

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 19

Sayı: 1

Yıl: 2011

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 19

Sayı: 1

Yıl: 2011



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 19 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2011

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Doç. Dr. Faruk BİLİR

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
(Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

BASIM TARİHİ: Eylül 2011

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-posta: hukukdergi @ selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM –
HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt (Volume): 19 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2011

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

İDARE MAHKEMELERİ ÖRNEĞİNDE BİLİRKİŞİLİK
UYGULAMALARI 9

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ

Arş. Gör. Ayşegül ÇOBAN ATİK

Arş. Gör. A. Ziya ÇALIŞKAN

Arş. Gör. A. Kürşat ERSÖZ

Arş. Gör. Yusuf DENİZ

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA DİSİPLİN SORUŞTURMASI
SORUNU VE ALMAN DİSİPLİN MAHKEMELERİ MODELİ
ÖNERİSİ 39

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI

BİBER GAZİNİN İNSAN SAĞLIĞI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ VE
HUKUKİ STATÜSÜ..... 65

Arş. Gör. M. Kerem OSMANOĞLU

ÖZEL HUKUK

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERDEN
BİRİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE BORCUNDAN DOLAYI
MALVARLIĞININ HACZİ..... 95

Yrd. Doç. Gör. Dr. Gökçen TOPUZ

AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMA..... 119

Arş. Gör. Dr. Yasemin EROL

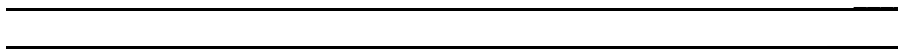
KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALT İŞVEREN UYGULAMASI VE İŞÇİ
ALACAĞI SORUNU 151

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK

SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİ ... 225

Arş. Gör. Dr. Mücahit ÜNAL

Makaleler



Kamu Hukuku

İDARE MAHKEMELERİ ÖRNEĞİNDE BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARI *

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM **

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ ***

Arş. Gör. Ayşegül ÇOBAN ATİK ****

Arş. Gör. A. Ziya ÇALIŞKAN ****

Arş. Gör. A. Kürşat ERSÖZ ****

Arş. Gör. Yusuf DENİZ ****

ÖZET

Bilirkişi, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren davalarda, bu özel ve teknik konuda bilgisine ve desteğine başvurulacak uzman kişidir. Bilirkişiyi mahkeme belirler. Bilirkişi raporu hakimi bağlamaz. Bilirkişi incelemesine genellikle tam yargı davalarında başvurulmaktadır. Bu çalışmada idare mahkemelerinde görev yapan hakimler üzerinde bilirkişilik uygulamaları konusunda bir anket yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: *Bilirkişi, bilirkişi raporu, teknik bilgi, idari yargı, anket.*

* Bu çalışma Selçuk Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) Koordinatörlüğü tarafından desteklenen araştırma projesinin sonucudur.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** Çag Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

**** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

PRACTICES OF EXPERT WITNESS OF ADMINISTRATIVE COURTS

ABSTRACT

Expert is a person to who should be consulted on issue's which require technical matters for the courts that needs technical competence. The judge assign the expert. The judge doesn't need to take the expert report in to account. The expert opinion is usually required for administrative action for damages. In this research a questionnaire is carried at about the expert practices on the judges who works at administrative courts.

KEYWORDS: *Expert, expert report, technical competence, administrative courts, questionnaire.*

GİRİŞ

Günümüzde, bilim ve teknoloji alanında ortaya çıkan gelişmeler hızlı ve yoğun bir şekilde artmaktadır. Bu durum bilimsel anlamda uzmanlaşma ve işbölümünün artmasına, yeni uzmanlık alanlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bilim ve teknoloji alanında ortaya çıkan bu uzmanlaşma, insanlar arası ilişkilerin de gün geçtikçe karmaşıklaşmasına ve uyuşmazlıkların çoğalması sonucunu doğurmuştur. Bu teknolojik gelişmelerin artmasına paralel olarak yargı organları önüne taşınan uyuşmazlıklar da artık eskisi kadar basit, herkesçe bilinen konular olmaktan çıkmıştır.

Hiç kimsenin hayatın her alanında kapsamlı bir bilgi ve donanıma sahip olması mümkün değildir. Hakimin de aldığı hukuk eğitimi dışında, genel hayat tecrübesi bir kenara bırakılacak olursa, tüm insan ilişkilerinde yeterli bilgiye sahip olması beklenemez. Ancak uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmaması, önüne gelecek uyuşmazlığı çözme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu noktada yargılama hukuku bilirkişilik kurumunu devreye sokmuştur.

Bilirkişilik hakimin önüne gelen uyuşmazlığı çözmek için yeterli özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı durumlarda uygulanması gereken yargılama araçlarından biridir. Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlık özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa, hakim bilirkişi olarak o özel ve teknik bilgiye sahip uzmanlardan görüş alarak davayı çözümleme yoluna gider.

Bilirkişi olarak görev yapacak kişi ya da kurulları mahkeme belirler. Bilirkişi ya da kurulunun düzenlediği rapora göre nihai kararı verir. Ancak bu raporların hakimi bağlayıcı bir niteliğinden söz etmek de mümkün değildir. Hakim gerekçesini belirterek, bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir. Dava hakkında son sözü söyleme yetkisi her zaman hakime aittir.

Çalışmamızın temel konusu idari yargıda bilirkişilik kurumunun uygulanışını ortaya koymaktır. Bu temel konu çerçevesinde, idare mahkemelerinde bilirkişi seçimi, hangi davalarda ve nelerin tespiti için bilirkişiye başvurulduğu, idarenin belirlediği uzman, bilirkişi raporu ile mahkemenin belirlediği bilirkişi raporu arasında ortaya çıkan çelişkilerin giderilip giderilmediği, üst mahkemelerin bu çelişki giderilmeden verilen nihai kararlardaki tutumu gibi konulara değinilmektedir.

Çalışmanın birinci bölümü bilirkişilik kurumu hakkında teorik bilgilere dayanmaktadır. Bu bölümde bilirkişinin tanımı, seçimi, hukuki statüsü, bilirkişi incelemesini gerektiren durumlar ve bilirkişi raporlarının bağlayıcılığı konuları işlenmiştir.

İkinci bölümde ise ülkemizdeki idare mahkemelerinde görev yapan hakimler üzerinde yapılmış olan bir alan araştırmasının sonuçları yer almaktadır. Bu alan araştırmasında hakimlere gönderilen bir anketle, hakimlerin bilirkişilik konusundaki algıları ölçülmeye çalışılmıştır. İlk olarak hakimlerin cinsiyet, medeni hal, mezun olunan üniversite ve bölüm, idari yargıda görev yaptıkları süre gibi kişisel özelliklerini ortaya koyan sorular ve bunlara ilişkin cevapların yer aldığı tablolar verilmiştir. Daha sonra çalışmanın en önemli kısmı olan son bölümde, bilirkişilik konusunda bilirkişinin seçiminde nelere dikkat edildiği, hangi davalarda bilirkişiye başvurulduğu, bilirkişi raporu ile nelerin tespit edildiği, çelişki durumunda nasıl bir yol izlendiği, üst mahkemelerin bu konudaki tutumuna ilişkin sorular, cevaplar ve buna ilişkin tablolar yer almaktadır.

Bu çalışma, idari yargıda bilirkişilik uygulamalarını alan araştırmasına dayanarak mevcut durumu ortaya koymak amacıyla hazırlanmıştır. Bilirkişilik konusunda günümüze kadar yapılan çalışmalardan farkı, idare mahkemelerinde görev yapan hakimlerin bilirkişilik uygulamalarına ilişkin görüşlerine dayanması noktasında ortaya çıkar.

I. İDARİ YARGIDA BİLİRKİŞİLİK KONUSU

İdari yargılama hukukunda bilirkişi konusu, idari yargılamayı düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanununda özel olarak düzenlenmemiştir. Bunun yerine 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa¹ atıf yapılmıştır. Bu atıf dışında da idari yargıda bilirkişilikle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple bilirkişilikle ilgili verilecek bilgilerin tamamı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerine dayanır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yaptığı tek konu bilirkişilik değildir. Bunun yanında davaya katılma, davanın ihbarı, davaya taraf olma ehliyeti, davadan feragat gibi çeşitli başka konularda da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmıştır. Bunlardan bazıları idari yargılama usulüne uygunluğu ölçüsünde yargılamada kullanılmış, idari yargının özelliklerine uymayan tarafları, Danıştay içtihatlarıyla değiştirilerek uygulanmıştır².

Buna karşılık çalışmamızın konusu olan bilirkişi incelemesinde böyle bir çatışma söz konusu değildir. Bilirkişi incelemesi, niteliği gereği yargılama hukukları arasında farklılık içeren bir konu değildir. Hukuk yargılamasında bilirkişi nasıl uygulanıyorsa, küçük değişiklikler olsa da (mesele bilirkişi seçimi gibi) idari yargıda da aynı şekilde uygulanır. İdari yargının kendine has özellikleri bilirkişilik kurumunun uygulanmasını değiştirecek özellikler değildir. Bu durum bilirkişilik kurumunun niteliğinden kaynaklanır.

¹ 12.1.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1086 sayılı kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Buna rağmen yeni kanunun yürürlük tarihi 1.10.2011 olarak belirlendiğinden, bugün uygulanması gereken kanun 1086 sayılı kanundur. Bu çalışmada yürürlükte olan eski kanun hükümlerine yer verilmiş olup, parantez içinde yeni kanundaki maddeleri de belirtilmiştir.

² GÜNDAY, Metin, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İdari yargıda Uygulanma Alanı”, **2001 yılı İdari Yargı Sempozyumu**, <http://www.danistay.gov.tr>. 13.10.2010.

A. BİLİRKİŞİ TANIMI

Günümüzde mahkemelerde yüzlerce dava açılmaktadır. Bilim ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler mahkeme önüne gelen davaların konu bakımından çeşitlenmesine ve karmaşıklaşmasına neden olmuştur. Bu davaların tamamında hakimlerin, önlerine gelen her konuda yeterli bilgiye sahip olduklarını söylemek mümkün değildir. Oysa hakim önüne gelen her davayı çözmek ve sonuçlandırmakla yükümlüdür³. Bu durumda hakimnin herhangi bir bilgisinin olmadığı bir konuyla ilgili çözümü nasıl üreteceği, sorunu nasıl çözeceği önemli bir çıkmaz olarak ortaya çıkar.

Özellikle bazı davaların içeriğinde özel ve teknik bilgi gerektiren konular bulunabilir. Hakimler hukuk eğitimi alan kişilerdir. Davaları aldıkları hukuk eğitimine dayanarak çözerler. Ancak davaların tamamı sadece hukuk bilgisiyle çözülemez. Davanın içeriğinde yer alan ve çözülmesinde kilit konumunda olan bazı konularda, bu konuların uzmanı olan kişilerden yardım almak gerekebilir. Tabii bu konular hukuk bilgisiyle çözümlenecek konular olmamalıdır. Hukuk dışında, mühendislik, tıp, iktisat, eğitim, bilgisayar teknolojileri, internet gibi hakime tamamen yabancı konular olmalıdır. Hakimin aldığı hukuk eğitimiyle çözmesi mümkün olmayan konularda uzman yardımına ihtiyaç duyması bilirkişilik kurumunu doğurmuştur.

Bilirkişi usul kanunlarında ispat araçları içerisinde düzenlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bilirkişilik kurumunu ayrıntılı bir şekilde düzenlemesine rağmen bir tanım getirmemiştir. Ancak bilirkişinin tanımını yapabilmek için kanunda bazı ipuçlarına da rastlamak mümkündür. Mesela, kanunun 275. (6100 sayılı HMK, 266.) maddesi “Mahkeme çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir” hükmüne yer vermiştir. Buna göre bilirkişi çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren davada, bu özel ve teknik konuda bilgisine ve desteğine başvurulacak kişidir. Tabii başvurulacak bu kişinin dava konusu özel ve teknik konunun uzmanı olması gerekir. Bilirkişi, davanın çözümüne özel ve teknik bilgisiyle katılacak ama kararı yine hakim verecektir. Buna

³ OYTAN, Muammer, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi Uygulaması, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması Ve Sahteciliğin İleri Sürülmesi”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 398, Mart 1993, s. 47.

göre kararı veren hakim, ona yardımcı olan bilirkişidir. Bilirkişi özel ve teknik konuda hazırladığı raporla mahkemenin karar vermesini kolaylaştıran ve yardım eden kişidir.

Bilirkişi hakim tarafından özel ve teknik bilgisi ve yetenekleri göz önünde bulundurularak seçilen bir veya daha fazla kişidir. Hakim çözmek istediği davanın gerektirdiği teknik konuda uzman olan kişi ya da kişileri bilirkişi olarak belirler. Davanın sadece özel ve teknik bilgiyi gerektiren bölümünde bilirkişilerden yardım alır. Bu anlamda bilirkişiden alınacak desteğin çerçevesini kendisi belirler⁴.

B. BİLİRKİŞİ SEÇİMİ

Hakim uyuşmazlığı çözmek için özel ve teknik konuda bilirkişiden destek alınmasına ihtiyaç duyduğunda bir ara karar vererek bilirkişiye başvurur. Bu ara kararda bilirkişi incelemesine neden ihtiyaç duyulduğu, bilirkişinin neyi inceleyeceği, bilirkişinin görev alanı gibi konular açık bir şekilde yer almalıdır. Mahkemeler tarafından verilen ve bu içeriğe sahip olmayan ara kararlar, kanuna aykırı olup adaletin gecikmesine ve davaların uzamasına neden olmaktadır⁵.

Her davada bilirkişiye başvurmak zorunlu değildir. Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda bilirkişiye başvurulabilir. Bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığına hakim karar verir. Özellikle hukuk bilgisi ve genel hayat tecrübesi ile çözümlenecek uyuşmazlıklarda bilirkişiye başvurulmamalıdır.

Hakim bilirkişiye başvurulmasına kendiliğinden ya da tarafların isteği üzerine başvurulabilir. Hakimin kendiliğinden buna karar vermesi ile taraflardan birinin isteği üzerine karar vermesi arasındaki fark, sadece bilirkişi ücretinin kim tarafından ödeneceği konusunda ortaya çıkar. Taraflardan biri bilirkişiye başvurulmasını istemişse bilirkişi ücretini isteyen taraf öder. Hakim kendiliğinden bilirkişiye başvurursa, taraflardan birinin veya ikisinin ödemesine karar verir. Bu durumda taraf ya da taraflar ücreti ödemezlerse hakim, dava sonucunda haksız çıkacak

⁴ OYTAN, s. 47.

⁵ KARAKOÇ, Yusuf, “Vergi yargılaması Hukukunda Bilirkişilik Uygulaması”, **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 5, Nisan 1996, s. 8.

olan kişiden tahsil edilmek üzere bilirkişi ücretinin Devlet Hazinesinden ödenmesine karar verir⁶.

Bilirkişilik özel ve teknik bir bilgiyi ve uzmanlığı gerektirdiği için herkes bilirkişi olamaz. Bilirkişilik yapmaya da zorlanamaz. Bilirkişi olacak kişinin mesleğinde ve branşında uzman olması ve bilirkişilik yapmayı kabul etmesi gerekir⁷. Bilirkişilik yapması zorunlu olan bilirkişiler de vardır. Bunlar resmi bilirkişilerdir. Resmi olmayan bilirkişilerin bilirkişilik yapması zorunlu değildir. Ancak bilirkişi olarak bilgisine başvuru konuyu bilmeden mesleğini yürütmesi mümkün olmayan ve açıkça bu mesleği yapan kişiler bilirkişilik yapmak zorundadır. Bunlar da tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bilirkişilikten çekinebilirler.

Bilirkişilik yapması zorunlu olanlardan bu görevini yerine getirmeyenler hapis ve para cezasına mahkum edilebilirler.

Bilirkişilik konusunda idari yargının medeni yargılamadan ayrılan bir yönü bulunmaktadır. İdari yargıda bilirkişi seçiminde tarafların görüşünün alınmasına gerek yoktur. Mahkeme kendiliğinden buna karar verebilir. Bununla birlikte tarafların, mahkeme bilirkişiyi görevlendirdikten sonra bilirkişiye veya raporuna itiraz etme hakları vardır⁸.

C. BİLİRKİŞİNİN HUKUKİ STATÜSÜ

Bilirkişi, yaptığı inceleme sırasında iki şekilde hareket eder. Bunlardan ilki sahip olduğu özel ve teknik bilgiyi mahkemeye aktarmaktır. İkinci durumda ise özel ve teknik bilgisini olaylara uygulayarak birtakım sonuçlara ulaşır⁹. Bu ikinci durum aslında

⁶ KURU, Baki/ Ramazan Arslan/Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Değiştirilmiş 21. Baskı, Ankara 2010, s. 454-455.

⁷ ALANGOYA, Yavuz/ M. Kamil YILMAZ/ Nevhis Beren YILDIRIM, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 387.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/Turgut TAN, **İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş Bası, Ankara 2003, s. 987.

⁹ GÜRELLİ, Nevzat, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 69-70.

hakimlerin yapması gereken bir görevdir. Olayları tespit etmek ve birtakım kuralları ve bilgileri olaylara uygulamak yargılama işlevinin ta kendisidir. Ancak özel ve teknik bilgi söz konusu olduğunda bunu hakimden beklemek her zaman mümkün olmaz. Böyle durumlarda alanında uzman olan kişilerden yardım alınarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilir¹⁰.

Bilirkişi hakimın yapması gereken işi özel ve teknik bilgisi sayesinde yaptığı için hakimın yerine geçmiş sayılmaz. Ancak hakimın vereceği kararda, doğru karara varılabilmesi ve adaletin tecelli edebilmesi için önemli ve belirleyici bir rol alır. Bu anlamda yargılama işlevine ve adalet hizmetlerine önemli bir katkı sağladığı açıktır¹¹.

Klasik kamu hizmetlerinden biri sayılan adalet hizmetine bu şekilde katkı sağlayan bilirkişilik görevi aynı zamanda aslilik ve süreklilik niteliklerini de bünyesinde taşır. Bilirkişi, hakimden aldığı görevlendirme ile ona ait yetkilerin bir kısmını kullanarak hakim adına dolayısıyla devlet adına asli bir görevi yerine getirir. Bilirkişiliğin kesintisiz ve sürekli olması ise, bu görevin kişilerin her an ihtiyaçlarına cevap verebilecek durumda olmasından kaynaklanır. Bilirkişilik, bu görevi yerine getiren kişiden bağımsız olarak sürekli ve kesintisiz bir hizmettir¹².

Bilirkişilik gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve doğru karara varılabilmesi için adli hizmetlerin işleyişine önemli bir katkı sağlar. Adaletin gerektiği gibi tecelli etmesine katkıda bulunan bu görev kamu yararı temeline dayanmaktadır. Adli hizmetlerin işleyişine kamu yararı temeline dayanarak asli ve sürekli bir şekilde katkıda bulunan bu hizmetin bir kamu görevi, bu görevi yerine getirenlerin de kamu görevlisi olduğu söylenebilir. Bilirkişilik görevinin icrası sırasında tarafsızlık (HUMK, m. 276/4, HMK, m. 271) ve objektiflik ilkelerine uyulması gerekliliği, bilirkişileri etkilemeye yönelik yazılı ya da sözlü beyanın TCK m. 288 ile 6 ay ile 3 yıl arasında hapis ile cezalandırılan suç sayılması ve yine TCK. m. 252'de düzenlenen rüşvet suçunda cezayı

¹⁰ TANRIVER, Süha, **Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara 2002, s. 33-34.

¹¹ TANRIVER, s. 34-35.

¹² TANRIVER, s. 35-36.

ağırlaştırıcı neden olarak gösterilmesi de bu görevin bir kamu görevi sayılmasını destekleyen etkenlerdir¹³.

D. BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİ GEREKTİREN DURUMLAR

Hakim önüne gelen davada çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişi incelmesine karar verebilir. Bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığını hakim takdir eder. Ancak bazı durumlarda bilirkişi incelemesinin yapılması bir yasa hükmü ile zorunlu kılınmıştır.

Mesela Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesinde taşınmaz malın değerinin tespiti konusunda, Medeni Kanunun 165. maddesinde akıl hastalığı nedeniyle açılan boşanma davasında davalının akıl hastası olup olmadığı konusunda, yine aynı kanunun 409. maddesinde akıl hastalığı nedeniyle hacir kararı verilmesinde veya böyle bir kararın kaldırılmasında, Borçlar Kanununun¹⁴ 199. maddesinde hayvan alım satımında hayvanın ayıplı olup olmadığı konusunda, Orman Kanununun 9. maddesinde orman kadastro konusunda bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Özel bir yasa hükmü ile bilirkişiye başvuranın zorunlu olmadığı durumlarda da hakim, uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bir bilgiye ihtiyaç duyarsa bilirkişiye başvurabilir. Buna gerek olup olmadığına hakim karar verir¹⁵.

Hakim çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirmeyen, mesleği nedeniyle bilmesi gereken hukuki meselelerle ilgili olarak bilirkişiye başvuramaz. Bu yasak HUMK'un 275. (HMK. m. 266) maddesinde şu şekilde yer almaktadır:

“Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemez.”

¹³ OYTAN, s. 51-52; TANRIVER, s. 37-38.

¹⁴ 11.1.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe gireceğinden, bugün yürürlükte olan 366 sayılı Borçlar Kanunu hükmüne yer verilmiştir.

¹⁵ KURU, s. 453.

Bu hükme göre bilirkişi ile ispatın konusu, hukuki bilginin dışında kalan özel ve teknik bilgiyi gerektiren tecrübe kurallarıdır. “Bu kurallar, çok sayıda tekil somut durumların gözlemlenmesinden soyutlaştırma yolu ile kazanılmaktadır. Gerçekten de tecrübe kurallarına her şeyden önce genel hayat tecrübesinin ve kültürün genel kabul görmüş ilkeleri girmektedir. Bu kuralların kapsamına ayrıca sanat, bilim, teknik, trafik, ticaret ve sanayideki özel bilgilerin dayanağını oluşturan ilkeler ile tabiat kanunları da dahildir.”¹⁶

E. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN BAĞLAYICILIĞI

Hakim uyuşmazlığın çözümünde bilirkişiden özel ve teknik bilgi alabilir. Ancak hakim bilirkişi raporuna uymak zorunda değildir. Bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir¹⁷. Yargılamada son sözü söyleme yetkisi her zaman millet adına karar veren mahkemeye aittir. Hakim kendi kanaatine göre karar verecektir. Hakim bilirkişi raporunu değerlendirerek yargılamaya hangi ölçüde etkili olacağını kendisi takdir edecektir¹⁸. Elbette bilirkişinin hazırladığı rapordan faydalanacaktır. Ama bu her zaman bilirkişinin görüşüyle bağlı olacağı anlamına gelmez ve bu şekilde yorumlanamaz. Bilirkişiler de sadece kendilerine danışılan olaylar, eylemler ve fiili sorunlar hakkında görüş belirtmekle yükümlüdürler. Davanın esası hakkında, hukuki sorunlar üzerinde görüş belirtme yetkileri yoktur.

Bilirkişinin hazırladığı rapor hakim tarafından yeterli görülmezse başka bir bilirkişiye de başvurabilir. Bilirkişi raporları arasında çelişki görürse üçüncü bilirkişiye de başvurulabilir¹⁹.

¹⁶ KARAKOÇ, s. 9.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK, s. 1083; KURU, s. 459.

¹⁸ KURT, Fedayi, “**Bilirkişilik Kurumu Ve İdari Yargıda Bilirkişi Raporlarının Kararlara Etkisi**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Projesi, Konya 2010, s. 5.

¹⁹ KURU, s. 458.

II. İDARE MAHKEMELERİNDE BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARINA İLİŞKİN ALAN ARAŞTIRMASININ SONUÇLARI

A. ARAŞTIRMANIN AMACI

Bilirkişi raporları adli yargıda olduğu kadar idari yargıda da önemli yargılama araçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari yargıda mahkemelerin kendiliğinden araştırma ve delil toplama yetkileri bulunmaktadır. Adli yargıda hukuk mahkemeleri tarafların gösterdikleri delilleri yargılamada kullanabilirler (bazı durumlarda zorunludur). İdari yargıda ise, re'sen araştırma ilkesi gereğince hakim kendiliğinden delilleri toplayabilir.

İdari yargıda kullanılan delillerden bir tanesi de bilirkişi raporlarıdır. Bilirkişi incelemesine taraflardan birinin isteği ile başvurulabileceği gibi hakim kendiliğinden de bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verebilir.

Bu çalışmanın temel amacı, bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporların kararlara etkisinin belirlenmesidir. Bilirkişi raporunun mahkeme kararına nasıl yansıdığı ve bu anlamda idare mahkemelerinde adaletin tecelli etmesine ne derecede katkıda bulunduğu sorusuna cevap aranmaktadır. Ayrıca mahkemelerin verdikleri nihai kararlarda bilirkişi raporlarına dayanma oranlarının belirlenmesi, davaya konu olan idari işlem ya da eylemin dayandığı uzman raporu ile mahkemenin belirlediği bilirkişi raporu arasında ortaya çıkan uyumsuzluklarda mahkemelerin takındığı tutumun ölçülmesi de çalışmanın amaçları arasında yer almaktadır.

B. ARAŞTIRMA YÖNTEMİ

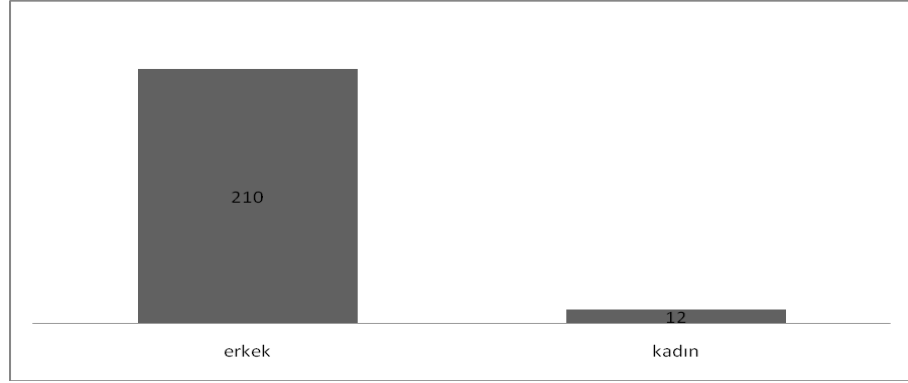
Bu çalışmanın amacı idari yargıda bilirkişilik kurumunun uygulanışını ortaya koymaktır. Bu amaçla ülkemizde yer alan idare mahkemelerinin tamamında görev yapan hakimler üzerinde bir alan araştırması yapılmıştır. Toplam 16 sorudan oluşan bir anket formu 574 sayıdaki hakime posta yolu ile gönderilmiş, bunlardan 223 sayıdaki hakim anketi cevaplayarak tarafımıza geri göndermiştir. Cevaplanıp tarafımıza gönderilen 223 adet anket formu kodlanarak bilgisayar ortamına aktarılmış ve SPSS (Statistical Packages for the Social Sciences-Sosyal Bilimler için İstatistik Paketi) programında gerekli değerlendirmeler yapılmıştır.

Araştırmada kullanılan anket formu iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm ankete katılan hakimlerin kişisel özelliklerinden, ikinci bölüm ise idari yargıda bilirkişilik uygulamalarının ayrıntılarından oluşmaktadır. Hakimlerin kişisel özelliklerine ilişkin olan birinci bölümde 5 soru bulunmaktadır. Bunlar hakimlerin cinsiyeti, medeni hali, lisans ve lisansüstü eğitimleri ve idari yargıda görev yaptıkları süreye ilişkin sorulardır. İkinci bölümde ise, 11 soru bulunup, bunlar hakimlerin hangi tür davalarda bilirkişiyeye başvurdukları, bilirkişiyeye başvurunun idari işlemin hangi unsurundaki hukuka aykırılığın tespiti için kullanıldığı, bilirkişi olarak kimlere ya da hangi kurumlara başvurulduğu, bilirkişi tayininde nelere dikkat edildiği, kararların hangi oranda bilirkişi raporlarına dayandığı gibi konulara ilişkindir.

C. ARAŞTIRMAYA KATILANLARIN KİŞİSEL ÖZELLİKLERİ

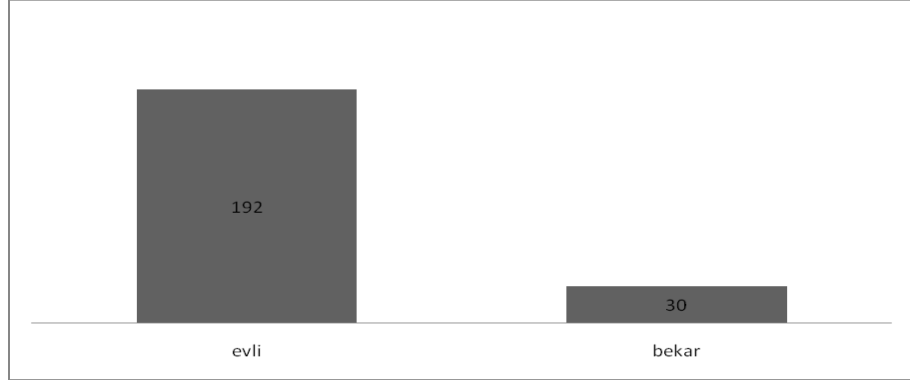
İdari yargıda bilirkişilik uygulamaları konusunda görüşüne başvurulmuş hakimlerin demografik özellikleri ve bunlara ilişkin tablolar aşağıda verilmiştir.

1- Ankete katılan hakimlere yöneltilen ilk soru cinsiyetlerine ilişkindir.



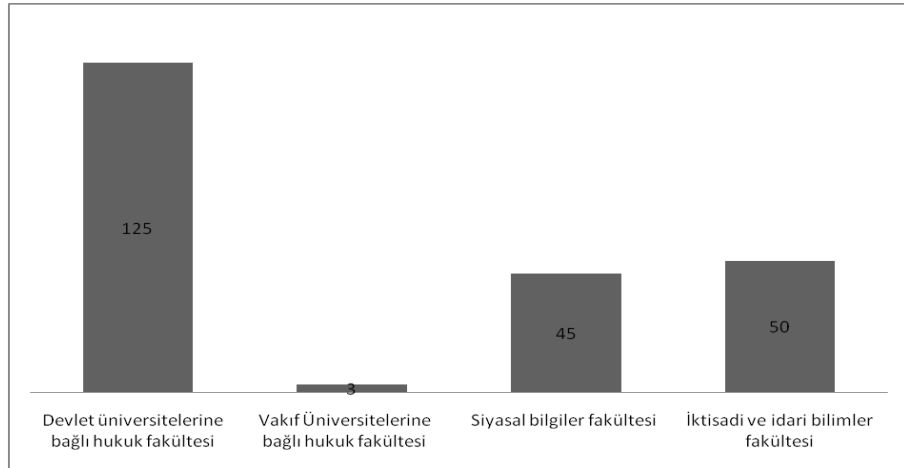
Yukarıdaki tabloda görüldüğü üzere, araştırmaya katılan 223 hakimden 210'u erkek, 12'si kadındır. 1 katılımcı bu konuda bilgi vermemiştir. Buna göre erkek katılımcıların oranı %94,2, kadın katılımcıların oranı ise %5,4'tür. Bu sonuçlardan anlaşılacağı üzere, araştırmaya katılanların büyük çoğunluğu erkektir.

2- Hakimlere yöneltilen ikinci soru medeni durumlarına ilişkindir.



Araştırmaya katılan hakimlerden 192'si evli, 30'u bekaardır. 1 katılımcı bu konuda bilgi vermemiştir. Buna göre evli hakimlerin oranı %86,1, bekar hakimlerin oranı ise %13,5'tir. Evli hakimlerin bekar olanlara oranı oldukça fazladır.

3- Hakimlere yöneltilen üçüncü soru mezun oldukları üniversite ile fakültelerine ilişkindir.

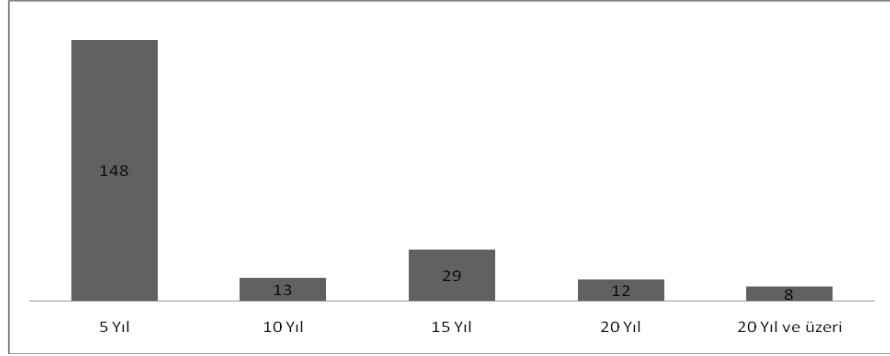


Ankete katılan hakimlerin mezun oldukları üniversiteler ile fakülteler konusundaki soruya 223 hakim cevap vermiştir. Bunlardan 125 kişi devlet üniversitelerine bağlı hukuk fakültelerinden, 3 kişi vakıf üniversitelerine bağlı hukuk fakültelerinden, 45 kişi siyasal bilgiler

İdare Mahkemeleri Örneğinde Bilirkişilik Uygulamaları

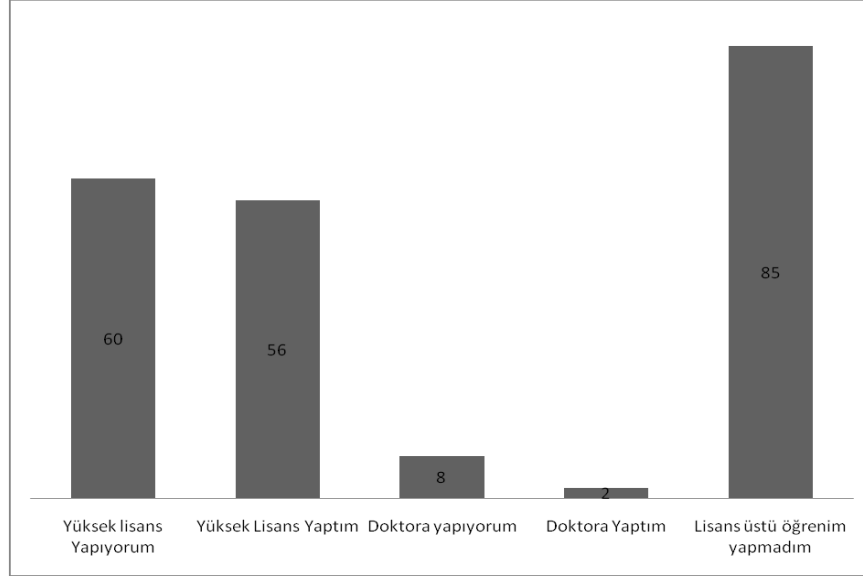
fakültelerinden, 50 kişi de iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden mezun olmuştur. Buna göre katılımcıların, %56,1'i devlet üniversitelerine bağlı hukuk fakültelerinden, %1,3'ü vakıf üniversitelerine bağlı hukuk fakültelerinden, %20,2'si siyasal bilgiler fakültelerinden, %22,4'ü ise iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden mezun olan kişilerdir. Katılımcıların mezun oldukları bölüm açısından hukuk fakültesi ile diğer fakülteler arasında çok büyük bir fark bulunmamasına rağmen, devlet üniversitelerine bağlı hukuk fakültesinden mezun olanların oranı diğerlerine göre oldukça fazladır.

4- Hakimlere yöneltilen dördüncü soru idari yargıda görev yaptıkları süreye ilişkindir.



Ankete katılan hakimlerin idari yargıda görev yaptıkları süreye ilişkin soruya 223 hakimden 148'i 5 yıl, 13'ü 10 yıl, 29'u 15 yıl, 12'si 20 yıl, 8'i de 20 yıl ve üzeri cevaplarını vermiş, 13 hakim bu konuyla ilgili görüşlerini belirtmemiştir. Buna göre hakimlerin %66,4'ü 5 yıldır, %5,8'i 10 yıldır, %13'ü 15 yıldır, %5,4'ü 20 yıldır, %3,6'sı da 20 yıldan fazla zamandır idari yargı mensubu olarak görev yapmaktadır. Göreve yeni başlamış olan hakimlerin oranı diğerlerine oranla bir hayli fazladır.

5- Hakimlere yöneltilen beşinci soru ise lisansüstü eğitim durumlarına ilişkindir.



Ankete katılan hakimlerin lisansüstü öğrenim durumlarının ölçüldüğü soruya 223 hakimden 211'i cevap vermiştir. Bunlardan 60'ı yüksek lisans yapıyor olduğunu, 56'sı yüksek lisans yaptığını, 8'i doktora yapıyor olduğunu, 2'si doktora yaptığını, 85'i de lisans üstü öğrenim yapmadığını bildirmiştir. Buna göre hakimlerden %38,1'i lisans üstü öğrenim yapmamış, %26,9'unun halen yüksek lisans yapmakta, %25,1'i yüksek lisansını tamamlamış, %3,6'sının doktorası devam etmekte, %0,9'u da doktorasını tamamlamıştır. Hakimler arasında yüksek lisansa olan ilgi yoğun olmasına rağmen doktora olan ilginin oldukça düşük olduğu görülür.

D. BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

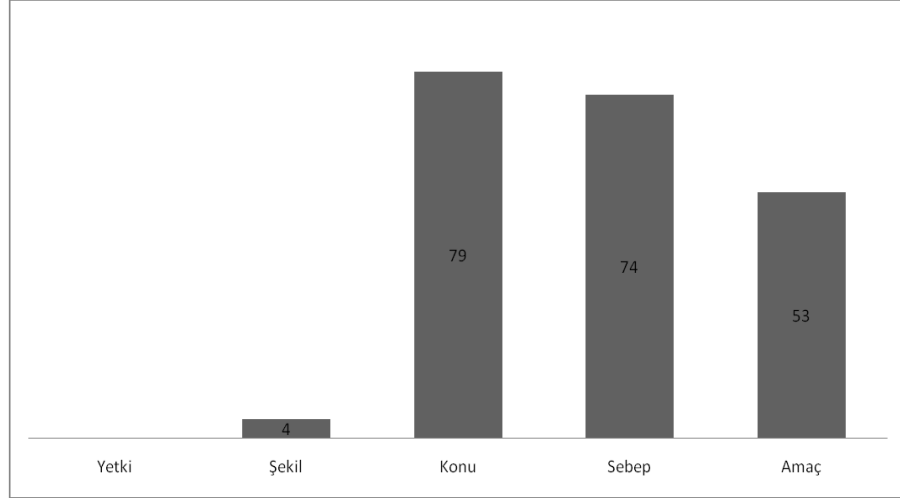
Çalışmamızda idare mahkemelerinde görev yapan hakimlerin bilirkişiye başvurmaları, bilirkişilik kurumuna bakışları, hangi davalarda bilirkişiye başvurdukları ve bilirkişi raporlarına verdikleri önemi ölçmek üzere anket yoluyla bazı sorular yönelttik. Hakimler bu sorulardan bir kısmında birden fazla işaretleme yapmışlardır. Bu yüzden SPSS değerlendirme sisteminde çıkan sonuçlarda yüzdeler toplam 100'den fazladır. Bu sorular, sorulara verilen cevaplar ve ortaya çıkan sonuçlar şu şekildedir:

1- Hangi davalarda bilirkişiye başvuruyorsunuz?



Soruya ilişkin cevapların gösterildiği tabloda da görüleceği gibi ankete katılan 223 hakimden 2'si sadece tam yargı davalarında, 2'si iptal ve tam yargı davaları birlikte açıldığı zaman, 220'si teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren her davada cevaplarını vermişlerdir.

Buna göre hakimlerin %0,9'u sadece tam yargı davalarında, %0,9'u iptal ve tam yargı davaları birlikte açıldığı zaman bilirkişiye başvurduklarını belirtmişlerdir. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren her davada bilirkişiye başvurma oranı ise %98,7'dir. Hakimin bilirkişi incelemesine başvurmasını gerektiren şart; önüne gelen uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumun varlığıdır. Bu sonuç yukarıda belirttiğimiz şartı ve bilirkişilik kurumunun niteliğini teyit eder niteliktedir.

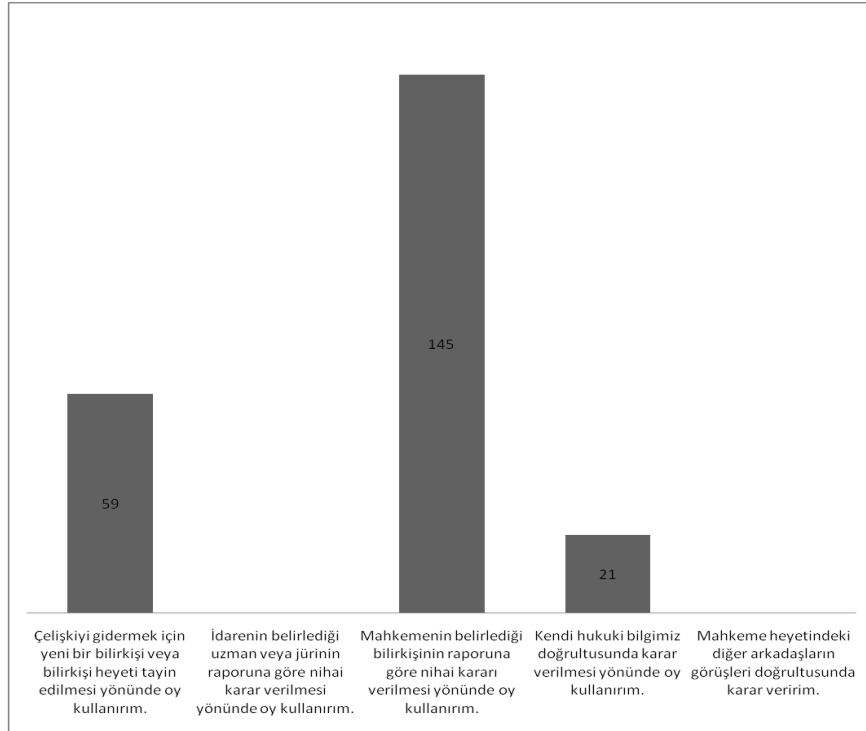
2- İptal davalarında en çok idari işlemin hangi ögesindeki hukuka aykırılığı tespit etmek için bilirkişiye başvuruyorsunuz?

Bu soruya hakimlerden şekil unsuru için 4, konu unsuru için 79, sebep unsuru için 79, amaç unsuru için 62 tercih belirtilmiştir. Bu sonuçlara göre, hakimlerin %1,8'i şekil unsurundaki, %35,4'ü konu unsurundaki, %35,4'ü sebep unsurundaki, % 30,1'i amaç unsurundaki hukuka aykırılığı tespit etmek için bilirkişiye başvurduklarını belirtmişlerdir. Cevaplar arasında yetki unsuru da bulunmasına rağmen hakimlerden hiç birinin yetki unsurunu tercih etmediği görülmüştür. Hakimler yetki unsurundaki hukuka aykırılığı tespit etmek için bilirkişiye başvurmamaktadırlar. Bir başka deyişle, idari işlemin yetki unsuruna ilişkin bilgileri, hakimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi birikimiyle çözüleceğini düşünmektedirler. Bu durum adaletin tecellisi açısından olumlu bir sonuçtur. Şekil unsurundaki hukuka aykırılığın tespiti için bilirkişiye başvuran hakim sayısı da oldukça düşüktür. Hakimler genel olarak sebep, konu ve amaç unsurlarındaki hukuka aykırılığın tespiti için bilirkişiye başvurdukları görülmektedir.

Kısaca şunu da söyleyebiliriz; idari işlemin öğelerinden yetki ve şekle ilişkin aykırılıklar hakimler için özel ve teknik bilgiyi gerektirmeyen, mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konular arasına girmektedir. Aynı şekilde sebep, konu ve amaç unsurları açısından aykırılıklar ise, hukuki bilginin

dışında kalan özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerden ortaya çıkmaktadır denilebilir.

3- İdarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporu ile mahkemenin tayin ettiği bilirkişinin hazırladığı rapor arasında çelişki olursa ne yaparsınız?

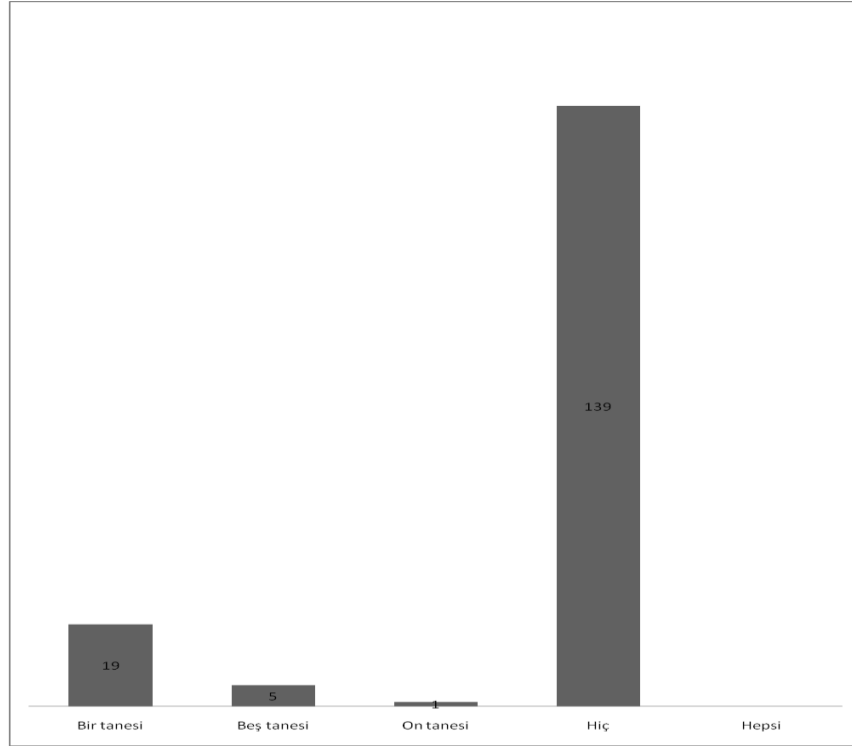


Bu soruya hakimlerin 59'u çelişkiyi gidermek için yeni bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin edilmesi yönünde oy kullandığı, 145'i mahkemenin belirlediği bilirkişinin raporuna göre nihai kararın verilmesi yönünde oy kullandığı, 21'i kendi hukuki bilgisi doğrultusunda karar verilmesi yönünde oy kullandığı yönünde cevap vermiştir. Cevaplar arasında "İdarenin belirlediği uzman veya jürinin raporuna göre nihai karar verilmesi yönünde oy kullanırım" ve "mahkeme heyetindeki diğer arkadaşların görüşleri doğrultusunda karar veririm" şıklarının bulunmasına rağmen hiçbir hakim bu cevapları tercih etmemiştir.

Buna göre, hakimlerin %26,5'i çelişkiyi gidermek için yeni bir bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin edilmesi gerektiğini, %65'i

mahkemenin belirlediği bilirkişinin raporuna göre nihai kararın verilmesi gerektiğini, %9,4'ü kendi hukuki bilgisi doğrultusunda karar verilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bu sonuçlar bilirkişi raporları konusunda hakimlerin çoğunluğunun kendi belirledikleri bilirkişilerin raporlarını daha güvenilir bulduğunu ortaya koymaktadır.

4- Son iki yıl içerisinde, idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporuna göre yapılan dava konusu idari işlem hakkında karar verirken, mahkemenin belirlediği bilirkişinin raporu ile idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporu arasındaki çelişkiyi gidermeden verdiğiniz nihai kararlardan kaç tanesi Danıştay veya BİM (Bölge İdare Mahkemesi) tarafından bozuluyor?



Yukarıdaki tabloda da görüldüğü üzere, bu soruya hakimlerin 19'u bir tanesi, 5'i beş tanesi, 1'i on tanesi, 139'u hiç, 8'i hepsi cevabını vermişlerdir. Buna göre son iki yıl içinde hakimlerin iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkiyi gidermeksizin verdikleri nihai kararlardan %8,5'nin

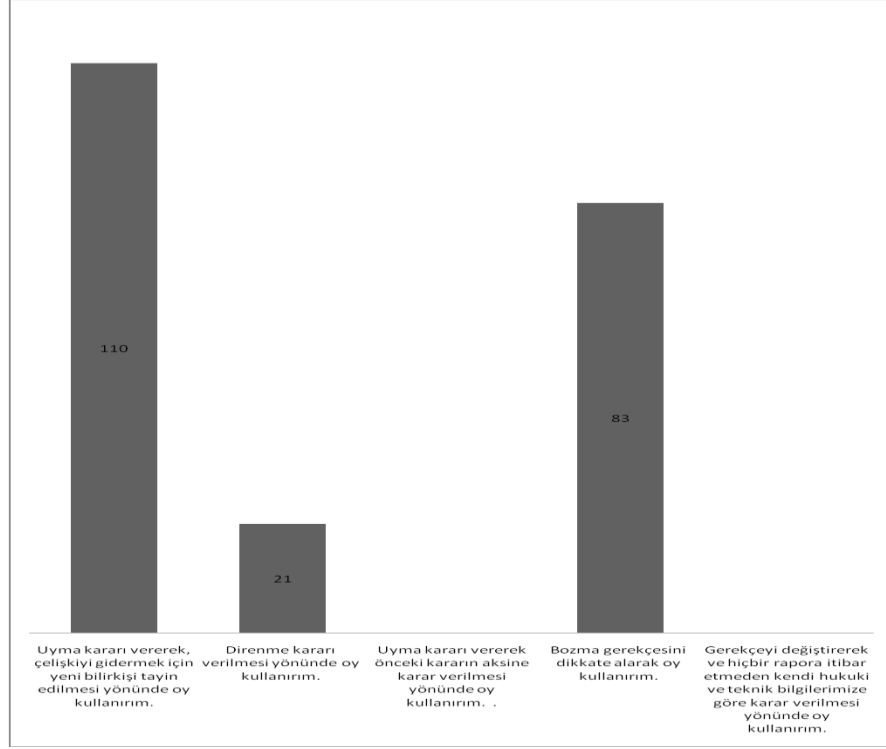
sadece bir kararı, %2,4'ünün beş tane kararı, %0,4'ünün 10 tane kararı, %3,6'sının da tüm kararları üst mahkeme tarafından bozulmuştur. Hakimlerin %62,3'ünün ise bu çelişkiyi gidermeden verdikleri kararlardan hiçbiri üst mahkeme tarafından bozulmamıştır.

Bu sonuçlara göre Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemelerinin, idarenin belirlediği bilirkişinin raporu ile mahkemenin atadığı bilirkişinin raporu arasında çelişki çözülmeden verilen kararların birçoğunu hukuka uygun kabul ettiği ve bu çelişkinin giderilmesini çok da önemsemediği ortaya çıkmaktadır.

Ancak Danıştay, 2008 yılında verdiği bir kararında ilk derece mahkemesinin idarenin belirlediği uzman kurulun raporunu dikkate almadan kendi belirlediği bilirkişi heyetinin raporuna göre verdiği kararı, yeni bir bilirkişi kuruluna incelettirilmesi gerekçesiyle bozmuştur²⁰.

5- İdarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporuna göre yapılan dava konusu idari işlem hakkında karar verirken, mahkemenin belirlediği bilirkişinin raporu ile idarenin belirlediği uzman veya jürinin raporu arasındaki çelişkiyi gidermeden verdiğiniz nihai karar Danıştay veya BİM tarafından bozulursa hangi yönde karar verirsiniz?

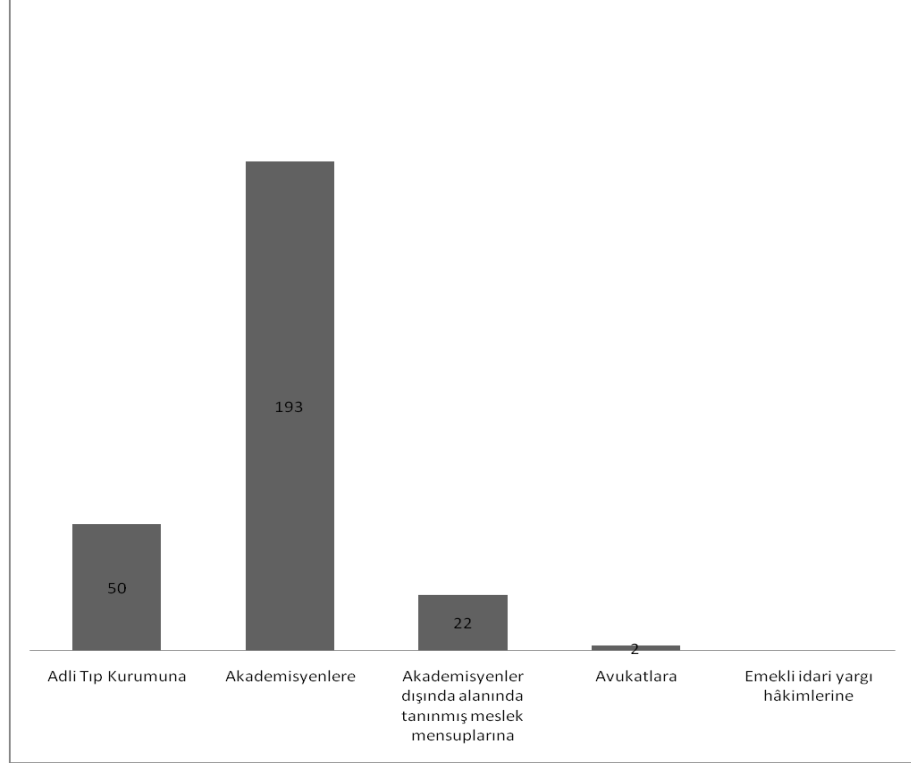
²⁰ Danıştay 6. Dairesi, Esas No: 2007/3398, Karar No: 2008/402, Karar Tarihi: 28.01.2008.



Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerin 110'u uyma kararı vererek çelişkiyi gidermek için yeni bilirkişi tayin edilmesi yönünde oy kullandığını, 21'i direnme kararı verilmesi yönünde oy kullandığını, 83'ü bozma gerekçesini dikkate alarak oy kullandığını belirtmiş, 9'u da bu konuda görüş belirtmemiştir. Cevaplar arasında "uyma kararı vererek önceki kararın aksine karar verilmesi yönünde oy kullanırım" ve "gerekçeyi değiştirerek ve hiçbir rapora itibar etmeden kendi hukuki ve teknik bilgilerimize göre karar verilmesi yönünde oy kullanırım" seçenekleri de bulunmasına rağmen hakimlerin hiçbiri bu cevapları tercih etmemiştir.

Buna göre hakimlerin %49,3'ü uyma kararı vererek çelişkiyi gidermek için yeni bilirkişi tayin edilmesi gerektiğini, %9,4'ü direnme kararı verilmesi, % 37,2'si ise bozma gerekçesini dikkate alarak karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hakimlerin yaklaşık yarısı bu durumda çelişkinin giderilmesi için yeni bilirkişi tayin edilmesi görüşündedir.

6- Bilirkişi olarak en fazla kimlere veya hangi kurumlara başvuruyorsunuz?

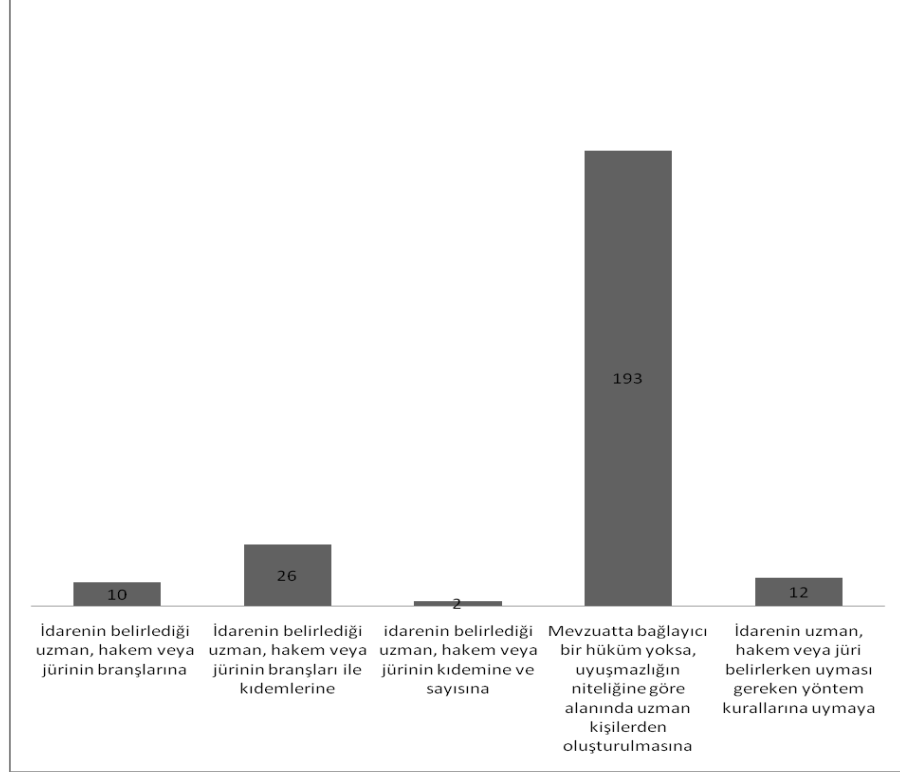


Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerin 50'si Adli Tıp Kurumuna, 193'ü akademisyenlere, 22'si akademisyenler dışında alanında tanınmış meslek mensuplarına, 2'si de avukatlara başvurduklarını belirtmişlerdir. Cevaplar arasında "emekli idari yargı hakimlerine" seçeneğinin de bulunmasına rağmen hakimlerden hiçbiri bunu tercih etmemiştir.

Buna göre, hakimlerin %22,4'ü Adli Tıp Kurumuna, %86,5'i akademisyenlere, %9,8'i akademisyenler dışında alanında tanınmış meslek mensuplarına, %0,9'u da avukatlara bilirkişi olarak başvurarak görüşlerini istemektedirler. Akademisyenlere başvuru oranı diğerlerinden bir hayli yüksektir.

7- Dava konusu idari işlemin nedeni olan idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporuna dayanan idari işlem, dava

konusu olarak önünüze geldiğinde bilirkişi tayin ederken nelere dikkat edersiniz?

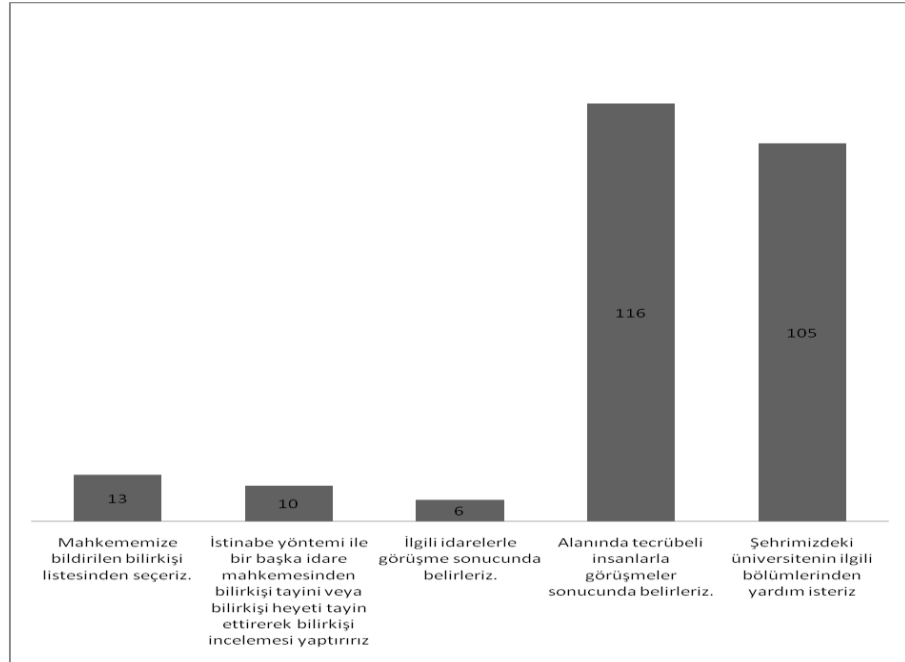


Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerden 10'u bu konuya ilişkin bilirkişi tayininde idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin branşlarına, 26'sı idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin branşları ile kıdemlerine, 2'si idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin kıdemine ve sayısına, 193'ü mevzuatta bağlayıcı bir hüküm yoksa uyuşmazlığın niteliğine göre alanında uzman kişilerden oluşturulmasına, 12'si de idarenin uzman, hakem veya jüri belirlerken uyması gereken yöntem kurallarına uymaya dikkat ettiklerini belirtmişlerdir.

Buna göre hakimlerin %4,5'i idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporuna dayanan idari işlem, dava konusu olarak önüne geldiğinde bilirkişi tayininde idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin branşlarına, %11,7'si idarenin belirlediği uzman, hakem veya

jürinin branşları ile kıdemlerine, %0,9'u idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin kıdemine ve sayısına, %86,6'sı mevzuatta bağlayıcı bir hüküm yoksa uyuşmazlığın niteliğine göre alanında uzman kişilerden oluşturulmasına, %5,4'ü idarenin uzman, hakem veya jüri belirlerken uyması gereken yöntem kurallarına uymaya dikkat etmektedir. Hakimlerin büyük bir çoğunluğu dava konusu idari işlemin nedeni olan idarenin belirlediği uzman, hakem veya jürinin raporuna dayanan idari işlem, dava konusu olarak önüne geldiğinde bilirkişi tayin ederken mevzuatta bağlayıcı bir hüküm yoksa uyuşmazlığın niteliğine göre alanında uzman kişilerden oluşturulmasına dikkat etmektedir.

8- İptal davalarında bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin ederken hangi yöntemi izlersiniz?

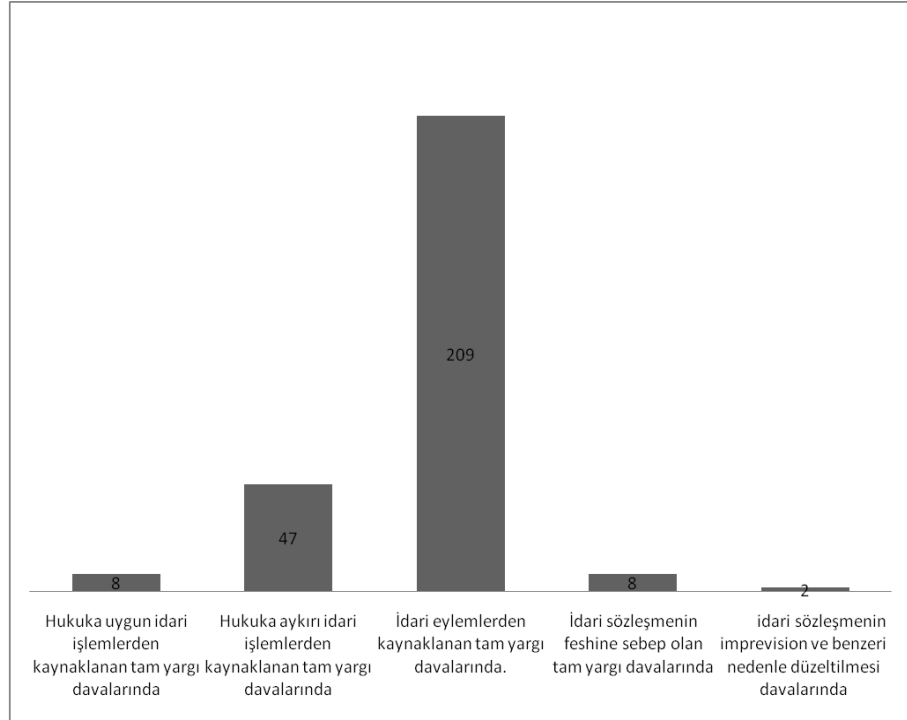


Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerden, 13'ü kendi mahkemelerine bildirilen bilirkişi listesinden seçtiğini, 10'u istinabe yöntemi ile bir başka idare mahkemesinden bilirkişi tayini veya bilirkişi heyeti tayin ettirerek bilirkişi incelemesi yaptırdığını, 6'sı ilgili idarelerle görüşme sonucunda belirlediğini, 116'sı alanında tecrübeli insanlarla

görüşmeler sonucunda belirlediğini, 105'i de buldukları şehirdeki üniversitenin ilgili bölümlerinden yardım istediklerini belirtmişlerdir.

Buna göre hakimlerin % 5,8'i bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin ederken kendi mahkemelerine bildirilen bilirkişi listesinden seçtiğini, %4,5'i istinabe yöntemi ile bir başka idare mahkemesinden bilirkişi tayini veya bilirkişi heyeti tayin ettirerek bilirkişi incelemesi yaptırdığını, %2,6'sı ilgili idarelerle görüşme sonucunda belirlediğini, %51,9'u alanında tecrübeli insanlarla görüşmeler sonucunda belirlediğini, % 47,1'i de buldukları şehirdeki üniversitenin ilgili bölümlerinden yardım istediklerini ifade etmişlerdir.

9- Hangi tür tam yargı davalarında bilirkişiye başvurursunuz?

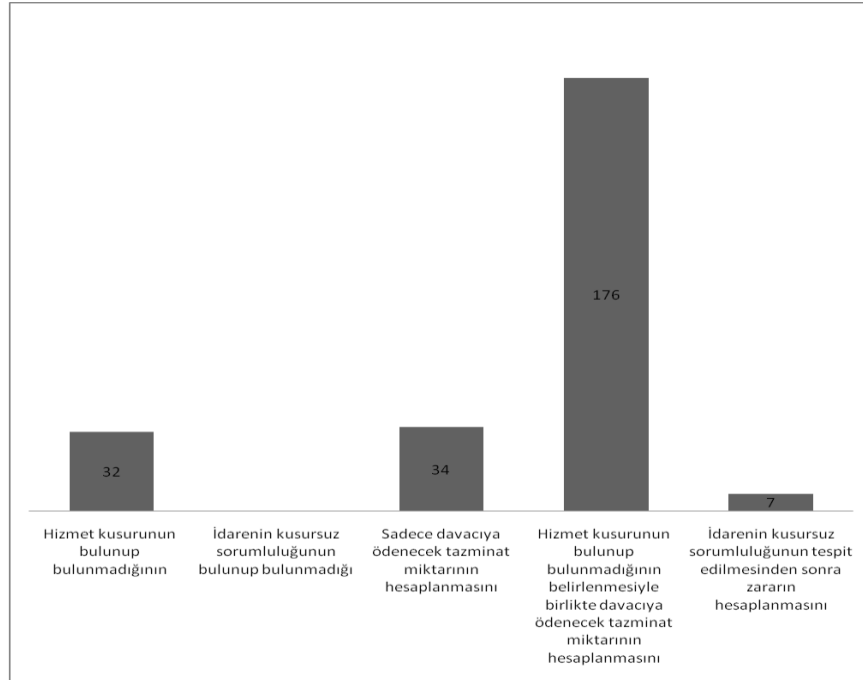


Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerden 8'i hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, 47'si hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, 209'u idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, 9'u idari sözleşmenin feshine sebep

olan tam yargı davalarında, 2'si de idari sözleşmenin imprevision ve benzeri nedenle düzeltilmesi davalarında bilirkişiye başvurduklarını belirtmişlerdir.

Buna göre hakimlerin % 3,6'sı hukuka uygun idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, % 21'i hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, % 93,6'sı idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, % 3,9'u idari sözleşmenin feshine sebep olan tam yargı davalarında, %0,8'i de idari sözleşmenin imprevision ve benzeri nedenle düzeltilmesi davalarında bilirkişiye başvurmuşlardır. İdari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında bilirkişiye başvurma oranı diğer davalardan oldukça yüksektir. Bu durum anket çalışmasının bilirkişilik uygulamalarına ilişkin görüşler kısmının ilk sorusuna verilen cevabı doğrular niteliktedir. Çünkü idari eylemden kaynaklanan tam yargı davaları genelde teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren hususları içerdiğinden burada bilirkişiye başvurmak hakim adına zorlayıcı bir durum oluşturmaktadır.

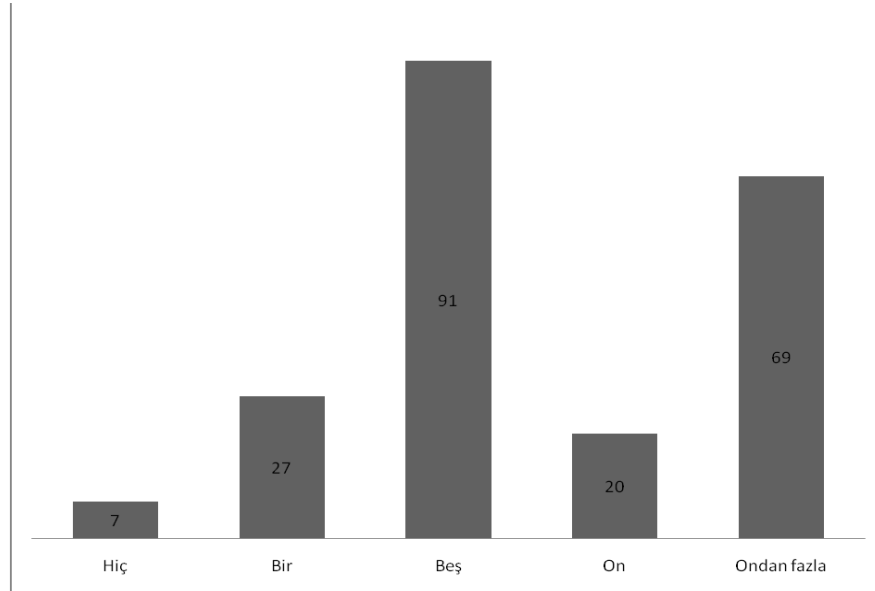
10- Tam yargı davalarında bilirkişiden ne istersiniz?



Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerden 32'si hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitini, 34'ü sadece davacıya ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasını, 176'sı hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesiyle birlikte davacıya ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasını, 7'si ise idarenin kusursuz sorumluluğunun tespit edilmesinden sonra zararın hesaplanmasını istediklerini belirtmişlerdir. Cevaplar arasında "idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunup bulunmadığı" seçeneği de bulunmasına rağmen hakimlerden hiçbiri bu seçeneği işaretlememiştir.

Buna göre, hakimlerin %14,3'ü bilirkişiden hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitini, %15,2'si sadece davacıya ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasını, %78,9'u hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesiyle birlikte davacıya ödenecek tazminat miktarının hesaplanmasını, %3,1'i ise idarenin kusursuz sorumluluğunun tespit edilmesinden sonra zararın hesaplanmasını istemektedirler. Hakimlerin büyük bir çoğunluğu, hem hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespitini hem de davacıya ödenecek olan tazminat miktarının hesaplanmasını bilirkişiden beklemektedirler.

11- Son bir yıl içerisinde tam yargı davalarında karar verirken bilirkişi veya bilirkişi heyetinden kaç kez faydalandınız?



Bu soruya verilen cevaplarda hakimlerden 27'si bir kez, 91'i beş kez, 20'si on kez, 69'u on kereden fazla bilirkişiye başvurduğunu, 7'si ise hiç başvurmadığını belirtmiştir. 9 kişi de bu soruya cevap vermemiştir.

Buna göre hakimlerin % 12,1'i son bir yıl içerisinde bir kez, %40,8'i beş kez, %9'u on kez, %30,9'u on kereden fazla bilirkişiye başvurmuş, % 3,1'i ise hiç bilirkişiye başvurmamıştır. Buna göre hakimlerin bir yıl içinde bilirkişiye başvurma sayıları “beş” ve “ondan fazla” şıklarında yoğunlaşmıştır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bilirkişi hazırladığı raporla hakimin nihai kararı vermesinde ona yardımcı olan kişi ya da kuruldur. Bilirkişilik konusu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiştir. İdari yargılama hukukunda bu konuya ilişkin özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bunun yerine İdari Yargılama Usulü Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun uygulanacağı konuları belirtmiş ve bunlar arasında bilirkişilik kurumuna da yer vermiştir. Bu yüzden medeni usul hukukunda bilirkişilik nasıl uygulanıyorsa idari yargılama hukukunda da aynı şekilde uygulanır.

Bu çalışma idari yargıda bilirkişilik kurumunun uygulanışını, teorik ve uygulamalı olarak ortaya koymayı amaçlamıştır. Teorik bölümde bilirkişilik konusu ile ilgili temel bir takım konulara yer verilmiştir. İkinci bölümde ise ülkemizde bulunan idare mahkemelerinde görev yapan hakimler üzerinde yapılan bir alan araştırmasının sonuçları yer almıştır. Bu araştırmada ulaştığımız sonuçlar kısaca şunlardır:

*Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren her davada bilirkişiye başvurulmaktadır. Hâkimler kendi bilgi ve becerileriyle çözemedikleri davalarda, ayırım yapmaksızın bilirkişiye başvurmaktadırlar.

*Hâkimler genel olarak idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarındaki hukuka aykırılığın tespiti için bilirkişiye başvurmaktadırlar. Yetki ve şekil hususlarına ilişkin konular, zaten nitelikleri gereği teknik bilgi ve özel uzmanlık gerektiren konular değildir. Hâkimler bunları kendileri çözmektedirler.

