maddelerin ticaretine karşı derhal yasal reaksiyon gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

AKGÜL Arif, **AKYAY** İlkey, Uyuşturucu Maddeler ve Sınırışan Uyuşturucu Kaçakçılığı, Sınırışan Organize Suçlar, (Editör; Oğuzhan Ömer DEMİR, Bahadır KÜÇÜKUYSAL), Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2013

AKGÜL Arif, Türkiye’de Yasadışı Kenevir Ekimi ve Mücadele Politikaları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN) Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

BAYRAKTAR Köksal, Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 51 (1-4), 45-64; <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9070/113121>, (e.t:03/09/2018)

ÇALIŞKAN Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012

ÇELİK Ahmet, **SEZGİN** Erkan, Tarihsel Perspektiften Uyuşturucu İle Mücadele Politikaları ve Alternatif Politika Yaklaşımları, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

DAĞ Halil, **KANDEMİR** Mustafa, Polisin Uyuşturucu Mücadelesinde Esrar Yakalamaları Bağlamında Negatif Trendler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

DÖNMEZER Sulhi, Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 36 (1-4), 1-14; <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9126/114262>, (e.t:03/09/2018)

EKİCİ Behsat, Uluslararası Uyuşturucuyla Mücadele Sistemi ve Türkiye, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

ELMAS Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

ERGÜL Ergin, Uyuşturucu Madde Alışkanlığının Hukuki ve Cezai Yönleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1993, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=Br>. (e.t:28/08/2018)

FEYZİOĞLU Metin, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:48, S:1, Ankara, 1999, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> (e.t: 12/11/2018)

GÖKLER Rıza, **KOÇAK** Recep, Uyuşturucu ve Madde Bağımlılığı, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, 2008-05 (89-104); <http://sbad.gop.edu.tr/DergiPdfDetay.aspx?ID=119> (e.t:03/09/2018)

KUNTER Nurullah, **YENİSEY** Feridun, **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 15. Baskı, İstanbul, 2006

ÖNER Mehmet Zülfü, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu Madde İmal, İthal ve İhraç Suçları, TBB Dergisi, Sayı 88, 2010 (106-150); <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-88-593> (e.t: 02/09/2018)

ÖZBEK Veli Özer, **KANBUR** Mehmet Nihat, **DOĞAN** Koray, **BACAKSIZ** Pınar, **TEPE** İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2014

ÖZTÜRK Agah Bahadır, Türkiye’de Büyüyen Tehlike: Esrar, Konuralp Tıp Dergisi, 2016;8(3) 208-213; <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/270611> (e.t:02/09/2018)

ÖZTÜRK Bahri, **ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara, 2006

ŞANLI Savaş, **PAMUK** Zeki, Uyuşturucu Madde Bağımlılığına Karşı Önleyici ve Koruyucu Tedbir Olarak Bir Rekreasyon Etkinliği: Sportif Faaliyetler, Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları ve Yeni Trendler, (Editör; Hakan Cem ÇETİN, Ahmet ÇELİK, Erkan SEZGİN), Adalet Yayınevi, Ankara, 2016

YAŞAR Osman, **GÖKCAN** Hasan Tahsin, **ARTUÇ** Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010

http://file.atuder.org.tr/_atuder.org/fileUpload/3yNTbPLxgNm6.pdf (e.t:02/09/2018)

<http://www.olaganustukanitlar.com/hangi-uyusturucu-vucutta-ne-kadar-sure-kalir/> (e.t:25/08/2018)

İçtihatlar:

- Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 25/09/2012 tarih ve 2011/10-482 Esas-2012/1784 Karar sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)
- Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06/03/2012 tarih ve 2012/387-75 E/K sayılı ve 15.06.2004 tarih ve 2004/107-136 E/K sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)
- Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay 20. CD’nin 06/12/2017 tarih ve 2017/4166 E- 2017/6864 K. sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)
- Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 10/01/2014 tarih ve 2010/32243E-2014/198 K. sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)
- Uyap mevzuat/Cumhuriyet Başsavcılığı/Yargıtay Kararları Sorgulama Ekranı - Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 15/06/2015 tarih ve 2015/3749 E-2015/31777 K. sayılı kararı (e.t: 25/08/2018)

YENİDEN KİRALAMA YASAĞI (TBK m. 355)

Prohibition of Leasing Again (TOC Art. 355)

Utku SARUHAN¹

Geliş Tarihi: 21.05.2018

Kabul Tarihi: 13.09.2018

ÖZET

Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 15. madde hükmünde düzenlenen Yeniden Kiralama Yasağı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde kapsamlı değişikliklerle birlikte yer almıştır.

Kiracıyı koruyan bir hüküm olarak yeniden kiralama yasağı, kiralayandan doğan sebeplerden ötürü tahliye edilen kiracının, kiralananın boşaltılmasından itibaren üç yıllık süre boyunca haklı sebep olmaksızın, kiralananın kendisi dışında bir üçüncü kişiye kiralınması halinde son kira yılında ödediği kira bedelinden az olmamak üzere tazminat talep edebilmesine imkân tanır.

Yeniden inşa ve imar sebebiyle tahliye durumunda, gereksinim sebebiyle tahliyeden farklı olarak, kiracıya kiralananı yeniden kiralaması için öncelik hakkı tanınmıştır. TBK m. 355/II hükmüne göre kiracının kiralananı yeni hali ve yeni kira bedeli ile kiralama hakkı vardır. Bu öncelik hakkı, kiralayanın kiracıya yapacağı yazılı bildirimden itibaren bir aylık sürede kullanılabilir.

Bu makalede, Yargıtay içtihadı ve doktrin çerçevesinde, yeniden kiralama yasağının unsurları, sonuçları ve kiracının haksız tahliyeden doğan zarar talebinin niteliği ve zarar kapsamına giren kalemler ile bu taleplerinin tabi olduğu zamanaşımı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Kanunu, Kira Hukuku, Konut ve Çatlı İşyeri Kiraları, Yeniden Kiralama Yasağı, Haksız Tahliye

ABSTRACT

Prohibition of Leasing Again, which is regulated by Article 15 of abrogated Law numerated 6570 on Real Property Leases, takes place together with comprehensive amendments in Article 355 of the Turkish Code of Obligations numerated 6098.

As a provision that protects the tenant, the lease prohibitor allows the tenant who is vacate the lease to claim compensation not less than the rental price paid in the last lease year if the lease is rented to a third party outside the lease without justifiable reason for three years from the lease's vacation.

In case of evacuation due to reconstruction or zoning, unlike vacation due to necessity, the tenant is granted priority to re-lease. According to TCO Art. 355/II, the tenant is entitled to a new lease with a new price. This priority will be available for one month beginning with the lessor's written notification to the tenant.

In the article, the elements of prohibition of leasing again, the results and the statute of limitation of the claims and the items that fall under the scope of the damage and the claims are analyzed.

In this article, the elements and consequences of the lease, the nature of the damage claim arising from the unjust extraction of the tenant, and the items covered by the loss and the time limit for such claims are examined in the Court of Cassation's jurisprudence and doctrine.

Keywords: Turkish Code of Obligations, Tenancy Law, Residence and Roofed Work Places Leases, Prohibition of Re-Leasing, Unjust Vacation

¹ Avukat, Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. E-posta: utkusaruhan@outlook.com.
ORCID ID: 0000-0003-3980-3647

GİRİŞ

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yeni hükümlerinden biri olan "Yeniden Kiralama Yasası", 355. maddede düzenlenmiş olup kiracıyı koruyan bir hüküm olarak yasa da yer almıştır. Hükme göre, kiralayandan doğan sebeplerden dolayı tahliye edilen kiracıya, tahliyesinden itibaren üç yıllık süre içerisinde haklı bir sebep olmaksızın kiralananın kendisi dışında bir üçüncü kişiye kiralınması halinde, son kira yılında ödediği kira bedelinden az olmamak üzere tazminat talep edebilme imkânı tanınmaktadır.

Çalışmamızda mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un 15 ve 16. maddelerindeki cezai yaptırımların yürürlükte olduğu dönemden başlayarak Yargıtay içtihadı ve doktrin çerçevesinde, yeniden kiralama yasağının unsurları, sonuçları ve kiracının haksız tahliyeden doğan zarar talebinin niteliği ve zarar kapsamına giren kalemler ile bu taleplerin tabi olduğu zamanaşımı incelenecektir.

I. GENEL OLARAK YENİDEN KİRALAMA YASAĞI

Yeniden kiralama yasağı, 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 15. maddesinde ve bu maddeye bağlı olarak cezai yaptırıma yer verilen 16. maddede düzenlenmekteydi. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde, yeni ihdas edilen maddelerden birisi olarak yeniden kiralama yasağı düzenlemesine yer verilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları başlıklı ikinci ayırımında konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin sona ermesi başlığı altında yer alan yeniden kiralama yasağına ilişkin hükümde, 6570 sayılı Kanun ile ciddi farklılıklar bulunmakta olup bunların başında 6570 sayılı Kanunun 16. maddesinde yer alan yasağa aykırı davranan kiralanı hapis ve para cezasına tabi tutan yaptırıma TBK'da yer verilmemesi gelir². Türk Borçlar Kanunu'nda özel hukuk ilişkilerinde cezai yaptırımlara yer verilmeme saikiyle hareket edilmesi neticesinde bu yaptırım yürürlükten kaldırılmıştır³. Yeni düzenlemede, bir medeni hukuk cezası olarak nitelendirilebileceğimiz, kiralanın bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere eski kiracıya ödemekle

² Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz – Faruk Acar – Burak Özen), 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 348; Gümüş, Mustafa Alper; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: I İsimli Sözleşmeler Teorisi / Satış / Mal Değişimi / Bağışlama / Kira / Kullanım Ödücüsü / Tüketim Ödücüsü / Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 340.

³ Yavuz, Nihat; Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (Kira Hukuku), s. 723.

yükümlü kılındığı tazminat talebi, yeniden kiralama yasağının yaptırımı olarak belirlenmiştir⁴.

Yeniden kiralama yasağı, kiralayandan kaynaklanan sebeplerle boşaltılan konut veya çatılı işyerinin, kiralayanın haklı bir sebebinin bulunmaması şartına bağlı olarak boşaltılma tarihinden itibaren üç yıl geçmedikçe eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralanmamasını ifade eder. Kiralayan bu duruma aykırı davranırsa eski kiracıya son kira yılında ödenmiş olan kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.

Yasağın konusunu oluşturan eylem, kiralananın eski kiracıdan başka bir üçüncü kişiye kiraya verilmesidir⁵. Tahliye sağlandıktan sonra kiralananın kullanılmadan boş tutulması⁶ ya da karşılıksız kullanılması⁷ yeniden kiralama yasağına aykırılık oluşturmaz.

TBK m. 355'te yer verilen yeniden kiralama yasağının kendi içinde iki farklı yaptırımı içerdiğini söylemek mümkündür. İlk olarak, gereksinim ya da yeniden inşa ve imar faaliyeti sebebiyle boşaltılması sağlanan kiralananın üç yıl boyunca haklı sebep bulunmadığı sürece bir üçüncü kişiye kiralanması yasaklanmaktadır. Bu durum kiralayanı, kiralananı bir üçüncü kişiye kiralama

⁴ Gümüş, s. 340; İnceoğlu, M. Murat; Kira Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2014, s. 541.

⁵ Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986; Yarg. 4. HD. E. 2000/10728 – K. 2001/1869 T: 22.2.2001 Karşı Oy Yazısından “Eldeki bu dava da, sorumluluğu düzenleyen 6570 sayılı Yasanın 15. maddesi haksız tahliyeyi değil, tahliyeden sonra kiraya vermeyi bir sorumluluk ögesi olarak kabul etmiştir. Davalı, davacıyı haksız ve kötü niyetle tahliye ettirmiş olabilir. Ancak bu onun sorumluluğu için yeterli değildir. Sorumluluk için bu yeri yeniden kiraya vermelidir.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 13.11.2017)

⁶ Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 “... tahliye edilen yerin boş bırakılması hali için özel bir kural getirmemiştir. Dairenin, esas: 1984/5291, karar: 1985/6931 sayılı ve 25/09/1984 günlü kararında da belirtildiği gibi kanun koyucunun açık ve sınırlı bir biçimde hukuka aykırı kabul ederek oluşturduğu sorumluluğun kapsamı Medeni Kanunun 1. maddesindeki kanun boşluğu kural ile doldurulamayacağı gibi, özel yasa hükmünde yasaklanmamış olması karşısında aynı Kanunun 2. maddesindeki hükmüne dayanılarak kiralananın boş bırakılmasının doğruluk ve güven kurallarına aykırı olduğu da kabul edilemez.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 21.09.2017).

⁷ Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 741; Akyiğit, Ercan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 217; İnceoğlu, s. 536; Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 “... tahliye edilen yerin boş bırakılması hali için özel bir kural getirmemiştir. Dairenin, esas: 1984/5291, karar: 1985/6931 sayılı ve 25/09/1984 günlü kararında da belirtildiği gibi kanun koyucunun açık ve sınırlı bir biçimde hukuka aykırı kabul ederek oluşturduğu sorumluluğun kapsamı Medeni Kanunun 1. maddesindeki kanun boşluğu kural ile doldurulamayacağı gibi, özel yasa hükmünde yasaklanmamış olması karşısında aynı Kanunun 2. maddesindeki hükmüne dayanılarak kiralananın boş bırakılmasının doğruluk ve güven kurallarına aykırı olduğu da kabul edilemez.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 21.09.2017).

konusunda sınırlı süreli bir yasaklamaya tabi tutmaktadır⁸. İkinci açıdan, yeniden kiralama yasağına aykırı davranan kiralayan, eski kiracısına tazminat ödemekle yükümlü kılınmaktadır⁹. Kiralayan yeniden kiralama yasağına aykırı davranışta bulunduğu eski kiracının son kira yılında ödemiş olduğu kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödeme yaptırımına tabi tutulmuştur.

Yeniden kiralama yasağı, konut ve çatılı işyeri için kurulan kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulmakta olup, diğer kira ilişkilerinde yeniden kiralama yasağı hükümleri uygulanamaz.

TBK m. 354 hükmünde belirtildiği üzere, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiralananın dava yoluyla tahliyesine yönelik dava sebepleri kanunda belirtilen sebeplerle sınırlandırılmıştır¹⁰. Nispi emredici nitelikteki bu hükümlerle kiracının kiralananı kolayca çıkarılmasının önlenmesi ve kiracının korunması amaçlanmış olup, bu hükümlerde kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz¹¹.

Yeniden kiralama yasağı, kiralayandan kaynaklanan sebepler neticesinde kiracının tahliye edilmiş olması sonrası uygulama alanı bulan bir hükümdür. Nisbi emredici bir hüküm olarak yeniden kiralama yasağının, kiralayanın kiralananı daha yüksek bir kira bedeliyle bir üçüncü kişiye kiralamasını engelleme ve bu konuda hakkın kötüye kullanılmasını önleme gayelerini taşıdığı açıktır¹².

Yeniden kiralama yasağı, kiralanan taşınmazın, kiralayanın gereksinimi sebebiyle tahliyesi (TBK m. 350/I), yeni malikin gereksinimi sebebiyle tahliyesi (TBK m. 351) ile yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılmasının sağlanması durumları sonucunda (TBK m. 350/II) üç farklı tahliye sebebiyle ortaya çıkabilir.

⁸ Aydemir, Efrail; Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 294.

⁹ Aydemir, s. 295.

¹⁰ Konut ve çatılı işyerleri kiralalarında kiralayandan kaynaklanan tahliye sebepleri açısından; kiralayanın gereksinimi (TBK m. 350/I b. 1), kiralananın yeniden inşa ve imarı (TBK m. 350/I b. 2) ile kiralananı edinen yeni malikin gereksinimi (TBK m. 351) olmak üzere kanunda üç farklı tahliye imkânına yer verilmiştir

¹¹ Gümüş, s. 339; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 725; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 300; 04.07.2012 tarih ve 6353 sayılı Kanununun 53. maddesiyle değiştirilen 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 2. maddesi hükmü gereğince, tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin taraf olduğu işyeri kiralalarında TBK m. 354 hükmü 01.07.2012 tarihinden itibaren 8 yıllık süre boyunca uygulanmayacaktır. TBK m. 355 hükmünde yasağa konu olabilecek tahliye sebeplerinin sınırlı olarak sayılması sebebiyle, yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle tahliye edilen kiracının yeniden kiralama yasağına başvurması mümkün değildir. Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan; Türk Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 666; İnCEOğlu, s. 534.

¹² İnCEOğlu, s. 534.

II. GEREKSİNİM SEBEBİYLE TAHLİYE SONRASI YENİDEN KİRALAMA YASAĞI (TBK M. 355/I)

A. Gereksinim Sebebiyle Tahliye ve Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu'nda kiraya verenin kiralananı duyduğu gereksinim sebebiyle devam eden kira sözleşmesini sonlandırmasına iki farklı şekilde imkân tanınmıştır.

İlk olarak kiralayanın kendisi ve yakınlarının konut ve işyeri gereksinimlerini karşılamak için kiralananı dava yoluyla tahliye ettirmesine TBK m. 350/I hükmünde yer verilmiştir. İkinci bir tahliye imkânı olarak TBK m. 351'de kiralananı sonradan edinen yeni malikinin yine kendisi ve yakınlarının gereksinimi sebebiyle kiralananı tahliye ettirebilmesi için özel bir hak tanınmıştır¹³.

Gereksinim sebebiyle tahliye talebi, dava yoluyla kullanılması gereken, kira ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir¹⁴. Kiralananın gereksinim sebebiyle tahliyesine yönelik açılan davada verilen karar, kira sözleşmesini sona erdiren bir karar olması itibarıyla bir tespit hükmü değil, yenilik doğuran nitelikte bir karardır¹⁵.

1. Kiraya Veren Kendisi ve Yakınları İçin Duyduğu Gereksinim Sebebiyle Tahliye (TBK m. 350/I)

TBK m. 350'de düzenlendiği üzere kiralayan; kendisi, eşi, alt ve üst soyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için kiralananı konut ya da işyeri olarak kullanma gereksinimi bulunduğu takdirde, kira sözleşmesi belirli süreli kira sözleşmesi ise belirlenen sürenin sonunda; kira sözleşmesi belirsiz süreli kira sözleşmesi ise kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve yazılı fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı tahliye davası ile sona erdirebilmektedir¹⁶.

¹³ Bkz. II – A – 2. Yeni Malikin Gereksinimi (TBK m. 351), s. 5

¹⁴ Yavuz, s. 343; Doğan, Murat; Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 95.

¹⁵ Doğan, s. 95; Gümüş, s. 338; Yarg. 3. HD. E. 2007/13778 – K. 2007/17232 T:15.11.2007 “...Sözleşme dava sonucunda verilen tahliye kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir (Yargıtay 3. HD., 23.03.1998, 1577/3035; 05.04.2001, 1939/4178). Bu bakımdan tahliye ilamı inşai (kurucu) niteliktedir ve haksız işgal tazminatına anılan kararın kesinleşmesinden sonra hükmetmek gerekir.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T. 20.11.2017); Tahliye kararının tespit hükmünde bir karar olduğuna işaret eden aksi yönde karar bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 7/299 – K. 104 T: 18.02.1985, Erdoğan, Celal; Tahliye Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 1299.

¹⁶ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 414; Aral/Ayrancı, s. 301; Yavuz, s. 348; Acar, Faruk; Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 – 326), Beta Basım Yayın, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 102 – 103.

Gereksinim sebebiyle tahliyeyi malikin yanı sıra, kira konusu taşınmaz üzerinde intifa veya oturma hakkı sahibi olanlar ile alt kiraya veren alt kiracı talep edebilir¹⁷. Kiralananın paylı mülkiyete tabi olması halinde, TMK m. 691/I ve m. 702/II hükümleri uyarınca pay ve paydaş çoğunluğunun kararı ile; kiralananın elbirliği mülkiyet halinde olması durumunda ise ortakların oybirliği ile alacağı kararla tahliye davası açılabilir¹⁸.

Gereksinim sebebiyle tahliye davasının açılabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekir.

- Bu şartlardan ilki, kiraya verenin kendisi eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için kiralananı konut veya işyeri olarak kullanma gereksiniminin mevcut olmasıdır. Kanunda gereksinimi olabilecek kişiler özel olarak sayıldığından bunlar dışındaki kişilerin gereksinimi için bu talepte bulunulamaz¹⁹. Altsoy; kiraya verenin çocukları, torunları ve onların altsoyu ile kiraya verenin evlatlığını içine alırken; üstsoy, kiraya verenin babası, annesi ve onların babaları ve annelerini de kapsar²⁰. Kanunda yer alan kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler kavramı, TMK m. 364'te belirtildiği üzere kiraya verenin yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerini içine alır²¹.

Kamu ya da özel hukuk tüzel kişileri de kendi işyeri gereksinimleri için tahliye talep edebilirler²².

- Kiraya verenin gereksinim sebebiyle tahliye talebi gerçek ve samimi olmalıdır²³. Yargıtay içtihatları ile oluşan bu şart, kiraya verenin, kiralananı daha yüksek bedelle kiralamak için kiracıyı tahliye ettirmesini engellemek amacıyla ortaya çıkmıştır²⁴. Gerçek ve samimi bir tahliye talebinin varlığı olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Aile konutu ihtiyacı, memuriyet,

¹⁷ Eren, s. 415; Doğan, s. 95; Gümüş, s. 349; Yarg. 4. HD. E. 2000/10728 – K. 2001/1869 T: 22.2.2001 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 05.10.2017).

¹⁸ Doğan, s. 96; Akgün Akay, Merve; Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 77.

¹⁹ Eren, s. 414; Akgün Akay, s. 77.

²⁰ Eren, s. 414; Gümüş, s. 349; Yavuz, s. 349.

²¹ Aral/Ayrancı, s. 301; Gümüş, s. 349; Yavuz, s. 350.

²² Eren, s. 415; Yarg. 6. HD. E. 2009/2483 – K. 2009/7327 T: 17.9.2009 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 12.09.2017); Güler, Ali Alev, "6570 Sayılı Kira Kanununun 15 - 16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi Yıl: 1978 Sayı:4, s. 632 – 635, s. 633; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2001 yılında verdiği bir kararında işyeri vergi kayıtlarının annesi üzerine olması sebebiyle haksız tahliyeden doğan zarara ilişkin tazminat davası reddedilen davacının temyiz başvurusu üzerine kararı bozmuştur. Yarg. 4. HD. E. 2001/4600 – K. 2001/9050 T: 04.10.2001 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018).

²³ Aral/Ayrancı, s. 302; Gümüş, s. 348; Yavuz, s. 350.

²⁴ Eren, s. 415; Aral/Ayrancı, s. 302; Yavuz, s. 350.

emeklilik, kiraya verenin kirada veya bir yakınının evinde oturması, kiralayanın sağlık durumu gerektirmesi, kiralayanın kendisinin oturduğu taşınmazın alan olarak gereksinimini karşılamaması, kiralananın ekonomik açıdan daha elverişli olması gibi durumlar haklı bir gereksinim olarak değerlendirilmektedir²⁵.

• Tahliye davasının, kira sözleşmesi süresinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde açılması gerekmektedir²⁶. Kira sözleşmesinin süresi bitmeden önce tahliye için bir ihtarda bulunulmasına gerek yoktur²⁷. Kiraya veren sürenin sona ermesinden önce kiracıya tahliye konusunda bir ihtarda bulunarak sözleşmeyi sona erdirmeye niyetini belirtilirse, bir aylık süre geçmiş olsa da dava açılabilir²⁸. Birden fazla kiraya verenin bulunduğu durumlarda, bunlardan birinin gerçekleştirdiği bildirim hukuken geçerlidir²⁹.

2. Yeni Malikin Gereksinimi (TBK m. 351)

Kira sözleşmesi devam ederken bir üçüncü kişi, kiralanan taşınmazın mülkiyetini miras, kamulaştırma, cebri icra, satış veya bağışlama yoluyla edinebilir³⁰. Bu edinme kira sözleşmesini varlığını etkilememekle birlikte, yeni malikin kiralanan gereksinim duyması halinde TBK m. 351'deki şartlar dâhilinde tahliye talebi dava yoluyla ileri sürülebilir.

Taşınmazı sonradan edinen kişi, önceki malikin gereksinimine dayanarak tahliyeyi isteyemez³¹. Yeni malikin TBK m. 351 hükmü uyarınca tahliye yoluna başvurabilmesi şu üç şartın bir arada bulunmasına bağlıdır.

• Yeni malik, kendisi, eşi, üst soyu, altsoyu ve TMK m. 364 gereğince bakmakla yükümlü olduğu kişiler için kiralananı konut veya işyeri olarak kullanma gereksinimi içinde olmalıdır³². Bu gereksinim içindeki yeni malik kira sözleşmesini tahliye davası ile sona erdirebilir.

• Yeni malikin gereksinim sebebiyle tahliye talebi, gerçek ve samimi bir talep içermelidir³³.

²⁵ Eren, s. 415; Aral/Ayrancı, s. 302; Yavuz, s. 349.

²⁶ Aral/Ayrancı, s. 304; Gümüş, s. 349; Yavuz, s. 350.

²⁷ Eren, s. 418; Yavuz, s. 350.

²⁸ Eren, s. 418; Yavuz, s. 350.

²⁹ Yarg. 6. HD. E. 2007/8520 – K. 2007/10604 T: 09.10.2007 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.:20.11.2017).

³⁰ Eren, s. 418; Gümüş, s. 353; Akgün Akay, s. 119.

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1984/12-499 – K. 1986/302 T: 26.03.1986 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 20.11.2017).

³² Eren, s. 41; Yavuz, s. 352.

³³ Yarg. 3. HD. E. 2017/3079 – K. 2017/7359 T: 17.5.2017 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 23.11.2017). Bkz. Dipnot 23, 24, 25 ve ilgili metin.

• Yeni malik kiralananın mülkiyetini edindiği tarihten itibaren bir ay içerisinde kiracıya yazılı bildirimde bulunmalı³⁴ ve en geç altı ay sonrası için kiralananın boşaltılmasını talep etmelidir. Bu altı aylık süre kiralananın mülkiyetinin devrinden itibaren, edinme günü dahil olacak şekilde başlar³⁵. TBK m. 351/II hükmüne göre, mülkiyetin kazanıldığı anda sözleşmenin bitimine altı aydan az bir süre kalmış ise yeni malik altı ay beklemeden tahliye davası açabilir³⁶. Yine aynı fıkra hükmü gereğince bir aylık süreyi geçirerek ihtar ve tahliye hakkını kaybeden yeni malik sözleşme süresinin bitimini bekleyerek, bitimden itibaren bir aylık süre içerisinde tahliye davası açarak sözleşmeyi sona erdirebilir³⁷.