*Bilirkişi raporları konusunda hâkimlerin çoğunluğu kendi belirledikleri bilirkişilerin raporlarını güvenilir bulmakta ve buna göre hüküm tesis etmektedirler. Danıştay ve BİM'ler mahkemelerin atadığı bilirkişilerin görüşleri doğrultusunda verilen kararları genel olarak

onamaktadırlar. Yani mahkemelerce belirlenen bilirkişilerin görüşlerine değer verilmekte ve itibar edilmektedir.

*Hâkimlerin çoğunluğunun üst mahkemelerin bozma sebeplerine uygun şekilde yeniden karar verme eğiliminde oldukları görülmektedir. İlk derece mahkemelerinin üst mahkemelerin kararlarına karşı direnme kararı verme konusunda çok istekli olmadıkları anlaşılmaktadır.

*Davalarda bilirkişi olarak en fazla akademisyenlere başvurulduğu gözlemlenmektedir. Bu da bilim insanına diğer kesimlerden fazla itibar edildiğini göstermektedir. Hâkimler bilirkişi tayin ederken uyuşmazlığın niteliğine göre alanında uzman kişilerden belirleme yoluna gitmektedirler. Bu da uyuşmazlığın gerçekten hakkaniyete uygun bir şekilde çözümlenmesine verdikleri önemi göstermektedir.

*İptal davalarında bilirkişi veya bilirkişi heyeti tayin ederken büyük oranda alanında tecrübeli insanlarla görüşmeler sonucunda belirleme yapıldığı görülmektedir. Hâkimlerin buldukları şehirdeki üniversitenin ilgili bölümlerinden yardım isteme oranları, tecrübeli insanlarla görüşerek bilirkişi belirleme oranına göre daha düşüktür. Oysaki bilirkişilerin akademisyenler arasından belirlenme oranı %90'lardaydı, burada aslında tezat bir durum söz konusudur. Hâkimlerin en az yarısının anket sorularını bir bütünlük içerisinde cevaplamadıkları kanaati oluşmaktadır.

*Bilirkişiye başvurma oranı en fazla idari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında görülmektedir. Bu tür davalarda da ilk aşamada idarenin sorumluluğunun bulunup bulunmadığı noktasında bilirkişiden yardım talep edilmektedir. Daha sonra da zararların tayininde yardım istenmektedir. Zaten idarenin muhtelif şekillerde sebep olduğu zararların tazmini noktasında teknik bilgi ve uzmanlığa daha fazla ihtiyaç duyulmaktadır.

*Gerek ilk derece mahkemeleri gerekse üst mahkemelerin idarenin belirlediği uzman ya da bilirkişilerin görüşlerine çok da itibar etmedikleri görülmektedir. Bunun yerine kendi belirledikleri bilirkişilerin görüşlerine dayanarak karar vermektedirler. Ancak idarenin belirlediği uzman ya da kurul kimi zaman mahkemenin belirlediği bilirkişi ya da kurulundan daha yeterli, daha kıdemli, kendi alanında uzmanlığını kanıtlamış kişilerden oluşmuş olabilmektedir. Ancak mahkemeler hemen

hemen hiçbir kararında bunu önemsemeden yeni bilirkişi tayinine gitmekte ve kendi belirledikleri bilirkişilerin idareninkilere oranla yeterliliğini ölçmeksizin, kendi belirledikleri bilirkişi raporuna -çoğu zaman mutlaka- dayanarak karar vermektedirler. Bu durum idare mahkemelerinin idareye olan güvensizliğinin açık bir kanıtıdır. Mahkemelerin, idarenin her koşulda hukuka aykırı işlem yapacağına inanmış ve idarenin belirlediği uzman ya da kurulun her zaman yanlı karar vereceğine şartlanmış olduklarını gösterir.

Üniversitelerde yapılan teorik çalışmalara destek mahiyetindeki bu alan araştırmasıyla, idari yargılama sistemimizin etkinliğine katkıda bulunmayı ümit ediyoruz.

KAYNAKÇA

ALANGOYA, Yavuz/ M. Kamil YILMAZ/ Nevhis Beren YILDIRIM, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5. Baskı, İstanbul 2005.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref/Turgut TAN, **İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş Bası, Ankara 2003.

GÜNDAY, Metin, “**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun İdari yargıda Uygulanma Alanı**”, 2001 yılı İdari Yargı Sempozyumu, <http://www.danistay.gov.tr>. 13.10.2010.

GÜRELLİ, Nevzat, “**Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler**”, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 65-76.

KARAKOÇ, Yusuf, “**Vergi yargılaması Hukukunda Bilirkişilik Uygulaması**”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 5, Nisan 1996, s. 8-19.

KURT, Fedayi, “**Bilirkişilik Kurumu Ve İdari Yargıda Bilirkişi Raporlarının Kararlara Etkisi**”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Projesi, Konya 2010.

KURU, Baki/ Ramazan Arslan/Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Değiştirilmiş 21. Baskı, Ankara 2010.

OYTAN, Muammer, “**Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi Uygulaması, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması Ve Sahteciliğin İleri Sürülmesi**”, Türk İdare Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 398, Mart 1993, s. 45-93.

TANRIVER, Süha, **Bilirkişinin Hukuki Statüsü Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara 2002.

YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA DİSİPLİN SORUŞTURMASI SORUNU VE ALMAN DİSİPLİN MAHKEMELERİ MODELİ ÖNERİSİ

Yrd. Doç. Dr. Serkan ÇINARLI*

ÖZET

Kamu kurumlarının yönetimi açısından personelin disiplininin sağlanması şüphesiz son derece önemlidir.

Disiplin yönünden kamu personelinin işlediği suçlar için uygulanan soruşturma esas ve yöntemleri ve bu sürecin sonucunda verilen cezalar çoğu kez idare mahkemeleri tarafından eksiklikler nedeniyle iptal edilmektedir.

Bu çalışmamızda, Türkiye’de yükseköğretim kurumlarında uygulanan disiplin soruşturma yöntemlerini, Alman idare hukukunda özel ihtisas mahkemeleri olan disiplin mahkemelerinin soruşturma yöntemleri ile kıyaslayarak inceledik.

Alman idare hukukunda disiplin soruşturmaları, disiplin alanında uzmanlaşmış hâkimler tarafından yürütülmektedir. Bunun sonucunda hata ve hak ihlalleri oranı düşmektedir. Biz de, Türk disiplin hukuku için yükseköğretim kurumlarında ki durumu inceleyerek Alman hukukundaki özel ihtisas mahkemeleri olan disiplin mahkemeleri modelini önermekteyiz. Böylece disiplin yargılaması, hâkimler tarafından nesnel bir şekilde yapılmış olacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: *Yükseköğretim, Disiplin Soruşturması, Alman Disiplin Mahkemeleri, Disiplin Cezaları*

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

DISCIPLINE INVESTIGATION PROBLEMS IN TURKISH HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS AND GERMAN DISCIPLINE COURT MODEL

ABSTRACT

The discipline of the civil servants is very important in terms of the administration of state institutions. The official investigation principles and methods that are applied for the disciplinary actions of the civil servants and the disciplinary punishments inflicted are generally cancelled by the administrative courts due to adequacies in Turkey.

In this study, the discipline investigation principles and methods applied in Turkish higher education institutions are analyzed by comparing with the investigation principles and methods of the German discipline courts. These courts are considered as expertise courts in German Administrative Law.

The discipline investigations are carried out by judges who are specialized in the area of discipline law. As a consequence, the error and right violence rates are decreased.

By analyzing the discipline investigation principles and methods that are applied in Turkish higher education institutions; we recommend the establishment of specialized discipline courts in Turkey by sampling the German discipline courts. In this way, discipline judgment can be actualized objectively by specialized judges.

KEYWORDS: *Higher Education, Discipline Investigation, German Discipline Courts, Discipline Punishments.*

GİRİŞ

Devlet Memurlarının performansı ve performanslarını arttırmaya yönelik Türk Kamu Yönetiminde arayışlar ve tartışmalar sürmektedir. Yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanı, memur ve yöneticilerin disiplin soruşturmasına ilişkin kimi aksaklıklar hem disiplin hukuku anlamında hem de çalışanların performansları anlamında, ciddi bir önem arz etmektedir. Disiplin soruşturmasının sağlıklı bir zeminde yürümemesi halinde aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, görevinden çekilmiş sayılma, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve

kamu görevinden çıkarma gibi ciddi cezalar verilmesiyle sonuçlanacağından, kamu vicdanını yaralayacağı açıktır.

Özellikle yükseköğretim kurumlarında disiplin soruşturmalarında yaşanan aksaklıklar nedeniyle disiplin yaptırımlarının yetersiz kalması ve soruşturmacıların çoğu zaman yetersiz incelemeleri nedeniyle, memurların hak ettiklerinden ağır ya da hafif bir disiplin yaptırımı ile karşılaşmalarına neden olmaktadır.

Biz ise bu çalışmamızda, Almanya'da Federal Disiplin Kanunu'na göre, idare mahkemelerinin özel olarak tahsis edildiği disiplin mahkemelerine benzer bir model önerisini sunacağız.

I. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARINDA DİSİPLİN SORUŞTURMASI

A. Mevzuattaki Durum

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53.maddesinde “*disiplin ve ceza işleri*” başlığı ile bu kanuna tabi kişiler hakkında, nasıl bir süreç işleyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu kanuna dayanarak çıkarılan **Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği**'ne¹ göre; soruşturmaya yetkili amir (m.17) ve verecekleri cezalar (m.4 vd) sayılmış, soruşturma usul ve esasları (m.23 vd) gösterilmiştir. 2547 sayılı kanuna göre ve bu kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelikte düzenlenmemiş olan hususlarda, genel kanun niteliğinde olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanacaktır.

Her ne kadar yönetmeliğin 657 Sayılı Kanunu'na paralel hazırlandığı söylenebilse de, cezaların yönetmelikle düzenlenmesi “*suç ve cezada kanunilik ilkesine*” aykırılığa neden olduğu ileri sürülmektedir². Ancak disiplin suçu teşkil edecek fiillerin tüm listesini yapmanın mümkün olmaması ayrıca, kıyas yoluyla disiplin suçu

¹ Resmi Gazete Tarihi: 21.08.1982 Resmi Gazete Sayısı: 17789. Yönetmelik olarak bahsedilecektir.

² **DUMAN** Bahattin, *Yükseköğretim Ceza Ve Disiplin Soruşturması*, 2.b, Seçkin, Ankara, 2010, s.135; **GÖZLER** temel bir hak olan kamu hizmetine girme hakkının (Anayasa m.70) yönetmelikle kısıtlanmasının Anayasa'ya aykırılık taşıdığı görüşündedir. **GÖZLER** Kemal, *İdare Hukuku*, C.II, Ekin, Bursa, 2009, s.758.

yaratılabilecek olması nedeniyle disiplin hukukunda “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinin geçerli olamayacağı da savunulan diğer görüştür³. Kanunsuz suçun olmayacağı mutlak bir ilke olmadığı gibi disiplin hukuku ile de bağdaşmayacaktır. Zira değişen koşullar çerçevesinde cezaların kanunlarda düzenlenmediği fiillerin disiplin hukuku açısından soruşturulması gerekebilecektir⁴. Ayrıca, disiplin hukukuna kaynak oluşturan kanunlar mevcut olmakla birlikte ayrıntılı düzenlemeler yönetmeliklerle düzenlenmiştir.

B. Disiplin Soruşturmasının Niteliği

Hiyerarşinin doğası gereği içinde barındırdığı bir takım güç yetkileri, üst’ün ast üzerinde çeşitli denetimleri gerçekleştirmesinde de kendini gösterir. Hiyerarşi erki, üst’ün ast’a gördüğü kamu hizmet ile alakalı emir ve talimat verme, astı yönlendirme, astın fiillerini ve tasarruflarını inceleme, denetleme ve uygulanmasını erteleme, yürütmesini durdurma, iptal etme, kanunun verdiği bir yetkiye dayanarak disiplin cezası verme gibi yetkilerin tanınmasıdır⁵. Danıştay da bir kararında “*Hiyerarşi, gerek öğreti ve gerekse uygulamada, idare örgütünde yer alan kamu görevlilerinin sıralı bir dizilme içindeki, derecelendirilmiş bağlantıları olarak tanımlamaktadır. Bu sıralı bağlantı, "üst"ün daha alttaki kamu görevlisine karşı sahip olduğu hiyerarşik yetkiyi esas alır. Üstün asta karşı sahip olduğu etkisel güç, ast'a işlemlerini yapmadan emir verme, yol gösterme ve ast'ın işlemlerini onama, değiştirme ve düzeltme biçiminde ortaya çıkar*”⁶ diyerek hiyerarşiyi açıklamıştır.

Yönetmeliğin 47. Maddesinde “*Bu yönetmelikte yer alan disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir*” demek suretiyle de verilecek kararların, idari işlem yönlerine işaret etmektedir. Dolayısıyla disiplin cezaları, idari işlem niteliğini göstermektedirler⁷. Bu da disiplin

³ **GÖZLER**, s.756.

⁴ **ATAY E.Ethem**, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2006, s.757.

⁵ **AKYILMAZ** Bahtiyar, **SEZGİNER** Murat, **KAYA** Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2009, s. 196.

⁶ **Dan 8. D, E.2002 1831, K. 2003 1942, T. 29.04.2003**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

⁷ **GÖZLER**, s. 749.

hukukunun ceza hukukunun değil de, idare hukukunun alt dalı olmasına neden olmaktadır.

Buna karşılık Gözler⁸, disiplin usulünün idari bir işlem olmasına rağmen, ceza usul hukukundan da etkilenmesi neticesinde yargısal özellikler kazandığını aktarmaktadır. Hatta belli bir ölçüde “yargısallaştığını” da söylemektedir. Örneğin hakkında soruşturma açılan kişiye savunma hakkı verilmesi bu yargısal niteliğin bir parçasıdır⁹.

Hal böyle olsa da; disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında bazı farklar mevcuttur. Ceza hukuku anlamıyla verilen cezalar, toplum düzenine ilişkin iken, disiplin hukukunda verilen cezalar daha çok kamu kurumun işleyişine yönelik olmaktadır¹⁰. Disiplin cezalarının hangi disiplin suçları için verileceği mevzuatta düzenlenmiştir. Ceza hukukundaki kıyas yasağının, disiplin hukukunda uygulanmayacağı ve dolayısıyla kıyas yoluyla disiplin suçu ihdas edilebileceği söylenebilir¹¹. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 12. maddesinde “*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı türden disiplin cezaları verilir.*” demek suretiyle kıyas müessesesini kabul ettiği görülmektedir. Buradaki “benzer eylem” teriminin kıyas yolu ile ceza tayini olduğu kabul

⁸ **GÖZLER** Kemal, *İdare Hukuku Dersleri* (dersler) , 10.b, Ekin, Bursa, 2010, s.663.

⁹ “yükseköğretim kurumları yönetici, öğretim elemanı ve memurları disiplin yönetmeliğine göre, yüksek disiplin kurulu kararları oybirliği veya çoğunlukla verilebilecek olup birden çok iradenin katılımı ile oluşan kararların, tarafların iddia ve savunmaları ve ileri sürülen delillerin, kurulu oluşturanlarca ortaya konulan görüş ve karşı görüşlerin tartışması sonucunda olduğu göz önüne alındığında, çoğunluk oyları kadar karşı görüşte olanların oylarının bilinmesi de önemli olup davacının savunma hakkını da ilgilendiren bu yöndeki bir eksikliğin esası etkileyen bir şekil noksanlığı olduğu” **Dan. İDDK, E.2006/69, K. 2009/1089, T. 16.04.2009**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

¹⁰ **GİRİTLİ** İsmet, **BİLGİN** Pertev, **AKGÜNER** Tayfun. *İdare Hukuku 2*. B, D&R Yayınları, İstanbul, 2006, s.615.

¹¹ **AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA**, s.201.

edilmektedir¹². Ancak Danıştay'ın kıyas müessesini kabul etmediği “Türk Ceza Yasasının 1.maddesinde yer alan *kanunsuz suç ve ceza olmaz* kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunu kuşku bulunmadığına”¹³ yönündeki görüşünden anlaşılmaktadır.

C.Disiplin Soruşturması ile Disiplin Suçu ve Cezası Kavramı

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin yönetmeliğe göre *disiplin soruşturmasının amacı*, suçun nerede işlendiğinden çok yönetmelikte bahsedilen eylemelere riayeti sağlayarak kurum içi düzeni korumakla birlikte, yüksek öğretimde görev yapan kamu personelinin yükseköğretimin amaç ve ilkelerine uygun davranışı sağlamaktır¹⁴. Buna göre disiplin soruşturması; kamu görevlerinin ceza kanunu ve diğer kanunların ceza hükümlerinin dışında olan ve adli işlem gerektirmeyen ya da adli işlem gerektirmesinin yanında kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesine mani olan, uyulması mecburi hususlara aykırı olarak yasaklanmış bulunan fiil ve davranışların takibatının yapılıp soruşturulması işlemi şeklinde tarif edilebilir¹⁵.

Disiplin suçunun tanımını kanunda aramak beyhude bir çaba olacaktır. Zira disiplin hukukunda, kanunilik ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla doktrin *disiplin suçunu*, memurun göreviyle ilgili kusurlu davranışları olarak tanımlamaktadır¹⁶. Bu tanıma göre; fiil+ görevle ilgili olması+kusurlu bir fiil olması, birlikte disiplin suçunu oluşturacaktır.

Disiplin suçunun genel unsurlarını ortaya koymak, bir fiilin disiplin suçu olup olmadığını ortaya koymak açısından önemlidir. Dolayısıyla ceza hukukunda suçun 4 unsurunu (tipiklik, maddi unsur,

¹² **BALCI** Muharrem, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları*, Danışman, İstanbul, 1999, s.62.

¹³ **DİDD**, E.1993/61, K.1994/327, T.17.06.1994, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

¹⁴ **DUMAN**, s.136.

¹⁵ **DUMAN**, s.137.

¹⁶ **GÖZLER**, dersler, s.662.

hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur) disiplin suçunda da aramak gerekecektir¹⁷.

Her kusurlu davranışın bir yaptırımını olacağına göre, *Disiplin cezası*; bir kurumda çalışan memurların, kurumun nizamını bozacak nitelikteki davranışlara karşı uygulanan yaptırımlar olarak tanımlanabilir¹⁸. Şüphesiz ki; bu davranışlara uygulanacak yaptırımlar arasında bir denge diğer bir deyişle “*adil oranın*”¹⁹ gözetilmesi önemli bir husustur. Fiil ile disiplin yaptırımını arasında oranlılığın korunması disiplin hukukunun temel ilkelerindedir²⁰. Danıştay da, “*eylem ile ceza arasında adil bir denge bulunması gerekeceği ceza hukuku ve genel hukuk kurallar gereğinden olması*”²¹ ile birlikte “*fiilin ağırlığı ile karşılığı cezayı saptamada idareye tanınan takdir yetkisinin makul ölçüler içinde kullanılması hukukun genel ilkelerindedir*”²² görüşündedir.

Disiplin hukukunda disiplin cezası gerektirecek davranışlar için öngörülen cezalar, önceden belirlenmiş olmalı ve gerek disiplin suçları gerekse disiplin cezaları hukuksal bir dayanağa dayanmalıdırlar²³. Ancak mevzuata baktığımız zaman, ayrıntılı düzenlemelerin kanundan çok, yönetmeliklerde belirlendiği görülmektedir.

D. Disiplin Soruşturmasında Yetkili Mercii

Yönetmelikte atamaya yetkili amir, disiplin cezası vermeye yetkili amir şeklinde tanımlanmıştır. Ancak uygulamada bu kavram farklı anlaşılma ile atamaya yetkili memur deyiminden daha çok rektör

¹⁷ LİVANELİOĞLU Ömer Asım, *Memur Disiplin Hukuku*, 2. B, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003, s.21.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, C.1, 7.b, Ankara, 2010, s.1016-1017.

¹⁹ GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, s.620.

²⁰ SANCAKDAR, Oğuz: *Disiplin Yaptırımını Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin, Ankara, 2001, s.298.

²¹ Dan 5.D, E. 1969/5398, K.1971/380, T.26.1.197, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

²² Dan 8.D, E.1995/3706, K. 1995/3622, T.14.11.1995, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

²³ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s.1021; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2004, s.560.

anlaşılmaktadır. Buna karşılık doktrinde, bu terimden anlaşılması gerekenin dekandan başlayarak ast mercilere kadar her kademedeki personeli atama yetkisi kime verilmişse, disiplin cezasının da bu merciler tarafından yapılması gerekliliğidir²⁴. Disiplin cezası verme yetkisi, bahsettiğimiz hiyerarşi kudretinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukundan farklı, disiplin cezasını veren makam yargı değil de idari makamlar olacağı gibi, bu cezaların uygulanması da bu idare makamlar tarafından yerine getirilecektir²⁵.

Disiplin soruşturması yapılırken usul kurallarına dikkat edilmemesi halinde disiplin cezası şekil yönünden sakat olacaktır²⁶. Ancak uygulamada²⁷ mevzuattaki mevcut düzenlemelerle, cezaların verilmesinde soruşturma usul ve esaslarında yapılan hatalar nedeniyle birçok ceza, yargı yerince iptal edilmiştir. Yönetmeliğin 17. Maddesine göre; Disiplin Amiri, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir. Yükseköğretim Kurulu Başkanı, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının; Rektör, bütün üniversitenin, Dekan, bütün fakültenin; Enstitü veya yüksekokul müdürü, bütün enstitü veya yüksekokulun her kademesindeki görevlilerin disiplin amiri olup bunlar hakkında resen disiplin soruşturması açabilir veya açtırabilir.

Bölüm Başkanı; anabilim, ana sanat, bilim veya sanat dalları başkanları görev alanları ile ilgili disiplin soruşturma taleplerini en yakın disiplin amirine yaparlar. Bu talep gecikilmeden uygulanmaya konulur. Ancak bu durumda soruşturmacıların teşkil etmesi ile soruşturdıkları

²⁴ DUMAN, s.138.

²⁵ GİRİTLİ, BİLGEN, AKGÜNER, s.616.

²⁶ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s.201.

²⁷ “öğretim üyesi olan davacıya verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasında, disiplin kurulu kararı alınmadan, doğrudan atamaya yetkili amir olan rektör tarafından verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı” **Dan.8.D, E. 2005/2530, K.2005/4444, T.28.10.2005**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011); “araştırma görevlisi olan davacıya aylıktan kesme cezası vermeye enstitü müdürü yetkili olduğundan, enstitü müdürünün katılımıyla oluşan enstitü disiplin kurulunca verilen cezada yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı” **Dan.8.D, E.2004/4435, K.2006/42, T. 31.01.2006**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

kişinin aynı yüksek öğretim kurumunda olması ve aradaki ilişki de göz önüne alındığında, yürütülen soruşturmanın selametini ve nesnellliğini tereddüde düşürdüğü görülecektir. Nitekim yapılan soruşturmaların, eksik ve üstünkörü incelemelerle yürütülmesi, yaptırım gücü zayıf bir netice doğurmaktadır. Bu durumun tam tersi de mümkündür. Örneğin soruşturulan kişi ile soruşturan arasında bir husumet olması neticesinde yine haksız işlemlerin doğması mümkün olabilecektir.

Soruşturmada uygulanan esaslarda yapılan hem usul hem de esas hataları nedeniyle idari yargıda onlarca dava kaybedilmiş; ayrıca gerçekten disiplinsiz davranışı olan kamu görevlileri, cezasız kalmışlardır. Yapılan hatalar²⁸ ve eksiklikler o denli fazladır ki; birçok üniversite disiplin ve ceza soruşturmaları usul ve esaslarına ilişkin uygulama kılavuzu hazırlamıştır. (Örneğin Ege Üniversitesi Hukuk Müşavirliğince hazırlanan Yükseköğretim Kurumları'nda Disiplin Soruşturması Ceza Soruşturması Usul ve Esasları ile İdari Uygulamaları 2011)

Gerçektende, anılan kılavuzda da disiplin soruşturması esnasında karşı karşıya kalınan sorunlar ile ilgili olarak maddeler sıralanmış, bunlardan en önemlilerinden biri olarak soruşturmacının disiplin kuruluna katılarak alınan kararı hukuka aykırı hale getireceği belirtilmiştir²⁹.

²⁸ “öğretim üyesi olan davacıya kınama cezasını fakülte yönetim kurulu değil, disiplin amirinin vermesi gerektiği” **Dan.8.D, E.2006/89, K, 2007/1211, T. 06.03.2007**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011); “davacının eylemlerinin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren davranışlardan olduğundan bir alt ceza olan aylıktan kesme cezası da olsa disiplin kurulunca karar alınmaksızın disiplin amirince ceza verilemeyeceği” **Dan.8.D, E.2004/2772, K.2005/1227, T.16.03.2005**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

²⁹ “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 33. maddesinde uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarının disiplin amirleri tarafından verileceği, 39. maddesinde, kurulda raportörün açıklamaları dinlendikten sonra işin görüşülmesine geçileceği, Kurulun gerek görmesi durumunda soruşturmacıları da dinleyebileceği kurallarına yer verilmiştir. Disiplin kurulu kararlarının nesnellliğini sağlamak amacıyla soruşturmacının disiplin kuruluna katılarak oy

E.Disiplin Soruşturmasındaki Sorunlar

1. Disiplin Soruşturmasında Tarafsızlık İlkesinin İhlali

Çalışmamızın temel sorunsalı olan disiplin soruşturmalarının yürütülmesindeki esas ve usullere aykırılığın başında, tarafsızlık ilkesinin ihlali gelmektedir. Disiplin soruşturmasını yapan kişi(ler) ile disiplin cezasını veren kişilerin aynı olması, tarafsızlık ilkesini alenen ihlal etmektedir.

Bu durum, yargı kararları ile de tespit edilmiş ve bu kurala riayet edilmemesini hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir. Buna göre, “*İdari yargı yerlerinin görev alanı içerisinde bulunan ve özellikle disiplin hukukunda ilgililerin suçlandıkları hususlarda tanık ifadeleri alınıp bunların olaya ilişkin olarak temin edilebilen delillerle somutlaştırılması soruşturma yöntemi ile mümkün olmaktadır. Yazılılık ilkesinin geçerli olduğu İdari Yargılama Usulünde, açılan bu soruşturmalar sonrası düzenlenen soruşturma rapor veya raporları idari yargı yerleri açısından en önemli yargısal malzemeler arasında bulunmaktadır. Bu yargısal malzemelerin yargılama süresinde dikkate alınabilmesi ve yargılamayı yapan yargı yerlerinin soruşturma raporuyla saptanan hususları kararına dayanak yapabilmelerinin temel koşulu ise, bu raporların tarafsız olarak hazırlanmış olmasına bağlıdır. Dosyanın incelenmesinden, olayın açıklığa kavuşturulması amacıyla görevlendirilen ve düzenlediği raporda 1/30 oranında aylıktan kesme cezası verilmesini öneren soruşturmacı ile dava konusu disiplin cezasını veren kişinin aynı kişi olduğu anlaşılmakta olduğundan bu durumun*

kullanması kabul edilemez. Esasen anılan 39. maddeden de anlaşılacağı üzere soruşturmacı, gerek görülmesi durumunda ve sadece dinlenmek üzere katılabilecektir. Mahkemece, davacının hatalı ve kusurlu davrandığından bahsedilmesine olanak bulunmadığı gerekçesi ile dava konusu işlem iptal edilmiştir. Dosyanın incelenmesinden, davacının eyleminin sabit olduğu, soruşturmacı tarafından önerilen kınama cezasının disiplin amiri tarafından verilmesi gerekir iken disiplin kurulunca karar verildiği ve soruşturmacının disiplin kuruluna katılarak oy kullandığı görülmektedir. Bu durumda, soruşturmacının da katıldığı ve yetkisiz disiplin kurulunca verilen kararda hukuka uyarlık yoktur” Dan. 8.D, E.2004/2895, K.2005/1597, T.05.04.2005, www.danistay.gov.tr (27.06.2011)

yukarıdaki değinilen tarafsızlık ilkesini zedelediği açık olup bu yönüyle dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”³⁰

Tarafsızlığı zedeleyen bir diğer husus da; Danıştay’ın bir kararında şöyle dile getirilmiştir: “Soruşturulan bir olayda taraf konumunda bulunan, soruşturma açılmasını sağlayan veyahut soruşturulan olaya ilişkin olarak bilgi ve görgüsüne başvurulmuş veya başvurulabilecek kişilerin soruşturmacı olarak atanması ve soruşturmayı yürüterek soruşturma raporu hazırlaması (tarafsızca hazırlanmış bulunsa dahi) gerek kamu vicdanında gerekse suçlanan (hakkında suç isnadında bulunulan) kişi vicdanında birçok soru işaretlerine neden olacağı gibi bu durumun tarafsızlık ilkesini zedeleyeceği de tartışmasızdır....anılan bu rapora dayanılarak hüküm kurulması yerinde görülmemiştir.”³¹

2.Cezayı Veren Mercinin Yetkisiz Olması İle İlgili Danıştay Kararları

Gene ceza verme yetkisine sahip makam konusunda çok fazla usul hatası yapılmaktadır.

Yönetmeliğe göre m.17 de; disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amir, sıralı disiplin amirleri olarak öngörülmektedir. Disiplin Amiri, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir. Yükseköğretim Kurulu Başkanı, üst kuruluşlar ile bütün yükseköğretim kurumlarının; Rektör, bütün üniversitenin, Dekan, bütün fakültenin; Enstitü veya yüksekokul müdürü, bütün enstitü veya yüksekokulun her kademesindeki görevlilerin disiplin amiri olup bunlar hakkında resen disiplin soruşturması açabilir veya açtırabilir. Bölüm Başkanı; anabilim, ana sanat, bilim veya sanat dalları başkanları görev alanları ile ilgili disiplin soruşturma taleplerini en yakın disiplin amirine yaparlar.

³⁰ **Dan. 8.D, E.2004/3334, K.2005/5118, T. 12.12.2005, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).**

³¹ **Dan. 8.D, E.2004/2989, K.2005/4133, T.18.10.2005, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).**

Buna karşılık disiplin soruşturması yapma ile disiplin cezası verme mercilerinin bağımsız olduğu Danıştay'ın bir kararında³² “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere; disiplin suçlarının soruşturulması konusunda sıralı disiplin amirlerinin yetkisi belirlenirken üst disiplin amirleri bu konuda açıkça yetkili kılınmıştır. Buna karşın, soruşturmaya yetkili amirlerin disiplin cezası verme konusunda yetkili olduklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği gibi disiplin cezasını vermeye kimlerin yetkili olduğu başka bir madde de düzenlenmiştir. Böylece, soruşturma yapma yetkisi ile ceza verme yetkisi maddelerde yer alış şekliyle de birbirinden bağımsız düşünülmüştür” şeklinde ifade bulmuştur.

Danıştay'a göre “Fakülte Dekanı hakkında rektörün başkanlığında iki rektör yardımcısından oluşacak kurul tarafından karar verilmesi yasa hükmü gereği olduğundan, üniversitede iki rektör yardımcısı bulunmaması nedeniyle yetkili kurul oluşturulamıyor ise, bu durumda Yükseköğretim Kurulu Üyelerinden oluşturulacak yetkili kurul tarafından karar verilmesi”³³ gerekecektir. Keza, “öğretim üyesi olan davacıya verilen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasında, disiplin kurulu kararı alınmadan, doğrudan atamaya yetkili amir olan rektör tarafından verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı”³⁴ yönündedir.

Danıştay, “.asıl cezanın öğretim mesleğinden çıkarma cezası olduğundan, bu cezayı ancak yükseköğretim kurulu tarafından verilebileceğinden, bu cezanın altının verilmesi konusundaki takdir yetkisinin kullanımı da yüksek disiplin kuruluna ait olduğundan soruşturmacı tarafından bir alt ceza değerlendirilmesi yapılarak teklif

³² **Dan. 8.D, E.2004/2984, K.2005/2086, T.14.10.2005, www.danistay.gov.tr (27.06.2011)**

³³ **Dan. 1.D, E.2007/488, K.2007/571, T.18.05.2007, www.danistay.gov.tr (27.06.2011)**

³⁴ **Dan. 8.D, E. 2005/2540, K. 2005/4444, T. 28.10.2005, www.danistay.gov.tr (27.06.2011)**

edilen ve üniversite disiplin kurulunca da teklif doğrultusunda verilen cezada yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığına”³⁵ karar vermiştir.

Ayrıca Danıştay, “Yetki kurallarının dar ve özel anlamda kamu düzenine ilişkin olduğu, bu nedenle idarenin yetki kurallarına sıkı bir şekilde uymak zorunda bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Dar anlamda yetki unsuru denilen karar alma yeteneği, konu yer ve zaman itibarıyla, Anayasa ve yasalarla belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınmış bir güçtür. Yetki konusunda açık düzenleme yapılmayan hallerde, yetkinin hangi amaçla ve ne şekilde kullanılacağından hareketle bu yetkiyi kullanacak makam belirlenebilecektir. Hakkında karar verilecek kişi, olay ve karara etki eden bütün unsurlar yetkinin kullanımını da belirleyecektir. Öte yandan, disiplin cezasına ilişkin yetkinin doğru kullanılmaması itiraz edilecek mercii konusunda Yönetmelikte öngörülen sıralamanın da bozulmasına neden olacaktır. İncelenen olayda, ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Üroloji Anabilim Dalı Öğretim Üyesi olan davacıya, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası veya bu ceza yerine bir alt ceza olan aylıktan kesme cezasının disiplin kurulu kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amir olan rektör tarafından verilmesi gerekirken dekan tarafından verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmamakta olup, davanın esasına yönelik karar verilmesinde”³⁶ hukuki isabet görmemiştir.

3. Disiplin Cezalarını Veren Mercilerin Niteliği

Bu sorunlar dışında soruşturmacıların çoğu zaman hukukçu olmamaları esas yönünden de hatalı kararların çıkmasına yol açtığı gibi soruşturmacıların ya da disiplin amirlerinin mevcut çalışma koşullarını ve iş barışını düşünerek objektif olamadıkları çoğu zaman bir tespit edilen bir husus olmaktadır. Disiplin Mahkemeleri tarafından verilecek cezaların bu tarz sorunları ortadan kaldıracağı izahtan varestedir.

³⁵ **Dan. 8.D, E.2004/2935, K.2005/3129, T.21.06.2005**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

³⁶ **Dan. 8.D, E.2004/3073, K.2005/4548, T.09.11.2005**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011); aynı yönde, **Dan. 8. D, E. 2004/3101, K.2005/4802, T.23.11.2005; Dan. 8.D, E. 2004/3487, K.2006/337, T.31.01.2006**, www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

Çalışmamızın bundan sonra kısmında Alman Disiplin Mahkemeleri tanıtılarak, model olarak yararlanılması yönünde tartışılacaktır.

II. ALMAN DİSİPLİN MAHKEMELERİ MODELİ³⁷ İLE YÜKSEKÖĞRETİM DİSİPLİN SORUŞTURMASININ KARŞILAŞTIRILMASI

Almanya'da memur hukuku, federal memur hukuku (Bundesbeamtenrecht) ve federe memur hukuku (Landesbeamtenrecht) olarak ikiye ayrılır. 9 Haziran 2001 tarihinde Federal Disiplin Kanunu (Bundesdisziplinalgeseztz) yürürlüğe girmiştir.

Bu kanun Federal Memur Hukuku (Bundesbeamtengeesetz) kapsamı içerisinde yer alan tüm memur ve emekli memurları kapsamaktadır. Bunun haricinde federe memurlar için disiplin yönetmelikleri bulunmakta ve federe memur hukukuna tâbi memurları kapsamaktadır. Ancak federe memurların disiplin cezasına çarptırılmak üzere yargılanmaları konusunda Federal Disiplin Kanunu hükümleri uygulanabilmektedir³⁸.

Alman disiplin hukuku incelendiğinde, görülen disiplin hukukunun bir “**ultima ratio**” olduğudur. Ceza hukuku terimi olarak bütün hukuk dallarındaki çözüm yollarının tüketilip en sonunda ceza hukukuna başvurulması anlamına gelen bu terim, Alman disiplin hukukunda disiplin hukukuna gitmeden, amirin ya da kurumun memur üzerindeki diğer tüm yaptırım ve denetim yollarını tüketmesi ancak bunların yeterli olmaması durumunda disiplin hukukuna başvurulması anlamına gelir. Aslında bu durum son derece yerindedir. Burada amaç, memurun verdiği yanlış kararları ya da hataları cezasız, diğer bir deyişle disiplinsizliği cezasız bırakmak olmayıp, kamu hizmetinin eksiksiz yerine getirilmesinin sağlanmasıdır. Alman hukukunda memurlara yönelik disiplin soruşturması ve ceza verilebilmesi için İdare Mahkemelerinin disiplin davalarına bakan bölümleri ve Yüksek İdare Mahkemeleri'nin disiplin konularına bakan senatoları oluşturulmuştur. Eyaletler bir bölgede birden fazla mahkemeyi disiplin konusu ile ilgili olarak

³⁷ Alman Disiplin Mahkemeleri Modeline ilişkin açıklamalar. Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 8, Ekim 2005'te yayınlanan Serkan **ÇINARLI**'nin yazdığı *Alman Hukukunda Disiplin Mahkemeleri* adlı makaleden alınmıştır.

³⁸ www.juris.de Bundesdisziplinalgeseztz. (27.06.2011)

görevlendirebilirler. Eyalet disiplin kanuna göre, bir mahkeme disiplin konusunda görevli ise, aksi belirtilmedikçe bu mahkeme bölgesinde aynı zamanda bu kanuna göre davalara bakmaya yetkilidir³⁹

Alman hukukunda memur disiplin yaptırımları için disiplin tedbirleri (disziplinarmaßnahmen) terimi kullanılmakta olup; “Strafe” ceza terimi kullanılmayarak, disiplin hukukunun ceza hukuku olmadığı özellikle belirtilmek istenmiştir. Almanya'da disiplin suçu teşkil edecek davranışların neler olduğu ve bu davranışlara ne gibi disiplin cezaları uygulanacağı önceden bellidir. Gerek Federal Disiplin Kanununda (Bundesdisziplinargesetz), gerekse Federe Disiplin Yönetmeliklerinde (Landesdisziplinarordnung) memurlara uygulanacak olan disiplin cezaları teker teker sayılmış, ancak hangi davranışın bu disiplin cezasını gerektirdiği açıklanmamıştır.

Federal Disiplin Kanununda yer alan memurlara verilecek disiplin ceza ve tedbirleri bu Kanunun ikinci bölümde sayılmıştır. Buna göre; İhtar (Verweis), Para Cezası (Geldbusse), Aylıktan Kesme Cezası (Kürzung der Dienstbezüge), Alt Göreve Verilme (Zurückstufung), Memurluktan Çıkarılma (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis), Emekli Maaşının Kesilmesi, Emekli Maaşından Iskat (Kürzung und Aberkennung des Ruhe Gehalts)

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı Ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde de (m.4) Uyarma, Kınama, Yönetim görevinden ayırma, Aylıktan kesme, Kademe ilerlemesinin durdurulması, Görevinden çekilmiş sayma, Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve Kamu görevinden çıkarma şeklinde disiplin cezaları öngörülmüştür. Hem yönetmeliğimizde hem de Federal Disiplin Kanununda ortak olan düzenlemeler: ihtar(uyarma), aylıktan kesme cezası, memurluktan çıkarılma (kamu görevinden çıkarma) cezalarıdır.

A.Soruşturma Usulü

Alman Disiplin Hukukuna göre, hizmet sırasında disiplinsiz davranan memur için öncelikle, bir ön soruşturma yapılır. Memura yapılacak yazılı bir tebligat ile hakkındaki ithamlar açık olarak yazılır ve cevaplama için süre verilir. Bu süre her federe disiplin yönetmeliklerinde (Landesbeamtenordnung) ayrıca belirtilmiştir. Memur

³⁹ Alberı-Gayer-Roskamp, *Landesdisziplinarordnung*, Einleitung, Rn.2

bu aşamadan itibaren, kendisini savunmak üzere avukat yardımı alabilme hakkına sahiptir.

Tahkikat sonucunda şu kararlara varılabilir:

1. Davanın Açılmaması (Einstellung des Verfahrens)
2. Memurun Disiplin Cezasından Affedilmesi (Erlass einer
3. Disziplinarverfügung)
4. İhtar (Verweis)
5. Para Cezası (Geldbusse)
6. Disiplin Mahkemesinde Dava Açılması Kararı (Einleitung eines förmlichen Disziplinarverfahrens)

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde m.17 ve m. 22 birlikte değerlendirildiğinde süreç şöyle işlemektedir: Disiplin suçunu soruşturmaya yetkili amir, sıralı disiplin amirleri olduğundan Disiplin Amiri, disiplin suçu hakkında bizzat veya bilvasıta bilgi sahibi olduğunda soruşturmayı kendisi yapabileceği gibi soruşturmacı tayini sureti ile de yaptırabilir. Soruşturmanın, soruşturmacı tayini suretiyle yapılması halinde, soruşturma kararı gecikilmeksizin soruşturmacıya bildirilir. Soruşturmacı, soruşturmayı kararın kendisine tebliğinden itibaren iki ay içerisinde bitirir. Bu süre içerisinde soruşturma bitirilmiyor ise soruşturmacı, gerekçeli olarak ek süre talebinde bulunur. Disiplin amiri, ek süre vermesi halinde, durumu bir üst disiplin amirine bilgi olarak sunar.

Burada savunma hakkından da bahsetmek gerekir. Ülkemizde Savunma hakkı yönetmeliğin 24. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Soruşturmayı yapanın veya disiplin kurulunun yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içerisinde veya belirtilen bir tarihte savunmasını yapmayanlar, savunma hakkından vazgeçmiş sayılırlar. Sanığa gönderilen yazıda, hakkında disiplin soruşturması açılan fiilin neden ibaret bulunduğu, savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilir. Disiplin hukukunda hissedilen ceza hukuku etkisi düzenlemeye terimlerde de yansımıştır. Madde metninde kullanılan “sanık” terimi bu etkinin sonucudur.

Alman hukukunda Memurun disiplin cezasından affedilmesi onun disiplin mahkemesine sevk edilmeden, uyarılması, ihtar alması ya da para cezasına çarptırılması anlamına gelmektedir. Bu durumda memur kurum içinde amirleri tarafından bir ön soruşturmaya tabi tutulmakta ve memurun dosyasının mahkemeye intikal etmeden uyarı cezası verilmesi ya da para cezası verilmesi ile neticelendirilmektedir. Buradaki ön soruşturma kamu kurumu içinde yapılan soruşturma türüdür. Ayrıca mahkemenin yaptığı bir ön soruşturma var ki; ona da ileride değineceğiz. Memurların Uyarıma hatta bir alt disiplin cezası uygulanması nedeniyle cezasız kalması ile sonuçlanan soruşturmalara tabi tutulması hem memur hem kurum açısından yıpratıcı ve çoğu zaman amacına ulaşmayan bir süreç olmaktadır. Bu nedenle son derece yerinde bir düzenlemedir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde Alman hukukunda olduğu gibi disiplin cezasından af edilmesi gibi bir düzenleme mevcut değildir. Yönetmelikte alt sınırdan ceza verilmesine ilişkin bir düzenleme vardır. Buna göre, Geçmiş hizmetleri sırasında çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan yönetici ve öğretim elemanları ile memurlar ve diğer personel için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir (m.16). Danıştay'ın da kararı "*kamu görevinden çıkarma cezası ancak Yüksek disiplin Kurulu tarafından verilebileceğinden, bu cezanın bir altının verilmesi konusundaki takdir yetkisinin kullanımının da Yüksek Disiplin Kuruluna ait olduğu kuşkusuzdur*"⁴⁰ yönündedir.

Alman Hukukunda Ağır bir para cezası söz konusu ise bunun mutlaka disiplin mahkemesince verilmesi gerekir. Hakkında dava açılması kararı verilen memurun dosyası öncelikle dosyadaki ithamlardan tamamen bağımsız olarak bir meslek hâkimi (Untersuchungsführer) tarafından incelenir ve rapor yazılır, daha sonra karar vermek üzere dosya, idare mahkemelerinin disiplin davalarına bakmakla görevli mahkemelerine gönderilir ve nihai karar bu mahkemece verilir. Mahkeme burada bir ön soruşturma yaparak bağımsız bir şekilde incelemelerde bulunarak mahkeme rapor halinde sunulur. Yükseköğretim Kurumları

⁴⁰ **Dan. 8. D, E.** 2006/2832, **K.** 2007/2860, **T.** 14.5.2007 www.kazanci.com (26.06.2011)

Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde bu yönde bir düzenleme mevcut olmaması bir eksikliklerdir. Zira aylıktan kesme cezasının haksız verilmesi halinde, ceza verilen kişiyi, mali haklardan yoksun ve zor durumda bırakacaktır. Oysa çalışan için ciddi hak ihlallerine ve telafisi güç zararlara neden olma olasılığı yüksek bu tip cezaların, yargı yerince incelenmesi isabetli olacaktır.

Görüldüğü üzere Alman hukuku ile ülkemiz hukuku arasında soruşturmanın yürütülmesi açısından ciddi farklar mevcuttur. Öncelikle şunu belirtelim ki, ülkemizdeki soruşturma, ön soruşturma değil de bir bütün şeklinde olmaktadır. Oysa Alman hukukunda, ön soruşturma adı altında yapılan soruşturma idari makamlar tarafından yürütülen işlemler olmakta ve olayın mahkemeye intikal etmeden önceki hazırlık işlemlerini içermektedir. Oysa bizde, yapılan işlemler bitiminde yetkili mercinin kararı ile disiplin cezası verilmiş olmaktadır.

Alman Federal Disiplin Kanununun 15. maddesi, disiplin cezaları için zamanaşımı süresini düzenlemektedir. Buna göre disiplin cezasını gerektiren eylemin üzerinden iki yıl geçmesi durumunda artık disiplin cezalarından olan İhtar (Verweis) cezasının verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Yine aynı Kanunun 15. maddesine göre disiplin cezasını gerektiren eylemin oluşundan itibaren üç yıl geçmesi durumunda disiplin cezalarından Para Cezası (Geldbusse), Aylıktan Kesme (eine Kürzung der Dienstbezüge), Emekli Aylığından Kesme (eine Kürzung des Ruhegehalts) cezasının verilemeyeceğini düzenlemektedir.

Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde sayılan disiplin suçu niteliğindeki fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin soruşturmaya yetkili amirlerce öğrenildiği tarihten itibaren;

a - Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına,

b - Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin soruşturmasına, Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.

Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zaman aşımına uğrar. Danıştay bir kararında "davacının "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına neden

*olan "piyasaya sahte dolar sürmek" suçunun işlenme tarihinin 2000 yılı Ağustos ayı olması dikkate alınarak bu tarihten itibaren iki yıl içerisinde disiplin cezasının verilmesi gerekirken, bu süre geçirildikten çok sonra, 31.7.2003 günlü Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile verilen disiplin cezasında, ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğradığı açıktır"*⁴¹ demektedir.

Alman Hukukunda Memuriyetten çıkarma cezasında ise disiplin cezasını gerektiren eylemin oluşundan itibaren yedi yıl geçmesi durumunda bu cezanın verilemeyeceği ve zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmektedir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde öğrenme tarihinden itibaren Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına, Başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar. Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zaman aşımına uğrar. Ağır cezaları hak eden davranışların cezasız kalma olasılığına karşı bu sürenin kısa olduğu kanaatindeyiz. Alman Hukukundaki düzenlemeye yakın bir düzenleme, daha isabetli olacaktır. O zaman disiplin cezalarının caydırıcılık yönü daha da etkili kılınmış olacaktır.

B.Mahkemelerin Yapısı

Alman Hukukunda Disiplin yargısı, Federal Disiplin Kanunu ile idare mahkemelerinin görev alanı içerisine girmiştir. Almanya'da Alman İdari Yargılama Usulü Kanununa göre İdare Mahkemeleri üç tip davaya bakmakla ödevlidir:

- 1-İptal Davaları (Gestaltungsklage)
- 2- Edim Davaları (Lesitungsklage)
- 3-Tespit Davaları (Feststellungsklage)

⁴¹ **Dan. 12. D, E. 2004/4330, K. 2007/772, T. 23.3.2007, www.kazanci.com (26.06.2011)**

Alman İdare Mahkemelerinin disiplin davalarına bakan bölümleri ve yüksek idare mahkemelerinin disiplin konularına bakan senatoları oluşturulmuştur. Eyaletler bir bölgede birden fazla mahkemeyi disiplin konusu ile ilgili olarak görevlendirebilirler. Eyalet disiplin kanuna göre bir mahkeme disiplin konusunda görevli ise, aksi belirtilmedikçe bu mahkeme bölgesinde aynı zamanda bu kanuna göre davalara bakmaya yetkilidir.

Türk idari yargılama hukukunda İYUK m. 2 ye göre üç tip dava türü öngörülmüştür: İptal davaları, tam yargı davaları ve 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 davalarlardır. Ancak Türk idare mahkemeleri içinde özel olarak disiplin hukukuna ilişkin yapılanma söz konusu değildir. Dolayısıyla Türk idari yargılama sisteminde mahkemelerin, disiplin hukukuna ilişkin idari mercilerin verdikleri disiplin cezalarının hukuki denetimini yapmak gibi genel görevleri vardır. Mahkemelerin bu görevleri de önlerine gelen ihtilafları çözümlenmek şeklinde gerçekleşmektedir. Ancak uzmanlaşmış özel mahkemelerin özel olarak disipline ilişkin ihtilaflara bakması şüphesiz ki yargılama yetkisinin bağımsız mahkemelerce yapılması, hukuk devleti ilkesine hizmet edecektir.

C.Alman Disiplin Mahkemelerinin Yargılama Usulü

Almanya'da disiplin cezasının ilk verileceği mercii disiplin mahkemesi olduğu için yargılama süreci memurun disiplin suçu işleyip işlemediğine yönelik olacaktır. Hakkında dava açılması kararı verilen memurun dosyası öncelikle dosyadaki ithamlardan tamamen bağımsız olarak bir meslek hâkimi (Untersuchungsführer) tarafından incelenir ve rapor yazılır. Daha sonra karar vermek üzere dosya İdare Mahkemelerinin disiplin davalarına bakmakla görevli mahkemelerine gönderilir ve nihai karar bu mahkemece verilir⁴².

Alman hukukunda cezaların disiplin mahkemelerince verilmesinin en büyük yararlarından biri, işlemin şekil yönünden hatalı

⁴² **REIP**, Stephan: Aufsichtspflichtverletzung In Der Praxis Des Disziplinarrechts <http://www.oberschulamt-stuttgart.de/recht> (26.06.2011)

tesis edilme riskinin çok az olmasıdır. Federal Disiplin Kanununa göre tek bir hâkimin karar veremeyeceği durumlarda, mahkeme 3 meslek hâkimi ve iki memur temsilcisi (Beamtenbesitzer) ile karar vermek durumundadır. Memur temsilcileri sözlü yargılama ve ara mahkeme kararları dışında hüküm sırasında etkili olamazlar. Eyalet Mahkemelerinde iki meslek hâkimi ve bir memur temsilcisi görev yapabilmektedir. Örneğin, Gelsen Kirchen İdare Mahkemesinde disiplin davalarına bakan mahkemede iki hâkim ve bir memur temsilcisi bulunmaktadır.

Buna karşın Türk disiplin hukukunda verilen kararların ne kadar hatalı olduğuna ilişkin, gerek soruşturmacının yanlış seçilmesi gerekse cezaların yetkisiz kişilerce verilmesi sonucunda çoğu disiplin cezası yargı yerlerince iptal edilmektedir. Örneğin, Danıştay bir diğer uyuşmazlıkta “Yönetmelik hükümleri uyarınca yapılan soruşturma sonucunda davacıya önerilen disiplin cezası işlemi disiplin kurulu kararı alındıktan sonra atamaya yetkili amir olan Üniversite Rektörü tarafından onanarak tesis edildiğinden, işlemi Disiplin Kurulu tarafından yapıldığı gerekçesiyle...”⁴³ İptal edilmesini hukuka uygun bulmamıştır. Keza bir diğer kararda “Davacıya Kınama Cezasının Kadro Durumu Nedeniyle Disiplin Amiri Olan Dekan Tarafından Verilmesi Gerekirken Yüksek Okul Müdürü Tarafından Verilmesinde Yetki Yönünden Hukuka Uyarlık Bulunmadığı”⁴⁴ yönünde karar vermiştir.

Alman Hukukunda Memur temsilcileri yargılanan memurun görev yaptığı alandan olmak zorundadırlar. Şöyle ki, yargılanan memur

⁴³ **Dan. 8.D, E.2004/3904, K.2005/1884, T. 20.04.2005,** www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

⁴⁴ **Dan. 8.D, E.2004/3100, K. 2005/3693, T. 16.11.2005,** www.danistay.gov.tr (27.06.2011); aynı yönde “yükseköğretim kurumları yönetici, öğretim elemanı ve memurları disiplin yönetmeliği 33/a maddesi uyarınca disiplin amiri sıfatıyla dekana tanınan ceza verme yetkisinin fakülte yönetim kurulunca kullanılamayacağı” **Dan. 8.D, E.2004/2996, K.2005/4085, T. 14.10.2005,** www.danistay.gov.tr (27.06.2011); “ilgili yönetmelikte disiplin amirinin vereceği belirtilmiş olan cezanın, disiplin kurulu olarak görev yapan fakülte yönetim kurulunca verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı” **Dan 8.D, E. 2006/87, K. 2007/1531,T. 19.03.2007,** www.danistay.gov.tr (27.06.2011).

eğer öğretmen ise memur temsilcisinin de eğitim alanında görev yapmış ya da yapıyor olması gereklidir. Alman Federal Disiplin Kanununda yer alan tüm cezalar disiplin mahkemesi tarafından verilebilmektedir. Tek hâkimle karar verilebilecek olan davalar Federal Disiplin Kanununun 6. maddesinde belirtilmiş olan ihtar cezasına ilişkindir. Bu düzenleme ihtar (verweis) cezasının yukarıda da görüldüğü üzere, memurun disiplin mahkemesine gönderilmeden verilebilmesi dikkate alındığında tutarlı görünmektedir. Mahkeme başkanı hâkim, kanun yoluna gidilmesi, dilekçe ile şikâyetin geri alınması, işin esası ve masraflar hakkında, tek başına karar verebilir. Eğer davada bir rapor yazıcı üye bulunmaktaysa, bu hususlarda başkanın yerine o karar verir.

Alman Hukukunda Memur temsilcileri kamu görevinde bulunmuş kişilerden seçilirler ve dava süresince mahkemeyi somut durumla ilgili bilgilendirmekle görevlidirler. Memur temsilcileri mutlak surette görev yaptığı disiplin mahkemesinin olduğu yerde ikamet etmek zorundadırlar. Her memur temsilcisi, görülen davada, yargılanan memurun görev yaptığı alanda görev yapmış olmak zorundadır. Eğer bir bölgede bulunan diğer bir mahkemede görevlendirme söz konusu olursa memur temsilcisi ikametgâhını değiştirmek zorundadır.

1.Hâkimin ve Memur Temsilcisinin Davaya Bakamayacağı Durumlar

Alman Federal Disiplin Kanununun 48. maddesi bu konuyu düzenlemiş olup, ülkemizdeki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanundaki hâkimin çekilme ve reddi sebeplerine benzer düzenlemeye yer verilmiştir. Bu kanuna göre, hâkimin ve memur temsilcisinin davaya bakamayacağı durumlar şu şekildedir: Yargılanan memurun eşi veya kanuni temsilcisinin eşi olmak; yargılanan memur ile 2 dereceye kadar sıhrî, 3. Dereceye kadar civar hısımlık bulunması; disiplin davasına konu olayla ilgili tanıklık ya da bilirkişilik yapacak olmak ya da yapmış olmak ve yargılanan memurun daha önce amiri olarak görev yapmış olmak. Memur temsilcisi yargılanan memur ile daha önce aynı resmi dairede çalışmış ise bu durumda davaya bakabilmesine engel teşkil edecektir.

Türk disiplin hukukunda disiplin cezalarının verilmesi bir yargı merciince verilmediği için bir hâkimin davaya bakamaması gibi bir durum da söz konusu olmayacaktır. Ancak Yükseköğretim Kurumları

Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde öngörülen kimi yasaklar söz konusudur. Buna göre, Üst disiplin amirinin soruşturma açtığı veya açtırdığı disiplin olayında alt disiplin amiri ayrıca soruşturma yapamaz veya yaptırılmaz. Daha önce açılmış soruşturma varsa bunlar üst amirin açtığı veya açtırdığı soruşturma dosyası ile birleştirilir(m.17/son). Ayrıca m.34’de Disiplin kurullarında profesörlerle ilgili hususların görüşülmesinde doçent ve yardımcı doçentler, doçentlerle ilgili hususların görüşülmesinde yardımcı doçentler ve kendileri ile ilgili hususların görüşülmesinde ilgili üyeler görüşmelere katılamazlar şeklinde bir yasak getirmiştir.

2.Yargılama Usulü

Disiplin mahkemesinde yapılan yargılama kamuya kapalı olarak gerçekleştirilir. Disiplin mahkemesine sevk edilen memurun tüm kariyeri ve sicil durumları davaya ilişkin dilekçede yer almak zorundadır. Yargılama yazılı usulde gerçekleşir ancak mahkeme dilerse ve gerekli görürse tanık dinleyebilir.

Disiplin mahkemesinin kararlarına karşı Alman Yüksek İdare Mahkemesinin Senatolarında itiraz edebilme hakkı bulunmaktadır. Tıpkı Alman İdare Mahkemelerinde disiplin davalarına bakmakla görevli bölümler bulunduğu gibi bu kararlara itiraz edildiği takdirde Alman Yüksek Mahkemesinin bu kararlara itirazı için görevlendirilmiş senatolarında bu kararlar incelenerek karara bağlanır. Yüksek İdare Mahkemesinin Senatosunun kararı nihaidir.

SONUÇ

Federal Almanya’da disiplin cezalarının idare mahkemelerinin özel olarak tahsis edilmiş bölümlerinde verilmesi şekil ve usul yönünden ceza verildikten sonra bir ceza iptaline çok fazla imkân vermemekte ayrıca yargı tarafından verildiği için güvenirliliği çok daha fazla olmaktadır. Ülkemizdeki disiplin yargılaması, bir idari karar şeklinde idari makamlarca yapılmaktadır. Hukuki bilgi yönünden eksik, nesnellikten uzak, etkiye açık bir şekilde yürütülen çoğu soruşturmalar neticesinde verilen cezalar yukarıda işaret ettiğimiz gibi yargı yerlerince iptal edilmiştir. Bu durumunda memurun disiplinsiz bir davranışına rağmen cezasız kalması gibi bir durum doğacaktır ki; bu durum kamu yönetimi açısından son derece sakıncalıdır.

Gerçekten disiplinsizliğin cezalandırılması ve bu yolla performansın artırılması için ihtisaslaşmış bir mahkeme türü olarak disiplin mahkemeleri sistemin getirilmesinde büyük fayda olacaktır. Uzmanlaşmanın her alanda gerekli olduğu ve sayısız faydalar sağladığı ortada iken; disiplin hukuku anlamında da ihtisas mahkemelerin olması, hukukçu üyelerin bağımsızca yargılama yapması, ayrıca hukuk devletinin bir gereğidir.

Kişilerin hak ve özgürlükleri ile ilgili cezaların verilmesi sonucunu doğuran disiplin hukuku alanında temel bir kanun yapılması; ayrıca suç ve cezaların bu kanunda düzenlenmesi isabetli olacaktır. Zira mevcut yönetmelik ile yapılmış düzenlemeler suç ve ceza da kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yargılama usulü ve neticeleri bakımından ceza hukuku ile iç içe olan disiplin hukukunun kanunla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Biz bu çalışmada yükseköğretim kurumlarında yaşanan aksaklıkları ortaya koyduk ancak mevcut yapılanma tüm kamu kurumları için son derece yararlı olacaktır

Ayrıca Alman hukukunda olduğu gibi, hem mahkemelere tanınan önsoruşturma yapma yetkisi hem de kamu kurumlarının tanınan, hafif suç ve cezalar için önsoruşturma yapma yetkisi, Türk disiplin hukukuna hız ve etkinlik kazandıracaktır. Kamu kurumlarının yaptığı ve neticelendirdiği ön soruşturma ile mahkemelere intikal edecek dava sayısını azaltarak mahkemelerin iş yükünü hafifletecektir.

KAYNAKLAR

AKYILMAZ Bahtiyar, **SEZGİNER** Murat, **KAYA** Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009

ALBERI/GAYER/ROSKAMP:landesdisziplinordnung, Einleitung.

ATAY E.Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2006

BALCI Muharrem, *Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları*, Danışman, İstanbul, 1999

ÇINARLI Serkan, *Alman Hukukunda Disiplin Mahkemeleri*, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 8, Ekim 2005

DUMAN Bahattin, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, 2.b, Seçkin, Ankara, 2010

GIEMULLA/JAWORSKY/MÜLER: Erwaltungsrecht.

GİRİTLİ İsmet, **BİLGEN** Pertev, **AKGÜNER** Tayfun, *İdare Hukuku* 2. B, D&R Yayınları, İstanbul, 2006

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku Dersleri* (dersler) , 10.b, Ekin, Bursa, 2010

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, C.II, Ekin, Bursa, 2009

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **TAN** Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, C.1, 7.b, Ankara, 2010

GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2004

LİVANELİOĞLU Ömer Asım, *Memur Disiplin Hukuku*, 2. B, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları, 2003

REIP, Stephan: Aufsichtspflichtverletzung In Der Praxis Des Disziplinarrechts <http://www.oberschulamt-stuttgart.de/recht> (22.07.2011)

SANCAKDAR, Oğuz: Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, 2001, Ankara.

BİBER GAZININ İNSAN SAĞLIĞI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ VE HUKUKİ STATÜSÜ

Arş. Gör. M. Kerem OSMANOĞLU*

ÖZET

Polislik aşırı derecede zor ve çaba gerektiren bir meslektir. Bu bakımdan polis karşılaştığı olaylarla bağlantılı olarak zaman zaman zor kullanma durumunda kalabilmektedir. Aslında bu durum bir bakıma polislik mesleğinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak, burada önemli olan polisin zor kullanırken hangi şartlara uyması gerektiğidir. Bu bakımdan insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından polislik mesleğiyle ilgili olabilecek ulusal ve uluslararası belgeler önem taşımaktadır. Polis bu belgelerde yer alan kurallar çerçevesinde hareket ederek nasıl zor kullanması gerektiğini ve zorun şeklini belirleyebilecektir.

Polisin zor kullanma yöntemine başvurması söz konusu olduğunda polisin müdahalesinin direnmeyi giderecek ölçüde olması gerekmektedir. Burada polisin bir takım kurallara uyması direnç gösteren kişilere en az zarar vermesi gerekliliği açısından önemlidir.

***Anahtar Kelimeler:** Polis, İnsan hakları, Güç kullanma, Biber gazı, Orantılılık.*

LEGAL STATUS OF PEPPER SPRAY ON HUMAN HEALTH EFFECTS

ABSTRACT

Policing is a very difficult and demanding profession. Therefore, the police sometimes encounter an event which requires the use of force.

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

In fact, in a sense, this situation stems from the nature of the policing profession. However, there are conditions which must be met before the police can use force. In this regard national and international documents related to policing are important for the protection and development of human rights. Within the framework of the rules contained in these documents the police should be able to determine how and when to use force.

The police will use force to resist when the police intervened to resolve the extent that is necessary. Police to follow the rules of the resistance to individuals who need a minimum of damage is important.

KEYWORDS: *Police, human rights, use of force, pepper spray, proportionality.*

§ 1. Giriş

Toplumsal olaylarda polisin zor kullanma teknikleri her zaman için tartışmalara neden olmuştur. Teknolojinin günümüzde ulaştığı seviye, polisin kullandığı tekniklere de yansımıştır. Bu teknikler arasında göz yaşartıcı gaz olarak adlandırılan madde, polis tarafından yoğun olarak kullanılmaktadır. Bu gazın içerisinde bulunan kimyasallar arasında en yoğun kullanılan bitki biberdir¹. Bu nedenle, toplumda daha çok biber gazı olarak adlandırılmaktadır.

Biber gazının kullanılması hakkında oldukça farklı görüşler mevcuttur. Bu gazın sağlık üzerindeki etkilerinin ne olduğu, polisin yasalarda belirtilen usullere uygun davranıp davranmadığı gibi konular medyada ve bir takım ulusal ve uluslararası örgütlerde sürekli eleştiri konusu olmuştur.

Bu çalışma da biber gazı kullanımının yasal olup olmadığı ulusal ve uluslararası belgeler kapsamında değerlendirilmektedir. Bu gazın insan sağlığı üzerinde olumsuz etkilerinin olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Olumsuz etkilerin var olması durumunda bu etkilerin azaltılması için neler yapılması gerektiği, konunun sınırları çerçevesinde ele alınacaktır. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelerin,

¹ James M. Atkinson, *Advanced Chemical Weapons*, 1997, s.34.
<http://www.tscmplus.com/advchemw2.pdf>

insan hakları açısından kabul edilebilecek sınırlamalar olup olmadığı, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri kapsamında değerlendirilecektir.

§ 2.Biber gazının kullanımı

I .Tanımı

Biber gazı toplumsal olayları kontrol etmek amacıyla güvenlik güçleri tarafından en çok tercih edilen araçlardandır. Bu gazın daha çok tercih edilmesinin nedenlerinden biri, gazın müdahaleye maruz kalan kişiler üzerindeki geçici etkisidir². Biber gazının içeriğinde on beş kadar kimyasal bileşik yer almaktadır³.

II. Kullanım şekli

Biber gazının en büyük üreticilerinden olan Amerika Savunma Teknolojileri Birliği gazların uzak mesafeden bir kez kullanılması gerektiği ve bir saniyeden fazla kullanılmaması gerektiği yönünde uyarılarda bulunmuştur⁴. Ancak, güvenlik güçlerinin müdahaleleri sonucu biber gazına maruz kalanların, gazın etkisinde ne kadar yoğunlukta ve sürede maruz kaldıklarını tespit etmek oldukça güçtür.

Biber gazının etkileri üzerinde yapılan araştırmalar, kullanım şeklinin önemi hakkında ciddi veriler sunmaktadır. Gazın bir dakika süre ile 25000-150000mg/m³ gaza maruz kalmanın ölümcül olduğunu gösteren çalışma sonuçları mevcuttur. Bir göz yaşartıcı el bombası açık alanda 6-9m çaplı ve 2000-5000mg/m³ yoğunlukta bir bulut oluşturmaktadır⁵. Kapalı alanlarda gazın yoğunluğu daha fazla

² United States District Court Western District of Washington at Tacoma, no: C94-5428, par. 12, s.7, 17\11\1994.<http://clearinghouse.wustl.edu/chDocs/public/II-WA-0002-0018.pdf>

³ The Journal of the American Medical Association, vol 262, no: 5, 04/08/1989 . En yaygın kullanılan formları kimyasal isimleriyle O-klorobenzilidenemalononitril (CS), Oleoresin capsicum (OC) ve w-kloroasetofenon'dur (CN), 10-chloro-5, 10dihydrophenarsazine'dir.

⁴ Ayça Ersen, Biber gazı ile emniyette miyiz?, Radikal Gazetesi, 20\05\2007.

⁵ Ankara Tabipler Odası, Biber Gazı Toplumsal Güvenliği Sağlamaktan Çok Sağlığa Zarar Vermektedir, bkz. http://www.ato.org.tr/index.php?catid=7:konguebilnot&id=189:-biber-gaz-toplumsal-guevenlii-zarar-vermektedir&option=com_content&view=article, e.t:18/05/2009 .

olacağından, etkisi daha uzun sürecektir. Basında yer alan haberlerden ve mahkemelere yansıyan davalardan anlaşıldığı üzere, biber gazının polis tarafından uygun şekilde kullanılmadığı tespit edilmiştir⁶. Kapalı alanlarda tehlikenin daha fazla olmasına rağmen, güvenlik güçlerinin biber gazı kullanmaya devam ettikleri görülmektedir.

III. İnsanlar üzerindeki etkileri

Bütün göz yaşartıcı gazlarda gazın etkisine maruz kalanlarda genelde gözlerde yanma, çok miktarda göz yaşarması ve gözleri açmada zorluk belirtileri meydana gelmektedir. Ayrıca bu gaz, burun ve deride yanmaya, burun akmasına, nefes almada zorluğa ve yoğun kullanılması neticesinde kusmaya da neden olmaktadır⁷. Gazın etki süresi 20 dakika ile 2 saat arasında değişmektedir. Biber gazının etkisinin bu kadar uzun sürmesinin nedeni ise; deriden emildikten sonra sinir uçlarında birikip yavaş yavaş salınmasından kaynaklanmaktadır. Uzmanlara göre; biber gazı deriden temizlense bile, etkileri bir süre daha devam etmektedir⁸.

Amerika'da yapılan sağlık kriminal araştırmalarının sonuçlarında, bu gazların öldürücü olmadığı kanısına varılmıştır⁹. Ancak, bu konuda oldukça ciddi tartışmalar mevcuttur. Uluslararası Af Örgütü verilerine göre, biber gazına maruz kalan 100 kişinin bu gazdan etkilenerek öldüğü iddia edilmektedir. Ayrıca, Amerika Sivil Özgürlükler Birliği (ACLU)'nin raporuna göre 1990 ve 2000 yılları arasında Güney California'da 9 aylık zaman zarfında biber gazına maruz kalan 7 kişi gazın etkisiyle ölmüştür¹⁰.

⁶ Biber gazının nasıl kullanılması gerektiği konusunda güvenlik güçlerine meslek içi eğitimler verilmiştir. Ancak, buna rağmen mahkeme kararlarına bakıldığında uygulamada biber gazının yanlış kullanıldığı gözlemlenmiştir. Bu konuda 1994 yılında Florida ve Oregon' da birçok ihlal tespit edilmiştir. Bkz. USDC, s. 2.

⁷ Atkinson, s. 14 .

⁸ Safa Köktener, Emniyet modern yöntem buldu: 'Biber gazı', birgun.net, 10/07/2006.bkz.http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=5&ArsivAnaID=33843 e.t:18/05/2009

⁹ Köktener, 2006.

¹⁰ Mark W. Kroll, TASER Electronic Control Devices Review of Safety Literature, University of Minnesota Biomedical Engineering, 2008, s. 65 .

ACLU biber gazının kullanılmasına karşı çıkmaktadır. ACLU'nun iddiasına göre; polisin, biber gazını ancak gerektiği zamanlarda kullanması gerekirken; uygulamada bu zorunluluğa katıyetle uymamakta ve bu gazı keyfi şekilde kullanmaktadır. Ayrıca, biber gazının kullanımı ile ilgili vermiş olduğu istatistiksel veriler mevcuttur. Bu verilerde; polis tarafından, Afrika kökenli Amerika vatandaşlarına karşı gereğinden çok daha fazla biber gazının kullanıldığı gözlemlenmiştir¹¹.

Biber gazının kişiler üzerindeki farklı etkileri göz önünde bulundurulduğunda, belirli risk gruplarından bahsetmek mümkündür. Sağlıklı insan için biber gazının etkilerinin kısa süreli ve geçici olduğu söylenmektedir. Fakat bazı insanlarda bu etkiler daha uzun sürmekte ve yaşamı tehdit edici boyutlara ulaşabilmektedir¹². Astım, amfizem, pnömoni gibi solunum sistemi hastalıkları olanlar için ciddi hayati riskler taşımaktadır. Ayrıca, (0-14) yaş arası gençler, 60 ve üzeri kişiler ile hamile kadınlar biber gazının olumsuz etkilerinden diğer gruplara oranla daha fazla etkileneceklerdir¹³.

Biber gazının kullanımının risksiz olduğunun söylenemeyeceğini belirten dönemin Türk Tabipleri Birliği (TTB) Başkanı Prof. Dr. Gençay Gürsoy, bu tür gazların hiçbirinin bütünüyle risksiz olmadığını belirtmiştir. Gazın sebep olduğu mukoza değişiklikleri, gazla yoğun temas haline girmesi sonucunda, kişiler üzerinde düzelmesi zaman alan işlev bozukluklarına yol açabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca uygulamadaki yanlışlıklara da dikkat çekmektedir. Biber gazının, gözlere

¹¹ David A. Koplow, Non-Lethal Weapons, Cambridge University Press 2006, s. 19.

¹² Biber gazının doğru şekilde kullanılması durumunda hiçbir sağlık problemiyle karşılaşılmayacağını belirten araştırmalar mevcuttur. Bu araştırmalar biber gazı açısından hiçbir risk grubunun olamayacağı belirtilmiştir. Tartışma konusu olan risk grupları konusunda, bu çalışmalarda solunum güçlüğü olan kişiler, astımlı olan hastalar, sigara kullananlar ve hastalığı olmayan normal insanlar arasında yapılan araştırmalarda biber gazına maruz kalan kişiler açısından hiçbir kalıcı etkiye rastlanmamıştır. Bkz. USD, s. 3.

¹³ Atkinson, s.77.

ve ağza doğru sıkılmasının ve bu gazın kapalı alanlarda kullanılmasının sağlık açısından ciddi problemlere neden olacağını belirtmiştir¹⁴.

Adli Tıp Uzmanı Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı, biber gazının solunum sorunu yaşayan, astımı olan ve kalp krizi riski bulunan kişilerde ölüme neden olacağı uyarısında bulunmuştur¹⁵. Bu maddenin yoğun bulunduğu zaman, solunum yollarında hasar bırakacağını belirtmiştir. Bu açıklamalara ek olarak, oksijen eksikliğinin kalp hastalığı riskini arttırdığını ve bu riskleri taşıyan kişilerin de kullanılan gazın etkisiyle hayatlarını kaybedebileceklerini belirtmiştir¹⁶.