Kiralayan, kiracıyı tahliye ettirmek amacıyla kiralananı bir üçüncü kişiye muvazaalı olarak devredebilir. Taşınmazı devralan üçüncü kişi gereksinim sebebiyle tahliye hükümlerine dayanarak kiracıdan kiralananı boşaltmasını talep edebilir. Bu durumda kiracının muvazaanın tespitine ilişkin olarak dava açması ve bu dava neticesinde muvazaalı devir işlemi ispat etmesi gerekmektedir³⁸. Muvazaalı devir konusunun tahliye davası içerisinde ileri sürülmesinde Yargıtay, davanın taşınmazın aynı ile ilgisi olmadığından hareketle, muvazaalı işlemin ispatlanmasını dava konusu olarak kabul etmemektedir³⁹.

TBK m. 355 hükmünde yeniden kiralama yasağının temelini oluşturan tahliye sebepleri olarak gereksinim ve yeniden inşa sebepleriyle tahliyeye yer verilmiştir. Hükümde yer verilen gereksinim kavramının, kiraya verenin kendisinin ve yakınlarının gereksinim sebebiyle tahliyesinin (TBK m. 350/II) yanı sıra TBK m. 351'de düzenlenen yeni malikin gereksinimi sebebiyle tahliyeyi de içine aldığı kabul edilmesi gerektiği kanısındayız⁴⁰.

³⁴ Bu yazılı bildirim kiracının hâkimiyet alanına bir ay içinde ulaşmış olması şartını arayan bir Yargıtay Kararı Yarg. 6. HD. E. 2011/6973 – K. 2011/10939 T: 17.10.2011 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 05.10.2017); Eren, s. 419; Aral/Ayrancı, s. 304.

³⁵ Yarg. 6. HD. E. 2015/11227 – K. 2016/4220 T: 30.5.2016 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 03.10.2017)

³⁶ Eren, s. 419; Yavuz, s. 353.

³⁷ Eren, s. 419; Aral/Ayrancı, s. 304; Yavuz, s. 353.

³⁸ Ertuğrul, Meltem; Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2014/4, s: 543 – 578, s. 566; Yavuz, Nihat, s. 1105 – 1109.

³⁹ Yavuz, Nihat, s. 1106; YHGK. E. 119 – K. 775 T: 02.07.1982; YHGK. E. 6-580 – K. 640 T: 19.12.1990; YHGK. E. 1996/6-28 – K. 1997/244 T: 26.3.1997; Yarg. 6. HD. E. 1988/16926 E. – K. 1989/995 T: 27.1.1989.

⁴⁰ Aynı görüşte, Akyiğit, s. 210; Yavuz, s. 347; Eren, s. 420; Ceran, Mithat; Kira Sözleşmesi, Tahliye, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 118.

B. Gereksinim Sebebiyle Tahliye Sonrası Yeniden Kiralama Yasağının Unsurları

Gereksinim sebebiyle tahliye sonrası yeniden kiralama yasağı hükmüne başvurulabilmesi için kiralayanın ya da kiralananı sonradan edinen yeni malikin, kiralananın boşaltılmasını sağlamasından itibaren üç yıl içerisinde haklı bir sebebi olmaksızın eski kiracısı dışında bir üçüncü kişiye kiralaması gerekmektedir.

1. Kiralananın Gereksinim Sebebiyle Boşaltılması

TBK m. 355/1 hükmünde “*Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında...*” ifadesine yer verilmekle, yeniden kiralama yasağı hükümlerine başvurulabilmesi için kiralananın gereksinim sebebiyle tahliye edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu hükümle kiralananın boşaltılmasının icra kanalıyla yapılmasının gerekli olmadığı vurgulanarak 6570 sayılı Kanun’da yer alan maddelerden ortaya çıkan tartışmalar sonlandırılmaya çalışılmıştır⁴¹.

Yargıtay içtihadında, bu konuda yıllar içerisinde pek çok farklı içtihat ortaya çıkmakla beraber, 6570 sayılı Kanun döneminde yeniden kiralama yasağının uygulanabilmesi için eski kiracının tahliye davası neticesinde icra kanalıyla tahliye edilmesi gerekliliği aranmaktaydı⁴². Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle kiralananın boşaltılmasına ilişkin mahkeme kararı ve icra yoluyla tahliyeyi arayan eğilimler esnetilmekle birlikte Yargıtay içtihadında halen yeniden kiralama yasağı hükümlerinin uygulanabilmesi için mahkemece verilmiş tahliye kararı neticesinde kiralananın boşaltılmış olması aranmaktadır⁴³.

⁴¹ Doğan, s. 104; İnceoğlu, s. 535; 6570 sayılı Kanunun 15. maddesinde “*tahliye ettirdiği gayrimenkulü*” ifadesine yer verilmekteyken, 6098 sayılı TBK’nın m. 355/2 fıkrasında “*boşaltılması sağlanan taşınmazlar*” ifadesi kullanılmıştır. Eski ifade, mahkeme kararı ve icra yoluyla tahliye edilme gerekliliğinin aranması gerektiği anlamını vermektedir. Yeni ifade ile bu hususta anlam kargaşasına yer açmayacak şekilde net bir anlatım tercih edilmiştir. Madde gerekçesinde yer alan “*Kiraya verenin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak aldığı mahkeme kararını uygulatmak suretiyle*” ifadesi doktrinde mahkeme kararının gerekliliğinin savunulmasına yol açmıştır. Bkz. Ruhi, Ahmet Cemal; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku II. Cilt, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 1494.

⁴² Yargıtay’ın oldukça eski tarihli içtihatlarında cebri icra yoluyla tahliye edilmiş olma zorunluluğu aranmaktaydı, Yargıtay içtihadında istikrarlı olmamakla birlikte, bu zorunluluk 80’li yıllardan sonra esnetilmiştir. Bkz. Güler, Ali Alev, “*6570 Sayılı Kira Kanununun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar*”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 1978 Sayı: 4, s. 632 – 635; Makaledeki ilgili karar Yarg. 7. CD. E. 1978/694 – K.1978/1832 T: 23.3.1978; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 6570 sayılı Kanun dönemindeki E. 1979/7-46 – K. 1979/122 T: 12.03.1979 tarihli içtihadında cebri unsurunun icra emrinin kiracıya tebliği ile oluştuğuna karar vermiştir (Sinerji İçtihat Arama Motoru E.T.: 01.02.2018).

⁴³ Yarg. 4. HD. E. 2002/11390 – K. 2003/3230 T: 20.3.2003 “*Somut olayda davalı tarafından davacıya gönderilen ihtarnamede davacının kiracı olarak bulunduğu yerin kendisi tarafından kullanılacağı, bu nedenle boş olarak teslim edilmesini istediği görülmektedir.*”

Doktrinde yeniden kiralama yasağının uygulanması için, kiralananın mahkeme kararı veya cebri icra yoluyla boşaltılmasının gerekip gerekmediği noktasında farklı görüşler ortaya konmuştur.

6570 sayılı Kanun döneminden izler taşıyan bir yaklaşımda, yeniden kiralama yasağı hükümlerinin uygulanması için mahkemece verilmiş bir tahliye kararı ve cebri icra yoluna başvurulmuş olması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴. Bu görüş, madde gerekçesinde “mahkeme kararı” ifadesine yer verilmesinden hareketle, kiracının tahliyesine yönelik zorlayıcı bir unsurun bulunmasını yeniden kiralama yasağının uygulanması için gerekli görmektedir⁴⁵.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nu ile popülerlik kazanan modern yaklaşımda, kanunda belirtilen sebeplerden ötürü kiralananın boşaltılması talebinde bulunan kiralayanın yapacağı bildirim neticesinde kiralananı kendiliğinden boşaltan kiracının da yeniden kiralama yasağına başvurabileceği ileri sürülmektedir⁴⁶. Türk Borçlar Kanunu’nda cezai hükümler yerine tazminat yaptırımına yer verilmiş olmasından hareketle, mahkeme kararı veya cebri icra

Davalının bu ihtarı, yukarıda açıklanan yasa hükmüne dayanmaktadır. Bu nedenle davacının bu ihtarnameye değer vermesi ve gereğini yerine getirmesinde hukuka uygunluk bulunmaktadır. Bunun için ayrıca bir dava açılması gerekmez. Aksi halde, yasa hükmüne uymayı gerekli gören kişinin, uymayıp dava yolunu seçenlere karşı korunması gerektiği düşünülebilir. Kaldı ki 6570 Sayılı Yasanın 15. maddesinde yukarıda açıklanan maddede belirtilen nedenle boşalttığı taşınmazın mücbir bir neden olmaksızın başka birine kiralayamayacağı öngörülmüştür...” Aynı yönde diğer kararlar, Yarg. 4. HD. E. 2004/7947 – K. 2005/4436 T: 26.4.2005; Yarg. 4. HD. E. 2006/7151 – K. 2007/5305 T: 19.4.2007 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 12.09.2017); Oldukça eski bir Yargıtay kararında da kiralayanın ileri sürdüğü tahliye sebebine inanarak taşınmazı herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın boşaltan kiracının da yeniden kiralama yasağının sağladığı korumadan yararlanacağına hükmedilmiştir. Yarg. 3. HD. E. 4411 – K. 3996 T: 15.7.1959, Er. s. 78’den naklen. Yargıtay yakın tarihli bir kararında TBK m. 355’in gerekçesine dayanarak tahliyenin mahkeme kararına dayanması gerektiğine ilişkin hüküm kurmuştur, Yarg. 6. HD. E. 2014/9261 – K. 2015/6839 T: 2.7.2015 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 23.11.2017); İhtarname çekilmesi neticesinde kiracının taşınmazı boşaltması halinde tazminat talebi süremeyeceğine ilişkin Yargıtay içtihadı için Bkz. Yarg. 6. HD. E. 2014/9261– K. 2015/6839 T: 02.07.2015; Yarg. 6. HD. E. 2015/6530 – K. 2015/10458 T: 26.11.2015, Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 02.07.2018), İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi Esas: 2017 / 211 Karar: 2017 / 307 Karar Tarihi: 21.02.2017 (E.T.: 02.07.2018); Tahliye davası kesinleşmeden kiralananı boşaltan kiracının tazminat talebinde bulunamayacağına ilişkin Yarg. 3. HD. E. 2017/2128 – K. 2017/9915 T: 13.06.2017 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 02.07.2018)

⁴⁴ Ceran, s. 118; Er, s. 78; *Uygur*, bu görüştekilerden farklı olarak tahliye için mahkeme kararının verilmiş olmasını yeterli görmekle beraber, cebri icra kanalıyla tahliyenin hükmün uygulanması için gerekli olmadığını savunmaktadır. *Uygur, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2013, s. 1862.*

⁴⁵ Ceran, s. 118; Er, s. 78.

⁴⁶ Akyiğit, s. 214; Aydoğdu/Kahveci, s. 667; İncooğlu, s. 535 – 536; Kırmızı, Mustafa; 6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, 2. Tıpkı Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 555; Ruhi, s. 1494.

ile kiracının tahliye edilmesi gerekliliğine yer olmadığı savunulmaktadır. Buna ek olarak kiralanan mahkeme kararı veya cebri icra yoluyla tahliye edildiği takdirde, vekâlet ücreti ve yargılama giderleri ile karşı karşıya kalacak olan kiracının, kiralananı kendiliğinden boşaltmasının cezalandırılmayacağı ileri sürülmektedir⁴⁷. Eski kiracının, kiralayanın ihtarnamesi neticesinde kiralananı kendi iradesiyle boşaltması⁴⁸ ya da tahliye davasını kabul ederek icra takibi aşamasına geçilmeden evi boşaltması halinde de, yasağa aykırı davranan kiralayanın yaptırımına karşı karşıya kalacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Kiralayanın kiracıya yapacağı bir bildirim ile kiralananı tahliye etmesini yeniden kiralama yasağının uygulanması için yeterli görmektedirler⁵⁰.

Kanaatimizce dava veya icra yoluyla kiracıya karşı işlem başlatılması durumunda, karşı vekâlet ücreti ve yargılama masraflarını ödeme yükümlülüğü doğacak olması sebebiyle, mahkeme kararı ya da icra yoluyla tahliye edilmeden kiralananı boşaltan kiracının yeniden kiralama yasağından doğan tazminat talebini ileri sürmesi hukuka uygundur.

2. Haklı Sebep Bulunmaması

Haklı sebep, yeniden kiralama yasağının bir istisnası olarak, kiraya verene yeniden kiralama yasağına tabi olmadan kiralananı bir üçüncü kişiye kiralama olanağı tanır⁵¹.

Mülga 6570 sayılı Kanunun 15. maddesinde haklı sebep yerine mücbir sebep ifadesi kullanılmaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer verilen haklı sebep, mücbir sebep kavramına kıyasen daha geniş bir anlama karşılık gelmektedir. Bu sayede kiraya verenin kiralananı üçüncü kişiye kiralama olanağı genişletilmiştir⁵². Mücbir sebep, anlam olarak tarafların iradeleri dışında gelişen olayları ifade etmekte olup⁵³, insani olguları ve somut olay şartlarını da dikkate alan haklı sebep ifadesi daha doğru bir kavram olarak

⁴⁷ Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri Cilt I/2, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 267; Doğan, s. 103; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 741; İnceoğlu, s. 535; Aydoğdu/Kahveci, s. 667; Akyiğit, s. 214.