Biber gazının sağlığa zararlı olmadığı iddiasına karşılık, polisin toplumsal olayları bastırırken kullandığı biber gazının etkisiyle ölümler meydana gelmiştir. Nefes darlığı olan yetmiş beş yaşındaki İbrahim Sevindik, 1 Mayıs'ta dışarı çıktıktan sonra, polisin attığı biber gazından etkilenerek hastaneye kaldırılmıştır. 36 saat yoğun bakımda tutulan hastanın tüm müdahalelere rağmen kurtarılamaması uyarılara uyulmadığını göstermektedir¹⁷.

¹⁴ Emniyet modern yöntem buldu: 'Biber gazı', bkz. <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=5&ArsivAnaID=33843>, e.t:18/05/2009

¹⁵ Fincancı'nın bu noktada yer alan uyarılarına rağmen ne yazık ki kullanılan biber gazının da etkisiyle ölüm vakalarına rastlamak mümkündür. Söz konusu duruma, 31 Mayıs 2011'de Artvin'in Hopa İlçesinde gerçekleşen gösteride ölen Metin Lokumcu olayını örnek vermek mümkündür. Adli Tıp'tan alınan ilk ön rapora göre astım ve bronşit hastası Lokumcu'nun biber gazı ve heyecanın tetiklemesi sonucu kalp krizi geçirerek hayatını kaybettiği yönündeydi. bkz. : <http://www.cnnturk.com/2011/turkiye/06/01/metin.lokumcunun.otopsi.raporu.aciklandi/618605.0/>, tarih: 11/06/2011.

¹⁶ Hava almaya çıktı biber gazı öldürdü, Sabah Gazetesi, 04/05/2007., bkz. <http://arsiv.sabah.com.tr/2007/05/04/haber,A87FD9C7F6FD43E0B7B1413FBF62AD2A.html>

¹⁷ Polis terörü ve biber gazı bir can aldı, Radikal Gazetesi, 05/05/2007, bkz. <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=220416>, e.t: 18.05.2009.

§ 3. Konuya ilişkin başlıca ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleri

Temel hak ve hürriyetlerin korunması birçok uluslararası ve ulusal hukuk düzenlemelerinde devletler tarafından koruma altına alınmıştır. Devletler kimi zaman bu haklara bir takım sınırlamalar getirerek hakların kullanılmasını sınırlamış ya da bu hakları askıya alarak kullanımlarını durdurmuştur¹⁸.

¹⁸ Avrupa ülkeleri açısından temel hak ve hürriyetlerin tamamen durdurulması yönünde düzenlemeler yerine bu hak ve hürriyetlere kısıtlamalar getirmeyi tercih edilmiştir. Bazı ülkeler ise temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasını öngördükleri gibi bazı durumlarda bu hakların durdurulmasını da düzenlemişlerdir. Türkiye bu ülkeler arasında yer almaktadır. Anayasa'nın 13. ve 15. maddesi bu yönde kurallar getirmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını şu şekilde düzenlenmiştir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa'nın 15. maddesi temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını düzenlemektedir. Ancak, hiç bir şekilde bazı haklara sınırlamaların getirilemeyeceği 15. maddenin 2. Fıkra belirtilmiştir.

İlgili madde şu şekilde düzenlenmiştir:

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına neden olabilecek durumlar birçok Avrupa ülkesinde kabul edilmiştir. Bu kriterler genelde kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık, güvenlik gibi sınırlama sebebine dayandırılmaktadır¹⁹. Benzer şekilde Türkiye’de de temel hak ve hürriyetlerin sınırlaması konusunda 1982 Anayasa’nın 13. maddesi kabul edilmiştir²⁰. İlgili maddeye göre, sınırlamalar Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Temel hak ve hürriyetlere getirilecek olan sınırlamalar belirtilen nedenlere dayanılarak ancak zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir²¹.

Temel hak ve hürriyetlerine yapılacak müdahalelerin devletlerce kötü kullanılmasının önüne geçmek için ulusal ve uluslararası bir takım hukuk düzenlemeleri kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde ve 9, 10 ve 11. maddeleri gibi maddelerde yapılacak olan sınırlamaların şartlarının ne olduğu düzenlemiştir. Bu gibi maddelerden anlaşılabilen üzere, öncelikle bir müdahalenin haklı olabilmesi için yapılan müdahalenin kanunlarda yer alması gerekmektedir. Bir sonraki şart ise; yapılan müdahaleler, belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olmalıdır. Yapılan müdahalenin AİHS’ye aykırı olmaması için gereken son şart ise; yapılacak müdahalenin demokratik toplumda kabul edilebilir bir müdahale olması gerekmektedir²².

Türkiye açısından da benzer değerlendirmeler yapılabilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının bir ölçütü olarak ölçülülük ilkesi AİHS’de kabul edilmiştir. Bu ilke 1982 Anayasa’nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasaya eklenmiştir²³. Ayrıca, bu madde kapsamında değerlendirildiğinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasa’da belirtilen şartlarla sınırlandırılacağı,

¹⁹ Kemal Gözler, Anayasa Değişikliği Gerekli mi?, 1. baskı, Bursa 2001, s. 10.

²⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. baskı, Ankara 2004, s.99.

²¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 2. baskı, Ankara 1997, s. 143.

²² Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 1. baskı, Ankara 2007, s. 343-345.

²³ Gözler, s.11.

düzenlenerek yapılacak olan sınırlamanın da sınırını çizmektedir. Bu sınırlamalar ancak kanunla yapılabilecek ve yapılan sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekmektedir. Bu kurallara ek olarak verilebilecek bir başka hüküm, yapılacak olan sınırlamaların ancak Anayasa'nın ilgili maddesinde yer alan ve o hürriyet için öngörülmüş sınırlama sebeplerine dayanması gerektiğidir²⁴.

I. Konuya ilişkin uluslararası sözleşme ve belgeler

A- Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretim Stoklanması ve Kullanımın Yasaklanması ile Bunların İmha Edilmesi Sözleşmesi

KSYS²⁵'e göre sözleşmeye taraf olan devletler, kimyasal silah geliştirmeme, kullanmama noktasında taahhütte bulunmaktadır²⁶. Sözleşme'nin m. 2. f. 1 b. (a)'de kimyasal silah kavramından ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu maddeye göre kimyasal silahların kullanımı iki kısımdan oluşur. Birincisi, sözleşmeyle yasaklanmayan amaçlarda kullanılan ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olan kimyasal silahlardır. İkincisi ise, zehirli kimyasal maddeler ve bunların hammaddeleridir.

Türkiye açısından değerlendirildiğinde ise tespit edilmesi gereken durum kullanılan biber gazının, sözleşmede yer alan kullanılması yasak

²⁴ Özbudun, s. 103 ve 104.

²⁵ RG. 22978 , 03/05/1997.

²⁶ KSYS madde 1/1:

1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletlerden her biri, hangi koşullar altında olursa olsun, hiçbir zaman:

(a) Kimyasal silah geliştirmemeyi, üretmemeyi, bir başka şekilde elde etmemeyi, stoklamayı ve elde tutmamayı, veya doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan bir başkasına kimyasal silah devretmemeyi;

(b) Kimyasal silah kullanmamayı;

(c) Kimyasal silah kullanımı amacıyla herhangi bir askeri hazırlık içinde yer almamayı;

(d) Hiç kimseye, bu Sözleşme çerçevesinde bir Taraf Devlete yasaklanmış bulunan herhangi bir faaliyetle işgal etmekte yardımcı olmamayı, bu yönde cesaret vermemeyi veya teşvik etmemeyi, taahhüt eder.

olan kimyasal silahlar veya olmayan kimyasal silahlar kategorilerinden hangisine girdiğidir. Sözleşme'nin 2. maddesinde Zehirli Kimyasal Madde ve Toplumsal Olayları Denetim Altında Tutmakta Kullanılan Gereçler deyimlerinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Biber gazının hangi kısımda değerlendirilmesi gerektiği, Sözleşmenin ihlâl edilip edilmediği noktasında önem arz etmektedir. Biber gazının zehirli kimyasal silahlar kapsamında değerlendirilmeyip m. 2 f. 9 b. (d)'de geçen toplumsal düzenin sağlanması için yapılan müdahaleler kapsamında değerlendirildiğinde sözleşmenin ihlâl edilmediği söylenebilecektir²⁷. Polisin toplumsal olaylarda kullandığı biber gazının sözleşmenin ihlâli sayılmaması için kullanılan gazın ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir²⁸.

Sözleşmede kullanımı yasaklanmış olan zehirli kimyasal maddelerin ne olduğu tanımlanmaktadır. Sözleşmeye göre; yaşam süreçleri üzerindeki kimyasal etki yoluyla, insanlarda veya hayvanlarda ölüme, geçici sakatlığa ya da daimi hasara neden olabilecek herhangi bir kimyasal madde, zehirli kimyasal maddeler kapsamında değerlendirilecektir.

Sözleşmede yer alan toplumsal olaylarda, denetimi sağlamak amacıyla kullanılabilir olan gereçlerin ne olduğu açıklanmaktadır. İnsanlarda, kimyasal maddeye maruz kaldıktan kısa bir süre sonra, ortadan kaybolan duyusal tahriş veya güçsüz kılıcı fiziksel etkileri süratle meydana getirebilen herhangi bir kimyasal madde olarak tanımlanmaktadır²⁹. Belirtilen özellikteki bu kimyasalların, insanlar üzerinde bıraktığı etkiler göz önünde bulundurulduğunda; etkilerinin

²⁷ Radikal Gazetesi, Sağlık Bakanı: Biber gazı hafif etkiliyor, 07/07/2008, e.t: 18/06/2009. Sağlık Bakanı Recep Akdağ, polisin biber gazını, etken maddesinin doğal olması ve insan vücudunda hafif etkilere yol açması nedeniyle tercih ettiğini bildirdi.

²⁸ Ölçülülük İlkesine göre, temel hak ve hürriyetler açısından başvurulacak olan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir. Ayrıca, Yapılacak olan sınırlamanın amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekmektedir. bkz. Özbudun,s. 104.

²⁹ KSYS m. 2 f. 2.

geçici olması ve insanların sağlığı üzerinde ciddi hasarlar bırakmaması nedeniyle taraf devletlerce kullanılabilir.

Toplumsal olaylarda, polis tarafından kullanılan biber gazının sözleşmede tarif edilen yasaklanmış olan kimyasal silahlar içerisinde mi yoksa yasaklanmamış kimyasal silahlar arasında mı yer alması gerektiği noktasında ciddi tartışmalar mevcuttur³⁰. Genel kanı biber gazının zararsız olduğudur. Fakat aynı düşüncede olmayan birçok görüş mevcuttur³¹. Dünya Sağlık Örgütü de 1970 yılında kimyasal ve biyolojik silahların sağlık yönünü açıklayan bir rapor yayımlamıştır. Rapora göre, bu silahlar özellikle sivilleri tehdit etmektedir. Bu silahların etkileri büyük ölçüde belirsiz ve öngörülemezdir³².

Polisin biber gazı kullanarak müdahale ettiği durumlarda -her ne kadar PSVK'nın 16. maddesinde geçen orantılılık ilkesine riayet etmesi gerekse de insan sağlığını etkileyen, hatta ölümlere kadar gidebilen olaylar basında da sıkça yer almaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde; biber gazı kullanımının insan sağlığı üzerinde geçici etkileri olduğunu söylemek yerinde olmasa gerek.

³⁰ Uluslararası Af Örgütü'nün ABD'de yer alan kuruluşunun tespitlerine göre: biber gazının büyük ölçüde kullanıldığı durumlarda sağlık üzerinde ciddi tehlikeler oluşturmaktadır. Bir çok sayıda insan kullanılan biber gazının etkisiyle ölmüştür. Bu ölümlerden biri 2004 yılında, polis tarafından gözlerine sıkılan biber gazının etkisiyle bir kadının Boston'da ölmesi örnek verilebilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde bu gazın ölümcül etkilerinden dolayı zehirli kimyasal maddeler kapsamında değerlendirilebilir. bkz.<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/183/2007/en/3dbe5554-d349-11dd-a329-2f46302a8cc6/amr511832007en.pdf>

³¹ Uluslararası Af Örgütü'nün Türkiye'de yer alan şubesi biber gazı hakkında kapsamlı araştırma yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu araştırma sonuçlanana kadar gazın kullanılmasının durdurulması istemektedir. Ayrıca, 2006 ve 2008 yıllarında yayınlamış olduğu yıllık raporlarda biber gazı kullanan polislerin yanlış tutumuna yer vermiştir.

³² Meltem Sarıbeyoğlu, Kitle İmha Silahların Kullanılmasının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi 2004, sayı: 5, s. 37.

B- Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi

Savaş dönemlerinde sivillerin korunması gerektiğinden hareketle 1949'da imzalanan sözleşmeye Türkiye taraf olmuştur³³. Bu sözleşmeye göre sivillerin savaştan kaynaklanabilecek her türlü zarardan korunmaları esastır. Savaş hali bile olsa toplumun belirli bireyleri özellikle koruma altına alınması gerekliliği önem arz eder. Korunmaya muhtaç olduğu düşünülen gruplar arasında -diğer gruplara nazaran- çocuklar, yaşlılar, engelliler ve hastaların can güvenliği ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale kabul edilemeyeceği kabul gören görüştür.

Biber gazının kullanımında sadece etkisizleştirilip, dağıtılmak istenen gruplar değil, aynı zamanda olaylarla ilişkili olmayan siviller de etkilenmektedir. Türkiye'de; basında yer alan birçok haberde, savaş zamanlarında bile korunması gereken bazı gruplar, biber gazına maruz kalarak bu gazın olumsuz etkilerinden zarar görmüşlerdir. Bu açıdan değerlendirildiğinde savaşın herhangi bir tarafı konumunda bulunmayan sivillerin, hiçbir şekilde hasmâne bir davranışa hedef olamayacağı, Türkiye'nin de 1945 yılından beri açıkça tanıdığı ve kökleri 19. yüzyıla varan bir uluslararası ve ulusal hukuk kuralıdır³⁴.

C- Boğucu, Zehirli veya Diğer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Savaşta Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Cenevre Protokolü

Kitle imha silahları olarak nitelendirilen kimyasal ve biyolojik silahların yasaklanması çabası yeni bir olgu değildir. Ancak konuyu doğrudan hedef alan ilk uluslararası belge 1925 tarihli Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Araçların Savaşta Kullanımının Yasaklanmasına ilişkin Cenevre Protokolüdür³⁵. Bu Protokol ile çoğunlukla kimyasal silahlar olarak anılan boğucu,

³³ Sivillerin savaş zamanında himaye edilmesi 12 Ağustos 1949'a kadar Cenevre'de toplanan devletlerce imzalanmıştır. RG. 8322, t. 1953.

³⁴ Turgut Tarhanlı, Demokratik Toplum ve Biber Gazı, Taraf Gazetesi. 6 Mayıs 2007, s.13.

³⁵ 17 Haziran 1925'te, Cenevre'de imzalanmış ve 8 şubat 1928'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Protokolü 17 Haziran 1925'te imzalamış ve 5 Ekim 1929'da onaylayarak taraf olmuştur.

zehirleyici ve benzer gazların ve bakteriyolojik veya biyolojik savaş yöntemlerinin kullanımı yasaklanmıştır³⁶.

Biber gazının etkileri göz önünde bulunduğunda, bu gaza maruz kalan kişiler üzerinde olumsuz etkileri mevcuttur. Bu etkiler protokol kapsamında değerlendirildiğinde Türkiye'nin protokole uygun davranmadığı söylenebilir.

II. Ulusal belgeler

Polis, güç kullanırken somut olayla orantılı olarak kuvvet kullanmalıdır. Burada amaç; güç kullanılan kişinin davranışını etkisiz kılmaktır. Bu yüzden belirlenecek yöntemlerde bu amacın dışına çıkılmamalıdır. Başka bir ifadeyle, istenen amaca ulaşıldıktan sonra polisin güç kullanmaması gerekmektedir. Ancak, belirlenen yöntem güç kullanılan kişiyi etkisiz hale getirmiyorsa bir sonraki kademeye geçilerek güç artırılması mümkündür. Örneğin, silahsız olarak kolluğa direnen kişiye karşı 5-6 polis fiziksel güç kullanarak direnci kırabilecekken, direnen kişiye biber gazı kullanarak ya da tazyikli su kullanarak müdahalede bulunmak kademelik ilkesiyle bağdaşmayan bir maddi güç görünümündedir³⁷. Bu bakımdan özellikle, biber gazının kullanılma ihtimalinin yaygın olduğu durumlar göz önünde bulundurularak, yapılan çalışmada konuyla ilişkili olabilecek ulusal metinlere bu kısımda yer verilecektir.

A- Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

Polis görevini yerine getirirken, kanunların kendilerine verdiği yetkiler çerçevesinde hareket eder. Kanunlar polise görevini yerine getirebilmesi amacıyla zor kullanma yetkisini vermiştir³⁸. Bu bağlamda 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu (PVSK)³⁹ kolluğa zor kullanma yetkisini vermektedir. Söz konusu kanunda hangi hallerde kime karşı nasıl ve ne tür bir zor kullanmaya başvurulabileceği ve bunu

³⁶ Sarıbeyoğlu, s. 50.

³⁷ Turan Güzeloğlu, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi: Kolluğun Orantısız Güç Kullanımı Sorunu, Ankara 2008, s. 101.

³⁸ Halil İbrahim kavgacı, Bağımsız Bir Polis Şikayet Sistemi ve Halkın Polisliğe Katılımı, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl:1998, Sayı: 1, s. 57.

³⁹ Kanun No: 2559, Kabul T.: 04.07.1934 , RG 14.07.1934/2751.

yaparken ne gibi kurallara uyulacağı belirtilmiştir. Burada kanun koyucu, zor kullanmayla ilgili olarak kanunî sınırlamalar getirerek, keyfi muamelenin önüne geçmeyi amaçlamıştır.

PVSK m. 16 f. 1'e göre polisin, görevini yerine getirirken herhangi bir direnişle karşılaşması halinde zor kullanma yetkisi mevcuttur. Ancak, polis bu yetkiyi kullanırken söz konusu direniş kırma amacıyla hareket etmeli ve direniş kırarak ölçüde zor kullanılmalıdır. Bu bağlamda polis keyfi olarak bu yetkisini kullanamayacaktır. Ayrıca, ilgili madde polise sadece direniş kırma amacıyla zor kullanabileceğini düzenleyerek bir nevi sınırlama getirmektedir. Bu yüzden direnç sona erdiğinde bu yetki kendiliğinden sona erecektir.

Zor veya silah kullanma aynı şekilde ve derecede olmaz. Karşılaşılan engel veya karşı koymanın derecesiyle yapılmak istenen görevin niteliğine göre zor ve silah kullanmanın da mahiyeti, şekli ve derecesi değişir. Bu yetkinin yerinde ve gerekli ölçüde kullanılması gerekmektedir⁴⁰. Bu bakımdan PVSK m. 16 f. 2'de polisin güç kullanırken hangi tür zor kullanma çeşidini kullanacağını hükme bağlamıştır. Kişilerin polise direnmesinin mahiyetine ve derecesine göre, direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde, kademeli olarak artan⁴¹ oranda zor kullanılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Polisin öncelikle bedeni kuvvet⁴², maddi güç⁴³ ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah

⁴⁰ Cihan Koç, Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002, s. 420.

⁴¹ Etkisiz hale getirmek amacıyla kullanılacak kuvvet ve gücün yoğunluğu direnme ve saldırının niteliğine göre değişir. Ancak, zorun şeklinin nasıl olması gerektiği noktasında zorun kademeli şekilde artırılması gerekecektir. Zorun kademeli olmasından kasıt, öncelikle kuvvetin hafif olarak kullanılması gerekmektedir. Daha sonra, kullanılan zorun netice vermemesi durumunda, kullanılacak zorun yoğunluğu arttırılacak ve en son aşamada şartlar oluştuğunda silah kullanılacaktır, bkz. Dönmezer, s. 21.

⁴² PVSK'nın m.16, f 3, b(a)'e göre bedeni kuvvet şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü, ifade eder”

⁴³ PVSK'nın m.16, f 3, b(b)'e göre maddi güç şu şekilde tanımlanmıştır:

kullanabileceği bu kanun kapsamında belirtilmiştir. Bu yükümlülüğü yerine getirebilmek için, kolluk mensubunun belli bir bedeni ve fiziki yeterliliğe haiz olması gerekir. Aksi takdirde polisin fiziki yetersizliği, polisi kuvvet kullanmada maddi güçten yararlanmaya itecektir. Bunun önüne geçmenin yolu disiplin ve eğitim mevzuatıyla bu hususun müeyyideye bağlanmasıdır⁴⁴.

Zor kullanmanın niteliği ve derecesi durumun şiddetiyle orantılı olmalıdır. Polis karşılaşılan direnme ya da saldırıya göre yapılacak müdahaleyi ayarlamalıdır. Polise bu konuda takdir yetkisi tanınmıştır. Duruma göre polis, uygun şiddette bir kuvvet türü tespit ederek, kuvveti kademeli şekilde arttırmalıdır. Kuvvet sırasıyla; bedeni güç, maddi güç ve son aşamada silah kullanımınıdır⁴⁵. PVSK'nın m. 16'da geçen kademeli olarak artan nispette kavramı polisin yapacağı müdahalenin miktarını ve sırasını belirtmiştir. Bunun sonucunda; bir takım keyfi muamelelerin ortaya çıkmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Bu bakımdan maddenin metninden de anlaşılacağı gibi, polisin silah kullanması kademelilik ilkesinden hareket ettiğimizde en son seçenek olacağı ortaya çıkmaktadır⁴⁶.

“Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.”

⁴⁴ Mustafa Gülcü, Özel Güvenlik Görevlileri, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Zor Kullanma, Polis Dergisi 2004, sayı : 36, s. 19

⁴⁵ Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003, s. 303.

⁴⁶ PVSK m. 16 f. 7

Polis;

Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

Polisin; zor kullanmadan önce ilgililere, “direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı” noktasında uyarının yapılması gerekmektedir. Ancak, polis direnmenin mahiyeti ve derecesini göz önünde bulundurarak, uyarı yapmadan da zor kullanılabilir⁴⁷. Polisin ihtarına ve kişilerin dağılmamasına rağmen; saldırganların elinde silah veya karşı koymaya elverişli bir alet yoksa polis ateş etmemelidir. Böyle durumlarda polis öncelikle fiziki veya maddi güç kullanarak saldırganları yakalamaya çalışmalıdır. Ancak saldırganların sayıca fazla veya sayıca az olmalarına rağmen silahlı veya saldırıya uygun aletleri ellerinde bulunduruyorsa bedeni mücadelenin fayda getirmeyeceği ortadadır.

Zor kullanmanın derecesi uygulamada ihtiyacı aşmaması gerekir. Polis zor kullanırken ölçülü olmaya dikkat etmelidir. Örneğin ağır cezalı olmayan hatta şikayete bağlı bir suç sanığı, kaçıyor diye silah kullanılması ölçüye aykırıdır⁴⁸. Bu bakımdan zor kullanma direnmeyi giderecek ölçüde olmalıdır. Aksi takdirde polisin davranışı aşırı güç kullanma olarak kabul edileceğinden, polisin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buradaki kıstas zor kullanmanın direnme veya saldırı esnasında olması gerektiğidir. Saldırı ve direnmenin bitmesi durumunda kullanılmakta olan zora son verilmelidir. Başka bir ifadeyle, ortada gerçek anlamda bir zorunluluk yoksa elbette ki kanunda sayılan hallerin dışında zor kullanılamayacaktır. Zor kullanma yetkisi kanuna uygun şekilde uygulandığında, fiil herhangi bir suça sebebiyet vermeyecektir⁴⁹.

B -Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

Polisin en çok, zor kullanmak durumunda kaldığı haller toplumsal olaylardır. Toplumsal olaylar, polis ile halkın en yakın ve riskli bir şekilde temasa geçtiği durumlardır. Çözüm için bu durumlarda daha çok

⁴⁷ PVSK m. 16. f. 4.

⁴⁸ Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, S. 1-2, s. 679.

⁴⁹ Zeki Hafizoğulları, İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1995, Cilt 44 , Sayı :1-4, s. 576.

uzlaşmaya ihtiyaç varken aksine, polis en çok toplumsal olaylarda zor kullanmaktadır⁵⁰.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu (TGYK)⁵¹ m. 3'e göre herkesin önceden izin almaksızın silahsız ve saldırsız olarak, kanunların suç saymadığı, belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının olduğunu belirtilmiştir.

TGYK'da polise zor kullanma yetkisi tanınmıştır. Ancak, polisin zor kullanması bir takım şartlara bağlanmıştır. Buna göre topluluğun dağıtılması için gösterinin kanunsuz olarak başlaması ya da daha sonra kanunsuz hale dönüşmesi gerekmektedir. TGYK m. 24 f. 2'e göre polis topluluğa söz konusu kanuna uyararak dağılmalarını, dağılmazlarsa kendilerine zor kullanılacağı noktasında ihtarında bulunmalıdır. Aksi halde, topluluğa zor kullanılarak müdahale edilebilecektir. Yapılacak olan müdahalenin tutanaklarla tespit edilmesi gerektiği aynı maddede yer almaktadır.

TGYK'nın, 24. maddesinde geçen polisin "zor kullanacağına" dair ibaresinin içeriği belirlenmemiştir⁵². Söz konusu durumdan dolayı polisin yapmış olduğu müdahaleler kimi zaman orantılılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. TGYK m. 24 kapsamında zor kullanma söz konusu olduğunda yapılacak müdahale "gerekli" olmalıdır. Amaca ulaşıldığında ise güç kullanımı sona erdirilmelidir. Toplumsal olaylarda sıklıkla yapıldığı üzere izinsiz olarak gösteriye karışan şahıs yakalandıktan ve etkisiz hale getirildikten sonra şahsı vurma ve dövme işlemine devam

⁵⁰ Ahmet Hamdi Aydın, İnsan Hakları Açısından Polisin Güç Kullanma Yetkisinin Meşruiyeti, 21. Yüzyılda Polis (Ed. : İbrahim Cerrah / Emin Semiz), 2. baskı, Ankara 1999, s. 106.

⁵¹ Kanun No: 2911, Kabul T.: 6.10.1983 , RG 8.10.1983/18185.

⁵² TGYKY'de m. 16. f 1. b.(e) :

"Kanuna uygun olarak başlayıp kanuna aykırı duruma dönüştüğüne hükümet komiserince karar verilerek, hükümet komiserince veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilan edilmesine rağmen dağılmayan topluluğa kanuna uyararak dağılmalarını dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar etmek ve topluluk dağılmazsa zor kullanarak topluluğu belirlenen güzergahtan dağıtmak" demek suretiyle' zor kullanmaya' açıklık getirmemiştir.

etmenin hukuki bir dayanağı yoktur. Ne yazık ki toplantı ve gösterilere yapılan müdahaleler zaman zaman işkence ve kötü muamelenin yaygın olarak ortaya çıktığı alanlardan biri haline dönüşmektedir⁵³. Bu durumun temelinde ise kolluk kuvvetlerinin orantısız ve dengesiz güç kullanması yatmaktadır.

TGYK m. 24 f. 2'de yer alan ihtar yapılması gerekliliği yapılacak olan müdahale açısından bir zorunluluk niteliği taşımaktadır. Bu yüzden, söz konusu ihtarların topluluğun en uzak köşesinden duyulduğu ve yeterli sayıda yapıldığı tutanakla tespit edilmelidir⁵⁴. Bu durum ilgili maddenin işlevsel olması açısından önemlidir.

Polis kimi zaman ihtar yapmadan müdahalede bulunabilir. Örneğin güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet⁵⁵ veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı olması söz konusuysa TGYK m. 24 f. 2'de yer alan ihtarla gerek olmayacaktır⁵⁶. Bunun dışında, topluluk içinde suç işleyenleri ve suçluları yakalamak için emir ve ihtarların yapılmasına gerek yoktur⁵⁷. Şüphesiz ki bu durumlarda dahi yapılacak olan müdahalelerde polisin orantısız güç kullanmaması gerekmektedir. Ancak polis zaman zaman bu kurallara uymamaktadır. Örneğin, bildirim yapmaksızın gösteri yürüyüşü yapan bir kitlenin dağıtılması sırasında olay yerinden kaçmakta olan kişilere, karşı kolluğun sert davrandığı ya da yakalanan kişiyi araca götürürken darp etmesi uygulamada yer alan olumsuz davranışlardır⁵⁸.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği kararlarda çoğunlukla yapılan müdahaleleri "sert" olarak tanımlayıp, önleyici niteliği bakımından eleştirmiştir. Türkiye'de özellikle bu alana yönelik yapılan sert, aşırı, dengesiz müdahaleler işkence ve kötü muameleye dönüştüğü kabul edilmiştir.

⁵⁴ Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve Hukuku: Görev ve Yetkiler, Tokat 1997, s. 209.

⁵⁵ Fiili mukavemet, kolluğu zorla ve tehdit ile görevlendirdikleri hizmeti yapmaktan menetmek veya hizmetle ilgili bir işi yapmak veya yapmamak için zorlamaya kalkışmaktır.

⁵⁶ TGYK m. 24 f. 3.

⁵⁷ TGYK m. 25.

⁵⁸ Koç, s. 421.

C-Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun

Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu (ÖGHK), özel güvenlik hizmetini yerine getirecek olanların yetkilerini düzenleyen m. 7 f. 1 b. (k)'a göre güvenlik güçlerinin zor kullanabilmesinin şartları belirtilmiştir. Medeni Kanunu'nun 981. maddesine, Borçlar Kanunu'nun 52. maddesine, Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerine⁵⁹ göre, güvenlik görevlisi kuvvet kullanabilecektir.

ÖGHK'nın m. 8 f. 1 ve 2 de güvenlik görevlilerinin silah bulundurma ve taşıma yetkileriyle ilgili hükmü içermektedir. Hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktarda ve özellikle ateşli silah bulundurulabilecekleri komisyon tarafından belirlenecektir. Ayrıca, bazı koşullarda -özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde- özel güvenlik görevlilerinin silahlı olarak görev yapamayacakları da kanunda düzenlenmiştir.

ÖGHK'nın maddelerinde zor kullanmayla ilgili hükümler göz önüne alındığında silah kullanmayla ilgili düzenlemeler dışında zor kullanmayla ilgili durumlardan bahsedilmemiştir. ÖGHK'nın uygulanmasına dair yönetmeliğin⁶⁰ 24. maddesinde silah dışında diğer araçlarında kullanılabilmesini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, koruma ve güvenliğin sağlanabilmesi için fiziki önlemlere ve güvenlik cihazlarına öncelik verilmesi gerekmektedir. Bunlara ek olarak da komisyonun, orantılılık ilkesine uygun olarak davranmak koşuluyla canlılar üzerinde kalıcı etkisi olmayan kimyasalların kullanılmasına izin verebileceği düzenlenmiştir.

⁵⁹ MK'nın 981. maddesi: Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.

BK'nın 52. maddesi: Meşru müdafaa halinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.

TCK'nın 49. maddesi: 1) Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.

(2) Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.

⁶⁰ RG. 25606, t. 07/10/ 2004

Kimyasaldan ne anlaşılması gerektiği noktasında ÖGHKY yeterli bilgi vermese de, komisyon üyelerinden⁶¹ hareketle kimyasallar arasında biber gazının olabileceğini tahmin etmek zor olmasa gerek. Biber gazı kullanımının sağlığa olan etkileri göz önünde bulundurulduğunda, gazın kullanımını sınırlamak yerine, bu maddeyi kullanmaya yetkili olan güvenlik güçlerinin dışında kalan güvenlik görevlerine de verilmesi, kamu sağlığı açısından ciddi bir tehlikedir.

§ 4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve biber gazı kullanımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin göz yaşartıcı gazın kullanımını yasaklayan kararı bulunmamaktadır. Ancak bu gazın kullanımının zararlarının belirtilmiş olduğu Oya Ataman/Türkiye Davası⁶² mevcuttur. Bu dava, biber gazının insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin belirtilmesi açısından önem arz etmektedir.

Başvurucu, avukat ve İnsan Hakları Derneği'nin bir üyesi olarak, 22 Nisan 2000 tarihinde, İstanbul Sultanahmet Parkı'nda, F tipi cezaevlerini protesto etmek amacıyla basın açıklaması ile sona eren bir yürüyüş düzenlemiştir. Başvurucunun içinde bulunduğu grup, biber gazı olarak adlandırılan göz yaşartıcı sprey kullanılarak dağıtılmıştır⁶³. Başvurucu, gösteri yapan grubu dağıtmak için gözyaşı ve solunum güçlüğü gibi fiziksel sıkıntılara neden olan "biber gazı" olarak da adlandırılan göz yaşartıcı spreyinin kullanılmasından şikayetçi olmuştur. Başvuran AİHS'nin 3. maddesini⁶⁴ ihlâl edildiğini ileri sürmüştür.

⁶¹ Özel Güvenlik Komisyonu üyeleri:

Madde 5- Özel güvenlik komisyonu, her ilde valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, ticaret odası başkanlığı ve sanayi odası başkanlığının temsilcilerinden oluşur. Sanayi odasının bulunmadığı illerde Komisyona, ticaret ve sanayi odası başkanlığının temsilcisi katılır. Özel güvenlik izni verilmesi ya da bu uygulamanın kaldırılması için başvuran kişi yada kuruluşun temsilcisi Komisyonun ilgili toplantısına üye olarak katılır.

⁶² Oya Ataman/Türkiye Davası, 5 Aralık 2006, Başvuru No:74552/01.

⁶³ Ataman, par.5-7.

⁶⁴ AİHS'nin 3.maddesi: "Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

Öncelikle AİHM, biber gazı spreyinin kullanılması sorununa eğilmektedir. AİHM, Avrupa Konseyi ülkelerinin, taşkınlık durumunda göstericileri kontrol etmek, hatta dağıtmak için kullanılan bu gazın, Kimyasal Silah Sözleşmesi'nin ekinde belirtilen toksik gazlar arasında yer almadığını gözlemlemektedir. Ancak AİHM, biber gazının, kullanıldığında solunum, mide bulantısı kusma, solunum yollarının tahriş olması, gözlerde tahriş, kaşınma, göğüs ağrıları, dermatit ya da alerji sorunları gibi sıkıntılara neden olabileceğini not etmektedir⁶⁵.

AİHM, başvuranın gaza maruz kaldıktan sonra olabilecek tehlikeli etkileri ortaya koymak amacıyla, herhangi bir sağlık raporu sunup sunmadığını tespit etmektedir. Yakalandıktan çok az bir süre sonra serbest bırakılan ilgili, bir doktor tarafından muayene edilmemiştir. Kısaca AİHS'nin 3. maddesine aykırı muamele iddialarını destekleyici hiçbir delil unsuru ya da delil başlangıcı oluşturabilecek bir belge sunmadığını tespit etmiştir. Bu yüzden AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır⁶⁶.

§ 5. Türkiye'de biber gazı kullanımına örnekler

Polisin zor kullanmasını gerektirecek durumlarda nasıl bir yol izlemesi gerektiği PVSK'nın m. 16 f. 2 'de belirtilmiştir. Polisin kullanacağı zor kullanma yetkisini direnmenin mahiyetine göre kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanunî şartlar gerçekleştiğinde silah kullanılabileceği maddeler düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince kanunîlik ilkesi göz önüne alındığında polis, zor kullanmasını gerektirecek durum varsa bu hükmün gereklerini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Aslında, polisin insan haklarının teminatı olması gerekirken -ki bu durum hukuk devleti olmanın zorunlu bir sonucudur- insan hakları ihlalleri, çoğu kez polis tarafından işlenmektedir⁶⁷.

Basında biber gazı kullanımıyla ilgili haberler oldukça geniş bir yer kaplamaktadır. Bu haberlerden anlaşıldığı üzere, biber gazının kullanımını gerektirecek durumlara riayet edilmediği ortadadır. Nitekim

⁶⁵ Ataman, par.25.

⁶⁶ Ataman, par. 26 -27.

⁶⁷ Hafizoğulları, s.565.

bu durumun farkına varan yetkililer biber gazının kullanımına sınırlamalar getirme yoluna gitmişlerdir⁶⁸. Polisin biber gazını kullanırken kapalı ya da açık alan ihtarlarına uymadığı, hastanelerin acil servislerinde biber gazı sığıdığı, hatta engellilere karşı biber gazını kullanmaktan çekinmediği basında yer almıştır. Polis 1 Mayıs 2008'de biber gazını Şişli Etfal Hastanesi'nin bahçesine atması sonucunda, bahçede bekleyen ve aralarında çocukların, yaşlıların da bulunduğu hasta ve hasta yakınları biber gazından etkilenmişlerdir. Patlama, tedavi gören hastalarda ve sağlık personeline ciddi solunum yetmezliğine neden olmuştur⁶⁹. Benzer bir durum Konya'da da gerçekleşmiştir. Polis, Selçuk Üniversitesi'nde okuyan iki grup arasında çıkan kavgada, yaralananları tedavi edilmeleri için aynı hastaneye götürmüş ancak; bu gruplar hastanede tekrar kavga edince polis, acil servis içerisinde kavgayı ayırmak için biber gazı kullanmıştır⁷⁰.

Bir başka hastanenin acil servisinde biber gazı kullanımı da Kartal Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nin acil servisinde gerçekleşmiştir. Hastane içersinde tartışan gruba yapılan müdahalede polis, acil servis içinde biber gazı kullanmıştır. Biber gazının etkisiyle hasta ve yakınları biber gazından olumsuz etkilenmişlerdir⁷¹.

Polisin görevi toplumsal barışı ve huzuru sağlamaktır. Ancak polisin, bunu sağlamaya çalışırken biber gazının kullanımının oldukça

⁶⁸ Dönemin emniyet müdürü Celalettin Cerrah, yapılan soruşturma sonrası biber gazının amaç dışı ve bilinçsizce kullanıldığı sonucuna varıldığını bu yüzden de Çevik Kuvvet'teki özel birim dışında diğer polislerin biber gazı kullanmasının yasaklandığını duyurdu. bkz. <http://www.nethaber.com/Toplum/6476/Celalettin-Cerrah-polislerin-BIBER-GAZI-TASIMASINI-YASAKLADI>, e.t:18/05/2009

⁶⁹ Acil Servis'e gaz bombası, bkz. <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/444803>, e.t: 1/05/2008

⁷⁰ Acil serviste öğrenci kavgasına biber gazı, Radikal Gazetesi, 27/04/2009, bkz.<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&ArticleID=924875&Date=27.04.2009&CategoryID=77>, e.t: 18/05/2009

⁷¹ 50 kişi ellerinde sopayla acil servisi bastı, Hürriyet Gazetesi, 18/09/2008, bkz.<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=9931181& tarih=2008-9-18>, e.t: 18/05/2009

riskli olduğu hastanelerin acil servislerinde kullanması PVSK'nın 16. maddesine aykırıdır.

Biber gazının zararlı etkileri kapalı alanlarda daha çok hissedilmektedir. Fakat polisin, biber gazını kapalı alanlarda da kullandığını gösteren, hastaneler dışında başka örnekler de mevcuttur. İzmir'de oynanan basketbol maçında taraftarlar arasında çıkan olaylardan dolayı polis kapalı alanda biber gazı kullanmış, gazdan tribündeki seyircilerle birlikte sahadaki basketbolcular da etkilenmiş, oyuncular ise gazın etkisiyle fenalaşmıştır⁷².

İzmir'de oynanan bir başka basketbol maçında; polisin oyunculara müdahalesi oldukça vahim boyutlara varmıştır. Engelliler arasında oynanan basketbol karşılaşmasında meydana gelen olaylarda polisin, tekerlekli iskemlede oturan sporculara biber gazı sıkıp, sporcuları copleyarak dağıtmaya çalışmıştır. Biber gazından salondaki seyircilerde olumsuz etkilenmişlerdir⁷³.

Ankara'da elektronik eşya satan mağazasının açılışı sırasında, uygulanan düşük fiyatlara vatandaşlar ilgi gösterince yaşanan izdihamın önüne geçmek için polis, biber gazı kullanmıştır. Gazdan sadece vatandaşlar değil aynı zamanda polislerde etkilenmişlerdir⁷⁴.

Sivas'ta köylülerle jandarma arasında geçen tartışma sonucunda jandarmanın sıkılmış olduğu biber gazından köylüler olumsuz etkilenmişlerdir. Biber gazından etkilenen 6 kişi ambulansla hastaneye kaldırılmıştır⁷⁵.

Söz konusu kuvvet kullanımları göz önünde bulundurulduğunda yapılan müdahalelerde kapalı alanda biber gazının kullanılmamasına özen gösterilmediği, korunmaya muhtaç bireylere kötü muamelede

⁷² Salonda biber gazı, Sabah Gazetesi, 10/01/2009. e.t: 18/05/2009.

⁷³ Polis engeli, Akşam Gazetesi, 20/06/2006, bkz. <http://arsiv.aksam.com.tr/?tarih=20.06.2006>e.t: 18/05/2009.

⁷⁴ Biber gazlı mağaza açılışı, Milliyet Gazetesi, 03/12/2007, bkz. <http://www.milliyet.com.tr/2007/12/03/ekonomi/axeko03.html>, e.t: 18/05/2009.

⁷⁵ Köylüler su için kaymakamı taşıdı, Milliyet Gazetesi, 26/06/2008, bkz. <http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=HaberDetay&ArticleID=880907>, e.t: 18/05/2009

bulunularak biber gazına maruz bırakıldığı ve hastanelerde bile biber gazının kullanıldığı tespit edilmektedir. Bu durumda yapılan müdahalelerin amaca uygun bir kuvvet kullanımı görünümünde olmadığı söylenebilir. Asıl amaç; güç kullanılması sonucunda ortaya çıkacak yaralanma ve hasarların en az düzeyde olmasını sağlamaktır. Bu amaçla, kolluk görevlilerinin de farklı düzeylerde güç kullanımına olanak veren araçlar konusunda eğitilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁷⁶.

Uygulama açısından sorun teşkil eden bir başka durum polisin, göstericileri yakaladıktan sonra takındığı tavırla ilgilidir. Yakalanan göstericiler taşınırken polis, ayrıca, yakaladığı şahsa vurarak veya döverek ikinci bir ceza verme yoluna gitmektedir. Hiç şüphesiz, eğer işlenen bir suç varsa cezanın yargı makamlarınca verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kontrol altına alınmış bir kişinin dövülmesi polisin yetkisi dışındadır. Bu yüzden kontrol altında bulunan kişiler üzerinde uygulanan şiddetin orantılı olması söz konusu bile değildir. Çünkü polisin yetkisiz olduğu bir durumda yapmış olduğu faaliyetin orantılı olması beklenemez⁷⁷. Polisin gereksiz güç kullanması durumunda, bunun aynı zamanda suç olduğunu bilinmesi gerekmektedir.

Bir toplumda toplumsal olayları kontrol altına almanın amacı, karışıklığa katılanların cezalandırılması veya bastırılması olmamalıdır. Burada amaç; kanunların uygulanması ve düzenin sağlanması gerekliliğidir. Kişisel duygular ve politik inançlar ne olursa olsun, güvenlik güçlerinin görevlerini yerine getirirken tarafsız olması gerekmektedir⁷⁸. Ancak, polisin zaman zaman, özellikle toplumsal olayların bastırılmasında, taraf olduğu hususunda toplumda şüpheler oluşmaktadır. Bu şüphenin nedeni olarak da polisin belli gruplara karşı aşırı derecede zor kullanmasıdır. Bu yüzden polisin müdahaleleri

⁷⁶ Gülcü, s.26.

⁷⁷ Kerem Altıparmak, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye’de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Raporu 2008, s. 364.

⁷⁸ Taner Arda ve Levent Çalışkan, Kitle Psikolojisi ve Toplumsal Olayların Önlenmesi, 21. Yüzyılda Polis (Ed. : İbrahim Cerrah / Emin Semiz), 2. baskı, Ankara 1999, s. 43.

açısından bu yetki ve sorumluluğun önemli ölçüde polis yöneticileri tarafından kontrol edilmesi sağlanmalıdır.

§ 6.Sonuç ve öneriler

Bireylerin kanunî zeminin dışına çıkmaları durumunda polise etkili bir şekilde müdahale edebilmesi için yetki ve görev verilmiştir. Örneğin polise bir suç şüphesi altında olan kişilerin özgürlüklerine müdahale etme yetkisi verilmesi dışında, diğer insanları koruma ve düzeni sağlamak için güç kullanma hakkı verilmektedir. Demokratik bir ülkede polise ait bütün yetki ve görevler hukukun üstünlüğü anlayışı gözetilerek verilmelidir⁷⁹.

Polis, toplumsal huzurun ve güvenliğin sağlama noktasında devletin en etkin süjesi konumundadır. Görevi gereği kimi zaman kişilere karşı zor kullanması kaçınılmazdır. Polis tarafından yapılan müdahaleleri keyfi olmaktan çıkaran ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemeleridir. Ancak, yapılan çalışmada da ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, kimi zaman polisin bu düzenlemelere aykırı davrandığı görülmektedir. Sağlıklı bir çevrede yaşamak ve kişilerin insan onuruna yakışmayan müdahalelere maruz kalmama hakları devlet tarafından dikkate alınmalıdır.

Devletin toplumun güvenliğini sağlamanın gerekliliğinin yanında ayrıca, toplumun sağlığını riske atacak her türlü uygulamadan uzak durma yükümlülüğü de mevcuttur. Bu kapsamda birçok devlet göz yaşartıcı gazların kullanımlarında ciddi sınırlamalara gitmiştir. Son zamanlarda, göz yaşartıcı gazların kimyasal silahlar olarak değerlendirilmesi söz konusudur. Cenova Protokolü kapsamında 80 ülke, savaş esnasında tüm kimyasal silahların kullanılmasını yasaklamıştır. Bu kimyasal maddeler arasında göz yaşartıcı gazlar da dahil edilmiştir⁸⁰.

Biber gazının insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkileri göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası alanda insan hakları ve sağlık hakkı kapsamında kabul edilen Cenova Protokolü'nü, Türkiye'nin de kabul ederek polis tarafından kullanılan bu yöntemin terk edilmesi sağlanmalıdır. Bu yöntemin yasaklanmaması durumunda ise; bu gazın

⁷⁹ Fatih Karaosmanoğlu, Türkiye'nin Demokratikleşmesi: Yaşama Hakkı ve Polis, Türkiye'de Devlet, Toplum ve Polis(Ed. : Hasan Hüseyin Çevik/Turkut Göksu) Ankara 2002, s. 114.

⁸⁰ Medikal, s. 7.

kullanımına sınırlamalar getirilmelidir. Ayrıca, biber gazının nasıl kullanılması gerektiği noktasında polisler için meslek içi eğitimler verilmelidir. Bu eğitimler kapsamında, biber gazının yanlış kullanımı neticesinde insan sağlığının ciddi şekilde etkileneceği belirtilmelidir. Bu gazın yanlış kullanılmasına sebep olan kişilere idari para cezası, meslekten men etme gibi yaptırımlar uygulanmalıdır. Bu yaptırımlar, biber gazının yanlış kullanılmasının önüne geçilmesinde yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

Ahmet Hamdi Aydın, İnsan Hakları Açısından Polisin Güç Kullanma Yetkisinin Meşruiyeti, 21. Yüzyılda Polis (Ed. : İbrahim Cerrah / Emin Semiz), 2. baskı, Ankara 1999, s. 105- 129.

Cihan Koç, Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri, Ankara 2002.

David A. Koplow, Non-Lethal Weapons, Cambridge University Press 2006.

Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 8. baskı, Ankara 2004.

Fatih Karaosmanoğlu, Türkiye'nin Demokratikleşmesi: Yaşama Hakkı ve Polis, Türkiye'de Devlet, Toplum ve Polis(Ed. : Hasan Hüseyin Çevik/Turkut Göksu) Ankara 2002, s. 113–135.

Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, 1. baskı, Ankara 2007.

Halil İbrahim Kavgacı, Bağımsız Bir Polis Şikayet Sistemi ve Halkın Polisliğe Katılımı, Polis Bilimleri Dergisi, Yıl:1998, Sayı: 1, s. 57.

İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 2. baskı, Ankara 1997.

James M. Atkinson , Advanced Chemical Weapons , 1997.

Kemal Gözler, Anayasa Değişikliği Gerekli mi?, 1. baskı, Bursa 2001.

Kerem Altıparmak, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Raporu 2008, s. 355–381.

Mark W. Kroll, TASER Electronic Control Devices Review of Safety Literature, University of Minnesota Biomedical Engineering, 2008.

Meltem Sarıbeyoğlu, Kitle İmha Silahların Kullanılmasının Yasaklanmasına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi 2004, sayı : 5, s. 21- 53.

Mustafa Gülcü, Özel Güvenlik Görevlileri, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Zor Kullanma, Polis Dergisi 2004, sayı : 36, s. 1- 41.

Nevzat Sönmez, Emniyet Teşkilatı ve Polis Meslek Hukuku ile Polisin Görev ve Yetkileri, Ankara 2003.

Onursal Cin, Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Dergisi, Cilt 8, Yıl: 2000, S. 1-2, s. 665-686.

Ramazan Cengiz Derdiman, Polis Yönetimi ve Hukuku: Görev ve Yetkiler, Tokat 1997.

Taner Arda ve Levent Çalışkan, Kitle Psikolojisi ve Toplumsal Olayların Önlenmesi, 21. Yüzyılda Polis (Ed. : İbrahim Cerrah / Emin Semiz), 2. baskı, Ankara 1999, s. 25-46.

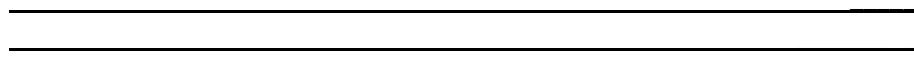
The Journal of the American Medikal Association, vol 262, no: 5, 04/08/1989.

Turan Güzeloğlu, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi: Kolluğun Orantısız Güç Kullanımı Sorunu, Ankara 2008.

United States District Court Western District of Washington at Tacoma, no: C94-5428, 17\11\1994.

Zeki Hafızoğulları, İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1995, Cilt 44, sayı :1-4, s. 565- 576.

Makaleler



Özel Hukuk

**EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERDEN
BİRİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE BORCUNDAN DOLAYI
MALVARLIĞININ HACZİ**

Yrd. Doç. Dr. Gökçen TOPUZ *

ÖZET

Eşler arasında yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Bu çalışmada, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin borcundan dolayı üçüncü kişilere karşı sorumluluğu ve borcunu iradesiyle ödemeyen veya ödeyemeyen eşin alacaklısının haciz yoluna başvurması ele alınmaktadır. Bu kapsamda haczin konusu, özellikle artık değere katılma hakkı, değer artış payı ve eşlerin paylı mülkiyetinde olan malvarlığı değerlerindeki paylı mülkiyet hissesinin haczedilip edilemeyeceği ve haczin yapılması incelenmektedir.

***ANAHTAR KELİMELELER:** Edinilmiş mallara katılma rejimi, paylı mülkiyet, hisse, haciz.*

**“DIE PFÄNDUNG DER VERMÖGEN VON EHEGATTEN
WEGEN IHRER SCHULDEN AN DRITTEN IN DER
GÜTERSTAND DER ZUGEWINGEMEINSCHAFT”**

ÜBERBLICK

Der gesetzliche Güterstand zwischen den Ehegatten ist die Zugewinnngemeinschaft. Diese Arbeit behandelt die Haftung einer Ehegatte wegen seiner Schulden gegen Dritten in der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Ferner wird an die Pfaendung eingegangen, soweit der Ehepaar seine Schulden an den Glaubiger freiwillig nicht bezahlt hat. In diesem Umfang wird der Gegenstand der Pfaendung, insbesondere das Recht in Mehrwert zu beteiligen, die Erhöhung des Anteils und ob der Teil des Vermögens, die unter der Bruchteilsngemeinschaft der Ehegantten liegen, gepfaendet werden können, untersucht.

SCHLAGWORT: *Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, Bruchteilsgemeinschaft, Anteil, Pfändung.*

I. GENEL OLARAK

22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun Evlilik Hukuku Kısımında Dördüncü Bölüm'ün İkinci Ayırım'da, yasal mal rejimi olarak "Edinilmiş Mallara Katılma" rejimi kabul edilmiştir (TMK m. 218-241). Bu rejimin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesinin ardından, icra hukuku bakımından da önemli sorunlar gündeme gelmiştir. Öyle ki, özellikle mal rejimi sona ermeden önce, üçüncü kişiye borçlu olan eşin, borcundan dolayı, henüz doğmamış olan ve diğer eşin malvarlığında bulunan katılma alacağına ve değer artış payına haciz koydurup koyduramayacağı, uygulamada önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda bu konuda ortaya çıkan sorunların çözümü amaçlanmaktadır. Ancak bunun için öncelikle, edinilmiş mallara katılma rejiminin genel esasları ve eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluklarının ana hatlarıyla ortaya konulması gerekmektedir.

II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN GENEL ESASLARI

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden her birinin mal rejimi süresince kendi malvarlığını yönettiği, bunlardan yararlandığı ve tasarruf ettiği (TMK m.223), mal rejiminin sona ermesi halinde de diğer eşin artık değerinde katılma alacağına sahip olduğu (TMK m.236) mal rejimi olarak tanımlanabilir.¹ Türk Medeni Kanunu'nun 202. maddesine göre, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden biri kabul edilmediği sürece, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz., HEGNAUER Cyril / BREITSCHMID Peter, Grundris des Eherecht, Bern 2000, s. 251; ZEYTİN Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005, s. 73.

Edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken temelde eşler arasında mal ayrılığı esasının geçerli olduğu kabul edilmektedir.² Çünkü edinilmiş mallara katılma rejiminde, her bir eş kendi malvarlığını yönetme, yararlanma ve diğer eşin onayı olmaksızın tasarruflarda bulunabilme hakkına sahip olup, kendi borçlarından da üçüncü kişilere karşı tüm malvarlığıyla sorumludur (TMK m. 223, 224). Ancak edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler bir birlerinin artık değerlerinin yarısına ve değer artış payına katılma hakkına sahip iken (TMK m.227, 236); mal ayrılığı rejiminde ne artık değere katılma hakkı ne de değer artış payı öngörülmektedir³

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her eşin “edinilmiş malları” ve “kişisel malları” söz konusu olmaktadır. Bu malların neler olduğu Kanunda açıklanmaktadır (TMK m.219 vd.).

Türk Medeni Kanunu'nun 219. maddesinin birinci fıkrasına göre edinilmiş mal, her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerlerini ifade eder. Kanun maddesinin ikinci fıkrasına göre, özellikle, eşlerin çalışmalarının karşılığı olan edimler; sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler; çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar; kişisel malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerler bir eşin edinilmiş mallarını oluşturur. Ancak kanuna göre eşler, “mal rejimi sözleşmesiyle”, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetinden doğan ve edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler (TMK m. 221, I). Ayrıca eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dâhil olmayacağını da kararlaştırabilirler (TMK m. 221,II).

Türk Medeni Kanunu'nun 220. maddesinde ise, eşlerin kişisel malları dört bent halinde sayılmıştır. Bunlar, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya; mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri;

² MEIER Isaak, Neues Ehe recht und Schuldbetriebsrecht, Zürich 1987, s. 42-43; ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 263.

³ MEIER, s. 43; HEGNAUER/ BREITSCHMID, s. 251; ÖZTAN, s. 249.

manevi tazminat alacakları ve son olarak da kişisel mallar yerine geçen değerlerdir.

Eşlerin edinilmiş malları ve kişisel malları dışında, bir de eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilen malvarlığı değerleri vardır. Türk Medeni Kanunu'nun 222. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar, eşlerin paylı mülkiyetinde sayılır. Her eş kendi kişisel mallarını ve edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bu mallar üzerinde tasarruf etme hakkına sahipken, eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarruf etme hakkı söz konusu değildir (TMK m.223).

Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer (TMK m. 225,I). Bunun yanında, mahkemece evliliğin iptaline veya boşanmaya veya mal ayrılığına karar verilmesi hallerinde de mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer (TMK m. 225,II).

Mal rejiminin sona ermesinden sonra tasfiye aşamasına geçilir. Tasfiyenin nasıl yapılacağı Türk Medeni Kanunu'nun 225-241 arası maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre tasfiye, kısaca, eşlerin birbirlerinde olan mallarını geri almaları, bir birlerine olan borçlarının akıbetinin belirlenmesi, denkleştirme gerekli ise denkleştirmenin yapılması, eşlerin değer artış payları ve artık değere katılma alacaklarının belirlenmesi işlemleri yapılarak tamamlanmaktadır⁴

III. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SORUMLULUĞU

Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Hukuku Kısımında, Evliliğin Genel Hükümleri'nin düzenlendiği Üçüncü Bölüm'de, "Sorumluluk" kenar başlığı altında 189. maddede, eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlulukları düzenlenmektedir. Madde hükmünde, evlilik birliğinin temsilinden doğan borçlardan ve temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması suretiyle yapılan işlemlerden

⁴ Geniş bilgi için bkz., ÖZTAN, s. 262; AKINTÜRK Turgut, Türk Medenî Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2002, s. 152 vd.; ZEYTİN, s. 181 vd.; ÖZÜĞÜR Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara 2007, s. 48 vd.

kaynaklanan borçlardan eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu oldukları; birliği temsil yetkisi olmaksızın yapılan işlemlerde ise, eşlerin kişisel olarak sorumlu oldukları belirtilmiştir.⁵ Genel nitelikteki bu hüküm, eşler arasındaki mal rejiminin türüne bağlı olmaksızın bütün mal rejimlerinde uygulanır. Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejiminde de eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumluluklarını belirlerken, madde hükmünde yapılan ayırım çerçevesinde, borcun evlilik birliğinin temsilinden doğup doğmadığının belirlenmesi gerekir.

Evlilik birliğinin temsili, Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, ailenin sürekli ihtiyaçları için eşlerin her birinin evlilik birliğini temsil edebileceği, bunun dışında kalan ihtiyaçlar için eşlerin tek başına birliği temsil etme yetkisinin olmadığı hükme bağlanmıştır. Ailenin sürekli ihtiyaçlarının neler olduğu ise, kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte doktrinde ailenin sürekli ihtiyaçları, bir ailenin günlük alışılmış yaşamlarının gerektirdiği ihtiyaçlar olarak ifade edilmektedir.⁶ Bir ailenin sürekli ihtiyaçları arasında özellikle yiyecek maddelerinin, ilaçların, temizlik maddelerinin, aile fertlerinin kıyafetlerinin alınması, elektrik ve ısınma masraflarının ödenmesi örnek olarak verilmektedir.⁷ Buna karşın aile konutunun kira veya satın alma yoluyla sağlanması halinde, bunun eşlerin evlilik birliğini temsil etmesi anlamına gelmeyeceği ve bu işlemlerden doğan borçlardan eşlerin müteselsilen sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir.⁸

⁵ Geniş bilgi için bkz., HAVUTÇU Ayşe, Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, 119 vd.

⁶ HEGNAUER/ BREITSCHMID, s. 191; HAUSHEER Heinz/ REUSSER Ruth/ GEISER Thomas, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Bern 1999, s. 304; BRÄM Verena / HASENBÖHLER Franz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Zürich 1998, s.269; HAVUTÇU, s. 71.

⁷ Bkz., HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 305; ÖZTAN, s. 188; HAVUTÇU, s. 72.

⁸ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 306; HAVUTÇU, s. 81. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin son fıkrasında aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanması halinde, sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline

Şayet eşlerden biri ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yapmış olduğu işlemlerden dolayı borç altına girerse, diğer eş de bu borçtan müteselsilen sorumlu olmaktadır (TMK m. 188, 189, I). Ancak ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçlarında eşlerden biri, diğer eş tarafından veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınırsa veya birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınmazsa, birliği temsil yetkisine sahip olabilmektedir (TMK m. 188/1,2). Bu durumda da yine yapılan işlemlerden kaynaklanan borçlardan eşler müteselsilen sorumlu olmaktadır (TMK m. 189).

Diğer yandan eşlerden biri ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yönelik olmayan işlemlerden dolayı borç altına girerse, yani konusu evlilik birliğinin temsilinden doğmayan borçlarda ise, eşler müteselsil olarak değil, kişisel olarak sorumludurlar (TMK 189, II). Bu bağlamda edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin üçüncü kişilere karşı kişisel sorumluluklarının kapsamı, Türk Medeni Kanunu'nun 224. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede eşlerden her birinin kendi borçlarından bütün malvarlığı ile sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.⁹ Madde hükmünde geçen "bütün malvarlığı" ifadesine nelerin girdiği aşağıda, haczin konusu kapsamında açıklanacaktır.

IV. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EŞLERDEN BİRİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE BORDUNDAN DOLAYI MALVARLIĞININ HACZİ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin gerek evlilik birliğinin temsilinden gerekse kişisel ilişkilerinden kaynaklanan

geleceği ve bu bildirimle birlikte eşlerin müteselsil sorumlu olacakları öngörülmüştür. Bu hüküm gereğince eşlerin kira borcundan müteselsil sorumlu olmaları kira sözleşmesinin tarafı olmalarına bağlanmıştır. Eşlerden biri sözleşmenin tarafı değilse müteselsil sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

⁹ Yukarıda da ifade edildiği üzere edinilmiş mallara katılma rejiminde, bu rejim devam ederken eşler arasında esas olarak mal ayrılığı geçerli olmaktadır. Bu bağlamda eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlulukları da mal ayrılığı rejimindeki esaslarla paralellik göstermektedir. Bkz., REUSSER Ruth, Das neue Eherecht und seine Berührungspunkte mit dem SchKG, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1987, Heft 3, s. 93.

borçlarını ödememesi halinde, diğer borçlarda olduğu gibi, borçlu eşin alacaklısının haciz yoluna gitme hakkı vardır. Böyle bir durumda haczin konusunun belirlenmesi çalışmamız bakımından önem taşımaktadır. Çünkü mal rejimi sona ermeden önce, üçüncü kişiye borçlu olan eşin, borcundan dolayı, henüz doğmamış olan ve diğer eşin malvarlığında bulunan katılma alacağına ve değer artış payına haciz koydurup koyduramayacağı, haczin konusunun belirlenmesiyle ortaya konulabilir.

A. HACZİN KONUSU

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden her birinin üçüncü kişilere borçlarından dolayı bütün malvarlığıyla sorumlu olduğu, yukarıda ifade edildiği üzere, Türk Medeni Kanunu'nun 224. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. Eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte haczin konusunun belirlenebilmesi ise, söz konusu maddede geçen "bütün malvarlığı" kavramının açıklanmasıyla ortaya konulabilir.

Malvarlığı, bir kişinin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden ve para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamını ifade etmektedir.¹⁰ Edinilmiş mallara katılma rejiminde de eşlerin malvarlığı kavramının farklı bir anlamı yoktur. Bu anlamda bir eşin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden ve para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamı onun malvarlığını oluşturur. Ancak cebri icra hukuku bakımından malvarlığı kavramı, farklı anlamda kullanılmaktadır. Cebri icra hukuku bakımından malvarlığı kavramının içerisine, borçlunun (İcra ve İflâs Kanunu'nun 82. maddesinde sayılan haczedilemeyen mal ve hakları hariç) parasal bir değeri olan ve alacaklının tatminini sağlayan tüm hak ve malları girer.¹¹ Yani borçlu, borcunu ödemez ise, alacaklının müdahale edebileceği "aktif malvarlığı" cebri icra hukuku bakımından malvarlığını ifade

¹⁰ LARENZ Karl / WOLF Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, s. 381; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 49; ÜNAL Mehmet / BAŞPINAR Veysel, Şekî Eşya Hukuku, Ankara 2007, s. 51; AKİPEK Jale G. / AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 2002, C. I, s. 28; Malvarlığı (mamelek) kavramının değişik anlamları için bkz., AYİTER Nûşin, Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968, s. 27 vd.

¹¹ LARENZ/WOLF, s. 381, 385.

etmektedir.¹² Bu bağlamda cebri icra yollarından biri olan “hacizde”, haczin konusunu, borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları oluşturur.¹³

Edinilmiş mallara katılma rejiminde haczin konusunu da borçlu eşin (haczedilemeyen mal ve hakları hariç) taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları oluşturur.¹⁴ Yukarıda da ifade edildiği üzere edinilmiş mallara katılma rejiminde her eşin edinilmiş malları, kişisel malları ve eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilen malvarlığı değerleri olmak üzere üçlü malvarlığı grubu söz konusudur. Bu mal varlığı gruplarından edinilmiş mallar ve kişisel mallar bir eşin borcundan dolayı üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığı kavramının içerisinde olup haczedilebilirler. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 223. maddesinde her bir eşe yasal sınırlar içinde kişisel ve edinilmiş malları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda her bir eş kişisel mallarını ve edinilmiş mallarını serbestçe devredebilir. Haciz ise, borçlunun devredilebilir ve paraya çevrilebilir malvarlığı üzerinde yapılabilir¹⁵. Bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejiminde de haciz, borçlu eşin devredilebilen kişisel ve edinilmiş malları üzerinde de uygulanır. Ancak “eşlerin paylı mülkiyetinde olan malvarlığı değerlerindeki hisseleri” ile “mal rejimi sona ermeden eşlerin artık değere katılma hakkının ve değer artış payının” cebri icra hukuku bakımından eşlerin malvarlığı kavramının içine girip girmediklerinin, yani haczin konusu olup olmadıklarının, ayrıca incelenmesi gerekir.

1. BORÇLU EŞİN PAYLI MÜLKİYET HİSSESİ

Birden çok kişinin maddi olarak bölünmemiş bir malın tamamına belli paylarla malik olmasını ifade eden paylı mülkiyet, Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinde tanımlanmış ve her paydaşın malik hak ve

¹² LARENZ/WOLF, s. 379.

¹³ AMONN Kurt / GASSER Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern, 1997, s.157; KURU, s. 371.

¹⁴ HONSELL Henrich / VOGT Nedim Peter / GEISER Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel-Genf-München 2002, s. 1119; HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 537.

¹⁵ ÜSTÜNDAĞ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s. 171.

yükümlülüklerine sahip olduğu, payın devredilebileceği, rehnedilebileceği ve alacaklılar tarafından haczedilebileceği yine söz konusu maddede açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince her paydaş hissesi üzerinde serbestçe tasarruf edebilmekte, hisse rehnedilebilmekte ve alacaklılar tarafından haczedilebilmektedir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasında edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin paylı mülkiyetlerinde olan mallarındaki hisseleri üzerinde, eşlerden birinin diğer eşin rızası olmadan tasarruf edemeyeceği öngörülmüştür¹⁶

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle, paylı mülkiyette her paydaşın kendi payını serbestçe devredilebileceği (TMK m.688, III) kuralına bir istisna getirilmiştir. Ancak getirilen bu istisna, borçlu eşin paylı mülkiyet hissesinin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığının içine girmesine ve dolayısıyla paylı mülkiyet hissesinin haczine engel oluşturmamaktadır.¹⁷ Çünkü kanun koyucu, tıpkı aile konutunun korunmasında olduğu gibi, söz konusu hükümle (TMK m. 223, II), eşin iradi tasarruflarına engel olmak istemektedir. Oysa borçlu eşin paylı mülkiyet hissesinin haczi, haciz devlete ilişkin bir hâkimiyet tasarrufu olduğu için,¹⁸ borçlu eşin iradi

¹⁶ Bu hüküm sadece paylı mülkiyet ilişkisinin eşler arasında olması halinde uygulama kabiliyetine sahip olup, paylı mülkiyet ilişkisinin eşlerden biri ve üçüncü kişi/ler arasında olması halinde uygulanamaz. Yani eşlerden birinin ve üçüncü kişilerin bir mala paylı malik olmaları halinde Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete ilişkin 688 vd. maddeleri uygulama alanı bulur ve eş hissesi üzerinde diğer eşin onayı olmaksızın istediği gibi tasarrufta bulunabilir.

¹⁷ Bkz., HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1116; HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 524; ATALAY Oğuz, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- I, Eskişehir 2003, s. 70.

¹⁸ “Haciz, cebri icra organı tarafından yapılan devlete ilişkin bir hâkimiyet tasarrufu olup, icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda istemde bulunan alacaklı lehine söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara icra memuru tarafından hukuken el konulmasıdır.” 12. HD. 2.12. 2005, 19618/23874, (www.kazancı.com.tr).

tasarrufu olarak nitelendirilemez. Bu nedenle de borçlu eşin hissesinin haczedilip paraya çevrilmesi mümkündür¹⁹

2. BORÇLU EŞİN ARTIK DEĞERE KATILMA HAKKI

Artık değer, eklemeyen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dâhil olmak üzere, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktarı ifade etmektedir (TMK m. 231). Türk Medeni Kanunu'nun 236. maddenin birinci fıkrasında da her eşin veya mirasçılarının, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olacakları hükme bağlanmıştır.

Artık değere katılma hakkının eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu bütün malvarlığının içine girip girmeyeceği, dolayısıyla haczin konusu olup olmayacağı, "artık değere katılma hakkının" hukuki niteliğinin belirlenmesiyle ortaya konulabilir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde bir eşin artık değere katılma hakkı, mal rejimi devam ederken sadece beklemece bir hak olup, bu hakkın doğup doğmayacağı belirsizdir. Bu nedenle de artık değere katılma hakkı borçlu eşin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığı kavramının içerisine girmez ve dolayısıyla da haczedilemez.²⁰ Buna karşın, mal rejiminin sona ermesiyle birlikte artık değere katılma hakkının bir alacak hakkına dönüştüğü, mal rejimi henüz tasfiye edilmemiş ve artık değere katılma alacağının miktarı tam olarak belirlenmemiş olsa bile bu alacağın üçüncü kişiler tarafından haczettirilebileceği kabul edilmektedir.²¹

¹⁹ Eşlerin paylı mülkiyet hisselerinin paraya çevrilmesi hakkında geniş bilgi için bkz., MEIER, s. 111 vd.

²⁰ Ruth REUSSER, Das neue Eherecht und seine Berührungspunkte mit dem SchKG, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 1987, Heft 3, s. 93; HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1119; HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 541; Kurt AMONN/ Dominik GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, s. 145; ACAR Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007, s. 152; Zafêr ZEYTİN, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi? Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı 8, s. 16.

²¹ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 542, MEIER, s. 102; ZEYTİN, (Haciz), s. 17.

Kanaatimizce, bir eşin “artık değere katılma hakkı” ile mal rejiminin sona ermesiyle ortaya çıkacak “artık değere katılma alacağı” arasında bir ayırım yapılması gerekir. Edinilmiş mallara katılma rejiminden dolayı bir eşin artık değere katılma hakkı, mal rejimi devam ederken beklemece, soyut bir hak iken; mal rejiminin sona ermesiyle bu hak, alacak hakkına dönüşmektedir. Mal rejimi devam ederken, eşler artık değere katılma haklarını devredemedikleri gibi rehin de edemezler.²² Ancak mal rejiminin sona ermesinden sonra durum değişmektedir. Mal rejiminin sona ermesiyle, beklemece ve soyut olan artık değere katılma hakkı, somut alacak hakkına dönüştüğü için, bu hak üçüncü kişilere temlik edilebileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da haczettirilebilir. Nitekim İsviçre St. Galen Yüksek Kantonal Tetkik Mercii’nin 2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararda da bu durum belirtilmektedir. Söz konusu karara göre, artık değere katılma hakkı, mal rejiminin sona ermesine kadar sadece beklemece bir hak olup, borçlunun üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığının içine girmemekte, bu hak mal rejimi devam ederken temlik, rehin ve haciz edilememektedir. Ancak mal rejiminin sona ermesiyle birlikte, bu hak somutlaşmakta, mal rejiminin tasfiyesi yapılmamış olsa bile haczin konusu olmaya müsait olmaktadır.²³ Dolayısıyla, edinilmiş mallara katılma rejimi devam ederken, artık değere katılma hakkının haczi mümkün değildir. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, mal ortaklığı rejiminden farklı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde cebri icra alacaklısına hâkimden eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığı rejimine çevrilmesini isteme hakkı da vermemiştir (TMK m. 210). Bu nedenle cebri icra alacaklısı, mal rejiminin sona ermesini sağlayarak da, borçlu eşin artık değere katılma alacağının doğmasını sağlama imkânına sahip değildir.

3. BORÇLU EŞİN DEĞER ARTIŞ PAYI

Değer artış payı, eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun karşılık almaksızın katkıda bulunması halinde, tasfiye sırasında bu malda ortaya

²² ACAR, s. 140; ZEYTİN, (Haciz), s. 16.

²³ ST. GALEN, Obere Kantonale Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung, 27 Mai 2004, (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2005, Heft 4, s. 156–157.

çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olmasını ifade etmektedir (TMK m. 227, I).

Değer artış payının konusu, doktrinde tartışmalıdır. Öyle ki bir görüşe göre, değer artış payı, kural olarak, eşin yapmış olduğu katkı ve değer artış payını içeren bir bütündür. Ancak, bu mutlak değildir.²⁴ Buna karşın bir başka görüşe göre ise, değer artış payı, bir eşin diğer eşin malı için katkı yaptığı zamanki değeri ile mal rejiminin tasfiyesi anındaki değeri arasındaki olumlu yöndeki parasal farkı ifade etmekte olup, değer artış payı, yapılan katkının kendisi değildir. Yani katkı yapıldıktan sonra katkı yapılan malın değer kazanması halinde, değer artışının katkıya yansıyan kısmı değer artış payıdır.²⁵

Yargıtay ise, bir kararında, evlilik sona ermeden önce bir eş diğer eşin bir malı edinmesi için yapmış olduğu katkıyı mal rejimi sona ermeden talep edemeyeceğine; çünkü yapılan katkının talep edilmesi "değer artış payı"ni isteme anlamına geleceğine hükmetmiştir.²⁶ Buradan

²⁴ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 651; HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1141; ÖZTAN, s. 275; ZEYTİN, s. 145.

²⁵ ACAR, s. 134.

²⁶ "Davacı kadın 01.04.2004 tarihinde açtığı davayla; halen evli bulunduğu davalı eşi adına trafikte kayıtlı otomobilin 04.12.2002 tarihinde alımı sırasında yaptığı katkı bedelini, davalıda kaldığını ileri sürdüğü ziynet eşyalarının aynen iadesini ve yanında bulunan müşterek küçük çocuk yararına nafakaya hükmedilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme; müşterek çocuk yararına nafakaya karar vermiş, diğer İstekleri ise; tarafların halen evli oldukları ve aralarında yasal mal rejiminin geçerli olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1- Davacının, davalı eşi adına teyitli otomobilin alımına yaptığı katkıya dayalı isteği "değer artış payına" (TMK m. 227) yöneliktir. Bu isteğin esası, eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi durumunda incelenebilir. Taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin devam ettiği anlaşıldığından; "bu istek hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm KURULması gerekirken, kesin hüküm oluşturacak şekilde "isteğin reddine" biçiminde karar verilmesi doğru değildir.

2- Davacının ziynet eşyasına yönelik isteği "kişisel malın" (TMK.m.220) iadesine yöneliktir. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (TMK m. 218–241)

hareketle Yargıtay'ın da değer artış payını bir bütün olarak kabul ettiği sonucu çıkmaktadır.

Kanaatimizce değer artış payının konusu belirlenirken, zorunlu olarak Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinden hareket edilerek bir tespit yapılmalıdır. Değer artış payını açıklayan bu hüküm, aynı zamanda değer artış payının hukuki nitelendirilmesinin yapılmasını da sağlar.

227. maddede eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun karşılık almaksızın katkıda bulunması halinde, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olacağı; değer kaybı söz konusu olması halinde ise, katkının başlangıçtaki değerinin katkı yapan eşe verileceği belirtilmiştir.

Söz konusu maddede “tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur” ibaresi, katkı ve değer artış payının ayrı ayrı olduğuna, yani bir bütün oluşturmadıklarına ve aynı zamanda tasfiyede ortaya çıkan, yani muaccel hale gelen, bir alacak hakkı olduğuna, açıkça işaret etmektedir. Diğer yandan “bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır” ibaresi ise, katkı ve değer artış payının bir bütün olduğuna işaret etmektedir. Bu nedenle biz de katkı ve değer artış payının ayrı olduğu durumlar olmakla birlikte, değer artış payının, kural olarak; ancak mutlak olmayarak, katkı ve değer artış payını içerdiğini ve ancak mal rejiminin tasfiyesi halinde muaccel olan bir alacak hakkı olduğu görüşündeyiz.²⁷

Değer artış payının bu şekilde konusunun ve hukuki nitelendirilmesinin belirlenmesinin ardından, çalışma konumuz kapsamında, eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte, eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığının içine, bir

eşlerden her birinin diğer eşte kaldığını veya diğer eş tarafından kullanıldığını ileri sürdüğü kişisel malının aynen iadesini veya bedelinin iadesini isteme hakkını engellemez.” 2. HD 30.1.2006, 16299/ 467, (www.mevzuat.adalet.gov.tr).

²⁷ Değer artış payının bir alacak hakkı olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bkz., HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 651; HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1141; ÖZTAN, s. 275; ZEYTİN, s. 145.

alacak hakkı olan değer artış payının girip girmediğinin belirlenmesi gerekir. Bu konuda da doktrinde farklı görüşler vardır.

Bir görüşe göre, eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte, eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığının içine, bir alacak hakkı olan değer artış payı da girer.²⁸ Bir alacağın haczedilmesi için onun muaccel olması şart olmadığı için, değer artış payının mal rejiminin tasfiyesi anında muaccel olması, onun haczedilmesine engel teşkil etmez.²⁹ Değer artış payının haczi, eşler arasında değer artış payının muaccel olmasından önce, eşin başlangıçta yapmış olduğu katkının haczettirilmesi yoluyla gerçekleştirilebilir.³⁰ Diğer yandan, değer artış payının meblağı, mal rejimi henüz tasfiye edilmeden belirlenemeyeceği için, haczedilen değer artış payının paraya çevrilmesi zor olabilir. Bu nedenle değer artış payı ve başlangıçta yapılan katkının bir birinden bağımsız olarak değerlendirilip, değer artış payı muaccel olmadan önce sadece başlangıçta yapılan katkının paraya çevrilmesi, değer artış payının ise, borçlu hak sahibi eşe bırakılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmektedir.³¹

Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise, eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte, eşlerin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu malvarlığının içine, değer artış payı girmez.³² Değer artış payı ancak mal rejiminin sona ermesi halinde haczedilebilir.³³ Bu görüşe göre, değer artış payının beklemeye bir hak olarak nitelendirilip haczedileceğinin kabul edilmesi, mal rejiminin sona erme tarihinin belirsiz olması nedeniyle, haczedilen malvarlığı değerinin paraya çevrilmesinden elde edilecek meblağın, zaman içerisinde değer kaybı sonucu aşırı derecede azalmasına neden olacaktır.³⁴ Diğer yandan, Türk

²⁸ HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1119.

²⁹ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 540–541. MEIER, s. 103; ZEYTİN, (Haciz),s. 17.

³⁰ HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1119.

³¹ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 541; benzer yönde görüş için bkz., HONSELL/ VOGT/ GEISER, s. 1119.

³² MEIER, s. 103; ZEYTİN, (Haciz), s. 16.

³³ MEIER, s. 103; ZEYTİN, (Haciz), s. 16.

³⁴ MEIER, s. 103.

Medeni Kanunu'nda düzenlenmeyen ancak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen, değer artış payının mal rejiminin sona ermesinden önce muaccel olması ihtimalinde³⁵ değer artış payının haczinin mümkün olacağı, İsviçre hukukunda ileri sürülmektedir.³⁶

Kanaatimizce değer artış payı, borçlu eşin alacaklıları tarafından haczettirilebilir. Çünkü değer artış payının başlangıçta yapılan katkıyla bir bütün oluşturması, yukarıda ifade edildiği üzere, kuraldır; ancak mutlak değildir. Bu nedenle borçlu eşin alacaklısı hiç değilse borçlu eşin diğer eşe başlangıçta yaptığı katkıya haciz koydurabilir. Diğer yandan mal rejiminin tasfiyesiyle muaccel olacak olan değer artış payı da mal rejiminin sona ermesinden önce veya sonra (yani, tasfiyeden önce) müstakbel alacak olarak nitelendirilip haczettirilebilir. Zira biraz öncede ifade edildiği üzere, bir alacağın haczedilebilmesi için alacağın muaccel olması veya alacağın şarta bağlı olması önemli değildir.³⁷ Müstakbel alacağın haczedilebilmesi için, bir hukuki ilişkinin söz konusu olması ve bu hukuki ilişkiden doğan alacağın cinsinin ve borçlusunun belli olması yeterli olup, alacağın miktarının tam olarak belli olması ve alacağın doğmama ihtimalinin olması önemli değildir.³⁸ Bu açılardan değerlendirildiğinde değer artış payının mal rejiminin sona ermesinden önce "müstakbel alacak olarak haczi" mümkündür.

³⁵ ZGB Art. 206, II'ye göre, mal rejimi sona ermeden katkı yapılan malın üçüncü bir kişiye satılması halinde elde edilen bedelde, katkı yapan eşin değer artış payı derhal muaccel olur. Buna karşın Türk Medeni Kanunu'nun 227.maddesinin ikinci fıkrasında, katkı yapılan malın daha önce elden çıkarılmış olması halinde, hâkimin, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirleyeceği öngörülmüştür.

³⁶ MEIER, s. 103.

³⁷ Baki KURU, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 428; KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder, İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007, s. 265; ÜSTÜNDAĞ, s. 239, dn. 613; ARSLAN Ramazan, Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 97.

³⁸ KURU, s. 428.

B. HACZİN YAPILMASI

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte, mal rejimi, haczin yapılmasına esas olarak bir etki yapmamaktadır.³⁹ Çünkü haciz yoluyla takip, alacaklının takip talebiyle başlar. Alacaklı takip talebinde, eşin borcu evlilik birliğinin temsilinden veya temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması suretiyle yapılan işlemlerden kaynaklanmamış ise, yani kişisel bir borç ise, sadece borçlu olan eş takip borçlusu olarak gösterir. Buna karşın borç evlilik birliğinin temsilinden veya temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması suretiyle yapılan işlemlerden kaynaklanmış ise, alacaklı eşlerden dilediğine veya eşlerin her ikisini de takip talebinde borçlu olarak gösterebilir. Böyle bir durumda eşler arasında ihtiyari takip arkadaşlığı söz konusu olur.⁴⁰

Takibin dayanağı olan alacak, eşin kişisel borcu ise, alacaklının takip talebini alan icra müdürü, ödeme emri düzenleyerek borçlu eşe gönderir ve takip kesinleştikten sonra da alacaklının alacağını karşılayacak miktarda borçlu eşe ait taşınır, taşınmaz, alacak ve diğer malvarlığı haklarına haciz koyar. Bu bağlamda borçlu eş üzerine kayıtlı aile konutu da haczedilip paraya çevrilebilir.⁴¹ Böyle bir durumda borçlu eş veya diğer eş aile konutunun hallerine münasip ev olduğunu iddia

³⁹ AMONN/ GASSER, s. 145.

⁴⁰ ATALAY, s. 52.

⁴¹ Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesindeki hüküm eşin iradesiyle yapılacak hukuki işlemlerden bahsetmekte olup, eşin iradesi dışında gerçekleşen, devletin hâkimiyet tasarrufu olan haczin yapılmasına engel oluşturmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine göre aile konutunun korunması, aile konutuna cebri icra yapılmasına (aile konutunun haczedilmesine ve borçlu iflâs etmiş ise, aile konutunun iflâs masasına girmesine) ve aile konutunun cebri olarak paraya çevrilmesine engel oluşturmamaktadır. Nitekim Yargıtay da 194. maddenin, tapu sicilinde malik olan eşin borcundan dolayı aile konutunun haczedilmesine ve cebri olarak satılmasına engel olmayacağını kabul etmektedir. Karar için bkz., 12 HD 04.05.2006, 5829/8852, (KAÇAK Nazif, Açıklama ve İçtihatlarla Haczedilmezlik, Ankara 2006, s. 69).

ederek icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurabilirler.⁴² Buna karşın borçlu eşin üzerine kayıtlı malların haczi halinde, diğer eşin bu malın edinilmiş mallara katılma rejimi esnasında edinildiği ve bu nedenle de haczedilemeyeceğini icra mahkemesinde ileri sürmesi mümkün değildir.⁴³

Diğer yandan borçlunun ücretine veya maaşına da haciz konulabilir. Borçlunun ücret veya maaşının haczi halinde borçlu veya diğer eşin ailenin geçinmesi için zorunlu olan miktarın az takdir edildiği gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurma hakları vardır.⁴⁴ Borçlu olmayan eşin şikâyet yoluna başvurabilmesi için hacizden haberinin olması gerekir. Bu nedenle de haciz tutanağının borçlu olmayan eşe de tebliğ edilmesi gerektiği İsviçre doktrininde ileri sürülmektedir.⁴⁵

Takibin dayanağı olan borç, evlilik birliğinin temsilinden veya temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması suretiyle yapılan işlemlerden kaynaklanmış ve alacaklı da takip talebinde her iki eşi borçlu olarak göstermiş ise, bu durumda her iki eşe ait taşınır, taşınmaz, alacak ve diğer malvarlığı haklarına haciz konulur. Bu durumda eşlerin istihkak iddiaları söz konusu olmaz.

⁴² KURU, s. 99; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 66-67; PEKCANITEZ Hakan, İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986, s. 98; ATALAY, s. 55; DÖNMEZ Murat, Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, S.77, 2008, s. 352; TOPUZ Gökçen, Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlâmsız İcra Yoluyla Tahliyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 1 2008, s. 275. Ancak Yargıtay uygulamasına göre meskeniyet iddiasını sadece takip borçlusu ileri sürebilir. “Meskeniyet şikâyetinde bulunmak, yalnızca borçlunun şahsına bağlı bir haktır. Borçlunun eşi olan davacı 3. kişi durumunda olup ancak istihkak iddiasında bulunabilir.” HGK 30.4.2003, 12–313/310, (www.kazancı.com.tr).

⁴³ “...Haciz konulan taşınmazın MK. nun 218 ve sonraki maddelerinde düzenlenen ve edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında bulunup bulunmadığı, ya da eşlerin kendi kişisel malları ile diğer eşin borçlarından dolayı MK. nun 269. maddesi gereğince sorumlu olabileceği miktarın saptanması hususları ancak genel mahkemenin vereceği bir kararla belirlenebilecektir.” 12. HD. 2.12.2005, 19618/23874, (www.kazancı.com.tr).

⁴⁴ MEIER, s. 138; KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 277.

⁴⁵ MEIER, s. 138.

Borçlu eşin diğer eş ile paylı olarak malik olduğu maldaki hissesi, hisse haczi olarak yapılmalıdır. İcra ve İflâs Kanunumuzda paylı mülkiyet hissesinin haczine ilişkin özel hükümler öngörülmemiştir. Bu nedenle paylı mülkiyet hissesinin haczi, paylı mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu malın taşınır veya taşınmaz olmasına göre taşınır haczi ve taşınmaz haczi hükümlerine göre yapılmalıdır.⁴⁶

Borçlu eşin değer artış payının ve mal rejiminin sona ermesinden sonra artık değere katılma alacağının haczi ise, alacak haczine ilişkin olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre yapılmalıdır.

C. HACİZDE TERTİP

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte de icra memurunun haczi yaparken hacizde tertibe dikkat etmesi gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nda hacizde tertibi öngören açık bir hüküm yoktur. Ancak, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinden haczi koyan memurun hacizde belli bir sıraya uyması gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁴⁷ Öyle ki 85. maddenin birinci fıkrasına göre, haczi yapan memur borçlunun mallarından ancak alacağın ana, faiz ve takip giderlerini karşılayacak kadarına haciz koyabilir; daha fazlasına haciz koyamaz. 85. maddenin son fıkra hükmüne göre ise, haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar bağdaştırmakla yükümlüdür. Bu hüküm gereğince haczi koyan memur, haciz yaparken borçlunun da menfaatlerini gözetmeli ve öncelikli olarak yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek malları haczetmelidir. Bu bağlamda borçlunun edinilmiş malları ve kişisel malları arasında öncelikle haczedilme bakımından bir fark yoktur. Ancak icra memurunun, borçlunun eşiyle birlikte paylı mülkiyetlerinde bulunan mallardaki hissesini ve aile konutunu borçlunun diğer mallarından sonra haczetmesi yerinde olur.⁴⁸

⁴⁶ TOPUZ Gökçen, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009, s. 165, 170.

⁴⁷ KURU, s. 370; KURU/ ARSLAN/YILMAZ, s. 237; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 195.

⁴⁸ Borçlu eşin diğer eşten olan alacağının haczi hususunda İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun (SchKG) 95a maddesinde özel düzenleme yapılmıştır. Söz konusu maddeye göre, borçlunun eşinden olan alacağı, ancak borçlu eşin diğer malvarlığının yeterli olmaması halinde haczedilebilir. Söz konusu

D. DİĞER EŞİN HACZE İŞTİRAK HAKKI

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte diğer eşin yapılan bu hacze takipsiz iştirak etme hakkı vardır.⁴⁹ Öyle ki, eşlerin hacze iştirak etme hakları İcra ve İflâs Kanunu'nun 101. maddesinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre, borçlunun eşi evlenmeden doğan alacağı için önceden takip yapmaya gerek olmaksızın, ilk hacze, satılan malın değeri icra veznesine girinceye kadar aynı derecede iştirak edebilir. Kanun metninde de açıkça ifade edildiği üzere borçlunun eşinin hacze takipsiz (imtiyazlı) iştirak edebilmesi için, alacağının “evlenmeden doğmuş” olması gerekir.⁵⁰ Örneğin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin üçüncü bir kişiye borcundan dolayı malvarlığının haczi halinde, diğer eş evlenmeden doğan alacağı için (evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmesi için) bu hacze takipsiz iştirak edebilir. Aynı şekilde eşler arasındaki mal rejiminden doğan alacaklar da söz konusu madde anlamında evlenmeden doğan alacak olarak kabul edilmektedir.⁵¹ Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesiyle ortaya çıkan artık değere katılma alacağı da bu anlamda evlenmeden doğan alacak niteliğindedir ve hacze takipsiz iştirak etme hakkı verir.

hükme benzer bir hüküm bizim kanunumuzda öngörülmemiştir. Bu nedenle borçlu eşin diğer eşten olan alacağının en son haczedilmesi gerekli değildir.

⁴⁹ Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nda eşler arasındaki cebri icra yasağı kaldırılrsa da fiili imkânsızlık devam etmektedir. Bu nedenle eşlerden birinin üçüncü kişilere borcundan dolayı malvarlığının haczedilmesi halinde, diğer eşin evlenmeden doğan alacağı için hacze takipsiz iştirak hakkı vardır. Bkz., KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 284; AKCAN Recep, Hacze İştirak, Ankara 2005, s. 209.

⁵⁰ Eşin hacze takipsiz (imtiyazlı) iştirak edebilmesi için alacağın evlilikten doğan borç olmasının aranmaması, eşin her türlü alacağı için hacze takipsiz iştirak edebilmesi hakkındaki görüş için bkz., Ejder YILMAZ, Hacze Takipsiz Katılma (Hacze İmtiyazlı İştirak), AÜHFD C. XXXI, 1974, S. 1-4, s. 369; AKCAN, s. 211.

⁵¹ AKCAN, s. 210.

Bu bağlamda, borçlu eşin mallarına haciz konulduktan sonra diğer eşin mahkemeye başvurarak⁵² edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığı rejimine çevrilmesini istemesi ve mahkemenin de eşin bu talebini kabul etmesi halinde de eşin hacze takipsiz iştirak etme hakkının olup olmayacağını ayrıca irdelenmesi gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 213. maddesinde, mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışına çıkaramayacağı, kendisine böyle mallar geçmiş olan eşin borçlardan kişisel olarak sorumlu olacağı, ancak, söz konusu malların borcu ödemeye yetmediğini ispat ettiği takdirde, bu ölçüde kendisini sorumluluktan kurtarabileceği öngörülmüştür.

Kanaatimizce, "alacaklıların korunması" başlığını taşıyan söz konusu hüküm mal rejiminin mal ayrılığına çevrilmesini sağlayan eşin, borçlu eşin edinilmiş mallarına konulan hacze aynı derecede iştirak etmesine engel olmaz.⁵³ Ancak cebri icra alacaklısı haczedilen malların paraya çevrilmesi sonunda alacağını tam olarak alamaz ise, bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 213. maddesine dayanarak diğer eşin mallarına haciz konulmasını sağlayabilir. Bu anlamda alacaklının 213. maddeden yararlanabilmesi için, alacağının mal rejiminin kurulduğu, değiştirildiği veya tasfiye edildiği andan önce mevcut olması yeterli olup alacağının muaccel olması şart değildir.⁵⁴

SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde her bir eş kendi borçlarından üçüncü kişilere karşı bütün malvarlığıyla sorumludur. Diğer yandan eşler, evlilik birliğinin temsilinden doğan borçlardan ve temsil yetkisinin

⁵² Borçlu eşin malvarlığına haciz konulmasından sonra diğer eşin Türk Medeni Kanunu'nun 206. maddesinin 1 ve 2. bentlerine dayanarak edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini eşinin veya kendisinin yerleşim yeri (aile) mahkemesinden talep etme hakkı vardır. Mahkemenin mal ayrılığına karar vermesi halinde davanın açıldığı tarih itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejimi sona erer (TMK m. 225,II). Mal rejiminin sona ermesiyle birlikte de borçlu olmayan eşin borçlu eşin edinilmiş mallarının yarısında artık değere katılma alacağı söz konusu olur.

⁵³ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 260.

⁵⁴ HAUSHEER/ REUSSER/ GEISER, s. 251, 254.

üçüncü kişilerce anlaşılacak şekilde aşılması suretiyle yapılan işlemlerden kaynaklanan borçlardan üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Birliği temsil yetkisi olmaksızın yapılan işlemlerden ise, eşler kişisel olarak sorumludur.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin gerek evlilik birliğinin temsilinden gerekse kişisel ilişkilerinden kaynaklanan borçlarını ödememesi halinde borçlu eşin alacaklısının haciz yoluna gitme hakkı vardır. Böyle bir durumda haczin konusunu borçlu eşin edinilmiş malları, kişisel malları, eşlerin paylı mülkiyetlerinde olan mal varlığı değerlerindeki borçlu eşin hissesi ve değer artış payı oluşturmaktadır. Buna karşın, eşlerin artık değere katılma hakları mal rejimi sona ermeden haczin konusu olmaya müsait değildir. Mal ortaklığı rejiminden farklı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde cebri icra alacaklısının hâkimden eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığı rejimine çevrilmesini isteme hakkı söz konusu değildir. Bu nedenle cebri icra alacaklısı, mal rejiminin sona ermesini sağlayarak, borçlu eşin artık değere katılma alacağının doğmasını sağlama imkânına da sahip değildir.

Borçlu eşin diğer eş ile paylı olarak malik olduğu maldaki hissesi, hisse haczi olarak yapılmalıdır. Değer artış payının ve mal rejiminin sona ermesinden sonra artık değere katılma alacağının haczi ise, alacak hazine ilişkin olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre yapılmalıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, borçlu eşin malvarlığının haczinde icra memuru, diğer hacizlerde olduğu gibi, tertipe dikkat etmelidir. Her ne kadar bu konuda açık bir hüküm olmasa da, icra memurunun, borçlunun eşiyle birlikte paylı mülkiyetlerinde bulunan mallardaki hissesini ve aile konutunu borçlunun diğer mallarından sonra haczetmesi yerinde olur.

Son olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerden birinin borcundan dolayı haciz yoluyla takipte diğer eşin yapılan bu hacze takipsiz iştirak etme hakkı vardır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk: Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007.

Akcan, Recep: Hacze İştirak, Ankara 2005.

Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İstanbul 2002.

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, İstanbul 2002, C. I.

Amonn, Kurt/ Gasser, Dominik: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997.

Arslan, Ramazan: Borçlunun Üçüncü Kişilerde Bulunan Mal ve Alacaklarının Haczi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974.

Atalay, Oğuz: Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- I, Eskişehir 2003.

Ayiter, Nûşin: Mamelek Kavramı Üzerinde İnceleme, Ankara 1968.

Bräm, Verena/ Hasenböhler, Franz: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Zürich 1998.

Dönmez, Murat: Aile Konutunun Haczi, TBB Dergisi, S.77, 2008.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.

Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, Bern 1999.

Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.

Hegnauer, Cyril/ Breitschmid, Peter: Grundris des Eherecht, Bern 2000.

Honsell, Henrich/ Vogt, Nedim Peter/ Geiser, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel-Genf-München 2002.

Kaçak, Nazif: Açıklama ve İctihatlarla Hacedilmezlik, Ankara 2006.

Kuru, Baki / Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku (Ders Kitabı), Ankara 2007.

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004.

Larenz, Karl / Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004.

- Meier, Isaak: Neues Eherecht und Schuldbetriebsrecht, Zürich 1987.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Özuğur, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Ankara 2007.
- Pekcanitez, Hakan: İcra- İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.
- Reusser, Ruth : Das neue Eherecht und seine Berührungspunkte mit dem SchKG, Blätter für Schuldbetriebung und Konkurs 1987, Heft 3.
- Topuz, Gökçen: Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlämsiz İcra Yoluyla Tahliyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, S. 1 2008.
- Topuz, Gökçen: Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009.
- Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel: Şeklî Eşya Hukuku, Ankara 2007.
- Üstündağ, Saim: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.
- Yılmaz, Ejder: Hacze Takipsiz Katılma (Hacze İmtiyazlı İştirak), AÜHFD C. XXXI, 1974, S. 1-4.
- Zeytin, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2005.
- Zeytin, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (veya Değer Artış Payı Alacağı) Hacedilebilir mi? Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2007, Sayı 8, (Haciz).

AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMA

Arş. Gör. Dr. Yasemin EROL*

ÖZET

Medeni Kanun'da yer alan boşanma sebeplerinden bir tanesi de akıl hastalığına dayalı boşanmadır. Akıl hastalığının boşanma sebebi olarak tespitinde hangi dönemde ortaya çıktığı, hastalığa dair herhangi bir sürenin aranıp aranmaması, hastalığın tespitinin kim tarafından gerçekleştirileceği önemlidir. Ayrıca akıl hastası olan eşin ehliyet durumunun, boşanma davasını hangi durumlarda açabileceğinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Akıl hastalığının evlilik öncesine dayandığı hallerde boşanma davasının açılıp açılmayacağının da değerlendirilmesi gerekebilir.

ANAHTAR KELİMELELER: boşanma, akıl hastalığı, evlilik, evlenme engeli, akıl hastalığına dayalı boşanma.

DIVORCE DUE TO MENTAL DISEASE

ABSTRACT

One of the reasons for divorce in the Civil Code is divorce due to mental disease. In considering mental disease as a reason for divorce, it is important at what stage it appeared, whether a duration for the disease will be sought and who the disease will be determined by. Moreover, it is necessary to determine the mentally diseased spouse's mental capacity and in what cases he or she can file a divorce lawsuit. It may also be necessary to assess whether a divorce case can be opened in cases where mental disease dates back to pre-marital period.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

KEY WORDS: *divorce, mental disease, marriage, marriage impediment, divorce due to mental disease.*

GİRİŞ

Toplumun temeli olan evlilik birliğini korumak amaç ise de bazen bir evliliğin sona ermesi kaçınılmaz da olabilmektedir. Boşanma her ne kadar istenmeyen bir son olsa da gerektiğinde toplumu koruma amaçlı olarak yapılması zorunluluk gerektirir. Bu zorunluluklardan belki de en önemlisi akıl hastalığına dayalı boşanmadır.

Akıl hastası bir eşle evliliğin devamının istenmesi hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca akıl hastası bir eşle birlikte yaşama sadece diğer eşin değil, özellikle çocukların gelişimi açısından da düşünüldüğünde kaçınılması engellenmeyecek sonuçların doğmasına yol açabilir. Bu nedenle de Medeni Kanun'da yer alan boşanma sebeplerinden biri de akıl hastalığına dayalı boşanmadır.

Akıl hastalığına dayalı boşanma Eski Medeni Kanun'un 133. maddesinde düzenlenmişti. Yeni Medeni Kanun'da ise 165. maddede düzenlenmiştir. Yeni Medeni Kanun'da Eski Medeni Kanun'a göre bazı değişiklikler yapılmış ve akıl hastalığına dayalı boşanmada aranılan akıl hastalığının üç yıl sürmesi şartı kaldırılmıştır.

Özellikle bu zor yaşam koşullarında akıl hastalığına dayalı olarak boşanmada üç yıl gibi uzun bir bekleme süresi belki de kaçınılmaz sonların artmasına neden olabilirdi. Bu nedenle akıl hastalığının üç yıl sürmesi şartının kaldırılmış olması kanaatimce olumlu bir gelişme olmuştur. Çünkü bu boşanma sebebinde önemli olan hastalığın süresinin ne kadar olduğu değil, bir evliliğin akıl hastalığından ne kadar etkilendiği çok daha büyük bir öneme sahiptir.

Yeni Medeni Kanun'la getirilen bir diğer yenilik de *bilirkişi* raporu yerine *resmi sağlık kurulu raporunun* aranması evlilik gibi toplumun temelini oluşturan bir kurumun korunması açısından daha olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilir. Zira resmi sağlık kurulu raporu ile hastalığın tespitine ne kadar ciddi yaklaşıldığı da böylece görülmektedir.

Konu akıl hastalığına dayalı boşanma olunca sadece hukuk biliminin değil, aynı zamanda hastalığın tespitinde tıp bilimine de ihtiyaç duyulacağı aşikârdır. Tıp biliminin koyacağı teşhisin akıl hastalığı olması

ve özellikle iyileşme imkânının bulunup bulunmaması boşanma kararının verilmesini etkileyeceğinden bu tespitin hata götürmez bir şekilde yapılması gerekmektedir.

Akıl hastalığına dayalı boşanmada istatistiksel bilgi vermek gerekirse 2009 yılı istatistiklerine bakıldığında akıl hastalığına dayalı boşanma en son sıralarda yer almaktadır. 2009 yılında toplam 114.162 bin boşanmanın 38 tanesi akıl hastalığına dayalıdır¹.

I. GENEL OLARAK

Boşanma sebepleri Medeni Kanun'da aranan şartlar itibariyle farklılıklar arz etmektedir. Bu farklılıklar nedeniyle de Kanun, boşanma sebeplerini genel ve özel boşanma sebepleri olarak ikiye ayırmaktadır. Bu ayırım boşanma sebeplerinin bir olguya dayandırılıp dayandırılmamasına göre yapılmaktadır. Şayet boşanma sebebi bir olguya dayanmıyorsa genel boşanma sebebi söz konusudur. Eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık bu gruba girmektedir. Buna karşılık boşanma sebebi bir olguya dayandırılabilirse bu durumda özel boşanma sebebi söz konusudur. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve son olarak da akıl hastalığı özel boşanma sebeplerindedir. Akıl hastalığı da belli olgulara dayandırılmış bulunmaktadır ve bu nedenle de özel boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir². Burada belli olgudan kastedilen şey akıl hastalığıdır.

Boşanma sebepleri sadece özel – genel ayırımı ile sınırlı değildir. Diğer bir taraftan da mutlak ve nisbi boşanma sebepleri olarak ikiye ayrılmıştır. Buradaki mutlak ve nisbi kavramı ayırımı, kanunda boşanmaya sebep olarak gösterilen olguların veya olayın gerçekleşmiş ve ispatlanmış olmasının, boşanma için yeterli olup olmamasına göredir.

¹ Bu istatistikler www.tuik.gov.tr adresinden alınmıştır.

² **Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2010, s. 243; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper**, Türk Özel Hukuku, C: III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 114; **Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi**, Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 248; **Cansel, Erol**, Boşanmanın Dayandığı Esaslar, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 80.

Şayet hâkim, ortaya çıkan ve ispatlanmış durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırması ve ancak şartlar gerçekleşmişse boşanmaya karar verebilecek durumda ise nisbi boşanma sebebi mevcuttur³. Akıl hastalığına dayalı boşanmada nisbi boşanma sebeplerinden biridir. Çünkü burada da hâkimin akıl hastalığının diğer eş için katlanılmaz bir durum oluşturup oluşturmadığını incelemesi gerekecektir. Diğer nisbi boşanma sebepleri ise suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve evlilik birliğinin sarsılmasıdır.

Kanunda boşanmaya sebep olarak gösterilen olguların veya olayın gerçekleşmiş ve ispatlanmış olması boşanma için yeterli ise mutlak boşanma sebebi söz konusudur. Bu gruba giren boşanma sebepleri zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılıktır.

Boşanma sebeplerinin mutlak ve nisbi nitelikte ayrımına tabi olmaları, hâkimin takdir yetkisi bakımından büyük öneme sahiptir. Zira mutlak boşanma sebeplerinde hâkimin takdir hakkı bulunmamaktadır. Akıl hastalığına dayalı boşanma nisbi boşanma sebeplerinden olduğu için burada hâkimin takdir hakkı söz konusu olacaktır.

II. EVLENME ENGELİ OLARAK AKIL HASTALIĞI VE MUTLAK BUTLAN

Evlenmek için olumlu ve olumsuz şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Evlenme engelleri olumsuz şartlar olarak değerlendirilirse bu şartlardan birisi de MK. m. 133'te düzenlenen akıl hastalığıdır. Bu maddeye göre "Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenmezler." Bu hükme göre hâkim tıbbi sakınca bulunmadığı sürece akıl hastasının evlenmesine izin verecektir. Burada hâkime takdir hakkı verilmemiştir. Çünkü sakınca teşkil eden bir durumun varlığını tespit edecek olan sağlık kuruludur.

EMK. m. 89 f. 2'de "Akıl hastalarından birine müptela olan kimse asla evlenemez." hükmü yer almaktaydı. Görüldüğü üzere yeni düzenlemeyle sadece tıbbi sakınca söz konusu ise evlenmeye izin verilmeyecektir.

³ Akıntürk/Karaman, s. 243 – 244; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 114; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 399; Feyzioğlu, s. 248; Cansel, s. 80.

Her akıl hastalığı ayırt etme gücünü mutlaka ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin epilepsi⁴ ve melankoli gibi bazı hastalıklar akıl hastalığı sayıldığı halde, bunlardan birine yakalanmış bulunanlar, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun değildirler⁵. Ancak epilepsi hastalığı diğer eş için evlenmeyi istemeyecek kadar önem teşkil ediyor ise nisbi butlan davası söz konusu olabilir. Bu nedenle epilepsi vb. hastalarının hiçbir şekilde evlenemeyecekleri düşüncesi kabul edilemez. Bu durum ne Medeni Kanun'la ne de hukukun temel ilkeleriyle bağdaşır⁶.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, her türlü akıl hastalığı değil, sadece evlilik birliğine zarar verecek ve kalıtım yoluyla geçecek nitelikteki akıl hastalıkları kesin evlenme engeli oluşturmaldır⁷. Bir diğer görüşe⁸ göre de akıl hastalığının evlenme engeli olarak kabul edilmesinde

⁴ Akıl hastalığı dışında, bu hastalığı yakın olan alkolizm, morfinmanlık, epilepsi vs. gibi durumları, tereddüt halinde MK. m. 165'e göre değil; MK. m. 166'ya göre ele almak daha isabetlidir denilerek epilepsi akıl hastalığı kapsamında değerlendirilmemiştir. (bkz. **Öztañ**, s. 400; **Egger, A.**, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku (Çeviren: Tahir Çağa), 2. Baskı, İstanbul 1943, s. 172; **Çandarlı, Zahir**, Boşanma Sebeplerinden Akıl Hastalığı, (I), ABD, 1950, C: 6, S: 73 – 74, s. 16).

⁵ **Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 99; **Tekinay, Selahattin Sulhi**, Türk Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1971, s. 68; **Akıntürk/Karaman**, s. 79; Yargıtay'ın aksi görüş için bkz. 2. HD. 06.10.1950 T. ve E. 4846, K. 4466 "Sara dimağ hastalığı sayılmaz." (**Olgaç, Senai**, İttihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1975, s. 143); (**Erdem, Sabri**, Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 169).

⁶ **Namlı, Mert**, Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S: 2, s. 269.

⁷ **Akıntürk/Karaman**, s. 79; **Feyzioğlu**, s. 106; **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim**, Aile Hukuku, İstanbul 1985 – 1986, s. 73; **Tekinay**, s. 69; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**, Türk Medeni Hukuku, C: II, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965, s. 65; **Berki, Şakir**, Türk Medeni Kanunda Evlenmede Mutlak Butlan AÜHFD, 1962, C: XLX, S: 1 – 4, s. 207; Aksi görüş için bkz. **Saymen/Elbir**, s. 99.

⁸ **Namlı**, s. 270.

kullanılacak olan tek kıstas neslin sağlığı değildir. Belki neslin sağlığını tehdit etmeyebilir ama evliliğin devamını sağlayamayacak derecede bir akıl hastalığı mevcutsa bu durumda da evliliğe izin verilmemesi gerekmektedir.

Akıl hastası bir kimsenin evlenmesi durumunda ne olacağı ise MK. m. 145 düzenlemiştir. MK. m. 145 f. 1 b. 3'e göre eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması mutlak butlan sebebidir.

EMK. m. 112'de akıl hastalığı sonucu ayırt etme gücüne sahip olmama butlan sebebi olarak yer almıştır⁹. Görüldüğü üzere Yeni Medeni Kanun akıl hastalığını evlenmeye engel bir nitelik taşıması yönünde değerlendirmiştir.

Şayet eşlerden biri, evlenme töreni yapılırken akıl hastası iken, evlenme töreni yapıldıktan sonra iyileşmiş olursa, iyileşen eş için nisbi butlan davası açma imkânı vardır¹⁰. Akıl hastalığı dışında bir tehlikeli hastalık hakkında aldatma söz konusu ise burada da nisbi butlan davası söz konusu olacaktır¹¹.

III. AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMADA ELVERİŞSİZLİK İLKESİ

Boşanma hukukunda bazı ilkeler söz konusudur. Bunlar kusur, irade, temelden sarsılma, elverişsizlik ilkesi (uygunsuzluk¹²) ve eylemli ayrılık ilkesidir. Akıl hastalığına dayalı boşanma ise bu ilkelerden elverişsizlik ilkesine dayanmaktadır¹³.

⁹ **Aras, Ferzan Arif**, Dimağ ve Akıl Hastalıklarının Evlenme ve Boşanma Üzerindeki Tesirleri, İBD, 1940, s. 549.

¹⁰ **Öztan**, s. 399; **Köprülü/Kaneti**, s. 102; **Feyzioğlu**, s. 106; **Tutumlu, Mehmet Akif**, Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 43.

¹¹ **Akıntürk/Karaman**, s. 222.

¹² **Saymen/Elbir**, s. 240.

¹³ **Öztan**, s. 399; **Köprülü/Kaneti**, s. 152; **Schwarz, Andreas B.**, Aile Hukuku (Çeviren: Bülent Davran), 2. Baskı, İstanbul 1946, s. 151; **Şener, Esat**, Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 225; **Ceylan, Ebru**, Türk ve

Bu ilkeye göre eşlerden biri, ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklardan dolayı evlilik hayatını ve özellikle evlilik hayatının getirdiği yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda ise artık bu evliliğin bitirilmesi gerekmektedir¹⁴. Bu nedenle de akıl hastalığının evliliği ne ölçüde elverişsiz duruma getirdiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespiti yapacak olan kişi de hâkimdir.

Konuyu sadece elverişsizlik ilkesi açısından değil diğer ilkeler açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Bu ilkelerden belki de en önemlisi kusur ilkesidir. Boşanmada sadece kusur ilkesine dayanılsaydı akıl hastalığına dayalı boşanma imkânsız olurdu. Kusur ilkesinde esas alınan temel, evliliğin kusura dayandırılarak sonlandırılmasıdır. Akıl hastası eşin de kusuruna dayanılamayacağı için boşanma davası da açılmayacaktır¹⁵. Oysa Türk Medeni Kanunu, akıl hastalığı dışındaki boşanmanın özel sebeplerinde kusur ilkesine yer vermiştir¹⁶.

Nisbileştirme niteliğinin kabul edilmesi doğal olarak kusur ilkesinin de değerini yitirmesine yol açmıştır. Kusur ilkesinin değerinin kaybolmasına yol açan bir diğer neden de evliliğin devamı ve sona ermesinde eşlerin istek ve iradelerinin göz önünde bulundurulmasıdır.

Kusur ilkesinin terk edildiği üçüncü durumda elverişsizlik ilkesine dayalı yeni nedenlerin benimsenmiş olmasıdır. Akıl hastalığı bu

İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 13; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı, İBD, 1963, C: 37, s. 16; **Ünal, Şeref**, Boşanma Hukukunda Yeni Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Boşanma Sebepleri, AD, 1984, C: 75/2, Fasikül: 4, s. 908 – 909.

¹⁴ **Akıntürk/Karaman**, s. 242; **Cansel**, s. 79; **Schwarz**, s. 139; **Saymen/Elbir**, s. 240, **Birsen, Kemaleddin**, Medeni Hukuk Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1958, s. 211.

¹⁵ **Akıntürk/Karaman**, s. 240; **Cansel**, s. 82; **Ceylan**, s. 10.

¹⁶ **Arsebük, Esat**, Medeni Hukuk, 2. Cilt, Ankara 1940, s. 744; **Kandil, Seher**, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 23; **Oğuzoğlu, Cahit**, Medeni Hukuk Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1940, s. 95; **Egger**, s. 172.

elverişsizliğe bir örnektir¹⁷. Sonuç olarak hem nisbileştirme hem de elverişsizlik ilkelerinin ortaya atılması akıl hastalığına dayalı boşanma sebebinin ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açacağı için bu ilke de diğer eş için evliliğin çekilmez bir hal almasında büyük bir öneme sahiptir¹⁸. Zira evlilik birliğinin devamını elverişsiz hale getiren durumlar aynı zamanda evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi ile de açılabilir ve bu sebebe dayanılarak da boşanma talep edilebilir¹⁹. Ancak akıl hastalığına dayalı boşanma sebebinde kusur aranmadığı için sadece temelden sarsılma ilkesine başvurulamaz.

Medeni Kanun'da boşanma sebeplerini belirlerken sadece bir ilkeye değil birden çok ilkeye bağlı olduğu için "karma bir sisteme" yer verildiği söylenebilir²⁰. Bir görüşe göre²¹ de Medeni Kanun elverişsizlik ilkesi ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesini birleştirmektedir. Kanaatimce de Kanun'da tek bir ilke değil birden fazla ilke yer aldığı için karma görüşün varlığı doğrudur.

IV. AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

MK. m. 165'e göre "Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir."

Bu hükümden anlaşılacağı üzere boşanma davası açılabilmesi için; ilk olarak eşlerden birinin akıl hastası olması, ikinci olarak akıl hastalığı nedeniyle ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi,

¹⁷ **Kuntalp, Erden**, Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 121 – 122.

¹⁸ **Akıntürk/Karaman**, s. 241.

¹⁹ **Kandil**, s. 25; **Ceylan**, s. 12.

²⁰ Bu görüş için bkz. **Akıntürk/Karaman**, s. 243.

²¹ **Schwarz**, s. 151.

üçüncü ve son olarak da hastalığın iyileşmemesi ve bu durumun resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması gerekmektedir.

EMK. m. 133'teki düzenleme ise "Karı kocadan biri üç seneden beri devam eden bir akıl hastalığına duçar olup da bu hastalık müşterek hayatın devamını diğer taraf için çekilmez hale koymuş ve şifası kabil olmadığı dahi ehli hibre tarafından tasdik edilmiş bulunursa o taraf, her zaman boşanma davasında bulunabilir." şeklinde idi.

A. Akıl Hastalığı Şartı

Akıl hastalığının ne olduğu ve çeşitleri tıp biliminin konusudur. Hastalığın geçme olanağının tespitini belirleyecek olan tıp biliminin -aile kurumu da göz önünde tutulduğunda- çok dikkatli karar vermesi gerekecektir.

Bir görüşe göre²² MK. m. 165'te hükme bağlanan akıl hastalığını evlenmeye engel teşkil edecek akıl hastalığı şeklinde anlamak gerekir. Evlenmeye engel teşkil etmeyen akıl hastalığında ise, eş MK. m. 166'da öngörülen evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanarak boşanma davası açmalıdır.

Bu görüş savunulacak olursa evlilik birliğinin sarsılmasında aranılacak olan, kusurun ne olacağıdır. Çünkü evlenmeye engel teşkil etmeyecek bir akıl hastalığının kusuru ortadan kaldırıp kaldırmayacağını da tespiti gerekmektedir. Ancak kusuru ortadan kaldırmıyorsa bu görüş desteklenebilir.

Aynı görüşe göre²³ ilaçla kontrol altına alınamayan ve kişinin bütün normal, ruhsal ve bensele görevlerini felce uğratan nöbetlerle, karakter bozukluğuna dayanan psikopat halleri ve ayrıca ağır kişilik ve karakter bozuklukları ile bir arada olması halinde alkol ve ilaç bağımlılığı da bu kapsam altında düşünülmektedir. Kanaatimce kişilik ve karakter bozukluklarının alkol ve ilaç bağımlılığı ile bir arada tutulması yanlış sonuçlar yol açabilir. Çünkü sorunun kaynağı alkol ve benzerinden ziyade kişilikte yatmaktadır.

²² Öztan, s. 400.

²³ Öztan, s. 400.

1. Akıl Hastalığının Hangi Dönemde Ortaya Çıktığı Sorunu

Değinilmesi gereken bir diğer önemli konu da hastalığın hangi dönemde ortaya çıktığı sorunudur. Zamansal olarak hastalığın evlilik içinde veya daha önce başlamış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Gerek EMK. m. 133'te gerekse Yeni Medeni Kanun'un 165. maddesinde belirtilmemiş olmakla birlikte bazı yazarlara göre²⁴ akıl hastalığının evlilikten sonra ortaya çıkması aranmaktadır. Bu görüşe göre evlenmeden önceki akli hastalığı kesin evlenme engellerinden biri olduğu için ancak mutlak butlan nedeni olabilir düşüncesi bulunmaktadır. Oysa mutlak butlan sebebi olması ve butlan talebi yerine, akli hastalığı nedeni ile boşanmanın talep edilmesinde de yasal bir engel bulunmamaktadır²⁵. Ancak evlenmeden önce olan akıl hastalığı evlenmeden sonra da devam ediyorsa eş dilerse butlan, dilerse boşanma davası açabilecektir²⁶.

Kanaatimizce de hastalığın evlilik öncesi ya da sonrası ortaya çıkmasının bir önemi bulunmamaktadır. Evlilik öncesi ortaya çıkan bir akıl hastalığında diğer eş dilerse mutlak butlan davası dilerse boşanma davası açabilir. Ancak butlan davasında evlilik birliğinin çekilmez bir hal aldığıın ispatlanması gerekmemektedir. Bu da Medeni Usul Hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca kanun koyucu bu durumu istemiş olsaydı maddenin düzenlemesinde hastalığın başlangıç evresinin evlilik öncesi mi yoksa sonrası mı olacağını da belirtebileceği kanaatindeyim.

²⁴ **Akıntürk, Turgut**, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1996, s. 224 – 225; **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet**, Türk Medeni Hukuku, C: II, Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1960, s. 179; **Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla K. Emre**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 900; **Özkan, Zülfikar**, Türkiye'de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 1989, s. 81; **Berki, Şakir**, Medeni Hukuk, Ankara 1961, s. 176; **Çandarlı, I.**, s. 15; **Bulut, Harun**, Boşanma Davaları, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 36.

²⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 114; **Tekinay**, s. 189; **Feyzioğlu**, s. 249; **Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir**, Boşanma Hukuku, 2. Cilt, Ankara 1987, s. 1064; **Gerçek, Leyla**, Akıl Hastalığı Nedeni ile Boşanma Üzerine Bir Araştırma, ilt., İstanbul, 1999, s. 35.

²⁶ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 901; **Tutumlu**, Butlan, s. 208.

2. Yeni Medeni Kanun'la Kaldırılan Hastalığın Üç Yıl Sürmesi Şartı

Eski Medeni Kanun akıl hastalığına dayalı boşanmada hastalığın üç yıl devam etmesi koşulunu arıyordu. Bu süre her türlü teşhis ve tedavi yanılmalarını ortadan kaldırmak; diğer eşe yeterince bir dayanma ve sabır denemesi yaptırmak için tanınmıştı. Üç yılın fazla olduğunu bu sürenin bir yıla indirilmesini savunanlar da bulunmaktaydı²⁷ ve 1984 ön tasarısında ve 1985 tasarısında da bir yıl olarak ifade edilmişti²⁸. İsbetli bir kararla Yeni Medeni Kanun'da bu üç yıl şartı kaldırılmış bulunmaktadır²⁹.

Bu üç yıl şartında üç yılın tamamının evlilik içerisinde olması gerekmiyordu. Örneğin bir kimse evlenmeden önce iki yıl boyunca akıl hastası ise evlendikten sonra diğer eş için evlilik çekilmez bir hal almış ise, evlendikten bir yıl sonra boşanma davası açabilecekti. Böylelikle akıl hastalığının evlenme tarihinden itibaren üç yıl devam etmesi şart değildi. Evlenmeden önce başlamış bir akıl hastalığının üç yıl devamı yeterli idi³⁰. Yargıtay tarafından verilen bir karardaki muhalefet şerhine göre³¹ “Kanun, evlenme esnasında var olan akıl hastalığını akdin feshi sebebi saymış, evlenmeden sonra oluşan akıl hastalığını da özel bir boşanma nedeni kabul etmiştir. Kanun koyucu sürenin evlenme akdinden önce

²⁷ **Feyzioğlu**, s. 248; Evlilik elbirliğiyle ve bilinçle yürütülen bir müessesedir. Bir taraf bu niteliğini yitirmiş ise, öbürünü uzun süre beklemeye mahkûm etmek haksızlık olduğu kadar, bu arada yasak ilişkiler yolu ile aile için problemlerin doğmasına da yol açmakta, bazen mal varlıkları haksız yere ve çeşitli hilelerle el değiştirmektedir. (**Şener**, Aile, s. 238); **Çandarlı, Zahit**, Boşanma Sebeplerinden Akıl Hastalığı, (II), ABD, 1950, C: 6, S: 75 – 76, s. 6.

²⁸ Tasarı metni için bkz. **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1085.

²⁹ **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Medeni Kanun'umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s. 14; **Demir, Sevgi**, Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 43.

³⁰ **Feyzioğlu**, s. 248; **Köprülü/Kaneti**, s. 172; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 901.

³¹ 2. HD. 24.09.1996 T. ve E. 1996/8099, K. 1996/9093 (**Ruhi, Ahmet Cemal**, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2004, s. 92 – 93).

başlayacağını isteseydi, özel boşanma hükümleri arasında akıl hastalığı koymaz ve hastalığın en az üç yıl sürmesi koşulunu çekilmezlik konusu dışında kabul etmez, çekilmez olsa dahi bunun için ayrıca üç yıl beklenmesi zorunluluğunu koymazdı.”

Bilirkişi incelemesinden birkaç hafta öncesine kadar şifası mümkün olan bir hastalık birdenbire iyileşemez hale gelmiş bulunan bir akıl hastalığı haline dönüşmüşse, hastalık üç yıl önce başlamış olmak kaydıyla, gerekli olan süre şartı gerçekleşmiş oluyordu³². Böylelikle hastalığın başından beri şifasız olması aranmıyordu. Bu üç yıl şartı dava tarihinden geriye doğru hesaplanmakta idi³³.

Akıl hastalığındaki devamlılık kesilirse, üç yılın yeniden hesaplanması gerektiği ileri sürülmüştü³⁴. Ayrıca akıl hastalığına yakalanan kişinin bu hastalığa yakalanmakta kusuru varsa sürenin kısaltılması gerekliliği de belirtilmişti³⁵. Yine bu üç yıllık sürenin azaltılamayacağı ve ortadan kaldırılamayacağı fikri de vurgulanmıştı³⁶.

Konuyu bitirmeden öncede girişte de belirtildiği gibi bu üç yıllık sürenin kaldırılması konusunda hastalığın, süreden ziyade evlilik birliğini etkilemesi açısından ele alınması daha gerçekçi olmaktadır. Evlilik sonrası baş gösteren bir akıl hastalığında sağlıklı eşin üç yıl süreyle hangi koşullar altında yaşayacağını hesaba katmadan süre şartının bulunması büyük bir vicdansızlık örneği olurdu. Ancak yeni düzenlemede eleştiriler dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir hükme yer verilmiştir.

B. Hastalığın İyileşmesinin İmkânsız Olmasının Resmi Sağlık Kurulu Raporu İle Tespit Edilmesi

Hastalığın iyileşmesinin imkânsız olmasının tespiti de tıp biliminin konusudur. Yeni Medeni Kanun ile olumlu bir gelişme yaşanmış ve eskiden sadece “ehil bilirkişi” ifadesi kullanırken, artık

³² Tekinay, s. 189; Feyzioğlu, s. 249.

³³ 2. HD. 15.06.1987 T. ve E. 4595, K. 5220 (Yalçınkaya/Kaleli, s. 1090).

³⁴ Berki, Şakir, Boşanma ve Ayrılık, AÜHFD, 1975, C: 32, S: 1 – 4, s. 142; Berki, Medeni, s. 175.

³⁵ Berki, Boşanma, s. 142.

³⁶ Çandarlı, II, s. 8.

“resmi sağlık kurulu raporu” aranarak konuya verilen önem bir kez daha görülmüştür.

Eski Medeni Kanun döneminde raporlar arasında aykırılık bulunduğu Adli Tıp Meclisine müracaat edilmesi gerekiyordu³⁷. Yeni düzenleme ile uzayan bu prosedür kısaltılmış ve sağlıklı ve hızlı bir karar verme mekanizması devreye konulmuş bulunmaktadır.

Resmi olmayan bir sağlık kurumu veya kurulundan alınan rapor hükme dayanak yapılamaz ve resmi bir görevi olsa dahi tek uzman hekim tarafından verilen rapor boşanma davası bakımından geçerli kabul edilemez³⁸.

Hastalığın iyileşme olanağının bulunup bulunmadığı akıl hastası eşin son durumuna göre belirlenmelidir. Davadan önce alınmış bir rapora göre boşanma kararı verilemez. Tıp biliminin her an ilerleme kaydettiği düşünülecek olursa, sağlık kurulu raporunun açılan dava sırasında düzenlenmiş olması gerekir³⁹.

Kanunun aradığı önemli bir husus da akıl hastalığının iyileşmesinin mümkün olmamasıdır. Eğer hastalığın tıbben tedavisi mümkün ise boşanma sebebi olarak kabul edilemez. Hastalığın geçici şifa bulması da iyileşme olarak değerlendirilemez⁴⁰. İyileşme imkânı olmayan akıl hastalıklarına örnek olarak şizofreni ve paranoya gösterilebilir⁴¹. Şifasızlığın, mutlak surette tespit edilmediği, fakat kuvvetli ihtimal içinde görüldüğü hallerde de, gerçekleştiği kabul edilmelidir⁴². Hastalığın

³⁷ **Kılıçoğlu**, s. 14; **Tekinay**, s. 189; **Feyzioğlu**, s. 249.

³⁸ **Tutumlu, Mehmet Akif**, Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2009; C: II, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 968.

³⁹ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1075.

⁴⁰ **Öztan**, s. 402; **Geçek**, s. 37; **Egger**, s. 173; **Çandarlı**, II, s. 9; **Bilge, Galip**, Boşanma ve Ayrılık, Kayseri, 1947, s. 50 vd; **Göktürk, Hüseyin Avni**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1955, s. 308.

⁴¹ **Akıntürk/Karaman**, s. 260.

⁴² **Tekinay**, s. 189; **Namlı**, s. 356; Aksi görüş için bkz. **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1075.

boşanmaya sebep olması için tamamen şifasız olduğunun tespiti gerekmektedir⁴³.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre⁴⁴ “Şiddetli geçimsizlikten açılan boşanma davasında ancak iradi davranışlar boşanma sebebi olur. Davalı kadının akıl hastalığının kronik vasıf kazandığı ve tıbbi şifasının mümkün görülmediği mevcut hastalığı nedeniyle evlilikte kendisine yüklenen görevleri yerine getirmesinin beklenemeyeceği belirlendiğine göre davranışlarının iradi olduğu kabul edilemez. Akıl hastalığına dayalı bir sebeple iradi sebep olan şiddetli geçimsizlikten boşanma davası açılmaz.”

Resmi sağlık kurulunun raporunda iki esaslı nokta bulunmaktadır. İlk olarak raporda bir akıl hastalığının varlığının tespiti, ikinci olarak ise bu tür bir akıl hastalığının iyileşmesinin mümkün olmadığı tespitidir⁴⁵.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında akıl hastalığının başlangıcı için, hastalığın kanunun şart kıldığı ağırlık derecesinin bulunduğu andan itibaren başladığını belirtmiştir⁴⁶.

C. Ortak Hayatın Diğer Eş İçin Çekilmez Hale Gelmesi

Akıl hastalığına dayalı boşanmada eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması yetmemekte aynı zamanda da bu durumun diğer eş için çekilmez bir hal alması gerekmektedir. Bu nedenle de aklı hastalığına dayalı boşanma nisbi boşama sebeplerinden biridir⁴⁷. Nisbi

⁴³ HGK. 08.03.1969 T. ve E. 1967/2-636, K. 160 (Yazıcı, Hilmi/Atasoy, Hasan, Şahıs Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952 – 1970, s. 260).

⁴⁴ HD. 27.03.2003 T. ve E. 2003/3064, K. 2003/4349 (www.kazanci.com.tr). Benzer bir karar için bkz. 2. HD. 07.03.1968 T. ve E. 564, K. 1628 (Yazıcı/Atasoy, s. 261).

⁴⁵ Gök, Abdullah, Türk Medeni Hukukunda Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma, ylt., İstanbul 1995, s. 58.

⁴⁶ Bahar, Yakım, Boşanmaya Genel Bir Bakış ve Türk, İsviçre ve Fransız Kanunu Medenilerine Göre Boşanmanın Genel Sebepleri, İBD, 1947, C: 21, s. 165.

⁴⁷ Feyzioğlu, s. 249; Eski Medeni Kanun zamanında “Ortak hayatı devamı öbür taraf için çekilmez hal almış ise” ifadesinin çıkarılarak özel boşanma sebebi olarak kalmasında herhangi bir sakınca yoktur düşüncesi hâkimdi.

boşanma sebebi olduğu için de hâkime takdir hakkı verilmektedir. Bu nedenle hâkim akıl hastalığına dayalı boşanmada evlilik birliğinin çekilmez bir hal aldığına kanaat etmezse boşanma davasını reddedecektir.

Ortak hayatın çekilmez hale gelmesini tespit edecek olan hâkimdir. Hâkim bu tespitini resim sağlık kurulu raporuna göre yapacaktır. Hâkim akıl hastalığını re'sen araştıracaktır⁴⁸.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre⁴⁹ “Vesayet dosyasının celbi ile Adli Tıp Kurumundan davalının hastalığının, ortak hayatın diğer eş yönünden çekilmez hale getirip getirmeyeceği, hastalığın geçmesine olanak bulunup bulunmadığı hususlarında mütalaa alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”

Ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluk, ara sıra gelen buhranlar diğer eşin hayat ve sağlığını tehlikeye koyabilecek veya onu sürekli bir korku altında bulunduracak saldırıların yapılması veya akıl hastasının devamlı bir şekilde sağlık kurumunda tedavisinin gerekli olması⁵⁰, ortak çocukların gelecekteki bedensel ve ruh sağlığı açısından yaratacağı sakıncalar, ekonomik ilişkilerde ortaya çıkacak olan olumsuz

Kanaatimizce bu düşünce savunulurken akıl hastalığına dayalı boşanma mutlak boşanma sebebi olarak değerlendirilmek isteniyordu. (Bu görüş için bkz. **Şener**, Aile, s. 238); **Birsen**, s. 324.

⁴⁸ 2. HD. 08.06.1987 T. ve E. 4339, K. 5015. “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya göz önünde tutulur. Dava dilekçesinde davalının doğuştan geri zekalı olduğu ve tedavinin de mümkün bulunmadığı ileri sürülmüş ve bu iddia bir kısım davalı tanıklarınca doğrulanmış bulunmasına göre, mahkemece yapılacak iş HUMK. m. 42 uyarınca Sulh Mahkemesine yazı yazılması, davalının vesayet altına alınması gerekip gerekmediğinin araştırılması, bu hususun bekletici mesele sayılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir. Bu yön göz önünde tutulmadan yargılamaya devam olunarak işin esası hakkında kara verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” (**Şener, Esat**, Açıklamalı – İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1991, s. 296).

⁴⁹ 2. HD. 10.03.2003 T. ve E. 2003/2052, K. 2003/3199 (www.kazanci.com.tr.).

⁵⁰ **Velidedeoğlu**, 1960, s. 180.

gelişmeler⁵¹ vb. durumlar ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale geldiğinin kabul edildiğini gösterir örneklerdir.

Bu çekilmezlik şartının dava açılmadan önce gerçekleşmiş bulunması davanın açılması için yeterli bulunmalıdır⁵². Eski Medeni Kanun döneminde çekilmezlik şartının davadan önce gerçekleşmiş olması yeterli kabul edilmekte; üç yıl sürmesi şartı aranmamaktaydı⁵³.

Çekilmezliğin var olup olmadığını hâkim objektif olarak ve diğer eş yönünden durumu sübjektif olarak takdir edecektir⁵⁴. Çekilmezlik şartı her türlü delile ve özellikle tanıklarla ispat edilebilir. Hâkim bu durumda kanaat sahibi olabilmek için, hastalığın dışarıya yansıyan görünümünü incelemelidir⁵⁵.

MK. m. 165'te öngörülen nedenler gerçekleşmezse MK. m. 166'ya göre şartları gerçekleşmişse evlilik birliğinin sarsılmasına dayanılarak bir boşanma davası söz konusu olabilir⁵⁶. Şayet doğacak çocukların bedeni ve fikri gelişimi ve hastalığın gelecek nesillere geçme tehlikesi varsa müşterek hayatın çekilmez hal almasını beklemeden boşanmaya karar verilmelidir⁵⁷.

D. Dava Hakkının Süreye Tabi Olmaması

Boşanma davası açıldığında şartların devam etmesi halinde, dava her zaman açılabilir. Bu davanın açılmasında herhangi bir hak düşürücü süre söz konusu değildir. Davanın açılmasında tek engel hastalığın iyileşebilir olmasıdır⁵⁸.

⁵¹ **Öztañ**, s. 401.

⁵² **Öztañ**, s. 401; **Tekinay**, s. 190; **Köprülü/Kaneti**, s. 172; **Feyzioğlu**, s. 250; **Gök**, s. 52.

⁵³ **Feyzioğlu**, s. 250.

⁵⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 114; **Öztañ**, s. 401.

⁵⁵ **Tekinay**, s. 190; Boşanmada yemin deliline de başvurulamayacağı unutulmamalıdır.

⁵⁶ **Köprülü, Bülent**, Medeni Hukuk, İstanbul 1970 – 1971, s. 556, dn. 61.

⁵⁷ **Çandarlı**, I, s. 18.

⁵⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 114; Eski Medeni Kanuna göre de süreye tabi değildir. **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1081; **Belgesay, Mustafa Reşit**, Türk

Bir eşin 15 yıl bir akıl hastası eşle evli kaldıktan sonra akıl hastalığına dayalı boşanma davası açmasına engel teşkil edecek bir durum yoktur. Uzun bir süreden sonra dava açması hakkaniyete aykırı bir durum olarak değerlendirilemez⁵⁹. Akıl hastası eş iyileştikten sonra, diğer eş akıl hastalığına dayalı boşanma davası açamaz.

V. AKIL HASTALIĞI VARKEN BİR BAŞKA SEBEBE DAYANARAK BOŞANMA DAVASI AÇILMASI

Boşanma sebeplerinin özel ve genel boşanma sebepleri olarak ikiye ayrıldığı daha önce belirtilmişti. Özel boşanma sebeplerinin akıl hastalığı sebebiyle boşanmayla bağının tespitinde esas alınacak ölçüt kusurdur. Örneğin zinaya dayalı boşanmada zina edenin kusurlu olması gerekmektedir. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı bir davranışa dayalı boşanmada kusura dayanan boşanma sebeplerindedir. Bu nedenle akıl hastası olan eşin diğerini öldürmeğe kalkışması halinde hayata kast değil, akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılabilir⁶⁰. Yine suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terke dayalı boşanma da kusura dayalı boşanma sebeplerinden olduğu için bu durumda da akıl hastası bir eşe bu sebepler gerçekleşmiş olsa bile kusur isnat edilemeyeceğinden boşanma davası açılmaz. Örneğin akli hastası bir eşin evi terk etmesi durumunda kusur olmadığı için açılan boşanma davası dinlenmez.

Genel boşanma sebeplerinden olan evlilik birliğinin sarsılması da kusur ilkesine dayandığı için akıl hastası bir eşe karşı da bu sebeple boşanma davası açılmaz⁶¹. Yargıtay⁶² da akıl hastası olan kişinin eylemleri iradi olmadığından çekilmezliğe dayalı olarak açılan boşanma davasının reddinin gerektiğini vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere terk ve akıl hastalığına dayalı boşanma dışındaki özel boşanma sebepleri aynı zamanda genel boşanma sebebi de

Kanunu Medenisi Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1945, s. 78; **Akgün, M. Zerrin**, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949, s. 69; **Tutumlu**, Boşanma, s. 970.

⁵⁹ Aksi görüş için bkz. **Berki**, Medeni, s. 176.

⁶⁰ **Akıntürk/Karaman**, s. 249.

⁶¹ **Öztan**, s. 401; **Feyzioğlu**, s. 252; **Bulut**, s. 37.

⁶² 2. HD. 05.06.2003 T. ve E. 2003/6627, K. 2003/8302 (**Ruhi**, s. 94 – 95); 2. HD. 15.09.1964 tarihli kararı için bkz. **Dalamanlı, Lütfi**, Medeni Hukuk Davaları, Ankara 1968, s. 123.

olabilir⁶³. Örneğin haysiyetsiz hayat sürme bir taraftan özel bir boşanma sebebi iken, diğer taraftan da bu sebepten ötürü evlilik birliği temelinden sarsılmış olabileceğinden aynı zamanda genel bir boşanma sebebi olarak görülebilir.

Akıl hastalığına dayalı boşanmanın gerek sadece özel bir boşanma sebebi olması gerekse kusurun aranmadığı tek boşanma sebebi olmasından dolayı diğerlerinden farklı bir yere sahiptir.

İyileşmesi mümkün olmayan akıl hastalıklarının dışında eşlerden birinde başka bir hastalık varsa bu durumda akıl hastalığına dayalı boşanma davası açılmaz, ama şartları gerçekleştiğinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası açılabilir ya da evlilik öncesi bir hastalık ise nisbi butlan davası açılabilir. Kısırlık, cinsel hastalıklar vs. örnek gösterilebilir.

Yaşın ilerlemesinden gelen akıl zayıflığı (bunama) nedeni ile de akıl hastalığına dayalı bir boşanma davası açılmaz⁶⁴. Çünkü akıl hastalığı ve akıl zayıflığı aynı şey değildir.

Netice itibariyle eşlerden biri akıl hastalığına maruz kalmışsa, diğer eşe MK. m. 165 dışında bir nedene dayanarak boşanma davası açma imkanı verilmektedir. Akıl hastası bir kimsenin kusur yetisine sahip olmadığı düşünülürse doğru bir uygulama olduğu kesindir.

Her ne kadar akıl hastalığına dayalı boşanmada kusur aranmasa da şayet akıl hastalığı, hasta olan eşin kendi kusuru yüzünden ileri gelmişse, diğer eşe, herhangi bir yük yükletilmemelidir. Burada yükten kastedilen boşanma davası açan eşin, akıl hastası eşe yardım borcunun olmaması gerektiğidir⁶⁵.

⁶³ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1177.

⁶⁴ **Arsebük**, s. 745; **Gönensay, A. Samim**, Medeni Hukuk, C: 2, Aile Hukuku, İstanbul 1937, s. 80.

⁶⁵ **Gürsoy, Kemal Tahir**, Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde Yeni Gelişmeler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 17.

VI. AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMA DAVASINDA YARGILAMA USULÜ

MK. m. 167'ye göre "Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma dilerse ayrılık isteyebilir." Bu hükümden yola çıkarak akıl hastalığında da eş isterse boşanma yerine ayrılık da talep edebilir. Bu durumda hâkim boşanmaya karar veremez⁶⁶ (MK. m. 170 f. 2).

A. Taraflar

Boşanma davası sadece eşler tarafından birbirlerine karşı açılabilen bir davadır. Üçüncü kişilerin boşanma davası açma hakkı yoktur⁶⁷.

Boşanma davası açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle dava hakkı olan eşin ölümü halinde mirasçılara geçmediği gibi, davalı eş dava devam ederken ölürse, mirasçılar davaya kural olarak devam edemezler. Dava konusuz kaldığı için sağ kalan eşin davayı sürdürmesi de söz konusu değildir⁶⁸.

MK. m. 181 f. 2 ile getirilen düzenlemeye göre boşanma davası devam ederken davacı ölürse, davacının mirasçılarında biri bu davayı sürdürebilir. Dava sonunda davalı eşin boşanmada kusurlu olduğu ispat edilirse, kusurlu olan bu davalı eş, ölen davacı eşe mirasçı olamayacağı gibi, ölen davacı eş tarafından boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufla kendisine sağlanan hakları da kaybeder⁶⁹. İnceleme konusu olan akli hastalığında kusur söz konusu olmadığı için MK. m. 181 f. 2 uygulama alanı bulmayacaktır.

1. Davacı

Dava açma hakkı olan eş, özel boşanma sebeplerindeki olguyu veya olayı yaratmamış olan eştir. Bu nedenle de akıl hastalığına dayanan boşanmada davacı, akıl hastası olmayan eştir⁷⁰.

⁶⁶ **Gürdoğan, Burhan**, Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 214 – 215.

⁶⁷ **Akıntürk/Karaman**, s. 277.

⁶⁸ **Akıntürk/Karaman**, s. 277.

⁶⁹ **Akıntürk/Karaman**, s. 277.

⁷⁰ **Tutumlu**, Boşanma, s. 218.

Bu davada ispat yükü davacıya düşmektedir. Davacı, davalı eşin akıl hastalığı nedeniyle evlilik birliğinin çekilmez bir hal aldığını ispat ile yükümlüdür⁷¹.

Akıl hastası eşin boşanma davası açması değerlendirilecek olursa çekilmezlik unsurunun gerçekleşmiş olması gerektiğinden, akıl hastası olan ve temyiz kudretini taşımayan bir kimsenin içinde bulunduğu psikolojik ortam ve ruhsal denge onun ortak hayatının çekilmez hale gelip gelmediğini anlayabilmesine ve sağlıklı değerlendirmesine imkân vermemektedir⁷². Bu durumda da akıl hastası eşin yasal temsilcisi aracılığıyla da olsa boşanma davası açması mümkün görünmemektedir.

Değnilmesi gereken diğer bir konu da her iki eşin akıl hastası olması durumunda ne olacağıdır. Bu durumda bile, çekilmezlik unsurunun yokluğu nedeniyle akıl hastası olan eşlerin boşanma davası açamayacağı düşüncesi bulunmaktadır⁷³. Oysa akıl hastası bir eşin diğer eş tarafından işkence görmesi gibi bir durumda yasal temsilcisi vasıtasıyla boşanma davası açabileceği düşünülebilir⁷⁴. Yargıtay'ın bu görüşü hem destekleyen⁷⁵ hem de desteklemeyen⁷⁶ kararları da bulunmaktadır.

Anlaşmalı boşanma çerçevesince akıl hastası eşin de boşanma davası açabileceği kabul edilmiştir⁷⁷.

⁷¹ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1080.

⁷² **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1071; 2. HD. 17.06.1996 T. ve E. 6042, K. 6786 (**Tutumlu**, Boşanma, s. 218).

⁷³ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1173.

⁷⁴ **Saymen/Elbir**, s. 260; **Tekinay**, s. 201; **Velidedeoğlu**, 1960, s. 192, **Akıntürk/Karaman**, s. 278; **Gürdoğan**, s. 211; **Köprülü/Kaneti**, s. 182; **Feyzioğlu**, s. 277.

⁷⁵ 2. HD. 03.03.1947 T. ve E. 5923, K. 1219 (**Olgaç, Senai**, İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul 1956, s. 212).

⁷⁶ 2. HD. 15.09.1966 T. ve E. 4619, K. 4428 (**Yazıcı/Atasoy**, s. 262).

⁷⁷ **Tutumlu**, Butlan, s. 212.

2. Davalı

Boşanma davası, dava açma hakkına sahip olan eş tarafından diğer eşe karşı açılır. Bu eş özel boşanma sebebindeki olguyu veya olayı yaratmış olan eştir⁷⁸. Davalı eş akıl hastası olan eştir.

B. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Yetkili ve görevli mahkemenin tespiti Medeni Usul Hukukunun konusuna girmektedir. Ancak Medeni Kanun yetkili mahkemeyi bizzat belirlemiş durumdadır. MK. m. 168'e göre "Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir." Kanunun bu hükmünde belirtilen yetkili mahkeme özel yetkili bir mahkemedir.

Görevli mahkeme ise aile mahkemeleridir⁷⁹. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi aile mahkemesinin görevlerini düzenlemiştir. Hükmün 1. bendine göre "22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler" diyerek boşanma davalarında görevli mahkemeyi belirtmiştir.

C. Dava Ehliyeti ve Temsil

Dava ehliyeti bir kimsenin bizzat veya yetkili kılacağı temsilcisi aracılığı ile bir davayı takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir⁸⁰. Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan tüm gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine sahiptir. Bu nedenle akıl hastası eşin dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu kişiler taraf buldukları davada kanuni temsilcileri tarafından temsil edilirler⁸¹.

⁷⁸ Akıntürk/Karaman, s. 278.

⁷⁹ Geniş bilgi için bkz. Baktır, Selma, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 111 vd.

⁸⁰ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010, s. 246.

⁸¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 247; 2. HD. 05.02.2002 T. ve E. 467, K. 1329 (Tutumlu, Boşanma, s. 297).

Akıl hastası olduğu ileri sürülen eş kendisini gereği gibi savunabilecek durumda değilse, kendisine bir vasi tayin edilmesi gerekir⁸². Akıl hastalığını boşanma sebebi olarak düzenleyen kanun akıl hastası eşe karşı boşanma davası açılabilceğini belirtmektedir. Bu durumda davayı, davalıyı temsilen kanuni temsilcisi yürütecektir⁸³.