⁴⁸ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Akyiğit, s. 213 – 214; Doğan, s. 103; Tandoğan, s. 267.

⁴⁹ 6570 sayılı Kanun döneminde verilen bir Yargıtay içtihadında kiracı ve kiralayan arasında kiralananın tahliyesine ilişkin protokol yapılmasının kiracının tazminat talebini ortadan kaldırmayacağına ilişkin Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2008/5839 – K. 2009/548 T: 19.01.2009 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T. 24.01.2018); Tandoğan, s. 267; Kırmızı, s. 559

⁵⁰ İnceoğlu, s. 535; Aydoğdu/Kahveci, s. 667; Akgün Akay, s.94.

⁵¹ Ruhi, s. 1494; Aydoğdu/Kahveci, s. 665; Kırmızı, s. 555; Akgün Akay, s. 92; Erzurumluoğlu, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 113.

⁵² Yavuz, s. 347; Akyiğit, s. 211; İnceoğlu, s. 536.

⁵³ Eski kanundaki mücbir sebep ifadesini kiralayanın önceden öngöremeyeceği ve önlemeyeceği olaylardan kaynaklanan kusursuz imkânsızlık durumu içerisinde olmasıyla bağdaştırılan yaklaşım için bkz. Tandoğan, s. 266; Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 01.09.2017)

madde hükmünde yer almıştır⁵⁴.

Yeniden kiralama yasağında haklı sebebin bir istisna oluşturabilmesi için haklı sebebin kiralananın boşaltılması aşamasında değil, kiralananın üç yıl içerisinde eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralanmış olmasında varlığı gerekmektedir⁵⁵.

Haklı sebebin, kiraya verenin kusuru olmaksızın ortaya çıkan, kiraya verenin kiralananı henüz üç yıl geçmeden kiralamasını haklı kılan durumları karşıladığını kabul etmek mümkündür⁵⁶. Haklı sebebe örnek olarak oğlunun ihtiyacı için kiralananın boşaltılmasını sağlayan kiralayanın, oğlunun göreve gönderilmesi ya da askere alınması gibi sebeplerle kiralananı kullanamamasından ötürü bir üçüncü kişiye kiralaması olabilir⁵⁷. Yine aynı şekilde kiracının başka bir yere göç etmesi veya kiralayanın kusuru olmaksızın gereksinim sebebi ortadan kalkmış ise, haklı sebebin gerçekleştiğinden söz edilebilir⁵⁸. Haklı sebepler, kiracının bir başka şehre taşınması, ölmesi gibi kiracıdan kaynaklı sebeplerden de ortaya çıkabileceği gibi, kira konusu taşınmazın yok olması, kamulaştırılması gibi sebepler neticesinde de ortaya çıkabilir⁵⁹.

Kanunda haklı sebep teşkil eden durumlar tek tek sayılmamakla birlikte; haklı sebebin varlığını hâkim, somut olaydaki durum ve koşullar içerisinde değerlendirecektir⁶⁰.

⁵⁴ Kırmızı, s. 557; Erzurumluoğlu, s. 113.

⁵⁵ Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 23.11.2017)

⁵⁶ Akyiğit, s. 211; Doğan, s. 99; Tandoğan, s. 265 – 266; Yarg. 6. HD. E. 2015/7078 – K. 2016/2653 T: 04.04.2016 “Yasa maddesinde bahsedilen haklı sebep, kiracının kiralananı tahliyesi sağlandıktan sonra üç yıl süreyle kiralananı başkalarına kiraya verme yasağının bir istisnasıdır. Mahkemenin haklı sebep olarak kabul ettiği kiralananın orta duvarı kaldırılmadığından ihtiyaçta kullanılamaması olgusu kiralayandan kaynaklanan bir sebep olup, kiracının kiralananı yeniden kiralamasına engel teşkil etmez. Kiracıdan kaynaklanan bir sebeple kiracının tekrar kiralamasının olanaksız hale gelmesi veya taşınmazın mücbir sebep sonucu kullanılmayacak derecede zarar görmesi durumunda T.B.K.nın 355. maddesinin kasteddiği anlamda bir haklı sebep bulunduğu kabul edilmelidir.”; Aynı yönde başka bir içtihat Yarg. 4. HD. E. 1989/10114 – K. 1990/5223 T:16.06.1990 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018),

⁵⁷ Akyiğit, s. 211; Aydemir, s. 294; Akgün Akay, s. 92; Yarg. 4. HD. E. 2000/10728 – K. 2001/1869 T: 22.2.2001 “Yasanın ifadesinde bulunan mücbir sebep kavramı yargıcın takdirine kalmıştır. Bu güne kadar ki uygulamalarda; ihtiyaç iddiasında bulunan kişinin ölmesi, işyeri ihtiyacı için taşınmazın tahliyesinden sonra ihtiyacı olan kişinin sağlığının ağır şekilde bozulması, askerlik gibi nedenler mücbir sebep sayılmıştır.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 21.09.2017); Yarg. 7. CD. E. 1993/3688 – K. 1993/4050 T: 28.6.1993 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 12.09.2017)

⁵⁸ Er, Refik; En Son İçtihatlarla Teoride ve Uygulamada Tahliye Davaları, Ankara 1994, s. 77; İnceoğlu, s. 537.

⁵⁹ Aydoğdu/Kahveci, s. 666; İnceoğlu, s. 537.

⁶⁰ Ruhi, s. 1494; Kırmızı, s. 555; Erzurumluoğlu, s. 113.

3. Kiralananın Üç Yıl İçerisinde Bir Üçüncü Kişiye Kiralanması

Yeniden kiralama yasağına başvurulabilmesi için, kiralayanın gereksinim sebebiyle kiralananın boşaltılmasını sağlamasının ardından, kiralananın eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralanması gerekmektedir⁶¹.

Kiralayan kiralananı boşalttırdığı halde, haklı bir sebebi olmadan, ne kendisi ne de gereksinimi için kiralananı boşalttırdığı yakınları ve bakmakla zorunlu olduğu kişiler için kiralananı kullanmadığı takdirde bu hükme başvurulup başvurulamayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce hükmün amacının kiracının kiralananı çıkartılarak daha yüksek bedelle kiralama yapılmasının önlenmesi olduğu göz önüne alındığında, kendine bir menfaat sağlamayan ya da kiralananı karşılıksız kullandıran kiralayanın tazminata tabi tutulması uygun olmayacaktır⁶².

Kanunda belirtilen üç yıllık süre içerisinde kiralananın mülkiyetini edinen yeni malik yeniden kiralama yasağına tabi olmayacaktır⁶³. Ancak yapılan bu devir yeniden kiralama yasağını dolanma amacını güdüyorsa, TMK m. 2/II hükmü uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olacaktır. Yargıtay, taşınmazı üç yıllık süre içinde önce bir başkasına devredip sonrasında geri alarak kiraya veren malikin yeniden kiralama yasağına aykırı davrandığına hükmetmiştir⁶⁴.

Taşınmazın tahliyesini sağladıktan sonra bir üçüncü kişiye kiralayan intifa hakkı sahibi de dürüstlük kuralı gereğince yeniden kiralama yasağına tabi

⁶¹ Bkz. Dipnot 5'deki karar.

⁶² Aynı görüşte, Doğan, s. 99; Akgün Akay, s. 91; Akyiğit, s. 217; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 726; Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 26.11.2017), Bkz. Dipnot 5 ve ilgili metin.

⁶³ Yarg. 7. CD. E. 1993/7555 – K. 1993/8095 T: 28.12.1993; Anıl, Yaşar Şahin; Kira Tahliye Davaları, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 394; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 741.

⁶⁴ Yarg. 4. HD. E. 2001/13394 – K. 2002/4387 T: 8.4.2002 “... Davacı, davalının açtığı tahliye davası sonunda verilen kararın kesinleşmesinden sonra ve icra yoluna gidilmeden evi boşaltmıştır. Böylece taşınmazın davalının ihtiyacının varlığı nedeniyle boşaltıldığı anlaşılmaktadır. Ne varki davalı bundan sonra yasada öngörülen süre dolmadan danışıklı yollarla önce taşınmazı üçüncü kişiye satarak daha sonra da tekrar satın almak suretiyle yeniden kiraya vermiştir. Böylece davalının 6570 sayılı Yasanın 15 ve 16 maddelerine aykırı davrandığı açıklıktır.”; Aynı doğrultuda benzer bir karar Yarg. 4. HD. E. 2005/10402 – K. 2005/4552 T: 28.4.2005 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 26.11.2017); Benzer şekilde işyeri gereksinimi sebebiyle taşınmazı boşalttırdıktan sonra açtığı dükkânı kahvehane işletilmek üzere işletme hakkı devri sözleşmesiyle bir üçüncü kişiye devreden malik de yeniden kiralama yasağı yaptırımına tabi tutulmuştur. Bkz. Yarg. 7. CD. E. 2003/12334 – K. 2005/21882 T: 22.12.2005 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 12.09.2017); Kiralananı boşalttıran malikin yeniden kiralama yasağını dolanmak için oğlu lehine intifa hakkı kurması neticesinde, bu intifa hakkının terkinini talep eden eski kiracının, kanunda intifa hakkının terkinini isteyebilecek kişilerin sınırlı sayıda sayılması sebebiyle talebinin reddedilmesine ilişkin bir Yargıtay Kararı, Yarg. 14. HD. E. 1999/6046 – K. 1999/7424 T: 1.11.1999 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 03.10.2017).

olacaktır⁶⁵. Kiralananın tahliyesinden sonra taşınmazı miras yoluyla edinen yeni malik yeniden kiralama yasağına tabi olmamakla beraber, taşınmazı istediği bir üçüncü kişiye kiralamakta serbesttir⁶⁶.

Kiralayan, gereksinim sebebiyle kiracının taşınmazı boşaltmasını sağlamış ve sonrasında gereksinimi ortadan kalkmış ise, eski kiracıya kiralananı tekrar kiralaması için yapılacak teklifin yeniden kiralama yasağı hükümlerinin uygulanması noktasında etkisi tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, dürüstlük kuralına uygun şekilde, uygun bedel ve zamanda yapılacak teklifin kiracı tarafından kabul edilmemesi halinde üç yıllık yeniden kiralama yasağı süresinin ortadan kalktığını ileri sürmek mümkündür⁶⁷.

Üç yıllık süre kanunda belirtildiği üzere taşınmazın boşaltılmasından itibaren başlayacaktır⁶⁸.

III. YENİDEN İNŞA VE İMAR AMACIYLA TAHLİYE SONRASI YENİDEN KİRALAMA YASAĞI (TBK M. 355/II)

A. Genel Olarak Yeniden İnşa ve İmar Amacıyla Tahliye

Kiralayan, kira sözleşmesini, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sonunda; belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve yazılı fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içerisinde açacağı tahliye davası ile sona erdirebilir⁶⁹.

⁶⁵ Akyiğit, s. 210; Ertuğrul, Meltem; Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2014/4, s: 543 – 578, s. 367; Yarg. 4. HD. E. 2000/10728 – K. 2001/1869 T: 22.2.2001 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 03.10.2017); Bkz. Dipnot 17'teki karar.

⁶⁶ Yarg. 7. CD. E. 1993/7555 – K. 1993/8095 T: 28.12.1993 “*Kiraya vermeden önce, mirasçı sanıklar ortak murislerinden intikal eden taşınmazı aralarında paylaşmış ve bu paylaşmaya dayalı olarak da her biri adına tapuya tescil edilmiş olması karşısında tahliye davasına konu edilen kişi dışında saniğe intikal eden dava konusu taşınmazı saniğin yeni malik olarak kiraya verme eyleminde yasaya aykırılık bulunmadığı nazara alınmadan saniğin beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi yönünden bozulmasına....*” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 05.10.2017); Aksi görüşte, Akyiğit, s. 217.

⁶⁷ Tandoğan, s. 266; Doğan, s. 99. Bu konuda *Aydoğdu/Kahveci*, kiracının bu teklifi kabul etmesi halinde eski kira bedeline aradan geçen süre dikkate alınarak ÜFE farkının eklenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler Aydoğdu/Kahveci, s. 664; Aynı görüşte Özdoğan, Mustafa / Oymak, Tuba; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Genel Hükümler, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Tahliye, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 579; İnceoğlu, gereksinim sebebiyle tahliye edilen kiracıya kiraya verence yapılan yeniden kiralama teklifinin geçerli olmayacağını kabul etmektedir. Bkz. İnceoğlu, s. 538; Akgün Akay, s. 93

⁶⁸ Yavuz, s. 347; Kırmızı, s. 557; Akyiğit, s. 213.

⁶⁹ Eren, s. 420; Aral/Ayrancı, s. 304 vd.; Akyiğit, s. 211.

Yeniden inşa ve imar amacıyla tahliyenin sağlanabilmesi için üç şartın sağlanması gerekmektedir.

- Kiralananın yeniden inşası veya imarı için kiralananın esaslı onarımı, genişletilmesi ve değiştirilmesi gerekmektedir⁷⁰. Yeniden inşadan söz edilmesi için mevcut kiralananın yıkılması ve ardından yeni bir yapının inşasının gerçekleştirilmesi gerekir. Yeniden inşa binanın daha iyi duruma sokulması amacıyla yapılmalı ve geniş ölçüde bir faaliyet arz etmelidir⁷¹.

İmar faaliyeti için yıkım işlemi gerekmemekle birlikte; bir kat veya oda ya da garaj ekleme, genişletme, birleştirme, çatı ve bazı duvarların yenilenmesi işlemleri yeterlidir⁷². İmar faaliyeti, yeniden inşa kadar kapsamlı değildir ancak ufak çaplı değişiklikler imara girmez⁷³. Tahliye davasında yeniden inşa ve imar faaliyeti için öngörülen proje, proje değişikliklerinin ve ruhsatnamenin fennen ve imar mevzuatına göre kiralananın bulunduğu mahalline uygun olması ve yetkili makamlardan alınmış olması gerekmektedir⁷⁴.

- Yeniden inşa, imar ve esaslı onarım, değişiklik ve genişletme faaliyetleri sırasında kiralananın kiracı tarafınca konut veya işyeri olarak kullanılması teknik açıdan mümkün olmamalıdır⁷⁵. Bu durum faaliyet sırasında kiralanda yaşamını sürdüren kiracının içinde bulunduğu tehlike dikkate alınarak hâkim tarafından değerlendirilir⁷⁶.

- Yeniden inşa ve imar nedeniyle tahliye talebine dayanılarak açılacak davanın belirli süreli kira sözleşmesinde sürenin sonunda, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise fesih dönemine ve yazılı fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içerisinde açılması gerekmektedir⁷⁷.

B. Yeniden İnşa ve İmar Amacıyla Sebebiyle Tahliyede Yeniden Kiralama Yaşağının Unsurları

1. Kiralananın Yeniden İnşa ve İmar Amacıyla Sebebiyle Boşaltılması

Kiralananın yeniden inşa veya imar faaliyeti sebebiyle boşaltılması kanunda belirtildiği şekilde; belirli süreli bir kira sözleşmesinin varlığı halinde sürenin sonunda, belirsiz süreli kira sözleşmesinin varlığı halinde ise kiraya ilişkin

⁷⁰ Aral/Ayrancı, s. 305; Yavuz, s. 354; Geçici tahliye ve zorunlu tahliye konusunda daha fazla bilgi için Bkz. Yavuz, Nihat, s. 1066.

⁷¹ Aral/Ayrancı, s. 305; Yavuz, s. 354.

⁷² Eren, s. 421; Yavuz, s. 354.

⁷³ Malikin konut statüsündeki bir taşınmaz işyerine dönüştürülmesi de imar kavramı içinde değerlendirilmelidir. Eren, s. 421.

⁷⁴ Aral/Ayrancı, s. 305; Eren, s. 421.

⁷⁵ Aral/Ayrancı, s. 305; Yavuz, s. 354.

⁷⁶ Eren, s. 422; Yavuz, s. 354.

⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 306; Yavuz, s. 354.

genel hükümlere göre, fesih dönemine ve yazılı fesih bildirimini için belirlenen sürelerle uyularak, belirlenen tarihten itibaren bir ay içerisinde açılacak dava ile sona erdirilebilir (TBK m. 350).

Kiralananın boşaltılması, dava sonucu olabileceği gibi, henüz dava açılmadan kiralaanın yapacağı bildirim akabinde kiracının kendiliğinden kiralananı boşaltması şeklinde de gerçekleştirilebilir⁷⁸.

2. Haklı Sebep Bulunmaması

TBK m. 355 hükmünün birinci fıkrasında olduğu gibi ikinci fıkrasında da mücbir sebep yerine haklı sebep ifadesine yer verilmiştir. Haklı sebep olarak nitelendirilebilecek durumlar, hâkimin somut olayın içerisinde değerlendirmesine tabi olup, kiralaanın kusuru olmaksızın ortaya çıkan olaylardır⁷⁹.

Yeniden inşa ve imar faaliyeti neticesinde, kiralaanın kendi kullanacağı kısımdan dolayı, kiracıya kullanılacak yer kalmamış ya da kiracıya ait olan yer ortadan kalkmış ise, kiralaanın kiracıya teklif yapmasına gerek yoktur⁸⁰. Haklı sebep olarak nitelendirilebilecek bu durum kiralaan tarafından kötüye kullanılır ve kiracıya kiralanacak yer bırakmayacak şekilde yeniden inşa ve imar faaliyeti gerçekleştirilirse hakkın kötüye kullanılması durumu ortaya çıkar⁸¹.

3. Eski Kiracının Öncelik Hakkının Sonlandırılmaması

Yeniden inşa sebebiyle tahliye durumunda kanun, gereksinim sebebiyle tahliyeden farklı olarak, kiracıya kiralananı yeniden kiralaması için öncelik hakkı tanımıştır. TBK m. 355/II hükmüne göre kiracının kiralananı yeni hali ve yeni kira bedeli ile kiralama hakkı vardır. Bu öncelik hakkı, kiralaanın kiracıya yapacağı yazılı bildiriminden itibaren bir aylık sürede kullanılabilir.

Öncelik hakkının kullanılması için yapılacak yazılı bildirim, basit yazılı şekilde tabidir. Yapılacak yazılı bildirim ardından eski kiracının bir aylık hak düşürücü süreyi sessiz geçirmesi, öncelik hakkından vazgeçtiğini ifade eder⁸². Eski kiracı bir aylık süre içerisinde yapacağı irade açıklamasıyla öncelik hakkından vazgeçtiğini beyan edebilir⁸³.

⁷⁸ Yeniden kiralama yasağı hükümlerine başvurulabilmesi için mahkeme kararının varlığı noktasında Yargıtay mahkeme kararı veya cebri icra yoluyla kiralananın tahliye edilmiş olmasını gerekli görürken, doktrinde kiralananın kiralaanın bildirim neticesinde tahliye edilmiş olması yeterli görülmektedir. Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Dipnot 41 ve ilgili paragraf.

⁷⁹ Bkz. Dipnot 57, 58, 59 ve ilgili metinler.

⁸⁰ Yavuz, Nihat, s. 1077'den naklen Yarg. 6. HD. E. 8282 – K. 6680 T: 5.11.1959 ve Erdoğan, s. 1301'den naklen Yarg. 6. HD. E. 5427 – K. 6 T:11.1.1971; Akgün Akay, s. 113

⁸¹ Yavuz, Nihat, s. 1077'den naklen Yarg. 6. HD. E. 2017 – K. 3714 T: 11.9.1964.

⁸² İnceoğlu, s. 539; Akyiğit, s. 212; Akgün Akay, s. 114.

⁸³ İnceoğlu, s. 539; Akyiğit, s. 212.

Yeniden inşa ve imar faaliyeti sebebiyle tahliyede, yeniden inşa faaliyetinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi öncelik hakkının kiralayana bildirim ve yeniden kiralama yasağı yaptırımını açılardan farklı sonuçlar doğurur.

a. Kiralananda Yeniden İnşa ve İmar Faaliyeti Gerçekleştirilmemesi Halinde

Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan kiralanan, bu inşa ve imar faaliyeti gerçekleştirilmediği takdirde eski hali ile haklı sebep olmaksızın üç yıl boyunca eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralanamaz (TBK m. 355/ II/ ilk cümle).

Yeniden inşa faaliyetinin gerçekleştirilmemesi durumunda eski kiracının öncelik hakkı olmayacağı gibi, gereksinim sebebiyle tahliyede olduğu üzere kiralayan kiralananı eski hali ile haklı sebep olmaksızın üç yıl içerisinde eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiraladığı takdirde üçüncü fıkrada belirtilen tazminat yaptırımına tabi olacaktır⁸⁴. Kiralayanın, eski kiracıya kiralananı eski bedelle yeniden kiralaması için teklifte bulunması mümkündür⁸⁵.

b. Kiralananda Yeniden İnşa ve İmar Faaliyeti Gerçekleştirilmesi Halinde

Kiralayan mahkemeye başvurarak yeniden inşa ve imar faaliyeti sebebiyle tahliye talebi ileri sürmüş ve bu dava sonucu kiracı taşınmazı boşaltmış ise, kiralayanın yeniden inşa ve imar faaliyetini gerçekleştirdikten sonra, kiralananını yeni haliyle bir üçüncü kişiye kiraya vermeden önce eski kiracıya kiralananı tekrar kiralaması için öncelik hakkı tanınması gerekmektedir⁸⁶. Bu hak sona erdirilemeden, kiralayan kiralananı eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralayamaz.

Kiralayanın kiracıya kiralananın yeni durumuna uygun bir kira bedeli üzerinden kiralaması için yazılı bildirimde bulunması gerekmektedir⁸⁷. Bu bildirimle tanınan öncelik hakkını kullanan kiracı, yeni kira bedeli üzerinden kiralayanla yeni bir kira sözleşmesi kurabilir⁸⁸. Kiracı ile kiralayan arasında yeniden inşa faaliyetinden önce yapılan kira sözleşmesi ile yeniden inşa faaliyetinden sonra kurulan kira sözleşmeleri birbirlerinden bağımsız iki farklı

⁸⁴ Akyiğit, s. 211; Yavuz, s. 347.

⁸⁵ Aydoğdu/Kahveci, s. 664, Bu noktada aradan geçen süre dikkate alınarak ÜFE farkı kira bedeline eklenmesi mümkündür.

⁸⁶ Ceran, s. 11; Akyiğit, s. 215; Akgün Akay, s.113.

⁸⁷ Kanunda yazılı bildirim ne kadarlık süre içerisinde yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamasıyla birlikte kiralanan taşınmazın kiracı tarafından kullanılmak için uygun bir hale gelmesiyle, kiralayanın bildirimde bulunması gerektiği kabul edilebilir. Kiralayanın bu durumu kötüye kullanarak bildirim geciktirmesi ve yeniden kiralama hakkının kullanılmayacağı bir zamana kadar uzatması halinde TMK m. 2'deki Dürüstlük Kuralı hükümlerine dayanılarak ortaya çıkacak zararın istenebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Yavuz, Nihat, s. 1075; Doğan, s. 101; Yavuz, s. 346; Akyiğit, s. 214; Akgün Akay, s. 114.

⁸⁸ Gümüş, s. 340; Uygur, s. 1861; Yarg. 13. HD. E. 1983/6882 – K. 1983/8989 T: 16.12.1983 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018)

sözleşmedir⁸⁹.

Yeniden inşa faaliyeti ile kiralanan taşınmazın statüsü değişse dahi, kiralayan kiracıya taşınmazı yeni hali ve yeni kira bedeli ile kiralaması için teklifte bulunmak zorundadır⁹⁰.

Kiralayanın bu bildirimine karşı, kiracının kiralama hakkını yazılı bildirim hâkimiyet alanına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içerisinde kullanması gerekir⁹¹. Eski kiracı yazılı bildirim kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içerisinde kiralayanın bu teklifini kabul etmez ise, kiralayan kiralananı bir üçüncü kişiye kiralamakta serbesttir. Kiracı, bu teklifi reddettiğini bildirir ya da bir aylık süre içerisinde herhangi bir cevap vermez ise, bu hakkını kaybeder⁹². Kiracıya öncelik hakkını kullanması için tanınan bir aylık süre, hak düşürücü süre mahiyetindedir⁹³.

Kiralayanın eski kiracıya öncelik hakkını kullandırmadan bir üçüncü kişiye kira sözleşmesi kurduğu takdirde, üçüncü kişiyle yapılan bu kira sözleşmesi sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereğince geçerli bir sözleşme olacaktır⁹⁴. Kanunda yasağa aykırı davranan kiralayan için sadece tazminat yaptırımını öngörülmüş olmasından dolayı, eski kiracının yeni kiracıya karşı herhangi bir talep ileri sürmesi mümkün değildir⁹⁵. Öncelik hakkı, kiracıya, yeniden inşa faaliyetinin sonlanmasının ardından kiralayanla yeni kira sözleşmesi kurmayı talep hakkı vermez⁹⁶.

Kiraya verenin kiralananın yeni hali için talep ettiği kira bedeli, kiralananın yeni halinin emsallerine göre hesaplanacak rayiç kira bedelinin oldukça üzerinde olması halinde, kiralananı başka bir üçüncü kişiye kiralaması da yeniden kiralama yasağına tabi olacaktır⁹⁷.

Yeniden inşa faaliyeti sonunda, kiralanan bir üçüncü kişiye satılmış ise, kiralayan sıfatını haiz olmayan yeni malikin eski kiracıya karşı yeniden kiralama teklifinde bulunmasına gerek yoktur⁹⁸.

⁸⁹ Uygur, s. 1861; Doğan, s. 101; Akyiğit, s. 216; İnceoğlu, s. 540.

⁹⁰ Uygur, s. 1861; Akyiğit, s. 216; İnceoğlu, s. 538.

⁹¹ Ruhi, s. 1494; Ceran, s. 118.

⁹² Uygur, s. 1861; Kiracının, teklif edilen kira bedelinin yüksek bularak, cevabını kira tespiti davası açtıktan sonra bildireceğini ileri süremeyeceği hakkında, Yarg. 3. HD. E. 1545 – K. 1479 T: 16.3.1979; Yavuz, Nihat, s. 1067'den naklen.

⁹³ Aydemir, s. 295; Akyiğit, s. 212.

⁹⁴ Kırmızı, s. 558; Gümüş, s. 341; Yavuz, s. 348; Aydoğdu/Kahveci, s. 666; Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 114.

⁹⁵ Yavuz, s. 348; Kırmızı, s. 558.

⁹⁶ Yarg. 6. HD. E. 2015/7205 – K. 2016/102 T: 19.1.2016 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018)

⁹⁷ Yavuz, s. 347; İnceoğlu, s. 541; Gümüş, Mustafa Alper; Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 ve 6353 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 324.

⁹⁸ Uygur, s. 1861; Akyiğit, s. 215.

4. Kiralananın Üç Yıl İçerisinde Bir Üçüncü Kişiyeye Kiralanması

Yeniden inşa ve imar nedeniyle gerçekleştirilen tahliyede yeniden kiralama yasağı hükümlerine başvurulabilmesi ancak kiralananın boşaltılmasının ardından üç yıl içerisinde bir üçüncü kişiyeye kiralanması halinde ortaya çıkar⁹⁹. Kiralananın bir üçüncü kişiyeye satılması ya da kiralayanın kendisi tarafından kullanılması durumunda tahliye edilen kiracının öncelik hakkı olmayacağı gibi yeniden kiralama yasağından doğan tazminat talebine başvurması da mümkün değildir¹⁰⁰.

TBK m. 355/II hükmünün ilk cümlesi değerlendirildiğinde üç yıllık sürenin taşınmazın boşaltılmasından itibaren başladığına açıkça yer verilmiştir¹⁰¹. Bir aylık süre eski kiracıya öncelik hakkının tanınması kiralananın yeni hali ile oturmaya ya da işyeri olarak kullanılmaya elverişli olmasından sonra kiralayan tarafından eski kiracıya yapılacak yazılı bildirim izleyen bir ay içerisinde kullanılacaktır. Bu değerlendirme ile, kiralananın boşaltılmasının ardından üç yıl boyunca taşınmaz bir üçüncü kişiyeye kiralanmadığı ya da yeniden inşa - imar faaliyeti üç yıl sürdüğü takdirde, yeniden kiralama yasağı hükümlerinin uygulanması mümkün olamayacaktır¹⁰².

Özetle; yeniden inşa ve imar sebebiyle kiracının tahliyesi halinde, yeniden inşa ve imar faaliyetinin gerçekleştirilmemesi durumunda kiralayan üç yıllık yeniden kiralama yasağına tabi kılınmış; yeniden inşa ve imar faaliyetinin gerçekleşmesi halinde kiralayanın öncelik hakkını kullanmak üzere kiracıya bildirimde bulunarak üç yıllık yeniden kiralama yasağına tabi tutulmama hakkı tanımıştır. Bu bildirim yapmayan kiralayan üç yıl içerisinde kiralananı eski kiracısı dışında bir üçüncü kişiyeye kiralamayacaktır.

IV. YENİDEN KİRALAMA YASAĞI SONUCUNDA TALEP EDİLEBİLECEK TAZMİNATIN NİTELİĞİ VE KAPSAMI (TBK M. 355/III)

TBK m. 355 hükmünde, kiralayanın yeniden kiralama yasağına aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir.

Yargıtay'ın 6570 sayılı Kanun dönemindeki oldukça eski içtihatlarında, yeniden kiralama yasağından doğan taleplerin, cezai sorumluluğun yanında sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında ileri sürülmesi gerektiği savunulmaktaydı¹⁰³. Sonraki dönemde yeniden kiralama yasağının haksız

⁹⁹ Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 741; Akgün Akay, s. 114

¹⁰⁰ Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 741; Akyiğit, s. 215; İnceoğlu, s. 538; Akgün Akay, s.114.

¹⁰¹ İnceoğlu, s. 538; Üç yıllık sürenin kiralananın yeni halinin ortaya çıktığı andan itibaren başlatılması gerektiğini savunan görüş için Bkz. Akyiğit, s. 215.

¹⁰² Akyiğit, s. 211, 215.

¹⁰³ YHGK. E. 42 – K. 42 T: 9.9.1959; Yarg. 4. HD. E. 10009 – K. 2074 T: 25.3.1958, Yavuz, Nihat,

fiil teşkil ettiği, haksız fiil hükümleri (TBK m. 49 vd.) temel alınarak zarar ve tazminatın belirleneceği ile hükümden doğan taleplerin haksız fiil zamanaşımına tabi olacağı öngörülmüştür¹⁰⁴. Yargıtay, TBK'nın yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana verdiği kararlarda bu çizgiyi belli ölçüde muhafaza etmekle birlikte, zarar taleplerinin sözleşmesel sorumluluk içerisinde değerlendirilmesine işaret oluşturacak bazı eğilimler göstermektedir¹⁰⁵.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile, yeniden kiralama yasası konut ve çatılı işyeri sözleşmeleri bölüm başlığı içerisinde ele alınmıştır. Doktrinde yeniden kiralama yasası neticesinde ortaya çıkan maddi tazminat, eski kiracının zararının karşılama yanısıra kiraya vereni caydırıcı bir özellik taşıması itibarıyla bir medeni hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁶. Bir diğer görüş ise, kiralananı yeniden kiralama yasasını kanuni bir cezai şart olarak kabul etmektedir¹⁰⁷.

Yeni düzenleme ile yeniden kiralama yasasının hukuki temelini haksız fiil hukukundan sözleşme hukukuna kayıp kaymadığının değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Yeniden kiralama yasası hükümlerine başvurulabilmesi için mevcut kira sözleşmesinin TBK m. 355'te bahsi geçen tahliye sebeplerinden biri ile tahliye edilerek sonlandırılması gerekmektedir. Kira sözleşmesinin rekabet yasası, özen ve sadakat yükümlülüğü gibi sözleşme sonrası dönemde etkili olan yükümlülükler ihtiva etmemesi sebebiyle, kira sözleşmesinin sona ermesi ile kiracı ve kiralayanın karşılıklı borçları sona ermektedir. Kanaatimizce yeniden kiralama yasası, bu yönü ile sözleşme hukukunun bir objesi değildir. Haksız fiil yönünden değerlendirildiğinde, kanun koyucu özel bir maddi tazminat yaptırımını öngörerek, zararın denkleştirilmesi ilkesinin üzerinde bir tazmin imkânı yaratmıştır. Yeniden kiralama yasasının kanunda özel olarak maddi tazminat yaptırımına tabi kılınmış olması sebebiyle, cezalandırıcı bir yasal hüküm olarak nitelendirilmelidir. Yeniden kiralama yasası neticesinde ortaya çıkan maddi tazminat yaptırımı, borçların kaynağı tasnifinde sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin ardından diğer borç ilişkileri kapsamı içerisinde kanuni bir borç kaynağı olarak kabul edilmelidir¹⁰⁸.

Kira Hukuku, s. 726'dan naklen; Yarg. 4. HD. E. 1975/9673 – K. 1976/670 T:20.01.1976 Yargıtay Kararlar Dergisi Mat 1977 Cilt: 3 Sayı: 3

¹⁰⁴ Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.9.1983 Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10 Ekim 1984, Gür, s. 78; Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986; Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.09.1983 Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10 Ekim 1984, Yargıtay içtihadında ortaya çıkan zarar kalemlerinde ispat yükü açıkça kiracıya yüklenmiştir, TBK m. 50 ile TBK m. 112 hükümleri karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde, sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirildiği ortaya çıkmaktadır.

¹⁰⁵ Bkz. Dipnot 120' deki karar

¹⁰⁶ Gümüş, s. 340; İnceoğlu, s. 541; Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 724; Akgün Akay, s. 93.

¹⁰⁷ Aydemir, s. 295; Özdoğan/Oymak, s. 581

¹⁰⁸ Aynı görüşte, Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 724; Akgün Akay, s. 92; Yargıtay'ın yeniden

Tahliye edilen kiracı, haksız tahliye ile uygun illiyet bağı içerisinde olan, kanıtlayabildiği her türlü zararını kiralayandan talep edebilir¹⁰⁹. Bu zarar talebi, taşınmaz tahliye eden kiracının ödemek zorunda kaldığı taşınma ve komisyoncu giderleri, kâr yoksunluğu, eski ve yeni kiraladığı yerler arasındaki kira farkı ve yeni kiraladığı taşınmaz için yaptığı tadilat giderleri gibi masrafların hepsini içine alır¹¹⁰.

A. Maddi Tazminatın Belirlenmesi

TBK'nın 355. maddesinin son fıkrasında, yeniden kiralama yasağının yaptırımını olarak, yasağa aykırı davranan kiralayanın, haksız tahliye edilen kiracıya, son kira yılında ödenen bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere maddi tazminat ödemekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir. Tazminat bedeli bir yıllık bedelden aşağı olamaz¹¹¹. Tazminatın belirlenmesinde eski kiracının ödediği son dönem kira bedeli değerlendirmeye alınır¹¹².

Kanun "eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere" ifadesiyle bir yıllık kira bedelini bir alt sınır olarak belirlemiştir¹¹³. Madde gerekçesinde de maddi tazminatın belirlenmesinde eski kiracının kiraya verene ödemiş olduğu son dönem kira bedelinin göz

kiralama yasağını bir borç olarak nitelendirdiği ve TMK m. 2'ye dayandırdığı bir içtihadı için Bkz. Yarg. 4. HD. E. 1989/6846 – K. 1990/1446 T:19.02.1990 "6570 Sayılı Kanunun 15. maddesi hükmü, ihtiyaç nedeniyle kiracının çıkartılması halinde kiralananı tahliye amacı doğrultusunda kullanmayan kiralayana taşınmaz belli bir süre içinde başkasına kiraya vermeme veya tekrar eski kiracıya verme borcunu yüklemiştir. Bu hüküm kamu düzeni düşüncesi ile kabul edilmiştir. Kanun koyucu ortadan kalkan kira sözleşmesi sebebiyle eski kiralayana böyle bir borç yüklemekle kiracı çıkartma konusundaki kötüye kullanmaları önlemek ve böylece kiracıların yararlarını korumak amacını gütmüştür. Bir kimse kanun hükümlerini kendi isteğine alet ederek kanunun korumak istediği yararları baltalayamaz. Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü özellikle bu gibi davranışları önlemek ve hukuki bakımdan sonuçsuz bırakmamak için kabul edilmiştir. Her ne kadar 6570 Sayılı Kanunun 15. maddesine aykırı davranış için kanunda bir cezai müeyyide ön görülmüş ise de bu hal gerçeğe uygun olmayan iddialarla alınan ve ihtiyaç sebebine dayanan tahliye kararı üzerine taşınmazdan çıkan kiracının bu yüzden uğradığı zararlarını eski kiralayandan istenmesine engel teşkil etmez. Çünkü eski kiralayana ihtiyaç nedeniyle hükmen tahliye ettirdiği taşınmazı kanunun açık ve emredici hükmüne aykırı olarak eski kiracısına değil bir 3. kişiye mücbir sebep olmaksızın kiraya vermiş ise eski kiracısına karşı bir haksız eylem işlemiş olur ve onun bu yüzden uğradığı zararlarını ödeme durumuna düşer. Mahkemeye bu ilkeler gözetilmeden tazminat davası açılmayacağına benimsenmesi yasaya aykırıdır."; Aynı doğrultuda bir diğer karar Yarg. 4. HD. E. 1989/9222 – K. 1990/3992 T: 10.05.1990 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 01.02.2018)

¹⁰⁹ Yarg. 4. HD. E. 1990/4728 – K.1991/4131 T: 02.05.1991 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018)

¹¹⁰ Yavuz, Nihat; Kira Hukuku, s. 724.

¹¹¹ Erzurumluoğlu, s. 114; Akyiğit, s. 217

¹¹² Ruhi, s. 1494; Akyiğit, s. 217; Aydoğdu /Kahveci, s. 666.

¹¹³ İnceoğlu, s. 541; Akgün Akay, s. 93

önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁴.

TBK m. 355’de yer verilen maddi tazminat bir alt sınır teşkil etmesinin yanı sıra aynı zamanda bir zarar kalemidir. Haksız tahliyeden doğan zararını talep eden kiracı, uğradığı tüm zararlarının yanı sıra maddi tazminatı talebini de yığılmalı olarak beraber talep edebilir¹¹⁵.

Hâkim somut olaya göre maddi tazminat miktarını belirleyecektir. Kiracının bir yıllık kira bedelinin yanı sıra, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan kalemleri de ayrı olarak talep edebileceği de göz önüne alındığında, hâkimin maddi tazminatı sadece bir yıllık kira bedeli tutarında belirlemesine yönelik eğilim olmaktadır¹¹⁶. Maddi tazminat miktarı kiralayanın kötüniyetli olması, kira bedelinin düşük olması, tahliye edilen kiralananın düştüğü durum gibi sebeplerle hâkim tarafından hafifletilip ağırlaştırılabilir. Zararının kanunda belirtilen maddi tazminat yükümlülüğünden fazla olduğunu ileri süren kiracı bu zararını ispat etmekle yükümlüdür¹¹⁷.

Kiracı maddi tazminat talebine ek olarak yeniden kiralama yasağına aykırılığın olduğu an olan taşınmazın bir üçüncü kişiye kiralınması tarihinden başlayarak faiz talep edebilir¹¹⁸. Kiralama ilişkisinin ticari iş teşkil etmesi halinde avans faizi, aksi takdirde yasal faiz talebinde bulunulması mümkündür.

B. Kiracı Tarafından Talep Edilebilecek Diğer Zararlar

Kiralayanın madde hükmünde belirtilen yasağa aykırı davranması halinde, üçüncü fıkrada belirtilen maddi tazminatın yanı sıra kiracının uğradığı diğer zararların talebinin de mümkün olduğu doktrinde ve içtihatla kabul

¹¹⁴ Bu noktada tartışılması gereken hususlardan biri, bir yıldan daha az süre kiralananı kullanan kiracının talep edebileceği miktarın belirlenmesidir. Yeniden kiralama yasağında yer verilen maddi tazminat kaleminin aynı zamanda bir alt sınır olduğu göz önüne alınırsa bir yıldan az bir süre boyunca kiralananı kullanan kiracının da son ödediği kira bedelinin bir yıllık sürece göre hesaplanmasından az olmayacak şekilde tazminat talebini ileri sürmesi gerekmektedir. Ancak TBK m. 355/III hükmünde “*eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.*” ifadesine yer verilmiş olmakla, karşı bir değerlendirme ile kiracının tam bir kira yılı doldurmadığı hallerde, sadece ödediği kira bedelleri toplamı kadar tazminatın alt sınırı olarak belirlenmesi gerektiği kanısındayız.

¹¹⁵ Gümüş, s. 325; Aydoğdu/Kahveci, s. 666; Hükümde belirlenen maddi tazminatın kiracı tarafından talep edilecek tüm zarar kalemlerinin toplamına ilişkin bir alt sınır olduğuna ilişkin yaklaşımlar için bkz. İnceoğlu, s. 542; Aral/Ayrancı, s. 301; Akgün Akay, s. 93.

¹¹⁶ Ertuğrul, s. 567.

¹¹⁷ Aral/Ayrancı, s. 301; İnceoğlu, s. 541; Akgün Akay, s. 93.

¹¹⁸ Yargıtay yakın tarihli bir kararında faiz başlangıcı olarak tahliye tarihini ya da üçüncü kişiye kiralınma tarihini değil, dava tarihini kabul etmiştir. Bu karar yeniden kiralama yasağının haksız fiil hukukundan çıkarılarak sözleşme hukuku kapsamında değerlendirildiğine de bir işaret olarak kabul edilebilir. Bkz. Yarg. 6. HD. E. 2016/3402 – K. 2016/5819 T: 1.12.2016 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 21.09.2017)

edilmiştir¹¹⁹. Kiralayanın bu zararlardan sorumlu tutulmasının temelinde haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ilkesi yer alır¹²⁰.

TBK m. 355/III’te belirtilen maddi tazminat hükmünde kanun koyucu, belli bir zarar miktarı belirlememiş, sadece tazminat kapsamına bir alt sınır çizmiştir¹²¹. Bu durum kiracının, haksız tahliyeden doğan her türlü zararını kiralayandan talep edebilmesine olanak tanımıştır.

Kanunda kiracının hangi tür zararlarını talep edebileceği konusu açıkça düzenlenmemiş olup, bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere maddi tazminat talebi dışındaki kira farkı, kar yoksunluğu, taşınma ve tadilat giderleri gibi zarar kalemleri Yargıtay içtihatları neticesinde zaman içerisinde ortaya çıkmıştır. Kiracının haksız tahliye sonucunda uğradığı zararı talep edebilmesi için zararın, kiralayanın yeniden kiralama yaşağına aykırı davranışı ile aralarında uygun bir illiyet bağı ilişkisinin mevcut bulunması gerekmektedir¹²². Kiracı zarar olarak talep ettiği masraflarını, hukuka aykırı eylem gerçekleşmemiş olsaydı bile yapacak ise bu zararını ileri süremez¹²³.

¹¹⁹ Kırmızı, s. 559; Tandoğan s. 267; Aydoğdu/Kahveci, s. 666; Gümüş, s. 324; Yavuz, s. 348; Yarg. 4. HD. E. 2002/11894 – K. 2003/2060 T: 3.3.2003 Bkz. Dipnot 127.

¹²⁰ Yarg. 4. HD. E. 1975/9673 – K. 1976/670 T: 20.1.1976 “...Bir kimsenin gerçekten ihtiyacı olmadığı halde ihtiyacı varmış gibi dava açarak kiracısını çıkartmış olması sebebiyle kiracının uğradığı zararlardan da Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmüne sorumlu tutulması gerekir. Çünkü herhangi bir kimse kanun hükümlerini kendi arzusuna alet ederek kanunun korumak istediği yararları baltalayamaz. Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü özellikle bu davranışları önlemek ve hukuk bakımından sonuçsuz bırakmak amacı ile kanunumuza konulmuştur. Nitekim bu yön yukarda anılan kanunun 15. maddesinde yasaklanmıştır. Her ne kadar bu yasaklar için özel kanunda sadece cezai müeyyide kabul edilmişse de, bu hal gerçeğe uygun olmayan iddialarla alınan ilamlar sonunda kiracının hakkının halele uğratılmış olması sonucunda meydana gelen zararların ödetilmemesi için bir neden olamaz. O halde davacı zararın isbat şartı ile bunun ödetilmesini istemek hakkına haizdir. Nitekim dairemizin öteden beri uygulaması bu yoldadır” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 21.09.2017)

¹²¹ Gümüş, Kira Sözleşmesi, s. 325; Akyiğit, s. 217.

¹²² Yarg. 4. HD. E. 1982/5958 – K. 1982/7950 T: 20.9.1982 “... Davalının bu hukuka aykırı eyleminden tazmin sorumluluğu doğması için, özellikle zararın ve varlığının, hukuka aykırı eylemle bu zarar arasında illiyet bağının; başka bir anlatımla zararın, bu hukuka aykırı eylemin uygun sebep ve sonucu olduğunun kanıtlanması zorunludur.” Yargıtay Karar Arama Motoru (E.T.: 23.09.2017)

¹²³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1982/5958 – K. 1982/7950 T: 20.9.1982 kararında öncelik hakkı kullandırılmadan bir üçüncü kişiye kiralanan işyerinin eski kiracısının, yeni işyeri için öncelik hakkı kullandırılmamasından önceki dönem için işçilere ödenen ücret, tahliyeden itibaren başlayan kar yoksunluğu ve tahliye sırasında sabit tesislerin sökülmesinden doğan zararlarının haksız tahliye ile uygun illiyet bağı içerisinde olmayacağına hükmetmiştir. Öncelik hakkının kullandırılmamasından sonraki dönem için bu zararlar kiralayana karşı ileri sürülebilir. Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 13.09.2017) ; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 732.

1. Kira Farkı

Yargıtay içtihadında, eski kiracının kiralananı boşalttıktan sonra, daha yüksek kira bedeli ödeyerek başka bir konut ya da çatılı işyerini kiralaması halinde, aradaki kira farkını kiralayandan talep edebileceği kabul edilmiştir¹²⁴.

Kira farkı hesaplanırken kiracının boşalttığı kiralananın şartlarına uygun emsalleri dikkate alınarak kiracının zararı ortaya konulmalıdır. Yargıtay bir kararında, tahliye edilen taşınmaza göre daha düşük imkânlarla sahip başka bir yere taşınan kiracının kira farkı talebinde, tahliye edildiği taşınmaza emsal gösterilen bir kira bedelinin dikkate alınarak kiracının fedakârlığının denkleştirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁵. Kira farkının tespit edilmesinde, boşaltılan kiralanan ile kiracının yeni kiraladığı yerin mevki, büyüklük ve benzeri özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir¹²⁶.

Tahliye edilen kiracının kira farkını ne kadar bir süre için talep edebileceği hususunda, Yargıtay, tahliye tarihinden itibaren üç yıl süresince eski kiracı tarafından ödenen fazla kiranın talep edebileceğine karar vermiştir¹²⁷. Kiralayan kiralananı belli bir süre kendisi kullanmış ve üç yıllık süre dolmadan eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralamış ise, üçüncü kişiye kiralama tarihi ile tahliyeden itibaren hesaplanacak üç yıllık sürenin sonu arasındaki döneme ilişkin kira farkı talep edilebilir¹²⁸.

2. Taşınma Giderleri ve Komisyoncu Giderleri

Kiralananından tahliye edilen kiracı, başka bir yere taşınması halinde, ortaya çıkan nakliye masraflarını ve tüm taşınma giderlerini kiralayandan talep edebilmektedir¹²⁹. Başka bir taşınmaza taşınan kiracının yeni yer kiralama komisyoncu giderini de talep etmesi mümkündür¹³⁰.

¹²⁴ YHGK. E. 2001/4-135 – K. 2001/200 T: 28.02.2001 “...Oysa somut olayda yapılması gereken eski kira sözleşmesine dayalı miktarın % 65 artırımını değil, tahliye edilen işyerinin emsallerine göre ve kira tesbiti istendiğinde bu yerin getireceği kira bedelinin belirlenip bu miktarla, yeni kiralananı ödenen miktar arasındaki farkın tazminat hesabında esas alınması gerekirdi.” Yargıtay Karar Arama Motoru (E.T.: 23.09.2017)

¹²⁵ Yarg. 4. HD. E. 2002/11894 – K. 2003/2060 T: 3.3.2003 “....davacı bazı fedakarlıklara katlanmayı üstlenerek daha düşük imkanlara sahip bir yer kiralamışsa bu durum dahi değerlendirilmek suretiyle tahliye edilen konutla aynı emsaldeki bir konutun tahliye tarihindeki rayiç kira parası esas alınmak suretiyle davacının kira farkından kaynaklanan bir zararı olup olmadığı belirlenmelidir” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 15.11.2017)

¹²⁶ Yarg. 7. CD. E. 1993/3682 – K.1993/4211 T: 28.06.1993 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018)

¹²⁷ Yarg. 4. HD. E. 1989/1330 – K. 1989/3116 T: 04.04.1989 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 01.02.2018); Aydoğdu/Kahveci, s. 666.

¹²⁸ Yarg. 7. CD. E. 1993/ 3682 – K.1993 / 4211 T: 28.06.1993 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 24.01.2018); Aydoğdu/Kahveci, s. 666.

¹²⁹ Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 724.

¹³⁰ Yarg. 4. HD. E. 2002/11894 – K. 2003/2060 T: 3.3.2003 “... Bu kapsamda davacının yeni

3. Kâr Yoksunluğu

Kiracının tahliye edildiği taşınmaz ile yeni kiraladığı yer arasında işletmesinde elde ettiği kârın azalması sebebiyle gelir kaybı oluşması mümkündür. İşyeri olarak kullanılan taşınmazlarda ortaya çıkan bu durumda kiracı kiralayana karşı kâr yoksunluğu talebini ileri sürebilir. Kiracının, tahliye edilmesinin ardından işyeri ve faaliyet kolunu değiştirmek zorunda kaldığını kanıtlaması halinde, bu değişiklikten doğan zararını da talep etme hakkı vardır¹³¹.

Eski kiracı, yeni işyeri aradığı dönemde herhangi bir kâr elde edemeyeceği için, bu dönem için yoksun kaldığı kârın tamamını talep edebilecektir¹³². Yeni işyeri kiralınması için gerekli zaman makul sınırlar dâhilinde kabul edilmeli; kiracıyla aynı durum ve şartlarda olan bir üçüncü kişinin yeni işyeri kiralaması için geçecek süre dikkate alınarak değerlendirilmede bulunulmalıdır.

Kiracının yeni bir yer kiralaması ile, işlerini ve gelirini eski hal düzeyine getirdiği dönem arasında oluşan kâr yoksunluğunu talep etmesi mümkündür. Kâr yoksunluğunun tespitinde, kiracının tahliye edilmeseydi kazanacağı miktar ile yeni kiraladığı yerden elde ettiği miktarın belirlenmesi ve bu iki miktar arasında ortaya çıkan farkın değerlendirilmesi gerekir¹³³. Bu noktada kiracının yeni yer seçerken gösterdiği özen önem taşır. Kiracı yeni işyeri bulurken basiretli bir tacirin göstereceği objektif özeni göstermelidir¹³⁴. Eski kiracının göstereceği özensizlik TBK m. 52/1 babında birlikte kusur anlamını taşımakla, kâr yoksunluğundan doğan talep açısından bir indirim sebebidir¹³⁵.

Kâr yoksunluğunun ne kadarlık bir zaman dilimi için hesaplanması gerektiği konusunda belirgin bir görüş olmamakla birlikte, tahliye edilen kiracının aynı nitelikte bir işyerinin onun için eski koşulları sağlayacağı ana kadar olan

yer kiralama komisyoncu gideri ve nakliye masraflarını da istemesi mümkündür. Dava dilekçesinde bu zarar kalemleri içinde istek bulunduğu halde mahkemece bu konularda hiçbir inceleme yapılmadan davanın tümden reddedilmiş olması doğru değildir.” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 18.09.2017)

¹³¹ Yarg. 11. HD. E. 2003/2995 – K. 2003/9257 T: 13.10.2003 “*Davacı, işyerinden haksız tahliyesi sonucunda adresini ve faaliyet kolunu değiştirmek zorunda kaldığını ileri sürmüş ise de, bu hususta herhangi bir delil sunmamıştır. Oysa, bu zarar kaleminin oluşabilmesi için o yörede yeni bir işyeri bulamayıp, bizzarur faaliyet kolunu değiştirmek zorunda kalınmış olunmalıdır. O halde mahkemece, davacıya bu hususta delil sunma imkânı tanınarak sonucuna göre karar vermek gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.*” Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 16.11.2017).

¹³² Yargıtay bir kararında haksız tahliye edilmeleri neticesinde çalışmadıkları dönem için tazminat taleplerini kabul etmiş olmakla birlikte, hava parası adıyla kaybettikleri ticari itibarını talep eden kiracının bu taleplerini reddetmiştir. Yarg. 4. HD. E. 1985/2315 – K. 1985/5606 T: 3.6.1985 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 16.11.2017)

¹³³ Gür, s. 79; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 733.

¹³⁴ Gür, s. 79; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 733; Tandoğan, s. 268.

¹³⁵ Gür, s. 79; Tandoğan, s. 268.

dönem için talep edilebileceği değerlendirilmektedir¹³⁶. Kâr yoksunluğundan doğacak zararın miktar açısından talep edilebileceği zaman aralığının üst sınırının yeniden kiralama yasağı süresini geçemeyeceği, yani taşınmazın boşaltılmasından itibaren üç yıllık zaman zarfı için kâr yoksunluğunun ileri sürülebileceği kanısındayız.

4. Tadilat Giderleri

Kiralayan tarafından, yeniden kiralama yasağına aykırı şekilde tahliye edilen kiracı, yeni taşındığı işyeri/konut için yapmış olduğu tüm zorunlu giderleri kiralayandan talep edebilir. Bu zorunlu giderler genel olarak kiracının taşındığı yeni yer için yapmış olduğu tadilat giderleri ile birlikte taşınmadan meydana gelen masraflar ve değer kayıplarını içerir.

İşyerinden tahliye edilen kiracı, eski işyeri ile aynı seviyede bir işletme açmak amacıyla yeni taşındığı işyerinde tadilat gerçekleştirmiş ise yaptığı tüm zorunlu masrafları, zarar kalemi olarak kiralayandan talep edebilir. Bu zorunlu giderlere örnek olarak, işyeri değişikliği sebebiyle işten çıkartılmak zorunda kalınan işçilere yapılan ödemeler, sabit tesislerin sökülmesi ve yeniden kurulmasından doğan masraflar, taşınan malzemelerde meydana gelen değer kayıpları, tadilat süresince işçilere ödenen ücretler gösterilebilir¹³⁷.

5. Manevi Zararın Talep Edilebilirliği Sorunu

Yeniden kiralama yasağına aykırı davranılması sonucunda, kiralananı tahliye eden kiracının kiralayana karşı manevi tazminat talep etme hakkı yoktur¹³⁸. TBK m. 58 hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, haksız fiil niteliğindeki yeniden kiralama yasağına aykırılık durumunda kişilik haklarına zarar verilmiş olması gerekir. Yeniden kiralama yasağı neticesinde kişinin şahıs varlığı üzerinde değil, mal varlığı üzerinden bir zarar doğmakta olup bu nedenle kiralayanın manevi tazminat talep edemeyeceği değerlendirilmektedir¹³⁹.

Yargıtay, yakın tarihli kararında, kanunda kiracıya manevi tazminat talep etme hakkı tanındığına ilişkin bir hüküm bulunmaması sebebiyle kiracının manevi tazminat talep edemeyeceğine hükmetmiştir¹⁴⁰.

¹³⁶ Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.09.1983, Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10, Ekim 1984; Tandoğan, s. 268.

¹³⁷ Yarg. 4. HD. E. 1982/5958 – K. 1982/7950 T: 20.9.1982 Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 16.11.2017); Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.09.1983 Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10, Ekim 1984; Bkz. Dipnot 125 'daki karar

¹³⁸ Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 726.

¹³⁹ Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 734; Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.09.1983, Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10 Ekim 1984.

¹⁴⁰ Yarg. 6. HD. E. 2014/1861 – K. 2014/12268 T: 11.11.2014 “*Davalının manevi tazminata ilişkin temyiz itirazlarına gelince ; Türk Medeni Kanununun 24. ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun’unun 49. maddeleri gereğince, kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesini isteyebilir. 6570 Sayılı Kanun’un (6098 Sayılı TBK’nu) maddelerine aykırı davranış ile davacının kişilik haklarına saldırı yapıldığının*

C. Yeniden Kiralama Yasağında Zarar Taleplerinin Tabi Olduğu Zamanaşımı

Yeniden kiralama yasağında hukuka aykırılığın temelini oluşturan eylem, kiralananın kiralayan tarafından tahliyesinin ardından üç yıllık süre içerisinde eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralınmasıdır¹⁴¹. Yargıtay içtihatlarında bu eylemin bir haksız fiil teşkil ettiği kabul edilmekle birlikte¹⁴², haksız fiilden doğan zararların zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ile her halde zararın işlendiği tarihten başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağına ilişkin hükme (TBK m. 72) dayanılarak tazminat talebine haksız fiil zamanaşımı uygulanmaktadır.

Kanunda tazminat talebine ilişkin bir zamanaşımı öngörülmemiş olup, TBK m. 147 hükmü uyarınca on yıllık genel zamanaşımının uygulanması gerektiği kanısındayız¹⁴³.

Zararın meydana geldiği tarih olarak kiralananın kiralayan tarafından eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiraya verildiği tarih kabul edilmelidir¹⁴⁴.

SONUÇ

Çalışmamızda TBK m. 355’de konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracıyı koruyan bir hüküm olarak yer alan yeniden kiralama yasağı incelenmiştir. Yeniden kiralama yasağı, kiralayandan kaynaklanan sebeplerle boşaltılan kiralanan konut veya çatılı işyerinin, kiralayanın haklı bir sebebinin bulunmaması şartına bağlı olarak boşaltılmasından itibaren üç yıl geçmedikçe kiralanan dışında bir üçüncü kişiye kiralanamamasını ifade eder. Kiralayan bu duruma aykırı davranırsa eski kiracıya, son kira yılında ödenmiş olan kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un 15 ve 16. maddelerinde cezaî yaptırım ile yer verilen yeniden kiralama yasağına ilişkin hükümler 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na dahil edilmiş olup kanun koyucunun özel hukuk

bahsedilemeyeceği gibi, 6570 Sayılı Kanun’da haksız tahliye kararı durumunda, manevi tazminat ile sorumlu tutulacağına ilişkin bir düzenleme de bulunmadığına göre, davacının manevi tazminat isteminin de reddi gerekirken, yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.” Yarg. 4. HD. E. 5958 – K. 7950 T: 20.09.1982, Kazancı İçtihat Arama Motoru (E.T.: 16.11.2017); Yarg. 4. HD. 15.09.1983 6358/7408 Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10, Ekim 1984

¹⁴¹ Yarg. 4. HD. E. 1989/9222 – K. 1990/3992 T: 10.05.1990 Sinerji İçtihat Arama Motoru (E.T.: 01.02.2018)

¹⁴² Bkz. IV - Yeniden Kiralama Yasağı Sonucunda Talep Edilebilecek Tazminatın Niteliği ve Kapsamı (TBK m. 355/III); Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986; Yarg. 4. HD. E. 6358 – K. 7408 T: 15.09.1983 Yargıtay Kararlar Dergisi C: X S: 10 Ekim 1984.

¹⁴³ Aynı görüşte, Akyiğit, s. 217; İnceoğlu, s. 542.

¹⁴⁴ Yarg. 4. HD. E. 1986/7111 – K. 1986/7915 T: 20.11.1986 “Bu nedenle mahkemenin zamanaşımını az önce belirtilen hallerde olduğu gibi hukuka aykırılığın gerçekleştiği gün olan üçüncü kişiye kiraya verme tarihinden başlatılarak bu konudaki def’inin reddine karar vermiş olması da isabetlidir.”; Yavuz, Nihat, Kira Hukuku, s. 728; Akyiğit, s. 217; İnceoğlu, s. 542.

alanında cezai yaptırımlara yer vermeme saikiyle birlikte bir medeni hukuk cezası olarak nitelendirebileceğimiz tazminat yaptırımına tabi kılınmıştır.

Yeniden inşa ve imar sebebiyle tahliyede diğer durumlardan farklı olarak, faaliyetin tamamlanmasından sonra kiralayan kiracıya yapacağı bildirim ile, kiralananı yeniden kiralaması için bir aylık süre verir. Kiracının bu öncelik hakkını kullanmaması halinde kiralayan, yeniden kiralama yasağına aykırılık teşkil etmeden kiralananı bir üçüncü kişiye kiralayabilir. Tahliye sonrasında yeniden inşa ve imar faaliyeti gerçekleştirilmez ise, kiralayan kiralananı yine üç yıllık süre boyunca bir üçüncü kişiye kiralayamaz.

Tahliye edilen kiracı, yeniden kiralama yasağına aykırı davranılması halinde, haksız tahliye ile uygun illiyet bağı içerisinde olan, her türlü zararını kiralayandan talep edebilir. TBK m. 355’de yer verilen kiracının son kira yılında ödediği kira bedelinden aşığı olmamak üzere belirlenecek maddi tazminat, tazminatın kapsamı açısından bir alt sınır teşkil etmesinin yanı sıra aynı zamanda bir zarar kalemidir. Maddi tazminata ek olarak, Yargıtay içtihatları doğrultusunda taşınmazı tahliye eden kiracının ödemek zorunda kaldığı taşınma ve komisyoncu giderleri, kâr yoksunluğu, eski ve yeni kiraladığı yerler arasındaki kira farkı ve yeni kiraladığı taşınmaz için yaptığı tadilat giderleri gibi uygun illiyet bağı içerisinde yapılan masrafların hepsi kiralayandan ayrı ayrı talep edilebilir. Hâkim somut olaya göre maddi tazminat miktarını kiralayanın kötüniyetli olması, kira bedeli miktarının düşük olması, tahliye edilen kiralananın düştüğu durum gibi sebeplerle hafifletip ağırlaştırabilir.

Kiracının tazminat talepleri çerçevesinde, yeniden kiralama yasağının hukuki niteliği yorumlandığında, kanaatimizce yeniden kiralama yasağı, sözleşme hukukunun bir objesi değildir. Yargıtay’ın yeniden kiralama yasağına ilişkin kararlarında 6570 sayılı Kanun dönemi kaynaklı haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanmasına yönelik eğilimine karşın, kanaatimizce yeniden kiralama yasağından doğan talepler borçların kaynağı tasnifinde sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin ardından doktrinde kabul edilen diğer borç ilişkileri kapsamında bağımsız, kanuni bir borç kaynağı olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk; Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299 – 326), Beta Basım Yayın, 3. Baskı, İstanbul 2016.

Akgün Akay, Merve; Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Akyiğit, Ercan; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

Anıl, Yaşar Şahin; Kira Tahliye Davaları, Beta Yayınları, İstanbul 2007.

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 10. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

Aydemir, Efrail; Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

Aydoğdu, Murat / Kahveci, Nalan; Türk Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Ceran, Mithat; Kira Sözleşmesi, Tahliye, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Doğan, Murat; Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Er, Refik; En Son İçtihatlarla Teoride ve Uygulamada Tahliye Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

Erdoğan, Celal; Tahliye Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Ertuğrul, Meltem; Üçüncü Kişinin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2014/4, s: 543 – 578.

Erzurumluoğlu, Erzan; Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Güler, Ali Alev; “6570 Sayılı Kira Kanununun 15 – 16. Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 1978 Sayı:4, s. 632 – 635.

Gümüş, Mustafa Alper; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt: I İsimsiz Sözleşmeler Teorisi / Satış / Mal Değişimi / Bağışlama / Kira / Kullanım Ödücü / Tüketim Ödücü / Genel Hizmet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Gümüş, Mustafa Alper; Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi, 04.07.2012 ve 6353 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012 (Kira Sözleşmesi).

İnceoğlu, M. Murat; Kira Hukuku, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, Mart 2014

Kırmızı, Mustafa; 6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, 2. Tıpkı Bası, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

Özdoğan, Mustafa / Oymak, Tuba; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Genel Hükümler, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Tahliye, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

Özkan, Hasan; Yeni Türk Borçlar Yasası’na Göre Kira Sorunları El Kitabı, 1. Bası, Legal Kitabevi, Ankara 2013.

Ruhi, Ahmet Cemal; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku II. Cilt, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri Cilt I/2, Vedat Kitapçılık, 2008.

Uygur, Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2013.

Yavuz, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (Yayına Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz – Faruk Acar – Burak Özen), 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.

Yavuz, Nihat; Yeni TBK ve HMK'ya Göre Kira Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010 (Kira Hukuku).

Yavuz, Nihat; Uygulamada ve Öğretide Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Kira Parasının Tespiti).

Sinerji İçtihat Arama Motoru: www.sinerjimevzuat.com.tr

Kazancı İçtihat Arama Motoru: www.kazanci.com

Yargıtay Kararlar Dergisi

KISALTMALAR

| | |
|-------|--|
| Bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| dipn. | : Dipnot |
| BK. | : 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu |
| E. | : Esas |
| E.T. | : Erişim Tarihi |
| CD. | : Yargıtay Ceza Dairesi |
| HD. | : Yargıtay Hukuk Dairesi |
| YHGK. | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| YİBK | : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı |
| K. | : Karar |
| m. | : madde |
| s. | : sayfa |
| S. | : Sayı |
| T. | : Tarih |
| TBK | : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TTK | : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| TMK | : 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu |
| vd. | : ve devamı |
| Yarg. | : Yargıtay |