Akıl hastalığına dayalı davalarda bile husumetin doğrudan doğruya akıl hastası eşe yöneltilmesi ve davalının temsilci sıfatıyla tebligatın vasiye yapılması ve geldiğinde onun huzurunda yargılama yapılması zorunludur⁸⁴.

Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkindir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır⁸⁵. Yasal temsilci, MK. m. 462 f. 8'e göre vesayet makamından izin almadıkça davalıyı mahkemede temsil edemez.

Şayet davalı davanın açılması anında yasal kısıtlılık altında değilse, bir ön sorun teşkil edecek ve mahkeme akıl hastası olduğu iddia edilen davalının vesayet altına alınması gerekir gerekmediğini araştırmak durumunda kalacaktır⁸⁶.

VII. AKIL HASTALIĞINA DAYALI BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Boşanma ile eşler yeni bir hukuki statüye girmektedirler. Bu hukuki statü hem şahsi hem de bir takım mali sonuçları da beraberinde getirmektedir⁸⁷. Burada boşanmanın özellikle akıl hastalığı açısından mali ve şahsi sonuçları ele alınacaktır.

⁸² **Tekinay**, s. 242; 2. HD. 25.01.1941 T ve E. 2605, K. 190 (**Arslan, Yusuf**, Boşanma Davaları, Ankara 1970, s. 72).

⁸³ **Gürdoğan**, s. 211.

⁸⁴ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1068.

⁸⁵ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1068.

⁸⁶ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1069.

⁸⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akıntürk, Turgut**, Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 175 – 204.

A. Eşlerle İlgili Sonuçları

1. Eşlerle İlgili Şahsi Sonuçlar

Boşanma kararının eşlerle ilgili olarak en önemli sonucu evlilik birliğinin sona ermesidir. Boşanma kararı bozucu yenilik doğuran karar niteliğindedir. Boşanma ile evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler ve tanıdığı haklar son bulur⁸⁸.

Boşanmanın bir diğer önemli sonucu ise yeniden evlenme imkânının doğmasıdır. Evlenme engellerinden olan mevcut evlilik ortadan kalktığı için eşler yeniden evlenebilir. Ancak buradaki imkân kanımca sağlıklı eşe verilmektedir. Çünkü evlilik birliğinin çekilmez bir hal alarak sona ermesine sebep olan eşin yeniden evlenmesi için MK. m. 133'e dayanması ya da sağlığına kavuşması gerekmektedir.

Boşanma ile eşler birtakım şahsi hallerini kaybederken; birtakım şahsi hallerini ise muhafaza etmektedirler. Önemli şahsi hallerden biri de kadının soyadıdır⁸⁹. Boşanan kadının kişisel durumu MK. m. 173'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre "Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir." Örneğin eş boşandıktan sonra akıl hastası eşinin kendi soyadını taşımasından rahatsızlık duyabilir ve bu duruma rıza göstermeyebilir.

MK. m. 173'ün ilk cümlesinden anlaşılacağı üzere evlenme ile kazanılan rüşd, vatandaşlık hakkı (kadın için) ve sıhri hısımlık gibi haklar ise kaybedilmeyen şahsi hallerdendir⁹⁰.

Eşlerin birbirinden olan alacakları hakkında evlilik devam ettiği sürece durmuş olan zamanaşımı, boşanma kararının kesinleşmesiyle

⁸⁸ Akıntürk/Karaman, s. 288 – 289.

⁸⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz Abik, Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, s. 1 vd.

⁹⁰ Akıntürk, Boşanma, s. 178; Saymen/Elbir, s. 270; Birsen, s. 333; Tekinay, s. 228; Köprülü/Kaneti, s. 191; Feyzioğlu, s. 291.

birlikte tekrar kaldığı yerden işlemeye devam eder⁹¹. Boşanmanın getirdiği diğer bir önemli sonuç MK. m. 181'e göre eşler artık birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar.

2. Eşlerle İlgili Mali Sonuçlar

Eşler boşanma ile bir takım mali sonuçlarla karşılaşmaktadır. Bu sonuçlardan birisi de boşanmadan önce yapılmış bulunan ölüme bağlı tasarruflardır. Bu tasarruflarda, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça boşanma kararı ile kendiliğinden son bulur. Akıl hastası bir eşin yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların da iptale tabi olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁹². Mal rejiminin tasfiyesinde ise eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanacaktır (MK. m. 179).

Boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin bir diğer önemli konu da maddi ve manevi tazminattır. MK. m. 174'e göre "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu olan taraf, kusurlu taraftan uygun bir tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda para ödenmesini isteyebilir." Akıl hastalığına dayalı boşanmada, akıl hastası olan eşe kusur isnat edilemeyeceği için bu eşten MK. m. 174 gereği maddi ve manevi tazminat talep edilemez⁹³.

Akıl hastalığına dayalı boşanma sebebinde önemli bir yere sahip olan bir diğer mali sonuç yoksulluk nafakasıdır. MK. m. 175 gereği "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz." Görüldüğü üzere yoksulluk nafakasını maddi ve manevi tazminattan ayıran temel esas nafaka yükümlüsünde kusurun aranmamasıdır. Bu nedenle akıl hastalığı sebebiyle boşanma da davalı eşin kusurundan söz

⁹¹ Akıntürk/Karaman, s. 291.

⁹² İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 279; Arbek, Ömer, Boşanmanın Mali Sonuçları, AÜHFD, 2005, C: 54, S: 1, s. 151 – 159.

⁹³ Akıntürk, Boşanma, s. 186; Akıntürk/Karaman, s. 297; Arbek, s. 120; Tekinay, s. 208; Köprülü/Kaneti, s. 193; Feyzioğlu, s. 317.

edilemeyeceğinden şartları varsa akıl hastası eş yoksulluk nafakasına mahkûm edilebilecektir⁹⁴.

MK. m. 178'e göre evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

B. Çocuklarla İlgili Sonuçlar

1. Çocukların Velayeti ve Çocuklarla Olan Kişisel İlişkiler

Boşanma kararı ile birlikte hâkim, eşlerin reşit olmayan ortak çocukları varsa velayetin anne ya da babadan birisine verilmesine karar verecektir. Hâkim bu kararı verirken çocuğun menfaatini göz önünde bulunduracaktır⁹⁵. Yargıtay da aynı görüştedir⁹⁶. Boşanma akıl hastalığı gibi bir sebeple son bulmuşsa bu takdirde çocuğun akıl hastası olan eşe bırakılmaması uygun olur⁹⁷.

Çocuklarla kurulacak olan şahsi ilişkilerin ise ne şekilde olacağı MK. m. 182'de düzenlenmiştir. Çocuğun velayeti verilmeyen anne ya da baba ile ne şekilde görüşeceği ve bu görüşmenin zamanını hâkim tespit edecektir. Anne ya da babadan birinin akıl hastası olduğu düşünülecek olursa hâkimin, kişisel ilişkilerdeki kararında da çok titizlikle davranması gerekmektedir.

⁹⁴ Akıntürk, Boşanma, s. 192; Akıntürk/Karaman, s. 303; Yoksulluk nafakası hakkında geniş bilgi için bkz. Bozovalı, Haluk, Yoksulluk Nafakası, İBD, 1990, s. 463 – 478; Kaleli, Şakir, Nafaka Davaları, YD, 1978, C: 4, S: 1 – 2, s. 115 – 131, Arbek, s. 139 vd; Köprülü/Kaneti, s. 195.

⁹⁵ Akıntürk, Boşanma, s. 198; Schwarz, s. 177; Tekinay, s. 216; Feyzioğlu, s. 296;

⁹⁶ HGK. 18.10.1969 T. ve E. 1968/2-786, K. 771 (Yazıcı/Atasoy, s. 394 – 395).

⁹⁷ Velidedeoğlu, 1965, s. 267.

2. İştirak Nafakası

Çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan eş, çocuğun bakımı için bir nafaka ödeyecektir. Bu nafakaya iştirak nafakası denilmektedir⁹⁸. Hâkim iştirak nafakasının miktarını serbestçe tespit ederek karar verir⁹⁹.

Çocuk akıl hastası olan tarafa bırakılmadığında, akıl hastası olan anne ya da baba da iştirak nafakası ödemekle yükümlü olacaktır.

SONUÇ

Akıl hastalığına dayalı boşanmada gerek hastalığın üç yıl sürmesi şartının kaldırılması; gerekse hastalığın tespitinde resmi sağlık kurulu raporu aranması Medeni Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere olumlu gelişmelerdir. İnsan iradesinin sınırlarını zorlayan üç yıl gibi bir sürenin aranmaması akıl hastalığına dayalı boşanmayı kolaylaştırmıştır.

Doktrinde tartışma konusu olan hastalığın evlilikten önce mi yoksa sonra mı ortaya çıktığı sorusu ise kanaatimce sadece pratikte önemlidir. Çünkü her iki durumda da akıl hastalığına dayalı olarak boşanma davası açılabilir. Evlilikten önce ortaya çıkması eşe mutlak butlan davası açma hakkını da vermektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- ABİK, Yıldız:** Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.
- AKGÜN, M. Zerrin:** Boşanma Hukuku, İstanbul 1949.
- AKINTÜRK, Turgut/
KARAMAN, Derya Ateş:** Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2010.
- AKINTÜRK, Turgut:** Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 1996 (**Akıntürk, Aile**).
- AKINTÜRK, Turgut:** Boşamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara

⁹⁸ Akıntürk, Boşanma, s. 202; Akıntürk/Karaman, s. 316; Kaleli, s. 123 – 127.

⁹⁹ Akıntürk, Boşanma, s. 202; Akıntürk/Karaman, s. 316.

- ARAS, Ferzan Arif:** 1977, s. 175 – 204 (**Akıntürk, Boşanma**).
Dimağ ve Akıl Hastalıklarının Evlenme ve Boşanma Üzerindeki Tesirleri, İBD, 1940, s. 545 – 550.
- ARBEK, Ömer:** Boşanmanın Mali Sonuçları, AÜHFD, 2005, C: 54, S: 1, s. 115 – 163.
- ARSEBÜK, Esat:** Medeni Hukuk, 2. Cilt, Ankara 1940.
- ARSLAN, Yusuf:** Boşanma Davaları, Ankara 1970.
- BAHAR, Yakım:** Boşanmaya Genel Bir Bakış ve Türk, İsviçre ve Fransız Kanunu Medenilerine Göre Boşanmanın Genel Sebepleri, İBD, 1947, C: 21, (I) s. 106 – 115, (II), s. 155 – 165.
- BAKTIR, Selma:** Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- BELGESAY, Mustafa Reşit:** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1945.
- BERKİ, Şakir:** Boşanma ve Ayrılık, AÜHFD, 1975, C: 32, S: 1 – 4, s. 135 – 154 (**Berki, Boşanma**).
- BERKİ, Şakir:** Medeni Hukuk, Ankara 1961 (**Berki, Medeni**).
- BERKİ, Şakir:** Türk Medeni Kanunda Evlenmede Mutlak Butlan AÜHFD, 1962, C: XLX, S: 1 – 4, s. 201 – 2331. (**Berki, Butlan**).
- BİLGE, Galip:** Boşanma ve Ayrılık, Kayseri 1947.
- BİRSEN, Kemaleddin:** Medeni Hukuk Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 1958.
- BOZOVALI, Haluk:** Yoksulluk Nafakası, İBD, 1990, s. 463 – 478.
- BULUT, Harun:** Boşanma Davaları, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- CANSEL, Erol:** Boşanmanın Dayandığı Esaslar, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II,

- CEYLAN, Ebru:** Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 67 – 111.
- ÇANDARLI, Zahit:** Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- DALAMANLI, Lütfi:** Boşanma Sebeplerinden Akıl Hastalığı, (I), ABD, 1950, C: 6, S: 73 – 74, s. 12 – 31, (II), ABD, 1950, C: 6, S: 75 – 76, s. 5 – 10.
- DEMİR, Sevgi:** Medeni Hukuk Davaları, Ankara 1968.
- DURAL, Mustafa/
ÖĞÜZ, Tufan/
GÜMÜŞ, Alper:** Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku, Ankara 2004.
- EGGER, A.:** Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- ERDEM, Sabri:** Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku (Çeviren: Tahir Çağa), 2. Baskı, İstanbul 1943.
- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi:** Aile Hukuku, İstanbul 1966.
- GERÇEK, Leyla:** Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- GÖK, Abdullah:** Akıl Hastalığı Nedeni İle Boşanma Üzerine Bir Araştırma, ilt, İstanbul, 1999.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni:** Türk Medeni Hukukunda Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma, ilt, İstanbul 1995.
- GÖNENSAY, A. Samim:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1955.
- GÜRDOĞAN, Burhan:** Medeni Hukuk, Cilt: 2, Aile Hukuku, İstanbul 1937.
- GÜRDOĞAN, Burhan:** Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 205 – 218

- GÜRSOY, Kemal Tahir:** Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde Yeni Gelişmeler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 1 – 45.
- İNAN, Ali Naim/
ERTAŞ, Şeref/
ALBAŞ, Hakan:
KALELİ, Şakir:** Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004.
Nafaka Davaları, YD, 1978, C: 4, S: 1 – 2, s. 115 – 131.
- KANDİL, Seher:** Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, 1. Baskı, Ankara 2006.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit:** Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı, İBD, 1963, C: 37, s. 13 – 25.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.
- KÖPRÜLÜ, Bülent:
KÖPRÜLÜ, Bülent/
KANETİ, Selim:
KUNTALP, Erden:** Medeni Hukuk, İstanbul 1970 – 1971.
Aile Hukuku, İstanbul 1985 – 1986.
Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 113 – 125.
- KURU, Baki/
ARSLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010.
- NAMLI, Mert:** Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S: 2, s. 241 – 388.

- OĞUZOĞLU, Cahit:** Medeni Hukuk Dersleri, Aile Hukuku, Ankara 1940.
- OLGAÇ, Senai:** İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1975.
- OLGAÇ, Senai:** İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Şerhi, İstanbul 1956.
- ÖZKAN, Zülfikar:** Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları, Doktora Tezi, İstanbul 1989.
- ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- RUHİ, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2004.
- SAYMEN, Ferit Hakkı/**
- ELBİR, Halid Kemal:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- SCHWARZ, Andreas B.:** Aile Hukuku (Çeviren: Bülent Davran), 2. Baskı, İstanbul 1946.
- ŞENER, Esat:** Açıklamalı – İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1991 (**Şener, Kanun**).
- ŞENER, Esat:** Medeni Kanun’un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925 – 1975, C: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 219 – 240 (**Şener, Aile**).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1971.
- TUTUMLU, Mehmet Akif:** Boşanma Yargılaması Hukuku, C: I, 2. Baskı, Ankara 2009; C: II, 2. Baskı, Ankara 2009 (**Tutumlu, Boşanma**).
- TUTUMLU, Mehmet Akif:** Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Ankara 2006 (**Tutumlu, Butlan**).
- ÜNAL, Şeref:** Boşanma Hukukunda Yeni Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından

- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet:** Boşanma Sebepleri, AD, 1984, C: 75/2, Fasikül: 4, s. 877 – 909.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1960 (**Velidedeoğlu, 1960**).
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965 (**Velidedeoğlu, 1965**).
- YALÇINKAYA, Namık/
KALELİ, Şakir:** Boşanma Hukuku, 2. Cilt, Ankara 1987.
- YAZICI, Hilmi/
ATASOY, Hasan:** Şahıs Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952 – 1970.
- ZEVKLİLER, Aydın/
ACABEY, M. Beşir/
GÖKYAYLA, K. Emre:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000.

KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALT İŞVEREN UYGULAMASI VE İŞÇİ ALACAĞI SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK*

ÖZET:

Günümüz ekonomik şartları ve ulaşılan teknolojik gelişmeler, daha fazla uzmanlaşmaya dayalı iş bölümünü kaçınılmaz hale getirmiştir. Çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayı, kamu işyerlerinde asıl işveren - alt işveren ilişkisi kurulması uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılarak devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Halbuki, böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Uygulamada kamu işverenleri ile alt işverenler arasında pekâlâ Kanuna aykırı ve/veya muvazaalı işlemler yapılabilmektedir. O nedenle, hâkim, önüne gelen her somut olayı, Kanunun düzenlenme amacına uygun olarak yorumlayıp; alt işveren uygulamasında, özel - kamu işvereni ayrımı yapmadan soruna çözüm bulması gerekir.

ANAHTAR KELİMELELER: alt işveren ilişkisi, devreden-devralan, kamu işyerleri, işçi alacakları, iş sözleşmesinin feshi

* Yalova Üniv. Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD. Öğretim Üyesi.

THE IMPLEMENTATION OF SUB-CONTRACTORS AT PUBLIC WORKPLACES AND THE CONFLICTS ABOUT WORKERS' PAYMENTS

ABSTRACT:

Today's economic conditions and the technological developments which have been reached, have made it inevitable to have labour division based on specialization. Owing to the need in working life, the setting of relationships between the main employer and the sub-employer in public establishments has frequently been encountered in practice. The government provides employment due to minimum expense by running workers via contractors in public establishments. However with such an application in public establishments, it is unthinkable to limit or take away the collective and individual rights of workers. In practice, illegal and collusive operations can be well performed between the public employers and sub-employers. For that reason, the judge should have find a solution to the problem without making any distinction between private and public employer in the application of sub-employer by interpreting every concrete event in accordance with the purpose of law regulation.

KEYWORDS: *sub-contractor relationships, the transferor - transferee, public workplaces, workers' claims, termination of labour contract*

GİRİŞ

Ürettikleri mal ve hizmetlerinden kazanç sağlama amacı güden ticari işletmeler, öncelikle bu süreçteki maliyetlerini mümkün mertebe minimize etmeleri gerekir. O nedenle günümüz rekabet piyasası şartlarının baskısı altında kalan çoğu işveren, önemli maliyet unsuru olarak gördükleri işçi giderlerini; ister istemez, asgari düzeyde tutmak zorunda kalmaktadır. Buna karşılık kamu kurum ve kuruluşları vasıtasıyla çalışma hayatında aktif rol alan devlet ise; sosyal devlet ilkesi gereği, mal ve hizmet üretiminde öncelikle kamu hizmeti ve kamu menfaatini gözetmektedir. Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmektedir

(An.md.65). Her ne kadar kar sağlama amacı gütmese de devlet; kamu menfaati için de olsa, verilen hizmet ve yapılan üretimde piyasa şartlarını da göz önünde bulundurmak zorundadır.

Öte yandan, işsizlik sorununu kamu kesiminde istihdam yaratarak kısmen gidermeye çalışan devlet, mali disiplin içerisinde harcamalarını da kontrol altında tutmak durumundadır. Aslında devlet, bir taraftan kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam sağlamaya çalışırken, diğer taraftan özel kesim işverenleri gibi işçi maliyetlerini minimize etme paradoksu içine girmektedir. Nitekim 2007 yılına kadar uygulanan geçici işçi istihdamı buna en güzel örnektir. O zamana kadar işe alınanlar geçici işçi sıfatıyla, belirli süreli iş sözleşmesiyle, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilmiştir. Fakat Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri Hakkındaki 5620 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra bu uygulamanın yolu kapanmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi alımının sınırlandırılması nedeniyle kamu işverenlerinin ihale yoluyla iş gördürmesi sıklıkla başvurulan bir yol haline gelmiştir¹. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Bu şekildeki devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Fakat şu da bir gerçek ki, kamu işyerlerinde alt işverene iş verilmesi çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayıdır ve 4857 sayılı İş Kanunu da buna imkân vermektedir. Fakat böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarını sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Maalesef, kamu işverenleri ile alt işverenler arasındaki muvazaalı işlemler², geçen yıllar içinde yargıyı en çok meşgul eden konuların başında gelmiştir ve gelmeye de devam etmektedir. İlk başta kamu işyerinde muvazaalı işlem yapılması düşündürücü gelse de³, yargı kararlarına bakıldığında

¹ **AYKAÇ** Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011, s.457.

² Alt İşveren ilişkisi ve muvazaa sorununa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI** İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu (Alt İşveren), Ankara 2008, s.145 vd.

³ Bu yönde verilmiş Yargıtay kararı için bkz. Yarg.HGK. 14.11.2001,

uyuşmazlık konusu muvazaalı işlemlerin azımsanmayacak kadar çok olduğu görülecektir⁴. Öte yandan kamu işyerlerinde yaşanan alt işveren ilişkileri ve işçi alacaklarına ilişkin uygulama sorunlarının sürekli uyuşmazlık konusu olduğu dikkate alındığında, bu hususta içtihat birliğinin henüz tam olarak oluşmadığı anlaşılmaktadır. Yaşanan sorunların istikrarlı bir şekilde çözüme kavuşturulması amacıyla iş mevzuatındaki konuya ilişkin düzenlemeleri (değişiklikleri), Yargıtay kararları ve öğretici görüşlerini dikkate alarak değerlendirmekte yarar görüyoruz.

I. KAMU İŞYERLERİNDEKİ ALT İŞVEREN UYGULAMASI

A) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

1) Genel Olarak

Günümüzde ulaşılan teknolojik gelişmeler, daha fazla uzmanlaşmaya dayalı iş bölümünü kaçınılmaz hale getirmiştir. Bununla beraber rekabet koşullarının ağırlaşması, sık sık yaşanan ekonomik krizler ve bunun doğurduğu ekonomik sonuçlar, işverenleri yönetim ve organizasyon konusunda yeni stratejiler belirlemek ve insan kaynakları yönetiminde bir takım önlemler almak zorunda bırakmıştır. O nedenle, işverenler maliyetleri düşürmek amacıyla, kendi mal ve/veya hizmet üretim veya sürümünü bir başka işverene franchise sözleşmesiyle vermeyi ya da fason üretim ile işin bir kısmını doğrudan başka bir işverenin işyerinde gerçekleştirmeyi veyahut kendi işyerinde başka bir işverenin işçilerinin de çalıştırılması suretiyle alt işveren ilişkisi kurmayı

E.2001/9-711, K.2001/820, Çimento İşveren, Temmuz 2002, s.54-60, kararın değerlendirmesi için bkz. **SÜZEK** Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003, s.11-14.

⁴ Hatta, kamudaki muvazaa olaylarının özeldekinden hiç de aşağı kalır bir yanı olmadığı ve belki daha da yaygın bulunduğu söylenebilir (**AKYİĞİT** Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?” (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011, s.15).

tercih etmek durumunda kalmışlardır⁵. Mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri başka işverenlere vermek, kendilerine daha az maliyetli ve sorunsuz bir istihdam imkânı sağlamıştır. İşverenlerin bu gibi teşebbüsleri; ekonomik açıdan makul karşılanabilirse de, alt işveren ilişkilerinde görüldüğü gibi, maliyetleri düşürmek adına çoğu zaman çalışan işçilerin bir takım haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmuştur. İşverenlerin, daha düşük ücret ve çalışma şartlarıyla işçi çalıştırmak üzere alt işveren ilişkisi içine girmeleri ve muvazaalı şekilde işçi aleyhine işlemlerde bulunmalarından kaynaklanan uygulama sorunları, asıl işveren alt işveren ilişkisine ilişkin Kanun hükmünün ayrıntılı olarak düzenlenmesine yol açmıştır.

Kanun koyucuyu asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlemeye sevk eden asıl neden, kuşkusuz alt işveren işçilerini koruma amacıdır⁶. Fakat kamu işyerlerinde çalışan (alt işveren) işçiler(i) ile ilgili sorunların artması, Kanun koyucuyu soruna çözüm olarak ek düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Gerek kanunlaşma aşamasında yapılan tasarı değişiklikleri ve gerek ise daha sonra eklenen madde hükümleri, İş Hukukunda asıl işveren - alt işveren ilişkisini bugün halen tartışılmakta ve eleştirilmekte olan bir sorun haline getirmiştir⁷.

⁵ **EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008, s.22; **GÜZEL** Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1), s.33.

⁶ **NARMANLIOĞLU** Ünal, “Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, (Alt işveren - Sorumluluk), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008, s.53.

⁷ Bkz. **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23 ve dn.9’da gösterilen kaynaklar; **ÇELİK** Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2008, s.47-48; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.31-65; **TAŞKENT** Savaş, “Alt İşveren”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.363-366. **AKYİĞİT**, Ercan, “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları” (Kamu İşyerlerinde Muvazaa), SİCİL İSGHD., Mart 2010, s.138-159; **aynı yazar**,

2) Asıl İşveren – Alt İşveren İlişkisi

Aslında asıl işverenin bazı işlerini alt işverenlere yaptırması bir ihtiyacın sonucudur. Ülkemizde; özellikle inşaat ve sanayi sektörlerinde, hizmet alım ihalelerinde alt işveren uygulamasına sıkça rastlanmaktadır. İşveren, aldığı işi zamanında yerine getirebilmek, kendisinde bulunmayan bilgi, teknoloji ve ekipmanlardan (makine ve teçhizat) ve insan kaynaklarından yararlanabilmek veya kendi uzmanlık alanı dışındaki işlerde daha kaliteli üretim veya hizmet sunabilmek için, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünü, bu işte uzman başka işverenlere devretmeyi daha uygun bulmaktadır. Bu durum, o bölümde ya da işte, başka işverenlere ait işçilerin çalıştırılmasını gerektiren alt işveren ilişkisini ortaya çıkarmaktadır. Böylece, asıl iş sahibi olan işveren, işyerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde çalıştırmak için başka işçi almaksızın işlerini gördürmektedir⁸. Bu uygulama, sadece özel kesim işverenleri için değil,

“Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38; “Kamuda Alt İşverenlik”, s.4; **ÖZVERİ** Murat, “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004, s.383-399.

⁸ **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.141 vd.; **EKONOMİ**, s.54; **ESENER** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978, s.79; **ÇELİK**, s.45 vd.; **NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998, s.111-112; **CENTEL** Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.66; **aynı yazar**, Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, SİCİL İSGHD., S.10 Haziran 2008, s.5; **ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997, s.191; **aynı yazar**, “Türk Hukukunda Alt İşveren”, İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992, s.325; **GÜZEL**, Ali, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri” (Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması), Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993, s.7; **TUNCAY** A. Can, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991, s.65; **SOYER** Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl

kamu işverenleri için de geçerlidir. Alt işveren, gerçek veya tüzelkişi (özel hukuk yahut kamu hukuku tüzel kişisi) olabileceği gibi, kişiliği olmayan bir kamu kurumu veya kuruluşu da alt işveren olması mümkündür⁹.

Alt işveren, asıl işverenden aldığı işte (işyerinde) kendi nam ve hesabına iş alan ve işçi çalıştıran diğer bir işverendir. O nedenle alt işverenin (göstermelik işveren sıfatı bulursa dahi yasal olarak) asıl işverenin işçisi veya işveren vekili olması düşünülemez. Şu halde, asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kendi nam ve hesabına asıl işverenin işyerinde işçi çalıştıran iki ayrı işveren söz konusudur. İş veren kişi, işi tamamen bir başka işverene bırakıyor ve kendisi hiçbir işçi çalıştırmıyor ise, yasal anlamda (asıl) işveren sıfatı olmadığı için, taraflar arasında asıl

İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları” (Alt İşveren İlişkisi), SİCİL İSGHD., Mart 2006, s.20 vd.; **SÜMER**, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, s.18-19; **KAPLAN** E. Tuncay, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, Prof. Dr. A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005, s.153 vd.; **CANBOLAT**, Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s.12; **AYDEMİR**, Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993, s.119; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.153 vd.; **AKTAY**, Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, Ocak 1994, s.11-12; **GEREK** Nüvit/**ORAL** İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, SİCİL İSGHD., Mart 2006, s.29 vd.; **ŞEN** Sebahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s.71 vd.; **ÖZDEMİR**, Burhan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay’ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı”, Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997, s.3-4; **ELBİR**, H.Kemal, “Asıl İşveren-Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İHD., Ocak-Mart 1991, s.5; **ÇANKAYA** Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002, s.15 vd.; **AYKAÇ**, s.31 vd.; **ÖZVERİ**, s.383 vd.

⁹ **AYDINLI**, Alt İşveren, s.159; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5.

işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğundan söz edilemez¹⁰. Örneğin ihale makamının anahtar teslimi şartıyla, işin bütünüyle bir başkasına devir ve tesliminde, müteahhit ile ihale makamı arasında kurulan ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisi değildir¹¹.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulmasında taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin bir önemi yoktur¹². Asıl işveren - alt işveren ilişkisi çoğunlukla eser (istisna) sözleşmesi ile kurulmakla birlikte, bunun dışında kira veya taşıma sözleşmesi ile de böyle bir ilişki oluşturulabilmektedir¹³.

Asıl işverene ait iş organizasyonu içinde olup, alt işverenin nezdinde çalışan işçiler alt işverene iş sözleşmesiyle bağlıdır. Çalıştıkları işyeri fiziki olarak asıl işverenin işyeri olmakla birlikte, yasal olarak alt

¹⁰ **SÜZEK**, s.142; **CANBOLAT**, s.26; **AYDEMİR**, s.123. Asıl işi tümüyle bir başkasına veya bölümler halinde ayrı ayrı kişilere veren ve kendisi sadece yardımcı işlerde işçi çalıştıran kimse, asıl işveren olarak nitelendirilemez (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5).

¹¹ **ÇELİK** Nuri, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları” (Uygulama Sorunları), Kamu-İş, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.165; **aynı yazar**, İş Hukuku, s.51; **SÜZEK**, s.142; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s.166-167; **NARMANLIOĞLU**, s.114; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TASKENT**, “Alt İşveren”, s.363; **CANBOLAT**, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20; **ALPAGUT** Gülsevil, “4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı” (Alt İşveren), Ankara 2004, s.16-17; **UŞAN**, M. Fatih, “Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından Sorumluluğu, (Yargıtayın 10. Hukuku Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Kamu-İş, C.7, 1, 2002, s.81 vd.; Yarg.HGK., 24.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548, Tekstil İşveren, Eylül 1996, s.3; Yarg.21.HD., 14.5.2003, E. 2003/4721, K.2003/4643, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.33-34.

¹² Yarg.21.HD. 21.6.2005, E.2005/791, K.2005/6574, Legal İSGHD, 2006, S.10, s.733.

¹³ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.25, 28-31; **ÇELİK**, “Uygulama Sorunları”, s.16; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **SÜMER**, Uygulamalar, s.19; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.1-2; **CANBOLAT**, s.38 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz., **AYKAÇ**, s.31 vd.

işverenin (sicile kayıtlı olan) işyeridir (İş K.md.3/2)¹⁴. İşçiler, alt işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır. Ücret ve diğer haklarını alt işveren ödemekle yükümlüdür¹⁵. Kanunen birlikte sorumlu tutulmuş olsa da, asıl işverenin; işyerinde işçi sağlığı iş güvenliği tedbirleri konusunda asıl işverenin vereceği genel nitelikteki talimatları dışında, alt işveren işçilerine doğrudan emir ve talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Asıl işverenin alt işveren işçileri hakkında disiplin cezası vermesi de mümkün değildir¹⁶.

¹⁴ Bkz., **AYKAÇ**, s.74 vd.

¹⁵ **CANBOLAT**, s.35; **SÜMER**, Uygulamalar, s.19.

¹⁶ **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren – Sorumluluk”, s.57; **ÇANKAYA**, s.19. Öğretide, alt işveren işçisi, asıl işverenin işçisi olmadığı ve aralarında bir sözleşme bulunmadığı halde, işçinin asıl işverenin çevresine dâhil olması ve sosyal bir temas içinde bulunması sonucu olarak iş sözleşmesini meydana getirdiği edim yükümlülüklerinden bağımsız bir şekilde koruma yükümü getiren borç ilişkisi olduğu, işyerinde işçi sağlığı iş güvenliği tedbirleri alınması bakımından alt işveren sorumlu olmasa bile, edim yükümlerinden bağımsız bir fiili iş ilişkisi tarafı olarak asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı işveren sıfatıyla sorumlu olacağı ileri sürülmüştür (**BAŞBUĞ** Aydın, “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, Kamu-İş, Ocak 1998, s.71). Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI** İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Edimden Bağımsız Koruma), Ankara 2004). Bununla birlikte, alt işveren işçilerinin işyeri düzenine ve davranış yükümlülüklerine aykırı hareketi sonunda sözleşmenin ihlali hükümlerine göre sorumlu olacağını, asıl işveren tarafından disiplin cezası uygulayabileceğini, ancak sözleşmenin tarafı olmamakla ve fesih hakkı bulunmamakla beraber, asıl işverenin alt işveren işçisinin işyeri çevresinden çıkarılması cezası verebileceği ileri sürülmüştür (**BAŞBUĞ**, s.73; **AYDINLI**, “Edimden Bağımsız Koruma”, s.176; Karşı görüşte, **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.64). Kanaatimizce; böyle bir yetkinin asıl işverene tanınması keyfi davranışlara kapı açma ihtimali karşısında, bu yetkinin ancak işçinin asıl işvereni olan alt işverene bırakılması, disiplin cezasını gerektirir aykırı davranışların alt işverene bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin beklenmesi yerinde olacaktır. Örneğin bir hastanede alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin bir hemşireye cinsel tacizde bulunması halinde hastane yönetiminin vereceği disiplin cezası alt işveren işçisi için hukuken bağlayıcı olmayacaktır. Oysa

Alt işveren ilişkisinde asıl işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene (alt işverene) veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzelkişi yahut kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır (Alt İşverenlik Yönet.md.3/ç). Alt işveren, asıl işverenin işyerinde; mal ve hizmet üretiminin esasını oluşturan, asıl işin bir bölümünde¹⁷ veya yardımcı işlerde iş almakta ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırmaktadır (İşK.2/6, AİY.3/a)¹⁸. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında “asıl iş bölünerek” alt işverenlere verilemez (İş K.md.2/7; Alt İşv.Yönt.md.3-5,10 vd.)¹⁹. Başka bir ifadeyle, aynı bölümde, aynı işlerde asıl işverenin işçileriyle alt işverenin işçileri birlikte çalıştırılmaz.

durum alt işverene bildirildiğinde, alt işveren, İş.K.md.25/II-(c) hükmünü doğrudan uygulayamasa da işçisinin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranışından dolayı iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilme konusunda yasal bir hakka sahiptir.

¹⁷ Bu konuda bilgi için bkz., **EKONOMİ** Münir, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş, Ankara 2000, s.340-341; **CENTEL**, Tankut, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri’nde Fiziki Mekan”, SİCİL İSGHD., Mart 2008, s.5-10.

¹⁸ Bu işyerinde aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini değişik işyerlerinde çalıştıramaz. Bir kısım işçisini sürekli olarak o işyeri için tahsis etmiyor, başka işyerlerine de gönderiyorsa, kurulan ilişkinin yasal anlamda asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu söylenemez (**SÜZEK**, s.151;**MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.173; **EYRENCİ** Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.42; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.25).

¹⁹ **ÇELİK**,52-54; **SÜZEK**, s.146; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.43-44; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167-173; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.50; **SÜMER**, Uygulamalar, s.25; **AKTAY** Nizamettin/**ARICI** Kadir/**KAPLAN-SENYEN** E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, s.70.

Alt işverene verilebilecek işler, asıl işverenin işyerinde²⁰ yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin olan, asıl işin bir bölümündeki işler ve yardımcı işler olabilir²¹. Kanun gereği asıl işin bir bölümünün alt işverene bırakılabilmesi için verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olması şarttır. Fakat, “işletmenin ve işin gereği” koşulu ile “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun birlikte mi aranacağı, yoksa bunlardan sadece birisinin bulunmasının yeterli mi olacağı, nasıl anlaşılması gerektiği, halen öğretilerde tartışılan önemli bir konudur²². Şüphesiz, Kanun

²⁰ İşi kendi işyerinde fason üretim yapan kişi alt işveren olarak nitelendirilemez. Bkz., **SÜZEK**, s.143; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.39 vd.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.363-364; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.42; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.172; **CANBOLAT**, s.26-27; **SÜMER**, Uygulamalar, s.26.

²¹ **SÜZEK**, s.144; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.47-48; **ÇELİK**, s.50; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.26; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.364-365; **CANBOLAT**, s.20; **NARMANLIOĞLU**, s.112-113; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.67; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20 vd.; **ALPAGUT**, “Alt İşveren”, s.18; İşveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl iş veya yardımcı iş dışında kalan işlerle ilgili olarak yaptığı sözleşmelerle bir başka işverene iş verse ve kendi işçilerini bu işyerinde çalıştırsa dahi kurulan ilişki asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez (Örneğin kağıt üretimi yapılan bir fabrika'nın ek bina inşaatı için yapılan (eser) sözleşme(si) dolayısıyla işi üstlenen işveren alt işveren niteliği kazanamaz. Bu nedenle, uyuşmazlık halinde davalar iş mahkemesinde değil genel mahkemelerde açılmalıdır (**EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.33).

²² Hükümet Tasarısı asıl işin “işin gereği ve teknolojik nedenlerle” bölünüp alt işverene verilebileceğini belirtmekte ve fakat “işletmenin gereği”nden ve “uzmanlık”tan bahsetmediği halde, daha sonra yasa tasarısının ilgili maddesinin TBMM’de ikinci kez görüşülmesi sırasında bu ifadeler de maddeye eklenerek yasalaşmıştır. İşletmenin gereği, teknolojik nedenlerin yanında, bunların uzmanlıkla bağlantısı kurulmak suretiyle alt işveren ilişkisine getirilen kısıtlama uygulamada daha fazla sorunlara yol açmıştır. Eleştiriler için bkz. **ÇELİK**, s.47-48; **ÖZVERİ**, s.394; **SÜZEK**, s.145 (Yazara göre, “yasanın sadece muvazaalı alt işveren uygulamalarını önleme

hükmü ne şekilde değerlendirilirse değerlendirilsin, alt işveren ilişkisinin mevcut veya Kanuna aykırı ve/veya muvazaalı olması kabul edileceği için, o işyerinde çalışan işçilerin hukuki durumu ve alacakları bakımından önemli hukuki sonuçlara yol açacaktır.

Öğretide bir görüşe göre, Kanunun açık hükmü ve konuluş amacı gereği her iki ifadeyi bir bütün (“ile” sözcüğünü “ve”) olarak değerlendirmelidir. Asıl iş bölünerek alt işverene verilecek ise, bunun işletmenin ve işin gereği ve aynı zaman da teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Yoksa, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin sınırlandırılması hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu durumda işveren sadece işletmenin ve işin gereği olarak asıl işi bölüp alt işverene verme imkânına sahip olacaktır ki, bu da madde hükmünün düzenlenme amacı ile bağdaşmamaktadır²³. Bu görüşü teyiden, Alt işverenlik Yönetmeliğinde ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektirmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde asıl iş bölünerek alt işverene verilebileceği belirtilmekte (AİY.11/3) ve işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işin, “mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iş” olduğu açıklanmaktadır (AİY.11/1)²⁴.

amacını taşıdığı ileri sürülemez. Onun belirli ölçüde alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını önlemeyi amaçladığının kabulü de zorunludur”).

²³ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.43-44; **SÜZEK**, s.147; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.48-49; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.364-365; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.169-170; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19; **AKYİĞİT**, “Kamuda Muvazaa”, s.148 vd.; **aynı yazar**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.11-12; **SÜMER**, Uygulamalar, s.22-24; **ÖZVERİ**, s.393-394; **AYKAÇ**, s.134-138.

²⁴ **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.11-12. Benzer diğer bir görüşe göre, yasal düzenlemenin asıl işin bir bölümünde alt işverene iş verilebilmesini “uzmanlık” şartına bağladığı ve fakat bu uzmanlığın “işletmenin ve işin gereği uzmanlık” ile “teknolojik nedene bağlı uzmanlık” olarak anlaşılmalıdır. Şu halde asıl işin bir bölümü “işletmenin ve işin gereği olan (ancak) uzmanlık gerektiren işler” söz konusu olduğunda alt işverene verilebileceği gibi “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler” de alt işverene verilebilecektir (**MOLLAMAHMUTOĞLU**, 169-

Diğer öğreti görüşüne göre, asıl işin bir bölümünde alt işverenliğin gerçekleşebilmesi için, alt işverene, “işletmenin ve işin gereği” veya “teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” iş verilmesi gerekir. Fakat, işverenin alt işverene iş verilebilmesi için her iki koşulun birlikte bulunmasını şart koşturmak, geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulmasını zor hale getirir. O nedenle madde hükmündeki “ile” bağlacı “veya” olarak anlaşılmalıdır²⁵.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin genel kanaati, teknolojik nedenle uzmanlık gerektirmedikçe asıl işin bir bölümünün alt işverenlere verilemeyeceği yönündedir. Yüksek Mahkeme; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. Maddesinde asıl işveren alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde yasa koyucunun amacından yola çıkarak, asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği görüşündedir²⁶.

Kanaatimizce madde hükmünde yer alan “ile” ibaresini “veya” olarak değerlendirmek Kanunun ve Alt İşverenlik Yönetmeliği açık ifadesi karşısında mümkün değildir. Zira, asıl işin bir bölümünde iş alınabilmesi “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde” mümkündür (İşK.2/6, Alt İşv.Yönt.md.3) ve “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” (İşK.2/7, Alt

170; Karş. ŞEN, s.92 vd.).

²⁵ **SÜZEK**, s.146-147; **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.42 vd.; **ŞAHLANAN** Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi (Yardımcı İşte Muvazaa İddiası), Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326, s.2-4; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19 vd.; **ALPAGUT**, “Alt İşveren”, s.18-19; **TUNÇOMAĞ** Kenan/**CENTEL** Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005, s.57; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.68.

²⁶ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.196-200).Ayrıca bkz.Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD.21.01.2010, E.2008/12349,K.2010/582,Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.449-451; Yarg.9.HD.05.05.2008, E.2008/15362, K.2008/11408, www.kazanci.com.tr; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19.

İşv.Yönt.md.11). Bununla beraber, mevzuattaki sınırlamanın alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını zorlaştıracığı da bir gerçektir. Hükmün düzenlenme amacını dikkate alan bizim de katıldığımız öğreti görüşünde ifade edildiği gibi, alt işveren uygulamasını bu şekliyle güçleştiren normatif ölçütlerin daraltılması yönünde kanun değişikliği yapılarak konuya açıklık getirilmelidir²⁷.

Öte yandan, işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin alt işverene verilmesi, bunun işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler olma şartı aranmamaktadır. Diğer bir ifade ile doğrudan üretim organizasyonu içerisinde yer almayan yükleme, boşaltma, temizlik, yemek hizmetleri, odacılık ve çay hizmetleri, personel taşıma, güvenlik, teknik bakım gibi işyerlerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işler bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu değildir²⁸.

3) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa Sorunu

İşverenin alt işveren ilişkisine girmesi, işletmenin veya işin bir gereği, ekonomik veya teknolojik nedenlere dayanmaktadır. Ancak, ülkemizdeki uygulama ise, daha çok, ucuz işgücü sağlama amacına yönelmiştir²⁹. Görünürde alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmakta olan bir çok işçi, gerçekte asıl işverenin işçisi olarak çalışmaktadır. Bilindiği üzere, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yeterli iş güvencesine sahip olmayan işçiler, sürekli işverenin iş sözleşmelerini feshetme tehdidi altında çalışmakta idi. Asgari ücretin üstünde bir ücret ödemek istemeyen ve özellikle sendikal örgütlenmeye karşı olan işverenler, böyle bir uygulama ile işçilerin bireysel ve toplu iş hukukundan doğan ücrete

²⁷ ÇELİK, s.47; SÜZEK, s.151; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.169-170; SÜMER, Uygulamalar, s.24.

²⁸ SÜZEK Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İSGHD., 2010/27, s.941; aynı yazar, İş Hukuku, s.144-145; ŞAHLANAN, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.4; EKONOMİ, “Alt İşveren İlişkisi”, s.48-50; Yarg.9.HD. 01.06.2005, E.2005/12985, K.2005/20130, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1705-1706.

²⁹ EKONOMİ, Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren, S.161, Eylül 1991, s.6; GÜZEL, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması”, s.7; ÖZDEMİR, s.4.

ilişkin haklarını kısıtlama yoluna gitmekte idi. İş güvencesine ilişkin mevzuat değişikliğine rağmen, bugün de aynı sorun devam etmektedir. İşverenlerin kendi işçilerini daha düşük ücret ve çalışma şartlarıyla çalıştırılmak üzere alt işverene devretmesi ya da işçileri işten çıkarıp alt işveren nezdinde kendi işyerinde tekrar çalıştırmaya devam etmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur.

Yine uygulamada sıkça görüldüğü üzere, alt işveren adı altında faaliyet gösteren bu kimseler, çalıştırdığı işçilerin sadece resmîyette işvereni olarak gözükmekle birlikte, aslında yapacağı işin gerektirdiği teknik donanımına sahip olmayan, yeterli sermayesi ve düzenli bir örgütlenmesi dahi bulunmayan kimselerdir. Bu kimselerin alt işveren niteliklerine tam olarak sahip olduklarını söylemek de mümkün değildir. Özellikle büyük işletmelerde, asıl işin neredeyse önemli bir kısmı belirtilen şekilde alt işverenlere bırakılmaktadır. Sonuç itibarıyla, günümüzde alt işveren uygulamalarında ciddi bir artış görülmektedir.

Oysa, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasına göre, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Madde hükmüne göre, bu iki özel halde (aksi halde) ve (bu iki özel durumun dışında) genel olarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler³⁰. Aslında yasal olarak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında, asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez. Verildiği takdirde, aynı şekilde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılacaktır³¹.

³⁰ **GÜZEL** Ali, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2005 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007, s.15; **aynı yazar**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.61-62; **ÇELİK**, s.54-55.

³¹ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.52; **SÜZEK**, s.162; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.366; **YENİSEY** Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş

Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, Kanun koyucu alt işveren uygulamasının kötüye kullanılmasına engel olmak amacıyla, bir takım sınırlamalarda bulunmuştur. Öncelikle, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Çoğu zaman, asıl işveren işçileri ile birlikte aynı işte çalıştıkları halde, işçilerin resmi kayıtlarda alt işveren nezdinde çalışıyor gösterilmeleri bilinen bir gerçektir. Sendika örgütlerinin de yakındığı üzere, kurulan muvazaalı alt işveren ilişkisi ile de sendikal örgütlenmenin önü kesil(ebil)mektedir³².

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmek suretiyle hakları kısıtlanamayacağına göre, bu hükmün yasaklayıcı değil, sınırlayıcı bir hüküm olduğunu söylemek gerekir. Diğer bir ifade ile Kanun koyucu bu madde hükmüyle, asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınmamasını değil, işe alınan bu işçilerin haklarının kısıtlanmamasını öngörmektedir³³. Şu halde, işyeri devri veya iş sözleşmesinin devri ile işçilik hakları ve çalışma şartları değişmiyorsa, salt işveren değişikliği muvazaalı nedeni gösterilemez. Kaldı ki, asıl işveren işçisinin belli bir süre geçtikten sonra aynı işyerinde ve fakat alt işveren işçisi olarak işe başlatılmasına yasal bir engel bulunmadığı gibi, bunun tek başına muvazaalı bir işlem olarak değerlendirilmesi doğru değildir³⁴.

Yine aynı gerekçelerle, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi takdirde, asıl işveren alt işveren

Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.13; Karş. **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.19-20.

³² Asıl işverenin toplu iş sözleşmesi yetkisi almaması için bu yola başvurduğu somut olaydan anlaşılması halinde asıl işveren alt işverenin muvazaalı olduğuna hükmedilir (Yarg.9.HD., 21.2.2005, E.2004/32666, K.2005/5738, www.kazanci.com.tr).

³³ **SÜZEK**, s.155; **ENGİN** Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006, s.4; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.44; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.56-58.

³⁴ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.22; **SÜMER**, Uygulamalar, s.31

ilişkinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Bu hüküm, teşebbüs ve sözleşme yapma özgürlüğünü engellediği ve bu yönüyle Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir³⁵. Fakat “alt işveren ilişkisi kurulamaz” ifadesi, anılan hükmün mutlak emredici hüküm olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, somut olay karşısında bu hüküm işçi lehine dahi yorumlanamaz. Halbuki, bu hükmün uygulamada pek etkili olabileceğini sanmıyoruz³⁶. Çünkü, daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile değil de, örneğin bir yakını (eşi) ile de pekâlâ resmi olarak alt işveren ilişkisi kurularak, bu madde hükmü rahatlıkla aşılabılır. Hâkimin her somut olayı kendi özelliklerini dikkate alarak, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığına hükmetmesinin daha isabetli olacağı görüşünderiz³⁷.

Yargıtay, asıl alt işveren ilişkisinde ilişkinin muvazaalı veya yasadaki unsurları taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde bir takım kriterleri dikkate almaktadır³⁸. Şöyle ki; her somut olayda, biri asıl diğeri hukuksal ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip iki ayrı işverenin bulunup bulunmadığının, alt işveren işçilerinin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılıp çalıştırılmadıklarının, alt işverene verilen işin, işyerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya

³⁵ **ÇELİK**, s.52-53; **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.46-47; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.22-23; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.59; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.70; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184; **TUNÇOMAĞ/CENTEL**, s.56-57; **SÜMER**, Uygulamalar, s.32-33; **SÜZEK**, s.147 (Yazarın da isabetle belirttiği gibi, teşebbüs özgürlüğü de Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle kanunla sınırlandırılabilir, fakat bu sınırlama söz konusu hakkın özüne dokunacak genişlikte olamaz. Yine yazarın ifadesiyle, hükmün amacı, daha önce o işyerinde çalışanların aynı işyerinde taşeron olmalarını mutlak bir şekilde engellemek değil, muvazaalı uygulamaları önlemektir, s.157).

³⁶ Bir kısım yazarlar, Kanun hükmünün mutlak emredici olduğu ve bu isabetsiz düzenlemenin kaldırılması görüşündedir. Bkz. **ÇELİK**, s.53; **SÜMER**, Uygulamalar, s.33; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.69-70.

³⁷ Aynı görüşte, **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.181-182.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AYDINLI**, Alt İşveren, s.240 vd.; **AYKAÇ**, s.363 vd.

hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işlerinden olup olmadığının, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olup olmadığının, alt işveren de daha önce o işyerinde çalıştırılan bir kişi olup olmadığının, alt işverenin işe uygun yeterli ekipman ile tecrübeye sahip olup olmadığının, istihdam edeceği işçilerin niteliklerinin yapılacak işe uygun olup olmadığının, alt işverene verilen işte asıl işveren adına koordinasyon ve denetimle görevlendirilenlerden başka asıl işverenin işçisinin çalışıp çalışmadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin iş hukukunun öngördüğü kamusal yükümlülüklerden kaçınmayı amaçlayıp amaçlamadığının, yapılan alt işverenlik sözleşmesinin işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut mevzuattan kaynaklanan bireysel veya kollektif haklarını kısıtlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik yapıp yapılmadığının araştırılması ve irdelenmesi gerekir³⁹.

İş Kanunu, asıl işveren alt işveren ilişkisinin amacına aykırı olarak kullanılmasını önlemek için alt işveren sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunlu kılınmıştır. Bunu yanı sıra, bölge müdürlüğünce tescili yapılan alt işverenin işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenebilmektedir⁴⁰. İnceleme sonucunda işlemin muvazaalı olduğu tespiti halinde, gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir ve rapora karşı işveren tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Süresi içinde itiraz edilmez veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onarsa, tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır (İş K.md.3/2). İşyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı idari para cezası verilir (İş K.md.98).

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığını ortaya koymak amacıyla tespit davası açılmasında; zaten işlem baştan itibaren geçersiz olacağı için, işçinin herhangi bir menfaati bulunmamaktadır. İş sözleşmesi sona eren işçinin açacağı işe iade davası veya bir eda davasında muvazaa konusu zaten yargılamada hâkim

³⁹ Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.467-471.

⁴⁰ Hükümün eleştirisi için bkz., ÇELİK, s.64-65.

tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Nitekim Yargıtay, Kanunun açık düzenlemesi karşısında açılacak eda (ve yetki uyuşmazlığı) davasında işyerindeki tüm alt işverenlik ilişkilerinin muvazaalı işleme dayandığı ve alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işveren işçisi sayılmak suretiyle karar verilmesi talep edilebileceğinden, sadece (mücerret) tespit talebiyle dava açılmayacağı görüşündedir⁴¹.

B) Kamu İşyerlerindeki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

1) Genel Olarak

Kamu işyerinde asıl işveren - alt işveren ilişkisinden söz edilebilmesi için her şeyden önce İş K.md.2/6 anlamında bir asıl (kamu) işverenin, bir de alt işverenin bulunması gerekir. İş Kanunu, hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmelerin tarafı olan kamu işverenlerinin, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip olan ortaklıklar olduğunu belirtmiştir⁴² (md.2/8).

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin genel esasları, kamu işyerindeki uygulamalar için de geçerlidir. Bir kamu işvereninden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulabilir. Bu ilişkide kamu işvereni, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İş K.md.2/6).

⁴¹ 20.1.2004, 23864/468, **CENTEL** Tankut, "Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), **Tekstil İşveren**, Haziran 2004, s.34; Karşı görüşte, **SÜMER**, Uygulamalar, s.34.

⁴² "Kamu kurum ve kuruluşlarını genel olarak tanımlamak yerine kurduğu ilişkide İş K.md.2/6 şartlarına göre asıl işveren niteliğini kazanan kurum ve kuruluşlar denilmesi madde içinde bütünlüğü sağlayabilirdi" (**EKONOMİ**, "Alt İşveren İlişkisi", s.24).

Uygulamada, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılarak, kamu işyerlerinde alt işverenler (yükleniciler) vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları bazen ihale makamı olarak işçi çalıştırmaksızın da belli bir işin görülmesini bir müteahhide verebilmektedir. Örneğin Başbakanlık Toplu Konut İdaresi (TOKİ)'nin konut inşaatlarını ihale yoluyla müteahhitlere vermesi gibi, kamu idaresi ile müteahhit arasında eser sözleşmesi söz konusu olabilir. Daha önce belirtildiği üzere, işi veren kişi, işi tamamen bir başka işverene bırakıyor ve kendisi hiçbir işçi çalıştırmıyorsa, taraflar arasında asıl işveren - alt işveren ilişkisinin bulunduğu söz edilemez⁴³. Örnekteki TOKİ'nin anahtar teslimi şartıyla, işi tümüyle müteahhite devir ve tesliminde, müteahhit ile ihale makamı arasında kurulan ilişki asıl işveren - alt işveren ilişkisi olarak nitelendirilemez⁴⁴.

Taraflar arasında bir alt işveren sözleşmesi yapılacak ise, her iki tarafın işveren sıfatını (niteliğini) taşıması aranır. Diğer bir ifadeyle kamu işvereni de alt işveren gibi o işyerinde işçi çalıştırmalıdır. Ancak öğretilerde bir görüşe göre, kamu işverenlerinin asıl işveren sıfatını edinmeleri için mutlaka işçi çalıştırmaları zorunlu görülmemelidir. Bu görüşe göre, “kamuda sadece işçi çalıştırılmadığı, önemli sayıda (memur, sözleşmeli personel gibi) işçi sıfatı bulunmayan kimseler de çalıştırılmaktadır. Bu nedenle sırf kendisine bağlı işçi çalıştırmıyor diye kamudan iş alan

⁴³ **SÜZEK**, s.142; Asıl işi tümüyle bir başkasına veya bölümler halinde ayrı ayrı kişilere veren ve kendisi sadece yardımcı işlerde işçi çalıştıran kimse, asıl işveren olarak nitelendirilemez (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.5); Ayrıca bkz., **KESER** Hakan, 4857 Sy. İş Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir 2003, s.175 vd.

⁴⁴ **ÇELİK**, “Uygulama Sorunları”, s.165; **SÜZEK**, s.142; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.167; **NARMANLIOĞLU**, s.114; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.363; **CANBOLAT**, s.20; **SÜMER**, Uygulamalar, s.20; **ALPAGUT**, “Alt İşveren”, s.16-17; **UŞAN**, s.81 vd.; Yarg.HGK., 24.5.1995, E.1995/9-273, K.1995/548, Tekstil İşveren, Eylül 1996, s.3; Yarg.21.HD., 14.5.2003, E. 2003/4721, K.2003/4643, Çimento İşveren, Eylül 2003, s.33-34.

müteahhidin işçilerini kamu kuruluşunu nasıl işveren niteliğiyle birlikte sorumluluğundan dışlamak doğru değildir. Kaldı ki, 5510 sayılı SSGSSK.12/1'de sosyal güvenlik bakımından işveren tanımlanırken işçi (md.4/1-a) veya işçilik dışı bir sıfatla (md.4/1-c) gerçekleşen sigortalı çalıştırması gereğinden söz edilmiştir. Şimdi memur vs. gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşu 5510 sayılı Kanun bakımından işveren ve varsa şartları sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılırken (SSGSSK.12/son), iş hukuku açısından asıl işveren niteliğinden yoksun olacağını söylemek isabetli görülememektedir⁴⁵.

Yasal düzenlemeler (ve İş K.md.3/son uyarınca çıkarılan Alt İşverenlik Yönetmeliği) karşısında bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira; alt işveren ilişkisinin düzenlendiği, İş Kanunu, 4.maddedeki istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (İş K.md.1/2). Bu açıdan başka mevzuat hükümlerine tabi olarak çalışanları bu kapsamda değerlendirilmesi yanlış olur. Kamu işverenleri hakkında istisnai bir hüküm düzenlenmiş olsaydı, bu yaklaşım yerinde kabul edilebilirdi. Kaldı ki, SSGSSK. bu görüşü destekler nitelikte olduğu da söylenemez. Çünkü, Kanun tüm çalışanları; hukuki statülerini muhafaza ettikleri halde, sosyal güvenlik politikası nedeniyle tek çatı altında toplamaktadır. O nedenle sadece memur ve bunun gibi işçilik dışı bir nitelikte personel çalıştıran bir kamu kuruluşunun 5510 sayılı Kanun bakımından işveren ve şartları varsa sosyal güvenlik hukuku bakımından asıl işveren sayılması (SSGSSK.12/son), iş hukuku bakımından da asıl işveren niteliğinde kabulünü gerektirmediği görüşüdeyiz.

Asıl işverenle alt işveren arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesi, taşıma sözleşmesi veya işletme kirası gibi alt işverenin belirli bir işin yapılmasını üstlendiği sözleşmelerle düzenlenir. Yoksa, belirli işlerde çalıştırılmak üzere işçi teminine yönelik bir sözleşme, asıl işveren alt işveren ilişkisine esas teşkil etmez⁴⁶.

⁴⁵ AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.5-6.

⁴⁶ Yarg.9.HD., 18.12.2006, E.2006/32431, K.2006/33405, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14), s.255-257;Yarg.9.HD. 26.06.2006, E.2006/15117,

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için, alt işveren işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerekir. O işyeri aynı zamanda alt işverenin işyeridir. İşyerinde çalıştırılacak işçi sayısı önemli değildir. Örneğin hasta kabul otomasyonu için kurulan bilgisayar programının işleyişini takip için, alt işveren, bir işçisini supervisor olarak hastanede istihdam edebilir. Uygulamada kamu ihaleleri yapılırken teknik şartnamelerde, alınan bilgisayar programı ile birlikte bu programın takibi için ayrıca bir işçinin de istihdamı istenir. Sadece bilgisayar programı yapan bir yazılım şirketinin sırf bu iş için teknik bir eleman bulup hastanede istihdam etmesi işçi temini olarak değerlendirilebilir mi? Kanımızca yazılım programı sadece bir operatör tarafından işletilebilecek basitlikte olsa dahi, işin; daha sonra çıkabilecek, fakat derhal giderilmesi gereken arızalar nedeniyle işletmede aksaklıklara yol açabileceği için, teknik takibi gerekir. Sağlık kuruluşunun teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bu işi, alt işverene vermesi Kanuna uygundur. Alt işveren isterse yanında hiç çalışmamış birisini piyasadan temin ederek, isterse herhangi bir işçisini sadece bu işte istihdam etmek durumundadır. Aksi halde, işçi çalıştırmadığından alt işveren sıfatına sahip olduğu ve taraflar arasındaki ilişkinin asıl işveren - alt işveren ilişkisi olduğu söylenemez.

İş Kanunu'nun 2. maddesine yapılan ek düzenlemede “yüklenici (müteahhit)” kavramına yer verilmiştir⁴⁷. Aslında yüklenicinin kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Yüklenici, bu hizmeti kendi işyerinden de sağlayabilir. İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin

K.2006/18653, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479;Yarg.9.HD. 05.06.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.30-31; **SÜZEK**, s.159; **GÜZEL**, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.40-41; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.17.

⁴⁷ Bir görüşe göre, Asıl işveren alt işveren ilişkisinde genellikle istisna (eser) sözleşmesi ile kurulur. İş üstlenen taraf yasal olarak müteahhit, taşeron ve alt işveren tabir edilirken uygulamada sözleşme taraflarının kullandıkları “yüklenici” kelimesinin kullanılması uygun görülmez (**EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24 dn.11).

ihalesine teklif veren müteahhit (tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidi), alt yüklenicilere (taşeronlara) yaptırmayı düşündükleri işleri belirterek, tüm işi kendi işçileriyle yapmak yerine Kamu İhale Kanunu ve Teknik Şartnamelere uygun olarak işin bir bölümünü bir başka müteahhite verebilmektedir⁴⁸. Bu ise, konumuz dışındadır. Eğer yüklenici ihale alınan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklara ait işyerlerinde işçi çalıştırıyor ve İş K.md.2/6'da öngörülen unsurlar mevcut ise, kamu işvereni ile alt işveren ilişkisinin varlığından söz edilir⁴⁹.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisini meydana getiren sözleşmeler genellikle belirli süreli yapılır. Bu ilişki geçici veya sürekli olabilir⁵⁰. Taraflar, sözleşmeye, sözleşmenin yenilenmesi ve/veya sona ermesine ilişkin özel hükümler koyabilirler.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, kurulan asıl işveren - alt işveren ilişkisinde, kamu (asıl) işvereni, müteahhit (alt işveren) işçi alacaklarından dolayı hem İş K.md.2/6, hem de İş K.md.36 hükümlerine göre sorumludur. Eğer ihale makamı sıfatıyla, anahtar teslimi iş yaptıran bir kamu işvereni söz konusu ise, o işte işçi çalıştırmadığı için, sadece İş K.md.36 hükümlerine göre sorumlu olur.

2) Kamu Kurum ve Kuruluşları İle Bunların Sahip Oldukları Ortaklıklardaki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

Kamu işverenlerinin kalite, verimlilik ve rekabet gücü elde etmek için mal ve hizmet üretim sürecinde asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işleri bir alt işverene bırakması çalışma ekonomisi bakımından yadrganacak bir durum değildir. Elbette kamu işletmesinin asıl amacı

⁴⁸ Alman hukukunda buna “tali müteşebbis ilişkisi” (subunternehmerverhaeltnis) denilmektedir (AKYİĞİT, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.2-3).

⁴⁹ Bu halde, İş K.md.2/7 ve 8. fıkralarındaki alt işveren işçileri için getirilen sınırlamalar uygulama alanı bulabilir (EKMEKÇİ Ömer, “Kamu İşvereni'nin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa'nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar”, Legal İSGHD, S.12, 2006, s.1179-1180).

⁵⁰ ÇELİK, s.48; EKONOMİ, “Alt İşveren İlişkisi”, s.31-33; CANBOLAT, s.11.

mal ve hizmet üretimini kamu menfaatine daha iyi sunabilmektir. Fakat; bu amaç dışında, yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin işçi maliyetlerini düşürmek amacıyla yapılan muvazaalı işlemleri Kanun korumaz⁵¹.

Kamu işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin çalıştıkları işyerinin asıl işçileri oldukları iddiaları karşısında, bu durumun önüne geçmek amacıyla⁵², 5538 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine kamu kuruluşları lehine ayrıcalık tanıyan iki fıkra hükmü eklenmiştir⁵³. Bu düzenleme ile kamu işverenleri asıl işin bir bölümünü herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verme imkânı tanınmıştır.

Yapılan düzenlemeye göre, Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun

⁵¹ Uygulamada sendikal örgütlenmenin ve faaliyetinin engellenmesi amacıyla asıl iş bölünerek alt işverene verildiği haller de söz konusudur (Yarg.9.HD. 10.04.2008, E.2008/12851, K.2008/8003, Çalışma ve Toplum, 2009/3 (22), s.212-214). Fakat bu, çalışma konumuzun dışında kalan, ayrı bir konudur.

⁵² Yargıtay, bir kararında, çoğunluğu kendi kadrosunda çalışmasına rağmen, alt işverenin birkaç işçisini işe alarak çalıştıran asıl işverenin bu tutumunu muvazaalı bir asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı olarak nitelendirilmesi için yeterli görmemiştir (Yarg.9.HD. 15.5.2006, E.2006/11741, K.2006/14066, <http://www.kazanci.com.tr>; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.31-32)

⁵³ Yapılan düzenleme ile ilgili eleştiriler için bkz. **SÜZEK**, s.164-165; **ÇELİK**, s.45-46; **EKMEKÇİ**, s.1176 vd.; **TARCAN** Nurseli, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, **SİCİL İSGHD.**, Eylül 2006, s.86-91; **AKYİĞİT**, “Kamu İşyerlerinde Muvazaa”, s.138vd.; **AYKAÇ**, s.458 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184-185; **ÇANKAYA** Osman Güven/**ÇİL** Şahin, “4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi” (Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi), **SİCİL İSGHD.**, Eylül 2006/3, s.69 vd.; Yarg.9.HD. 19.02.2009, E.2007/33290, K.2009/2942, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.431-434; **GEREK** Nüvit, “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15), s.86.

hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı amacıyla sözleşme yapılabilmektedir (İş K.md.2/8). Öğretideki çoğunluk görüşüne göre, anılan kamu kurum ve kuruluşları ile ortaklıklarında alt işveren uygulaması muvazaalı olsa da, muvazaalı ilişki içinde çalıştırılan işçilerin muvazaayı ileri sürmesi engellenmekte ve muvazaalı işlemin taraflarına haklı ve fakat mantıklı olmayan bir dayanak sağlanmaktadır. Özel - kamu kesimi arasında haksız bir ayırım yapılmakta ve kanun önünde eşitlik ilkesi çiğnenmektedir⁵⁴.

Hatta bir görüşe göre, kamu işverenleri ile özel sektör işverenleri arasında anayasal eşitlik bakımından ayrımcılık oluşturan bu hükümler, kamuda alt işveren uygulamasındaki muvazaa kriterlerini ortadan kaldırmıştır. Çünkü, alt işveren işçileri, İş K.md.2/8'e göre, anılan kamu kuruluşlarına ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü mali haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya hak kazanamazlar. Bu durumda, İş Kanununa aykırı ve/veya muvazaalı olarak işleme dayanarak kurulan alt işveren ilişkileri söz konusu olsa da, İş K.md.2/7 hükmünün uygulanması mümkün görülmemektedir. İşçi, kamu işverenin asıl işçisi sayılarak işlem görmesi mümkün olmayacaktır⁵⁵.

Yalnız belirtmek gerekir ki, bu fıkra hükmünü tek başına değil 2. madde kapsamında değerlendirmek gerekir. Şu halde, asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığına ilişkin yasal karine, kamu işyerlerindeki alt işveren uygulaması bakımından da geçerlidir. O nedenle, ihale yoluyla da olsa, kamu işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz ve daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde, yapılan işlem muvazaalı kabul edilerek alt

⁵⁴ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24-25; **SÜZEK**, s.164; **ÇELİK**, s.45-46; **GEREK**, s.84-85; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.184-185; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.296-297; **EKMEKÇİ**, s.1173-1180; **TARCAN**, s.86-91.

⁵⁵ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.25; **AYDINLI**, s.297; **EKMEKÇİ**, s.1176-1177.

işverenin işçisi başlangıçtan itibaren kamu işverenin işçisi sayılarak işlem görür⁵⁶. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁵⁷.

Teorik tartışmalar bir yana, uygulamada kamu işverenleri kendi işyerlerindeki asıl işin bir bölümünde veya yardımcı işlerde istihdam etmek istedikleri işçileri, kendilerinin de ortaklığı bulunan işletmeler vasıtasıyla temin edebilmektedirler. Belediyeler buna en güzel örnektir. Hizmet alımı ihalesi yoluyla genellikle yemek, temizlik ve güvenlik görevlisi olarak yardımcı işlerde ve büro hizmetleri, hasta bakıcılığı, teknik servis elemanı olarak asıl işin bir bölümünde işçi çalıştırabilmektedirler. Yardımcı işlerde çalıştırılmak üzere alınan örneğin bir temizlik işçisinin resmi olarak alt işveren işçisi olarak gösterilip, hizmet içi eğitim verilerek veya asıl iş için aranan nitelikte olduğu için başta yardımcı işlerde ve sonra da asıl işte istihdam edildiği hallerle karşılaşmamak mümkün değildir. Hatta hiçbir teknik bilgisi ve alt yapısı bulunmadığı halde şirket kurarak, kamu ihalelerine katılıp iş alanların, yaptığı işin sadece işçi temininden öteye geçmediğini söylemek de yanlış olmaz. Bu tip uygulamalar karşısında Yargıtay, “bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren - alt işveren ilişkisinden çok olayda, asıl işverene işçi temini söz konusu olacağını

⁵⁶ **GÖKTAŞ** Seracettin “Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları” SİCİL İSGHD., Aralık 2008 S.12 Y.3 s.104, **ÇANKAYA** Osman Güven/**ÇİL** Şahin, İş Hukukunda Üçlü İlişkileri, Ankara 2009, s.48-51; **aynı yazarlar**, “Asıl işveren Alt işveren ilişkisi”, s.69 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.185; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.4, 17; **AYKAÇ**, s.462-467.

⁵⁷ Yarg.9.HD. 12.7.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 19.02.2009, E.2007/33290, K.2009/2942, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.431-434; Yarg.9.HD. 1.3.2010, E.2009/48077, K.2010/5206, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E.2009/50102, K.2010/6641, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.196-200; Yarg.9.HD. 15.3.2010, E.2009/50104, K.2010/6643, www.kazanci.com.tr.

belirtmektedir⁵⁸. Bu tür alt işveren ilişkilerinin Kanuna aykırı ve aynı zamanda muvazaalı olarak değerlendirilmesi sonucu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak kabul edileceği şüphesizdir.

Birçok yargı kararına konu olduğu üzere⁵⁹, alt işverenler değiştiği halde, kamu işyerinde çalışan işçinin alt işveren işçisi olarak çalışmasını sürdürdüğü görülmektedir. Öyle ki, bazen çoğu işçi, hangi alt işveren işçisi olduğunu dahi bilmemektedir. Ancak yine de bu durum, taraflar arasındaki ilişkinin kesin olarak muvazaalı olduğunu göstermez. Böyle bir uygulama gerçekten muvazaalı olabilir. Buna karşın, ihaleyi alan alt işverenin o işyerindeki düzeni bozmadan daha önce aynı işyerinde çalışan işi bilen işçilerden yararlanmak da isteyebilir veya gerçek anlamda (muvazaalı olmayan) işyerinin (bir bölümünün) devri veyahut iş

⁵⁸ “ ... Dosya içeriğine göre davalı şirketin Belediye Başkanlığı 'nm asıl işlerinden olan ve 5393 sayılı yasa uyarınca verilebilen temizlik işini ihale ile aldığı, bu şekilde asıl alt işveren ilişkisinin kurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak temizlik işini alan şirket dava dışı Trabzon Belediye Başkanlığı tarafından kurulmuştur. En büyük hissedarı belediye olup, şirket yönetiminde belediye çalışanları bulunmaktadır. Davacı ise üstlenilen temizlik işi dışında çalıştırılmıştır. Temizlik işi dışında belediyenin diğer işlerinde çalıştırılan davacı işçi, temizlik işinin ihale edileceği ve davalı şirketin üstlendiği işin bitimine 2 gün kala temizlik işinde görevlendirilmiş, temizlik hizmeti ihalesini başka bir taşeronun alması üzerine de, yeni taşeronda çalışmayı kabul etmeyen davacı işçinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Davacı işçi üstlenilen hizmet dışında asıl veya yardımcı başka işte çalıştırıldığı gibi davalı şirketin diğer Belediye tarafından yönetilmesi nedeni ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, Belediye Başkanlığı için hizmet yerine işçi teminine aracılık ettiği, bu anlamda davalı ile dava dışı Belediye başkanlığı arasında asıl alt işveren ilişkisinin unsurlarının bulunmadığı sabittir” (Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.467-471); Ayrıca bkz. Yarg.9.HD. 22.12.2008, E.2008/41361, K.2008/34689, Çalışma ve Toplum, 2009/22, s.413-416; Yarg. 9. HD., 26.06.2006, E.2006/15117, K.2006/18653, Legal-İSGHD, 2006, S.12, s.1477-1479.

⁵⁹ Bkz. Yarg.9.HD., 5.6.2006, E.2006/9825, K.2006/16147, Legal İSGHD, 2006, S.12, s.1520-1522; Yarg.9.HD. 03.07.2006, E.2006/15573, K.2006/19347, Legal İSGHD, 2007, S.13, s.352-353.

sözleşmesinin devri de söz konusu olabilir⁶⁰. O nedenle her somut olayı kendi şartları içinde değerlendirmek gerekir.

Yargıtay, son yıllarda daha çok kamu işverenleri lehine görüş bildirmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme verdiği bazı kararlarında şunu ifade etmektedir "... davalı Bakanlığın yardımcı işlerini alt işverene vermesi 4857 sayılı İş Kanununun 2. Maddesinin 6. ve 7. fıkraları uyarınca mümkündür, idari ve teknik şartnamelerde yüklenicinin eleman seçiminde ve değişikliğinde idarenin uygun görüşünü alacağı, görev yerlerinin yüklenicinin bilgisi olmadan değiştirilmemesi, yıllık izin kullanma sürelerinin belirlenmesi konusunda idarenin bilgisi ve isteği doğrultusunda hareket edilmesi gibi düzenlemeler yer almakta ise de, asıl işverenin; denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu nedeniyle, bu tür düzenlemelere yer vermesi olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez. Keza, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olması da, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunu kabule yeterli değildir"⁶¹.

Uygulamada dikkat çeken bir başka husus; bazen alt işveren ticaret ünvanını değiştirerek, başka bir ticaret ünvanı altında ihaleye katılmakta ve ihaleyi aldıktan sonra da yeni alt işveren olduğunu gerekçe gösterip, mevcut işçi alacaklarını ödemekten kaçınmaktadır. Alt işveren ilişkisinin kötüye kullanılması söz konusu olduğu bu gibi hallerde, hâkim böyle bir durumu öngörerek, re'sen dikkate alması ve Ticaret Sicilinden ünvan değişikliğinin olup olmadığını sorması gerekir. Böyle bir değişikliği gerektirecek esaslı bir faaliyet yapılmıyor veya buna teşebbüs edilmemiş ise, şirket adının değiştirilmesinin muvazaalı işlem yapıldığına karine oluşturacağını belirtmek isteriz.

⁶⁰ **ŞAHLANAN**, "Yardımcı İşte Muvazaa İddiası", s.4; **SÜZEK**, s.190; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.29.

⁶¹ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/42282, K.2010/6655, <http://www.kazanci.com.tr>; Yarg.9.HD.01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD.01.11.2010, E.2010/36161, K.2010/31045, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.337-341.

Alt işveren uygulamasında tüzelkişiliğin perdelenmesi de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁶². Gerçek ve/veya tüzelkişinin aynı anda birden fazla ortaklık nezdinde aynı işçileri çalıştırması uygulamada sıkça rastlanmaktadır. İşçi kayıtları; ekonomik durumu diğerlerine göre daha kötü olan işveren tarafından, kâğıt üzerinde tutularak, işçi alacak haklarından yoksun bırakılabilmektedir. Oysa ki, işçinin salt işyeri belgeleri ve sigorta kayıtları asıl işverenin kim olduğunu göstermeye yetmemektedir. O nedenle, mutlaka tüzelkişilik perdesinin aralanması (kaldırılması) gerekir. Tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanıldığı hallerde perdenin kaldırılarak farklı kişiliklerin gerisinde yatan gerçek kişilerin birlikte sorumluluğuna gidilerek işçinin mağduriyetine çözüm bulmak yerinde olacaktır⁶³.

3) Özellikle Belediyelerdeki Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu

Kamu kurum ve kuruluşları içerisinde birçok alanda kamu hizmeti sunan kurum şüphesiz belediyelerdir. 5393 sayılı Belediye Kanununun 14. maddesinde görev alanları açıkça belirtilen belediyeler, "imar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar".

Birçok değişik sosyal alanlarda kamu hizmeti sunan belediyeler, uygulamada bu hizmetlerin birçoğunu ihale yoluyla alt işverenlere vermektedir. Hatta temizlik, çöp toplama ve nakil işlerini dahi alt işverene verdiği görülmektedir⁶⁴. Yargıtay, geçmiş yıllarda temizlik, çöp toplama ve nakil işlerinin belediyenin asıl işi olduğuna, işletmenin ve işin

⁶² Bkz., MOLLAMAHMUTOĞLU, s.158-160.

⁶³ YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.38.

⁶⁴ Bkz. GEREK/ORAL, s.29-35.

gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemeyeceğine hükmetmiştir⁶⁵.

19.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile Belediyelerin asıl işlerini de İş K.md.2/6'daki sınırlamalar olmaksızın alt işverenlere verebilme imkânı doğmuştur. Bu düzenleme ile artık, temizlik işleri, park ve bahçe işleri, bakım ve onarım, toplu taşıma işleri; belediyenin asli işlerinden olmasına rağmen, işletmenin veya işin gereği teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olup olmadığına bakılmaksızın üçüncü kişilere gördürülmesi mümkündür⁶⁶. Kamu işverenlerine alt işveren ilişkilerinde böyle bir imkân tanınmak suretiyle İş Kanunu'nun 2. maddesine istisna getirilmiş olduğu anlaşılmaktadır⁶⁷. Ancak, bu hüküm belediye ihalelerinde muvazaa iddialarının araştırılmasına da engel değildir⁶⁸. Alt işveren

⁶⁵ Yarg.9.HD. 30.05.2005, E.2005/14383, K.2005/19766, Legal İSGHD, 2005, S.8, s.1714-1715; Yarg.9.HD. 11.07.2005, E.2005/18822, K.2005/24469, Legal İSGHD, 2006, S.9, s.273-274;bkz., **GEREK/ORAL**, s.32 vd.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.26; **CANBOLAT** Talat, “Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından), Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Arayışları (Seminer Çalıştay) Kamu-İş, Antalya-Belek 29 Nisan- 02 Mayıs 2010, s.8; **ŞEN**, s.85.

⁶⁶ Yarg.9.HD. 21.01.2010, E.2009/41520, K.2010/669, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.440-444; Yarg.9.HD.23.01.2007, E.2006/28847, K.2007/440, Tekstil İşveren, S.335, Ocak 2008, s.5-6.

⁶⁷ Öğretide bir görüşe göre, 5393 s.K.md.67'de sadece, “belediyeler anılan hizmetleri isterlerse bizzat kendi elemanlarıyla kendileri sunabilir ve isterlerse de başkalarına (alt işverenlere) vererek onlar tarafından sağlanması yoluna gidebilirler” anlamında bir düzenleme getirmiştir. Buna amacını aşan bir anlam vermek, isabetli değildir” (**AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.12-13).

⁶⁸ Yarg.9.HD. 12.7.2010, E.2010/24882, K.2010/22740, www.kazanci.com.tr. “...Keza, Belediyeler Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca bir işin belediye tarafından alt işverene verilmesi, muvazaa iddialarının araştırılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesine dayanılarak iş sözleşmesinin feshi, muvazaa iddiasının ispatı hâlinde geçersiz olacaktır (Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.470).

uygulanmasında muvazaalı işlem yapıldığının ispatı halinde, söz konusu hükümde sayılan işlerin alt işverene verilmesi nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine karar verilecektir.

Nitekim Yargıtay, Belediyeler Kanunu'ndaki değişiklik öncesinde verdiği bir kararında, belediye işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanması halinde, İş K.md.2/7 hükmü gereğince alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğuna hükmetmiştir⁶⁹. Başka bir kararında ise, işçi Belediye işyerinde çalışırken asli işi olan temizlik işinin alt işverene devredilmesi üzerine iş sözleşmesinin feshedilip, ertesi gün alt işveren tarafından düşük ücretle çalıştırılmaya başlandığı tespiti üzere, İş

⁶⁹ “... ihale ile alt işverenlere verilen temizlik ve çöp toplama işinin davalı Belediyenin asıl işlerinden olduğu ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6-7 maddeleri uyarınca bölünerek alt işverenlere verilemeyeceği sabittir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, 5393 sayılı yasa, davalı Belediye'ye asıl işi olan temizlik ve çöp toplama hizmetini, alt işverene verme olanağı tanımıştır. ... Ne var ki, davacı ve diğer işçilerin Belediye Yasasından önce davalı Belediye'nin asıl işinde çalışması ve ayrıca yasa çıktıktan sonra davalı ile dava dışı alt taşeron arasındaki temizlik işi ihalesinin uzatılmış hali ile 28.02.2006 tarihine sona ermesi ve davacının bu tarihten sonra yeni ihalenin yapıldığı 01.05.2006 tarihine kadar ihale yapılmadan davalı Belediye işyerinde çalıştırılması ve bu süre zarfında davalı Belediye Başkanlığı işçisi alması karşısında, asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi nedeni ile davacının Belediye Başkanlığı işçisi olarak çalıştığı kabulü gerekir. ... Burada dikkat edilmesi gereken nokta, asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan Belediye tarafından araç temini sağlanır, asıl işte alt taşeron işçileri ile Belediye işçileri birlikte çalışıyorlar, yönetim hakkı Belediye de, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, Belediye ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren-asıl işveren ilişkisinden söz edilemeyecektir. Somut uyuşmazlıkta, alt işveren işçilerinin devam cetveli ve devamsızlıklarının davalı Belediye Başkanlığı tarafından tutulduğu, asıl işverenin talimatı ile işçilerin iş sözleşmelerinin feshedildiği, alt işveren işçilerinin kullandığı araçların Belediye Başkanlığı tarafından temin edildiği anlaşılmaktadır. Bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı başlangıçtan itibaren Belediye Başkanlığı işçisidir. Muvazaa olgusunun bu gerekçe ile kabul edilmesi gerekirdi” (Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2007/6094, K.2007/10224, Çalışma ve Toplum, 15, 2007/4, s.284-288).

K.md.2/7 hükmü uyarınca Belediye (asıl işveren) işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmeleri suretiyle haklarının kısıtlanamayacağı gerekçesiyle, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığını kabul ederek, alt işveren işçilerinin başlangıçtan itibaren Belediyenin işçisi sayılacağına hükmetmiştir⁷⁰.

Yargıtay'ın bir belediye başkanlığının taraf olduğu başka bir davada dikkat çektiği önemli bir hususa değinmekte yarar vardır. Şöyle ki, dava konusu olay asıl işin hizmet alımı yolu ile ihale edilmesidir. Yapılan ihalede, ihale yapan kurum veya kuruma ait bağlı kuruluş tarafından araç temini sağlanmakta, asıl işte alt işveren işçileri ile hizmeti alan işveren işçileri birlikte çalışmakta ve yönetim hakkı hizmeti alana ait ise, kısaca ihale işçi teminine yönelik ise, ihaleye veren ile ihaleyi alan kişi arasında alt işveren - asıl işveren ilişkisinden söz edilemez. Çünkü, hizmet alımı yapma ile bu hizmetin yürütülmesi için personel (işçi) temini farklı olgulardır. Hizmet alımı ve hizmetin yaptırılması ibarelerinin, iş mevzuatının yasakladığı ticari amaçlı işçi teminine imkân tanıdığı şeklinde yorumlanarak, sonuca ulaşılması hukuken mümkün değildir. Burada kamu yararı da olmadığı için bu yönde yapılan ihale sözleşmeleri geçersizdir. Diğer taraftan, bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse, kısaca üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse, asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok, olayda asıl işverene işçi temini söz konusu olur⁷¹.

C) Kamu İşyerlerinde İşçi - (Alt) İşveren İlişkisi

1) Genel Olarak

Kamu işyerlerinde iş alan alt işveren nezdinde çalışan işçiler, her ne kadar asıl işverene ait iş organizasyonu içinde bulunsalar da, iş

⁷⁰ Yarg.9.HD. 11.07.2005, E.2005/18822, K.2005/24469, Legal İSGHD, 2006, S.9, s.273-274; **GÜZEL**, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.16; ayrıca bkz., **SÜZEK**, s.156 dn.71'de gösterilen kaynaklar ve s.163.

⁷¹ Yarg.9.HD. 03.05.2010, E.2009/19368, K.2010/11949, Çalışma ve Toplum, 2011/1 (28), s.390-397.

sözleşmesiyle alt işverene bağlıdırlar ve onun emir ve talimatı altında çalışmaktadırlar. Taraflar arasındaki sözleşme koşulları, genelde alınan ihaleler göz önünde bulundurularak belirlenmektedir. İhale alınan işte, asıl işverenin (kamu işverenin) veya alt işverenin (işçinin gerçek işverenin) değişmesi doğal olarak sözleşme ilişkisini de etkilemektedir. İşyeri veya iş sözleşmesinin devri durumlarında, alt işveren işçisinin işyerindeki çalışmalarını sürdürüp sürdürmemesine bağlı olarak bir takım hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu değişiklikler alt işveren işçisinin özellikle iş güvencesi ve işçi alacakları bakımından büyük önem taşır. O nedenle, bu hususların üzerinde durmakta yarar görüyoruz.

2) Kamu İşyerinde İş Alan Alt İşveren İle İşçisi Arasındaki Sözleşme İlişkisi

Kamu ihalesini alan alt işverenler (yükleniciler); uygulamada sıkça görüldüğü üzere, bu işte çalıştıracağı işçilerle genellikle belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadırlar. İş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olması, bu sözleşmelere bağlanan hukuki sonuçları bakımından önemlidir. Kamuda ihale süreleri, görülecek işin belirli süreli olması veya belli bir işin tamamlanmasına göre uzun veya kısa süreli olabilmektedir. Uygulamada en çok yapılan ihaleler, hizmet alım ihaleleridir ve bu ihaleler genelde bir yıl sürelidir. Bu nedenle ihaleyi alan alt işveren, ihale sonucunu (bitimini) gözeterek, çalıştırdığı işçilerle bir yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadır. Fakat bu uygulama daha sonra iş sözleşmesinin sona ermesi ile taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmaktadır.

Bilindiği üzere, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması halinde, sözleşmesi sona eren işçinin bir takım tazminat ve alacağını talep hakkı doğar. Ayrıca, işçinin iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmesi taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli olma koşuluna bağlıdır.

Kamu ihalesi alan alt işverenin işçileri ile yaptığı iş sözleşmelerinin belirli süreli olup olmadığının belirlenmesinde işverenin işi hangi tip sözleşmeyle aldığı değil, yapılan işin niteliği belirleyici olmalıdır. İhalenin ne zaman sona ereceğinin öngörülebilir olması, taraflar arasındaki sözleşmenin belirli süreli yapılması için yeterli değildir. Çünkü yasal olarak, belirli süreli iş sözleşmesi, ancak belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılabilir (İş

K.md.11). Ancak bazen Kamu İhale Kanunu gereği, bazen de işletmenin çalışma biçiminden kaynaklanan nedenlerden dolayı, güvenlik, temizlik ve yemek hizmeti alım ihalelerinin (sözleşmelerinin) hemen hemen tümü, belirli süreli yapılır. Fakat, sırf işin ihale ile alınması, o işte çalıştırılan işçilerle yapılacak sözleşmelerin belirli süreli olmasını gerektirmez⁷².

Yargıtay uygulamasına bakıldığında, Yüksek Mahkeme, iş ilişkisi, işin niteliği ve amacını dikkate alındığında; örneğin, su sayacı okuma işinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif bir nedenin bulunmadığına karar vermiştir⁷³. Gerçekten, işyerinde sürekli bir biçimde yürütülen faaliyetlerde çalışan işçinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılabilmesi için objektif bir nedenin bulunması gereklidir. Aksi takdirde, sözleşme belirsiz süreli kabul edilir⁷⁴.

Bir başka kararında Yargıtay, bir hastaneden ihale ile iş alan alt işverenin bu iş kapsamında bir güvenlik görevlisi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmasında, davacı işçinin konumunu ve ifa edilen işin niteliğini dikkate alarak, taraflar arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren objektif neden bulunmadığına hükmetmiş, fakat ihale yoluyla iş alan davalı alt işverenin davacı işçi ile bu ihale süresince sözleşme yapıp yapmadığının belirlenmesi, buna göre belirli süreli sözleşme olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁵.

⁷² **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.44.

⁷³ Yarg.9.HD. 16.10.2006, E.2006/5882, K.2006/27048, Legal-İSGHD, 2007, S.13, s.307-308; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.42.

⁷⁴ **EKONOMİ** Münir, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), - Kavram, Süre ve Yenileme-”, Legal İSGHD, S.9, 2006, s.28-29; **ÇELİK**, s.87; **SÜZEK**, s.222-224; **GÜZEL**, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.20-21; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.42; karşı görüşte, **TAŞKENT** Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılabilmesi”, Legal İSGHD, S.9, 2006, s.37-38. Yazara göre, yasanın “yapılamaz” dediği, belirli süreli iş sözleşmesinin esaslı neden olmaksızın birden fazla yapılması ve üst üste yapılmasıdır. Yoksa, esaslı bir neden olmadan bir kez yapılabileceği gibi, sözgelimi her yıl belli dönemlerde olmak üzere aralıklı da yapılabilir.

⁷⁵ Yarg.9.HD. 20.11.2006, E.2006/22123, K.2006/30722, Çalışma ve Toplum, 2007/2 (13), s.279-280; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.43.

Bu son karar, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁷⁶. Çünkü, “bir iş ilişkisinin belirli süreli kurulmasını haklı kılan objektif sebep, işverenin ihale ile aldığı işin süresinden ziyade işverenin kendi faaliyeti bakımından iş gücü ihtiyacının geçici veya sürekli olmasıdır. Eğer işverenin faaliyet konusu sürekli olarak bu şekilde ihale ile iş alıp yapmak ise ve bu işlerde bir güvenlik görevlisine sürekli olarak ihtiyaç olacaksa veya süre sonunda işveren tekrar ihaleye girip aynı işi sürdüreceksen, belirli süreli iş sözleşmesi yapmayı haklı kılan objektif bir sebebin bulunduğu söylenemez. Aksi takdirde, uygulamada ihale ile iş alan alt işverenlerin işçileri ile yapılan sözleşmelerin çoğu belirli süreli hale gelecektir. Oysa, bir işverenin aldığı ihale süresi ile sınırlı olarak işçiyi çalıştırmak, yeni bir ihale alamazsa sözleşmeyi yenilememek şeklinde işletme riskini işçiye yüklemesi İş K.md.11 anlamında bir objektif sebep değildir”⁷⁷.

Bununla birlikte, İş Kanununun 11. maddesi uyarınca, belirli süreli iş sözleşmesi esaslı bir neden bulunmadıkça birden fazla üst üste yapılamaz. Kanunun objektif neden şartı sadece sözleşmenin kurulması aşamasında değil, yenilenmesinde de aranır⁷⁸. Uygulamada ihale alınan işte çalışan alt işveren işçilerinin önce altı aylık, sonra bir yıllık olmak üzere üst üste belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırıldığı görülmektedir. Oysa, belirli süreli iş sözleşmesi, ancak esaslı bir neden bulunduğu

⁷⁶ **ALP** Mustafa, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.148; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.44-45. Yazara göre, ancak bu durum, ihale ile alınan işlerde hiçbir biçimde belirli süreli sözleşme yapılamayacağı biçiminde yorumlanmamalıdır. İşin teslim tarihine işin yetiştirilmesi veya alınan işin normal iş hacmini aşan istisnai niteliği gibi objektif nedenlerin bulunması halinde işçi ile işveren arasında belirli süreli sözleşme yapılması için gerekli objektif nedenlerin bulunduğu kabul edilebilir.

⁷⁷ **ALP**, s.148.

⁷⁸ Süreklilik arz eden bir işte çalışan işçi ile sözleşmenin belirli süreli yapılmasını gerektiren bir olgu varsa, bu işi yapan diğer işçinin hastalanıp rapor alması, ücretsiz izne çıkması gibi, işçi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.45.

takdirde, üst üste yenilenebilir. Aksi halde, sözleşme baştan itibaren belirsiz süreli kabul edilir⁷⁹.

Uygulamada ihale alan çoğu alt işveren işçisiyle bir yıl süreli belirli süreli iş sözleşmesi yapmaktadır. Aslında, işçinin gördüğü iş sürekli nitelikte bir iş olduğu için, iş sözleşmesinin belirli süreli olmasını gerektiren objektif esaslı bir neden çoğu kez bulunmamaktadır. Hatta açılan bazı davalarda, davalı işveren tarafından davacıya kıdem tazminatı ile ihbar tazminatı ödenmiş veya ödendiği iddiasına rastlamak da mümkündür. Zaten Yargıtay bu gibi çelişkili hallerde taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü yönünde karar vermektedir⁸⁰.

3) Kamu İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Meydana Gelen Değişikliklerin Alt İşveren İşçilerine Etkisi

a) Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sona Er(diril)mesi

aa) Genel Olarak

Asıl işveren – alt işveren ilişkisi için aranan kurucu unsurlardan birinin ortadan kalkması böyle bir ilişkinin hukuki niteliğinin kaybına ve doğal olarak ilişkinin sona ermesine yol açar⁸¹. Keza, ilişkide muvazaa söz konusu ise, Kanun gereği alt işveren işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilir.

Genel olarak asıl işveren – alt işveren ilişkisi taraf iradeleriyle veya sözleşme gereğince son bulur. Bazen kamu ihalesini alan alt işverenin (müteahhidin), ihale süresi içinde değişik nedenler ileri sürerek veya hiçbir neden beyan etmeksizin işi bırakması (kaçması)⁸², bazen de

⁷⁹ Yarg.9.HD. 03.04.2006, E.2006/4680, K.2006/8238, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s.192-194.

⁸⁰ Yarg.9.HD. 16.06.2005, E.2005/16581, K.2005/21564, Çalışma ve Toplum, 2005/4 (7), s.203-205; GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.24-25; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.24, 42-43.

⁸¹ **AYKAÇ**, s.361.

⁸² İhale alan alt işverenin ihale süresi içinde işi bırakması halinde işçilerin iş ilişkisi ve alacakları sorun oluşturur. Kamu ihale makamları işi bırakan veya kötü yöneten alt işverenlere bir daha iş verme konusunda temkinli olmalıdır. O nedenle bu hususta merkezi bir kayıt tutulması ve ihaleye

kamu işverenin, sözleşme koşullarına uyulmadığından dolayı, sözleşmeyi feshederek alt işvereni işten el çektirmesi, uygulamada karşılaşılan asıl işveren – alt işveren ilişkisini sona erme halleridir. Kamuda alt işveren sözleşmeleri (ihaleler) genellikle (bir yıl) süreli yapılırlar. İhale alınan işin tamamlanması veya sürenin bitimiyle taraflar arasındaki sözleşme de ve bunun sonucu alt işveren ilişkisi de sona ermiş olur⁸³.

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin son bulması halinde, alt işveren işçileri, İş K.m.d.2/6 uyarınca, işçi alacakları için her iki işverene başvurma hakkına sahiptir.

bb) Asıl İşverenin İşyerini Devretmesi

Kamu işyeri, asıl işveren tarafından hukuki bir işleme dayalı olarak devredildiği takdirde, İş K.m.d.6 hükümleri uygulanır⁸⁴. İhale (edilen iş veya süre) tamamlanmadan önce kamu işvereni, yapılan işin bedelini ve alt işverenin (müteahhidin) zarar ve giderlerini ödeyerek, o işyerindeki faaliyetine son vermek suretiyle sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin son bulması karşısında alt işveren ile işçileri arasındaki sözleşme ilişkisi de ister istemez etkilenir. Alt işveren, işçilerini başka bir işte çalıştırabilme imkânı bulamaz ise, bu durum işçiler ile olan sözleşmenin feshinde geçerli neden oluşturur⁸⁵.

Bununla birlikte, işyeri devredildiği halde alt işverenin o işyerinde faaliyetini sürdürme olasılığı da bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, işyerinin devri ile daha önceden kurulmuş olan alt işveren ilişkisi otomatikman devralana geçmez. İş K.m.d.6, işyeri veya işyerinin bir bölümü (ancak) hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devrinden bahsetmektedir. Öğretiye göre bu durumda külli halefiyet veya tarafların bunu açıkça kararlaştırmış olması gerekir⁸⁶.

katılanların iş bakımından kötü sabıkasının olup olmadığı sorgulanması isabetli olur.

⁸³ **EKONOMİ**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.51.

⁸⁴ **ÇANKAYA/ÇİL**, s.62-63.

⁸⁵ **AYKAÇ**, s.327.

⁸⁶ **ALPAGUT** Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyerinin Devri), İstanbul 2010, s.95; **AYKAÇ**, s.322.

Binaenaleyh, asıl işverenin değişmesi ile yeni bir alt işveren ilişkisinin kabulü o işyerinde çalışmakta olan alt işveren işçilerinin; kıdemin esas alındığı haklarında, önemli kayıplara yol açacaktır. İşyeri devrinde bu hususta yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şüphesiz, Kanundaki düzenleme boşluğu karşısında işçilerin mağdur edilmemeleri gerekir. Öğretide ifade edildiği üzere, bunun için İş K.md.2 ve md.6 hükümlerinin amacından hareketle; külli halefiyet veya tarafların bu konuda açık bir anlaşması olmasa da, alt işveren ilişkisinin işyerini devralan asıl işveren ile devam ettiği kabul edilmelidir⁸⁷.

b) Alt İşverenlik İlişkisinde Asıl İşverenin Değişmesi

aa) Asıl İşveren Değiştığı Halde İşçilerin Aynı Alt İşverene Bağlı Olarak Çalışmalarını Sürdürmeleri

Alt işveren, her alt işveren ilişkisi sonunda başka bir işverenden iş alabilir. Aynı alt işverene bağlı olarak, ard arda değişik asıl işverenlerden alınan işlerde çalışan işçiler açısından değerlendirildiğinde, asıl işverenlerin değişmesi, işyeri devri olarak değerlendirilemez. Çünkü her bir asıl işverenin işyeri birbirinden bağımsızdır. Bu durumda ayrı ayrı işverenlerle kurulmuş asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olup, işçi alt işveren nezdinde çalışmalarını aralıksız sürdürmektedir⁸⁸.

Şüphesiz, böyle bir uygulama, sorumluluğu üzerine almak istemeyen (asıl) işverenlerin alt işverenler vasıtasıyla, özellikle kıdemin esas alındığı işçi alacaklarından kurtulmasına imkân sağlamaktadır. Uzun yıllar alt işveren nezdinde belirli bir işverenin işyerinde çalıştırılan işçilerin iş sözleşmeleri sonlandırılmadan başka bir işverenden alınan işte kısa bir süre çalıştırdıktan sonra iş sözleşmelerinin feshedilmesi halinde, işçilerin önceki asıl işverenden feshe bağlı tazminatları ve izin ücretini talep etmesi mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere, kamu ihaleleri ile alt işverenlere (müteahhitlere) verilen işler, ya belirli bir süre (ki bu genelde bir yıl) veya belirli bir işin tamamlanması içindir. Bu nedenle ihale sonunda, eğer

⁸⁷ SÜZEK, s.191; Asıl işverenin işyerinin bir bölümünü devri hakkında bkz. AYKAÇ, s.323.

⁸⁸ ÇANKAYA/ÇİL, s.70.

⁸⁹ ÇANKAYA/ÇİL, s.27; AYKAÇ, s.328-329.

ihtiyaç varsa tekrar bir ihale açılır. Daha önce ihaleyi alan alt işveren sonraki ihaleyi kazanamaması durumunda, münhasıran o ihale için kurulmamış ise, işçileri ile olan sözleşme ilişkisi devam eder. Yapılan işin özelliğinden dolayı, alt işverenler yaptıkları sözleşmelerde işverenin değişik işyerinde çalışacağına ilişkin işçilerden baştan taahhüt almaktadır. Saklı tutma hakkı kötüye kullanılmadığı sürece işçi İş K.md.22'yi ileri süremez, işyeri değişikliğine uymak durumundadır⁹⁰. İhaleyi kaybeden alt işveren aynı çalışma koşullarını kendisine sağlandığı halde işçi bunu kabul etmez ise, alt işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.

bb) Alt İşveren İşçisinin Asıl İşverene Bağlı Olarak Çalışmaya Başlaması

İhale sonunda üstlendiği işi sona erdiği halde alt işveren işçileri o işyerinde aynı veya başka işlerde çalışmaya devam etmesi mümkündür. O işyerinde çalışan işçilerin asıl işverene geçmesi taraflarca açık veya örtülü bir şekilde kararlaştırılmış olsa bile bu işyeri (veya bölümünün) devri olarak nitelendirilemez⁹¹. Çünkü, ihale sonucunda alt işverenin o işyerindeki faaliyeti sona ermiştir. Bu durumda işçilerinin sözleşmeleri alt işveren tarafından feshedilmiş kabul edilir ve feshe bağlı haklardan alt işveren ve asıl işveren birlikte sorumlu olur. Alt işverenin böyle bir tasarrufu söz konusu değil iken, işçinin kendi isteğiyle ile o işyerinde asıl işverene bağlı olarak çalışmaya devam etmesi, alt işverenle olan sözleşmenin işçi tarafından feshedildiği anlamına gelir. Asıl işveren işçinin alt işveren nezdindeki çalışmalarından doğan haklardan dolayı müteselsilen sorumlu olmakla birlikte, kendisine bağlı olarak çalışmaya başladığı tarihten sonraki haklardan doğrudan kendisi sorumludur⁹².

c) Alt İşverenlik İlişkisinde Alt İşverenin Değişmesi

İhaleye özgü yapılmış belirli süreli iş sözleşmesi söz konusu değil ise, salt ihale alınan işin sona ermesi, alt işveren ile işçileri arasındaki sözleşme ilişkisini kendiliğinden sona erdirmez. İhale sonunda üstlendiği işi sona eren alt işveren, o işyerinde yeniden iş alamazsa bile, işçilerini

⁹⁰ AYKAÇ, s.331.

⁹¹ AYKAÇ, s.333.

⁹² AYKAÇ, s.334.

başka işyerlerinde aldığı işte çalıştırma imkanına sahiptir. Diğer bir ihtimalle, ihaleyi kaybeden alt işveren işçilerin sözleşmelerini feshedebilir. Bu durumda alt işveren işçileri feshe bağlı haklarını İş K.md.2/6 uyarınca alt işverenden ve onunla birlikte sorumlu olan asıl işverenden talep edebilecektir. Bununla birlikte, iş sözleşmesi sona eren alt işveren işçisinin aynı işyerinde yeni ihaleyi kazanan diğer alt işveren yanında işe başlaması da mümkündür.

Öte yandan, ihaleyi kaybeden alt işveren, işçisini başka yerde aldığı işe davet ettiği halde, işçi yeni ihaleyi alan alt işveren nezdinde çalışmayı tercih edebilir. Şu halde, işçi önceki alt işverenle olan sözleşmesini feshetmiş sayılır⁹³. Nitekim Yargıtay, alt işverenin ihaleyi kaybetmesi üzerine işçisini aynı ildeki başka bir yemekhanesinde çalışmaya davet ettiği halde, işçinin davete icabet etmemesini sözleşmenin işçi tarafından feshedilmiş olduğuna karar vermiştir⁹⁴.

Kamu işyerlerinde ihale sonrası alt işverenler değiştiği halde, o işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin çalışmaya devam etmesi sıkça karşılaşılan bir durumdur. Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin o işyerinde çalışmalarını sürdürmesi, alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığı konusunda karine oluşturur⁹⁵. Muvazaa söz konusu değil ise, işçilerin aralıksız olarak, değişen alt işverenler nezdinde çalıştırılması

⁹³ Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K. 2006/1667, kararın değerlendirilmesi için bkz., **ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle Asıl İşveren - Alt İşveren” - Karar İncelemesi (Asıl İşveren - Alt İşveren), *Tekstil İşveren*, Kasım 2007, S.333, s.2-4; Ayrıca bkz. **ALPAGUT**, *İşyerinin Devri*, s.108-109; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.18; **ÖZKARACA** Ercüment, *İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 2008, s.101-102; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.79-80; **AYKAÇ**, s.331-332.

⁹⁴ Yarg.9.HD. 2.5.2000, E.2000/2387, K. 2000/6493, TÜHİS, Kasım 2000-Şubat 2001, s.68-69.

⁹⁵ **SOYER** Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı Kararları), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010, s.48; **ÖZKARACA**, s.102; **AYKAÇ**, s.339.

hukuken mümkündür⁹⁶. Böyle bir durum alt işverenler arasında herhangi bir hukuki işlem olmaksızın gerçekleşebileceği gibi, bir hukuki işleme dayalı olarak da oluşabilir⁹⁷.

aa) Alt İşveren Değişikliğinin Hukuki Bir İşleme İle Gerçekleşmesi

Alt işveren aldığı işin tamamını veya bir bölümünü, asıl işverenin de rızasını alarak devredebilir. Böyle bir durumda alt işverenlik konumu da değişmiş olur⁹⁸. Alt işveren işyerini, asıl işverenle olan sözleşmesi devam ettiği sırada veya sözleşmenin sona ermesinden sonra, başka bir alt işverene devredebilir⁹⁹. Asıl işverenden aldığı işin tamamını bir başka alt işverene devretmesi İş K.md.6 göre, işyeri devri niteliğinde kabul edilmektedir¹⁰⁰. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir¹⁰¹.

Buna karşılık “asıl işin bir bölümünde iş alan alt işveren, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremez” (Alt İşv.Yönt.md.11/4). Asıl işin bir bölümünün devri için, devredilmek istenen işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması gerekir. Bu şartla, alt işveren üstlendiği işin bir bölümünü başka bir (alt) işverene verebilir. Keza, alınan iş yardımcı ise ve bölünebilir nitelikte ise; anılan şart aranmaksızın, yine asıl işverenin rızasıyla bir başka işverene devri mümkündür¹⁰². Alt işverenin asıl işverenden aldığı işin bir kısmını kanuna uygun bir şekilde başka bir işverene bırakması halinde, alt işveren ile iş verdiği işveren arasında yeni

⁹⁶ SÜZEK, s.190-191; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.29; SOYER, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.48; ÖZKARACA, s.102; AYKAÇ, s.339.

⁹⁷ AYKAÇ, s.339 vd.

⁹⁸ AYDINLI, Alt İşveren, s.161; AYKAÇ, s.339-340; ÇANKAYA/ÇİL, s.75; Ayrıca bkz., DEMİR Fevzi, “Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi, SİCİL İSGHD., Aralık 2009, S.16, s.85; GÖKTAŞ, s.100.

⁹⁹ ÖZKARACA, s.98, dn.340; ÇANKAYA/ÇİL, s.75; AYKAÇ, s.340, dn.564.

¹⁰⁰ ÇANKAYA/ÇİL, s.75.

¹⁰¹ Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr.

¹⁰² SÜZEK, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”,s.941; AYKAÇ, s.342.

bir alt işveren ilişkisi kurulmuş olur. Devreden alt işveren iş verdiği diğer işverenin işçilerine karşı asıl işveren sıfatıyla İş K.m.2/6 anlamında birlikte sorumlu olur¹⁰³. Yargıtay, aynı asıl işveren alt işveren ilişkisinde, birden fazla asıl işveren veya alt işverenin bulunmasını mümkün olamayacağı için, alınan işin bir bölümünün usulüne uygun olarak alt işveren tarafından başka bir işverene devri halinde, bu ilişki dışında kalan (ilk) asıl işverenin işçi alacaklarından dolayı sorumluluğunun bulunmadığı görüşündedir¹⁰⁴.

İş Kanununun 6. maddesi uyarınca, bir işyeri veya işyeri bölümü devri halinde devredilen işyeri veya işyeri bölümünde çalışan işçilerin iş sözleşmeleri kendiliğinden devralan işverenle devam eder. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz (İş K.md.6/5). İşyeri devri halinde işçinin yeni işveren yanında çalışmak istememesi iş sözleşmesinin bildirimli feshi olup, bu halde işçi kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmaz. Eğer devirden önce iş sözleşmesi feshedilmişse ve bu fesih geçerli bir nedene dayanıyorsa, devralan işverene geçen bir iş sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. Bu nedenle devirden önce gerçekleşen bir fesih işleminin geçersizliği ve işe iade talebiyle açılan bir davanın devreden işverene karşı açılması gerekir. Davanın devamı sırasında işçinin çalışabileceği bir işyerinin bulunmaması devreden işverenin taraf sıfatını etkilememelidir¹⁰⁵.

Öte yandan, alt işveren işçilerinin onayını da alarak iş sözleşmelerini başka bir işverene devredebilir¹⁰⁶. Bu ilişkide işçilerin iş

¹⁰³ **AYKAÇ**, s.344.

¹⁰⁴ Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁵ **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.38-39.

¹⁰⁶ İş sözleşmesinin devri yasayla düzenlenmemesine rağmen, öğreti ve yargı kararlarıyla benimsenmiştir. Bkz. **EKONOMİ** Münir/**EYRENCİ** Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001, s.1218-1220; Yarg.9.HD. 12.7.2006, E.2006/1892, K.2006/20661, karar değerlendirmesi için bkz. **ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları” - Karar Değerlendirmesi (İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri), Tekstil İşveren, S.324, Ocak 2007, s.2-4).Bu rızanın verilmemesi nedeniyle iş

sözleşmeleri feshedilmediği için feshe bağlı haklar işçi tarafından talep edilemez. Fakat işçinin önceki alt işverenin işyerinde geçirdiği süreler, ilerde ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İş sözleşmesinin devri Kanunda öngörülmemiştir. Bu durumda işyeri devrine ilişkin İş K.md.6/3 hükmü kıyasen uygulanmalıdır¹⁰⁷. Buna göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

bb) Hiçbir Hukuki İşlem Olmadan İşçilerin Yeni Alt İşverene Bağlı Olarak Çalışmalarını Sürdüremeleri

Alt işverenler değişmesine rağmen işçilerin o işyerinde çalışmalarını sürdürmesi, alt işveren ilişkisinde muvazaanın bulunduğu yönünde kuşku uyandırır. Ancak Yargıtay, alt işverenlerin değişmesine rağmen işçinin ara vermeden yine alt işverene bağlı olarak çalışmış olmasını, alt işverenlik uygulamasının muvazaalı olduğunun kabulü için yeterli görmemiştir¹⁰⁸. Hâkim bir hukuki işlemi geçersiz kılacak itiraz konusu her şeyi re'sen dikkate almak durumunda olduğu için, her somut olay bu kuşku ile değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay, alt işveren değişmesine rağmen işçilerin çalışmayı sürdürmeleri durumunda işyeri(nin bir bölümünün) devrine ilişkin kuralların (İş K.md.6) uygulanması gerektiğine hükmetmektedir¹⁰⁹.

sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi hukuken mümkün değildir (YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.36-37); Yarg.9.HD. 27.2.2006, E.2005/22422, K.2006/664, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10), s. 268-269.

¹⁰⁷ EKONOMİ, "Alt İşveren İlişkisi", s.94.

¹⁰⁸ Yarg.9.HD. 15.03.2010, E.2009/42282, K.2010/6655, <http://www.kazanci.com.tr>; Yarg.9.HD. 01.03.2010, E.2009/48087, K.2010/5216, Çalışma ve Toplum, 2010/4 (27), s.218-223; Yarg.9.HD. 01.11.2010, E.2010/36161, K.2010/31045, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.337-341.

¹⁰⁹ Dosya içeriğine göre, davalının ... Hastanesi işyerinde hizmet alım sözleşmesine göre işçilerini çalıştırdığı, söz konusu ihalenin 31.5.2006 tarihinde sona erdiği, davalının yeni ihaleyi alamadığı, hastane yönetimi ile

Yüksek Mahkemeye göre, alt işverenler arasında devre ilişkin bir hukuki işlemin bulunması gerekmektedir¹¹⁰.

bu kez ... San ve Tic Ltd Şti arasında sözleşme yapıldığı, SSK kayıtları ve tanık anlatımlarına göre de davacının 1.6.2006 tarihinden itibaren ihaleyi alan bu yeni firma nezdinde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır, işçi ihaleyi kazanan yeni şirketin işverenliğinde çalışmasını sürdürmektedir. Müteahhit değişikliği sadece işyeri devri niteliğindedir.., (Yarg.9.HD. 18.01.2010, E. 2008/14578, K. 2010/295, Çalışma ve Toplum, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.460-461; Ayrıca bkz. Yarg.9.HD. 07.07.2009, E. 2008/40398, K. 2009/19939, Çalışma ve Toplum, 2010/1 (24), s.320-323; Yarg.9.HD. 18.9.2008, E.2006/26306, K.2008/23980, Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20), s.269-273; Yarg.9.HD. 25.12.2008, E. 2007/33274, K.2008/35297, Çalışma ve Toplum, 2009/3 (22), s.372-375; Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K.2006/16607, Çalışma ve Toplum, 2006/4 (11), s.226-227. Konunun değerlendirilmesine ilişkin bilgi için bkz. **SÜZEK**, s.191; **ŞAHLANAN**, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.4-5; **SOYER**, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.46-49. **YENİSEY**, Kübra Doğan, İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007, s.187 vd.; **aynı yazar**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.33 vd.; **ÇANKAYA/ÇİL**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.65; **ÖZKARACA** Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Karar İncelemesi, , Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20), s.137 vd.

¹¹⁰ AB Adalet Divanı içtihadına ve Alman Federal İş Mahkemesine kararlarına göre, işyeri devrinden söz edebilmek için faaliyeti sürdüreceği yeni işveren ile eski işveren arasında bir sözleşme ilişkisine gerek yoktur. Federal Mahkeme, faaliyeti üstlenen işverenin işçileri rızasıyla çalıştırmaya devam etmesini işyeri devri bakımından yeterli görmekte ve eski organizasyon yapısı içinde faaliyetin devamını sağlayacak sayı ve nitelikte işçinin devredilmiş olması aranmaktadır (**SOYER**, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.47-49). Asıl işveren alt işveren ilişkisi ile işyeri devri arasındaki ilişki için bkz. **YENİSEY**, s.244 vd. Yazara göre, Adalet Divanı'nın yerleşik içtihadı haline gelmiş, Schmidt ve Süzen kararlarında ortaya konulduğu gibi, sırf işgücünün devri bazı hallerde işyeri bölümünün devri olarak nitelendirilebilir. Ancak bunun için işyerinin kimliğini belirleyici unsur işgücü olmalıdır. Yoksa her durumda sırf işçilerin devrinden yola çıkarak işyeri veya işyeri bölümü devri bulunduğu sonucuna varılamaz (**YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.34-35); Ayrıca bkz., **ALPAGUT**, İşyerinin Devri, s.91-92.

Gerçek anlamda işyeri(nin bir bölümünün) devrinden söz edebilmek için, öncelikle asıl işveren- alt işveren ilişkisinin muvazaalı olmaması gerekir. Aksi halde, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. Alt işverenin değişmesi durumunda muvazaa sözkonusu ise, işyeri(nin bir bölümünün) devrinden söz etmek mümkün değildir¹¹¹.

Alt işveren değiştiği halde, işçilerin halen aynı kamu işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde bunun işyeri devri olarak kabul edilmekle birlikte, ihale sonrasında ihaleyi kaybeden alt işverenin işçisini başka bir işyerinde çalıştırmak istemesi durumunda ne olur? Böyle bir durum karşısında yine işyeri devri söz konusu mudur? İşçinin sözleşmesi yeni alt işveren ile devam ettiği kabul edilebilir mi? Doğrusu buna olumlu yanıt vermek zordur. Zira, işçi önceki alt işverenin işçisidir, onun emir ve talimatı altında çalışmaktadır. İhalenin tekrar alınmaması durumunda, alt işverenin o işçi ile bu şartlar dışında sözleşme ilişkisini devam ettirmeyecek ise, işçinin kamu işyerinde işini sürdürmesini işyeri devri kapsamında değerlendirmek gerekir. Buna karşın, alt işveren işçisini (belki ihale aldığı) başka işyerinde çalıştırmak istese, işçi ancak iş sözleşmesini esaslı değişiklik nedeniyle feshedip, ihaleyi alan işveren ile yeni bir sözleşme yaparak, aynı kamu işyerinde çalışmasını sürdürebileceğini düşünüyoruz. Şu şartla ki, esaslı değişiklik hususu daha önceden sözleşmede işçi tarafından kabul edilmemiş olsun. Bu kabul ile sözleşmeyi haklı nedenle fesheden işçi, hiç olmazsa feshe bağlı alacaklarını önceki alt işvereninden talep edebilme imkânına sahip olacaktır.

İhaleyi kazanan alt işveren, yeni ihale dönemine kadar o işyerinde çalışmış olan işçileri çalıştırmaması uygulamada sıkça rastlanan bir durumdur. Eski işçilerle çalışmayı kabul etmeyen yeni alt işveren, bazen hiçbir gerekçe göstermeden işçileri işe kabul etmezken, bazen de sanki sözleşmenin tarafı gibi fesih bildiriminde bulunmaktadır. İşten ayrılma bildirgelerinde işin sona ermesinin nedeni iş bitimi olarak gösterilmektedir. Bu uygulama karşısında iş güvencesi bulunan işçiler

¹¹¹ SÜZEK, s.159-160; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.27 dn.47; aynı yazar, Yargıtayın 2008 Yılı Kararları, s.48.

genelde, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini gerekçe göstererek feshin geçersizliğine ve işe iade talebiyle dava açmaktadır.

4) Kamu İşyerinde Çalışan Alt İşveren İşçisinin İş Güvencesi ve İşe İade Sorunu

Kamu işyerlerinde çalışan alt işveren işlerinin iş sözleşmesinin sona ermesi taraflar arasındaki sözleşmenin belirli - belirsiz süreli olmasına göre farklı hukuki sonuçlar doğurur. Bilindiği üzere, yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri süre sonunda kendiliğinden sona ermekte ve işçi herhangi bir tazminat talep edememektedir. Oysa, alt işveren işçilerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması halinde ise, yasal iş güvencesi hükümlerinden yararlanan işçinin sözleşmesi ancak geçerli bir nedene dayanılarak veya haklı bir neden ile feshedilebilir. İşçi, feshin haksız olduğu iddiasında ise, Kanununun 18, 20 ve 21. madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurarak feshin geçersizliğine karar verilmesini talep edebilir (md.25/son)¹¹².

Geçerli bir alt işveren ilişkisi söz konusu ise, işe iade talebi sadece alt işverene karşı yapılabilir. Açılan davada asıl işveren ile alt işveren birlikte hasım gösterilmiş¹¹³ olsa da, işe iade yükümlülüğü asıl işverene değil, alt işverene aittir. Eğer alt işveren ilişkisi muvazaaya dayanmıyorsa, asıl işverene karşı işe iade davası açmak yerinde değildir¹¹⁴. Çünkü, mahkemenin işe iade kararı tespit niteliğindedir. Alt

¹¹² SÜZEK, s.455-456; ÇELİK, s.273-276; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.216-217; SÜMER, Uygulamalar, s.214; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.750-752; Karş., KAPLAN, s.166-167.

¹¹³ “Muvazaaya dayanmayan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren işçisi olarak çalışan işçinin işe iade davasını ya sadece alt işverene ya da alt işverenle birlikte işe iadenin sonuçları yönünden müteselsilen sorumluluğu bulunan asıl işverene karşı açması gerekir. Başka bir anlatımla işe iade davası sadece asıl işverene karşı açılmaz. Bu nedenle sadece davalı asıl işverene karşı açılmış olan davanın husumet yönünden reddine karar verilmelidir. Mahkemece işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru olmamıştır” (Yarg.9.HD. 3.3.2008, E.2007/26148, K.2008/3017, <http://www.kazanci.com.tr>); Yarg. 9.HD. 08.11.2010, E.2010/36824, K.2010/32093, Çalışma ve Toplum, 2011/3 (30), s.413-415.

¹¹⁴ Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.469; “Likit ve kesin olmayan, miktarı kesin olarak

işveren işe iade kararını yerine getirmemesi halinde, işçi daha sonra açacağı bir alacak davası ile işe başlatmama (iş güvencesi) tazminatı ile boşta kalan süreler ile ilişkin ücretini, İş K.md.2/6 uyarınca hem alt işverenden, hem de asıl işverenden talep edebilir. Bununla birlikte, işçi işe iade davası açmasa da, asıl işverenin yasal sorumluluğu devam etmektedir¹¹⁵.

Uygulamada en çok sıkıntı duyulan hususlardan biri de muvazaa hallerinde işe iade davasının kime karşı açılacağıdır. Her iki işverene karşı açılacak davanın sonunda hüküm kısmen kabul, kısmen ret şeklinde olacağı için, davacı işçi gereksiz yere harç ve vekâlet ücreti ödemek zorunda kalacaktır¹¹⁶. Sadece alt işveren aleyhine işe iade davası açılır ve somut olayda muvazaa tespit edilirse, husumet yokluğu nedeniyle dava reddedilecek, fakat bu sefer de süresi içinde gerçek işverene dava açamama sorunu ile karşı karşıya kalınacaktır. Uygulamada davacı işçi tarafı her iki işverene karşı iki ayrı dava açarak dosyaların birleştirilmesini sağlamak zorunda kalmaktadır. Bu uygulama sorununa çözüm olarak; öğretide isabetli olarak belirtildiği üzere, işçinin herhangi bir işverene karşı işe iade davası açması halinde dava açmak için öngörülen bir aylık hak düşürücü sürenin kesileceği ve muvazaa nedeniyle husumet hatasının işçi lehine değerlendirilerek davanın gerçek işverene karşı açılmış gibi kabul edilmesi yerinde olacaktır¹¹⁷.

Yargılama sonunda, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu ve bu ilişkinin yasal unsurlarını taşımadığı tespit edildiği takdirde, asıl işveren başlangıçtan itibaren işçinin işvereni kabul edilerek, yapılan

bilinmeyen özellikle ifasının gerektiği ve miktarı bir dava sonunda kesinleşecek hakların asıl işverenden önceden talep ve dava edilmesi mümkün değildir. Örneğin, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin devamı sırasında sözleşmesi feshedilen ve iş güvencesi kapsamında olan bir alt işveren işçisinin işe iade davası açmış olması durumunda davanın müteselsil sorumluluğundan dolayı asıl işverene yöneltilmesi mümkün değildir” (NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.71); **AYKAÇ**, s.298.

¹¹⁵ **ŞAHLANAN**, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.5; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.53-54; **AYKAÇ**, s.298, 300.

¹¹⁶ **ÇANKAYA/ÇİL**, s.54.

¹¹⁷ **ÇANKAYA/ÇİL**, s.54.

feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine, aksi halde boшта geçen süre ücreti ile işe başlatmama tazminatından (asıl) işverenin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. Ayrıca alt işverenin işçi açısından işverenlik sıfatı bulunmadığından, alt işveren bakımından husumet yokluğu nedeniyle dava ret edilmelidir¹¹⁸.

II. KAMU İŞYERLERİNDE ÇALIŞAN ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN ALACAK SORUNU

A) Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'na göre asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte (müteselsil) sorumludur (md.2/6)¹¹⁹. Alt işveren ilişkisinin tarafı olan asıl işverenin de bu ilişkide menfaatinin bulunması bir yana, alt işveren işçilerinin ücret ve diğer işçi alacaklarını öde(ye)meme ihtimali karşısında, asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumlu tutularak işçi alacakları güvence altına alınmıştır¹²⁰.

Kanunda öngörülen birlikte sorumluluk esası, işçi alacakları güvence altına almanın yanı sıra, alt işveren seçiminde asıl işverenin gerekli dikkat ve özeni göstermesini ve bu ilişkide sorumlu olarak hareket etmesini sağladığı da bir gerçektir¹²¹. Zira, asıl işveren ile alt işveren, borcun tamamı için ve aynı derecede; müştereken ve müteselsilen, sorumlu tutulmuştur¹²². İşçi alacağını kendi işvereninden

¹¹⁸ ŞAHLANAN, “Yardımcı İşte Muvazaa İddiası”, s.5; Yarg.9.HD. 20.09.2010, E.2010/30244, K.2010/24328, Çalışma ve Toplum, 2011/2 (29), s.469; Yarg.9.HD. 14.05.2007, E.2007/3132, K.2007/14914, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15), s.240-243.

¹¹⁹ Sorumluluğun niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. AYKAÇ, s.282 vd.

¹²⁰ ÇELİK, s.49; SÜZEK, s.152-153; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.67; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; GÜZEL, “Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, s.52; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.67; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.175; ÇANKAYA/ÇİL, s.43; aynı yazarlar, “Asıl işveren Alt işveren ilişkisi”, s.66; SÜMER, Uygulamalar, s.27; CANBOLAT, s.71; AYKAÇ, s.280-281.

¹²¹ AYKAÇ, s.281-282.

¹²² Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr.

alamayan alt işveren işçisi, doğrudan doğruya asıl işverene başvurma ve ödenmediği takdirde dava ve takip hakkına sahiptir¹²³. Bu sorumluluk, işin alt işverene verildiği tarihten itibaren başlar. Alt işveren işçisinin ölümü halinde ise, bu sefer mirasçılara karşı birlikte sorumlu olurlar¹²⁴.

Asıl işverenin alt işveren işçilerinin alacaklarından dolayı yasal sorumluluğunun doğması için öncelikle taraflar arasında kurulmuş muvazaaya dayanmayan, İş K.md.2 anlamında geçerli asıl işveren alt işveren ilişkisinin kurulmuş olmalıdır. Alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında iş sözleşmesi olmadığı halde, asıl işveren yasal olarak sorumlu tutulmuştur. Asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlıdır. İşçiler kendi işverenlerinden talep edebileceklerinden fazlasını asıl işverenden isteyemezler¹²⁵. Şüphesiz asıl işveren - alt işveren ilişkisi Kanuna aykırı veya muvazaalı olduğu sonucuna varılırsa, işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi olarak işlem göreceği için tüm alacağını asıl işverenden talep edecektir.

Asıl işveren - alt işveren sorumluluğuna ilişkin Kanun hükmü kamu düzenine ilişkin olup, emredici niteliktedir. Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları, Kanuna aykırı olduğundan geçersiz olup, işçiyi bağlamaz¹²⁶. Cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle, asıl işverenin cezai

¹²³ Alt işveren işçisi, alacak hakkını sadece alt işverenden veya sadece asıl işverenden veyahut her ikisinden ortak olarak talep edebilir (ÇELİK, s.49; SÜZEK, s.152; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.69; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; ÇANKAYA/ÇİL, s.42-43; CANBOLAT, s.71; AYDEMİR, s.125; AYDINLI, Alt İşveren, s.190 vd.; AYKAÇ, s.285).

¹²⁴ SÜMER, Uygulamalar, s.28-29; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.28; AYDEMİR, s.129; AYDINLI, Alt İşveren, s.190 vd.; AYKAÇ, s.291.

¹²⁵ NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.65.

¹²⁶ SÜZEK, s.153; NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.67; SOYER, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; TUNCAY, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; CANBOLAT, s.71-72, 166; SÜMER, Uygulamalar, s.30-31; AYKAÇ, s.289; Yargıtay bir kararında, asıl işveren ile alt işveren arasında imzalanmış bulunan teknik şartnamede, her türlü sorumluluğun işi yapan firmaya (alt işverene) ait olacağını kararlaştırılmasının işçiyi bağlamayacağını ve kanun hükmünün kamu düzenine ilişkin olduğu ve işçi

sorumluluğu sözkonusu olamayacağından, İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan hukuki, cezai ve idari yükümlülükler dolayısıyla asıl işverenin sadece hukuki sorumluluğu bulunmaktadır¹²⁷.

Yalnız belirtmek gerekir ki, asıl işverenin sorumluluğu, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülükler ile sınırlıdır (md.2/6)¹²⁸. Ayrıca, asıl işverenin sorumluluğu işçinin tüm hizmet süresine ilişkin değil, sadece o işyerinde görülen iş süresince doğan işçi alacaklarını kapsar¹²⁹.

İşçi, alacağı için asıl işverene ya da alt işverene veyahut her ikisine birden başvurabilir. Alacağını her hangi birinden tahsil ettiği takdirde, müteselsil sorumlu diğer işveren borçtan kurtulur. Yaptığı

aleyhine değiştirilemeyeceğine karar vermiştir (Yarg.9.HD. 18.3.1998, 517/3080, bkz., **CANBOLAT**, s.166).

¹²⁷ **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.68; **CENTEL**, s.67-68; Sosyal Güvenlik Kurumu alt işverenden alamadığı ceza miktarını asıl işverenden talep edemez (**SÜMER**, Uygulamalar, s.29-30).

¹²⁸ Bunun dışında başka kanun, sözleşmelerden ve asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumluluklar yasa hükmü dışındadır (**NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.65-66); **SÜMER**, Uygulamalar, s.28; **CANBOLAT**, s.72; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.43; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.195; **AYKAÇ**, s.303-305; İşçi sağlığı iş güvenliği konusundaki yükümlülüklerine uyulmaması nedeniyle alt işverenin işçisinin iş kazasına uğraması halinde bundan doğan maddi-manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatından da asıl işveren ile alt işveren birlikte sorumludur (**AYKAÇ**, s.305-306).

¹²⁹ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.174-175; **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.66; **TUNCAY**, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi”, s.68; **SÜZEK**, Yargıtayın 2001 Yılı Kararları, s.10; **TAŞKENT**, “Alt İşveren, s.366; **CANBOLAT**, s.70-72; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.47; **AYKAÇ**, s.309-311. Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58.

fazlaya ilişkin ödemeler dolayısıyla, asıl işverenin, alt işverene karşı rücu hakkı saklıdır¹³⁰.

Uygulamada, sözleşmesi feshedilen alt işveren işçisinin işçi alacaklarından dolayı alt işveren karşı dava açtığı ve dava lehine kesinleştiği halde, işçinin çoğu zaman alt işverene ulaşması mümkün olmamaktadır. Mahkeme kararı ile kesinleşen işçilik alacaklarını tahsil edemeyen işçi, bu nedenle asıl işveren aleyhine dava açmak zorunda kalmaktadır. Her ne kadar davalı kamu kurumu, işin alt işverene ihale ile verildiğini ve kendisine husumet yöneltilemeyeceğini ileri sürse de, somut olayda asıl işveren sıfatı bulunan kamu kurumunun da, alt işverenin sorumlu olduğu alacaklardan yasal olarak birlikte sorumludur¹³¹.

Asıl işveren ile alt işverenin müteselsil sorumluluğu dolayısıyla, açılacak işçi alacağına ilişkin davada zorunlu dava arkadaşlığı sözkonusu değildir¹³². Çünkü, işçi herhangi birine veya her ikisine karşı husumet yöneltebilir. Ancak işçilik hakları ödenmiş veya iş sözleşmesini aslında işçinin tarafından feshedilmiş olması gibi durumlar davanın sonucuna etkili olacağı için diğer davalının da bundan haberdar edilmesi gerekir. Her ne kadar taraflar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmasa da, ileride rücu hakkının kullanılabilmesi için, alt işveren işçisinin asıl

¹³⁰ Hukuka uygun bir alt işveren ilişkisi varsa; birlikte sorumluluktan dolayı, asıl işverenin alt işveren işçilerine yaptığı fazlaya ilişkin ödemeleri alt işverenden faizi ile birlikte geri isteyebilir. Fakat, geçersiz bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin rücu hakkından söz edilmese gerektir. Bkz. **CANBOLAT**, s.75; **ÇELİK**, s.49; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.23; **SÜZEK**, s.153; **TAŞKENT**, “Alt İşveren”, s.366; **NARMANLIOĞLU**, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.70; **AYDINLI**, Alt İşveren, s.203 vd.; **AYDEMİR**, s.125; **AYKAÇ**, s.317-320. **SÜMER**, Uygulamalar, s.27-28; **DEMİR** Fevzi, “ 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003, s.88; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.44.

¹³¹ Yarg.9.HD. 21.01.2010, E.2008/12349, K.2010/582, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.449-451.

¹³² **AYKAÇ**, s.295-297.

işverene yönelttiği talepler asıl işveren tarafından alt işverene ihbar edilmelidir¹³³.

Ekleme gerekir ki, Kamu kurum ve kuruluşları ihale makamı olarak işçi çalıştırmıyorlarsa, yasal olarak asıl işveren sayılmazlar. O nedenle ihaleyi alan müteahhit işçilerinin ücretlerinden İş K.md.36 kapsamında sınırlı sorumludur. Bunun dışında ihale makamının işçinin kıdeme dayalı hakları konusunda sorumluluğu bulunmamaktadır.

Uygulamada görüldüğü üzere, işveren veya işyeri değişikliği, iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde, her seferinde işçi alacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Uzun yıllar kamu işyerlerinde alt işverene bağlı olarak çalışan işçilerin sözleşmelerinin sona ermesi halinde, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla çalışma ücreti ve diğer haklarını kimden talep edebileceği ve bu alacakların nasıl hesap edileceği hususu önemli uygulama sorunu haline gelmiştir. Bu nedenle bu konunun üzerinde durulmasında yarar görüyoruz.

B) Ücret Alacağı Talep Hakkı

Alt işveren işçileri, alt işverenin emir ve talimatı altında çalışmaktadır. Ücret ve diğer hakları alt işveren tarafından ödenmektedir¹³⁴. Alt işveren işçilerinin o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden alt işveren ile asıl işveren de birlikte sorumludur (İş K.md.2/6). Şu halde, asıl işveren, kanundan, sözleşmeden ve işyeri uygulamalarından doğan alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinden ve fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin ücretlerinden, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından sorumludur¹³⁵.

İşçinin alt işveren işçisi olarak çalıştığı sırada asıl işverenin değişmesi halinde, İş K.md.6 uyarınca devir anında doğmuş bulunan işçi

¹³³ ÇANKAYA/ÇİL, s.47; AYKAÇ, s.297.

¹³⁴ CANBOLAT, s.35; SÜMER, Uygulamalar, s.19.

¹³⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.43; Yarg.9.HD. 18.02.2008, E.2007/24560, K.2008/186, Çalışma ve Toplum, 2008/3 (18), s.367-369; Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr; SOYER, "Alt İşveren İlişkisi", s.28 dn.62; AYKAÇ, s.307.

alacaklarından alt işverenin yanı sıra, devralan ve devreden asıl işverenler 2 yıl süreyle birlikte sorumludur. İşyeri devrinin ardından doğan işçi alacakları bakımından ise, alt işverenle ile sadece devralan işveren sorumlu olur¹³⁶.

Yukarıda açıklandığı üzere, Yargıtay göre, kamu işyerinde iş alan alt işverenin yeniden ihaleyi alamaması, ihalenin başka bir alt işverene verilmesi halinde, o işyerinde çalışmaya devam eden önceki alt işveren işçileri bakımından işyeri devri söz konusudur. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden İş K.md.6 uyarınca devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan işçi alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğu yoktur. Bu alacaklardan devralan işveren ile asıl işveren sorumludur¹³⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri ile kurulan ilişkide yasal sorumlu ilgili kamu kuruluşu asıl işveren olabileceği gibi, işçi çalıştırmayan, işveren sıfatı bulunmayan ihale makamı da olabilir. Yalnız kamu (asıl) işverenleri İş K.md.36 hükümleri ile birlikte İş K.md.2/6 hükümlerine göre de müteahhit (alt işveren) işçilerinin ücret ve diğer haklarından sorumludur. Anahtar teslimi iş yaptıran ihale makamı ise, o işte işçi çalıştırmadığı için sadece 36. madde hükümlerine göre sorumlu olur¹³⁸.

İş Kanunu'nun 36. maddesi, kamu makamlarının ve asıl işverenlerin, ücretleri ödenmemiş işçilerin ücretlerinin müteahhit veya

¹³⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.74.

¹³⁷ Yarg.9.HD. 02.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr; ÇANKAYA/ÇİL, s.93; AYKAÇ, s.325.

¹³⁸ Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58; Yarg.9.HD. 10.4.2007, E.2006/32995, K.2007/10190, www.kazanci.com.tr; AKYİĞİT, "Kamuda Alt İşverenlik", s.21; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.526.

taşeronların hakedişlerinden ödenmesini öngörmüştür¹³⁹. Buna göre, genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar¹⁴⁰; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa ilgili müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri, bunların hakedişlerinden ödemek zorundadır (md.36/1). Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez (md.36/2).

Madde hükmünden anlaşıldığı üzere, anılan kamu kuruluşları işçilerin her hakediş dönemi için ve en fazla üç aylık ücret alacaklarından sorumludur ve bu sınırlı sorumluluk sadece bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işleri için geçerlidir¹⁴¹. Ayrıca, ücret¹⁴² dışında kalan tazminat niteliğindeki alacaklar ve diğer işçilik hakları da bu hükmün kapsamı dışındadır¹⁴³.

¹³⁹ Müteahhit ve taşeron işçilerinin ücretlerinin ödenmesine ilişkin güvence hakkında bkz. **KESER**, s.180-185.

¹⁴⁰ Öğretide bir görüşe göre, Kanunun öngördüğü yetki ve sorumluluğun, anılan kamu kuruluşları ile sınırlıdır (**USTA** Osman, “Müteahhit Eliyle Yapılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, Çimento İşveren, Ocak 1998, s.11-28).

¹⁴¹ **CENTEL** Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1981, s.349; **SÜZEK**, s.340-342; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.23; **CANBOLAT**, s.72; **DEMİR**, s.88; **KESER**, s.182-183; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.21; **AYKAÇ** s.313.

¹⁴² Öğretiye göre, burada sözü edilen ücret geniş anlamda ücret olup, işçinin fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil, yıllık izin ücretleri ile primler, ikramiyeler, sosyal yardımlar gibi unsurlarda ücrete dahildir (**KESER**, s.181; **USTA**, s.20-21).

¹⁴³ “... Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, anahtar teslimi suretiyle ihale edilen işlerde kamu makamlarının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatili alacakları yönlerinden sorumluluğu

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilan tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilan asılmak suretiyle duyurulur (md.36/2). Ücretleri ödenmeyen işçilerin başvurusu üzerine ücretleri, ilgili müteahhit veya taşeronların hakedişlerinden ödenir (md.36/1). İşyerindeki yazılı uyarıya rağmen işçi idareye başvurmamışsa, yeterli araştırmayı yapmış olan kamu kurumunu sorumlu tutulamaz. Hatta başvuruda bulunamaması haklı bir nedene dayansa da idare yine sorumlu değildir. Tabiatıyla, uyuşmazlık halinde hakim durumu somut olayın kendi içinde değerlendirecektir¹⁴⁴.

Kamu işvereni Kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak kamu işyerinde çalışan alt işveren işçilerinin ücretlerini, alt işverene yapacağı ödemediği Kanunda öngörülen sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kesmek suretiyle ödeyebilir. Ancak bu tutarı aşan ücret borcu ve diğer işçi hakları bakımından birlikte sorumluluğu devam eder¹⁴⁵.

Anılan müteahhitlerin bu işverenlerdeki her çeşit teminat ve hakedişleri üzerinde yapılacak her türlü devir ve el değiştirme işlemleri veya haciz ve icra takibi bu işte çalışan işçilerin ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (md.36/3).

bulunmamaktadır (Yargıtay 9.H.D., 9.10.2003 gün, 2003/3219 E, 2003/16714 K; Yargıtay 9.H.D. 2.7.1998 gün, 1998/8607 E.1998/11121 K.). Böyle olunca, davalı Toplu Konut İdaresi Başkanlığının sorumluluğu 4857 sayılı İş Kanununun 36 maddesi uyarınca son üç aylık dönemi aşmamak üzere belirlenmeli ve sonucuna göre istekle ilgili karar verilmelidir. Davacının fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti alacakları yönünden davalı işverenin sorumluluğu ile yetinilmesi gerekirken, ihale makamı konumundaki davalı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı yönünden de tahsile dair hüküm kurulması hatalı olmuştur” (Yarg.9.HD. 19.01.2010, E. 2009/12079, K. 2010/383, Çalışma ve Toplum, 2010/3 (26), s.454-455); **AKYİĞİT**, “Kamuda Alt İşverenlik”, s.24; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **AYKAÇ** s.313.

¹⁴⁴ **KESER**, s.182.

¹⁴⁵ **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.24; **SÜMER**, Uygulamalar, s.30-31; **AYKAÇ** s.317.

Bir işverenin üçüncü kişiye karşı olan borçlarından dolayı işyerinde bulunan tesisat, malzeme, ham, yarı işlenmiş ve tam işlenmiş mallar ve başka kıymetler üzerinde yapılacak haciz ve icra takibi, bu işyerinde çalışan işçilerin icra kararının alındığı tarihten önceki üç aylık dönem içindeki ücret alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder (md.36/4).

C) Kıdeme Bağlı Talep Hakları

Alt işveren işçilerinin en çok mağduriyetleri kıdeme bağlı haklarda olmaktadır. Zira, kamu işyerinde alınan ihalelerin bir yıldan az sürmesi veya yapılan ihalenin başka bir alt işveren tarafından alınması bir başka ifade ile işçinin aynı işyerinde farklı işverenlere bağlı olarak çalışması, işçinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin (ücret)leri bakımında mağduriyetlerine yol açabilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu ILO'nun 94 No'lu Bir Amme Tarafından Yapılan Mukavelelere Konulacak Çalışma Şartlarına Mütteallik Sözleşmesi ile alt işverene iş veren ihale makamı, ihale kapsamında çalıştırılacak işçilerin ücretleri de dâhil tüm özlük hakları konusunda, uygulamaya yönelik gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. İş mevzuatında ihtiyaç duyulan düzenlemeler yapılmaya çalışılırken, çıkan uyuşmazlıklar sonucunda da bu konuda zengin bir içtihat oluştuğu söylenebilir.

1) Kıdem Tazminatı Talep Hakkı

Kıdem tazminatı, kanunda belirtilen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle sona ermesi halinde, işveren tarafından işçiye veya ölümü halinde mirasçılara ödenen paradır¹⁴⁶. Kıdem tazminatı, bir işyerinde ya da bir işverenin emri altında veya belirli bir meslekte uzun süre çalışmış bir işçinin, işini kaybetmesi halinde, işyerine katkıda bulunmuş olması, işinde yıpranması ve yeni bir iş bulmada karşılaşılabilecek zorluklar dikkate alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık; yasanın öngördüğü şartlarda,

¹⁴⁶ **AKYİĞİT**, Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), Ankara 1999, s.25; **NARMANLIOĞLU** Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, s.4, 326; **ÇELİK**, s.250-251; **SÜZEK**, s.679; **SÜMER**, s.109.

işveren tarafından işçiye yapılan toplu bir ödemedir¹⁴⁷. İş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli feshi (İş K.md.17), işveren tarafından haklı nedenle derhal fesih (İş K.md.25/II) veya tarafların anlaşmaları hallerinde sona ermesi ya da belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolması ile sona ermesi durumunda yasal olarak kıdem tazminatı ödenmesi söz konusu değildir.

Kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işçinin işe başladığı tarihten itibaren en az bir yıl geçmesi gerekir. Kamu işyerinde özellikle eser sözleşmesine konu olan ihaleler uzun sürebilirken, asıl işveren- alt işveren ilişkisinin olduğu hizmet alım ihalelerinde ise, ihaleler yıllık yapılmaktadır. O nedenle, ihaleyi kazanan alt işveren her yıl veya birkaç yılda bir değişmektedir. Buna rağmen çoğu zaman, alt işveren işçileri o işyerinde çalışmalarını sürdürmektedir. Bu durumda işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı, değişik ihtimallere göre değerlendirilmelidir¹⁴⁸.

Birinci ihtimal, alt işveren yeniden ihaleyi alamaması halinde işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesidir. E.İş K.md.14'deki koşulları sağlıyorsa işçi kıdem tazminatına hak kazanır. İş K.md.2/6 uyarınca işçinin kıdem tazminatı alacağından dolayı asıl işveren - alt işverenle birlikte sorumludur¹⁴⁹.

İkinci ihtimal, ihaleyi alamayan alt işveren, işçiyi başka işyerinde çalıştırmak istemesi. Bu durum, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturuyorsa, işçinin bunu kabul etmeyip, İş Kanununun 22. ve 24/II-(f)'ye dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi halinde, kıdem tazminatı hakkı doğar. Buna karşılık işyeri değişikliği esaslı bir değişiklik oluşturmuyor veya böyle bir değişiklik sözleşme ile daha önce işçi tarafından kabul edilmiş ise, işçi alt işverence gösterilen işyerinde işe başlaması gerekir. Aksi halde, işveren İş K.md.25/II-(g) uyarınca iş

¹⁴⁷ NARMANLIOĞLU, Kıdem Tazminatı, s.360; KAPLAN, s.115.

¹⁴⁸ Bkz. ÇANKAYA/ÇİL, s.88 vd.

¹⁴⁹ "... Alt işveren işçisinin sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatlarından asıl işveren Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü de birlikte sorumludur" (Yarg.9.HD. 11.04.2006, E.2005/30239, K.2006/9500, Legal İSGHD, 2006, S.11, s.1035-1036).

sözleşmesini feshedebilir. Yine İş K.md.22'de öngörüldüğü üzere, işveren, çalışma koşullarında geçerli nedenle değişikliğe gidebilir. İşçi, bu değişikliğe razı olmazsa, işveren işçinin ihbar ve kıdem tazminatını ödeyerek sözleşmesini feshedebilir¹⁵⁰.

Üçüncü ihtimal, ihale sonrası alt işveren işçilerinin yeni ihaleyi alan diğer alt işverenin yanında aynı işyerinde çalışmaya devam etmeleri. Yukarıda açıklandığı üzere, bu durum işyeri devri olarak kabul edilmektedir. İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığı gibi, kural olarak işçiye sözleşmeyi feshetme hakkı vermez. İşçinin sözleşmesi devralan alt işveren ile devam ettiği için, işçi kıdem tazminatı talep edemez¹⁵¹. Ancak, ihaleyi alan yeni alt işveren işçileri işe başlatmaz ise, iş sözleşmeleri ihale süresi sona eren alt işveren tarafından feshedildiği kabul edilir. Bu durumda yeniden ihaleyi alamayan alt işveren ile asıl işveren, işçilerin

¹⁵⁰ ÇELİK, s.67.

¹⁵¹ Yargıtay işyeri devri ile iş sözleşmesinin devrine ilişkin yaptığı bir değerlendirmede şöyle bir sonuca ulaşmıştır: ... İşyeri devri davacıya başlı başına işyerini devralan yeni işverenin yanında çalışmama hakkı vermeyeceğinden işçinin ihbar ve kıdem tazminatı istekleri reddedilmelidir. Ancak işyeri devri söz konusu değilse kanunlarımızda düzenlenmeyen ancak yargı koşulları ile kabul edilen iş sözleşmesinin devri söz konusu olacaktır. İş sözleşmesinin devrinde üçlü bir ilişki mevcuttur. Somut olayda işçinin muvafakati olmadığı için iş sözleşmesi devrinden söz edilemeyeceği ve bu nedenle davacı işçinin yeni işverenin yanında çalışmaya devam etme mecburiyeti olmadığı isabetli bir şekilde vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu durumda işverenin feshi haksız bir fesih olarak nitelenecek ve işçinin kıdem tazminatı talebi yerinde görülecektir (Yarg.9.HD. 12.7.2006, E.2006/1892, K.2006/20661, karar değerlendirmesi için bkz. ŞAHLANAN, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri”, s.2-4); SÜZEK, s.187; YENİSEY, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.36-37; İşyerinin devri sonucunda iş sözleşmesi sona ermez, sözleşme yeni işverenle aynen devam eder. Dolayısıyla işçi feshe bağlı hakları, örneğin ihbar ve kıdem hakkı doğmayacağı için, işyerini devreden işverene dava açıp talepte bulunması yersizdir (Yarg.9.HD. 12.06.2006, E.2005/37343, K.2006/16607, Çalışma ve Toplum, 2006/4 (11), s.226-227).

ödenmeyen kıdem tazminatlarından İş K.md.2/6 gereği birlikte sorumlu olurlar¹⁵².

Alt işverenler arasında açık veya örtülü işyeri devri söz konusu ise, işçilerin kıdemleri tüm alt işveren nezdinde geçen çalışmalar üzerinden ve son ücrete göre hesaplanır. Kıdem tazminatını hak kazandıran bir nedenle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, alt işveren, kendinden önceki alt işverenlerin dönemi de dâhil işçinin tüm çalışma süresine göre hesaplanacak kıdem tazminatından asıl işverenle birlikte sorumludur. Yalnız devreden alt işverenlerin işçiye karşı sorumluluğu devir tarihindeki ücret ve kendi çalıştırdıkları süre ile sınırlıdır (İş K.md.6, 1475 s.K.md.14/2)¹⁵³.

İşçinin aynı alt işveren bağlı olarak değişik asıl işverenler nezdinde birbiri ardına çalışması halinde, birden fazla asıl işveren alt işveren ilişkisi söz konusu olur. 1475 s.K.md.14/2 uyarınca önceki asıl işverenin kıdem tazminatından kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekir¹⁵⁴.

İş Kanunundaki alt işverenin işçilerine karşı asıl işverenin müteselsil sorumluluğu işçinin alt işverenden olan ve ödenmeyen kıdem tazminatı alacağından sorumluluğunu kapsar ise de, alt işveren işçisinin daha sonra asıl işverenin emrinde çalışmış olması halinde, önceki çalıştığı sürelerin kıdemden sayılması mümkün değildir. Çünkü her ne

¹⁵² “İşyeri devri halinde kıdem tazminatı bakımından devreden işveren kendi dönemi ve devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. 1475 Sayılı Yasa'nın 14/2 maddesinde devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde söz edilen devirden işveren için 2 yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olamaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi veya sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir” (Yarg.9.HD. 02.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr).

¹⁵³ ÇELİK, s.50; ÇANKAYA/ÇİL, s.90-91; AYKAÇ, s.325; Ancak asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğunun ötesine geçemez. Yarg.9.HD. 22.04.2004, E.2003/20352, K.2004/9190, Çalışma ve Toplum, 2005/1 (4), s.215-216.

¹⁵⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.70.

kadar çalışmalarını asıl işverenin (aynı) işyerinde sürdürmüş olsa da, aslında işyerleri ve işverenleri farklı olduğu için işçinin çalışma sürelerinin kıdemden sayılarak birleştirilemez¹⁵⁵.

Belirtildiği üzere, işçinin kıdemi, devreden işverenin yanında işe başladığı tarihten, devralan işverenin yanında söz konusu hakları elde ettiği tarihe kadar olan sürenin toplamı üzerinden hesaplanır. Ancak, işyerinin devrinden önce iş sözleşmeleri sona ermiş ve devirden sonra tekrar işe alınan işçiler için; eğer kanuna karşı hile söz konusu değilse, devralan işverenin, devreden işverenin yanında geçirilen hizmet süreleri bakımından sorumluluğu yoktur¹⁵⁶.

2) İhbar Tazminatı Talep Hakkı

İşveren işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini (iş güvencesine sahip ise geçerli bir nedene dayanarak), Kanunda düzenlenmiş olan bildirim sürelerine uyarak, süre sonunda veya bu sürelerle ilişkin ücreti peşin ödemek suretiyle derhal sona erdirebilirler (İş K.md.17).

Asıl işveren - alt işveren ilişkisi devamı sırasında, alt işveren işçisinin sözleşmesinin bildirimli feshi halinde, işçiye tanınacak ihbar süreleri işçinin alt işverene bağlı olarak işyerinde çalıştığı sürelerle göre belirlenir. Daha önce asıl işverenin gerçek işçisi olarak bir süre çalıştıktan sonra alt işverene verilen iş kapsamında ve hakları kısıtlanmaksızın çalışmaya devam etmesi halinde, asıl işverene bağlı çalıştığı süreler de o işyerinde çalıştığı sürelerle dâhil edilerek işçinin bildirim süreleri hesaplanmalıdır. Bununla birlikte, asıl işverenin değişmesi bildirim sürelerini etkilemez¹⁵⁷.

Bildirim şartına uymayan işveren, usulsüz fesihden dolayı işçinin bildirim sürelerine ilişkin ücret tutarında ihbar tazminatı ödemek zorundadır (İş K.md.17/4). Yasal olarak asıl işveren alt işveren işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan doğan bu yükümlülükten

¹⁵⁵ NARMANLIOĞLU, “Alt işveren - Sorumluluk”, s.58; Yarg.9.HD. 03.07.2003, E.2003/1412, K.2003/12429, Legal İSGHD, Ocak-Şubat-Mart 2004, S.1, s.233-234.

¹⁵⁶ SÜZEK, s.185, ÇELİK, s.61; GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.39-40.

¹⁵⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.71-72.

dolayı alt işverenle birlikte sorumludur (İş K. m. 2/6)¹⁵⁸. Yalnız, asıl işverenin sorumluluğu sadece kendi dönemiyle sınırlıdır¹⁵⁹. Örneğin, işçi alt işveren tarafından başka işyerinde 3 yıl çalıştırılmış ve son olarak asıl işverenden alınan işte 3 ay çalıştırdıktan sonra sözleşmesi feshedilmiş ise, İş K.md.17/2 uyarınca alt işveren, işçiye 8 haftalık ihbar tazminatı ödemekle yükümlü iken, birlikte sorumlu olan asıl işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü ise, 2 hafta ile sınırlıdır¹⁶⁰. Ayrıca, işçi ihbar tazminatı alacağı için asıl işverene başvurduğu takdirde müteselsil sorumluluktan dolayı ödemede bulunan asıl işverenin alt işverene rücu hakkı saklıdır¹⁶¹. Asıl işverenin ihbar tazminatından sorumlu olması için, sözleşmenin feshedildiğinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunması gerekir¹⁶².

Alt işverenler arasında işyeri devri gerçekleştiğinde sözleşmesi daha sonra feshedilen işçiye o işyerindeki diğer alt işverene bağlı olarak çalıştığı süreler de bildirim süresi hesabında dikkate alınmalıdır. Usulüne uygun ihbar önelinde bulunmamışsa son alt işveren ihbar tazminatından sorumlu olur. İşyerini devreden alt işverenin bundan dolayı herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁶³.

¹⁵⁸ Yarg.9.HD. 11.04.2006, E.2005/30239, K.2006/9500, Legal İSGHD, 2006, S.11, s.1035-1036.

¹⁵⁹ SÜZEK, s.185.

¹⁶⁰ “Alt işveren işçisinin toplam çalışma süresine göre hak ettiği ihbar tazminatı belirlenerek asıl işveren nezdindeki çalışma süreleri toplam süreden mahsup edilerek asıl işverenden talep edilebilecek ihbar tazminatı hesaplanacaktır. Bu hesaplama ihbar önellerinin bölünmezliği esasına aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu şekilde ihbar önelini bölünmemiş sadece sorumluluk asıl işveren alt işveren arasında paylaştırılmış olmaktadır” (ÇANKAYA/ÇİL, s.71-72; AYKAÇ, s.311).

¹⁶¹ SÜZEK, s.152-153.

¹⁶² ÇANKAYA/ÇİL, s.72.

¹⁶³ Devralan işveren ihbar tazminatından dolayı tek başına sorumludur (Yarg.9.HD. 2.12.2009, E.2009/106676, K.2009/33101, www.kazanci.com.tr). İhbar tazminatı ödemek durumunda kalan son alt işveren ile asıl işverenin, işyerini devreden önceki alt işverenlere rücu hakkı bulunmamaktadır. ÇANKAYA/ÇİL, s.92; SÜZEK, s.185.

Alt işveren; işçinin kıdemine uygun olarak, ihale süresi sonuna göre bildirim önelinde bulunmuşsa ya da işçi kendisi iş sözleşmesini feshetmişse, ihaleyi alan yeni alt işveren nezdinde çalışmaya başlayan işçinin önceki alt işveren nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınmaz. Sözleşmeyi usulsüz fesheden her alt işveren ihbar tazminatı ödemek zorundadır¹⁶⁴.

3) Yıllık İzin (Ücreti) Talep Hakkı

Alt işveren işçisinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olmak koşuluyla yıllık ücretli izin hakkı vardır (İş K.md.53/1). Dinlenme hakkı anayasal bir haktır (An.md.50). Bu nedenle yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (İş K.md.53/2)¹⁶⁵. Yıllık ücretli izin hakkı kullandırılmaması halinde işçinin buna ilişkin ücreti talep hakkı doğar.

Yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından işçinin belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışması önemli değildir. Yeter ki, işçi bir yıl süreyle çalışmış olsun¹⁶⁶. Kamu ihaleleri dolayısıyla alt işveren tarafından işe alınan işçi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması işçinin bu haktan yoksun kalmasına neden olmaz. Kaldı ki, yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçinin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştığı süreler birleştirilerek göz önüne alınır. Şu kadar ki, bir işverenin İş Kanunu kapsamına giren işyerinde çalışmakta olan işçisinin aynı işverenin işyerlerinde bu Kanun kapsamına girmeksizin geçirmiş buldukları süreler de hesaba katılır (İş K.md.54/1). O halde, alt işveren işçisinin aralıklı olarak çalışması halinde de yıllık ücretli izin hakkının doğumunda ve izin süresinin hesaplanmasında bu süreler birleştirilmesi gerekir¹⁶⁷.

Alt işveren işçisinin sözleşmesinin sona ermesi halinde kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret dolayısıyla asıl işveren ile

¹⁶⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁶⁵ SÜZEK, s.773-774.

¹⁶⁶ SÜZEK, s.775;

¹⁶⁷ ÇELİK, s.356; SÜZEK, s.774; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.252.

birlikte sorumludur¹⁶⁸. Asıl işveren feshe bağlı haklardan sorumlu tutulabilmesi için fesih anında alt işveren ilişkisinin mevcut olması aranmaktadır¹⁶⁹.

İşyeri devrinde, devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (İş K.md.6/2). O bakımdan, alt işverenin işyerini başka bir alt işverene devri halinde yıllık izin ücreti alacağından; önceki alt işveren yanındaki süreler de göz önünde tutularak, devralan alt işveren sorumlu olur¹⁷⁰. Asıl işveren de İş K.md.2/6 uyarınca alt işverenle birlikte sorumludur. İhbar tazminatında olduğu gibi, kullandırılmayan izinler yönünden son alt işverenin kendinden öncekilere rücu imkânı bulunmamaktadır¹⁷¹.

İşçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin süresine ilişkin ücreti için ancak iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde talep hakkı doğar (İş K.md.59). İş sözleşmesi devam ederken işçi kullanmadığı izin günlerine ilişkin ücretini talep edemez¹⁷². Ayrıca, işyeri devri dışında değişik zamanlarda farklı alt işverenlere bağlı yapılan çalışmalar yıllık izin süresi hesabında dikkate alınmaz¹⁷³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasında karşılaşılan tereddütlere açıklık getirilmesi ve bu hususlarda uyulması gerekli esasların belirlenmesi hakkında Kamu İhale Kurumu tarafından bir Genel Tebliğ

¹⁶⁸ Ancak, öğretide bir görüşe göre bu sorumluluk, kendisinden alınan iş kapsamında işçinin çalıştırıldığı süreyle sınırlı olmalıdır. Alt işverenin değişik işyerindeki çalışmaları dolayısıyla asıl işverenin izin ücreti ödemesi beklenemez (ÇANKAYA/ÇİL, s.73).

¹⁶⁹ Yarg.9.HD. 21.7.2008, E.2008/23429, K.2008/20721, www.kazanci.com.tr; Yarg.9.HD. 11.5.2004, E.2004/1126, K.2004/11275, Çimento İşveren, C.18, Temmuz 2004, s.57-58.

¹⁷⁰ SÜZEK, s.784; ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁷¹ ÇANKAYA/ÇİL, s.92.

¹⁷² GÜZEL, Yargıtayın 2005 Yılı Kararları, s.40-41, 68; SÜZEK, Yargıtayın 2001 Yılı Kararları, s.53.

¹⁷³ ÇANKAYA/ÇİL, s.93.

yayımlanmıştır¹⁷⁴. Tebliğin 78.25. maddesine göre, yapılan ihalelerde, 4857 sayılı Kanunun 55. maddesi uyarınca izne hak kazanan işçilerin izin hakları idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullanılacak ve izin kullanan işçiler fiilen çalışan işçi sayısına dâhil kabul edileceğinden, izin kullanan işçilerin yerine başka işçilerin getirilerek sayının tamamlanması talep edilmeyecektir. İdarelerin, ihale konusu işte çalıştırılması istenen personel sayısını bu hususu dikkate alarak belirlemeleri gerekmektedir. İdareler, yıllık ücretli izin haklarının kullanılmasına ilişkin olarak sözleşmenin uygulanması aşamasında 4857 sayılı Kanunun 53, 54 ve 55. maddelerinde belirtilen hükümlere uyulup uyulmadığını kontrol edeceklerdir. Aslında asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işçinin izin kullanma dönemini belirlemek alt işverenin yönetim hakkına girer. Geçerli bir alt işveren ilişkisinde asıl işverenin işçiyi izne gönderme hakkı yoktur¹⁷⁵. Fakat birlikte sorumluluk esası gereği kamu işverenin bunu kontrol etmesi yerinde olup, bu yetkinin yine alt işveren tarafından kullanılabilmesini kabul etmek gerekir.

D) İşçinin İşe İadesinden Doğan Talep Hakları

Alt işveren işçisinin açtığı işe iade davası sonucunda mahkemece feshin geçerli nedene dayanmadığına ve işçinin işe iadesine karar verilmiş ise, işveren karar tarihinden itibaren bir ay içinde işçiyi işe başlatmak zorundadır. İşveren mahkemenin kararına rağmen işçiyi öngörülen süre içinde işe başlatmazsa, işçiye tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Kanuna göre, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçiyi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, mahkemece en az 4 aylık ve en çok 8 aylık ücret tutarında olmak üzere iş güvencesi tazminatına hükmedilir. Bununla birlikte işçinin dört aylık ücreti ve diğer haklarını talep hakkı da bulunmaktadır (İş K.md.21)¹⁷⁶. Kanundan doğan işçi alacağından asıl işveren, alt işverenle birlikte

¹⁷⁴ 22 Ağustos 2009 tarih, 27327 sayılı RG.

¹⁷⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.73.

¹⁷⁶ "...davacının çalıştırılmadığı dört aylık ücret ve diğer haklardan davalıların birlikte sorumluluğuna karar verildiği halde işe başlatmama tazminatı ile ilgili birlikte sorumluluk konusunda hüküm kurulmamış olması hatalıdır" (Yarg. 9. HD., 26.6.2006, E. 2006/15271, K. 2006/18903, Legal-İSGHD, 2006, S. 12, s. 1473-1474).

sorumludur (İş K.md.2/6)¹⁷⁷. Yalnız birlikte sorumluluktan bahsedebilmek için, işçinin iş sözleşmesinin asıl işveren alt işveren ilişkisinin devamı sırasında son verilmiş olması gerekir¹⁷⁸.

Tabii işçi, çıkarıldığı işinde çalışmaya devam etmek istiyorsa, kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 işgünü içinde işe başlamak için işverene başvurmak zorundadır. İşçi, belirtilen süre içinde başvuruda bulunmazsa, işverence yapılan fesih geçerli fesih sayılacak ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır (İş K.md.21/5). Fakat bu durumda, işçi iş güvencesi tazminatı ile 4 aya kadar olan ücret ve diğer haklarını talep edemeyecektir. İşçiye hak etmiş ise, sadece kıdem ve/veya ihbar tazminat(lar)ı ödenecektir¹⁷⁹. İşçi bundan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilecektir^{180 181}. Ayrıca, asıl işveren - alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu tespit edilirse, işçi eşit davranma ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle sözleşme feshedilmese de ayırıcılık tazminatı talep hakkına sahiptir¹⁸².

¹⁷⁷ **AYDINLI**, Alt İşveren, s.195; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.45; **AYKAÇ**, s.305.

¹⁷⁸ **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.27.

¹⁷⁹ **UŞAN M. Fatih**, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş C.10 S.1, 2008 (İşe İade Davalarının Sonuçları), s.4-11, 33-34.

¹⁸⁰ **AYKAÇ**, s.304-305.

¹⁸¹ Asıl işveren ile alt işveren işçinin ihbar, kıdem, kötüniyet ve işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil, yıllık izin, ikramiye, prim, yemek yardımı, yol yardımı gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumludur (Yarg.9.HD. 24.01.2011, E.2009/44022, K.2011/162, İşveren, Yargıtay Kararları, Özel Eki, C.49, S.4, Mayıs-Haziran 2011, s.7; Yarg.9.HD. 14.07.2008, E.2007/42401, K.2008/20147, Çalışma ve Toplum, 2009/2 (21), s.139-142).

¹⁸² Yarg.9.HD. 27.03.2006, E.2006/4860, K.2006/7479, Legal İSHD, 2006, S.11, s.1024-1026; **YENİSEY**, Yargıtayın 2006 Yılı Kararları, s.20; **AYKAÇ**, s.304.; **SOYER**, “Alt İşveren İlişkisi”, s.28; **ÇANKAYA/ÇİL**, s.44-45.

SONUÇ

Çalışma hayatında duyulan ihtiyaçtan dolayı kamu işyerlerinde alt işverenlere iş verilmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde, hizmet alımı sözleşmeleri yapılmak suretiyle, kamu işyerlerinde yükleniciler vasıtasıyla işçi çalıştırılmaktadır. Bu şekilde Devlet, asgari maliyetle dolaylı istihdam sağlamaktadır. Fakat, böyle bir uygulama ile kamu işyerlerinde çalışan işçilerin bireysel ve kollektif haklarının sınırlandırılması veya bu hakların işçilerin elinden alınması düşünülemez. Uygulamada kamu işverenleri ile alt işverenler arasında pekâlâ muvazaalı işlemler yapıldığı görülmektedir. Hâkim, önüne gelen her somut olayı Kanunun düzenlenme amacına uygun olarak yorumlayıp alt işveren uygulamasında özel - kamu işvereni ayrımı yapmadan soruna çözüm bulması gerekir. Zaten Yargıtay kararlarının zaman içerisinde sürekli değişikliğe uğraması, hakkaniyete uygun çözüm bulma arayışındandır. Şüphesiz, alt işveren uygulamasında içtihat birliği oluşturulması uygulamacıların en büyük temennisidir.

Öte yandan, alt işveren uygulamasına ilişkin iş mevzuatında sürekli değişikliklerin yapılması dikkat çekicidir. Şüphesiz yapılan tüm değişiklikler işçi haklarının korunmasına yöneliktir. Kamu kurum ve kuruluşları ile kurulan alt işveren ilişkisinde, alınan ihalenin belirli süreli olması, işveren değişiklikleri ve benzeri sebeplerden dolayı, işçiler özellikle kıdeme dayalı haklardan yararlanamama sorunuyla karşılaşmaktadır. Yapılacak bir düzenleme ile ihaleli işlerde aynı kamu kurumuna ait işyerinde değişik işverenlere bağlı olarak çalışan işçilerin tüm çalışma sürelerinin kıdemine esas kabul edilmesi ve ihaleyi veren asıl işverenin de kıdeme dayalı haklardan sorumlu tutulması, en azından alt işveren işçilerinin hak kayıplarını önlemiş olacaktır. Böyle bir düzenleme kamu işverenlerini de ihalelerde daha dikkati davranmaya sevk edecektir.

Asıl işveren - alt işveren ilişkisinden kaynaklanan uygulama sorunları yukarıda anlatılanlarla sınırlı olmadığı kesindir. Bu çalışmamızda, yıllardır süre gelen ve halen de yaşanan kamu işyerlerindeki alt işveren sorunlarını dile getirmeye çalıştık. Son olarak, önemli bir hususa dikkat çekmek isteriz. Bilindiği üzere, uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak asıl işveren - alt işveren ilişkisine

ilişkin Kanun ve Yönetmeliklerde bir dizi düzenlemelere gidilmiştir. Yapılan bilimsel değerlendirmelerden sonra siyasi düşüncelerle mevzuat hükümlerinde yapılan bir takım değişiklikler, gerçekten içinden çıkılması güç uygulama sorunlarının artmasına yol açmıştır. Alt işveren ilişkisindeki örneğin; “işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez” hükmüne ilişkin “ve” - “veya”- “ile” bağlaçları, öğreti ve uygulamada ciddi tartışma konusu olmuştur. Aslında Türk Milleti adına yasama erki kullanılırken, yasa koyucunun, yasamanın son aşamasına kadar yasa metnindeki değişiklikleri bilim kurulunun nihai denetiminden geçirmesi elzemdir. Aksi takdirde, çalışma mevzuatında yapılan düzenlemeler, uygulama sorununa cevap vermekten çok, her seferinde öğretinin tartışma zemini oluşturacaktır. Nitekim kamu işyerindeki alt işveren uygulamasına ilişkin İş Kanununda yapılan ek düzenlemeler öğreti ve uygulamada yoğun tartışma konusu haline gelmiştir. Zaten kamu işyerlerindeki alt işveren uygulaması ve işçi alacakları sorunu çözüm beklerken bu tarz devletçi yaklaşım, sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR*

- AKTAY** Nizamettin/ İş Hukuku, Ankara 2009.
- ARICI** Kadir/
- KAPLAN-SENYEN** E.Tuncay,
- AKTAY** Nizamettin, “Alt İşveren Kurumu ve Hukukumuzda Doğan Sorunlar”, Kamu-İş, Ocak 1994.
- AKYİĞİT** Ercan, “Kamuda Alt İşverenlik ve Müteahhite İş Verme Özeldekinden Farklı mıdır?” (Kamuda Alt İşverenlik), TÜHİS, C.23, S.4, Mayıs 2011.
- AKYİĞİT** Ercan, “Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları” (Kamu İşyerlerinde Muvazaa), İSGHD., Mart 2010, s.138-159.

* Yollama yapılırken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- AKYİĞİT** Ercan, “Alt İşverenlik Kavramı ve Benzer İlişkilerden Farkı”, TÜHİS, Kasım 2009-Şubat 2010, s.1-38.
- AKYİĞİT** Ercan, İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı (Öğreti-Uygulama), Ankara 1999.
- ALP** Mustafa, “Bireysel İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.
- ALPAGUT** Gülsevil, “4857 İş Yasası İle Alt İşveren Kurumundaki Yeni Yapılanma, Yeni İş Yasasının Alt İşveren Kurumuna Bakışı” (Alt İşveren), Ankara 2004.
- ALPAGUT** Gülsevil, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı (İşyerinin Devri), İstanbul 2010.
- AYDEMİR** Murteza, Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, İstanbul 1993.
- AYDINLI** İbrahim, Görünürdeki İşlemler Açısından Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu (Alt İşveren), Ankara 2008.
- AYDINLI** İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları (Edimden Bağımsız Koruma), Ankara 2004.
- AYKAÇ** Hande Bahar, İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.
- BAŞBUĞ** Aydın, “Alt İşveren İşçisi İle Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar”, Kamu-İş, Ocak 1998.
- CANBOLAT** Talat, Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- CANBOLAT** Talat, “Türk Hukukunda Alt İşveren (Borçlar Hukuku Bakımından), Kamu İşyerlerinde Alt İşveren Uygulamasının Doğurduğu Sorunlar Ve Çözüm Arayışları (Seminer Çalıştay) Kamu-İş, Antalya-Belek 29 Nisan- 02 Mayıs 2010.

- CENTEL** Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.
- CENTEL** Tankut, “Alt İşverene İlişkin İş Kanunu’ndaki Son Değişiklik”, SİCİL İSGHD., S.10 Haziran 2008.
- CENTEL** Tankut, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”nde Fiziki Mekan”, SİCİL İSGHD., Mart 2008.
- CENTEL** Tankut, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1981.
- CENTEL** Tankut, “Alt İşveren İlişkisinde Muvazaa (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Haziran 2004.
- ÇANKAYA** Osman Güven, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, Uygulamada Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Sorunlar”, Yargıç Dr. Aydın ÖZKUL’a Armağan, Kamu-İş, C.6, S.4, 2002.
- ÇANKAYA** Osman Güven/ “4857 sayılı İş Kanununa Göre Asıl İşveren Alt İşveren
- ÇİL** Şahin, ilişkisi” (Asıl İşveren Alt İşveren ilişkisi), SİCİL İSGHD., Eylül 2006/3.
- ÇANKAYA** Osman Güven/ İş Hukukunda Üçlü İlişkileri, Ankara 2009.
- ÇİL** Şahin,
- ÇELİK** Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2008.
- ÇELİK** Nuri, “Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkilerinden Doğan Bazı Uygulama Sorunları” (Uygulama Sorunları), Kamu-İş, Münir EKONOMİ 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993.
- DEMİR** Fevzi, “Alt İşverenler Arasında Devre İlişkin Karar İncelemesi, SİCİL İSGHD., Aralık 2009, S.16.
- DEMİR** Fevzi, “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003.
- EKMEKÇİ** Ömer, “Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayırılması ve Anayasa’nın Eşitlik İlkesinin İhlaline Yönelik Çabalar”, Legal İSGHD, S.12, 2006.

- EKONOMİ** Münir, İş Hukuku, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1984.
- EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi” (Alt İşveren İlişkisi), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları, Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı (Semineri), İstanbul 2008.
- EKONOMİ** Münir, “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Kamu-İş, Ankara 2000.
- EKONOMİ** Münir, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Tekstil İşveren, S.161, Eylül 1991.
- EKONOMİ** Münir, “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I), - Kavram, Süre ve Yenileme”, Legal İSGHD, S.9, 2006.
- EKONOMİ** Münir/**EYRENCİ** Öner, “Hizmet Akdinin Devri İle İşverenin Değişmesi”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, C.II, İstanbul 2001.
- ELBİR** H. Kemal, “Asıl İşveren - Alt İşveren (Müteahhit-Taşeron) Kavramları Hakkında Bazı Düşünceler”, İHD., Ocak-Mart 1991.
- ENGİN** Murat, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004, Ankara 2006.
- ESENER** Turhan, İş Hukuku, Ankara 1978.
- EYRENCİ** Öner/
TAŞKENT Savaş/
ULUCAN Devrim,
GEREK Nüvit, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.
- “Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri İle İlgili Sorunlar”, Çalışma ve Toplum, 2007/4 (15).

- GEREK** Nüvit/**ORAL** İlhan, “Belediyelerin Çöp Toplama İşlerini Alt İşverene Vermeleri ve Bunun Yarattığı Sorunlar”, SİCİL İSGHD., Mart 2006.
- GÖKTAŞ** Seracettin, “Alt işverenlik Uygulamasının Önemli Bazı Sorunları” SİCİL İSGHD., Aralık 2008 S.12, Y.3.
- GÜZEL** Ali, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2005 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara 2007.
- GÜZEL** Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, (Alt İşveren İlişkisinin Sınırları), Çalışma ve Toplum, 2004/1 (1).
- GÜZEL** Ali, “Alt İşveren (Taşeron) Uygulamasının Endüstri İlişkileri Sistemine Etkileri” (Alt İşveren (Taşeron) Uygulaması), Çimento İşveren, C.7, S.5, Eylül 1993.
- KAPLAN** E. Tuncay, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Muvazaalı İşlem Sorunu”, Prof. Dr. A. Can TUNCAY'a Armağan, İstanbul 2005.
- KESER** Hakan, 4857 Sy. İş Kanunu ve İlgili Mevzuat Çerçevesinde Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir 2003.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku - Ferdi İş İlişkileri-I, İzmir 1998.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, “Asıl İşveren- Alt işveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, (Alt işveren - Sorumluluk), Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal, Vefa Toplantıları (II), Prof. Dr. Nuri ÇELİK’e Saygı, İstanbul 2008.
- NARMANLIOĞLU** Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973.
- ÖZDEMİR** Burhan, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Yargıtay’ın Konu Hakkındaki Yeni Kararı”, Çimento İşveren, C.11, S.2, Mart 1997.

- ÖZKARACA** Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- ÖZKARACA** Ercüment, “İşyeri Devri Devirden Önce Doğan Borçlardan Sorumluluk”, Karar İncelemesi, , Çalışma ve Toplum, 2009/1 (20).
- ÖZVERİ** Murat, “Alt İşveren Uygulaması ve Yeni İş Yasası”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- SOYER** Polat, “4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları” (Alt İşveren İlişkisi), SİCİL İSGHD., Mart 2006.
- SOYER** Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı Kararları), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010.
- SÜMER** Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010.
- SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010.
- SÜZEK** Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2001 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.
- SÜZEK** Sarper, “Muvazaalı Alt İşveren İlişkisi”, Legal İSGHD., 2010/27.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Alt İşverene Verilen Yardımcı İşte Muvazaa İddiası ve İş İade Davasında Sorumluluk - Karar Değerlendirmesi (Yardımcı İşte Muvazaa İddiası), Tekstil İşveren, Mart 2007, S.326.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle Asıl İşveren - Alt İşveren” - Karar İncelemesi (Asıl İşveren - Alt İşveren), Tekstil İşveren, Kasım 2007, S.333.

- ŞAHLANAN** Fevzi, “İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devrinin Farkı ve Sonuçları” - Karar Değerlendirmesi (İşyeri Devri İle İş Sözleşmesinin Devri), Tekstil İşveren, S.324, Ocak 2007.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk İş Hukukunda Alt İşveren”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Prof.Dr. Kemal OĞUZMAN Anısına, İstanbul 1997.
- ŞAHLANAN** Fevzi, “Türk Hukukunda Alt İşveren”, İHD., C.2, S.3, Temmuz-Eylül 1992.
- ŞEN** Sebahattin, “Alt İşverenlik ve Asıl İşin Bir Bölümünün Alt İşverene Verilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2006/3 (10).
- TARCAN** Nurseli, “Yasalar Herkes İçin Eşit Değil mi? Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Kamu-Özel Ayrımcılığı”, SİCİL İSGHD., Eylül 2006.
- TAŞKENT** Savaş, “Alt İşveren”, Legal İSGHD., S.2, Nisan-Mayıs-Haziran 2004.
- TAŞKENT** Savaş, “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılabilmesi”, Legal İSGHD, S.9, 2006.
- TUNCAY** A. Can, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi (Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu - Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları), Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri (16-19 Mayıs 1991) Ankara 1991.
- TUNÇOMAĞ** Kenan/
CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2005.
- USTA** Osman, “Müteahhit Eliyle Yaptırılan İşlerde İşçi Hakları Bakımından Kamu Tüzel Kişilerinin Yetki ve Sorumlulukları, Çimento İşveren, Ocak 1998.
- UŞAN** M. Fatih, “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş C.10 S.1, 2008 (İşe İade Davalarının Sonuçları).
- UŞAN** M. Fatih, “Asıl İşverenin Alt İşverenin Sosyal Sigortalar Kanunundan Doğan Borçlarından

YENİSEY Kübra Doğan,
YENİSEY Kübra Doğan,

Sorumluluğu, (Yargıtayın 10. Hukuku Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Kamu-İş, C.7, 1, 2002.

İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, İstanbul 2007.

“Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.

SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİ*

Arş. Gör. Dr. Mücahit ÜNAL**

ÖZET

Kaydileştirme, sermaye piyasası araçlarının, fiziki olarak kağıt üzerine basılmasından vazgeçilerek bu sermaye piyasası araçlarına karşılık gelmek üzere elektronik ortamda kayıtlar oluşturulmasıdır. Kaydileştirme sayesinde 1) sermaye piyasası araçları kaydi olarak elektronik ortamda saklanabilmekte ve 2) kaydi olarak saklanan bu sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemler kaydi olarak yapılabilmektedir. Kaydi sistem, kaydi sermaye piyasası araçlarının ve bu araçlara ilişkin hakların merkezi saklama kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin merkezi saklama kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi bir saklama sistemidir. Dolayısıyla kaydileştirme, senetlerin yok edilmesi; kaydi sistem ise, senedin yok edilmesi sonucu oluşturulan merkezi saklama sistemidir.

ANAHTAR KELİMELER: *Sermaye Piyasası Araçları, Kaydileştirme, Kaydi Sistem, Saklama, Sermaye Piyasası Hukuku.*

THE DEMATERIALIZATION OF SECURITIES

ABSTRACT

The Dematerialization is which the securities are forming of the records on electronic form for the purpose of corresponding to these

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yapılan Doktora Tezinin özeti şeklinde kaleme alınmıştır.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

securities by giving the pressing up the securities on paper physically. Thanks to the dematerialization 1) the securities can be kept in the electronic form and 2) the operations related with these securities which have been kept as records can be done electronically. The book-entry system, which the dematerialized securities and the rights related with these securities have been watched as records on the accounts kept in the control of the central securities depository and the legal operations related with these securities, which have been realized by the way of the changes which is done as records on the accounts in the control of the central securities depository, is a central custody system. Therefore; the dematerialization is the destroyed of physical certificates and the book-entry system, which was formed as a result of the destroyed of the physical certificates, is the central custody system

KEYWORDS: *Securities, Dematerialization, Book – Entry System, Custody, Capital Market Law*

Ş1. SERMAYE PİYASASI ARAÇLARININ KAYDİLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. SERMAYE PİYASASI ARACI

Sermaye piyasası aracı kavramı, 3794 sayılı Kanun ile Sermaye Piyasası Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu Türk hukuk sistemine girmiştir. Değişiklikten önce Sermaye Piyasası Kanunu'nda, “menkul kıymet” ve “mali değerleri temsil eden ve ihraç edenin mali yükümlülüklerini içeren evrak (menkul kıymet dışında kalan kıymetli evrak)” şeklinde bir ayırım yapılmaktaydı. Söz konusu değişiklikle, “sermaye piyasası aracı” kavramı, “menkul kıymet” ve “diğer sermaye piyasası araçları” kavramlarını kapsayan¹ bir üst kavram² haline

¹ Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu'nun 8. maddesindeki menkul kıymet (security) kavramı tanımının, tüm sermaye piyasası araçlarını kapsar şekilde yapıldığı yönünde bkz. Bjerre / Rocks, *Investment Securities*, s. 6 – 7; Hazen / Ratner, s. 25. “Security” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Darrell, Keith B., “Redefining a Security”: Is the Sale of a Business Through a Stock Transfer, *Securities Regulation Law Journal*, C. 12, S. 1, s. 22 vd.

² Üst kavram olarak “sermaye piyasası araçları” yerine AB mevzuatına uygun olarak “finansal (mali) araçlar (financial instruments)” kavramının kullanılmasının daha uygun olduğu yönünde bkz. Paşlı, *Menkul Kıymet*, s.

getirilmiştir³. Sermaye piyasası aracı, “sermaye piyasasında işlem gören ve fon aktarımı işlevini yerine getiren⁴ bütün finansal araçlar” olarak tanımlanabilir⁵.

II. KAYDİLEŞTİRME

Kaydileştirme kavramı, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır⁶. Dar anlamda kaydileştirme, sadece bazı sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak senet üzerine basılmasından vazgeçilerek, bu sermaye piyasası araçlarına karşılık gelmek üzere elektronik ortamda⁷ kayıtlar oluşturulmasını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁸. Dolayısıyla sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak teccüm ettikleri senetlerin imha edilmesi ve imha edilen bu senetlere karşılık elektronik ortamda kaydi sermaye piyasası aracı oluşturulması işlemine kaydileştirme ismi verilmektedir⁹. Geniş anlamda kaydileştirme ise, sermaye piyasası araçlarının elektronik ortamda kaydi hale

1568 dn. 124. Ayrıca bkz. AB'nin 2002 / 47 sayılı Yönergesi m.2 ve 2003 / 6 sayılı Yönergesi m.3.

³ Akbulak / Akbulak, s. 20.

⁴ Garner (2006), s. 640; Bjerre / Rocks, Investment Securities, s. 7.

⁵ Hazen / Ratner, s. 25; Soderquist / Gabaldon, s. 2; Paslı, Menkul Kıymet, s. 1521.

⁶ Bjerre / Rocks, Investment Securities, s. 2 – 3; IOSCO, Towards A Legal, s. 6; SIFMA, Immobilization & Dematerialization, s. 3.

⁷ Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 2. fıkrasında kayıtlara ilişkin bilgi verilirken, “Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulur” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde kayıtların tutulacağı yer bilgisayar ortamı olarak gösterilmiştir. Ancak kanaatimizce tanım yapılırken “bilgisayar ortamı” yerine “elektronik ortam” kavramının kullanılması tercih edilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarının bilgisayar ortamı dışında başka elektronik ortamlarda da tutulabilmesi mümkündür. Nitekim elektronik ortam, bilgisayar ortamını da kapsayan bir üst kavram niteliğindedir. Kayıtların tutulması açısından elektronik ortam kullanımı için bkz. Ergincan / Yayla, s. 158; SPK, Sermaye Piyasası Araçları, s. 18.

⁸ SIFMA, Immobilization & Dematerialization, s. 3; Guynn, s. 13; Loader, s. 201.

⁹ Norman, s. 11.

getirilmesi yanında merkezi saklama kuruluşlarının da içerisinde yer aldığı kaydi sistemi ve kaydi sermaye piyasası araçları ile bu kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklar ve hukuki işlemleri kapsar şekilde kullanılmaktadır¹⁰.

III. KAYDI SERMAYE PİYASASI ARACI

Kaydi sermaye piyasası aracı, “fiziki olarak bir senet üzerine basılarak tecessüm etmeyen, Sermaye Piyasası Kurulu’na kaydileştirilmesine karar verilerek kaydi sisteme aktarılan veya kaydi olarak kaydi sistemde ihdas edilen ve kaydi sistem kapsamında elektronik ortamdaki hesaplarda kaydi olarak saklanan ve izlenen sermaye piyasası aracı¹¹” olarak tanımlanabilir.

IV. HAREKETSİZLEŞTİRME

Hareketsizleştirme, sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerin senetlerin fiziki dolaşımı olmadan (fiziken el değiştirmeden) kaydi olarak yapılabilmesi amacıyla, fiziki sermaye piyasası araçlarının bir veya birkaç yetkili saklama merkezinde toplanarak, fiziki hareketliliklerine (dolaşımlarına) son verilmesidir¹².

§2. KAYDI SİSTEMİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Kaydi sistem, sermaye piyasası araçlarının merkezi olarak saklanmasına ilişkin rasyonalizasyon çabalarının günümüz itibariyle ulaştığı en son aşamadır¹³.

I. MERKEZİ SAKLAMA

Merkezi saklama, sermaye piyasası araçlarının, merkezi bir sistem içerisinde bu yetkiye sahip bir ya da birkaç saklama kuruluşu tarafından, senet üzerine basılmış şekilde fiziki olarak ya da elektronik ortamda kaydi olarak, değişik yöntemler kullanılarak saklanmasıdır¹⁴.

¹⁰ IOSCO, *Towards A Legal*, s. 6; Bjerre / Rocks, *Investment Securities*, s. 2 –3.

¹¹ Soderquist / Gabaldon, s. 2; Guynn, s. 13; Loader, s. 201; Garner (2006), s. 640; Guttman, *Uncertificated Security*, s. 735 Warren / Walt, s. 567.

¹² Norman, s. 11; SIFMA, *Immobilization & Dematerialization*, s. 3; IOSCO, *Towards A Legal*, s. 6; Bjerre / Rocks, *Investment Securities*, s. 3; Garner (1999), s. 752.

¹³ Aynı yönde bkz. Erginçan, *Dünya ve Türkiye*, s. 175.

¹⁴ Loader, s. 21 – 22.

II. KAYDI SİSTEME GEÇİŞ SÜRECİ

Sermaye piyasası araçları açısından merkezi bir saklama sistemi olan kaydi sistem, günün gerektirdiği ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹⁵. Kaydi sisteme geçilmeden önce ise, yine günün gerektirdiği ihtiyaçları karşılayabilmek amacıyla sermaye piyasası araçlarının saklanması için farklı saklama sistemleri uygulanmıştır. Bu saklama sistemleri, “kapalı saklama”, “açık saklama”, “münferit saklama”, “toplu saklama” ve “toplu senet” sistemleridir.

Kaydi sistem, sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak senet üzerine basılması yerine, elektronik ortamda kaydi olarak oluşturulduğu, bu araçların ve bu araçlara ilişkin hakların merkezi saklama kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin merkezi saklama kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi bir saklama sistemidir¹⁶.

III. ULUSLARARASI KURULUŞLAR ve ÖNERİLERİNİN KAYDI SİSTEMİN GELİŞİMİNE ETKİLERİ

A. Otuzlar Grubu (Group of Thirty)

Otuzlar Grubu¹⁷, 1978 yılında kurulmuş, özel ve kamu kuruluşlarının üst düzey temsilcilerinden ve akademisyenlerden oluşan uluslararası bir kuruluştur¹⁸. Bu grup, dünyadaki uluslararası takas konusunda riskin azaltılması, etkinliğin ve verimliliğin artırılması üzerine çalışmalar yapmak amacıyla kurulmuştur¹⁹. Otuzlar Grubu, uluslararası ekonomik ve finansal problemlere çözümler üretmek üzere faaliyet göstermektedir²⁰. Otuzlar Grubu, yaptığı çalışmalar sonucunda

¹⁵ Bjerre / Rocks, *Investment Securities*, s. 2.

¹⁶ Norman, s. 311.

¹⁷ “*Group of Thirty*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gof Thirty, *Annual Report 2006 – 2007*, Group of Thirty, Washington 2008.

¹⁸ MacRae, s. 77 vd.

¹⁹ <http://www.takasbank.com.tr/UserFiles/Documents/Oneriler.pdf>

²⁰ MacRae, s. 77; <http://www.group30.org/about.htm>

çeşitli problemlere çözüm önerisi olması adına raporlar yayınlamaktadır²¹.

B. IOSCO

IOSCO, dünya üzerindeki menkul kıymet ve vadeli işlem piyasalarını düzenleyen kurumları bir araya getiren uluslararası bir kuruluştur²². IOSCO, Kasım 1997 yılında yayımladığı bir rapor²³ ile Otuzlar Grubu'nun raporuna²⁴ da atıfta bulunarak, her ülkenin ulusal çapta sermaye piyasası araçlarını toplu olarak saklaması için bir saklama kuruluşu kurması, önerisinde bulunmuştur²⁵. IOSCO, farklı tarihlerde yayınladığı "Menkul Kıymet Takas Sistemleri Hakkındaki Öneriler" isimli üç ayrı raporunda sermaye piyasası araçlarına ilişkin on dokuz ayrı öneride bulunmuştur²⁶.

C. ISSA

ISSA'nın temelleri 1979 yılında çeşitli bankaların²⁷ sermaye piyasası araçları ile ilgili üst düzey yöneticilerinin bir araya gelerek oluşturdukları topluluk²⁸ ile atılmıştır²⁹. Sermaye piyasasının ve sermaye piyasası araçlarının gelişimine paralel olarak yapısında meydana gelen gelişmeler sonucu topluluk, 1996 yılında bugünkü ismi olan ISSA, ismini

²¹ Otuzlar Grubu'nun yayınları ve hazırladıkları raporlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.group30.org/publications.htm#S>

²² <http://www.iosco.org/about/>

²³ IOSCO, Towards A Legal Framework For Clearing And Settlement In Emerging Markets, Emerging Markets of the International Organization of Securities Commissions, November 1997.

²⁴ Gof Thirty, Clearance and Settlement in the World's Securities Markets, Washington & London 1992.

²⁵ IOSCO, Towards A Legal, s. 6.

²⁶ Raporlar, BIS (Bank for International Settlement) bünyesinde oluşturulan Ödeme ve Takas Sistemleri Komisyonu (Committee on Payment and Settlement Systems - CPSS) ile IOSCO'nun ortak çalışması ile hazırlanmıştır.

²⁷ Bu bankalar şunlardır: Citibank, Deutsche Bank ve Union Bank of Switzerland.

²⁸ Söz konusu topluluğun ismi; "Foundation of the International Society of Securities Administrators" dir.

²⁹ <http://www.issanet.org/html/history.html>

almıştır³⁰. ISSA, 1988 yılında, Otuzlar Grubu'nun 1988 tarihli raporuna³¹ da yol gösteren, sermaye piyasalarına ilişkin dört temel öneriden oluşan bir rapor hazırlamıştır. Daha sonraki yıllarda yayınlanan Otuzlar Grubu öneri raporları da dikkate alınarak 2000 yılında³² ISSA kendisine ait sekiz ana başlık altında topladığı önerilerini de bir rapor halinde yayınlamıştır³³.

D. UNIDROIT

UNIDROIT, 1926'da Birleşmiş Milletlerin bir organı olarak kurulmuştur. Daha sonra 1940 yılında yapısı değişen enstitü, bağımsız ve uluslar arası bir kuruluş olarak faaliyetlerine devam etmektedir³⁴. UNIDROIT ülkeler arasında var olan farklı uygulamaları yeknesaklaştırabilmek adına sermaye piyasalarına ilişkin farklı tarihlerde toplam üç tane rapor³⁵ yayınlamıştır. Bu raporlarda enstitüye üye ülkeler arasındaki uygulama farklılıklarına değinilmiş ve bu farklılıkların kaldırılması adına yapılması gereken çalışmalara yer verilmiştir. Ayrıca bu raporlardan birisinde³⁶, Otuzlar Grubu'nun 2003 yılında yayınladığı raporda³⁷ yer alan öneriler de değerlendirilmiştir³⁸.

³⁰ <http://www.issanet.org/html/history.html>

³¹ Gof Thirty, Clearance and Settlement Systems in the World's Securities Markets, by Steering & Working Committees of the Securities Clearance and Settlement Study, 1988.

³² The 10th ISSA Symposium, held in Ermatingen, Switzerland from the 23rd to 26th of May 2000, endorsed a series of recommendations proposed by an ISSA board-working group.

³³ <http://www.issanet.org/html/recs2000.html>

³⁴ UNIDROIT, Indirectly Held Securities, s. 30.

³⁵ The UNIDROIT Study Group on G30 Plan of Action: UNIDROIT Contribution to Recommendations on Legal Certainty London, May 2003; The UNIDROIT Study Group on Harmonised Substantive Rules Regarding Indirectly Held Securities Position Paper, August 2003.

³⁶ The UNIDROIT Study Group on G30 Plan of Action: UNIDROIT Contribution to Recommendations on Legal Certainty London, May 2003.

³⁷ Gof Thirty, Global Clearing and Settlements: A Plan of Action, by Steering & Working Committees of Global Clearing & Settlements Study Group, 2003

³⁸ UNIDROIT, G30 Plan of Action: UNIDROIT Contribution to Recommendations on Legal Certainty London, May 2003.

E. CESR

CESR, Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2001 yılında aldığı bir karar ile kurulmuştur³⁹. CESR, Avrupa Birliği sermaye piyasaları ile ilgili çalışmalar yapan bağımsız bir kuruluştur⁴⁰. Avrupa Parlamentosu⁴¹ 1998 yılında sermaye piyasası araçlarına ilişkin ödeme ve takas sistemlerine ilişkin bir direktif⁴² yayınlamıştır. “Ödeme ve Menkul Kıymet Takas Sistemlerinde Takasın Sonlandırılması ve Menkul Kıymet Takas Sistemleri⁴³” isimli bu direktif ile tüm Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olacak bazı kurallar getirilmiştir⁴⁴. Bu direktifin ardından Avrupa Merkez Bankası 2004 yılında CESR ile birlikte Avrupa Birliği ülkeleri arasındaki menkul kıymet takasının daha verimli ve etkin hale getirilmesi için bir rapor⁴⁵ yayınlamıştır. Bu raporda sermaye piyasası araçlarının takas ve saklanmasıyla ilişkin ondokuz adet öneri bulunmaktadır⁴⁶. Bu önerilerden bir tanesi de sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ve elektronik ortama aktarılmasına ilişkindir⁴⁷.

IV. ÇEŞİTLİ ÜLKE UYGULAMALARINDA KAYDI SİSTEMİN GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Avrupa'da İkinci Dünya Savaşı sırasında fiziki olarak senet üzerine basılan sermaye piyasası araçlarının muhafazası ciddi sorunlar oluşturmuştur. Bu nedenle sermaye piyasası araçlarının senetsiz olarak

³⁹ Commission Decision of 6 June 2001, Establishing the Committee of European Securities Regulators, Official Journal of the European Communities, 13.07.2001, s. 43 vd.

⁴⁰ <http://www.cesreu.org/index.php?page=cesrinshort&mac=0&id=>

⁴¹ “European Parliament”.

⁴² Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council (19.05.1998).

⁴³ Settlement Finality In Payment And Securities Settlement Systems.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/124039_en.htm

⁴⁵ “Standards For Securities Clearing And Settlement In The European Union”.

⁴⁶ Bkz. CESR, European Union, s. 11 vd.

⁴⁷ CESR, European Union, s. 35.

saklanması ile ilgili bazı çözümler ortaya atılmıştır. Dolayısıyla merkezi saklama ve kaydi sisteme geçiş sürecinin başlangıcı diğerlerine göre Avrupa’da daha eski yıllara dayanmaktadır⁴⁸. İkinci Dünya Savaşı’nı takip eden yıllarda ise, Avrupa ülkelerindeki borsalarda hisse senetlerine ilişkin günlük işlem hacimleri giderek artmaya başlamıştır⁴⁹. Bu durum sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerin yapılması konusunda çeşitli rasyonalizasyon çalışmalarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu rasyonalizasyon çalışmaları çerçevesinde değişik aşamalar sonucunda kaydi sistem geliştirilmiştir.

1960’lı yıllarda ABD’de sermaye piyasası araçlarının ve bu araçlara ilişkin işlemlerin sayısının olağanüstü derecede artması “Paperwork Crisis (Paperwork Crunch)” olarak isimlendirilen krizin ortaya çıkmasına neden olmuştur⁵⁰. Bu kriz, sermaye piyasalarının merkezi konumunda olan ABD’de, New York Borsası (NYSE), Amerikan Borsası (AMEX) ve tezgah üstü piyasalarda (OTC) faaliyet gösteren takas kurumlarının birleştirilmesi ile oluşan Ulusal Menkul Kıymetler Takas Kuruluşu (NSCC)’nin kurulması ve bu kuruluşun Amerikan Saklama Kuruluşu (DTC) ile birleşmesine kadar uzanan sürecin başlamasını sağlamıştır. Bu gelişmelere paralel olarak ABD’de de sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması ile ilgili farklı sistemler geliştirilmiş ve uygulanmıştır⁵¹.

B. Avusturya

Toplu saklamaya ilişkin ilk örnek 1872 yılında Avusturya’da görülmüştür⁵². Viyana Ciro İşlemleri ve Kasalar Birliği⁵³ aracılığıyla

⁴⁸ Baglioni / Hamai, s. 20.

⁴⁹ İsviçre’de meydana gelen gelişmeler için bkz. Handschin, Lukas, Papierlose Wertpapiere, Basel und Frankfurt am Main 1987, s. 2 vd.; Avusturya’da meydana gelen gelişmeler için bkz. Schwind, Axel, Die Bankenpraxis Österreich, Abschied vom Wertpapier, Frankfurt 1987.

⁵⁰ Guttman, Uncertificated Security, s. 717; Speidel / Summers / White, s. 136; Baglioni / Hamai, s. 17; Bjerre / Rocks, Investment Securities, s. 2; http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_holding_system

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erkarakaş, Nalan, Amerika Birleşik Devletleri ve Kore’de Menkul Kıymet Takas ve Muhafaza Sistemleri, (Clearing Corporations – Security Depositories), SPK Araştırma Raporu, Ankara 1988.

⁵² Norman, s. 39.

toplu saklama sistemi hayata geçirilmiştir⁵⁴. Daha sonra Avusturya’da 1938 yılında Depo Kanunu⁵⁵ yürürlüğe girmiştir. Bu Depo Kanunu 1937 tarihli Alman Depo Kanunu’ndan iktibas edilerek hazırlanmıştır. Avusturya, 1970 yılında tek tek senet basımından vazgeçerek sermaye piyasası araçlarının saklanması açısından toplu senet sistemi uygulamasına başlamıştır⁵⁶. 1974 ve 1984 yıllarında sermaye piyasasındaki gelişmeler doğrultusunda ilgili kanuni değişiklikler yapılmıştır⁵⁷. Avusturya’da merkezi saklama hizmeti halen “CSD.A⁵⁸” tarafından yerine getirilmektedir⁵⁹. CSD.A, sermaye piyasası araçlarının merkezi olarak saklanması yanında takas hizmeti de sunmaktadır⁶⁰. CSD.A, banka statüsünde bir anonim şirket⁶¹ olan OeKB⁶²,nin bir dairesi olarak hizmet vermektedir⁶³.

C. Almanya

Almanya’da 1896 yılında Berlin Kasalar Birliği⁶⁴ kurulmuştur⁶⁵. Daha sonra 1937 yılında kıymetli evrakların saklanması ile ilgili Depo

⁵³ Viyana Ciro İşlemleri ve Kasalar Birliği’nin orijinal dildeki karşılığı “*Wiener Giro und Kassenverein*” dir.

⁵⁴ Turanboy, s. 2.

⁵⁵ Avusturya, Almanya’da önce toplu saklama sistemini uygulasa da sistemli olarak toplu saklamaya Almanya’dan 1 yıl sonra 1938 yılında Depo Kanunu ile geçilmiştir.

⁵⁶ Öztan, Kıymetli Evrak (1997), s. 322.

⁵⁷ Turanboy, Varakasız, s. 9 dn.19.

⁵⁸ “Central Securities Depository.Austria”.

⁵⁹ CSD.A, hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, Anna, Profile of the Oesterreichische Kontrollbank AG (OeKB) in its capacity as the Central Securities Depository for the Austrian Capital Market (CSD.A), 07.07.2010. Bkz. http://www.anna-web.com/pdf_profil/OeKB_AT.pdf

⁶⁰ Graf, s. 15.

⁶¹ OeKB AG, Avusturya Hukuku’na göre anonim şirket (Aktiengesellschaft) statüsündedir.

⁶² “*Oesterreichische Kontrollbank Aktiengesellschaft*”. OeKB hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oekb.at/en/about-oekb/pages/default.aspx>

⁶³ Graf, s. 15.

⁶⁴ Berlin Kasalar Birliğinin orijinal dildeki adı “*Berliner Kassenverein*”dır.

Kanunu⁶⁶ çıkarılmıştır⁶⁷. Bu kanunla birlikte sermaye piyasası araçlarının saklanması için toplu saklama bankaları kurulmuştur⁶⁸. Almanya’da kıymet hakkı ve kaydi değer olarak adlandırılabilir ilk uygulama ise İkinci Dünya Savaşı sırasında görülmüştür⁶⁹. İkinci Dünya Savaşı sırasında savaş nedeniyle sermaye piyasası araçlarının zayı olmasına tehdi ortaya çıkmış ve toplu saklama zorunlu hale getirilmiştir⁷⁰. Savaş sonrasında toplu saklamanın zorunlu olmasına ilişkin sebepler ortadan kalkmasına rağmen toplu saklama sistemi uygulamasına devam edilmiştir⁷¹.

D. Fransa

Fransa’da toplu saklamaya geçişin ilk aşaması, İkinci Dünya savaşı sırasında savaşın ortaya çıkardığı nedenlerle gerçekleşmiştir⁷². 1941 yılında ilk takas ve saklama kuruluşu olan “Senet Virmanları Merkezi – CCDVT⁷³” kurularak sermaye piyasası araçlarının toplu saklanması zorunlu hale getirilmiştir⁷⁴. Takas ve saklama kuruluşunun kurulmasındaki amaç, tek aşamada kaydi sisteme geçilebilmesidir⁷⁵. Ancak Fransız halkının tam olarak bilgilendirilememesi ve fiziksel senetleri kullanma alışkanlığının kırılmaması nedeniyle sistem başarılı olamamıştır⁷⁶. Tek aşamada kaydi sisteme geçiş denemesinde yaşanan başarısızlık nedeniyle, 1949’da Senet Virmanları Merkezi’nin

⁶⁵ Turanboy, Varakasız, s. 2.

⁶⁶ *Kanunun orijinal adı “Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren” dir. Bu kanun “Saklamaya Verilmiş Kıymetli Evrak Kanunu” olarak Tercüme edilebilir. Bkz. Turanboy, s. 2, dn. 11.*

⁶⁷ Baglioni / Hamau, s. 20.

⁶⁸ Norman, s. 39.

⁶⁹ Turanboy, Varakasız, s. 43.

⁷⁰ Norman, s. 39; Öztan, Kıymetli Evrak (1997), s. 313.

⁷¹ Acır, s. 49.

⁷² Norman, s. 39.

⁷³ “Caisse Centrale de Dépôts et de Virements de Titres”.

⁷⁴ Baglioni / Hamau, s. 21.

⁷⁵ Acır, s. 52.

⁷⁶ Acır, s. 52.

faaliyetlerine son verilmiştir⁷⁷. Takas ve saklama sistemi yeniden kurularak fiziki saklamaya geçilmiştir. Bu aşamada sermaye piyasası araçlarının toplu olarak saklanabilmesi için 1949 yılında SICOVAM kurulmuştur⁷⁸.

E. İsviçre

İsviçre’de 1960’lı yıllarda sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerin sayısının artması, saklanan kıymetler için ayrılan yer ve personel sıkıntısı ile saklama masraflarının çokluğu nedeniyle toplu saklama sistemine geçilmesi fikri ön plana çıkmıştır. Gelişmeler üzerine 1961 yılında İsviçre Bankalar Birliği toplu saklamaya geçilmesi yönünde bir karar almıştır. Daha sonra toplu saklamaya geçilmesi adına İsviçre Bankalar Birliği 1969 tarihli bir genelge yayınlamış ve 1970 yılında toplu saklamayı gerçekleştirmek üzere SEGA kurulmuştur⁷⁹.

F. İngiltere

İngiltere’de 1980’li yıllarda sermaye piyasası araçlarının takası için TAURUS⁸⁰ isimli bir sistem geliştirilmiştir⁸¹. Sistemin amacı, sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemlerin daha az zamanda ve düşük maliyetlerle gerçekleştirilmesidir. Ancak zaman içerisinde sistemin maliyeti tahmin edilmeyecek düzeyde artmıştır⁸². Dolayısıyla sistem, amacına hizmet etmekten uzaklaşmıştır. Ortaya çıkan gelişmeler sonucu 1993 yılında TAURUS sisteminin kullanımına son verilmiştir⁸³. TAURUS sisteminin iptal edilmesinin ardından sermaye piyasasında ortaya çıkan ihtiyacı karşılamak adına İngiltere Bankası⁸⁴ sermaye

⁷⁷ Baglioni / Hamai, s. 21; Aykın, s. 8.

⁷⁸ Baglioni / Hamai, s. 21; Norman, s. 40; Turanboy, Varakasız, s. 3.

⁷⁹ Handschin, s. 6; Norman, s. 40; Turanboy, Varakasız, s. 3.

⁸⁰ “Transfer and Automated Registration of Uncertified Stock”.

⁸¹ Baglioni / Hamai, s. 21.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Martin, James, Cybercorp: The New Business Revolution, American Management Association, New York 1996, s. 26 vd.

⁸³ [http://en.wikipedia.org/wiki/TAURUS_\(share_trading\)](http://en.wikipedia.org/wiki/TAURUS_(share_trading))

⁸⁴ “Bank of England”.

piyasası araçlarının takası için yeni bir sistem geliştirmek üzere çalışmalara başlamıştır⁸⁵.

G. Norveç

Norveç'te 1985 yılında⁸⁶ sermaye piyasası araçlarının merkezi olarak saklanması için "The Norwegian Central Securities Depository (VPS⁸⁷)" isimli merkezi saklama kuruluşu kurulmuştur⁸⁸. VPS, 1985 tarihli merkezi saklama kuruluşlarına ilişkin bir kanun⁸⁹ ile Norveç açısından tek yetkili saklama kuruluşu olarak kurulmuştur⁹⁰. VPS, 1985 yılında kurulmasının ardından 1986 yılında⁹¹ faaliyete geçmiştir⁹². VPS'nin faaliyete geçtiği 1986 yılında Norveç'te tüm devlet borçlanma senetleri ve halka açık şirketlerin hisse senetleri kaydileştirilmiştir⁹³.

H. Yunanistan

Yunanistan Merkezi Menkul Kıymet Saklama Kuruluşu (CSD)⁹⁴, 1991 yılında Atina Borsa'sında⁹⁵ gerçekleşen işlemlere takas ve saklama hizmeti vermek amacıyla kurulmuş anonim şirket statüsünde bir merkezi saklama kuruluşudur. Yunanistan kaydi sistemi, Norveç model alınarak oluşturulmuştur. CSD, kamu sermaye piyasası araçları dışındaki sermaye

⁸⁵ Baglioni / Hamoui, s. 22.

⁸⁶ 14 Haziran 1985. Bkz. http://www.vps.no/public/vps_eng/About-VPS/Information-from-VPS (The Association of Global Custodians – Questionnaire)

⁸⁷ "Verdipapirsentralen ASA".

⁸⁸ Anna, Verdipapirsentralen, s. 3; Yılmaz, s. 37.

⁸⁹ 1985 Act relating to the Norwegian Central Securities Depository.

⁹⁰ <http://www.ecsda.com/portal/whatisecsda/members/verdipapirsentralenasa/>

⁹¹ 26 Mayıs 1986. Bkz. http://www.vps.no/public/vps_eng/About-VPS/Information-from-VPS (The Association of Global Custodians – Questionnaire)

⁹² Rygvold, s. 50; VPS, Disclosure Framework, s. 4.

⁹³ Anna, Verdipapirsentralen, s. 3.

⁹⁴ Central Securities Depository S.A. – CSD.

⁹⁵ Athens Stocks Exchange – ASE.

piyasası araçlarını kaydi olarak saklamaktadır. Kamu sermaye piyasası araçları ise Yunanistan Merkez Bankası tarafından saklanmaktadır⁹⁶.

I. Amerika Birleşik Devletleri

New York Borsası'nda 1960'a kadar günlük ortalama işlem hacmi 3 milyon iken, 1960'ların başında 12 milyona, 1970 yılında 52 milyona ve 1986 yılında 1 milyar işleme çıkmıştır⁹⁷. 1960'lı yıllarda borsada ortaya çıkan işlem hacmindeki aşırı artış sonucunda oluşan senet teslimatlarındaki kriz nedeniyle 1968 yılında New York Borsası'nda geçici bir toplu saklama merkezi (CCS)⁹⁸ kurulmuştur⁹⁹.

1971 yılında Menkul Kıymet Yatırımcılarını Koruma Kanunu¹⁰⁰ çıkarılmıştır. Borsadaki işlemler alıcı ve satıcı arasında yüz yüze değil, araçlar yoluyla yapılmaya başlanmıştır¹⁰¹. Bu Kanun'un amacı, kaydi devirler yoluyla işlemlerin çabuklaştırılması ve risklerin ortadan kaldırılmasıdır¹⁰². New York Borsası'nda geçici toplu saklama merkezi olarak kurulan CCS, Mayıs 1973'de Amerika için merkezi bir saklama kuruluşu olan Depository Trust Company (DTC)'ye dönüştürülmüştür¹⁰³. DTC, Amerika'daki saklama kuruluşları arasındaki organizasyonu sağlamak amacıyla kurulmuştur. DTC, kurulmasından kısa bir süre sonra Amerikan Merkez Bankası Sistemi¹⁰⁴ ne dâhil edilerek bu sistemin bir üyesi olmuştur¹⁰⁵.

V. TÜRKİYE'DE KAYDI SİSTEMİN GELİŞİMİ

Türkiye'de kaydi sisteme geçiş, diğer dünya ülkelerinden – Avrupa ülkelerinden ya da ABD'den – farklı olarak gelişmiş ve

⁹⁶ Haselçin, Kaydi Sistem, s. 91.

⁹⁷ Guttman, Uncertificated Security, s. 717; Aronstein, Stock Certificate, s. 273; Turanboy, Varakasız, s. 1; Aykın, s. 7.

⁹⁸ “Central Certificate Service”.

⁹⁹ Loader, s. 13; Baglioni / Hamau, s. 17; Dentzer, s. 3; Norman, s. 41.

¹⁰⁰ Bu kanunun orijinal dildeki karşılığı “*Securities Investor Protection Act*” tir.

¹⁰¹ Turanboy, Varakasız, s. 13.

¹⁰² Aykın, s. 9.

¹⁰³ Baglioni / Hamau, s. 17 – 18; Norman, s. 41; Dentzer, s. 11.

¹⁰⁴ Federal Reserve System – FRS.

¹⁰⁵ Crespi, s. 162 vd; Dentzer, s. 11.

gerçekleşmiştir. Ancak Türkiye’de de doğrudan kaydi sisteme geçilmemiş, belli uygulama ve aşamalar sonucunda kaydi sisteme geçilebilmiştir¹⁰⁶.

Dünyadaki gelişim süreci açısından değerlendirildiğinde ise, Türk Hukuku açısından toplu saklama ve bunu takiben kaydi sisteme geçişin ilk aşaması olarak kabul edilebilecek gelişme, İMKB bünyesinde takas ve saklama işlemlerinin yerine getirilmesi için bir müdürlük kurulmasıdır¹⁰⁷. 1988 yılında menkul kıymet alım satım işlemlerinin takasının İMKB üyelerinin kendi aralarında yapılmasından vazgeçilerek, İMKB bünyesinde takas ve saklama işlemleri gerçekleştirmek üzere bir müdürlük kurulmuştur¹⁰⁸.

1991 yılında sektör kurumlarının da bünyesinde yer aldığı İMKB Takas ve Saklama A.Ş kurulmuştur¹⁰⁹. İMKB bünyesinde takas ve saklama işlemlerini yürüten müdürlük, Ocak 1992 tarihinde takas ve saklama yetkisini İMKB Takas ve Saklama AŞ’ne devretmiştir¹¹⁰.

İMKB Takas ve Saklama AŞ unvanı ile faaliyete geçen merkezi saklama kuruluşu anonim şirket statüsünde 28.07.1995 tarihine kadar faaliyetini sürdürmüştür¹¹¹. Bu kuruluş 28.07.1995 tarihinde yapılan genel kurulunda alınan karar ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Takas ve Saklama Bankası AŞ (TAKASBANK) unvanını almış ve 01.01.1996 tarihinden itibaren bankacılık faaliyetine – mevduat kabul etmeyen banka statüsünde¹¹² – başlamıştır.

¹⁰⁶ Kaydi sistemden önceki dönemde, Türkiye’deki takas ve saklama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SPK, Türkiye’de Takas ve Saklama, TAKASBANK – İMKB Takas ve Saklama Bankası A.Ş., Piyasası Gözetim ve Düzenleme Dairesi, 1999.

¹⁰⁷ İMKB Takas ve Saklama Merkezleri Yönetmeliği’nin 2. maddesine göre “Takas Merkezi” ve “Saklama Merkezi” isimli iki merkez borsada kurulu ilgili müdürlük bünyesinde görev yapacaktır (RG. T. 19.02.1996, S. 22559).

¹⁰⁸ <http://www.takasbank.com.tr/Pages/Tarihce.aspx>

¹⁰⁹ Bkz. Tanör, Sermaye Piyasası, C. I, s. 345.

¹¹⁰ TAKASBANK, Takas, s. 2.

¹¹¹ TAKASBANK, Takas, s. 2.

¹¹² Haselçin, Kaydi Sistem, s. 33.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun 25.09.1997 tarihli kararı¹¹³ ile sermaye piyasası araçlarının toplu saklanması açısından “müşteri ismine saklama” yöntemine geçilmiştir. Müşteri ismine saklama yöntemi, Mayıs 1999'dan itibaren uygulanmaya başlanmıştır¹¹⁴.

Sermaye piyasası araçlarının aracı kurumlar nezdinde saklanmasından vazgeçilerek TAKASBANK'ın sermaye piyasası araçları açısından yetkilendirilen tek kuruluş haline gelmesi ile birlikte sermaye piyasası araçlarının kaydi değer olarak izlenmesine olanak verecek yasal süreç de başlamıştır¹¹⁵. Bu süreç çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydi değerle ilgili düzenlemeler yapma yetkisi veren Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin (n) bendi¹¹⁶, 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹¹⁷ ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile Sermaye Piyasası Kurulu'nun kaydi değerle ilgili düzenleme yapma yetkisi genişletilerek, sermaye piyasası araçlarının kaydi değer haline getirilmesinin yanında kaydi değer haline getirilen sermaye piyasası araçlarının kaydedileceği resmi sicil ile ilgili düzenleme yapma yetkisi de Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiştir¹¹⁸. Ancak 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş¹¹⁹ ve bu düzenleme uygulamaya geçirilememiştir.

¹¹³ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 25.09.1997 tarih ve 27 / 1546 sayılı kararı (Sermaye Piyasası Kurulu'nun 1997 / 40 sayılı Haftalık Bülteni). Sermaye Piyasası Kurulu Haftalık bültenleri için bkz. <http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/index.aspx?submenuheader=-1>

¹¹⁴ <http://www.imkb.gov.tr/AboutUs/History.aspx>

¹¹⁵ Manavgat, Merkezi Saklama, s. 130.

¹¹⁶ 4487 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen Görev ve Yetkiler başlıklı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin (n) bendinin değişiklikten önceki metni şu şekildedir: “n) Sermaye piyasası araçlarının takası, saklanması veya kaydi değer haline getirilmesi ve derecelendirilmesini düzenlemek ve denetlemek”

¹¹⁷ 08.06.1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanun'un Verdiği Yetkiye Dayanılarak Çıkarılan Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 24.6.1995 tarih ve 558 sayılı KHK (KHK/558) (RG. T. 27.06.1995, S. 22326).

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. Özkorkut, Depo Sertifikaları, s. 104.

¹¹⁹ KHK/558, Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1995 tarih ve 22473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.11.1995 gün ve E.1995/45 – K.1995/58 sayılı kararı ile usul yönünden iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin KHK/558'in

1996'da yayınlanan, "Seri: IV, No: 22, Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesine ilişkin Esaslar Tebliği"¹²⁰ (Kaydi Değer Tebliği)", sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin Türk Hukuku'ndaki genel nitelikli ilk hukuki düzenlemedir¹²¹. Kaydi Değer Tebliği ile sermaye piyasası araçlarının saklanması açısından, toplu senet sistemine geçilmesi öngörülmüştür¹²². Ancak gerekli kanuni değişiklikler yapılmadan tebliğin yayınlanması ile hukuki ve teknik altyapısı oluşturulmadan sistemin uygulanmaya çalışılması nedeniyle, toplu senet sistemine geçiş, başarılı bir şekilde sonuçlandırılmamıştır¹²³. Nitekim Kaydi Değer Tebliği'nin yürürlüğü 1997 yılında Danıştay Onuncu Dairesi'nin kararı ile durdurulmuş¹²⁴ ve daha sonra 2000 yılında¹²⁵ söz konusu tebliğ iptal edilmiştir¹²⁶.

iptaline ilişkin 13.11.1995 gün ve E.1995/45 - K.1995/58 sayılı kararının, KHK'nın bazı hükümleri bakımından kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra (24.03.1996 tarihinde) yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. KHK'nın diğer hükümlerine ilişkin iptal kararı ise, Anayasa'nın 153'üncü maddesi uyarınca Resmi Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹²⁰ RG. T. 19.12.1996, S. 22852.

¹²¹ Kaydi Değer Tebliği ile anonim şirketlerin borsada işlem gören hisse senetleri ile yatırım fonu katılma belgelerinin toplu saklama senedi şeklinde basılacağı ve bunlara ilişkin işlemlerin kaydi olarak yapılacağı düzenlenmiştir (m.4). Borsada işlem gören anonim şirketlerin hisse senetlerinin bu şekilde tek tek fiziki basımından vazgeçilmesinin sebeplerinden biri, anonim şirketlerin borsaya kotasyonu yoluyla bunların tedavülünde aleniyetin sağlanması ve senetlerin kimin elinde olduğunun izlenebilmesidir. Bkz. Reisoğlu, Seza, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1988, s. 67.

¹²² Bu sistem ile 1) Tebliğ kapsamına giren menkul kıymetlerin tek tek fiziki olarak basılmayacağı, 2) Bu menkul kıymetlerdeki hakları temsil üzere bir toplu saklama senedi basılacağı, 3) Bu senedin TAKASBANK nezdinde saklanacağı, 4) Menkul kıymetlere ilişkin işlemlerin kaydi olarak yapılacağı, temel ilkeleri benimsenmiştir.

¹²³ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Evraksız Kıymetli Evrak, s. 16; Özkorkut, Depo Sertifikaları, s. 106; Aykın, s. 78.

¹²⁴ Danıştay 10. D. T. 09.06.1997, E. 1997 / 577.

¹²⁵ Danıştay 10. D. T. 25.05.2000, E. 1997 / 577, K. 2000 / 1934.

Bu nedenle sermaye piyasası araçları açısından merkezi bir saklama sistemi olan toplu senet sistemi, tam olarak uygulamaya geçirilememiştir. Bu nedenle sermaye piyasası araçlarının saklanması ilişkin rasyonalizasyon çalışmalarının son aşaması olan kaydi sisteme geçilmesi tercih edilmiştir¹²⁷.

§3. KAYDI SİSTEM

I. GENEL OLARAK

Kaydi sistem, sistem kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının fiziki olarak senet üzerine basılması yerine, elektronik ortamda kaydi olarak oluşturulduğu, bu araçların ve bu araçlara ilişkin hakların merkezi saklama kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayden izlendiği ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin merkezi saklama kuruluşu nezdindeki hesaplar üzerinde kaydi olarak yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi bir saklama sistemidir¹²⁸.

II. KAYDI SİSTEMİN ÖZELLİKLERİ

Türkiye'deki kaydi sistem, kaydileştirilebilecek tüm sermaye piyasası araçlarının ve bunlara ilişkin hakların kaydi olarak tutulmasını sağlayan, çoklu para birimi ve çoklu dil mantığıyla çalışan, Merkezi Kayıt Kuruluşu içinden ve dışından kullanıcıların kolaylıkla bağlanarak sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemleri kaydi olarak yapabilecekleri ve rapor alabilecekleri, 7/24 kesintisiz hizmet sunan ve yüksek güvenlik standartlarına sahip bir yapıdadır¹²⁹.

Türkiye'de uygulanan kaydi sistemin temel özellikleri; merkezi saklama, açık saklama, kaydi saklama, müşteri ismine saklama, model C ve tam kaydi sistem olarak belirlenebilir.

¹²⁶ Bu Tebliğ'in Danıştay tarafından önce yürürlüğünün durdurulmasının ve daha sonra iptal edilmesinin sebebi, Tebliğ'in dayanağı olan 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesidir. (Anayasa Mahkemesi T. 13.11.1995, E. 1995/45, K. 1995/58).

¹²⁷ Acır, s. 185; Ergincan, Dünya ve Türkiye, s. 175.

¹²⁸ Norman, s. 311.

¹²⁹ MKK, İş ve Bilişim, s. 5.

§4. KAYDI SİSTEMİN KAPSAMI

I. KAYDI SİSTEME TABİ ŞİRKETLER

Payları halka arz edilmiş ve borsada işlem gören halka açık anonim şirketler yanında payları borsada işlem görmeyen ancak ortak sayısı 250'yi geçtiği için halka açık (payları halka arz edilmiş) sayılan anonim şirketleri de kaydi sistem kapsamında kabul etmek gerekir.

Kaydileştirilmeyen anonim şirket payları, borsada işlem görememektedir. Bu nedenle payları borsada işlem gören anonim şirketlerin paylarının kaydileştirilmesi zorunludur. Ancak ortak sayısı 250'yi geçtiği için halka açık sayılan anonim şirketlerin payları, kural olarak, borsada işlem görmemektedir. Bu nedenle kanaatimizce, ortak sayısı 250'yi geçtiği için halka açık sayılan anonim şirketlerin paylarının kaydileştirilmesi, payları borsada işlem gören anonim şirketlerin aksine, zorunlu değildir¹³⁰.

II. KAYDİLEŞTİRİLEBİLECEK SERMAYE PİYASASI ARAÇLARI

A. Genel Olarak

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 4. fıkrasında; *“Kurul bu madde kapsamında kaydı tutulacak hakları, bu hakların bağlı olduğu sermaye piyasası araçlarını, türleri ve ihraççıları itibarıyla belirleyebilir”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükmün lafzından çıkan sonuç; tür ve ihraççısı itibarıyla değerlendirildiğinde her sermaye piyasası aracının kaydileştirmeye konu olamayacağıdır¹³¹.

¹³⁰ Mevcut hukuki düzenlemeler açısından değerlendirildiğinde, ortak sayısı 250'yi geçtiği için halka açık sayılan anonim şirketler kaydi sistem kapsamındadır. Ancak uygulamada Merkezi Kayıt Kuruluşu payları borsada işlem görmeyen şirketlerin üyeliğini kabul etmemektedir. Bu nedenle mevcut uygulama açısından değerlendirildiğinde, ortak sayısı 250'yi geçtiği için halka açık sayılan anonim şirketler kaydi sistem kapsamında değildir. Kanaatimizce Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun bu uygulaması, mevcut hukuki düzenlemelere aykırıdır.

¹³¹ Aynı yönde bkz. Manavgat, Kaydi Sistem, s. 177 – 178. Sevi, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 1. fıkrasında yer alan *“Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir”* şeklindeki hükümden

B. Kaydileştirme İçin Gerekli Şartlar

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilebilmesi ve kaydi sistem kapsamında kabul edilebilmesi için iki şartın varlığı gerekir. Bu şartlar; 1) kaydileştirilecek sermaye piyasası aracı türünün nitelik olarak kaydileştirmeye uygun olması (nitelik şartı) ve 2) söz konusu sermaye piyasası aracının kaydileştirilebileceğine ilişkin hukuki bir dayanak olması (hukuki dayanak şartı) dır. Bir sermaye piyasası aracının kaydi sistem kapsamında değerlendirilerek kaydileştirilebilmesi için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir.

§5. KAYDI SİSTEMİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER ve ORTAYA ÇIKABİLECEK PROBLEMLER

I. ANONİM ŞİRKET PAYLARININ NEVİNE İLİŞKİN AYRIMIN ORTADAN KALDIRILMASI

Anonim şirket hisse senetlerinde yapılan nama yazılı ve hamiline yazılı şekildeki (anonim şirket paylarının nevine ilişkin) ayırım, hem şirket payının devri hem ortakların şirket tarafından bilinmesi hem de ortakların genel kurula katılması ve haklarını kullanması gibi konularda önemli farklılıklar ortaya çıkarmaktadır¹³². Ortaya çıkan önemli farklılıklara rağmen Kaydileştirme Tebliği'nin Geçici 4. maddesinin 2. fıkrasında; "...İMKB Takas ve Saklama Bankası A.Ş. nezdinde mislen saklamada tutulmakta olanlar dâhil borsada işlem gören anonim ortaklık hisse senetlerinin farklı nevilerden olması durumunda, söz konusu paylar Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından nevelerine ilişkin bir ayırım yapılmaksızın izlenir" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Kanaatimizce söz konusu düzenleme ile anonim şirket payları arasında var olan nama yazılı ve hamiline yazılı şekildeki nevi ayırımı ortadan kaldırılmamıştır. Ancak anonim şirket payının nevi ne olursa olsun, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından aralarında herhangi bir ayırım yapılmaksızın izleneceği hüküm altına alınmıştır. Böylece kaydi sisteme tabi anonim şirketlerin payları açısından söz konusu olan nama yazılı ve hamiline yazılı olma şeklindeki ayırım, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun yaptığı izleme faaliyeti açısından, fiilen ortadan kaldırılmıştır.

hareketle kaydileştirmenin tüm sermaye piyasası araçları açısından mümkün olabileceği görüşündedir. Bkz. Sevi, s. 238.

¹³² Arslan, s. 312 vd.; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, N. 1095 vd.

II. PAYLARIN DEVRİNİN PAY DEFTERİNE KAYDINDA MERKEZİ KAYIT KURULUŞU KAYITLARININ ESAS ALINACAĞINA İLİŞKİN DÜZENLEME

A. Genel Olarak

Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 6. fıkrası da anonim şirket paylarının devrinde, devrin pay defterine kaydına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre; “*Payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar esas alınır*”. Bu düzenlemenin temel amacı, Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde söz konusu sermaye piyasası aracı ile ilgili işlem yapmaya yetkili kişinin kim olduğunun belirlenmesidir¹³³.

B. Düzenlemenin Getirdiği Yenilikler

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 6. fıkrasındaki payların devrinin pay defterine kaydına ilişkin düzenleme, nama yazılı kaydi paylar açısından pay defterinin niteliğini değiştirmemiştir¹³⁴. Ayrıca bu düzenleme Ticaret Kanunu'nda yer alan (6762 sayılı TK. m.417; 6102 sayılı TK. m.499) pay defterine kayıt yükümlülüğünde de esaslı bir değişiklik yapmamıştır¹³⁵. Ancak söz konusu düzenleme iki önemli yenilik getirmiştir¹³⁶. Yeniliklerden ilki, pay devirlerinin pay defterine kaydı ve şirket ortaklarının tespiti açısından Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından ihraççılar itibariyle tutulan kayıtların esas alınmasıdır¹³⁷. Bir diğer yenilik ise, pay devirlerinin anonim şirket pay defterine kaydı için ilgililerin başvurusuna gerek olmamasıdır¹³⁸.

¹³³ Acır, s. 46.

¹³⁴ Manavgat, Kaydi Sistem, s. 183.

¹³⁵ Sevi, s. 246; Töremiş, s. 32.

¹³⁶ Haselçin, Kaydi Sistem, s. 146.

¹³⁷ Narbay, s. 160 – 161.

¹³⁸ Aynı yönde bkz. Töremiş, s. 33; Sevi, s. 247.

§8. MERKEZİ KAYDI SAKLAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Adi vedia ve usulsüz tevdi sözleşmeleri de birer saklama sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmelerin özelliklerinin sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması uygun olmadığı söylenebilir. Ardiye sözleşmesi ise, sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması ilişkin sözleşmeye uygun, yukarıda yer verildiği üzere tam olarak birebir örtüşmemekle birlikte, önemli özellikler taşımaktadır. Özellikle ardiye sözleşmesine ilişkin “aynı nevi ve vasıftan olma”, “karıştırarak saklama”, “saklananlar arasında müşterek mülkiyet ilişkisinin geçerli olması” ve “diğer müşterek maliklerin ayrıca izni olmaksızın saklanan şeyi hak sahibine teslim edebilme” gibi saklama şartları, sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması uygundur. Bu çerçevede değerlendirildiğinde sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması en yakın saklama sözleşmesi türünün ardiye sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz¹³⁹.

Her ne kadar sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması ilişkin sözleşmeye yapı olarak en yakın saklama sözleşmesi ardiye sözleşmesi olsa bile, bu sözleşmenin tam anlamıyla bir ardiye sözleşmesi olduğunu söylemek, oldukça güçtür. Çünkü sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması ilişkin sözleşmenin içeriğinde ardiye sözleşmesi ile açıklanamayacak bazı unsurlar yer almaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla hukuki niteliğinin tam olarak belirlenebilmesi için, merkezi saklama sözleşmesinin sözleşme tipleri içerisindeki yerinin de tam olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Merkezi saklama sözleşmesinin, isimli (kanunda düzenlenen, tipik) – isimli (kanunda düzenlenmeyen, atipik) sözleşme ayrımında, isimli (kanunda düzenlenmeyen, atipik) sözleşme niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanması ilişkin sözleşme hem ardiye sözleşmesine ilişkin unsurları hem de vekâlet sözleşmesine ilişkin unsurları bünyesinde bulundurmaktadır. Bu farklı sözleşme türlerine ilişkin unsurlar, merkezi saklama sözleşmesinde

¹³⁹ Acır, s. 194; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 71; Manavgat, Merkezi Saklama, s. 140.

¹⁴⁰ Acır, s. 187.

kanunun öngörmediği şekilde bir araya gelmiştir. Bu nedenle sermaye piyasası araçlarının merkezi saklanmasına ilişkin sözleşmenin, ardiye sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarını içeren karma bir sözleşme niteliğinde olduğu kanaatindeyiz¹⁴¹.

§9. KAYDI SİSTEMDEKİ KAYITLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. GENEL OLARAK

Kaydi sistemde, “kayıt” ifadesi, iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Birinci olarak kayıt, kaydi sistemdeki kaydi sermaye piyasası araçlarını anlatmak için kullanılmaktadır. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçları kaydi sistemdeki hesaplarda bir kayıt olarak varlık göstermektedir. İkinci olarak kayıt, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin yapılan işlemlerin kaydi sisteme geçirilmesini anlatmak için kullanılmaktadır. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemler kaydi sistemde veya kaydi sistem dışında yapılmakta ve yapılan işlem bir kayıt olarak kaydi sisteme geçirilmektedir.

II. KAYDI SERMAYE PİYASASI ARACININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Kaydi sermaye piyasası araçları, hukuki anlamda eşya olarak kabul edilmeli ve eşya sınıflandırmaları içerisinde taşınır eşya kategorisinde değerlendirilmelidir¹⁴². Çünkü kaydi sermaye piyasası araçları, fiziki olarak senet üzerine basılarak tecessüm etmeseler de maddi bir varlığa sahiptir. Kaydi sermaye piyasası araçlarının maddi varlığı, elektronik ortamdaki hesapta yer alan kayıt ile oluşmaktadır. Ayrıca kaydi sermaye piyasası araçları, üzerlerinde hâkimiyet (egemenlik) kurulmaya elverişli değerlerdir. Üzerlerinde hâkimiyet kurulmasına elverişli olan değerler de taşınır eşya olarak kabul

¹⁴¹ Aynı yönde bkz. Manavgat, Merkezi Saklama, s. 131; Acır, s. 187; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 64.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Öztan, Kıymetli Evrak (1997), s. 336; Turanboy, Varakasız, s. 51; Özkul, s. 15; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 80; Yalın, s. 40; Vural, s. 20.

edilebilmektedir¹⁴³. Bunun dışında kaydi sermaye piyasası araçları kişilik dışı varlıklardır. Kaydi sermaye piyasası araçlarının iktisadi bir değere sahip oldukları ise, tartışılmayacak kadar aşikârdır. Dolayısıyla kaydi sermaye piyasası araçları eşyaya ilişkin maddilik, hâkimiyete elverişlilik, kişilik dışılık ve iktisadi değer gibi tüm unsurları taşımaktadır¹⁴⁴. Kaydi sermaye piyasası araçlarında elektronik ortamdaki hesapta yer alan kayıt, hakka senet (kâğıt) gibi maddi bir varlık kazandırmaktadır. Böylece söz konusu hak hâkimiyet altına alınabilmekte ve çeşitli hukuki işlemlere konu olabilmektedir¹⁴⁵. Bu çerçevede değerlendirildiğinde de kaydi sermaye piyasası araçları eşya olmanın tüm sonuçlarını gerçekleştirebilecek niteliktedir¹⁴⁶.

B. Kaydi Anonim Şirket Payının Hukuki Niteliği

Çıplak payların maddi varlığının pay defterinde olmasına karşılık, kaydi anonim şirket paylarının maddi varlığı elektronik ortamdaki kayıttadır. Dolayısıyla hem çıplak paylar hem de kaydi anonim şirket payları “senede bağlanmamış pay” niteliğindedir¹⁴⁷.

C. Kaydi Sermaye Piyasası Aracı Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği

Kaydi sermaye piyasası araçları, taşınır eşya niteliğinde olduğu için, kaydi sermaye piyasası araçları üzerinde hak sahibi olan kişinin bu hakkının niteliği, taşınır eşya üzerindeki eşya sahibinin hakkına göre belirlenmelidir. Taşınır bir eşya üzerindeki eşya sahibinin hakkı ise, mülkiyet hakkıdır¹⁴⁸.

¹⁴³ Elektrik enerjisi, atom enerjisi, su ve havagazı gibi üzerinde hâkimiyet (egemenlik) kurulmaya elverişli (temellüke salih) değerler de taşınır hükmünde kabul edilmektedir. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 587.

¹⁴⁴ Handschin, s. 21.

¹⁴⁵ Özkul, s. 15; Yalın, s. 40.

¹⁴⁶ Handschin, s. 21; Öztan, Kıymetli Evrak (1997), s. 336.

¹⁴⁷ Ergincan / Yayla, s. 154.

¹⁴⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 586.

III. KAYDI SİSTEME YAPILAN KAYITLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistemdeki kayıtlar, açıklayıcı etkiye sahiptir¹⁴⁹. Çünkü bir sicile yapılan kaydın kurucu etkiye sahip olabilmesi için, hakkın sicile yapılan kayıt ile doğması ve terkinle sona ermesi gerekmektedir¹⁵⁰. Söz konusu hak, sicile kayıt yapılmasından önce doğuyor ve kayıt önceden mevcut hukuki bir ilişkiyi saptamaya yarıyorsa, sicile yapılan kayıt kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir¹⁵¹. Kayıtların kurucu etkiye sahip olabilmesi için, sicile yapılan kaydın aleniyet ve güven fonksiyonlarını da yerine getirmesi gerekmektedir. Ayrıca kayıtların kurucu etkiye sahip olabilmesi için kanuni bir dayanağa da ihtiyaç vardır¹⁵².

Öncelikle, hukuki düzenlemelerde kaydi sisteme yapılan kayıtların kurucu etkiye sahip olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinde aynı hakların kayden oluşturulmasından değil, kayden izlenmesinden bahsedilmektedir¹⁵³. Dolayısıyla kurucu etkiye sahip bir kayıt sisteminin oluşturulması için gerekli kanuni dayanak bulunmamaktadır. Ayrıca kayıtların kurucu nitelikte olabilmesi için gerekli aleniyet ve güven fonksiyonlarını yerine getirme özelliği kaydi

¹⁴⁹ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 543; Manavgat, Kaydi Sistem, s. 181; Ayhan, 123 – 124; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 98; Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 16; Urkan, Hisse Senetlerinin Rehni, s. 111; Narbay, s. 163; Sevi, s. 245; Özdamar, s. 53.

¹⁵⁰ Sicile yapılan kaydın yeni hukuki bir sonuç doğmasına sebebiyet vermesi halinde, ihdasi nitelikte olduğu yönünde bkz. Karahan, s. 109.

¹⁵¹ Ticaret sicilinde tescilin önceden mevcut hukuki bir ilişkiyi saptamaya yaraması ve maddi hukuki ilişkiye tesir etmemesi halinde, ihbari nitelikte olduğu yönünde bkz. Karahan, s. 109.

¹⁵² Aynı yönde bkz. Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 14; Varol, s. 232; TAKASBANK tarafından tutulan kayıtlara aynı etkiler tanınabilmesi için kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönünde bkz. Turanboy, Varakasız, s. 154. Kayıtlara ancak kanuni bir düzenleme ile aleniyet sağlanabileceği yönünde bkz. Meier-Hayoz, s. 398.

¹⁵³ Ayhan, s. 125; Urkan, Hisse Senetlerinin Rehni, s. 110.

sistem kayıtlarında bulunmamaktadır¹⁵⁴. Nitekim kaydi sistemdeki kayıtlar, kamu güvenliğini haiz olmadığı gibi, tapu sicilindeki kayıtlarda olduğu gibi Medeni Kanun'un 1023. maddesindeki etkiye de sahip değildir. Öte yandan kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin yapılan işlemler nedeniyle kaydi sistem dışında hakların doğması ve sona ermesi mümkündür¹⁵⁵.

Kanaatimizce ortaya çıkabilecek olumsuzlukları asgariye indirmek için, Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına aynı etkiler tanınmalıdır¹⁵⁶. Diğer bir ifade ile kaydi sistem kayıtları kurucu etkiye sahip olmalıdır¹⁵⁷. Şüphesiz kaydi sistem kayıtlarına kurucu etki tanınması için yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Yapılacak kanuni bir düzenleme ile kayıtlara kurucu etki tanınması, doktrinde var olan kayıtların etkisine ilişkin tartışmayı da ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu düzenleme ile birlikte, kaydi sistem dışında taraflar arasından yapılan hukuki işlemlerin kayıtlara geçirilmesi de zorunlu hale gelecektir. Böylece kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemler açısından kaydi sistemin kullanılma oranı %100 olacaktır. Bu durum sermaye piyasasının kontrolü açısından önemli olduğu gibi, kaydi sistemin getiriliş amaçlarından olan sermaye piyasası işlemlerinde şeffaflık ve sisteme ilişkin suiistimallerin tespit edilmesi amacına da uygun olacaktır.

C. Kayda İyiniyetle Güvenerek Hak İktisabı

Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistemdeki kayıtlar kurucu değil, açıklayıcı etkiye sahiptir. Kayıtların güven fonksiyonu ve kamu güvenliğine haiz olma özelliği yoktur. Kayıtların aynı etkileri kurucu nitelik doğuracak bir aleniyete sahip değildir. Ayrıca hukuki düzenlemelerde de kaydi sistemdeki kayıtlara iyiniyetle

¹⁵⁴ Aynı yönde bkz. Manavgat, Kaydi Sistem, s. 161.

¹⁵⁵ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 543; Manavgat, Kaydi Sistem, s. 181; Ayhan, 123 – 124; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 98; Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 16; Urkan, Hisse Senetlerinin Rehni, s. 111; Narbay, s. 163; Sevi, s. 245; Özdamar, s. 53

¹⁵⁶ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Evraksız Kıymetli Evrak, s. 16; Yalın, s. 42.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 28; Tanör, Devlet İç Borçlanma Senetleri, s. 206.

güvenerek hak iktisap edilebileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenlerle mevcut durumda, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistemdeki kayıtlara iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap edilemeyeceği kanaatindeyiz¹⁵⁸.

Öte yandan yapılacak kanuni bir değişiklikle kaydi sistemdeki kayıtlara kurucu etki tanınması gerektiği yönündeki görüşümüze paralel olarak, kaydi sistemdeki kayıtlara iyiniyetle güvenilerek hak iktisabının mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz¹⁵⁹. Nitekim kaydi sistemdeki kayıtlara kurucu etki tanınırsa, kayıtlara iyiniyetle güvenilerek hak iktisabı da mümkün hale gelebilecektir.

Şİ0. KAYDI SERMAYE PİYASASI ARAÇLARINA İLİŞKİN HAKLAR

Sermaye piyasası araçları, sahibine çeşitli haklar sağlamaktadır. Kaydi sistemin kapsamı çerçevesinde değerlendirildiğinde bu haklar, konularına göre yönetsel haklar, mali haklar, aydınlatıcı haklar ve koruyucu haklar şeklinde sınıflandırılabilir¹⁶⁰. Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin, sadece yönetsel haklar ile mali haklar incelenecektir. Nitekim Kaydileştirme Tebliği'nde de kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin, sadece yönetsel haklar ile mali haklara yer verilmiştir (Kaydileştirme Tebliği m. 16, m. 18). Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin söz konusu olabilecek denetim ve bilgi alma hakkı gibi haklara ise, bu bölümde yer verilmeyecektir. Söz konusu hakların gerekleri, Kamuyu Aydınlatma Platformu¹⁶¹ aracılığıyla yerine getirilmektedir¹⁶².

¹⁵⁸ Aynı yönde bkz. Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 542; Manavgat, Kaydi Sistem, s. 181; Ayhan, 123 – 124; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 98; Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 16; Urkan, Hisse Senetlerinin Rehni, s. 111; Narbay, s. 162; Sevi, s. 245. Aksi yönde bkz. Turanboy, Kaydi Değer, s. 51; Topuz, s. 210.

¹⁵⁹ Tanör, Devlet İç Borçlanma Senetleri, s. 206.

¹⁶⁰ Anonim şirket payının sahibine sağladığı hakların konularına göre; malvarlıksal haklar, katılma hakları, aydınlatıcı haklar ve koruyucu haklar şeklinde sınıflandırılabilir yönünde bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, N. 873.

¹⁶¹ Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP), sermaye piyasası ve Borsa mevzuatı uyarınca kamuya açıklanması gerekli bildirimlerin elektronik imzalı olarak iletildiği ve kamuya duyurulduğu elektronik sistemdir.

¹⁶² Kamuyu Aydınlatma Platformu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.kap.gov.tr/yay/ek/KapHakkinda.aspx>

Yönetimsel haklar, kaydi sistemin kapsamı çerçevesinde değerlendirildiğinde kaydi anonim şirket payları açısından geçerli olan haklardır. Yönetimsel haklar, pay sahibi ortağın şirket yönetimine katılmasını sağlayan haklardır. Sermaye piyasası araçlarına bağlı yönetimsel haklar, kaydi sistemin kapsamı çerçevesinde değerlendirildiğinde; “Genel Kurula Katılma, Konuşma ve Öneride Bulunma Hakkı” ve “Oy Hakkı” şeklinde ortaya çıkabilir.

Mali haklar, para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklardır. Mali haklar sermaye piyasası araçlarına bağlı olan ve sahibinin malvarlığını etkileyen haklardır. Sermaye piyasası araçlarına bağlı mali haklar kaydi sistemin kapsamı çerçevesinde değerlendirildiğinde; “Kar Payı”, “Tasfiye Payı Hakkı”, “Rüçhan Hakkı”, “Bedelsiz Payları Edinme Hakkı”, “Tesislerden Yararlanma Hakkı” ve “Faiz Hakkı” şeklinde ortaya çıkabilir.

Ş11. KAYDI SERMAYE PİYASASI ARAÇLARINA İLİŞKİN HUKUKİ İŞLEMLER

I. GENEL OLARAK

Kaydi sermaye piyasası araçları, kural olarak, kıymetli evrak özelliği taşımakta ve taşınır eşya olarak nitelendirilmektedir. Kıymetli evrakta hukuki işlemler genel itibariyle ciro ve zilyetliğin geçirilmesi ya da yazılı temlik beyanı ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla yapılmaktadır. Zilyetliğin geçirilmesi de çoğunlukla hakkın mündemiç olduğu senedin teslimi yoluyla gerçekleştirilmektedir¹⁶³. Taşınır eşyalara ilişkin hukuki işlemler de taşınır eşyanın zilyetliğinin hukuki ilişkisinin karşı tarafına geçirilmesi yoluyla yapılmaktadır.

Kaydi sermaye piyasası araçlarında ise, hakkın mündemiç olduğu, üzerine imza atılacak (ciro işlemi yapılacak) ve zilyetliği karşı tarafa geçirilecek bir senet (kağıt) bulunmamaktadır¹⁶⁴. Ayrıca kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin işlemler, genel itibariyle, kaydi sistem aracılığıyla yerine getirilmektedir¹⁶⁵. Dolayısıyla kaydi sermaye piyasası

¹⁶³ Zilyetlik, teslim dışında başka şekillerde de hukuki işlemin karşı tarafına geçirilebilir. Zilyetliğin geçirilme şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, Eşya Hukuku, C. I, s. 63 vd.

¹⁶⁴ Guttman, Investment Securities, s. 4.

¹⁶⁵ Loader, s. 195.

araçlarına ilişkin hukuki işlemler, fiziki sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemlere göre özellik arz etmektedir.

II. DEVİR

Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin mülkiyet hakkı, dolayısıyla “asli zilyetlik”, kaydi sermaye piyasası aracının sahibine aittir. Ancak kaydi sermaye piyasası aracı sahibinin zilyetliği “vasıtalı zilyetlik”tir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçları kendi ellerinde değil, saklayan sıfatı ile Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan hesaplardadır. Sermaye piyasası araçlarının “fer’i zilyetliği” ile “vasıtasız zilyetliği” ise, Merkezi Kayıt Kuruluşu’na aittir. Çünkü sermaye piyasası araçları sahibinin asli zilyetliğine dayanılarak, Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan elektronik ortamdaki hesaplarda saklanmaktadır. Kaydi sermaye piyasası aracının devrine ilişkin anlaşma ile birlikte, sahipleri bu araçlar üzerindeki asli ve vasıtalı zilyetliklerini, Merkezi Kayıt Kuruluşu’nun fer’i ve vasıtasız zilyetliğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece irade beyanıyla nakletmektedir. Dolayısıyla kaydi sermaye piyasası araçlarının zilyetliği, zilyetliğin havalesi yoluyla teslimsiz şekilde bir başkasına geçirilmektedir¹⁶⁶. Böylece kaydi sermaye piyasası araçları hukuki olarak devredilmektedir.

Devrin gerçekleşmesi için, devreden ve devralan arasında zilyetliğin havalesine ilişkin bir anlaşma yapılmalıdır. Zilyetliğin havalesi için yapılan bu anlaşma, kural olarak, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir¹⁶⁷. Ancak zilyetliği, zilyetliğin havalesi yoluyla devredilen şeye ilişkin özel düzenlemeler nedeniyle, devir geçerlilik şekline tabi olabilir.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesi ve Kaydileştirme Tebliği, kaydi sermaye piyasası araçlarının devrinin şekline ilişkin herhangi bir geçerlilik şartı öngörmemiştir. Ayrıca bu düzenlemelere göre, kaydi sermaye piyasası araçlarının devrinin mutlaka kaydi sistem vasıtasıyla yapılması da gerekmemektedir. Örneğin anonim şirketlerin borsada işlem görmeyen nama yazılı kaydi paylarının devri, devreden ve devralan arasında alacağın temlik hükümleri çerçevesinde yazılı temlik

¹⁶⁶ Aynı yönde bkz. Öztan, Kıymetli Evrak (1997), s. 337; Ayhan, s. 127 – 128. Hatalı olarak kaydi sermaye piyasası aracının hükmen teslim yoluyla devredilebileceği yönünde bkz. Vural, s. 22. Ayrıca evraksız kıymetli evrakın hükmen teslim yoluyla devredilebileceği yönünde bkz. Yalın, s. 41.

¹⁶⁷ Ayan, Eşya Hukuku, C. I, s. 71.

beyanı ile kaydi sistem kullanılmadan yapılabilmektedir. Öte yandan kaydi sermaye piyasası aracının devrinin geçerli olması için, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun devre iştiraki de zorunlu değildir. Devreden ve devralan tarafın devir konusunda anlaşmaları yeterlidir¹⁶⁸. Ancak devrin Merkezi Kayıt Kuruluşu'na karşı etkili olabilmesi için, devrin bu kuruluşa ihbar edilmesi¹⁶⁹ (bildirilmesi) gerekmektedir. Çünkü zilyetliğin havalesinde devrin geçerli olabilmesi için devrin vasıtasız zilyede ihbarına gerek olmamakla birlikte, devrin vasıtasız zilyede karşı etkili olabilmesi için, devrin ona ihbarı gerekir¹⁷⁰. Kaydi sermaye piyasası araçlarının zilyetliğin havalesi yoluyla devrinde de vasıtasız zilyet sıfatı, saklayan konumundaki Merkezi Kayıt Kuruluşu'na aittir.

Kaydi sermaye piyasası araçlarının devri, aynen çıplak payın devrinde olduğu gibi, yazılı temlik beyanı ve (zilyetliğin havalesi şeklindeki) zilyetliğin geçirilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Bunun bir sonucu olarak, kaydi sermaye piyasası araçlarının, kaydi sistem dışında devri, taraflar arasında yapılan yazılı devir sözleşmesi ile kurulur¹⁷¹. Kaydi sistem vasıtasıyla yapılan devirlerde ise, hak sahipleri tarafından aracı kuruluşlara verilen al ve sat şeklindeki müşteri emirlerinin devir beyanı olarak kabul edilmesi ve bu emirlerin içerdiği birbirine uygun irade beyanlarının ilgili sermaye piyasasında eşleşmesi ile devir sözleşmesi kurulur¹⁷².

¹⁶⁸ Tarafların Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde işlem yapması mümkün olmadığı için, kural olarak, aracı kuruluşlar devreden ve devralanın temsilcisi sıfatıyla devir anlaşmasını yapmaktadır. Ancak kaydi sistem dışında yapılan devirlerde taraflar bizzat anlaşma yapabilmektedir.

¹⁶⁹ Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılan bu bildirim, hukuki işlem (irade beyanı) değil, bir olay ihbarıdır. Bkz. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 74.

¹⁷⁰ Ayan, Eşya Hukuku, C. I, s. 71; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 74.

¹⁷¹ Sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemlerin taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ile kurulduğu yönünde bkz. "...rehin hakkının taraflar arasında sözleşme ile kurulduğu, borsada işlem gören hisse sentlerinin rehin edilmesi, alım-satım işlemleri kayden yapılmakta olup, müşteri hesabına geçirildiği..." 11. HD. T. 20.02.2007, E. 2005/12033, K. 2007/3194 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷² Tekinalp, Nama Yazılı Paylar, s. 542. Çetin, s. 23 – 24; Töremiş, s. 12 – 13.

Kaydi sermaye piyasası aracının taraflar arasında kurulan devrinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için devrin, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirilmesi gerekmektedir. Burada Merkezi Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim, devrin geçerli olması için değil, geçerli devrin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için gereklidir¹⁷³.

III. REHİN

Medeni Kanun'un 955. maddesine göre, rehlin kurulması için; yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması ve rehnedilen hakkın devrine ilişkin şekle uyulması gerekmektedir. Kaydi sermaye piyasası araçlarının devri, kaydi sistem dışında, alacağın temliki hükümleri çerçevesinde yazılı devir sözleşmesi ile yapılmaktadır¹⁷⁴. Kaydi sermaye piyasası araçlarının kaydi sistem vasıtasıyla devri ise, hak sahibi yatırımcıların aracı kuruluşlarına bildirdikleri al ve sat emirlerinin sisteme girilmesi ile gerçekleştirilmektedir.

Kaydi sermaye piyasası araçlarının rehni için, öncelikle taraflar arasında yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması gerekmektedir¹⁷⁵. Yazılı bir rehin sözleşmesi yapılması, hem Medeni Kanun'un 955. maddesi açısından hem de kaydi sermaye piyasası araçlarının devrine ilişkin alacağın temliki hükümleri açısından bir zorunluluktur¹⁷⁶.

Kaydi sermaye piyasası araçları üzerindeki rehin hakkı, taraflar (rehneden – rehin veren ve rehnalan – rehinli alacaklı) arasında yapılan yazılı rehin sözleşmesinin imzalanması ile kurulur¹⁷⁷. Taraflar arasında

¹⁷³ Sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemlerin taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ile kurulduğu yönünde bkz. "...rehin hakkının taraflar arasında sözleşme ile kurulduğu, borsada işlem gören hisse sentlerinin rehin edilmesi, alım-satım işlemleri kayden yapılmakta olup, müşteri hesabına geçirildiği..." 11. HD. T. 20.02.2007, E. 2005/12033, K. 2007/3194 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. Sevi, s. 246; Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 542.

¹⁷⁵ Urkan, Ayni Hak Tesisi, s. 19; Teoman, Menkul Değerlerin Rehni, s. 108; Haselçin, Kaydi Sistem, s. 152.

¹⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Urkan, Ayni Hak Tesisi, s. 21.

¹⁷⁷ Aynı yönde bkz. Göksoy, s. 207; Urkan, Ayni Hak Tesisi, s. 21 – 22. Bkz. "...rehin hakkının taraflar arasında sözleşme ile kurulduğu, borsada işlem gören hisse sentlerinin rehin edilmesi, alım-satım işlemleri kayden **yapılmakta**

kurulan rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ise, bu rehnin Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan ilgili kayda (elektronik ortamdaki hesaba) geçirilmesi gerekir.

IV. İNTİFA

Medeni Kanun'un 795. maddesine göre, genel olarak, intifa hakkı, taşınırlarda zilyetliğin devri, alacaklarda alacağın devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile kurulur (MK. m.795). Ayrıca üzerinde intifa hakkı kurulan malvarlığı unsurunun devir şekline de uyulması gerekmektedir¹⁷⁸.

Kaydi sermaye piyasası araçları, taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ile devredilebilmektedir¹⁷⁹. Dolayısıyla malik ile intifa hakkı sahibi arasında yapılacak yazılı bir sözleşme ile kaydi sermaye piyasası araçları üzerinde intifa hakkı kurulabilmektedir¹⁸⁰. Kurulan intifa hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi içinse, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirilmesi gerekmektedir.

V. HACİZ

Merkezi Kayıt Kuruluşu, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinde belirtilen "üçüncü şahıs" konumunda olup, kaydi sermaye piyasası araçlarını kendi "nezdinde (elinde)" bulundurmaktadır. Ayrıca söz konusu hükümde yer alan "borçlunun üçüncü şahıs elindeki taşınır bir malı" tanımlaması, taşınır eşya niteliğindeki¹⁸¹ kaydi sermaye piyasası

olup, müşteri hesabına geçirildiği...", 11. HD. T. 20.02.2007, E. 2005/12033, K. 2007/3194 (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁸ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 663 vd.

¹⁷⁹ Aynı yönde bkz. Sevi, s. 246; Tekinalp, Nama Yazılı Kaydi Paylar, s. 542.

¹⁸⁰ Urkan, Aynı Hak Tesisi, s. 19 – 20, s. 34 – 35. Sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemlerin taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ile kurulduğu yönünde bkz. "...rehin hakkının taraflar arasında sözleşme ile kurulduğu, borsada işlem gören hisse sentlerinin rehin edilmesi, alım-satım işlemleri kayden yapılmakta olup, müşteri hesabına geçirildiği...", 11. HD. T. 20.02.2007, E. 2005/12033, K. 2007/3194 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸¹ Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdindeki hesaplarda bulunan kaydi sermaye piyasası araçlarının üçüncü kişi nezdindeki sair talep hakkı kapsamına girdiği yönünde bkz. **Topuz**, s. 236. Sair bir talep hakkının söz konusu olduğu durumlarda, üçüncü şahıs nezdinde borçluya ait haczi kabil bir hak

araçlarına uygundur¹⁸². Bu çerçevede İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinden hareketle yetkili icra müdürü, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haciz işlemini yapar ve malı elinde bulunduran üçüncü şahıs konumundaki kişiye bu haciz işlemini bildirir.

Kural olarak, bir malın haczinin yapılabilmesi için icra müdürünün haczin icrasına ve haczettiği şeylerin mahiyetine, özelliklerine, miktarına ve bunların kıymetine ve muhafaza şekline ilişkin bir haciz zabıt varakası düzenlemesi gerekli ve yeterlidir¹⁸³. Haciz işlemi yapıldıktan sonra haczi yapan icra müdürü, haciz konusu mala ilişkin uygulayacağı muhafaza işleminde ise, haciz konusu malın koruma altına alınması amacıyla hareket etmektedir. Dolayısıyla Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Merkezi Kayıt Kuruluşu üyeleri tarafından yapılan haczin kaydi sistemdeki hesaplara geçirilmesi işlemi, muhafaza tedbiri niteliğindedir. Ayrıca bu muhafaza tedbiri, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haciz işleminin yapılması açısından bir geçerlilik şartı (zorunluluk) değildir. Çünkü İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre yapılan hacizde, haciz, icra müdürünün kaydi sermaye piyasası araçlarının mahiyetine, özelliklerine, miktarına ve bunların kıymetine ve muhafaza şekline ilişkin bir haciz zabıt varakası düzenlemesi ile

mevcut olmakla beraber, bu hakkın bir kıymetli evraka bağlanmamış olduğu yönünde bkz. **Karşı**, s. 491.

¹⁸² *Topuz* da kaydi sermaye piyasası araçlarının İcra ve iflas Kanunu'nun 89. maddesine göre haczedilebileceğini belirtmekte, ancak bunun sebebi olarak kaydi sermaye piyasası araçlarının söz konusu hükümde yer alan "sair bir talep hakkı" niteliğinde olmasını göstermektedir (bkz. **Topuz**, s. 236). Kanaatimizce kaydi sermaye piyasası araçları, üçüncü kişi elindeki "sair bir talep hakkı" oldukları için değil, üçüncü kişi elindeki "taşınır bir mal" oldukları için İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre haczedilebilir. Her ne kadar doğrudan kaydi sermaye piyasası araçları ile ilgili olmasa bile; *Tekinalp*, kaydi sermaye piyasası araçlarına benzerlik gösteren çıplak payların haczine İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinin uygulanma sebebi olarak, çıplak payların (İİK. m.106 – f.2'nin de yardımı ile) taşınır hükmünde sayılmasının mümkün ve isabetli olmasını göstermektedir. Bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, N. 767d.

¹⁸³ Kuru, El Kitabı, s. 367; Karşı, s. 494; Yavaş, s. 41.

kurulur¹⁸⁴. Haczedilen kaydi sermaye piyasası aracının kaydi bir anonim şirket payı olması ve haczin İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesine göre yapılması halinde ise, haciz, icra müdürünün haciz kararını içeren yazısını, alacaklının talebiyle, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na veya ilgili Merkezi Kayıt Kuruluşu üyesine¹⁸⁵ tebliği ile kurulur¹⁸⁶.

Kaydi sermaye piyasası araçları üzerindeki haciz, kural olarak, icra dairesi tarafından yapılan bir işlemle kurulmakta ve kaldırılmaktadır. Ancak bu işlemlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmeleri için kaydi sistemdeki kayıtlara geçirilmeleri gerekmektedir.

SONUÇ

“Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi” isimli bu çalışma kapsamındaki konular, ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu nedenle sonuç kısmında sadece; bu çalışmanın konusuna ilişkin hukuki düzenlemelerde yer alan ve uygulamada ortaya çıkan çeşitli sorunlara, bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine, bu

¹⁸⁴ Borçlunun üçüncü kişi nezdindeki mallarının haczi için (haczin tekemmül etmesi için) haciz tutanağı düzenlenmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 406, 432.

¹⁸⁵ İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinde senede bağlanmamış anonim şirket payının anonim şirkete yapılan tebliğ ile haczedileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu maddede tebliğin yapılacağı yer olarak sadece anonim şirket gösterilmiştir. Ancak senede bağlanmayan kaydi anonim şirket payları, çıplak payların aksine şirketin elinde bulunan pay defterinde değil, Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan hesaplarda kayıtlıdır. Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 5. fıkrası ve Kaydileştirme Tebliği'nin 22. maddesinde haczin hesaplara geçirilme işleminin, kural olarak, Merkezi Kayıt Kuruluşu üyeleri tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Öte yandan Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 5. fıkrasına göre, istisnai olarak, bazı durumlarda haczin hesaplara geçirilme işleminin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yerine getirilmesi de mümkündür. Bu nedenle haciz için yapılan tebliğ, şirket (ihraççı) dışında, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na ve ilgili üyelere (örneğin aracı kuruluşlara) de yapılabilmelidir.

¹⁸⁶ Aynı yönde bkz. Yeniocak, s. 72. “Anonim şirketlerde paylar için pay senedi veya pay ilmühaberi çıkartılmamışsa, borçlunun şirketteki (çıplak) payı, icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir.” HGK. T. 04.07.2007, E. 2007/12-332, K. 2007/446 (Yeniocak, s. 60).

çerçevede yapılması gerekli hukuki değişikliklere ve bazı önemli konularda ulaşılan kanaatlere sıra numarası altında kısaca yer verilecektir.

1 – Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin hukuki düzenlemelerin getirdiği sistem ile Sermaye Piyasası Kurulu'na kanun koyucu yerine hüküm ihdas etme imkânı sağlanmıştır. Ayrıca MKK Yönetmeliği'nin 22. maddesinde yer alan hüküm ile Sermaye Piyasası Kurulu ilkeleri ve kararları kanun ile eşit güçte kabul edilmiştir. Sermaye Piyasası Kurulu'na kanun koyucu yerine hüküm ihdas etme imkanının sağlanması ve kanun gücünde kararlar alabilme yetkisinin verilmesi normlar hiyerarşisi kuralına ve hukukun temel ilkelerine aykırıdır. Dolayısıyla Sermaye Piyasası Kurulu'na kanun koyucu yerine hüküm ihdas etme imkânı sağlayan hukuki düzenleme sistemi ve Sermaye Piyasası Kurulu ilkeleri ve kararlarını kanun ile eşit güçte kabul eden düzenleme değiştirilmelidir. Kanaatimizce, söz konusu sorun, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alan kaydileştirmeye ilişkin hükmün kapsamının ve ayrıntısının artırılması ile çözüme kavuşturulabilir. Bununla birlikte MKK Yönetmeliği'nin ve Kaydileştirme Tebliği'nin de yoruma ve boşluğa yer bırakmayacak şekilde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu çerçevede öncelikle MKK Yönetmeliği'nin 22. maddesinde yer alan Sermaye Piyasası Kurulu kararlarına açıkça kanun gücü veren hüküm, acilen kaldırılmalıdır. Ayrıca hukuki düzenlemelerdeki Sermaye Piyasası Kurulu kararlarına gönderme yapan hükümler olabildiğince azaltılmalıdır.

2 – Kaydi sistemin mevcut halinde kaydileştirilen sermaye piyasası araçlarının tamamı menkul kıymet niteliğindedir. Menkul kıymetler, kıymetli evrak özelliği taşır. Bu nedenle kaydi sistem kapsamındaki kaydi sermaye piyasası araçlarının, kural olarak, kıymetli evrak özelliği taşıdıkları ifade edilebilir.

3 – Kaydi sermaye piyasası araçlarında hak, (fiziki sermaye piyasası araçlarında olduğu gibi) senette değil, kaydi sistemdeki kayıtlarda mündemictir. Kaydi sermaye piyasası araçlarında irade beyanının taşıyıcısı senet değil, elektronik ortamdaki (kaydi sistemdeki) kayıtlardır. Bu çerçevede, elektronik ortamdaki kayıtların maddi varlığa sahip olduğu kabul edilerek, bu kayıtların kıymetli evraktaki senet unsurunu gerçekleştiren (kağıtsız) bir irade beyanı taşıyıcısı olduğu kabul edilmelidir. Aksine, kaydi sermaye piyasası araçlarının maddi varlığa

sahip olmadığı kabul edilirse; (senet unsuru gerçekleşmeyeceği için) kaydi sermaye piyasası araçları, kıymetli evrak ve kıymetli evrak özelliği taşıyan menkul kıymet ve buna bağlı olarak sermaye piyasası aracı kavramı dışında kalacaktır. Ayrıca kaydi sermaye piyasası araçlarının maddi varlığa sahip olmadığı kabul edilmesi, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yapılan işin, saklama olarak nitelendirilememesi sonucunu doğuracaktır. Çünkü sadece maddi varlığa sahip olan şeyler saklanabilir.

4 – Kaydi sermaye piyasası araçları, hukuki anlamda eşya olarak kabul edilmeli ve eşya sınıflandırmaları içerisinde taşınır eşya kategorisinde değerlendirilmelidir. Çünkü kaydi sermaye piyasası araçları eşyaya ilişkin maddilik, hâkimiyete elverişlilik, kişilik dışılık ve iktisadi değer gibi tüm unsurları taşımaktadırlar. Ayrıca kaydi sermaye piyasası araçlarında elektronik ortamdaki kayıt, hakka senet (kâğıt) gibi maddi bir varlık kazandırmaktadır. Böylece söz konusu hak, hâkimiyet altına alınabilmekte ve çeşitli hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde de kaydi sermaye piyasası araçları eşya olmanın tüm sonuçlarını gerçekleştirebilecek niteliktedir.

5 – Halka açık şirketlerden hem hisse senetlerini halka arz eden hem de hisse senetlerini halka arz etmiş sayılan anonim şirketler, kaydi sistemin kapsamında kabul edilmelidir. Ancak kaydileştirme, hisse senetlerini halka arz eden anonim şirketler açısından zorunlu, hisse senetlerini halka arz etmiş sayılan anonim şirketler açısından ise, ihtiyari olmalıdır. Sermaye piyasası araçları kaydileştirilen anonim şirketlerde, bu şirketlerin paylarının, sadece halka açık kısmı değil, tamamı kaydileştirilerek kaydi sisteme aktarılmalıdır. Ayrıca sermaye piyasası aracı niteliğindeki borçlanma araçları halka arz edilmeseler bile, Sermaye Piyasası Kanunu kapsamındadır. Dolayısıyla halka açık olmayan anonim şirketlerin halka arz edilmeyen payları dışında ihraççıların ihraç ettikleri araçlar, halka arz edilip edilmemelerine bakılmaksızın, kaydi sistem kapsamında kabul edilmelidir. Öte yandan sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilebilmesi ve kaydi sistem kapsamında kabul edilebilmesi için iki şartın varlığı gerekir. Bu şartlar; 1) kaydileştirilecek sermaye piyasası aracı türünün nitelik olarak kaydileştirmeye uygun olması (nitelik şartı) ve 2) söz konusu sermaye piyasası aracının kaydileştirilebileceğine ilişkin hukuki bir dayanak olması (hukuki dayanak şartı) dır.

6 – Kaydi sisteme tabi anonim şirketlerin payları açısından, nama yazılı ve hamiline yazılı olma şeklindeki ayırım, Merkezi Kayıt

Kuruluşu'nun yaptığı izleme faaliyeti açısından fiilen ortadan kaldırılmıştır. Kaydi sistemde, kaydi anonim şirket payları nama yazılı ya da hamiline yazılı şeklinde olabilmekle birlikte, ihraççı anonim şirket aynı grupta yer alan payları için bu türlerden sadece birini tercih etmek zorundadır. Çünkü payların aynı neviye çevrilmesi zorunluluğu, aynı grupta yer alan paylar açısından geçerlidir. Dolayısıyla payları borsada işlem gören anonim şirketler, tüm paylarını değil, sadece aynı grupta (A grubu, B grubu gibi gruplandırmalarda) yer alan paylarını aynı neviye çevirmek zorundadır. Kaydi sisteme tabi anonim şirketlerin aynı grupta yer alan paylarının bir kısmının nama yazılı, bir kısmının ise hamiline yazılı olması, mümkün değildir. Bu kural ve kaydi sistemin benimsemiş olduğu müşteri ismine saklama yöntemi birlikte değerlendirildiğinde, ortada bir zorunluluk olmamakla birlikte, sistem anonim şirketleri paylarını nama yazılı hale getirmeye yönlendirmektedir. Bu nedenle kaydi sistemin anonim şirket payları açısından tam bir nama yazılı sistem getirdiği söylenebilir.

7 – Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A maddesinin 6. fıkrasındaki payların devrinin pay defterine kaydına ilişkin düzenleme, Ticaret Kanunu'nda yer alan nama yazılı payların devrinin pay defterine kaydedilmesi yükümlülüğünde, esaslı bir değişiklik yapmamıştır. Ancak söz konusu düzenleme iki önemli yenilik getirmiştir. Yeniliklerden ilki, pay devirlerinin pay defterine kaydı ve şirket ortaklarının tespiti açısından Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından ihraççılar itibariyle tutulan kayıtların esas alınmasıdır. Bir diğer yenilik ise, pay devirlerinin anonim şirket pay defterine kaydı için ilgililerin başvurusuna gerek olmamasıdır. Söz konusu düzenlemenin lafzında yer alan “ihraççılar itibariyle tutulan kayıtların esas alınacağı”na ilişkin ifade amaca yönelik olmakla birlikte eksik bir düzenlemedir. Bu nedenle de esas alınacak kayıtların belirlenmesi açısından farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmaktadır. Her ne kadar uygulama açısından ciddi bir problem olmamakla birlikte, düzenlemede yer alan ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar ifadesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Düzenlemenin lafzında yer alan “ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar” ifadesi, “ihraççılar itibariyle tutulan hak sahiplerini gösteren kayıtlar” şeklinde değiştirilerek problem ortadan kaldırılabilir.

8 – Kaydi sistemin, sisteme tabi anonim şirketleri, paylarını nama yazılı hale getirmeye yönlendirmesi ve nama yazılı kaydi payların devri

açısından pay defterine kayıt yükümlülüğünü devam ettirmesi konularının birlikte değerlendirilmesi sonucunda ortaya çıkabilecek anlayış ve uygulama problemlerini ortadan kaldırmak ve sistemin amacını sağlam bir hukuki temele bağlamak adına bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede yapılacak kanuni bir değişiklik ile payları borsada işlem gören anonim şirket paylarının tamamının nama yazılı olması gerektiği düzenlenebilir. Bu düzenleme ile birlikte söz konusu şirketler açısından pay defteri tamamen ortadan kaldırılarak, Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarının pay defteri fonksiyonu göreceği hüküm altına alınabilir. Bununla birlikte borsa dışında devir yapan kişiler, bu devirleri pay defterine kaydettirmek yerine şirketten alacakları bir onay yazısı ile birlikte Merkezi Kayıt Kuruluşu'ndaki kayıtlara geçirmek durumunda bırakılabilir. Diğer bir çözüm yolu ise, şirket normal şartlarda nasıl pay defterine kayıt yapabiliyorsa, ihraççı şirkete, borsada işlem görmeyen paylar açısından kaydi sistemde pay defteri yerine geçecek kayıtlar üzerinde işlem yapma yetkisi verilmesi, olabilir. Böylece ihraççı şirket de Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarını takip ederek pay sahiplerini pay defterinde olduğu gibi kaydi sistem aracılığı ile izleyebilir.

9 – Hem çıplak paylar hem de kaydi anonim şirket payları “senede bağlanmamış pay” niteliğindedir. Bu nedenle çıplak paylara ilişkin hüküm ve kurallar, mahiyetine uygun düştüğü oranda ve kıyasen kaydi anonim şirket paylarına da uygulanabilmelidir. Hatta çıplak paylara ilişkin hüküm ve kuralların mahiyetine uygun düştüğü oranda ve kıyasen, çıplak paylar gibi senede bağlanmayan, kaydi sermaye piyasası araçlarına da uygulanması düşünülebilir. Nitekim bu şekilde bir düşüncenin benimsenmesi, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hüküm olmayan veya tereddüt oluşturan durumların daha rahat çözülmesini sağlayacaktır.

10 – Merkezi kaydi saklama sözleşmesinin niteliğine en yakın saklama sözleşmesi türü, ardiye sözleşmesidir. Merkezi kaydi saklama sözleşmesi ardiye sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarını içeren karma bir sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle yatırımcılar ile Merkezi Kayıt Kuruluşu arasında yapılan saklama sözleşmesine mahiyetine uygun düştüğü oranda ve kıyasen ardiye ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu çerçevede Merkezi Kayıt Kuruluşu da kayıtların tutulması nedeniyle ardiyeci ve vekil gibi sorumludur.

11 – Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde tutulan “hamiline nitelikte hesaplar”, hesapta yer alan kaydi sermaye piyasası aracının nama yazılı ve hamiline yazılı olma özelliğine bakılmaksızın, yatırımcı tarafından hesaplarındaki bilgilerin ihraççıya bildirilmesinin açıkça ve yazılı olarak yasaklandığı hesaplardır.

12 – Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından yürütülen kaydi sistemdeki kayıtlar, açıklayıcı etkiye sahiptir. Bununla birlikte Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan “...*hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşu’na yapılan bildirim tarihi esas alınır*” şeklindeki hükmün, kaydi sistemdeki kayıtların kurucu etkiye sahip olduğu yönünde yorumlara neden olduğu ifade edilmektedir. Kanaatimizce bu hüküm, kaydi sistemdeki kayıtların kurucu etkiye sahip olduğuna dayanak teşkil etmek bir tarafa, kayıtların açıklayıcı etkiye sahip olduğunun bir kanıtıdır. Çünkü hüküm, öncelikle işlemlerin kaydi sisteme kayıt yapılmasından önce doğduğunu kabul ederek kayıtların açıklayıcı etkiye sahip olduğunu tasdik etmekte, sonra ise bu açıklayıcı etkiye sahip olmanın getirebileceği bazı olumsuzlukları engellemeye çalışmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün açıklayıcı etkiye sahip kayıtların ortaya çıkarabileceği olumsuzlukları bertaraf etmek amacıyla getirildiği kabul edilmelidir.

13 – Kaydi sistemdeki kayıtların açıklayıcı etkiye sahip olmasının ortaya çıkarabileceği olumsuzlukları ortadan kaldırmak için, Merkezi Kayıt Kuruluşu kayıtlarına aynı etkiler tanınmalı ve kayıtlar kurucu etkiye sahip olmalıdır. Buna bağlı olarak kaydi sistemdeki kayıtlara iyiniyetle güvenerek hak iktisabının da mümkün olması gerekir. Şüphesiz kaydi sistem kayıtlarına kurucu etki tanınması ve kayıtlara iyiniyetle güvenerek hak iktisabının mümkün olabilmesi için yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Yapılacak kanuni bir düzenleme ile kayıtlara kurucu etki tanınması ve kayıtlara iyiniyetle güvenerek hak iktisabının mümkün hale gelmesi doktrinde var olan kayıtların etkisine ilişkin tartışmayı da ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu düzenleme ile birlikte, kaydi sistem dışında taraflar arasından yapılan hukuki işlemlerin kayıtlara geçirilmesi de zorunlu hale gelecektir. Böylece kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemler açısından kaydi sistemin kullanılma oranı %100 olacaktır. Bu durum, sermaye piyasasının kontrolü açısından önemli olduğu gibi, kaydi sistemin getiriliş amaçlarından olan sermaye piyasası işlemlerinde şeffaflık ve sisteme

ilişkin suiistimallerin tespit edilmesi amacına da uygun olacaktır. Kaydi sistemdeki kayıtlara kurucu etki tanınması, kaydi anonim şirket payının devrinde mülkiyetin geçiş anını da netleştirecektir. Öte yandan kaydi sistemdeki kayıtlara kurucu etki tanınması, gerçek anlamda pay sahibi olanların genel kurula katılmasını ve kar payının kime ödeneceğinin tespit edilmesini de sağlayacaktır.

14 – Kaydi sistem kapsamındaki halka açık anonim şirketlerde güç boşluğunun oluşmaması için, yönetsel hakların kullanılması için gerekli şekli işlemlerin ortadan kaldırılarak yeni bir sistemin oluşturulması uygun olacaktır. Yeni oluşturulan sistem, mümkün olduğu kadar gerçek anlamda pay sahibi olanların genel kurula katılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Ayrıca sistem ile pay sahiplerine, genel kurula katılma açısından her türlü kolaylık sağlanmalıdır. Nitekim kaydi sistemin işleyişi ve sunduğu teknolojik imkânlar da bu şekli işlemleri ortadan kaldırmaya ve pay sahiplerinin genel kurula katılmasını kolaylaştırmaya elverişlidir. Bu çerçevede yukarıda ifade edilen hedefleri gerçekleştirmek üzere bir sistem önerisinde bulunulacaktır. Şöyle ki; öncelikle pay sahipleri arasında genel kurula katılma prosedürü açısından nama ve hamiline yazılı pay sahibi şeklinde bir ayırım yapılmamalıdır. Tüm şirket ortakları aynı genel kurula katılma prosedürüne tabi tutulmalıdır. Genel kurula katılmak için yapılması gereken genel kurul blokajı işlemi de tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Bunun yerine genel kuruldan belli süre önceki bir tarih ve saat genel kurula katılabileceklerin tespiti açısından esas alınabilir. Bu tarih ve saat genel kurula mümkün olan en yakın an olmalıdır. Öte yandan esas alınacak tarih ve saat, mevcut takas süresi (T+2) de göz önünde bulundurulduğunda, toplantı tarihinden önceki iki günden daha önceki bir gün olmamalıdır. Söz konusu tarih ve saatte, ihraççı tarafından kaydi sistem kullanılarak anonim şirkete ortak olan kişilerin tamamının listesi, Merkezi Kayıt Kuruluşu'ndan elde edilebilir. Elde edilen listede ismi bulunanlar genel kurula katılma hakkına sahip olan kişiler olarak kabul edilerek, kimliğini gösteren ve listede ismi bulunan herkes ekstra bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın, genel kurula alınabilir.

15 – Kaydi sistemde her türlü işlemin, üyeler aracılığıyla elektronik ortamda, uzaktan erişim yoluyla ve kaydi olarak yapılması esastır. Kural olarak, yatırımcılar kaydi sistemde doğrudan işlem yapamazlar. Ancak yatırımcılara da kaydi sistemde doğrudan bazı sınırlı

işlemleri yapma yetkisi verilmiştir. Yatırımcıların kaydi sistemde doğrudan yapabilecekleri işlemler, yatırımcı blokajı ve genel kurul blokajı işlemleridir. Ayrıca yatırımcılar, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun bilgilendirme hizmetleri çerçevesinde bilgilendirme amacıyla da kaydi sistemi kullanabilir. Kaydi sistem dışında, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin hukuki işlemler, kural olarak, taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ile kurulur. Bu hukuki işlemlerin, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na bildirilmeleri de gerekir. Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haciz işlemi ise, (İİK. m.89'a göre) icra müdürünün haczin icrasına ve haczettiği şeylerin mahiyetine, özelliklerine, miktarına ve bunların kıymetine ve muhafaza şekline ilişkin bir haciz zabıt varakası düzenlemesi ya da (İİK. m.94'e göre) icra müdürünün haciz kararını içeren yazısını, alacaklının talebiyle, Merkezi Kayıt Kuruluşu'na veya ilgili Merkezi Kayıt Kuruluşu üyesine tebliği ile kurulur. Dolayısıyla haciz işlemi yapıldıktan sonra Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Merkezi Kayıt Kuruluşu üyeleri tarafından haczin kaydi sistemdeki hesaplara geçirilmesi, muhafaza tedbiri niteliğindedir.

16 – Üzerinde intifa hakkı kurulan kaydi sermaye piyasası araçlarının, malik yerine intifa hakkı sahibinin hesabına bağlı bir alt hesapta tutulması daha isabetli olacaktır. Çünkü üzerinde intifa hakkı kurulan fiziki bir sermaye piyasası aracının zilyetliğinin intifa alana devredilmesi gerekmektedir (MK. m.795). Dolayısıyla kaydi sermaye piyasası araçları da intifa alanın hesabına bağlı bir alt hesaba aktarılacak, kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin zilyetlik, zilyetliğin havalesi yoluyla intifa alana geçirilmiş olur. Üzerinde intifa hakkı bulunan sermaye piyasası araçlarının intifa hakkı sahibinin hesabına bağlı bir alt hesapta tutulmasının kabulü halinde, hakkı tesis eden kişinin (malikin) kimlik bilgilerinin de bu alt hesapla birlikte izlenmesi gerekmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

Acır, Birsen: Menkul Kıymetlerde Merkezi Saklamanın Hukuki Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Ana Bilim Dalı, Ankara 2001.

Akbulak, Sevinç / **Akbulak**, Yavuz : Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004.

Akbulak, Yavuz : Sermaye Piyasası Araçlarında Kaydi Sistemin Esasları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S. 25, Ocak 2006, s. 181 vd.

Anna : Memeber's Profile, Verdipapirsentralen ASA (VPS), Norwegian Central Securities Depository. (Verdipapirsentralen).

Arnold, M. Thomas:The Definition of a Security under the Federal Securities Law Revisited, Cleveland State Law Review, 1985/1986, C. 34, s. 249 vd.

Aronstein, Martin J.: A Certificateless Article 8? We Can Have It Both Ways, The Business Lawyer, Ocak 1976, S. 31, s. 727 vd. (Certificateless).

Aronstein, Martin J.: The Decline and Fall of the Stock Certificate in America, Journal of Comparative Corporate Law and Securities Regulation (1978), S. 1, s. 273 – 284. (Stock Certificate)

Arslan, İbrahim : Şirketler Hukuku Bilgisi, Konya 2010.

Ayan, Mehmet : Medeni Hukuka Giriş, Konya 2003. (Medeni Hukuk).

Ayan, Mehmet : Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2004. (Eşya Hukuku, C. I).

Ayhan, Hatice Ebru: Borsada Hisse Senedi Alım Satım Sözleşmesi ve Hakkın İntikali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara 2008.

Aykin, Hasan : Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydi Değer Haline Getirilmesi ve Örnek Uygulamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, İstanbul 2001.

Baglioni, Angelo /

Hamaui, Rony : The Industrial Organization Of Post-Trading Europe versus US, October 2006.

Barnard, Brian / Bowman, Jeffrey L.

/Robertson, Judith Young : *Uncertificated Securities*, Articles 8 and 9 of the U.C.C., and the Texas Business Corporation Act: A New System to Accomodate Modern Securities Transactions, Texas Tech Law Review 1980, S. 11, s. 813 vd.

Bjerre, Carl S. /

Rocks, Sandra M.: A Transactional Approach to the Hague Securities Convention, Capital Markets Law Journal, S. Mart 2008, s. 109 vd. (Securities Convention).

Bjerre, Carl S. /Rocks, Sandra M.: The ABCs of the UCC, Article 8: Investment Securities, 2004. (Investment Securities).

CESR : Recommendations For Securities Settlement Systems And Recommendations For Central Counterparties In The European Union, May 2009. (Settlement and Counterparties).

CESR : Standards For Securities Clearing And Settlement In The European Union, September 2004. (European Union).

Crespi, Gregory S. : Security Interests in Book – Entry Government Securities: The Unsettled Status of Clearing Agent Liens Under Article 8, Uniform Commercial Law Journal, C. XX, S. 2, 1987, s. 159 vd.

Çatana, Emin Server : Menkul Kıymet Takas ve Saklama Sistemlerinin Bankacılık Sektörüne Entegrasyonu ve Türkiye Uygulaması (TAKASBANK), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İktisat Ana Bilim Dalı, İstanbul 2007.

Çetin, Nusret : Borsada Hisse Senedi Alım Satım İşlemlerinin Hukuki Niteliği, SPK Yeterlik Etüdü, Ankara 2004.

Darrell, Keith B.: “Redefining a Security”: Is the Sale of a Business Through a Stock Transfer, Securities Regulation Law Journal, C. 12, S. 1, s. 22 vd.

Dentzer, William T.: The Depository Trust Company, US 2008.

Ergincan, Yakup/Yayla, Ümit :Hisse Senetlerinin Kaydileştirilmesi Sonrası Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Oy Hakkının Kullanılması, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2004, s. 143-160.

Ergincan, Yakup:Hisse senetlerinin Kaydileştirilmesi, Dünya ve Türkiye Uygulaması, Geleneksel Finans Sempozyumu Bildirileri 2004, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü & Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu, s. 170 – 177. (Dünya ve Türkiye)

Erkarakaş, Nalan : Amerika Birleşik Devletleri ve Kore’de Menkul Kıymet Takas ve Muhafaza Sistemleri, (Clearing Corporations – Security Depositories), SPK Araştırma Raporu, Ankara 1988. (Takas ve Muhafaza Sistemleri).

Gof Thirty: Annual Report 2006 – 2007, Group of Thirty, Washington 2008. (Annual Report).

Gof Thirty: Clearance and Settlement in the World’s Securities Markets, Washington & London 1992. (World’s Securities)

Gof Thirty: Clearance and Settlement Systems in the World's Securities Markets, by Steering & Working Committees of the Securities Clearance and Settlement Study, 1988. (Clearance and Settlement).

Göksoy, Y. Can : Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001.

Graf, Gerold: Disclosure Framework for Securities Settlement Systems, CSD.Austria, July 2010.

Guttman, Egon: Investment Securities as Collateral, Uniform Commercial Code Law Journal, C. XXXVI, S. 3, s. 3 vd. (Investment Securities).

Guttman, Egon : Toward the Uncertificated Security: A Congressional Lead for States to Follow, Washington and Lee Law Review, C. XXXVII, S. 3, s. 717 vd. (Uncertificated Security)

Guynn, Randall D.: Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws, UK 1996.

Haselçin, İbrahim: Türk Hukukunda Kaydi Sistem, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2006. (Kaydi Sistem)

Hazen, Thomas Lee /

Ratner, David : Securities Regulation, US 2006.

IOSCO : Towards A Legal Framework for Clearing and Settlement in Emerging Markets, 1997. (Towards A Legal).

ISSA : ISSA Recommendations 2000, The 10th ISSA Symposium, held in Ermatingen, Switzerland from the 23rd to 26th of May 2000.

Karahan, Sami : Ticari İşletme Hukuku, Konya 2010.

- Karsh**, Abdurrahim: İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2010.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflas Hukuku – El Kitabı, İstanbul 2004. (El Kitabı).
- Loader**, David : Clearing, Settlement and Custody, UK 2008.
- MacRae**, Desmond: The coming of age of the Group of Thirty, Global Guardian, June 1990, s. 77 – 87.
- Manavgat**, Çağlar: Menkul Kıymetlerin Merkezi Saklanması Kullanılan Yöntemin Sözleşmenin Hukuki Niteliğine Etkisi, Batider, 1996, C. 28, S. 4, s. 129 – 141. (Merkezi Saklama).
- Manavgat**, Çağlar: Sermaye Piyasası Kanununun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları, AÜHFD, Yıl 2001, C. 50, S. 2, s. 159 vd. (Kaydi Sistem)
- Martin**, James : Cybercorp: The New Business Revolution, American Management Association, New York 1996, s. 26 vd.
- Meier – Hayoz**, Arthur : Abschied vom Wertpapier?, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 1986, S. 122, s. 385 vd.
- MKK** : Merkezi Kaydi Sistem, İş ve Bilişim Uygulama İlke ve Kuralları, 14.03.2011. (İş ve Bilişim).
- Moroğlu**, Erdoğan: Makaleler II, Sermaye Piyasası Kanunu Değişikliği Tasarısının Kaydi Sistemle İlgili Düzenlemesi, İstanbul 2006, s. 1 – 5. (Kaydi Sistem)
- Narbay**, Şafak : Anonim Ortaklıkta Pay Defteri, Ankara 2003.
- Norman**, Peter : Plumbers and Visionaries Securities Settlement and Europe's Financial Market, England 2007
- Oesterreichische**: Annual Report, 2009.
- Oğuzman**, Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Özdamar**, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi, Ankara, 2005.
- Özer**, Işık: Kaydi Değer ve Merkezi Kayıt Kuruluşu Açısından Kaydi Değerlerin İşleyişi, Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, 791 vd.
- Özkorkut**, Korkut: Türk Hukukunda Depo Sertifikaları, İMKB Yayınları, İstanbul 2003. (Depo Sertifikaları)
- Özku**, Levent: Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş ve Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, SPK Denetleme Dairesi, SPK Yeterlilik Etüdü, İstanbul 2003.
- Özta**n, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997. (Kıymetli Evrak (1997)).
- Özta**n, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2004. (Kıymetli Evrak (2004)).
- Paslı**, Ali: Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, II. Cilt, İstanbul 2007, s.1513 – 1579.
- Poroy**, Reha / **Tekinalp**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2006.

- Practical Law Company** : Crest: Little Taurus, Legal & Commercial Publishing 1993.
- Reisoğlu**, Sefa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Rygvold**, Ole Petter: Data Sources for the Compilation of the Norwegian Securities Statistics, IFC Bulletin No 29, s. 47 vd.
- Sevi**, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Ankara 2004.
- SIFMA** : Securities Industry Immobilization & Dematerialization Implementation Guide, 2008. (Immobilization & Dematerialization).
- SIFMA** : Direct Registration System Educational Webinar, 2008. (Direct Registration System).
- Soderquist**, Larry D. /: Commercial Law, Teaching Materials, Fourth Edition, US 1987.
- SPK**: Sermaye Piyasası Araçları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 2, Ankara 2010. (Sermaye Piyasası Araçları).
- SPK**: Sermaye Piyasası Araçlarında Kaydileştirme, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları – 9, Ankara 2007. (Kaydileştirme)
- Tanör**, Reha: Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde Ve Yasal Düzenlemeler İle Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:1, S: 2, s. 189 vd. (Devlet İç Borçlanma Senetleri)
- Tanör**, Reha : Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz, C. II, İstanbul 2000. (Sermaye Piyasası, C. II)
- Tanör**, Reha : Türk Sermaye Piyasası, Taraflar, C. I, İstanbul 1999. (Sermaye Piyasası, C. I)
- Tekinalp**, Ünal : Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru, Batider, C.XIV, S.3, 1988, s. 1 vd. (Evraksız Kıymetli Evrak).
- Tekinalp**, Ünal : Nama Yazılı Kaydi Payların Devrinde Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kayıtlarının Etkisi ve Niteliği, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 537 vd. (Nama Yazılı Kaydi Paylar)
- Teoman**, Ömer : Menkul Değerlerin Rehni, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Kitap 8, Ankara 1997, s. 106 vd. (Menkul Değerlerin Rehni).
- Topuz**, Gökçen : Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009.
- Töremiş**, Hatice Ebru: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Sermaye Piyasası Mevzuatı Çerçevesinde Nama Yazılı Payların Borsada Devri, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2008.
- Turanboy**, Asuman: 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 4487 Sayılı Kanunla Eklenen 10/A Maddesine Göre Kaydi Değer Düzenlemesi, AÜHFD, 1999, C. 48, S. 1–4. s. 39 vd. (Kaydi Değer).
- Turanboy**, Asuman Varakasız Kıymetli Evrak, Ankara 1998. (Varakasız).
- UNIDROIT**: G30 Plan of Action: UNIDROIT Contribution to Recommendations on Legal Certainty London, May 2003. (G30 Plan).

UNIDROIT: UNIDROIT Study Group on Harmonised Substantive Rules regarding Securities Held with an Intermediary, April 2004. (Held with an Intermediary).

Urkan, Ercan: Hisse Senetlerinin Rehni, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005. (Hisse Senetlerinin Rehni)

Urkan, Ercan: Kaydileştirilen Halka Açık Anonim Ortaklık Pay Senetleri Üzerinde Aynı Hak Tesisi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 2005. (Aynı Hak Tesisi)

Ünal, Oğuz Kürşat: Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara 1999. (Halka Açık).

Ünal, Oğuz Kürşat: Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, C. 5, S. 1 – 2, s. 1 vd. (Kaydileştirilmesi).

Varol, Reyhan : Menkul Kıymetlerin Kaydi Değer Haline Getirilmesi (Kaydileştirme), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 231 vd.

Vural, Aslı: Türk Hukuk Sistemi Çerçevesinde Menkul Kıymetlerin Kaydileştirilmesi, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara 1999.

Warren,William D./**Walt,** Steven D.: Commercial Law, Selected Status, US 2009.

Yalın, Pınar: Sermaye Piyasalarında Menkul Kıymet Kaydileştirilmesi ve Türkiye Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü, Sermaye Piyasası ve Borsa Ana Bilim Dalı, İstanbul 2006.

Yavaş, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul 2005.

Yılmaz, Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, İstanbul 2007.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr