



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Yıl 5 Sayı 2 - Aralık 2019
Year 5 Issue 2 - December 2019**

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ ISSN 2149-5890

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa Aydın

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Zeynep Akyar

Editör

Prof. Dr. Ebru Ceylan

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yadigar İzmirli

Prof. Dr. Ebru Ceylan

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi Akbulut

Dr. Öğr. Üyesi Buse Aksaray Erkman

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Gamze Aydın

Grafik Tasarım

Elif Hamamcı

Türkçe Redaksiyonu

Süheyla Ağan

İngilizce Redaksiyonu

Seçil Durna

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yayın Dili

Türkçe

Yıl 5 Sayı 2 - Aralık 2019

Year 5 Issue 2 - December 2019

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı

Armoninuans Matbaa

Adres: Tavukçuyolu Cd. Palas Sk.

No:3 Y.Dudullu Ümraniye - İstanbul

Tel: 0216 540 36 11

Faks: 0216 540 42 72

E-mail: grafik2@armoninuans.com

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, *Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Arif KOCAMAN, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Prof. Dr. Atilla ÖZER, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

Prof. Dr. Cemal OĞUZ, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Cemil KAYA, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Emin MEMİŞ, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Enver BOZKURT, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Erol ULUSOY, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Gürsel TEKİN, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Haluk Sadi SÜMER, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İsmail KAYNAR, *Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kadir ARICI, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Kudret GÜVEN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Levent AKIN, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Mehmet Tufan ÖĞÜZ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Murat YAVAŞ, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rıza AYHAN, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Salih ŞAHİNİZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, *FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Timuçin MUŞUL, *Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Ali Hakan Evik, *İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Ekrem KURT, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. İbrahim AĞSAKAL, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. İbrahim SUBAŞI, *Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksek Okulu*
Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Murat Volkan Dülger, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR, *Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Umut YENİOCAK, *İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Başak BAŞOĞLU, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Emre KIYAK, *Rize Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İPEK İŞLETEN, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Öğr. Üyesi ŞABAN CANKAT TAŞKIN, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İçindekiler

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Konusunda Açılacak Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması ve Sorumluluk Davasına Etkisi

The Application of Compulsory Mediation in Commercial Cases to be Opened and Effect on Responsibility of the Board of Members

Ömer Adil ATASOY, Berk Ölçüm BİLGİN 111

Kamu Politikalarını Etkileyen Resmî, Sivil ve Uluslararası Aktörler

Official, Civil and International Actors That Influence Public Policy

Mehmet Yaşar SEVÜK, Pınar AKIN 167

Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik

Prison System and Probation

Cengiz APAYDIN, Hasan KAPLAN 185

Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları

Principles of Overtime Work in Maritime Labour Law

Özge ÖZTÜRK 209

EDİTÖRDEN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültemizin Dergisi, 2015 yılında Aralık ayında başladığı hukuk yolculuğuna yeni yayınlarla devam etmektedir. Dergimizin bu sayısında; Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy ve Av. Berk Olçum Bilgin'in "*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Konusunda Açılacak Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması Ve Sorumluluk Davasına Etkisi*" isimli makalesi, Dr. Mehmet Yaşar Sevük ve İAÜ yüksek lisans öğrencisi Pınar Akın'ın "*Kamu Politikalarını Etkileyen Resmi, Sivil ve Uluslararası Aktörler*" isimli makalesi, Cumhuriyet Savcısı Dr. Cengiz Apaydın'ın ve İnfaz Koruma Memuru, İAÜ yüksek lisans öğrencisi Hasan Kaplan'ın "*Ceza İnfaz Sistemi Ve Denetimli Serbestlik*" isimli makalesi ve Adalet Meslek Yüksek Okulu'nda görevli Öğretim Görevlisi Özge Öztürk'ün "*Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları*" isimli makalesi bulunmaktadır.

Dergimizde bugüne kadar hakem denetiminden geçmiş makalelere, Yüksek mahkemelerin kararlarının tahlillerine yer verilmektedir. Her sayıda akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserler yayınlıyoruz. Hukuk dünyasındaki yenilikler ve mukayeseli hukuktaki gelişmeler Türk Hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle mukayeseli hukuk alanındaki yayınların dergimizde daha çok yayınlanmasını amaçlıyoruz. Gelecekte daha çok makale ve yayınla karşınızda olmak en büyük hedefimizdir.

Editör
Prof. Dr. Ebru CEYLAN

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU KONUSUNDA AÇILACAK TİCARİ DAVALARDA ZORUNLU ARABULUCULUK UYGULAMASI VE SORUMLULUK DAVASINA ETKİSİ

Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY*
Av. Berk Olçum BİLGİN**

Öz

Yönetim kurulu, anonim şirketin yönetim ve temsil organıdır. Yönetim kurulunun yapmış olduğu işlemlerden dolayı oluşacak zararlardan sorumluluğu doğmaktadır. Hukuk sistemimizde yargılama süreçlerinin uzunluğu ve maliyeti açısından, alternatif çözüm yollarına gidilmiştir. 01.01.2019 tarihi itibarıyla de, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk, uygulanmaya başlanmıştır. Bu sayede, yargılama olmadan çözüme ulaşılması, yargının iş yükünün azalması amaçlanmıştır. Ticari davalarda arabuluculuk süreci ve uygulama esasları, 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu md.5/A uyarınca uygulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim Kurulu, Ticari Dava, Arabuluculuk, Yönetim Kurulunun Sorumluluğu

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi,
e-posta: omeratasoy@aydin.edu.tr

** İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi,
e-posta: berkolcumbilgin@stu.aydin.edu.tr

The Application of Compulsory Mediation in Commercial Cases to Be Opened and Effect on Responsibility of the Board of Members

Abstract

The board of directors is the governance and representation organization of the joint stock company. The Board of Directors is responsible for the damages arising from the transactions made by the Board of Directors. In our legal system, alternative solutions have been made in terms of the length and cost of judicial proceedings. As of 01.01.2019, mediation in commercial disputes has started to be implemented. In this way, it is aimed to decrease the workload of the judiciary with the aim of reaching a solution without trial. In commercial cases, mediation process and application principles are applied according to Mediation Law No. 6325 and Commercial Code No. 6102.

Keywords: *Board of Directors, Commercial Litigation, Mediation, The responsibility of the board of directors*

Giriş

Yönetim kurulu, anonim şirketlerin temsil ve yönetim organıdır. Yönetim kurulunun, şirketin yönetim ve temsil organı sıfatı ile şirket adına yaptığı işlemlerden dolayı sorumluluğu doğmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin şirketin görevleri kapsamına giren konularda, karar organı olması ve temsil yetkisine sahip olmasından dolayı sorumlulukları mevcuttur. Yönetim kurulunun sorumlu olduğu kişiler ise; şirkete karşı sorumluluğu, alacaklılara ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğu olmak üzere üç başlık altında düzenlenmektedir (TTK md.553).

Yönetim kurulu üyelerinin ifa ettikleri görevleri sırasında ifa etmiş oldukları haksız fiilden dolayı ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğu ile kanun ve esas sözleşmeye aykırı tutumlarından dolayı ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık nedeniyle iki ayrı türde sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.

Zarar görenler, akdi veya haksız fiilden doğan sorumluluktan birini seçebilmekte ve bu kapsamda yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açabilmektedirler.

Yönetim kurulu üyelerinin şirket ile arasındaki hukuki ilişki genellikle anonim şirketler hukukunun emredici hükümlerince belirlenmektedir.¹ Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun haksız fiilden mi, yoksa kanundan yahut sözleşmeden mi doğduğu sorusu gündeme gelmektedir. Yönetim kurulu üyeleri açısından değerlendirme sürecinde ise, somut olayın koşulları göz önüne alınarak incelenmesi gerekmektedir.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketin yönetim organı olması ve temsil yetkisine sahip olmasından dolayı, doğan sorumluluklardan ikili bir ayırım tercihi ortaya çıkmaktadır. Bu ayırım uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, şirkete karşı sorumluluğu ve şirketin paydaşlarına ve alacaklılara karşı sorumluluğu şeklinde ortaya çıkmaktadır(TTK md553).

Yönetim kurulu üyelerinin ifa ettikleri görevleri sırasında haksız fiilden dolayı ortaya çıkan haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırı tutumlarından dolayı ortaya çıkan sorumluluğu, yönetim kurulu açısından sorumluluk çeşitleridir. 6762 sayılı eski TTK döneminde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun niteliği açısından; sözleşmesel (akdi), kusura dayalı ve müteselsil olduğu kabul edilmektedir.²

Yeni TTK döneminde, yönetim kurulunu üyelerinin, HAAO ile arasında kabul edilen sorumluluğunun niteliği sözleşmeye dayanan bir hukuki nitelik olduğu görüşüdür.³ Her ne kadar ortak bir görüş olsa dahi, tarafların arasında yapılan sözleşmenin şartları, unsurları şirketin kuruluşu anındaki esas sözleşmede yahut genel kurul tarafından alınan kararlarda belirtilmediği takdirde sözleşmenin niteliği konusunda farklı görüş ayrılıkları oluşmaktadır. Yönetim kurulunun yapmış olduğu işlemlerden dolayı sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu aynı anda da doğabilir. Bu gibi durumlarda zarara uğrayanlar, iki sorumluluk halinin yarışmasından dolayı, akdi veya haksız fiilden doğan sorumluluklardan birini

¹ Güney, Necla Akdağ. (2016) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu (2.Baskı b.)*. İstanbul: Vedat Yayınevi. s. 279.

² Çamoğlu, Ersin. (2010). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (3. b.)*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, s.13; Helvacı, Mehmet. (2001). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu (2. b.)*. İstanbul: Beta Yayınevi, s.28; Güney, Necla Akdağ. (2010). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (2 b.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.33

³ Yasaman, Hamdi. (2013, Şubat). *Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları*. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 105; Pulaşlı, Hasan. (2017). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (5.Baskı b.)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 712; Bahtiyar, Mehmet (2019). *Ortaklıklar Hukuku (13. b.)*. İstanbul: Beta, s. 396

seçebilmekte ve bu kapsamda yönetim kuruluna sorumluluk bağlayabilme hakkına sahiptir.⁴

Bu çalışmamızda, iki başlık yer almaktadır. İlk olarak yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluğu gerektiren ticari davaların neler olduğu açıklanmaktadır. İkinci başlıkta ise, ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinin dava şartı olmasından dolayı, arabulucuya başvurmanın ticari dava tarafları bakımından sonuçları incelenmektedir.

1. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Konusunda Açılacak Ticari Davalar

Yönetim kurulu üyelerinin, doğrudan veya dolaylı olarak şirketin alacaklılarına, hissedarlara ve üçüncü kişilere karşı zarar verebilmesi durumu mevcuttur.⁵ Kanun koyucu burada oluşacak zararlardan dolayı, zarara uğrayanları koruma amacıyla TTK md.549 ve devamındaki hükümler uyarınca zarar görenlerin, yönetim kurulu üyelerine karşı dava açma haklarını düzenlemiştir.

Hukukumuzda pay sahibi ve alacaklıların dolaylı zararları sebebiyle açacakları sorumluluk davası sözleşmeden kaynaklanan bir talep hakkı olarak nitelendirilmektedir.⁶ Ancak bu sorunun çözümlenebilmesi için ise, hissedarların ve alacaklıların açmış oldukları davaya konu olan alacağın niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.⁷

Doğrudan zararlarda ise, tazminat talebinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş farklılıkları mevcuttur. Bir görüşe göre, doğrudan tazminat talebinin hukuki dayanağı sözleşmedir.⁸ Bir diğer görüşe göre ise tazminat talebinin hukuki niteliği haksız fiilden kaynaklanmaktadır.⁹ Ancak gözüktüğü üzere de, doğrudan tazminat talebinin sözleşmeden kaynaklandığını belirtmek, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi ile

⁴ Çamoğlu, Ersin. (2010). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (3. b.). İstanbul: Vedat Yayıncılık, s.105; Güney, Necla Akdağ (2016). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2.Baskı b.). İstanbul: Vedat Yayınevi, s.278

⁵ Pulaşlı, (2017). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5. b.). Ankara: Adalet Yayınevi. s.741.

⁶ Tekinalp, Ünal. (2012). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklıkların Esasları* (2. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.112; Pulaşlı, (2017), s.703.

⁷ Çamurcu, Emin. (2015). *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi* (1.Baskı b.). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s.45.

⁸ Çamoğlu, (2010),s.152; Pulaşlı, (2017), s.701.

⁹ Yasaman, (2013), s.105; Tekinalp, (2012), s.94.

uyuşmamaktadır. Hissedarlar veya alacaklılar ile ortaklığın organları arasında herhangi bir sözleşmede bulunmadığından, organların görevlerini ihlal etmek suretiyle hukuka aykırı davranarak bu kişilerin malvarlığını doğrudan zarara uğratacak davranışları haksız fiil teşkil etmektedir.¹⁰

Pay sahipleri, yönetim kuruluna karşı doğrudan zarar nedeniyle açılan sorumluluk davalarında, pay sahiplerinin dolaylı zarar nedeniyle açtıkları davalardan farklı olarak tazminatın anonim şirkete değil, doğrudan kendilerine verilmesini talep edebilirler.¹¹ Şirketin, pay sahipleri, şirketin dolaylı zarara uğradığı hallerde, zararın şirkete ödenmesi şartıyla dava açma hakkına sahiptirler. Zira burada doğrudan şirketin zararı, aynı zamanda pay sahiplerinin de dolaylı zararı meydana gelmektedir.¹² Bu sayede kanun koyucu sadece şirketin haklarını korumakla kalmamakta, zarar görenlerin de haklarını korumaktadır. Pay sahipleri ve alacaklılar dolaylı zarara uğrayabilirken, anonim şirketin dolaylı zarara uğraması mümkün değildir.¹³

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin, kanunda veya esas sözleşmede tanınan yetki ve görevlerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde sorumlulukları doğmaktadır. Sorumluluk davası, TTK md.553'de düzenlenmiştir. TTK md.553/1'den yola çıkarak yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulabilmeleri için kanundan yahut esas sözleşmeden doğan sorumluluklarında kusurlu olmaları gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi için zarar ile sorumluluğu gerektiren fiil ya da ihmali davranış arasında illiyet bağı bulunması gerekir.

1.1 Sorumluluk Davalarının Türleri ve Tarafları:

Yönetim kurulu, aleyhine açılacak olan sorumluluk davası Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak TTK, hükümleri usul hukuku açısından bağımsız olduğu için davanın türü ve içeriği hakkında bilgi vermemektedir. Sorumluluk davasının temelinde taraflar, yönetim kurulunun kusurları nedeniyle yaptığı yahut yapmadığı hareketlerden doğan zararların

¹⁰ Altay, Sıtkı. *Anlam. (2011). Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri (1. b.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.221; Çamurcu, (2015), s.47.

¹¹ Helvacı, Mehmet. (2013, Ekim). *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.151; Üçışık, Güzin./ Çelik, Aydın. (2013). Anonim Ortaklıklar Hukuku (1 b. Cilt 1)*. Ankara: Adalet Yayıncılık, s.552.

¹² Bahtiyar, Mehmet. (2015). *Ortaklıklar Hukuku (9.Baskı b.)*. İstanbul: Beta Yayınevi, s.387.

¹³ Yaşar, Sevgi Bozkurt. (2018, Mart). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 34(1), s.141.*

tazminini istemektedirler. Bu bakımdan, sorumluluk davalarının temelini, uğranılan maddi zararlar oluşturmaktadır. Sorumluluk davası, bir nevi tazminat davasıdır.

Sorumluluk davalarının türlerini usul hukuku bakımından incelerken, ilk olarak maddi zararın net olarak bilinip, bilinmediğine bakmak gerekmektedir. Davaya konu olan zararın, tam tutarı belli ise burada, alacak davasının açılması gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁴ (HMK); alacak davası, md.105'de eda davasının içinde düzenlenmiştir. HMK md.105'den yola çıkarak, alacak davasının içinde davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir.

Bu bakımdan sorumluluk davası, dava konusu olan bir miktar zararın tahsilinin talep edilmesi olarak uygulanmaktadır. Dava süresince, fazlaya dair haklarımızın mevcut olduğunu öğrenmemiz halinde ıslah edilmesi mümkündür. Böylelikle davaya konu edilen bedelin yani zarar miktarının arttırılması da mümkündür.

Davaya konu olan zararın miktarını net olarak belirleyemiyorsak; ikili bir ayrım karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak taraflar, belirsiz alacak davası açabilmektedirler. HMK md.107'de belirtildiği üzere, belirsiz alacak davasında, davanın açıldığı tarihte, davaya konu olan meblağın tam olarak bilinmemesi ve davayı açan tarafça bilinmesinin beklenemeyeceği hallerde, asgari bir miktardan dava açılmaktadır. Yargılama, süresince tarafların paylaştıkları bilgiler ve bilirkişi raporları neticesinde, davaya konu olan zararın belirlenmesinin mümkün hale gelmesi halinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini arttırabilir. Belirsiz alacak davası açılması halinde zaman aşımı, dava sonunda belirlenen alacağın tümü için, davanın açıldığı tarihte kesilmiş olur.¹⁵ Zira belirsiz alacak davasında, alacaklı dava açarken alacak miktarını veya değerini tam olarak belirleyemese de, yargılama sırasında belirli hale gelmektedir. Belirsiz alacak davasında davanın açıldığı anda alacaklının talep sonucu alacağının tümünün hüküm altına alınmasına ilişkindir.¹⁶

¹⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kanun No:6100; Kabul Tarihi: 12/1/2011

¹⁵ Pekcanutez, Hakan, Özekes, Muhammet, Atalay, Oğuz. (2013). *Medeni Usul Hukuku* (13. b.). Ankara: Oniki Levha Yayıncılık, s.391.

¹⁶ Simil, Cemil. (2012). *Belirsiz Alacak Davası*. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Doktora Tezi. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> adresinden alındı, s.308.

Sorumluluk davası, kısmi dava olarak da açılabilir. Özellikle burada, tazminat bölünüp, yalnız bir kısmı talep edilerek dava açılmaktadır. Ancak, dava açan tarafın kısmi dava açmada korunmaya değer bir hukuki yararının bulunması gerekir.¹⁷

Dava açılırken, talep kısmının geri kalan kısmından açıkça feragat edilmediği takdirde, ıslah yoluyla talep miktarı arttırılabilmektedir. Islah yoluyla talep miktarı arttırılırken, burada ıslah edilen kısım yönünden faiz, ıslah tarihinden itibaren işletilmektedir.

Sorumluluk davasını belirsiz alacak davası olarak açmak daha doğru olacaktır. Zira sorumluluk davasına konu olan alacağın, yargılama süresindeki faizi büyük önem taşımaktadır. Kısmi alacak davasında, ıslah yapılan bedelin faizi ıslah tarihinden itibaren başlamakta iken, belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı dava tarihinden itibaren dir. Bu durum açılan davalar arasında maddi farklar yaratmaktadır.

Sorumluluk davalarının tarafları ise, TTK md.553'de düzenlenmektedir. Sorumluluk davasında davacı, şirket, pay sahipleri ve şirketin alacaklıları olabilmektedir.

Yönetim kurulu açılacak sorumluluk davasında, üyelerinin bazılarıyla sorumlu olabileceği gibi, yönetim kurulu üyelerinin tamamı olarak da sorumlu olabilmektedir. Kuruludan doğan sorumlulukları bakımından, yönetim kurulunun yanı sıra, kurucular, yöneticiler ve tasfiye memurları da sorumluluk davasının, davalı tarafı olabilmektedir.

1.2 Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Davalarda Dava Açma Şartları:

Yönetim kurulu üyeleri, şirketin yönetim organı olarak, kanun ve esas sözleşme çerçevesinde görevlerini ifa etmektedirler. Görevlerini ifa ettikleri süreçte, yapılmış olan kusurlu hareketlerinden dolayı sorumlulukları doğmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine kusurlu eylemlerinden dolayı dava açılabilir. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine dava açılabilmesi bazı şartların varlığını gerektirmektedir.

¹⁷ Kuru, Baki; Arslan, Ramazan. & Yılmaz, Ejder. (2014). *Medeni Usul Hukuku* (25. b.). Ankara: Yetkin Yayıncılık, s.273.

1.2.1.1 Yönetim Kurulu Üyelerinin İbra Edilmemesi:

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu ortadan kaldıran hallerden biri ibradır. İbra kararı, yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davasını ortadan kaldırmaktadır. Hukukumuzda Mecelle'den geçen ibra; Arapça kökenli bir kelime olup, "aklama, temize çıkarma" anlamına gelmektedir.¹⁸

İbra genel manada; tüzel kişinin yetkili karar organının kararı ile hesap veren organın üyelerine karşı, yaptıkları işlemlerin hukuka ve mevzuata uygun olduğunun bir karar şeklinde açıklanmasıdır.¹⁹ Doktrindeki bir başka kapsamlı ibra tanımı ise; şirketin işleyişinden ve kuruluşundan dolayı sorumlu olanların kuruluş dönemi içerisinde gerçekleştirmiş oldukları işlem ve faaliyetlerin, kuruluştan sonra ise, yöneticilerin bir önceki hesap dönemi içerisinde yapmış oldukları iş ve faaliyetlerin onaylandığı ve şirket tüzel kişiliğinin onlara karşı bu faaliyetlerden dolayı herhangi bir tazminat davası açamayacağını beyan eden bir genel kurul kararıdır.²⁰ İbra hukuki niteliği açısından ise; menfi borç ikrarı olarak belirtmektedir.²¹

TTK md.558'de ibra düzenlenmektedir. Kanun koyucu TTK md.559/1'de²² kesin olarak genel kurul kararıyla ibranın kaldırılamayacağını belirtmiş olsa da; bunun istisnası olarak fıkranın devam hükümlerinde TTK md.445'i kapsam dışında tutarak düzenlemede bulunmuştur. Kanun koyucu TTK md.558/1'de kesin olarak genel kurul kararıyla ibranın kaldırılamayacağı belirtmiş olsa da; bunun istisnası olarak fıkranın devam hükümlerinde, TTK md.445'i kapsam dışında tutarak düzenlemede bulunmuştur. Şüphesiz bu kural, genel kurul tarafından verilen ibra kararının bir mahkeme hükmü ile iptal edilmesine engel değildir.²³ TTK md. 558'den yola çıkarak genel kurul tarafından yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmesine yönelik alınan bir kararın, sonradan alınacak bir genel kurul kararıyla kaldırılamayacağı

¹⁸ Aytaç, Zühtü. (1982). *Anonim Ortaklıklarda İbra*. Ankara, s.8.

¹⁹ Pulaşlı, (2017) s.747.

²⁰ Ulusoy, Erol. (2003). *Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği*. T. Ansay içinde, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan. Turhan Kitapevi, s.257.

²¹ T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1976/2890 K. 1976/3333 T. 24.6.1976 sayılı kararı uyarınca; <http://www.kazanci.com>; "İbra kararı, yönetim kurulunun ve denetçilerin yıllık raporlarının, kar-zarar hesabını içeren menfi borç ikrarı niteliğinde olduğunu".

²² TTK md. Madde 559- (1) Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz.

²³ Kendiğelen, Abuzer. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler* (3. b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 467.

anlaşılmaktadır. Ancak alınan ibra kararı, bir mahkeme kararıyla kaldırılabilir.

İbra kararının kaldırılmayacağına ilişkin TTK md.558'de ibra kararının iptal davasına konu edilemeyeceği veya ibra kararının hükümsüz olması halinde dava konusu edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü TTK md.558'de, genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen TTK md. 445'in saklı olduğu kanunda belirtilmektedir. TTK md.558 hükmü, TTK md. 445'i saklı tutmakla birlikte, TTK md. 447'de yer alan maddeyi saklı tutmamışsa da ibra kararının batıl olması durumunun TTK kapsamınca saklı olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Ancak tabii ki ibra kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi her zaman mümkündür. Doktrindeki bir görüşe göre ise, hukuka aykırı olarak alınmış ibra kararının herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kanuna uygun genel kurul kararıyla kaldırılmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴ İbra kararının istinası dışında, yeni bir genel kurul kararıyla kaldırılması durumu kanun uyarınca mümkün değildir (TTK md.558/1). Kanunda belirtilen bu durumun sebebi, ibra kararının yenilik doğurucu nitelikte olmasıdır.²⁵ Şayet bu ilke ve esaslara uyulmaksızın, genel kurul sonradan ibra kararını almış olduğu yeni bir kararla kaldırır, bu karara karşı tespit davası açılabilir.

TTK kapsamında, ibra kararı hangi gerekçe ve gereksinime dayanırsa dayansın, genel kurul kararıyla kaldırmaya yönelik genel kuruldan bir karar alınması halinde ise alınan karar mutlak butlan olarak geçersizdir.

Bu bakımdan ibra kararının, kanun veya esas sözleşme hükümlerine yahut dürüstlük kuralına aykırı olması halinde, genel kurul tarafından verilen ibra kararı bir mahkeme hükmü ile iptal edilmektedir.²⁶ İbra kararı, yönetim kurulu üyelerini sadece kararın kapsamındaki konularda muaf tutmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin, ibra kapsamı dışındaki işlemlerinden dolayı sorumluluğu devam etmektedir. İbra, kişi konu, zaman ve durum bakımından da uygulanabilmektedir.

²⁴ Eriş, Gönen. (2014). *Açıklamalı- İçtihatlı 6335- 6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme Ve Şirketler (2. b. Cilt II)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 3283.

²⁵ Kahyaoğlu, Emin Cem. (2013, Şubat). *Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması Sorunu*. E. Ulusoy içinde, *Ersin Çamoğlu'na Armağan (s. 83-93)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.83; Şener; (2017), s.431.

²⁶ Kendigelen, Abuzer. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler (3. b.)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.467.

Genel kurul, yönetim veya denetim kurulu üyelerini ve yöneticilerini bunların bütününe kapsayacak şekilde tek bir kararla ibra edebileceği gibi, her bir üye ve müdür hakkında tek tek karar vermek suretiyle bazı üyelerin ibrasından imtina edebilmekte ve böylelikle genel kurul, ibra edilemeyen üye hakkında sorumluluk davası açma hakkını saklı tutmuş olmaktadır.²⁷ Yargıtay'ın bir kararında, yönetim kurulu üyelerinin bazı olaylarda sadece bazı üyelerin imzasının olmasından dolayı ibrada, üyeler içinde ayırma gittiği görülmüştür.²⁸ Böylelikle Yargıtay'ın, imzası olmayanların ilgili sorumluluktan muaf tutulmadığı belirtilmektedir. İlgili karar her ne kadar 1984 tarihli eski bir karar olsa da yönetim kurulu içinde bireysel sorumluluk bakış açısını ifade etmiştir.

İbra kararı, yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davası açısından büyük önem arz etmektedir. TTK 558/2. maddesine göre ibra, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan hissedarların dava hakkını ortadan kaldırır. İbranın etkisi, ibraya konu olan olayla sınırlıdır. Bu nedenle, ibraya olumlu oy veren ya da ibra kararını bilerek payı devralmış olan ortakların sorumluluk davası açma hakları ibra kararı ile ortadan kalkacaktır.²⁹

1.2.2 Taraflar Arasında Sulh Sözleşmesi Bulunmaması:

Yönetim kurulu üyelerinin hakkında dava açılması için gereken şartlardan biri de, tarafların arasında sulh sözleşmesinin olmamasıdır. Taraflar arasında, sulh sözleşmesinin varlığı halinde, açılacak olan davanın, sulh sözleşmesinin konusu dışında olması gerekmektedir.

Ticaret kanunu md.559'de sulh sözleşmesinin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumluluklar için yapıldığı açıkça belirtilmektedir. TTK md.559'dan yola çıkarak değerlendirmemiz gerekmektedir. TTK md.559 düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere, sulh için yönetim kurulu üyelerine şirketin kuruluş tarihinden itibaren dört yıllık bir süre esas alınarak, sorumluluklarının kaldırılamayacağı belirtilmiştir. Şirketin tam anlamıyla kurulmuş olarak aktif ticari hayatta yerini alması, tescil tarihinin başlangıç tarihi olarak esas alınmasından dolayı önem arz etmektedir. Kanun maddesinde belirtildiği üzere, sulh sözleşmesinin geçerliliği için genel kurul onayı gerekmektedir.

²⁷ Güney, Necla Akdağ. (2016). *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2.Baskı b.). İstanbul: Vedat Yayınevi, s.427.

²⁸ T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 1984/252 K. 1984/594 T. 7.2.1984.

²⁹ Bahtiyar, (2019), s.408.

Ticaret kanunu md.559'da düzenlenmesinin yanı sıra sulh sözleşmesi, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımını dışında da düzenlenebilmektedir.

Sulh sözleşmesi, TTK md.559 kapsamı dışında düzenlenmesi halinde ise, herhangi bir süre zarfına gerek olmaksızın uygulanabilmektedir.

Sulh olan kişiler konusunda, kanun maddesi geniş bir yelpaze sunmaktadır. Kanun; kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri kapsamıştır. Şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında yapılan bir sulh sözleşmesinin varlığı halinde, bu durum doğrudan zarara uğrayan alacaklılara karşı ileri sürülemez. Sulh sözleşmesi, yalnız tarafları bağlar ve açılacak sorumluluk davasında defî olarak ileri sürülebilmektedir.³⁰

Zararın birinci derece tarafı olmayan, alacaklılar açısından ise sulh sözleşmesi bağlayıcı nitelikte değildir. Şirket ve yönetim kurulu arasında yapılan, sulh sözleşmesi genel kurulda onaylansa dahi alacaklılar bakımından bir hüküm doğurmamaktadır. Taraflar uğradıkları zararların bir kısmı için sulh sözleşmesi yapmış iseler, geri kalan kısım için dava açma hakları saklıdır.

1.2.3 Sorumluluk Davalarında Zaman Aşımı Sürelerinin Geçmemiş Olması:

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarında bir diğer önemli husus ise zaman aşımıdır. Burada özellikle yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak, dava çeşidine ve hukuka aykırı fiile göre önem arz etmektedir. Bu bakımdan kanunda çeşitli davalar ve fiiller için farklı zaman aşımı süreleri öngörülmüştür. Genel olarak sorumluluk davasında zaman aşımı süresi TTK md.560'da düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan sorumluluk davaları bakımından TTK md.560 hükmü genel hüküm niteliğindedir. Kanundan anlaşıldığı üzere, genel olarak sorumlu olan kişilere karşı açılacak olan tazminat davalarında, davacı sorumlu olanları ve zararı öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararın vukuu bulunduğu fiilin işlendiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi ile zaman aşımı meydana gelmektedir (TTK md.560). Özel kanunlardaki çeşitli zaman aşımı sürelerinin bulunması halinde ilgili özel kanun hükümleri uygulanır.

³⁰ Güney, (2016) s.453.

1.2.4 Genel Kurulun Dava Açılması İçin Karar Alması:

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davaları açısından, genel kurul kararının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalı bir husustur. 6102 Sayılı TTK ‘da sorumluluk açısından bir genel kurul kararı alma zorunluluğu yokken, eski 6762 sayılı TK döneminden md.341 genel kurul kararı gerektiği düzenlenmektedir. 6102 eni TTK’nın ilgili maddelerinin gerekçe kısımları incelendiğinde de 6762 sayılı mülga TTK m.341’deki düzenlemeyle ilgili bir hüküm olmadığı gözükmektedir. Doktrinde ise iki farklı görüş mevcuttur: Birinci görüş genel kurul kararı olmadan sorumluluk davası açılabileceği yönündedir.³¹ TTK’da ve gerekçesinde sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurulun karar alması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu değişikliği bilinçli olarak yaptığını, bu anlamda genel kurul kararının gerekli olup olmadığının sorgulanabileceğini, uygulamada genel kurul kararının yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak sorumluluk davalarına engel olduğunu, bu sebeple 6762 sayılı mülga TK md.341 hükmünün kaldırılmasıyla oluşan boşluğun 6102 TTK md.479/3-c hükümleri ile doldurulamayacağını belirtmektedir.³²

İkinci görüş, TTK 479. madde ile sorumluluk davasında oyda imtiyazın kullanılamayacağını düzenlenmesinden yola çıkarak, sorumluluk davasının açılabilmesi için genel kurul kararının dava şartı olduğu yönündedir.³³ Ortaklık adına sorumluluk davası açılabilmesi için ortaklığın zarara uğramış olmasının yanı sıra; genel kurulda dava açılması yönünde karar alınmış olması gerekir.³⁴ Doktrindeki bir başka görüşse göre ise; TTK m.374 hükmüne göre, anonim şirket adına sorumluluk davası açma yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğunu, söz konusu hüküm gereğince kanun ve esas sözleşme ile genel kurulun yetkisinde bırakılanlar hariç

³¹ Helvacı, Mehmet. (2013, Ekim). *Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.78; Pulaşlı, Hasan. (2014). *Şirketler Hukuku Şerhi (Cilt 2)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.2139.

³² Çamoğlu (2010), s.117.

³³ Kendigelen, Abuzer. (2016), s.308; Bahtiyar, Mehmet. (2016). *Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. Bankacılık Enstitü Yayınları, s.410; Helvacı, Mehmet. (2018). *Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu*. Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (20 Ekim 2017) İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s.149.

³⁴ Üçışık, Güzin & Çelik, Aydın. (2018). *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolara Yedek Akçeler Ve Kar Dağıtımı (1.Baskı b.)*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s.153.

olmak üzere işletme konusunu gerçekleştirmek için gerekli olan tüm iş ve işlemleri yapmaya yönetim kurulunun yetkili kılındığını, ancak davanın bir veya birden fazla yönetim kurulu üyesine karşı açılması sebebiyle yönetim kurulunun dava açma yönünde karar alamadığı durumlarda, dava açılmasına genel kurulun karar vereceğini ve böyle bir durumda oy hakkının etkisizleşeceğini (TTK m.479/3-c) belirtilmektedir.³⁵

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, sorumluluk davası açılabilmesi için şirketin genel kurulunun bu yönde karar alması gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar alışılmış bir görüşün devamı olarak sürdürülmektedir. 6762 Sayılı eTTK md.341³⁷ düzenlemesinin, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararların temelini oluşturduğu görülmektedir. Ancak her ne kadar, 6102 sayılı yeni TTK 'da ilgili hükmün karşılığı olmasa da Yargıtay alışılmış görüşünü halen uygulamaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararında, TTK md.618'den yola çıkarak, 6102 sayılı TTK ile 6762 sayılı eTTK'nın uygulanma amacının aynı olduğu yönünde karar vermiştir.³⁸ Yargıtay'ın burada, eski kanun maddesinin uygulanmasına devam edebilmek için hukuki gerekçe oluşturduğu görünmektedir.

Yönetim Kurulu üyelerine sorumluluk davası açılabilmesi, Genel Kurulun alacağı karar ile mümkündür. TTK lafzından açıkça sorumluluk davası için genel kurul kararı gerektiği belirtilmemişse de, ancak TTK m.408/2-d hükmü uyarınca, yönetim faaliyetlerinin sonuçlarını değerlendiren organın genel kurul olması sebebiyle ve TTK md.479/3-c “oyda imtiyazlı paylar” hükmü ile bu sonuca ulaşabiliriz. Genel kurul oylamasında, şirketin hissedarlarının oy hakkı esas sermaye paylarının itibarî değerine göre hesaplanır. Ancak bunun sorumluluk davası açısından şirketlerle ilgili istisnası mevcuttur. Anonim ortaklıklar açısından, TTK md.479'da belirtildiği üzere oyda imtiyazlı paylar, ibra ve sorumluluk davasında kullanılamamaktadır.

³⁵ Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan. (2013). *Şirketler Hukuku* (9. b.). Bursa: Dora Yayıncılık, s.596.

³⁶ T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2014/5386 K. 2014/14890 T. 30.9.2014; T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/560 K. 2015/13614 T. 17.12.2015

³⁷ 6762 Eski Ticaret Kanunu Md.341/1;“Umumi heyet; idare meclisi azaları aleyhine dava açılmasına karar verirse yahut dava açılmamasına karar verilip de esas sermayenin en az onda birini temsil eden pay sahipleri dava açılması reyinde bulunursa, şirket, bu karar veya talep tarihinden itibaren bir ay içinde dava açmaya mecburdur. Bu müddet geçirilmesiyle dava hakkı düşmez. Murakıpların ve alacaklıların vekilinin mesuliyeti hakkındaki hükümler mahfuzdur.”

³⁸ T.C. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/1754 K. 2015/2626 T. 26.2.2015

Yargıtay'ın kararları kapsamında değerlendirmek gerekirse, genel kurul kararı alınmadan, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açılması halinde, yerel mahkemelerin dava şartı tam olarak yerine getirilmediği için davaları reddedebileceği gibi mahkemece kabul edilip karar verilse dahi anılan eksikliğin istinaf ve temyiz sürecinde dava şartı eksikliği olarak ortaya çıkacağı anlaşılmaktadır.³⁹

1.3 Maddi Hukuk Açısından Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunu Gerektiren Haller:

Anonim şirket kurucuları, yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerin sorumluluğunun kaynağı, kanun veya esas sözleşme ile belirlenmiş olan yükümlülüklerin ihlalidir.⁴⁰ Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller, Ticaret Kanunu'nda "hukuki sorumluluk" başlığı altında, TTK md.549 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Başlıca sorumluluğu gerektiren haller olarak;

- Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK md.549)
- Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (TTK md.550)
- Değer biçilmesinde yolsuzluk (TTK md.551)
- Halktan para toplamak (TTK md.552)
- Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Kusurlarıyla İhlal Edilmesi (TTK md.553)

1.3.1 Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olması:

Ticaret Kanunu md.549 kapsamında; "Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur" şeklinde düzenlenmiştir.

³⁹ Altaş, Soner. (2017, Mayıs-Haziran). Anonim İle Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir Mi? Mali Çözüm Dergisi(141), s.158.

⁴⁰ Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, s.472.

Sorumluluğu doğuran olayın hukuki niteliği, failin olay esnasındaki statüsüne göre değişmektedir. Şirket bünyesindeki kurucu, yönetici ve çalışanların gerçekleştirdiği gerçeğe aykırı belge ve beyanlardan dolayı akdi bir sorumluluk hali söz konusu olmaktadır.⁴¹ Ancak şirket bünyesinde yer almayan üçüncü kişilerin ise sorumluluğunun niteliğini haksız fiil oluşturmaktadır.⁴²

Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere, kusur kavramının üzerinde vurgu yapılmıştır. TTK md.549 hükmünden de anlaşıldığı üzere, belgeleri hazırlayanlar ya da beyanda bulunan kişiler açısından kanun kusursuz sorumluluğu kabul etmektedir.⁴³ İlgili hükümde, yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı ve gerçeği saklayan beyanlardan söz edilirken, aslında kusur ya da kastın varlığına atıf yapılmıştır.⁴⁴ TTK md.549'un gerekçe kısmından anlaşıldığı üzere, ilgili hükmün 6762 sayılı ETTK md.305 esinlenilerek ortaya çıktığı belirtilmektedir. 6762 sayılı ETTK'nun md.305'de kusurdan söz etmediği için sorumluluğun niteliği yönünden tartışmalara yol açtığını, bu sebeple kusur kavramının ayrıca belirtildiği TTK md.549 gerekçe kısmından anlaşılmaktadır. Ticaret Kanunu md.549'da belirtilen düzenleyen ve katılanların tanımı yapılmamıştır.

TTK md.549'un gerekçe kısmında ise, düzenleyenler için kusursuz, katılanlar için kusurlu sorumluluktan bahsedilmiştir.⁴⁵

TTK md.549 hükmünde belirtilen belge ve beyanlar, ortaklığın kuruluşu, sermaye artırılması, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme, menkul kıymet çıkarma, izahname düzenleme gibi durumlarda oluşmaktadır. Ancak kanun hükmünde yer alan "gibi" kavramından anlaşıldığı üzere, kanunda belirtilen işlemlere benzer nitelikte olan, ancak kanun metninde sayılmayan işlemler sırasında hazırlanan belge ve beyanların kanuna aykırı olması halinde de, TTK md.549 hükmü kapsamında sorumluluktan bahsedilecektir.⁴⁶

⁴¹ Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.473.

⁴² Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin. (2019). *Ortaklıklar Hukuku- I (14. b.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.719.

⁴³ Kendigelen, Abuzer. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler (3. b.)*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.454.

⁴⁴ Yasaman, Hamdi.(2013, Şubat). *Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları*. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.101.

⁴⁵ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.549 Gerekçesi

⁴⁶ Pulaşlı, Hasan. (2017). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (5. b.)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s.694; Çamurcu,

Bunun yanı sıra ilgi hükümde belirtilen belgeler, genel kurulda karar alınması esnasında gerekli olan evraklar olmasından dolayı da yönetim kurulu açısından önem arz etmektedir.⁴⁷

1.3.2 Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi:

Ticaret Kanunu md.550’de belirtildiği üzere; sermaye tamamıyla taahhüt edilmemişse yahut taahhüt edilmiş ve ödenmemişse, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. TTK md.550/2’de ise; “Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar” şeklinde düzenlemeye gidilmiştir.

TTK md.550’de bahsedilen şirket yetkilileri, kapsamı konusunda hükümde bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak hükmün gerekçesinde; şirket yetkililerinin geniş bir şekilde anlaşılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Şirket yetkilileri kavramı, sadece yönetim kurulu üyeleri ve murahhaslar değil, ortaklık bünyesinde faaliyet gösteren kurumlar ve TTK md.550/1’deki durumun oluşumuna katkıda bulunan diğer kimseleri de kapsayacak şekilde düşünülmelidir. Yönetim kurulu üyeleri ve murahhas sıfatını haiz olmasa da bu hükümde yer alan fillerin oluşumuna kusurlarıyla katkıda bulunan kişiler de TTK md.550 kapsamında sorumlu olmaktadır.⁴⁸

Şirket yetkililerinin sorumluluğunda ise şartların varlığı halinde TTK md.557 teselsül hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir.

Öğretide; kanun maddesinde şirket yetkililerinin kusurundan bahsedilmesi nedeniyle, diğer sorumlular için kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği kabul edilmektedir.⁴⁹

Emin. (2015). Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi (1. b.). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s.83.

⁴⁷ *Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, s.473.*

⁴⁸ *Altay, Sıtkı Anlam. (2011). Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkililerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri (1. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.229; Çamurcu, Emin, s.87.*

⁴⁹ *Kendigelen, Abuzer. (2016). Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve ilk Tespitler (3. b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. s.455; Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, s.474.*

TTK md.550/2’de belirtilen; sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay veren kişilerin, sorumluluğunun kanun gerekçesinden anlaşılacağı üzere kusur ilkesine dayalı bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir.⁵⁰ Bu hüküm, sermaye taahhüdünde bulunanların bu taahhütte bulunduğu sırada objektif olarak mevcut borcunu yerine getiremeyeceklerini bilmesine rağmen buna göz yuman kimselerin sorumluluklarını düzenlemektedir.⁵¹ Şirketin kuruluşu esnasında, şirkete koyulması taahhüt edilen sermayenin, şirketin kurucuları tarafından şirkete koyulamayacağına bilinmesi ve buna onay verilmesi halinde sorumlulukları doğacaktır. TTK md.550/2 kapsamında “bilen ve onay veren” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, hüküm kapsamında kusur sorumluluğu kabul edilmektedir.⁵²

TTK md.550/2’yi, md.550/1’den ayıran nokta, ilk fıkrada sermaye taahhüdünün bulunmamasına rağmen sermayenin taahhüt edilmiş gibi gösterilmesi, ancak ikinci fıkrada gerçekten bir sermaye taahhüdü olmasına rağmen, taahhüt eden pay sahibinin sermaye borcunu ödemedede yetersiz olmasıdır.⁵³

1.3.3 Değer Biçilmesinde Yolsuzluk:

Ticaret Kanunu md.551; “Ayni sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsiline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur” şeklindedir. Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere, değer biçilmesinde yolsuzluk durumlarında sınırlı sayıda bir düzenlemeye gidilmemiştir. Kanunun gerekçesinden anlaşılacağı üzere de, hükümde belirtilen “emaline nazaran yüksek” ibaresi ölçüt olarak ele alınmaktadır.

Değer biçilmesinde yolsuzlukta sorumluluk; kusur esasına dayalıdır.⁵⁴ Doktrinde; Değer biçilmesinde yolsuzlukta kusur sorumluluğunu savunanların⁵⁵ yanı sıra; haksız fiil sorumluluğunun doğduğunu ve

⁵⁰ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.550 Gerekeçesi

⁵¹ Çamurcu, Emin. (2015). *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi (1.Baskı b.)*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s.88.

⁵² Bahtiyar, Mehmet. (2019). *Ortaklıklar Hukuku (13. b.)*. İstanbul: Beta, s.402.

⁵³ Tekinalp, Ünal. (2012). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklıkların Esasları (2. b.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.28; Çamurcu, s.88.

⁵⁴ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.551 Gerekeçesi

⁵⁵ Kendigelen, Abuzer. (2016). *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve ilk Tespitler (3. b.)*. İstanbul:

kusurun haksız fiil sorumluluğunun doğal şartı olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.⁵⁶

TTK md.551 kapsamında dava açma yetkisi; şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir.

1.3.4 Halktan Para Toplamak:

Ticaret Kanunu md.552 “halktan para toplamak” hükmü, eski ticaret kanununda yer almayan bir hükümdür. Söz konusu düzenleme, ülkemizde karşılaşılan ve herhangi bir kamu izni almadan halktan yatırım yapılacağı veya yüksek gelir verileceği vaadiyle para toplama girişimlerine engel olabilmek amacıyla TTK’da düzenlenmiştir.⁵⁷

TTK md.552; “Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaktır” şeklindedir. Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere; SPK hükümlerinin saklı kalmasıyla, sermaye piyasasından bir izin alınması gerektiği görülmektedir. Zira SerPK hükümlerinde bir şirket kurmak veya şirketin sermaye artırımını için, Sermaye Piyasası Kuruluna bildirim ve başvuru yükümlülükleri mevcuttur (SerPK md.12/5).

TTK md.552 hükmün uygulanabilmesi için; kusura gerek olmayıp, iyi niyetle hareket de hükmün uygulanmasına engel olmamaktadır.⁵⁸ Kanun gerekçesinden de anladığımız üzere; TTK md.552’de kusursuz sorumluluk halinin söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. Kişilerin sorumlu olmaları için şirketin içerisinde organ sıfatını haiz olmaları yahut ortaklık bünyesinde faaliyet gösterme zorunluluğu yoktur.⁵⁹ TTK md.562/11 uyarınca; usulsüz şekilde halktan para toplanmasını halinde, para toplayanlar açısından altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı kanunda belirtilmiştir.

On İki Levha Yayıncılık, s.456; Yasaman, Hamdi.(2013, Şubat). Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.103.

⁵⁶ Tekinalp, Ünal. (2012). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (2. b.)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.265.

⁵⁷ Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.475.

⁵⁸ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.552 Gerekçesi

⁵⁹ Çamurcu, Emin. (2015). *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi (1.Baskı b.)*. İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, s.91.

1.3.5 Kanundan ve Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Kusurlarıyla İhlal Edilmesi:

Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller genel olarak değerlendirildiği takdirde, Ticaret Kanunu md.553 uygulanmaktadır. TTK md.553'de;“kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara verdikleri zarardan sorumludurlar” şeklinde düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler organ sıfatını haiz gruplardır. Kanunda yer alan “yönetici” ifadesi fiili organları da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.⁶⁰

TTK md.553 hükmü kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Kanunun gerekçe kısmı, madde hükmünü; “Yönetim Kusuru” şeklinde ifade ederek kusur kavramını vurgulamıştır. TTK kapsamında kusur kavramının belirlenmesinde ölçüt olarak özen yükümlülüğü ölçüt olarak alınmalıdır (TTK md.553/2). Sorumluluk kapsamında olan yönetici, tedbir ve özen yükümlülüğü ile hareket ettiğini ispat ettiği takdirde sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Özen yükümlülüğünün ölçütü, “basiretli iş adamı” standardının terk edilmesi ve tedbirli yönetici kavramının kullanılması istikametinde şekillenmektedir⁶¹ (Tekinalp, 2012, s. 266; Kırcı, Şehirli Çelik, & Manavgat, 2013, s. 657). Bu bakımdan tedbirli yönetici kapsamına uymayan davranışlar, kusuru oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki, yetkinin yönetim kurulu üyesine devredildiği hallerde yetkiyi devralan üye, hem yönetim kurulu üyesi hem yönetici sıfatıyla sorumludur.⁶² TTK m.553/3 hükmüne göre, “Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz” şeklinde düzenlenmiştir. TTK m.553/3'te yer alan “kontrolü dışında kalan” ifadesi, görev paylaşımı yapılması durumunda önemlidir. Yönetim kurulu üyeleri, görev paylaşımı yaparken, göreve getirdikleri kişinin seçiminde TTK md.553/2 belirttiğimiz üzere gereken özeni göstermeleri gerekmektedir. Yönetim kurulu üyeleri söz konusu durumda gereken özeni göstermedikleri takdirde sorumlulukları doğmaktadır.

⁶⁰ Altay, Sıtkı Anlam. (2011). *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri* (1. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.234.

⁶¹ Tekinalp, Ünal. (2012). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklıkların Esasları* (2. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, s.266 ; Kırcı, İsmail., Şehirli Çelik, Feyzan., Manavgat, Çağlar. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (1.Baskı b.). Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.612.

⁶² Kırcı, Şehirli Çelik, Manavgat,(2013), s.612.

Ticaret Kanunu md.553 kapsamında açılacak olan sorumluluk davasında kusurun ispatı davacı tarafa ait olmaktadır.⁶³

1.4 Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilere Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Dava Açmaya Yetkili Kişiler

TTK md.553 ve 555’de sorumluluk davalarının tarafları açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan, kanunda sayılanların dışındaki kişilerin sorumluluk davası açma hakları bulunmamaktadır.

TTK md.553;“Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar” şeklinde düzenlenmiştir. TTK md.557; “Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, birlikte müteselsilen sorumlu olur ve davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir” şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere sorumluluk davasında birden çok kişinin birlikte sorumlu olması halinde, sorumluların hepsine karşı birlikte dava açılacaktır. Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere sorumlular arasında, doktrinde farklılaştırılmış teselsül şeklinde ifade edilen sorumluluk uygulanacaktır.

Farklılaştırılmış teselsül, her üyenin kusurlu davranışı ile birlikte verdikleri zararın oluşumundaki katkısı oranında sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.⁶⁴ Farklılaştırılmış teselsülde, yönetim kurulu üyeleri, kendisinin illiyet bağı ile bağlı olmadığı eylemlerden ötürü sorumlu olmayacaktır. Bunun yanı sıra dış ilişkide, her üye hukuka aykırı olarak verdiği zararların kapsamıyla sorumludur. Farklılaştırılmış teselsülde, sorumluluk davasında her bir davalının sorumluluk konularının ayrı ayrı ve birbirinden ayrışık bir şekilde değerlendirilmesi, rücu davasında ise tüm sorumlularının durumunun irdelenmesi gerekir.⁶⁵

⁶³ Pulaşlı, (2017), s.716.

⁶⁴ Atasoy, Ömer Adil, Ergün, Berkay (2018, Aralık). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinde Doğan Sorumluluk*. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 4(2), s.49.

⁶⁵ Altay, Sıtkı Anlam. (2019, Mart). *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül*. *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(Özel Sayı), s.74

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kural olarak şahsidir; ancak TTK md. 367 ile yönetimin, TTK md. 370/2 ile temsilin devredilebileceği öngörülmüş ve bu durumda devralanın sorumlu olacağı kabul edilmiştir.⁶⁶

Yönetim görev ve yetkisini devralanlar, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, “yönetici”⁶⁷ sıfatıyla TTK md. 553 kapsamında şahsen sorumlu olacaktırlar.⁶⁸

Sorumluluk davasında, dava açmaya yetkili kişileri ise; şirket, pay sahipleri ve alacaklılardır.

1.4.1 Şirket Adına Dava Açılması ve Dava Açmaya Yetkili Kişiler

Sorumluluk davasını kural olarak, şirket adına yönetim kurulu açmaktadır. Ancak yönetim kuruluna karşı açılmış bir davanın olması halinde, genel kurul yeni yönetim kurulu üyelerini seçmiş ise davayı şirket adına yeni yönetim kurulu açmaktadır. Şirketin açmış olduğu bir davada ise, şirketi kimin temsil edeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda şirketi mahkemede temsil edecek bir kayyım niteliğinde “özel temsilci” atanması gerekmektedir.⁶⁹

Bunlara ek olarak sorumluluk davası, yönetim kurulu üyelerinin birkaçına açılmış ise, sorumluluk davası açılmayan üyeler sorumluluk davası açabilir ve şirket adına takip edebilir.

1.4.2 Pay Sahipleri Adına Dava Açılması:

Pay sahiplerinin de dava açma hakkı bulunmaktadır. Pay sahiplerinin, sorumluluk davası açma hakkı şirketin hakkından bağımsız olup, pay sahipleri her zaman dava açabilirler. Pay sahipleri, açtığı dava ile şirketin uğradığı zararın tamamını talep eder ve bu meblağın şirkete verilmesini ister (TTK md.555). Pay sahibi ve şirket ayrı ayrı da dava açabilirler. Anonim şirketle beraber, pay sahiplerinin de dava açması sonucunda ise, hangi malvarlığının zarar gördüğünün belirlenmesi gerekir. Burada ayırım genellikle şirket bakımından doğrudan zarar ve pay sahipleri bakımından

⁶⁶ Yasaman, Hamdi.(2013, Şubat). Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.98.

⁶⁷ Yönetici; şirket adına karar alıp uygulayan ve imza yetkisi bulunan, şirketi işletme görevine haiz genel müdürü, genel müdür yardımcılarını, müdürleri, CEO, genel koordinatör gibi unvanları taşıyan kişilerdir.

⁶⁸ Yasaman, (2013, Şubat), s.98.

⁶⁹ Pulaşlı, (2017),s.744; Çamoğlu(Poroy/Tekinalp) (2019). Ortaklıklar Hukuku- I (14. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, N:623.

dolayısı ile zarar olarak yapılır.⁷⁰ Bunlara ek olarak açılan davalarda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu davalarında, şirketin zararı ile pay sahiplerinin ve alacaklıların zararı bakımından bir ayırım yapılmaksızın ispat yükü, TTK md.553 belirtilen kişiler içinden sorumluluk davası açan davacı tarafa aittir.⁷¹

1.4.3 Şirket Adına Dava Açılmasında Alacaklıların Hakkı:

Şirket alacaklıları uğramış oldukları zararlar neticesinde sorumluluk davası açma hakkına sahiptirler.

Uğranılan zararın doğrudan veya dolaylı olmasından dolayı, uygulanacak TTK hükümleri değişmektedir. Şirketin yönetim kurulu üyeleri yaptıkları kusurları davranışlar sebebiyle doğrudan zarar vermeleri halinde, TTK md.553/1 uyarınca alacaklıların sorumluluk davası açması hakkı bulunmaktadır.⁷²

Alacaklıların dolaylı zarara uğraması halinde ise, TTK md.556 uyarınca şirketin iflası durumu aranmıştır. Alacaklı, şirketin iflası halinde uğramış olduğu zararı ilk olarak iflas idaresine bildirmek zorundadır. TTK md.556 uyarınca, iflas idaresi sorumluluk davası açmadığı takdirde, her pay sahibi ve alacaklı, sorumluluk davası açma hakkına sahiptirler. Şirketin iflası halinde, alacaklı elde edilen miktardan ilk olarak kendi alacağı miktarı tahsil eder, bakiyesini iflas masasına devreder (TTK md.556). Alacaklı sıfatının dava tarihinde bulunması gerekir.⁷³

2. Ticari Davalarda Arabuluculuk

2.1 Genel Bilgiler:

Ticari davalarda, arabuluculuk uygulaması ise, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Kanununun 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi uyarınca 01.01.2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. TTK md.5/A düzenlenmesinde

⁷⁰ Yasaman, (2013, Şubat) s.106.

⁷¹ Kayar, İsmail & Özaltan, Yurdal. (2019, Mart). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasında Kusur Ve İspat. *Terazi Hukuk Dergisi*, 14(Özel Sayı), s.29.

⁷² Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin; Özdamar, Mehmet. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar (1. b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.487.

⁷³ Yasaman, Hamdi. (2013, Şubat). Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.110.

arabuluculukla ilgili olarak, md.4'e atıfta bulunulmuş ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalar ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması şartını getirmiştir.

Arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediğinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır.⁷⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların basit ve hızlı çözümünün sağlanmasıdır.⁷⁵

Arabuluculuğun diğer alternatif çözüm yollarından farkı ise; arabulucunun görüşmelerde taraf olmayıp daha çok tespit edici ve birleştirici roller üstlendiğinden, yönlendirme veya karar verme konumunda bulunmayıp çözüm odaklı olması, arabuluculuğun diğer alternatif çözüm yollarından ayrılmasındaki temel noktadır.⁷⁶

Arabuluculuk kanunlarda belirtildiği üzere, yargılama usulü olmamakla beraber, bir müzakere yöntemidir.

Arabuluculuğun yargılama sürecine sağladığı kazanımlar ise, hukuk süreç bakımından önem arz etmektedir. Arabuluculuk sayesinde, uyuşmazlığın yargılamaya başlamadan çözüme ulaşma imkânı bulunmaktadır. Bu sayede tarafları yargılama sürecinden kurtarmış olmaktadır. Bunun yanı sıra arabuluculuk görüşmelerinde yargılama faaliyetlerinin olmamasından dolayı, taraflar yargılama maliyetinden muaf olmaktadır. Arabuluculuk, taraflar aralarında dostane ilişkiler içinde gerçekleşerek, uzlaşma kültürünü

⁷⁴ Konca, Nesibe Kurt. (2018, Aralık). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, s.1.

⁷⁵ Erdem, Ümit. (2019). Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.8.

⁷⁶ Köse, Yasin. (2013). Hukuk Sistemimizdeki Yeni Patika "Arabuluculuk". Terazi Hukuk Dergisi, 8(84), s.89.

de geliştirerek sonuçlanmaktadır. Bunların yanı sıra HUAK'da belirtildiği üzere, arabuluculuk faaliyetleri esnasında gizlilik ilkesi hâkimdir. Tarafların arabuluculuğa konu olan uyuşmazlığı ve ilgili ticari bilgileri de bu kapsamda korunmaktadır. Kanaatimizce, mahkemelerdeki iş yükünden kaynaklanan yargılama süreçlerinin uzunluğundan dolayı arabuluculuğun ticari davalarda dava şartı olması yerinde bir karardır.

Arabuluculuk uygulamasının yargılama sürecine sağlamış olduğu kazanımların yanı sıra doktrinde bazı olumsuz görüşler de mevcuttur. İlk olarak baktığımızda arabuluculuk temelinde bir uzlaşma kültürünü barındırdığı için tarafların burada gönüllü olarak arabuluculuk faaliyetlerine katılması gerekmektedir. Arabuluculuk sürecinde, tarafların sürece başvurmaları, sürece katılmaları, süreci sürdürmeleri ve süreç sonrası bir anlaşmaya varmaları konusunda gönüllü olmaları gerekmektedir.⁷⁷ Bu bakımdan zorunlu yanı sıra dava şartı arabuluculuk uygulamasına da yoğun bir şekilde eleştiri yöneltilmiştir. Zira dava şartı arabuluculuk uygulamasının, tarafları arabuluculuk sürecine zorlamak; adaletsiz sonuçlara neden olan, usule aykırı çözüm anlaşması baskısı yaratan, arabuluculuk süreci içinde zorlamaya dönüşen ve gönüllülük esasından uzak olduğunu savunan doktrinde görüşler de mevcuttur.⁷⁸ Buna ek doktrinde de tartışıldığı üzere, “zorunlu” arabuluculuk uygulamasının, arabuluculuğun ruhuna aykırı olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.⁷⁹ Bir diğer arabuluculuk konusunda eleştirel görüş ise; arabuluculuğun ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve hatta tahkimin, adalet uygulayıcılarının ciddi bir kısmı tarafından yerel mahkeme yargısının rakibi olarak görülmesi ve onun etkinliğini azaltacağı yönündeki düşüncesidir.⁸⁰

Arabuluculuk; ihtiyari arabuluculuk ve dava şartı arabuluculuk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İhtiyari arabuluculukta, taraflar uyuşmazlığın çözümünü için arabuluculuğa başvurma konusunda tasarruf hakkına sahiptirler ve

⁷⁷ Kekeç, Elif. *Kısmet*. (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*;6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş (3. b.). Ankara: Adalet Yayınevi, s.70; Ekmekçi, Ömer; Özkes, Muhammet, Atalı, Murat (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari Ve Zorunlu Arabuluculuk*, s.25.

⁷⁸ Özmumcu, Seda. (2016). *Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), s.828.

⁷⁹ Namlı, Mert (2016, Mayıs 14). *İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*. *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı*, s.156.

⁸⁰ Perçin, Gizem Ersen. (2011). *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri*. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 31(2), s.189.

yargılamanın başlangıcında yahut yargılama sürecinde bu yönetime kendi istekleriyle başvurabilirler. Dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun varlığı halinde ise tarafların uyuşmazlığın giderilmesi için doğrudan mahkemeye başvurmayıp önce alternatif çözüm yolu olarak arabuluculuğa gitmek suretiyle çözüm aramaları gerekmektedir.

2.2 Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk

TTK md.5/A arabulucuya başvurunun dava şartı olduğunu belirtilmiştir. Dava şartı arabuluculuk uygulamasını devlet, mahkemelerdeki iş yükünü azaltma ve hukuki uyuşmazlıkların daha hızlı çözülmesini sağlama amacı ile yargılamaya alternatif bir çözüm yolu olarak uygulamaya konulmuştur.

Dava şartı arabuluculuğa başvurmadan açılan davalarda, arabuluculuğa başvurulmadığının anlaşılması halinde, dava şartı yokluğundan dolayı her zaman davanın usulden reddine karar verilebilir.⁸¹ TTK’da, belirtilen arabuluculuğun dava şartı olması sebebiyle, taraflar bu hususu her zaman ileri sürebilirler ve mahkemece her zaman dikkate alınması gerekmektedir. Burada dava şartı arabuluculuk sürecinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115’inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, gider avansı yatırılmasında veya gerekli hâllerde teminat gösterilmesinde olduğu gibi “tamamlanabilen bir dava şartı eksikliği” olarak düzenlenmediği görülmektedir.⁸² Yargılama sürecinde, arabuluculuk görüşmelerinin gerçekleştirilmediği anlaşıldığı takdirde, açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilir. Bu süre zarfında, dava şartı eksikliğinin giderilmesi için süre verilmeden dava usulden reddedilmektedir. Söz konusu usulden ret kararının HMK m. 341 kapsamında bir nihai karar olduğu tartışmasız bulunmakla⁸³ ve bu karara karşı kanun yoluna gidilemeyeceğini düzenleyen bir özel hüküm bulunmamakla, istinafin önünde herhangi bir engel gözükmemektedir.⁸⁴

⁸¹ T.C. Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3.Hukuk Dairesi E.2019/531 K.2019/549 T. 27.03.2019 sayılı kararında, yerel mahkemenin kararını tasdik ederek dava şartı olan arabuluculukta, arabuluculuk sürecinin usulüne uygun uygulanmadığı takdirde dava şartı yokluğu ile usulden ret kararını onamıştır. İlgili karar; “TTK’nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup tarafların arabulucuya başvurmadığı anlaşıldığından mahkemece dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”

⁸² Koçyiğit, İlker, Bulur, Alper. (2019). Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, s.48.

⁸³ Pekcantez, Özkes, Korkmaz, Akkan, (2018). Medeni Usul Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.2205.

⁸⁴ Atalı, Murat. (2018, Aralık 6-7). Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar: Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, s.142.

Arabuluculuğun zorunlu veya ihtiyari olması bakımından, HUAK ve HUAKY farklı uygulamalar benimsemiştir. Arabuluculuğun dava şartı olmasıyla HUAK md.18/A-2 ve HUAKY md.22-1 uyarınca dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmesi halinde ise; arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilmektedir.

Ancak, dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.⁸⁵

Dava şartı arabuluculuğun, tek istisnası HUAK md.18/A'da düzenlenmiştir. Kanun koyucu; "Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz" şeklindeki düzenlemesi ile Arabuluculuk Kanunu'nu, ikincil düzenleme olarak ele almaktadır. Dava şartı olarak zorunlu arabulucuya başvurma bir kamu düzeni hükmü olarak emredici mahiyet taşımaktadır.

Türkiye'de ve Türk Mahkemeleri tarafından bakılacak, ticari davalarda özel hükümlerden önce varsa tahkimi uygulamak gerekir. Türk Mahkemelerine doğrudan başvurma gerekliliği olmadığı takdirde sözleşme çerçevesinde öngörülen alternatif çözüm yoluna gitmek uygun olacaktır.

Kanaatimizce, hukuki uyuşmazlığa konu olan ilgili özel kanun uyarınca, çözüm için öngörülen özel bir düzenlemenin varlığı halinde, bu dava yolunun uygulanması gerektiği, özel kanun, genel kanun ayırımından da yola çıkarak değerlendirilmelidir.

3. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Arabuluculuğa Konu Olan Ticari Davalar

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davaların konusu, ticaret kanunu kapsamında olduğu için ticari dava olarak nitelendirilmektedir. Ticaret Kanunu md.4'de belirtildiği üzere, Ticaret Kanunu'nda öngörülen hususlardan doğan davalar ticari dava olarak sayılmaktadır.

⁸⁵ Koçyiğit, *Bulur*, (2019), s.49.

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan davalar, kanun ve sözleşmeden kaynaklanan işlemlerden dolayı yahut yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerinden kaynaklanan işlemlerinden dolayı uğranılan zararlar neticesinde açılacak olan davalardır.

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan ticari davalar temelde tazminat taleplerine ilişkin olan alacaklardan kaynaklanan ticari davalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ticaret Kanunu md.5/A hükmü; TTK md.4’de sayılan davaların konusu para alacağı ve tazminat taleplerine ilişkin olanları ticari davalar olarak niteleyerek dava şartı olarak arabuluculuğun konusuna dâhil etmekte; bunun yanı sıra, diğer kanunlarda atıf yaparak diğer kanunlarda yer alan ticari davaları da dâhil etmekte ve dava konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan evvel dava şartı olarak arabuluculuğa gidilmesi zorunluluk haline getirilmiş bulunmaktadır.

Ticaret Kanunu md.5/A’daki düzenleme ile TTK md.4’deki ticari davalarda dava şartı arabuluculuk uygulaması, 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Ticaret Kanunu md.4’de sayılan davaların içerisinde, Ticaret Kanunu’ndan öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olarak sayıldığı belirtilmektedir. Bu sayede, Ticaret Kanunu kapsamında sayılan, konusu para alacağı ve tazminat taleplerine ilişkin işlerde, arabuluculuk dava şartı olarak uygulanır (TTK md.5/A).

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davaların, arabuluculuk kapsamında olacağı, TTK md.5/A’da belirtilmektedir. Öncelikle, yönetim kurulunun Ticaret Kanunundan doğan bir görevini ifa ederken, görevinden kaynaklanan bir uyuşmazlık neticesiyle arabuluculuğa gidildiği takdirde TTK md.4 kapsamında “TTK kapsamından doğan” görev olmasından dolayı davadan önce dava şartı olarak arabuluculuğa başvurulması gerekir. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere, Yönetim Kurulunun, TTK kapsamında doğan görevleri neticesinde açılan sorumluluk davalarında, arabuluculuk dava şartıdır (TTK md.4).

Yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak olan, bir miktar para veya alacak yahut tazminat taleplerine⁸⁶ ilişkin sorumluluk davalarında da arabuluculuk TTK md.5/A uyarınca dava şartı olarak düzenlenmiştir. Buradan hareketle özellikle yönetim kurulu üyelerinin yapmış olduğu işlemler neticesinde açılacak olan tazminat davaları ve sorumluk davalarıyla bağlantılı olarak zararın giderilmesine yönelik davalarda, konusu bir miktar para ve tazminat içerdiği için TTK uyarınca dava şartı arabuluculuk işlemleri uygulanmaktadır.

Arabuluculuğun kapsamı genel olarak, HUAK md.1 uyarınca; “yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir. HUAK md.1’de belirtilen, arabuluculuk işlemlerinin konusunu, genel bir düzenleme ile belirtmekle beraber tarafların uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkisine sahip olması gerektiği belirtilmiştir. HUAK md.1’de, arabuluculuğun konusunu, genel olarak düzenlemekte ve sınırlarını belirtmektedir.

3.1 Ticari Davalarda Arabuluculuk Uygulaması:

3.1.1 Arabulucuya Başvurma ve Arabuluculuk Süresinin Sorumluluk Davasına Etkisi

Arabuluculuk süreci, arabuluculuğa konu olan uyuşmazlığın doğumu ile başlar. Taraflar arabuluculuğa konu olan uyuşmazlık için kendilerinin seçeceği bir arabulucuya başvurabilecekleri gibi, uyuşmazlığa konu olan yetkili mahkemenin bulunduğu yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise adliyede o iş için görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvurabilirler. Başvuru neticesinde, arabuluculuk bürosu, ilgili coğrafi bölgeye kayıtlı olan arabuluculardan otomatik olarak atama yapmaktadır.

⁸⁶ T.C. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi E. 2019/521 K. 2019/423 T. 21.3.2019 tarihli bir kararında; tazminat taleplerine ilişkin kanunda da belirtildiği üzere arabuluculuğun dava şartı olduğu belirtilmiştir.

İlgili karar; “TTK’nın 5/A maddesine göre, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davanın konusu (müddeabih), dava dilekçesindeki talep sonucu, yani neticei talep esas alınarak belirlenir. Neticei talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır.”

Arabuluculuk bürosunun, gerekli işlemleri yapması ve arabulucuyu ataması ile birlikte arabulucu görevinin gereklerinin yerine getirerek süresi içinde tamamlaması gerekmektedir.⁸⁷

Kanun koyucu arabuluculuk için, TTK md.5/A kapsamında belirttiği üzere arabulucunun, yapılan başvuruyla görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırılması gerektiği, aksi hallerde en fazla iki haftalık olmak üzere arabuluculuk görüşmelerine ek süre verileceği belirtilmiştir.

Sorumluluk davalarında ise, TTK md.4 ve 5/A hükümleri uyarınca dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Buradan hareketle Arabuluculuk Kanunu md.16 dava açma sürelerini düzenlemektedir.

Arabuluculuk Kanunu md.16/2'de belirtildiği üzere arabuluculuk sürecinin, zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmadığıdır. Kısacası arabuluculuk sürelerinin başlaması ile dava açma süresi durmaktadır. Arabuluculuk görüşmelerini başlaması, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci başlamış sayılır (HUAK md.16/1).

3.1.2 Arabuluculuk Usulü ve Uygulanma Şekli:

Müzakere süresince, arabulucu görevini özenle, bağımsızca ve tarafsızca yerine getirmekle yükümlüdür. Müzakere esnasında, tarafların çözüm üretmediği durumlarda arabulucu çözüm önerisinde bulunabilir (HUAK md.15/7). Arabulucunun çözüm önerisinde tarafları zorla anlaşmaya yönlendiremeyeceği gibi, taraflar da arabulucunun çözüm önerisine bağlı değildir.

Müzakere sürecinin sonunda, taraflar anlaşabilirler yahut uzlaşma sağlanmamış da olabilir. Arabuluculuk tutanağına bu durumların yazılması ve tarafların hangi hususlarda uzlaşmaları varsa belirtmek suretiyle tutanağına tarafların imzaları ile son bulması gerekir.

⁸⁷ Ekmekçi, Ömer; Özkes, Muhammet & Atalı, Murat (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari Ve Zorunlu Arabuluculuk*, s.161.

Arabuluculuk faaliyetleri neticesinde uzlaşma sağlanamazsa, ilgili tutanak mahkemeye gönderileceğinden dolayı, düzenlenen tutanağın dilinin açık sade ve karmaşıklıktan uzak bir şekilde olması önem arz etmektedir.

3.1.3 Tarafların Uzlaşmaya Varmamış Olması Halinde Dava Açma:

Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir (HUAK m. 18A/2, c. 1-3).

3.2 Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Ticari Davalar Sebebiyle Arabuluculuk Uygulamasında Taraflar ve Temsili:

Arabuluculuk süreci, üç taraflı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Arabuluculuk kanunu bu konuda düzenleme yaparken; Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. Uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlayabilecek uzman kişiler de müzakerelerde hazır bulundurulabilir (HUAK md.15/6). Buradan da anlaşılacağı üzere, arabuluculuk görüşmelerini, arabulucu ve uyuşmazlığın tarafları oluşturmaktadır.

Anonim şirket için ise, bu düzenlemeden yola çıkarak, yönetim kurulu şirketi temsil ve yönetim ile yetkilidir. Yönetim kurulunun organ sıfatıyla sorumluluğundan kaynaklanmayan, yalnız bir üyenin yahut üyelerin sorumluluğu neticesinde açılacak olan sorumluluk dava için ise dava şartı arabuluculukta, kusurlu üyelerin bizzat katılmaları gerekecektir. Yönetim kurulunun talebi doğrultusunda, müzakereye şirketin avukatı da katılabilir.

Yönetim kurulu üyelerinin tamamına karşı açılmış bir sorumluluk davasının varlığı halinde, genel kurul yeni yönetim kurulu üyelerini seçtiyse yeni yönetim kurulu üyeleri görüşmelerde temsilde bulunacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin bir kaçına karşı açılmış bir sorumluluk davası neticesinde arabuluculuk görüşmeleri gerçekleşiyorsa, görevine devam eden yönetim kurulu üyeleri şirketi temsil etmektedir. Ancak genel kurul, yeni yönetim kurulu üyelerini ve yöneticiyi seçmediği takdirde; genel kurul toplantısında

alınan kararda belirlenen bir kişiyi, arabuluculuk görüşmelerinde, şirketin kanuni temsilcisi sıfatıyla temsil için görevlendirebilir.

Arabuluculuğa başvuran taraf ise, şirketin hissedarları, yönetim kurulu üyeleri yahut şirket tarafından zarara uğrayan kişiler olabilirler. Bu kişiler kendileri katılabileceği gibi vekilleri aracılığı ile de görüşmelere katılabilirler.

Arabuluculuk Kanunu'nda belirtildiği üzere; belirli durumlarda uyuşmazlığın çözümü için uzman üçüncü kişiler de görüşmeye katılabilirler. Uzman kişilerin, arabuluculuk görüşmelerine katılabilmeleri için, tarafların açık rızaları ve arabulucunun müzakere için üçüncü kişinin katılmasının uyuşmazlığının çözümüne faydası olacağı görüşünde olması gerekmektedir.

3.2.1 Arabulucunun Nitelikleri Ve Özellikleri:

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığınca düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişilerdir.

Arabuluculuk kanunu uyarınca, arabulucu olmak isteyen kişinin Adalet Bakanlığı'na sicile kayıtlı olması gerekmektedir. Arabulucunun sicile kayıt olabilmesi için HUAK md.20'de belirtilen şartlara sahip olması gerekmektedir. Arabulucu; tarafsız ve bağımsız olan, Türk vatandaşı olan, hukuk fakültesi mezunu mesleki 5 yıl deneyime sahip olan, mahkûmiyet yaşamayan,⁸⁸88 terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak, adalet bakanlığınca verilen eğitimi tamamlamış sertifikası olan kişiler arabulucu olarak görev alabilirler (HUAK md.20).

Arabuluculuk eğitimi ise, hukuk fakültesine sahip üniversitelerde, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmektedir. Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar, Adalet Bakanlığından izin alarak eğitim verebilmektedirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır (HUAK md. 23/1).

⁸⁸ 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53'üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak.

Arabulucu olacak kişilere altmış sekiz saati teorik ve on altı saati uygulamalı olmak üzere toplam seksen dört saat arabuluculuk eğitimi verilir (HUAKY md. 32/2). Arabuluculuk eğitimini başarıyla tamamlayan kişilere en geç bir ay içinde arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair bir belge verilir (HUAKY md. 25 ve HUAKY md. 33). Arabuluculuk eğitimini tamamlayanların sicile kayıt olabilmeleri için bu HUAKY uygun olarak yapılacak yazılı sınavda başarılı olmaları zorunludur. Arabuluculuk eğitimi sonrası yapılan yazılı sınavı başarılı şekilde geçen, adaylar arabuluculuk siciline kayıt olmaya hak kazanırlar (HUAKY md.38).

3.3 Arabuluculuk İşlemleri:

Arabuluculuk işlemleri, arabulucu tarafından müzakere sürecinde taraflarla beraber yapılan işlemleri kapsamaktadır. Arabulucu, sürecin başından sonuna kadar devam eden görevi esnasında, ilk olarak tarafları uzlaştırma işlemlerinde bulunur. Görevlendirilen arabulucu, ilk olarak uyuşmazlığın taraftarları ile görüşerek kendini tanıtır, arabuluculuğa konu olan uyuşmazlık hakkında bilgi aldıktan sonra taraflara uygun bir zaman diliminde gün ve saat belirler. Arabulucu toplantıya davet için bir davet mektubu hazırlayarak gönderir. Arabuluculuk müzakerelerine başlanıldığı takdirde, taraflar bizzat katılabilecekleri gibi kanuni temsilcileri yahut avukatları aracılığıyla katılabilirler.

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetlerini gerçekleştirirken, tarafları aydınlatma, bağımsızca ve tarafsızca görevini yerine getirmesi gerekmektedir. Arabulucu, bu esnada tarafları uzlaşmaya ikna etme ve olayın mahiyetini anlatma gibi yan edimlerini de yerine getirmesi gerekir. Arabulucu, görüşme sürecini ilk olarak taraflara telefonla yahut yüz yüze, ayrı ayrı olarak ön görüşme şeklinde gerçekleştirir.

Arabulucu bu görüşmede, müzakkereye ilişkin bilgi ve belgeleri talep edebilir. Ön görüşmede, taraflara arabuluculuk süreci hakkında genel bilgiler, taraflara faydaları ve diğer çözüm yollarından farkı anlatılır. Bunun yanı sıra, arabulucunun görüşmelere başlamadan evvel, uyuşmazlık hakkında daha detaylı bilgi edinmesine ve arabulucunun süreci başarıyla yürütülebilmesi için öğrenmesi gereken her türlü durumu öğrenmesine olanak sağlar. Hatta arabuluculuk öncesi ön görüşmelerde bile

arabuluculuğun başladığı, arabulucu ile avukatlar veya taraflar arasındaki her iletişimin prosedürün bir parçası olduğu ifade edilmektedir.⁸⁹

Asıl oturumda, taraflar yahut vekilleri veya kanuni temsilcilerin bulunduğu toplantı olarak müzakereye başlanır. Taraflar mevcut olan hukuki uyuşmazlık üzerine, fikirlerini beyan ederek talep ve isteklerini açıkça arabulucu ve karşı tarafın huzurunda dile getirirler. Özellikle bu süreçte tarafların mevcut uyuşmazlığı sona erdirecek çözümler üretmelerine ve bu üretilen çözümler üzerinde müzakere ederek, menfaatlerine uygun çözümler bulmalarına olanak tanır. Müzakere aşamasında, taraflar gerekli olan bilgi ve belgeleri hazır olarak görüşme öncesinde yahut en geç görüşme esnasında sunmaları gerekmektedir. Uyuşmazlığa konu olan işin, arabuluculuk görüşmelerinde belirli bir uzmanın varlığı halinde uzlaşmaya katkı sağlayacağı anlaşıldığı takdirde, ilgili uzman kişiler de müzakereye katılabilirler (HUAK md.15/6). Bu düzenleme 2017 yılında 7036 sayılı kanun ile getirilen yeni bir uygulama olup, kanun koyucunun zaman içinde arabuluculuk faaliyetlerinden beklentisinin temel örneği olmaktadır. Kısaca burada değinecek olursak uzman kişilerin yer alması, arabuluculuk görüşmelerinin daha başarılı ve uzmanlaşmasını sağlamaktadır.

Bu sürecin sonunda taraflar bir anlaşmaya varabilirler yahut uzlaşmaya da bilirler. Bunun neticesinde arabulucu mevcut durumu ve arabuluculuk işlemlerini tarafların istek ve taleplerini belirten, tarafların bilgisi dâhilinde olan arabuluculuk tutanağını düzenler. Arabuluculuk tutanağına, tarafların ve arabulucunun imzası sonrasında arabuluculuk görüşmeleri sona ermektedir.

3.3.1 Ticari İşlerde Zorunlu Arabuluculuğun Tahkime Başvurma Hakkına Etkisi:

Tahkim, tarafların aralarında doğmuş veya doğması muhtemel bir uyuşmazlığın, hakemler tarafından çözüme kavuşturulması amacıyla yaptıkları bir anlaşmadır.⁹⁰ Ticari uyuşmazlıklardan doğan zorunlu arabuluculuk uygulamasında, tahkim konusu HUAK md.18/A'da düzenlenmiştir. HUAK md.18/A-18 uyarınca; “Özel kanunlarda

⁸⁹ Keleş, Elif. Kısmet. (2010). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler*. T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> adresinden alındı, s.167.

⁹⁰ Pekcanitez, Hakan. Atalay. Oğuz, Özkes, Muhammet. (2013). *Medeni Usul Hukuku (13. b.)*. Ankara: Oniki Levha Yayıncılık. s.903.

tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz” şeklinde ifade edilmektedir. Kanun maddesinden anlaşıldığı üzere, ticari işlerde zorunlu arabuluculuk uygulamasının tahkimle beraber uygulanmayacağı aşikârdır. Zira TTK’da zorunlu arabuluculuğun kapsamında olan bir konu, özel bir kanunda tahkimle çözülmesi öngörüldüyse; arabuluculuk uygulaması uygulanmayacaktır.

Şirketin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda açılacak ticari davalar ise, TTK kapsamında (TTK md.553) mutlak ticari davalar olduğu için, zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

3.4 Arabuluculuk Bürosu ve Görevleri:

3.4.1 Arabuluculuk Bürosunun Teşkilat Yapısı:

Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.56/1 uyarınca; arabuluculuk büroları arabuluculuğa başvuranları bilgilendirmek, arabulucuları görevlendirmek ve kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen adliyelerde kurulur. Arabuluculuk bürosunun yapısı adalet komisyonu tarafından oluşturulur. Arabuluculuk bürosunda çalışmak üzere, bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel görevlendirilir (HUAK md.57).

Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapmaktadır (HUAK md.28/3).

Ticari uyuşmazlıklarda, 01.01.2019 tarihinden itibaren arabuluculuk dava şartı olarak kabul edildiği için, bizim arabuluculuk bürolarını değerlendirmemiz, HUAK md.18/A ve HUAKY md.23 kapsamında olacaktır.

Arabuluculuk başvurusu, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır (HUAK md.18/A-4). Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüdür (HUAK md.18/A-3, 28/3). Arabulucu, adli yargı ilk derece mahkemesi

adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilen listeden adliye arabuluculuk bürosu tarafından puanlama yöntemiyle belirlenir (HUAKY md.24/1). Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde başvuru sırasında anlaşmaları hâlinde taraflar veya tarafların imzasını taşıyan bir tutanakla beraber üzerinde anlaşılacak arabulucu, durumu adliye arabuluculuk bürosuna bildirdiğinde bu arabulucu görevlendirilir (HUAK md.18/A-5, HUAKY md.24/1). Dava şartı olan arabuluculuk ile ilgili uyuşmazlıklarda liste dışında bir arabulucu görevlendirilemez (HUAKY md.24/1, HUAK md. 18A/5). Arabuluculuk bürosuna başvuru, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları ya da avukatın muvafakatname verdiği avukat stajyeri ve kâtabi tarafından yapılabilir.⁹¹

3.4.2 Arabuluculuk Bürosunun Görevleri:

Arabuluculuk bürosunun, temel görevi arabuluculuk kurumunun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütmektir. Büro, görevleri ile ilgili Adalet Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapar.⁹²

Arabuluculuk bürosunun görevlerinde ise, tarafların kendilerine sunulan gerekli bilgi ve belgeyi kabul görevi bulunmaktadır. Arabuluculuk bürosuna sunulan belgeler ise, tarafların iletişim bilgilerini içeren evrak ve arabuluculuk başvuru belgesidir. Arabuluculuk bürosu gerekli olduğu takdirde, ilgili kurum ve kuruluşlardan, bilgi ve belge talep etme hakkına sahiptir (HUAK md.18/A-6). Özellikle başvuran tarafın, diğer tarafa ait iletişim bilgilerini tam olarak bilemeyecek olması ihtimaline binaen büroya, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırma yetkisi verilmektedir.⁹³ Tarafların, arabuluculuk bürosuna her türlü iletişim bilgisini tam ve doğru vermesi gerekmektedir. Büro gerektiği takdirde, tarafların resmî kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırmaya da yetkilidir (HUAK md.18/A-6). Arabuluculuk bürosu, taraflara ait iletişim bilgilerini, arabulucuya sunma görevi de bulunmaktadır (HUAK md.18/A-7). Arabulucu gerekli gördüğü takdirde, kendisi de araştırma yapabilmektedir.

⁹¹ Koçyiğit, İlker, Bulur, Alper. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.50.

⁹² Şahin, Tuğçem, Çelik, Yasin, Ruhi, Ahmet. (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Gaziantep: Seçkin Yayıncılık, s.36.

⁹³ Koçyiğit, İlker, Bulur, Alper. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.51.

Arabuluculuk bürosu, görevinin ifa ederken bazı yapmış olduğu masrafları bulunmaktadır. Büro, tarafların resmi kayıtlarda yer alan iletişim bilgilerini araştırırken; arabulucu, taraflar ve bakanlıkla yazışırken yapmış olduğu tebligat masraflarını 7201 sayılı Tebligat Kanunu uyarınca talep etmektedir. Ayrıca büronun, mahkemenin yetkili büroyu belirlemesine ilişkin kararı taraflara tebliğ etme görevi de vardır.⁹⁴ Bu kapsamda yapılan masraflarda arabuluculuk bürosu tarafından karşılanmaktadır. Bu sebeplerle arabuluculuk bürosu tarafından yapılan giderlerin ilgililer tarafından büroya geri ödenmesi gerekmektedir. HUAK md.18/A-14 uyarınca, arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zaruri giderler; arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenmek, anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır.

3.5 Arabuluculuk Tutanağı ve Hukuki Niteliği:

Arabuluculuk görüşmelerinin bitiminde, arabuluculuk tutanağı düzenlenir. Tutanakta, taraflar anlaşmış ise anlaşmışları hususları, anlaşmamışlar ise anlaşılmayan kısımları belirtip tutanağı imzalarlar ve son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadırlar (HUAKY md.22/1). Arabuluculuk tutanağında, taraflar anlaşmışlar ise, bunu belirterek anlaşılır. Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşmaya varıldığı takdirde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında sonradan taraflarca dava açılmaz (HUAK md.18/5). HUAK md.18/4 uyarınca; taraflar ilgili anlaşma tutanağına şerh verilmesi halinde anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

Arabuluculuk belgesinin anlaşma sağlanmış halinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhi; dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş ise, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden, davanın görülmesi sırasında ise davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Arabuluculuk tutanağına mahkeme şerhinin verilmesi ile bütün yönleriyle olmamakla beraber, sadece icra edilebilirlik bakımından “mahkeme ilâmları” ile aynı hukuki rejime tâbi tutulmuştur.⁹⁵ Ancak, mahkeme ilâmları maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, arabuluculuk tutanağının şerh edilmiş hali kural olarak bu nitelikten yoksundurlar ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmamaktadır.

⁹⁴ Koçyiğit, Bulur, (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.62.

⁹⁵ Koçyiğit, Bulur, Alper. (2019). *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, s.43.

Arabuluculuk Kanunu md.18/2 ve 18/ 4 fıkralarında farklılıklar mevcuttur. Çünkü HUAK md.18/2’de arabuluculuk görüşmelerinin sonunda olumlu geçmesi halinde arabuluculuk tutanağının sulh hukuk mahkemesi şerhi ile ilam niteliğinde belge olduğu söylenirken, HUAK md.18/4’de ise tarafların ve arabulucunun görüşmede imzaladıkları anlaşma tutanağının, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge olduğunu ifade etmektedir. HUAK md.18/4 hükmü tarafların karşılıklı ortak beyanlarını içerdikleri için ve taraflar, avukatları ve arabulucunun birlikte imzalamış olduklarından dolayı anlaşma olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Arabuluculuk görüşmesi sırasında tarafların anlaşmaları halinde, aralarında yaptıkları anlaşmanın her ne kadar sözleşme kapsamında olsa da arabuluculuk görüşmeleri içinde gerçekleştiği için ayrıca bir şerh gerekmemektedir. Zira tarafların yapmış oldukları anlaşmanın içeriği, arabuluculuk görüşmelerinin sonunda arabuluculuk tutanaklarında yer alacağı ve mahkemeden şerh edileceği için, fazladan anlaşma için bir şerhe gerek olmamaktadır.

Arabuluculuk tutanağına verilecek olan şerh için, sulh hukuk mahkemesi çekişmesiz yargı işi olduğu için dosya üzerinden inceleme yapmaktadır. HUAK md.18/3 karşısında arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceğine ilişkin inceleme anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.⁹⁶ Arabuluculuk tutanağında, ifadelerin yalın, anlaşılır ve çelişkiye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk tutanağına şerh verilmesinden sonra, bu tutanağı taraflar mahkeme belgesi niteliğinde usul hukuku ve icra hukuku açısından kullanabilirler.

⁹⁶ T.C. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E. 2016/25300 K. 2016/21744 T. 8.12.2016 karar; “Anılan yasal düzenleme karşısında arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceğine ilişkin inceleme anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Arabuluculuk tutanağında içeriğinde arabuluculuğa kimin hangi tarihte başvurduğu, anlaşmanın nerede ve ne şekilde sağlandığı konularının belirtilmediği, arabuluculuğa konu olan tazminatın tam olarak belirtilmediği için, arabuluculuk tutanağında tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir. Bu bakımdan arabuluculuk tutanağına icra edilebilirlik şerhinin de verilemeyeceği anlaşılmıştır”. Arabuluculuk tutanağının, taraflar için şerh edilmesi için anlaşılır ve eksiksiz olması gerektiği aşikârdır.

Arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden sonra, ilgili tutanağın bir örneğinin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderir ve arabulucu elinde bulunan görüşmelere ait tüm belgeleri beş yıl süreyle saklamak zorundadır. Beş yıllık süre, arabuluculuk tutanağının düzenlenme tarihinden itibaren başlamaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, arabulucunun belge saklama yükümlüğü olduğu aşikârdır.

Arabulucuya yüklenen, saklama yükümlüğü kapsamında arabuluculuk faaliyet tutanaklarının saklanması için belirtilen “5 yıllık” süre kanaatimizce uzun bir süredir. Şayet Avukatlık Kanununda md.39’da belirtildiği üzere avukatlara evrak saklama süresi “3 yıl” iken arabulucu için bu sürenin “5 yıl” olması uzun bir süredir. Kanaatimizce de bu süreni kısaltılması gerekmektedir.

4. Zorunlu Arabuluculuk Uygulamasının Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasına Etkisi

Sorumluluk davaları, şirketin yönetim kurulunun veya üyelerinin yapmış olduğu fiiller neticesiyle, ilgililerin ve alacaklıların zarar uğraması nedeniyle açmış oldukları davalardır. Bu bakımdan sorumluluk davaları, anonim şirketler açısından bir nevi ilgililere verilmiş olan zararların giderilmesi açısından önem arz etmektedir. Sorumluluk davalarının amacı ise; şirketin yöneticilerin, şirket ve pay sahiplerinin menfaatine göre hareket etmelerini sağlamaktır. Ticari uyuşmazlıklara zorunlu arabuluculuğun gelmesiyle beraber, TTK kapsamında zorunlu arabuluculuğun kapsamında olan davalar arabuluculuğa tabi tutulmaktadır. Sorumluluk davalarının konusunu, uğranılan zararlar nedeniyle talep edilen tazminatlar oluşturulmaktadır. Bu bakımdan TTK md.5/A incelediğimiz de; “alacak ve tazminat talepleri hakkında” dava açılmadan evvel arabuluculuğa başvurulmuş olması gerektiğinin dava şartı olduğu belirtilmektedir. Sorumluluk davalarında, zorunlu arabuluculuk uygulaması, şirket açısından uzlaşma kültürünü geliştirecek ve şirket içinde oluşabilecek gruplaşma veya ayrışma ortamını ortadan kaldırmaya fayda sağlayacaktır. Bunun yanı sıra anonim şirketler ekonomik hayatın vazgeçilmez bir unsurudur. Bu bakımdan finansal bir zarar görmeleri halinde şirket, paydaş ve alacaklılarının etkilenmesinin yanı sıra dolaylı olarak da ekonomik hayat etkilenecektir. Bu bakımdan da arabuluculuk uygulaması mahkemelere oranlarla daha hızlı sonuç vermesi sebebiyle, şirketin ticari hayatına devam etmesi açısından önem arz etmektedir.

Dava şartı arabuluculuk görüşmelerinin, sorumluluk davasına süre bakımından etkisini, HUAK kapsamında değerlendirmek gerekir. HUAK md.18/A-15 uyarınca; “Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zaman aşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez” şeklinde düzenlenmektedir. İlgili düzenleme ile tarafların yasal haklarını korumakla beraber, arabuluculuğun alternatif çözüm yolu olduğu ve asıl çözüm yolu olan yargılama sürecine süre bakımından etki etmediğidir.

Arabuluculuk görüşmelerinin, sona ermesiyle taraflar mevcut uyuşmazlıklarını anlaşarak sona erdirebilecekleri gibi, taraflar görüşmeler sonunda anlaşamadıkları takdirde sonuca ulaşmak için yargı yolunu seçebilir. Arabuluculuk görüşmelerinin sorumluluk davasına etkisi bakımından ise ikili bir ayrıma gitmek, inceleme ve sonuca ulaşmak için daha doğru bir metot olacaktır.

Dava şartı arabuluculuk, usul hukuku açıdan dava açılmadan evvel gerçekleştiği ve alternatif çözüm yollarından olmasından dolayı, dava işlemlerinden sayılmaz. Bu bakımdan özellikle arabuluculuk görüşmeleri sırasında üzerinde uzlaşılan bir konunun daha sonradan davaya konu olup, olamayacağı hususu açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır.

Şöyle ki; HUAK md.18/5 uyarınca “Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz” hükmü düzenlenmiştir. HUAK’ta belirtilen dava açma yasağı yargılama açısından usûl hukukunu ilgilendiren bir sorundur.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.18/5 uyarınca kabul edilen dava açma yasağına aykırı olarak dava açılması durumunda, bunun davanın esasına girmeye engel olan özel bir şart olduğunu ve hâkimin bu dava şartı sebebiyle davayı usulden reddetmesi gerektiğini kabul etmek gerekir.⁹⁷ Kanaatimizce burada HMK md.114/1-h “Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması” dava şartının özel bir görünümüdür.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan konularda dava açılması durumunda, HMK md.115/2 uyarınca dava şartı yokluğundan davanın usûlden reddi gerekmektedir.

⁹⁷ Akkan, Mine. (2018). Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), s.12.

Dava açma yasağının istisnai olduğu durumlarda mevcuttur. Bunlar;⁹⁸

- İrade fesadı hâlleri,
- Arabuluculuk tutanağının sahte olması
- Arabuluculuk tutanağının geçersizliği
- Arabuluculuk tutanağındaki maddelerin yorumlanmasına ihtiyaç bulunması
- İcra edilebilecek hukuka uygun bir tutanağın bulunmaması

Genel hükümler bazında bu durumlarda, dava açılması ve hususların mahkemece incelenip karara bağlanması mümkündür. Burada takdir hakkı hâkimdedir.

Her durumda arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinde yer alan anlaşılan hususlar ile dava konusu olan uyuşmazlığın aynı olup olmadığı dikkatli şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.⁹⁹ Çünkü arabuluculuk tutanağında birden çok talebin veya tarafın olması halinde, dava açılma sırasında karışıklıklara sebebiyet verilebilmektedir.

Arabuluculuk görüşmelerinin sonlanmasında tarafların anlaşmaları halinde, taraflar anlaştıkları hususları arabuluculuk tutanağını geçirecekler ve arabulucuyla beraber tutanağı imzalayacaklardır. Arabuluculuk tutanağının mahkeme tarafından şerhi ile ilam niteliğine sahip olan arabuluculuk tutanağı, tarafların uyuşmazlık konusu dışında açacakları olan sorumluluk davasında kesin delil olarak mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu md.204 uyarınca da; “İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar” hükmünden yola çıkarak da usûl hukuku açısından bir katiyet belirtilmektedir. Hâkim, ilamlarda şüphe uyandıran bir hal gördüğünde ise taraflardan bir açıklama talep edebilir. İlamlar, kesin delil teşkil ettiği için, hâkim yargılama sırasında tekrardan inceleme yapmadan veya değiştirmeden yargılama sürecine devam etmektedir.

5. İlam Niteliği Almış Arabuluculuk Anlaşma Belgesine İtiraz ve İstinaf Yoluna Başvurma

Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkemece şerhi ile ilam niteliği alması halinde, bu kararlara karşı bir itiraz yolu mevcuttur. HUAK

⁹⁸ Akkan,(2018), s.28.

⁹⁹ Akkan,(2018), s.14.

md.18/3 uyarınca; “Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilebileceği” kanunda belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle, arabuluculuk ruhunun çeliştiği açıkça gözükmemektedir. Arabuluculuk tutanağının şerhi için ve neticesinde verilen karar için yerel mahkemeden ziyade, Bölge Adliye Mahkemesine başvurulması arabuluculuk görüşmelerini bir bakımdan yerel mahkeme ile aynı statüye getirmektedir.

Ancak arabuluculuk görüşmelerinde taraflar tamamen yahut bir kısım hususlarda anlaşamadıkları takdirde yerel mahkemede çözüme gitmektedirler. Bu konuda, istinaf yolu açık olmakla beraber, arabuluculuğun alternatif bir çözüm yolu olması ve yargılama makamları ile rekabet amacı gütmemesinden dolayı, yetkili yerel mahkemelere itirazda bulunmaları daha uygun olacağı düşüncesindeyim. Dava açma yasağının istisnası olan haller bakımından zaten bu husus öncelikle gerçekleşmiş olacaktır.

Arabuluculuk görüşmelerinin tümü, uzlaşmayla sona ermez ise, taraflar arabuluculuk görüşmelerinde uzlaşabildikleri bir vakianın veya konunun varlığı halinde, uzlaşılan konuyu arabuluculuk tutanağına geçirip, şerh ettirerek ilam niteliğini almasını sağlarlar. Bu ilam tarafların açacakları davalarında kesin delil olarak kullanılır. Taraflar, açılan davalarında uzlaşılmayan konular için genel yargılama sürecinde uygulanan usule göre yargılama yapılır ve hüküm verilir.

6. Tarafların Arabuluculuk Uygulamasından Doğan Sorumluluğu

Arabuluculuk uygulaması kapsamında, arabulucunun mevcut sorumluluklarının varlığı gibi tarafların da arabuluculuk uygulaması sırasında, oluşan işlem neticesiyle sorumlulukları mevcuttur. HUAK md.4 kapsamında; taraflar ve arabuluculuk görüşmelerine katılan kişiler, arabuluculuk faaliyetleri sırasında sunulan bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Taraflar, gizlilik yükümlülüğüne uymadıkları takdirde, hukuki sorumluluklarının yanı sıra cezai olarak 6 aya kadar hapis cezası ile de sorumlu olma durumu mevcuttur.

Gizlilik ihlali ile taraflar yahut ilgililerden birinin zarar görmesi meydana gelmeli ve zarar ile eylem arasında, illiyet bağı olması gerekmektedir.

Gizlilik ihlalinin dolaylı olarak oluşacak sorumluluk, şahsi bir sorumluluk olup, şirketi temsilen gelen kişinin görüşmeler ve evrakların gizliliğini ihlali halinde, sorumluluk açısından, gizlilik ihlalinin yapan kişinin hukuki ve cezai sorumluluğu mevcuttur (HUAK md.33).

HUAK md.18/A-11 uyarınca; arabuluculuk görüşmelerinin ilk toplantısına mazeretsiz gelmeyen ve bu sebeple arabuluculuk çalışmalarının sonlanmasına sebep olan taraf, tutanakta belirtilmek kaydıyla, yargılama aşamasına geçerse ve sonucunda davayı kazansa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Buradaki sorumluluk kişisel bir sorumluluk olmakla beraber, anonim şirketi temsilen yönetim kurulu üyelerinden biri görüşmelere katılmadıysa yargılama giderleri şirket tarafından, üyeye rücu edilir (TTK md.371/5).

Kanundaki düzenlemelerin yanı sıra, tarafların arabuluculuk faaliyetleri sırasında mevcut olan bazı temel sorumlulukları da mevcuttur. Bunların başında, tarafların arabuluculuk görüşmeleri için gerekli olan bilgi ve belgeleri paylaşmamaları yahut eksik ya da yanlış paylaşımlarından kaynaklanan sorumluluğudur.

Tarafların buradaki sorumluluğu, kusur sorumluluğudur. Zarara uğrayan, kusurlu eylemde bulunana kusuru oranında rücu edebilme hakkına sahiptir. Anonim şirket için, arabuluculuk toplantısına katılan kanuni temsilcinin kusurunun varlığı halinde yönetim kurulunun sorumluluğu doğacaktır. Yönetim kurulu, farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca kusuru oranında, arabuluculuk görüşmelerini gerçekleştiren kanuni temsilcisinden zararın karşılanmasını talep edecektir.

Arabuluculuk faaliyetlerinde, taraflardan biri yönetim kurulu üyesi diğer tarafta şirket adına temsil organı olan yönetim kurulu olabilmektedir. Arabuluculuk görüşmelerinde, tarafların yapacağı kusurlu hareketlerin neticesinde oluşan sorumluluk bakımından, yönetim kurulunun organ olarak sorumluluğundan ziyade, bireysel sorumluluk ön planda olmakta, yönetim kurulu üyelerinin organ görevlisi sıfatıyla hareket etmelerinden dolayı, kusur sorumluluğu meydana gelmektedir. Bizzat kendisi taraf olan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu şahsi sorumluluk iken, yönetim kurulu adına temsilen gelen üyenin sorumluluğu kusur sorumluluğu

olmakla beraber, farklılaştırılmış teselsül kuralı uyarınca sorumlu olacaktır (TTK md.557).

Taraflar, HUAK'ta belirtilmeyen, ancak tarafların ve temsilcilerin kusurlu hareketleri sonucunda vermiş oldukları zararlardan kusurları oranında sorumlu olacaklardır (TTK md.371/5).

7. Arabulucunun Sorumluluğu

7.1 Arabulucunun Sorumluluğu:

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesi uyarınca 01.01.2019 tarihi itibariyle ticari uyuşmazlıklar bakımından dava şartı olarak uygulamaya konulmuştur. Arabulucunun bu sayede artık ticari davalarda görevleri ve sorumluluğu doğmaktadır. Arabulucunun görevleri esasında HUAK md.11'de belirtildiği üzere tarafların arabuluculuk ve süreci hakkında aydınlatılması bununla beraber arabuluculuk sürecinin tarafsızca yürütülmesidir. Özel olarak arabulucunun, sorumluluğu kanunda ve yönetmelikle düzenlenmemekle beraber, kanunda belirtilen yükümlülüklerden yola çıkarak arabulucunun sorumluluğuna gidebilmekteyiz. Arabulucunun sorumluluğu uygulamada sonuç vermeyen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak detaylı olarak incelendiğinde, arabulucunun dikkat ve özen yükümlülüğü olduğu gözükmektedir. Bunun yanı sıra arabulucunun hukuki sorumluluğu irdelendiği takdirde, HUAK md.9'dan yola çıkarak görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

HUAKY md.6 kapsamında da, arabulucunun gizlilik kuralına uygun etmesi gerektiği belirtilmekle beraber, uyulmadığı takdirde hukuki ve cezai sorumluktan bahsedilmektedir. Esasen gizliliğin ihlali sadece arabulucuya yönelik olmayıp, bu ihlali gerçekleştiren herkese yöneliktir.¹⁰⁰100

Ancak bu uyuşmazlığın tarafları arabulucular ve muhataplardır. Kanun ve yönetmelikler, incelendiği takdirde arabulucunun cezai sorumluluğu yalnız gizliliğin ihlali halinde uygulanacağı belirtilmektedir (HUAK md.33). HUAK md.33'de gizliliğin ihlali halinde “altı aya kadar hapis cezası” ifadesi ile gizliliğin ihlalinin önemine vurgu yapılmıştır.

¹⁰⁰ Ekmekçi, Ömer; Özkes, Muhammet & Atalı, Murat (2018). *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari Ve Zorunlu Arabuluculuk*, s.61.

Arabulucunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu bir sorumluluğunun doğduğunu kabul edebiliriz. Tabi burada sorumluluk bakımından haksız fiilden doğan bir sorumluluk, sözleşmeden doğan bir sorumluluk mu veya güven ilişkisinden kaynaklanan sorumluluk mu ayrımı göze çarpmaktadır.

7.1.1 Sözleşmeye Aykırılık:

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetini ifa ederken taraflarla arasında, arabuluculuk sözleşmesi kurulmaktadır. Arabuluculuk sözleşmesi ile arabulucu uyuşmazlığın çözülmesi konusunda taraflara yardımcı olma, taraflar da bu hizmetin karşılığında ücret ödeme borcu altına girmektedirler.¹⁰¹ Arabulucu sözleşmesinde, arabulucunun arabuluculuk faaliyetinde bulunarak uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olması için yetkilendirildiği, arabulucunun görevleri, arabuluculuk faaliyetinin nasıl işletileceği ve ne zaman sona ereceği, arabuluculuk kanunu yönetmeliğinin yükümlülükleri, arabulucunun sır saklama yükümlülüğünden ve taraflar dilerse arabuluculuk ücretinden bahsedilmektedir.¹⁰²

Arabulucunun burada sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluk olarak, arabulucunun arabuluculuk faaliyetini ifa ederken dikkat ve özen yükümlülüğünden bağımsız hareket etmesi suretiyle sorumluluğu doğduğu görüşündeyim. Tabi burada bilinmesi gerekir ki taraflar açıkça kendi aralarında bir sözleşme düzenlememektedir. Ancak, arabuluculuk tutanaklarını sözleşme olarak değerlendirerek bu hükme varılabileceği gibi, dava şartı arabuluculukta arabuluculuğa başlanılmasıyla sözleşmenin zımni¹⁰³ düzenlediği görüşünü savunanlar da vardır. Ancak, uygulama bakımından ise arabuluculuğun sonunda yapılan arabuluculuk tutanağında, tarafların açık rızaları ile kabul ettikleri yahut etmedikleri olayları belirtmesi ve imzalaması ile hukuki nitelik bakımından bir anlaşma olarak düşünebilmekteyiz. Bu süreç zarfında, arabulucunun yapmış olacağı arabuluculuk tutanağındaki, aykırı hareketleri sözleşmeye aykırı olarak sorumlu tutabilmekteyiz. Arabulucunun, HUAK uyarınca belirtilen yükümlülüklere aykırı davranması halinde, tarafların sözleşmeye aykırılık gerekçesi ile arabulucu aleyhine tazminat davası açma hakları da mevcuttur.

¹⁰¹ Arslan, Betül Azaklı (2018). Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), s.211.

¹⁰² Tuğsavul, Melis Taşpolat (2012). Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde). Ankara: Yetkin Yayıncılık. s.143.

¹⁰³ Arslan (2018). s.212.

7.1.2 Haksız Fiil Sorumluluğu:

Haksız fiil sorumluluğunda ise, arabulucunun hukuka aykırı eylemlerinden haksız fiil sorumluluğuna gidilmektedir. Arabulucunun, haksız fiil sorumluluğunda kusur olgusu ve derecesi büyük önem arz etmektedir.

Arabulucunun, haksız fiil sorumluluğu için TBK md.49’u genel düzenleme olarak ele almak gerekecektir. Arabulucunun sorumluluğunun doğması için, temelde, arabulucunun hukuka aykırı bir fiilinden dolayı bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Arabulucunun, kusurunun ve fiil ile zarar arasında illiyet bağı olması da önem arz etmektedir.

Arabulucuya, haksız fiil sorumluluğu neticesinde açılacak davada ise, uyuşmazlığın konusu zorunlu arabuluculuğa girmesinden dolayı, taraflar arabuluculuk bürosu atama usulüyle arabulucuya görüşmelere başlamaktadır. Kanaatimizce, burada açılacak sorumluluk davalarında idarenin de sorumluluğu meydana gelmektedir. Çünkü tarafların açık beyanlarının dışında devlet tarafından atama usulüyle arabulucunun tayini ile bir nevi devlet kefilliği doğduğunu söyleyebiliriz.

Bunun yanı sıra arabulucunun hukuki statüsünde ise, ilk olarak bakmamamız gereken durum, arabulucunun avukat olduğu, bakanlık tarafından eğitim alan, bakanlık adına göreve atanan kişidir. Avukatlık kanunu md.1 uyarınca, avukatlık bir kamu hizmetidir. Buradan çıkışla, arabulucunun avukat olması, devlet tarafında eğitime tabi olarak devletçe atanması suretiyle de, arabulucuyu kamu görevlisi¹⁰⁴ olarak değerlendirmek doğru olacaktır. Bu bakımından Anayasa md.129/5 uyarınca; “diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” hükmünün arabulucular için uygulanacağı kanaatindeyim. Böylelikle arabulucu için haksız fiil sorumluluğunun vuku bulduğu hallerde, açılacak olan dava idare aleyhine açılıp sonrasında kusuru oranında arabulucuya rücu edilir.

7.1.3 Güven İlişisine Aykırı Hareket Neticesiyle Doğan Sorumluluk:

Bunun yanı sıra arabulucunun, güven ilişkisi de sorumluluk kapsamında değerlendirmemiz gerekmektedir. Arabulucu ve taraflar arasında, HUAK kapsamında gizlilik kuralının bir yan unsuru olan güven ilişkisi de taraflar

¹⁰⁴ Şen, Ersan.(2018, Haziran 27). Arabulucunun ve Uzlaştırmanın Hukuki Statüsü. Hukuki Haber.

arasında mevcuttur. Arabulucular, tıpkı vekil gibi başkaları menfaatine çalışmayı taahhüt ederler; onlar için çok önemli konularda tavsiye, uzmanlık ve rehberliklerini sunmakla beraber, tarafların arabulucuya güvenmesi haklı ise, bu takdirde arabulucunun bunu ihlâlî hâlînde sorumluluğu doğacaktır.¹⁰⁵105 TMK md.2 dürüstlük kuralıda güven ilişkisinin genel olarak yasal dayanağını ortaya çıkarmaktadır. Bu bakımdan arabulucunun, sorumluluk kapsamında ilgilileri zarara uğratması halinde sorumluluğu vuku bulacaktır.

Sonuç

Yönetim kurulu üyelerinin, sorumluluğu, kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk olarak ele alınmaktadır. Yönetim kurulunun sorumluluğu neticesinde uğranılan zarara karşı ilgililer sorumluluk davası yoluna gidilebileceklerdir.

Sorumluluk davasını ise, TTK md.553'den hareketle, şirket, pay sahipleri ve şirketin alacaklıları açabilmektedir. Şirket ve pay sahiplerinin, yöneticilere karşı sorumluluk davalarını doğrudan açabilmekte iken; şirketin alacaklıları, davayı ancak şirketin iflası halinde ve iflas idaresinin bu konuda dava açmaktan kaçınması halinde açabilirler (TTK md.556).

Yönetim kurulu aleyhine açılan sorumluluk davalarının türlerinde, usul hukuku açısından değerlendirilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından incelendiği takdirde, dava türleri açısından kıstas, maddi zararın bilinip, bilinmediği olarak karşımıza çıkmaktadır. Davaya konu olan zararın, tam tutarını bilebiliyorsak burada, alacak davasının açılması gerekmektedir (HMK md.105). Davaya konu olan zararın miktarını bilemiyorsak; belirsiz alacak davası veya kısmi dava açabilmektedirler. HMK md.107'de belirtildiği üzere, belirsiz alacak davasında, davanın açıldığı tarihte, davaya konu olan meblağın tam olarak bilinmemesi ve davayı açan tarafça bilinmesinin beklenemeyeceği hallerde, asgari bir miktardan dava açılmaktadır. Kısmi dava ise, dava konusu tutarın bölünüp, yalnız bir kısmını talep ederek dava açılmaktadır.

¹⁰⁵ Kekeç, Elif Kismet (2010). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler*. T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, s.219.

Yönetim Kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller ise, Ticaret Kanunu'nda "hukuki sorumluluk" başlığı altında düzenlenmiştir. Ticaret Kanunu kapsamında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren haller ise; belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (md.549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi (md.550), değer biçilmesinde yolsuzluk (md.551), halktan para toplamak (md.552), kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin kusurlarıyla ihlal edilmesi (553) şeklinde kanunda düzenlenmiştir.

Yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Genel kurul kararı, tarafların ibra ve sulh sözleşmesi yapmamaları ve zaman aşımı sürelerine uymaları gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu neticesiyle açılacak olan sorumluluk davası, TTK kapsamında dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmektedir. Bu bakımında yargılama sürecine başlamadan arabuluculuk görüşmelerine başlanması gerekmektedir. Arabuluculuk Kanunu md.16/2 uyarınca, arabuluculuk sürecinin, zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınmadığıdır. Bu minvalde, sorumluluk davaları için Ticaret Kanunu md.560'da öngörülen zararı ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl süre zarfı içinde, arabuluculuk sürelerini başlaması ile dava açma süresi durmaktadır. Arabuluculuk görüşmelerinin başlaması, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflar ile arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci başlamış sayılır (HUAK md.16/1).

Ticari işlerde, Arabuluculuk ilk olarak Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin kanun ve sonrasında Ticaret Kanunu'na getirilen değişiklik ile 01.01.2019 tarihinde uygulamaya gidilmiştir. Ticaret Kanunu'nda dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması düzenlemiş olmakla birlikte, arabuluculuk uygulamasının işleyişi ve esasları ise Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Ticari davalarda zorunlu arabuluculuk yoluna başvurulması şirketler ve ilgili taraflar açısından büyük fayda sağlayacağı düşüncesini taşımaktayız.

Arabuluculuk taraflara, süre, maliyet ve etkinlik açısından daha avantajlı sonuçlar sağlamaktadır. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı müzakere ederek çözme imkânı vermekte ve toplumda uzlaşma kültürünün gelişmesine hizmet etmektedir. Arabuluculuk sayesinde, mahkemelerin bakmakta olduğu dava miktarı azalmakta, ilgili mahkemeye dosya düzenlenmiş, tarafların isteklerinin daha belirgin ve sonuca daha hızlı ulaşılmasında yardımcı olacak şekilde gelmesi sağlanmış olmaktadır. Özellikle, tarafların çeşitli konularda uzlaşması, sorunların çözümünde büyük önem arz etmektedir. Arabuluculuğun temel başarı unsurlarından biri, taraflarının bu sürece katılmakta istekli ve gönüllü olmalarıdır.

Arabulucu, temel olarak hukuk eğitimi almış, mesleki olarak 5 yıl tecrübeye sahip, herhangi bir şekilde sabıka kaydı olmayan, adalet bakanlığının eğitimini başarıyla tamamlayıp sertifika alan kişiler olabilmektedir. HUAK md.4/1-b uyarınca arabulucunun gerçek kişi olduğu kanunda belirtmiştir. Tüzel kişilerin arabulucu olabilmesi gibi bir durum kanunda yoktur. Ancak, arabulucunun da TTK md.400’de belirtilen denetçiler gibi tüzel kişi olabilmesi gerekmektedir. Zira tüzel kişi olarak arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi, arabulucunun kurumsallaşmasına böylelikle de daha hızlı ve sistematik sonuç vermesine olanak sağlar.

Arabuluculuk, kanun ile belirlenmiş alternatif bir çözüm yolu olması ve arabulucu olacak kişilerin Bakanlık tarafından oluşturulan hazırlık eğitiminden geçerek göreve atanmış kişilere olmasından dolayı arabulucunun bazı özel yükümlülükleri mevcuttur. Arabuluculuk Kanunu, yönetmeliği ve etik kuralları çerçevesinde, arabulucunun görevini, tarafsız, bağımsız ve özenle yerine getirme yükümlülüğü, tarafları aydınlatma yükümlülüğü reklam yasağına uyma, belge saklama yükümlülüğü ve aidat ödeme yükümlülüğü olmak üzere başlıca yükümlülükleridir. Arabulucunun görevini ifa ederken verilen talimat ve esaslara uyarak görevini ifa etmeli yükümlülüklerine tam olarak uygun bir şekilde tarafsızca hareket etmelidir.

Arabuluculuk görüşmelerinin, sorumluluk davalarına etkisi önem arz etmektedir. Sorumluluk davasına konu olabilecek hususlarda, arabuluculuk görüşmeleriyle uzlaşmaya varılmış ise, görüşme tutanağının mahkeme şerhi ile ilam niteliği kazanmasından dolayı, mahkeme kararlarıyla aynı

hüküm ve sonuçları doğurmaktadır. Taraflar, arabuluculuk esnasında anlaştıkları hususlar hakkında mahkemede dava açamayacaklardır. HUAK'da özel dava şartı olarak HMK atıfla düzenlenmiştir. Ancak bazı istisnai durumlarda, tutanakların sahteliği, geçersizliği ve irade fesatlığı gibi bazı özel durumlarda dava açma haklarının mevcut olduğu, somut olay kapsamında hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Tarafların anlaştıkları hususlar dışında açılan, sorumluluk davalarında ise anlaşılan hususlar yargılama sürecinde kesin delil olarak, işlem görmektedir.

Arabulucunun sorumluluğu konusunda HUAK, önemli düzenlemeler yapmış bulunmaktadır. Kanun özellikle arabulucunun, arabuluculuk görüşmelerine ait gizliliği ihlal etmesinden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğunu belirtmektedir. Arabulucunun, görevini ifa ederken gerekli işlemleri usulüne göre yapmadığı, kusuru olduğu yahut sözleşmeye veya hukuka aykırı davranmasından dolayı bir zarar meydana geldiyse ve bu zararla arasında uygun illiyet bağı kurulabilirse sorumluluk durumuna gidilebilmektedir.

Arabulucunun sözleşmeden, haksız fiilden ve güven ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğu bulunmaktadır. Arabulucunun, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu açısından, arabuluculuk tutanağının hukuka uygun ve dürüst bir şekilde düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan kusurlu durumları önem taşımaktadır. Haksız fiil sorumluluğunda ise genel olarak, TBK hükümlerinden hareketle, sorumluluğuna gidilmektedir. Güveni kötüye kullanma, arabuluculuk görüşmelerinde gizlilik kuralına aykırılık halinde ortaya çıkmaktadır. Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olduğu için, tarafların anlaşarak bir arabulucu belirlemeleri halinde, Adalet Bakanlığı'na bağlı arabuluculuk bürosundan tarafların anlaşmış oldukları arabulucu atanmaktadır. Arabulucunun sorumluluğu vuku bulduğunda, açılacak olan sorumluluk davası An md.129/5 uyarınca idareye açılmaktadır. İdare, arabulucunun kusuru oranında zararı kendisinden rücu etmektedir.

Kaynakça

- [1] Akkan, M. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasası Ve Sonuçları.” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 1-31, 2018. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/594668> adresinden alındı.
- [2] Albayrak, H. “Eşitlik Ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu.” Gaziantep University Journal of Social Sciences (17 Özel Sayı), 12-24, 2018, Aralık 24, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/606045> adresinden alındı.
- [3] Altaş, S. “Anonim İle Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir Mi?” Mali Çözüm Dergisi (141), 153-160, 2017, Mayıs-Haziran. <https://www.ismmmo.org.tr/Yayinlar/Mali-Cozum-Dergisi--1> adresinden alındı.
- [4] Altay, S. A. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri* (1. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- [5] Altay, S. A. “Anonim Ortaklıklar Hukukunda Farklılaştırılmış Teselsül.” Terazi Hukuk Dergisi, 14 (Özel Sayı), 68-75, 2019 Mart.
- [6] Arslan, B. A. Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 189-223, 2018 Haziran. <https://jurix.com.tr/article/14782> adresinden alındı.
- [7] Atalı, M. Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar. Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu, 137-154, 2018, Aralık 6-7.
- [8] Atasoy, Ö. A., & Ergün, B. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinde Doğan Sorumluluk.” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4 (2), 33-52, 2018 Aralık.

- [9] Atasoy, Ö. A., & Perver, Z. “Anonim Şirketlerde Eşit İşlem İlkesine Aykırı Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü Ve Yönetim Kurulunun Sorumluluğu.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 6-17, 2019 Mart.
- [10] Ayhan, R., Çağlar, H., & Özdamar, M. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (1. b.). Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- [11] Aytaç, Z. (1982). *Anonim Ortaklıklarda İbra*. Ankara, 1982.
- [12] Bahtiyar, M. *Ortaklıklar Hukuku* (9.Baskı b.). İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- [13] Bahtiyar, M. *Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. Bankacılık Enstitü Yayınları, 393-414, 2016.
- [14] Bahtiyar, M. *Ortaklıklar Hukuku* (13. b.). İstanbul: Beta, 2019.
- [15] Bilgili, F. *Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu*. Ankara, 2004.
- [16] Bilgili, F., & Demirkapı, E. *Şirketler Hukuku* (9. b.). Bursa: Dora Yayıncılık, 2013.
- [17] Çamoğlu, E. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (3. b.). İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2010.
- [18] Çamurcu, E. (2015). *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi* (1.Baskı b.). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2015.
- [19] Çoştan, H. *TTK Tasarısı'nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümler* (1. b.). İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- [20] Dinç, S. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (1. b.). İstanbul: Seçkin Yayınları, 2017.
- [21] Ekmekçi, Ö., Özekes, M., & Atalı, M. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari Ve Zorunlu Arabuluculuk* (1. b.). İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2018.

- [22] Erdem, Ü. *Ticaret Mahkemeleri Kararlarında Dava Şartı Zorunlu Arabuluculuk* (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- [23] Eriş, G. *Açıklamalı- İctihatlı 6335- 6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme Ve Şirketler* (2. b., Cilt II). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- [24] Gubraoğlu, F. *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- [25] Güney, N. A. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu* (2 b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- [26] Güney, N. A. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2.Baskı b.). İstanbul: Vedat Yayınevi, 2016.
- [27] Helvacı, M. (2001). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu* (2. b.). İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- [28] Helvacı, M. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 77-97, 2013 Ekim. http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GUHFD-2013_2.pdf adresinden alındı.
- [29] Helvacı, M. *Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu. Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (20 Ekim 2017)* (s. 143-175). içinde İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- [30] Kahyaoğlu, E. C. *Anonim Ortaklıkta İbra Kararının Geri Alınması Sorunu*. E. Ulusoy içinde, *Ersin Çamoğlu'na Armağan* (s. 83-93). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013 Şubat.
- [31] Kayar, İ., & Özaltan, Y. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davasında Kusur Ve İspat.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 14 (Özel Sayı), 17-30, 2019 Mart.

[32] Kekeç, E. K. Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler. T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2010. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi> adresinden alındı.

[33] Kekeç, E. K. *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler; 6325 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş* (3. b.). Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

[34] Kendigelen, A. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve ilk Tespitler* (3. b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

[35] Kırca, İ., Şehirli Çelik, F. H., & Manavgat, Ç. *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (1.Baskı b.). Ankara: Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2013.

[36] Koçyiğit, İ., & Bulur, A. *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, 2019. Adalet Bakanlığı: <http://www.adb.adalet.gov.tr/link/ticariuyusmazliklardadavasartiarabuluculuk.pdf> adresinden alındı.

[37] Konca, N. K. “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk.” *Seta Perspektif* (225), 1-6, 2018 Aralık. <https://setav.org/assets/uploads/2019/01/225.pdf> adresinden alındı.

[38] Korkmaz, F., & Kıyak, E. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla 6235 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda Getirilen Değişikliklerin Değerlendirilmesi.” *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 31-56, 2018 Haziran. <https://dergipark.org.tr/iauhfd/issue/43590/533711> adresinden alındı.

[39] Köse, Y. (2013, Ağustos). “Hukuk Sistemimizdeki Yeni Patika ‘Arabuluculuk’.” *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(84), 86-92, 2013 Ağustos. <https://jurix.com.tr/article/2024> adresinden alındı.

[40] Kurallar, E. *Türkiye Arabulucular Etik Kuralları*. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Arabuluculuk Daire Başkanlığı. Ankara: Adalet Bakanlığı, 2018. http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html adresinden alındı.

[41] Kuru, B., Arslan, R., & Yılmaz, E. *Medeni Usul Hukuku* (25. b.). Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2014.

[42] Namlı, M. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 151-165, 2016 Mayıs 14.

[43] Özmumcu, S. “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış.” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74(2), 807-842, 2016. <https://dergipark.org.tr> adresinden alındı.

[44] Pekcanitez, H., Korkmaz, H. T., Özekeş, M., & Akkan, M. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

[45] Pekcanitez, H., Özekeş, M., & Atalay, O. *Medeni Usul Hukuku* (13. b.). Ankara: Oniki Levha Yayıncılık, 2013.

[46] Perçin, G. E. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri.” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 31(2), 177-201, 2011. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/411053> adresinden alındı.

[47] Poroy, R., Tekinalp, Ü., & Çamoğlu, E. *Ortaklıklar Hukuku Cilt 1* (13. Baskı b.). İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.

[48] Poroy, R., Tekinalp, Ü., & Çamoğlu, E. *Ortaklıklar Hukuku– I* (14. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.

[49] Pulaşlı, H. *Şirketler Hukuku Şerhi* (Cilt 2). Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

[50] Pulaşlı, H. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (5. b.). Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

[51] Simil, C. Belirsiz Alacak Davası. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Doktora Tezi, 2012. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> adresinden alındı.

- [52] Şahin, T., Çelik, Y., & Ruhi, A. C. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*. Gaziantep: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- [53] Şen, E. Arabulucunun ve Uzlaştırmacının Hukuki Statüsü, 2018 Haziran 27. Hukuki Haber: <https://www.hukukihaber.net/arabulucunun-ve-uzlastirmacinin-hukuki-statusu-makale,5940.html> adresinden alındı.
- [54] Şener, O. H. *Teorik Ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (3. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- [55] Tekinalp, Ü. *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklıkların Esasları* (2. b.). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- [56] Tuğsavul, M. T. *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- [57] Ulusoy, E. Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği. T. Ansay içinde, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*. Turhan Kitapevi, 2003.
- [58] Üçışık, G., & Çelik, A. *Anonim Ortaklıklar Hukuku* (1 b., Cilt 1). Ankara: Adalet Yayıncılık, 2013.
- [59] Üçışık, G., & Çelik, A. *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler Ve Kar Dağıtımını* (1.Baskı b.). İstanbul: 12 Levha Yayıncılık, 2018.
- [60] Yasaman, H. “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılabilir Sorumluluk Davaları.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 97-113, 2013 Şubat.
- [61] Yaşar, S. B. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34(1), 137-168, 2018 Mart.
- [62] Yıldırım, F. “Arabuluculuk Faaliyetinde Sorumluluk Sigortasının Önemi.” *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 167-187, 2014 Aralık. <https://jurix.com.tr/article/4709> adresinden alındı.

KAMU POLİTİKALARINI ETKİLEYEN RESMİ, SİVİL VE ULUSLARARASI AKTÖRLER

Dr. Mehmet Yaşar SEVÜK*

Pınar AKIN**

Öz

Kamu politikalarının oluşturulma sürecini bir bütün olarak ele almak gerekmektedir. Çünkü politikaların oluşturulmasında karar, talep, çıktı ve sonuç sürecinin bir bütünün halkaları olduğu görülmektedir. Bu süreçlerden birinin tıkanması halinde politikalarda başarı derecesi önemli ölçüde etkilenmektedir. Kamu politikalarının oluşturulmasında, resmi, sivil ve uluslararası aktörler etkilidir. Türkiye’de kamu politikalarının oluşturulmasında eksikliklerin olduğu açıktır, bu eksikleri gidermek için birçok alanda politika çalışmaları yapılması gerekmektedir. Kamu politikalarının oluşturulmasında resmi aktörlerden yargı, yasama ve yürütmenin politikalar üzerindeki etkisi oldukça fazladır. Sivil aktörlerden baskı grupları, kamuoyu ve siyasi partiler de toplumun beklentilerini dile getirmektedir. Uluslararası aktörler ise, daha çok ülkelerin genelini etkileyecek küresel sorunlara paralel olarak oluşturulduğu için etki derecesi küresel olarak diğer aktörlere oranla daha fazla olmaktadır. Ülkemizde ise, uluslararası kamu politikaları alanında (İMF, AIHM ve ILO gibi) örgütlerin etkisi görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Politika, Kamu Politikaları, Talep, Çıktı, Sonuç, Resmi, Sivil ve Uluslararası Aktörler*

* *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: mehmetsevuk@aydin.edu.tr*

** *İstanbul Aydın Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, e-posta: pinarakn55@gmail.com*

Official, Civil and International Actors That Influence Public Policy

Abstract

It is necessary to take the public policy making process as a whole. Since it accepted to be circles of a cycle the process of decision, request, output and result that make policies are accepted to be circles of a common one. It seriously affects the rate of failure of a policy in case of obstruction of one of these in a cycle. Official, civil and international actors are also influence the forming of public policy. There are gaps in public policy forming in Turkey and there is a need for political work in some fields in order to solve the very problems. The influence of official actors such as judgement, legislative and executive bodies over the policies is quite a lot in the public formin process. Civil actors such as print groups, public opinions and political parties represent the public expectations. Hereby, international actors have more influential roles in comparence with other actors since they are founded on a base of the global problems that influence the whole country paralelly. In relevance the influence of organizations such as IMF, The European Court of Human Rights, and The İnternational Labour Organization are existed in our country.

Keywords: *Policy, Public Policy, Request, Output, Official, Civil and etc*

Giriş

Kamu politikalarını, devletlerin sürekliliği için izlemesi gereken politikalardan kamusal alanı kapsayan politikalar olarak tanımlamak mümkündür. Kamu politikaları sadece ülkelerin güvenlik, sağlık, eğitim gibi alanlarda bütçesini ayırdığı bir planlamadan ibaret değildir. Çünkü ülkelerin idari gücünün esasını kamusal alan oluşturmaktadır. Kamu politikaları oluşum süreci ülke genelinde birçok alanı etkilediğinden, toplumsal birçok normun karar vericiler için bağlayıcılığı bulunmaktadır.¹

Küreselleşmenin geniş etkileri sebebiyle birçok ülke kendi adına karar veremez hale gelmiş, uluslararası alanda kuruluşlara üye olmuştur. Bu örgütler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Çalışma Örgütü, Uluslararası Para Fonu gibi örgütlerdir. Bu sebeple ki, ülkeler kamu

¹ *Ayşegül Kaya, Kamusal Politikalarının Ulusal Etkinliğini Yönlendiren Küresel Yapıların Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yöntemleri, İzmir, 2017, s. 26.*

politikalarını oluştururken başarılı kamu politikaları oluşturmak için kamuya gerekli önemi vermektedirler.

Politika üzerine kamu politikası çalışmaları Amerika Birleşik Devletleri'nde 1929 Dünya Ekonomik Krizi sonrasında ortaya çıkmış, II. Dünya Savaşı sonrasında gelişme kaydetmiş, sonraki yıllarda Avrupa'da genişlemeye başlamıştır. Türkiye'de ise, 2000'li yıllarda yer almaya başlamıştır. Kamu politikaları üzerine çalışmaların kökenleri ise, insanoğlunun yerleşik yaşama geçtiği yıllara dayanmaktadır. Kurulan bütün devletlerin varlığını sürdürmesi için politika oluşturmaya ihtiyaç duyduğu görülmektedir.²

1.Kamu Politikasının Kavramsal Çerçevesi: Politika, Kamu Politikası, Karar, Talep, Çıktı, Sonuç

Politika kavramı İtalyancadaki “*politica*” ve İngilizcedeki “*politics*” kavramlarının karşılığı olarak devletin etkinliklerini amaç, içerik, yöntem olarak düzenleyip gerçekleştirdiği bir bütün olarak ele alınmaktadır. İngilizcedeki ikinci anlamı ise, “*policy*” kavramının karşılığı olan, bir devletin, siyasal partileri, dernekleri, vakıfları, hatta daha da geniş alanı içine alarak toplumu oluşturan diğer unsurların da, yönetimi ele geçirme yoluyla karar verme süreçlerine dâhil olup bireysel ve toplu biçimde siyaset yapmak olarak tanımlanmaktadır.³

Antik Yunan'da Politika (politics) şehir anlamına gelen “*polis*” kelimesinden türemiştir. Polis başı ve sonu belli olan şehir devleti olarak görülen ve insanların bir çatı altında yaşadıkları siyasi yapıdır. Politika ise, bu şehir devletinin oluşturduğu işler anlamına gelmektedir. Politikayı, hükümet, devlet ve kamusal alan içerisinde bir sınırlandırma yapmadan devletin çatısı altındaki bütün insanlar için var olan bir faaliyet olarak görmek daha doğru olacaktır. Bu sebeple, ülkelerin sınırları içerisinde politika dar anlamda yer aldığı gibi, ülke sınırları dışında da geniş anlamda faaliyet göstermektedir. Politika, ülke içerisinde iktidarı ele geçiren siyasi partinin yapısına ve işleyişine göre de şekil almaktadır.⁴ Politika Türkçede tek başına bir anlam ifade etmeyip politika sözcüğünün başına genelde

² Hüseyin Gül, *Kamu Politikası Analizi, Yöntemleri ve Teknikleri*, Isparta, s. 6.

³ Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, *Kamu Politikası Türkiye'de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı*, Konya, 2016, s. 23.

⁴ Dilan Mızrak, Özgür Temiz, *Hukuk ve Politika Türkiye'de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi*, s. 79-80.

kamu, sağlık, eğitim, konut, iç güvenlik, dış gibi sözcükler gelerek politika kelimesi daha anlamlı hale getirilmiştir.⁵

Kamu politikaları, hükümetlerin yapmayı ya da yapmamayı seçtikleri eylemlerdir. Bu şekilde bir tanım yapılmasıyla hükümetin yapmaya karar verdiği şeyi değil, aynı şekilde hükümetin yapmamaya karar verdiği şeyleri de kapsamaktadır. Kamu politikaları oluşturulurken alınan kararlar uygulama aşamasında tam kendini göstermeyebilir. Kamu politikaları, ulusal savunma, dış politika, eğitim, sağlık gibi birçok alanda varlığını gösterir, bu ise kamu yönetim kurumu ve görevlileri tarafından uygulanır.⁶

Kamu politikalarında diğer önemli aşama ise karar vermedir. Karar verme, herhangi bir durum ile istenilen sonuca ulaşabilmek için, yol gösterici bilgilerin toplanması, bu bilgiler ile birlikte sistematik, bilimsel ve mantıklı akıl yürütmeler yaparak en uygun olanın seçilip uygulamaya konulmasıdır. Böylece kamu politikalarında karar verme sürecinde, verilecek kararın güvenilir, kaliteli ve iyi bir sentezden geçirilmesiyle süreç tamamlanmaktadır. Elde olan verileri etkileyen faktörler de göz önüne alınarak bu bilgiler, birbirleriyle karşılaştırılmalı ve sonuca bu şekilde karar verilmekte kullanılmalıdır.

Karar verme sürecini ele alan yönetim bilimcisi ise, Herbert Simon olmuştur. Simon, kamu politikalarında karar verme yönetiminin kalbidir, biçimindeki ifadesi ile örgütler için karar vermenin önemine dikkat çekmiştir. Simon'a göre, karar verme sürecinin önemi yöneticilerden kaynaklanan nedenlerle artmaktadır. Çünkü alınan kararların hangi sorunları çözebileceği, hangi gereksinimleri karşılayacağı, sorunların ne olduğu, nasıl giderileceği gibi sorulara da cevap bulma aşamasında önemlidir.⁷

Kamu politikaları çıktıkları ise, politikalar oluşturulurken somut, elle tutulur ve ortaya çıkan belirtiler sonucu gerçekleştirilen hizmetlerdir. Yani kamu politikalarında verilen kararların ve söylemlerin belirlenmesi ve bunların gerçekleştirilmesidir. Kamu politikalarında her türlü gerçekleştirilen hizmet çıktı olarak kabul edilmektedir. Buna göre, toplanan vergiler, sosyal

⁵ Bekir Parlak, *Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar*, Ankara, 2008, s. 22.

⁶ Hasan Hüseyin Çevik, *Kamu Politikaları Analizi Çalışmaları Üzerine Türkiye Açısından Değerlendirme*, 1998, s. 104-105.

⁷ Mehmet Akif Özer, *Emek ve Toplum Sosyal Politikaların Belirlenmesinde Karar Verme Süreci ve Bilgi Teknolojilerinin Etkisi*, Ankara, 2015, s. 20-21.

güvenlik ücretleri, sağlık hizmetleri, yol yapımları ve benzeri şeylerin tümü çıktı olarak kabul edilir. Kamu politikası sonuçları, çıktıdan çok farklı olarak ele alınmaktadır. Kamu politikası sonuçları, kamu yönetimi tarafından uygulanan ya da uygulanmayan, toplum için amaçlanan ya da amaçlanmayan sonuçların tamamını sonuç içerisine almaktadır.⁸

Günümüzde bakıldığında siyasetçilerin ülkeler için kamu politikaları oluşturma sürecinde verdikleri kararların kimi zaman olumsuzluklarla sonuçlandığı görülmektedir. Ülkelerde uygulanan kamu politikaları stratejilerinde yanlış kararlar alınması ülke yönetiminin bütün yapısını olumsuz etkilemektedir. Kamu politikalarının oluşturulmasında hiçbir siyasi amaç güdülmeyen ülkenin yararına kararlar almak için birlikte hareket edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ülkenin genel durumu gözden geçirilip, hangi alanlarda kamu politikalarında eksiklikler mevcut ise bu sonuca bakılarak kamu politikaları oluşturmalıdır.

2.Kamu Politikalarını Etkileyen Resmî Aktörler

Kamu politikalarının yapım sürecinde resmî aktörleri, karar merci olarak hükümet, bürokrasi, kamu yöneticileri, yargı ve parlamento oluşturmaktadır. Bu aktörlerin kamu politikalarının oluşturulmasında etki dereceleri ise ülkeden ülkeye yönetimden yönetime değişimler olmaktadır.

2.1. Yasama Organı:

Yürütmenin başı olan hükümetler parlamenter sistemde, seçimle belirlenen yasama organının içinden çıkmaktadır. Hükümet parlamentoya karşı sorumlu olur ve parlamento siyasi karar alma sürecinde hükümetin kanun taleplerini onaylayabilir, reddedebilir, bakanları denetler, bakanları ve hükümeti gerekli şartlar olduğunda görevden alabilir.

Parlamentonun kontrol yetkisi sadece hükümeti değil, icra organlarını da kapsamaktadır. Birtakım toplum talepleri ile şekillenen konular yasal düzenlemeden geçer ise hükümet bunları tasarıya çevirerek parlamento onayına sunar.

Politikaların uygun olanlarının kanunlaştırılabilmesi için ilk önce hükümet ve yasama organı tarafından politika gündemine alınması gerekmektedir.

⁸ Hasan Hüseyin Çevik, Süleyman Demirci, *Kamu Politikası Kavramlar, Aktörler, Süreç Modeller, Analiz, Karar Verme*, Ankara, 2012, s. 14-15.

Hükümetlerin kamu politikalarını hayata geçirebilmeleri için kanunlar, çoğunlukla siyasi partilerin seçim beyannameleri, hükümet programları, kalkınma planları, şura kararları, uluslararası taahhütler ve istikrar programları göz önünde bulundurularak önceden hazırlanan belgelerde ifade edilmelidir.⁹

2.2. Yürütme Organı:

Yürütme kamu yönetiminin kendisi olup, idari açıdan her türlü kamu kuruluşunun yapı ve işleyişi yürütme organı içinde yer almaktadır. Kamu politikalarının oluşturulmasında en önemli ve büyük rol, hükümet ve kamu bürokrasisine aittir. Demokratik ülkelerde idari bürokrasinin siyasi bürokrasiye bağlı çalışması ve emri altında olması doğal bir durumdur.¹⁰

Kamu politikalarının oluşturulmasında, yasal düzenlemeyi yapan, tasarılar hazırlayıp, alt yapısını geliştiren bürokratlardır. Kamu politikaları oluşturulurken önemli resmi aktörlerden birisi de kamu kurumları ve oralarda çalışan kamu görevlileridir.¹¹

2.3. Yargı Organı:

Hukuki faktörler, kamu politikaları oluşturulurken bu politikaların oluşturulmasında doğrudan ya da dolaylı etki ederler. Kamu politikalarının oluşturulmasında ve uygulanmasında önemli rolleri olan yasama ve yürütme erkleri bürokrasi için hukuki sınırlamalar ve denetimler getirmektedir.

Hukuk devleti, Ortaçağ'da "mülk devleti" anlayışı olarak ortaya çıkmış, daha sonra "polis devleti" ve "hazine teorisi" uygulamalarına dönüşmüştür. Devletin bütün eylem ve işlemlerinde, yürüttükleri kamu politikaları evrensel hukuk sistemine uygun bir şekilde ortaya konulmaktadır.

Yargı organlarının faaliyetleri, tutumları ve yöntemleri, kamu yönetimi içerisinde yer aldığı ortamın bir üyesi olarak kamusal örgütlerin yönetimi ve işleyişini etkilemektedir. Kamu politikalarının oluşturulmasında anayasa mahkemesinin denetimi ve idare mahkemelerindeki uyuşmazlıkların

⁹ *Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, Kamu Politikası Türkiye'de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı, Konya, 2016, s. 34-35.*

¹⁰ *Bekir Parlak, Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar, Ankara, 2008, s. 44.*

¹¹ *Kubilay Kavak, Kamu Politikalarının Oluşturulması ve Uygulanmasında Dış Etkiler; Enerji Sektörü, Ankara, 2016, s. 92.*

çözüme kavuşturulmasında Danıştay'ın son karar merci olarak ilk derece mahkeme kararlarını inceleyip sonuçlandırması önemlidir.¹²

Demokratik ülkelerde bağımsız olarak işleyen organ yargıdır. Hem bireyler arasındaki sorunları çözmek, hem de yönetilenin yöneten karşısındaki haklarını savunması için yargı organının bağımsız olması gerekmektedir. Yargı organı, yasama ve yürütme organları tarafından yönlendirilmesi durumunda bireysel hak ve özgürlüklerin teminatı olan “kuvvetler ayrılığı” ilkesi ortadan kalkmış olur. Yargı sisteminin işlevliğini kaybetmemesi için ister parlamenter sistem ister başkanlık sistemi olsun kuvvetler ayrılığı ilkesi işlevliğini sağlıklı bir şekilde sürdürmesi gerekmektedir.¹³

Eğer kuvvetler ayrılığı tam anlamıyla sağlanmazsa yasama yürütmeye, yürütme yargıya müdahale etmesi halinde bu üçü arasındaki (yasama, yürütme, yargı) denge bozulmuş olacaktır. Bu durumda uygulamada kamu politikalarının denetimi sağlanamaz hale gelir ve yargı bağımsızlığı ortadan kalkmış olur.

3.Kamu Politikalarını Etkileyen Sivil Aktörler

3.1.Siyasi Partiler:

Siyasi partiler ülke içerisinde çok farklı etnik, dini, kültürel sosyal ve ekonomik grup ve tabakalara sahip olup seçmen tabakasını en yüksek oranda temsil etmektedirler. Siyasi partiler bu özellikleri sayesinde kamu politikalarının oluşturulmasında önemli yere sahiptirler. Siyasi partiler parlamentoda çoğunluğu sağladığında parti başkanı başbakan veya federal sistemde aday kendi partisinin desteğini alarak başkan seçildiği zaman kendi siyasi programına uygun politikalar oluşturmaktadır. Zaman zaman siyasi partiler hem yargıda hem de kamu bürokrasisinde kendi siyasi düşüncelerine sahip kişileri göreve getirirler.¹⁴

Bu uygulama yanlıştır. Çünkü demokratik bir ülkede hangi siyasi parti iktidara gelirse gelsin çalışanları görevlerine atarken ayırım yapmaları doğru bir sistem değildir.

¹² Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, *Kamu Politikası Türkiye’de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı, Konya, 2016, s. 33-34.*

¹³ Kubilay Kavak, *Kamu Politikalarının Oluşturulması ve Uygulamasında Dış Etkiler; Enerji Sektörü Örneği, Ankara, 2016, s. 103.*

¹⁴ Kubilay Kavak, *Kamu Politikaların Oluşturulması ve Uygulanmasında Dış Etkiler: Enerji Sektörü Örneği, Ankara, 2016, s. 106.*

Çalışarak, emek sarf ederek bir yerlere gelen insanlara haksızlık yapılmış olacağı gibi, iktidara gelmiş bir partinin bunu yapması, ülke içerisinde kayırmaların artmasına yol açarak siyasi istikrar ve güven ortamından uzaklaşmaya sebep olur. Dolayısıyla ülkeler, siyasi istikrar ve güvenin sağlanabilmesi için bürokrat atama ve yer değiştirmelerinde “liyakat” ile “kariyer” ilkelerinin bütün gereklerini uygularlar.

Ülkenin kamu politikalarında etkin rol oynayacak olan siyasi partilerin yeri oldukça fazladır. Kamu politikalarında sadece parlamentoda temsil edilen partiler değil parlamento dışı olan muhalefet partileri de politikaların oluşturulmasında önemli etkiye sahiptirler. Bir siyasi parti iktidara hiç gelmemiş olsa bile, devlet içinde ideolojik ve fikri olarak kendisine yakın kesimlerle ilişki içerisinde olabilir. Tabii ki bu durum iktidar partisi tarafından olumlu karşılanmasa bile taraftarları ve sempaticianları tarafından kamu politikalarında etkili olabilmektedirler.¹⁵

Muhalefet partileri, iktidar partisine ve onun uyguladığı kamu politikalarına karşı genelde olumsuz tutum içerisinde olmuşlardır. Siyasi partilerin temel amaçlarından birisi toplumun farklı kesimlerinden gelen istek ve taleplerin toplanmasında etkili olmaktır.¹⁶

Siyasi partiler hükümet ile halk arasındaki bağlantıyı kurmakta köprü konumundadırlar. Siyasi partiler, siyasal karar alma sürecini basitleştirici ve istikrarı sağlayıcılığı özelliğiyle de önemlidir. Ülkelerde siyasi partilerin zayıf olması durumunda ülke yönetiminde yönetici akrabaları, dini ve askeri ortamların oluşmasına zemin hazırlanmaktadır.¹⁷

Siyasi partilerin olmadığı dönemlerde ülke tek kişinin iktidarında yönetilmektedir. Bu durum da, kamu politika kararlarında isabetsizliğe yol açmaktadır. Ülke yönetiminde etkin rol oynayan iktidardaki siyasi parti, hem ülke yönetiminde, hem de kamu politikaların oluşturulmasında iyi analizler yaparak doğru politikalar uygulanmasını sağlarlar. Eğer istenilen sonuca ulaşılmadığı anlaşılırsa seçimlerle en iyi sistemi ve politikaları ortaya koyacak parti iktidara getirilir.

¹⁵ A.g.e., 108.

¹⁶ Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, *Kamu Politikası Türkiye’de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı*, Konya, 2016, s. 23.

¹⁷ Mustafa Sakal, *Siyasal Karar Alma Sürecinde Yer Alan Aktörler ve Roller*, 1998, s. 214-215.

3.2. Baskı Grupları:

Baskı grubu kavramıyla ilgili birçok tanım yapılmaktadır. Baskı grubu, bir hükümeti veya bir otoriteyi özel bir konuda ikna etmek için organize olmuş bir grup insan topluluğu denilmektedir. Bir başka tanım ise, yöneticilerin ya da önderlerin aracılığıyla hükümeti ya da başka toplumsal oluşumları etkileyen ve üyelerin ortak çıkarlarını gerçekleştirmek ve bunları korumak amacıyla bir araya gelen topluluk olarak ifade edilir. Hükümet politikalarını etkilemeye çalışan organize grup olarak birçok tanım bulunmaktadır.¹⁸

Baskı grupları, her türlü meslek gruplarından oluşabileceği gibi (işçiler, memurlar, öğretmenler, mühendisler, iş adamları, esnaf, tüccar vb.), kişilerin bir araya gelerek talepleri, istekleri, sorunları devlete aktarmakta öncüdürler.¹⁹ Ayrıca baskı grupları farklı siyasi görüşe sahip olanların ortak çıkarları doğrultusunda, belli bir amaç için bir araya gelmiş insan topluluğudur. Bir araya gelen insanlar sosyal ve ekonomik hayatlarında bir birbirlerinden çok farklı oldukları gibi beklentilerinin de farklı olması onların bir grup halinde olma şuurunu tam anlamında sağlayamayabilir. Bu yüzden aktif bir şekilde faaliyette bulunabilecek teşkilatlanmaya sahip olamayabilirler.²⁰

Siyaset, bir şeyi değiştirmek ya da bir şeyin değiştirilmesine mani olmak anlamına gelmektedir. Baskı grubunun yöneldiği alan ise bu siyaset içerisinde kamu siyasasıdır. Baskı grupları siyasetin kamu alanında faaliyette bulunmuş kişilerdir. Bu durum neticesinde baskı gruplarının kamu alanlarında faaliyet göstermeleri sebebiyle, kamu siyasetinde etkin hale gelirler. Diğer taraftan baskı grupları, bürokrasi alanındaki sorunları, üst düzey kamu yöneticilerine başvurarak sorunun çözülmesine katkıda bulunurlar. Baskı gruplarının yöneticilere sundukları taleplerinin yerine getirilmesi için üst düzey yöneticilere raporlar sunup psikolojik ve politik olarak baskı yaparak ikna etmeye çalışırlar.²¹ Baskı gruplarının, siyasi partilerden tam aksine ülke iktidarını ele geçirmek gibi bir hedefleri bulunmamaktadır.²²

¹⁸ Turgut Göksu, Veysel K. Bilgiç, *Baskı Grupları ve Karar Alma Mekanizmasına Etkileri*, Ankara, 2003, s. 52-53.

¹⁹ Bekir Parlak, *Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar*, Ankara, 2008, s. 50.

²⁰ Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, *Kamu Politikası Türkiye'de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı*, Konya, 2016, s. 37.

²¹ Bilal Eryılmaz, *Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler*, Ankara, 1993, s. 97.

²² Turgut Göksu, Veysel K. Bilgiç, *Baskı Grupları ve Karar Alma Mekanizmasına Etkileri*, Ankara, 2003, s. 53-54.

3.3. Kamuoyu:

Kamuoyu ilk kez İngilizler tarafından 1741’de ‘halkın düşüncesi’ anlamında kullanılmıştır. Kamuoyu, 18. ve 19.yüzyıllarda yayılmaya başlamış ve sanayileşme, şehirleşme, demokratikleşme, kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ve okuryazarlık oranındaki artış ile çağdaş anlamda kamuoyu olgusu oluşmuştur.

Kamuoyu, devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının davranış biçimini belirleyen ya da kanaat önderleri tarafından belirlenen norm olarak ifade edilmektedir. Ayrıca sosyal bilimciler kamuoyunu, bireyin kanaatini ve davranışını ailesi, çalıştığı yer, yakın çevre ve bütün toplumu içeren sosyal grubun kanaati ve davranışı ile ilişkili olarak açıklamaktadır.²³

Kamuoyunu, modern anlamıyla, “belli bir zamanda, belli bir sorun karşısında, bu sorunla ilgilenen kişiler grubuna veya gruplarına hâkim olan kanaat” şeklinde tanımlamak belki en doğrusu olacaktır.

Kamuoyu denilince, bütün kitle tarafından benimsenmiş, monolitik (yekpare) bir fikir bloku anlaşılmalıdır. Böyle toplumun hemen hemen bütün üyeleri tarafından paylaşılan, rasyonel niteliğe sahip bir fikir bloku, olsa olsa bir fiksiyon, ya da metafizik bir kavram olabilir. Kamuoyunun oluşumunda, çoğu zaman sayı faktöründen çok kalite ve yoğunluk faktörü önemlidir.

Genellikle etki yaratan unsur nicelik değil niteliktir. Bir konu üzerinde bilgi ve uzmanlık sahibi olanların görüşü, o konu üzerinde hiç bilgisi olmayan çoğunluğun temelsiz kanaati karşısında daha ağır basar. Belirli amaçlara yönelmiş kişi gruplarının fikirleri, zayıf örgütlü veya hiç örgütlenmemiş kalabalıkların kararsız ve yalpalı eğilimlerine oranla toplumda daha etkili olurlar.²⁴

4.Kamu Politikalarını Etkileyen Milletlerarası Aktörler

Kamu politikaları oluşturulurken ve uygulanırken bu süreçte kamu politikalarını etkileyen aktörler sadece resmi ve gayri resmi aktörler ile sınırlı değildir. Günümüzde küreselleşme ile birlikte devletin kurum ve kuruluşları kamu politikalarını oluştururken, diğer ülkelerin politikalarından etkilendiği gibi, onları da etkilemektedir.

²³ *Nejdet Ataberk, Kamuoyu, Medya ve Demokrasi, Eskişehir; 2002, s. 223-224.*

²⁴ Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, 2013, s. 266.

Uluslararası örgütler, ekonomik, politik, siyasal, kültürel amaçlar çerçevesinde bir araya gelerek ya da tek taraflı olarak küresel veya bölgesel alanları etkileri altına almaktadırlar. Uluslararası örgütler kurulurken uluslararası hukukun müeyyidelerine uyma koşulu ile oluşturulmaktadır. Bu örgütlere üye devletler uluslararası hukukun dışına çıkmadan politikalarını oluşturmaktadırlar.²⁵

Uluslararası alanda etki derecesi ülkelerin gelişmişlik düzeyi ile paraleldir. ABD, İngiltere, Almanya, Fransa gibi gelişmiş ülkeler uluslararası örgütlerin oluşmasına yön veren ülkelerdir. Uluslararası aktörler eğitim, sağlık, güvenlik, ekonomi gibi birçok alanda etkisini göstermektedir. ²⁶

Uluslararası aktörlerin oluşturulmasında genellikle ekonomik sorunlar neden olmaktadır. Bu aktörlerden bazıları şunlardır; Uluslararası Para Fonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Çalışma Örgütü gibi. Bu örgütlerin dışında Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, NATO da uluslararası aktörlerdendir.²⁷

4.1. IMF(Uluslararası Para Fonu):

IMF'nin kurulması 1930'lu yıllarda olmuştur.1930'lu yıllar “büyük buhran” yılları olarak bilinmektedir. Ülkeler uluslararası ekonomik ilişkileri düzeltmek, buhranın üstesinden gelebilmek ve dünya piyasasında mevcut paylarını korumak için, hem rekabetçi devalüasyona başvurmuş, hem de kendi pazarlarını dış rekabetten korumak için gümrük tarifeleri yükseltmiştir. Tüm bu uygulamalar, dünya ticaret ve dünya üretimini daraltmıştır.

II. Dünya savaşı uluslararası alanda mali ve parasal ilişkilerde büyük karışıklık yaratmış, ülke ekonomilerine yıkıcı darbe olmuştur. İngiltere büyük yıkımlar alırken, Avrupa ülkeleri de aynı şekilde etkilenmiştir. Uluslararası sorunların giderek artması, parasal sistemin çöküşe geçmesi sebebiyle ABD ve İngiltere'nin öncülüğünde 1944'de ABD'nin New Hampshire Eyaletinde IMF kurulmasına karar verilmiştir.²⁸

²⁵ Veysel Babahanoğlu, Erhan Örselli, *Kamu Politikası Türkiye'de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı*, Konya, 2016, s. 44-45.

²⁶ Bekir Parlak, *Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar*, Ankara, 2008, s. 52.

²⁷ H. Tuba Eroğlu, *Türkiye'de Kamu Politikalarının Oluşturulmasında Uluslararası Aktörlerin Rolü*, Ankara, 2013, s. 150.

²⁸ Nazım Öztürk, *IMF'nin Değişen Rolü ve Gelişmekte Olan Ülke Ekonomilere Etkileri*, Sivas, s. 97-98.

IMF'nin kurulmasındaki ortak amaç, uluslararası ekonomik ilişkileri yeniden kurmak, sağlam ödemeler yapabilecek sistemler oluşturmak, ticaretin serbestçe gelişmesine ve mali güçlüğü uğrayan ülkelere hemen ulaşılmasını sağlamaktır. IMF'yi, 30 ülke anlaşmayı imzalayarak kabul etmiştir. IMF'nin bugünkü üye sayısı 189'a yükselmiştir.

IMF'nin amacı; Uluslararası para sorunlarının çözümünü danışma ve iş birliği içerisinde çözmek, ülkelerin ithalat ve ihracatın yürütülmesi için dünya ticaretinin gelişmesini engelleyen kombiye kontrollerinin kaldırılmasını desteklemek, üye ülkelerin uluslararası alandaki dış ödemelerdeki dengesizlikleri ortadan kaldırmaktır.²⁹

II. Dünya Savaşı sonrasında Türkiye'de, krom, canlı hayvan ve tarımsal ürünlerdeki ihracat hızla azalmış, ithalat artarak dış ticarete çok fazla açık oluşmuştur. Türkiye, ihracatı arttırmak ve dış ticaret açığını kapatmak için 1946'da Uluslararası Para Fonu'na üye olabilmek için Türk lirasının değerini düşürmüştür. Türkiye II. Dünya Savaşı'na katılmamasına rağmen savaş sonrasında ekonomik açıdan zor duruma girmiştir. Bu durumu ortadan kaldırmak için IMF'ye üye olmuş ve ABD ile politikalarını genişletmiştir.³⁰

4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

1948 yılında Lahey'de toplanan ve Avrupa Konseyi'nin kurulmasına ön ayak olan Avrupa Kongresi temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği yönündeki iddialara bakarak bir mahkeme kurulmasına karar verildi. 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS'nin 19.maddesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kurulmasını öngörüyordu. Türkiye AİHM'nin yargılama yetkisini 25 Eylül 1989 tarih ve 89/14563 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile tanımıştır.³¹ Mahkemenin çalışma yeri Strazburg'dur. Mahkeme gerekli gördüğü takdirde, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin sınırları içinde herhangi bir yerde çalışabilir. Mahkemenin dili İngilizce ve Fransızcadır. Mahkeme kararları çoğunluk oyuyla alır. Oylarda eşitlik

²⁹ Mehmet Alagöz, 1980 Sonrası Türkiye-IMF İlişkileri Bazı İstikrar Programlarının Türk Ekonomisine Etkisi, s. 24-25.

³⁰ Bahadır Eser, Özlem Demirkıran, Eda Çiçek, II. Dünya Savaşı Sonrasında Türk Siyasetinin Liberalleşmesi Bağlamında Türk-Amerikan İttifakının Ortaya Çıkışı Batı Bloğuna Geçiş, Isparta,2012,s.25.

³¹ Tahir Muratoğlu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü, Elazığ,2016,s.313-314.

bulunması halinde, yeni bir oylama yapılır ve eşitlik bulunması halinde Başkanının oy verdiği taraf çoğunluğu oluşturur.³²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 19.maddesinde düzenlenen şekliyle, sözleşme ve eki protokollerine sözleşmeciler tarafından kabul edilen yükümlülüğe uyulmasını sağlamak için yargısal denetim yapmak üzere kurulan sürekli bir koruma mekanizmasıdır. Sözleşmeye taraf olan her devlet vatandaşı sözleşme hükümlerinin aykırı davrandığını ileri sürerek devlet aleyhine mahkemeye başvurabilir.³³

AİHM'nin amacı, Avrupa kamu düzeninin gerektirdiği insan hakları standartlarını yargı yetkisinde bulunan coğrafyada ulusal-üstü bir seviyeye taşımaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ışığında insan haklarını her şeyin üstünde tutarak, bağımsız yürütmek ve güvence altına almak amaçları arasındadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi anayasal bakımdan “kamu düzeni” tanımını tam anlamıyla vermemektedir. Çünkü kamu düzeni, kamu çıkarı devletten devlete değişmektedir. AİHM'nin en önemli görevi, yetki alanındaki devletlerin, tekrar eden davalarında görünür özellik kazanan yasama, yürütme ve yargı alanındaki devam eden ya da yeni yeni ortaya çıkan sorunlara yardımcı olmaktır.

Mahkeme, insan haklarına saygının yerleşmesi ve insan haklarının korunması için temel olan yapısal dönüşümün öncülüğü görevini üstlenmiştir. Mahkemenin denge unsuru oluşturan konumu, ulusal düzeyde insan hakları kültürünün yerleşmesine dayanak noktası oluşturmaktadır.

Türkiye'ye AİHM'ne bireysel başvuru hakkının tanınması ile Türkiye'den AİHM'sine yoğun başvuru yapılmıştır. AİHM Türkiye hakkında almış olduğu mahkeme kararlarının ortalama %70'ini yerine getirmiştir. Mahkeme kararlarıyla Türkiye Cumhuriyeti'nin kamu düzenine ilişkin alanlarına müdahale etmeye çalışmıştır.³⁴

³² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, Rıfat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara,2016,s.798

³³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı, Ankara,2008,s.7-12.

³⁴ *İtir Aladağ Görentaş, Türkiye'de İnsan Hakları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan, Kocaeli, 2015, s. 63-65.*

4.3. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO):

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), 1919 yılında Versay (Versaille) Anlaşması kapsamında kurulmuştur. ILO'nun görüşü, ülkeler arasındaki sosyal adaletin, barışın ve emeğin insani koşullarda elde edileceği düşüncesidir. Uluslararası çalışma örgütü sekiz temel çalışma standardı belirtmektedir.

Bunlar; örgütlenme özgürlüğü ve örgütlenme hakkı, zorla çalıştırılmanın kaldırılması, iş yerinde ayrımcılığın yasaklanması, iş yerinde kadın ve erkeğin eşit ücret almasıdır. ILO'nun kurulması, hızlı ekonomik büyümeye tepki ve daha geç sanayileşmiş ülkelerde ve onların kolonilerinde uluslararası ticaret ve yatırımın 1. Dünya Savaşı'nın 30 yıl öncesinde genişlemesi çerçevesinde ele alınmaktadır.³⁵

Uluslararası çalışma normları, çalışanların yararının gözetilmesi ve korunması amacıyla, uluslararası düzeyde kabul edilen ilke ve kurallarıdır. Sanayi devriminden başlayıp giderek ivme kazanan uluslararası ticaret, günümüzde küreselleşme boyutuna dönüşmüş olup tüm dünyayı ilgilendiren bir süreç haline gelmiştir.

Ülkelerde ekonomik farklılıklar, çalışma ilişkileri, çalışanların iş yaşamlarında korunmasına yönelik uygulamaların olması, iş gücü maliyetlerine yansıtılmakta ve uluslararası pazarlara sunulan ürün ve hizmet fiyatlarında da farklılıklara yol açarak, uluslararası pazarlarda eşitsizliğe yol açmaktadır.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra, sosyal ve ekonomik adaletsizliklerin dünya barışı için sürekli bir risk oluşturacağı, uluslararası barışın uluslararası adaletin gerçekleşmesi yoluyla sağlanabileceği düşüncesi yaygınlaşmıştır. Uluslararası düzeyde çalışma standartlarının belirlenmesinde Uluslararası Çalışma Örgütü önemli role sahiptir.³⁶

³⁵ Werner Sengenber, *Uluslararası Çalışma Örgütü Amaçları İşlevleri ve Politik Etkileri, İstanbul, 2013, s. 9-13.*

³⁶ Kenan Yıldırım, *Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları, Sakarya, 2011, s.34-35.*

Sonuç

Türkiye’de kamu politikalarının oluşturulmasında sivil, resmi ve uluslararası aktörlerin etkisinin ne derecede önemli olduğunu görmekteyiz. Kamu politikaları ülke içerisinde hangi alanda eksikler varsa (eğitim, sağlık, ekonomik, siyasi vb.) o alandaki politikalara ağırlık verilmektedir.

Ülke yönetimindeki iktidar partisi başta olmak üzere, bürokrasisi, muhalefet partileri, sivil toplum kuruluşlarının ve kamuoyunun kamu politikaları oluşturulmasında hem denetim açısından, hem de politikaların iyi bir şekilde oluşturulması ve uygulanması için büyük katkıları bulunmaktadır.

Kamu politikaları oluşturulurken toplumun bu politikalar hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu görevi kamuoyu ve medya üstlenmekte olup, halkın istek ve taleplerine göre kamu politikaları belirlenmelidir. Kamu politikaları oluşturulmadan önce, ilgili kurum ve kuruluşlar, ülkenin hangi alanlarında eksik olduğunu saha araştırması ve anketlerle analiz etmelidir.

Türkiye’de kamu politikaları oluşturulurken ülke içindeki sivil ve resmi aktörlerin yanında uluslararası aktörlerin de etkisi büyük oranda görülmektedir. Uluslararası alanda bütün dünya devletlerinin onaylamış olduğu birçok anlaşmayı (hukuk, ekonomik) ilgili alanlarda da kendini güvence altına almak için imzalamıştır. Uluslararası aktörlerin Türkiye için ne derece olumlu etkileri olduğu tartışma konusu olmaktadır.

Kaynakça

[1] ALADAĞ GÖRENTAŞ, İtir, “Türkiye’de İnsan Hakları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yarım Asırlık İmtihan”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, KOSBED, 29, Kocaeli, 2015.

[2] ALAGÖZ, Mehmet, 1980 Sonrası Türkiye-İMF İlişkileri Bazı İstikrar Programlarının Türk Ekonomisine Etkisi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1996.

- [3] BABAHANOĞLU, Veysel / ÖRSELLİ, Erhan, *Kamu Politikası Türkiye’de Uyuşturucu İle Mücadelede Uygulanan Politikalar ve Toplumsal Algı*, Çizgi Kitapevi Yayınları, Konya, 2016.
- [4] ÇEVİK, Hasan Hüseyin, “Kamu Politikaları Analizi Çalışmaları Üzerine Türkiye Açısından Değerlendirme”, *Amme İdaresi Cilt 31,Sayı 2*, Ankara, 1998.
- [5] ERYILMAZ, Bilal, “Kamu Bürokrasisinin Denetlenmesinde Yeni Gelişmeler”, *Amme İdaresi Dergisi Cilt 26 Sayı 4*, Ankara, 1993.
- [6] ESER, Bahadır / DEMİRKIRAN, Özlem / ÇİÇEK, Eda, *II. Dünya Savaşı Sonrasında Türk Siyasetinin Liberalleşmesi Bağlamında Türk-Amerikan İttifakının Ortaya Çıkışı Batı Bloğuna Geçiş*, Isparta, 2012.
- [7] EROĞLU, H. Tuba, *Türkiye’de Kamu Politikalarının Oluşturulmasında Uluslararası Aktörlerin Rolü*, Derleyen. YILDIZ, Mete / ZAİD, M. Mehmet, *Kamu Politikaları Kuram ve Uygulama*, 1.Basım, Adres Yayınları, Ankara, 2013.
- [8] PARLAK, Bekir, *Kamu Yönetiminde Yeni Vizyonlar*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- [9] GÜL, Hüseyin, “Kamu Politikası Analizi, Yöntemleri ve Teknikleri”, *Yasama Dergisi*, Süleyman Demirel Üniversitesi, İBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Isparta.
- [10] GÖKSU, Turgut / BİLGİÇ, Veysel K., “Baskı Grupları ve Karar Alma Mekanizmasına Etkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 36 Sayı 2, Ankara, 2003.
- [11] KAVAK, Kubilay, *Kamu Politikalarının Oluşturulması ve Uygulamasında Dış Etkiler; Enerji Sektöre*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2016.
- [12] KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2013.
- [13] KAYA, Ayşegül, *Kamusal Politikaların Ulusal Etkinliğini Yönlendiren Küresel Yapıların Yetki Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yöntemleri*, İzmir, 2017.

- [14] Tahir Muratoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü”, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Elazığ, 2016.
- [15] MIZRAK, Dilan / TEMİZ, Özgür, “Hukuk ve Politika Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:67, Sayı:2, Ankara, 2009.
- [16] ÖZER, Mehmet Akif, “Emek ve Toplum Sosyal Politikaların Belirlenmesinde Karar Verme Süreci ve Bilgi Teknolojilerinin Etkisi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt:4, Yıl:4, Sayı:9 (2015/2), Ankara, 2015.
- [17] ÖZTÜRK, Nazım, *IMF’nin Değişen Rolü ve Gelişmekte Olan Ülke Ekonomilere Etkileri*, Sivas.
- [18] SAKAL, Mustafa, “Siyasal Karar Alma Sürecinde Yeralan Aktörler ve Roller”, D.E.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi Cilt:13, Sayı: I, Yıl:1998.
- [19] SENGENBERG, Werner, *Uluslararası Çalışma Örgütü: Amaçları İşlevleri ve Politik Etkileri*. Friedrich- Ebert- Stiftung Derneği Yayınları, İstanbul, 2013.
- [20] TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKTAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Güncellenmiş 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- [21] YILDIRIM, Kenan, “Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma ve Ülke Uygulamaları”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi Cilt:23, Sayı:4 Mayıs 2011, Sakarya.
- [22] *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuatı*, Ankara Barosu Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2008.

CEZA İNFAZ SİSTEMİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK

Dr. Cengiz APAYDIN*
Hasan KAPLAN**

Öz

Denetimli serbestlik 19.yüzyılın sonlarında Anglosakson ülkesi olan Amerika'da doğmuş, bugün Kıta Avrupa'sı başta olmak üzere dünyanın çeşitli bölgesinde değişik usullerde faaliyette bulunmaktadır. Denetimli serbestlik, insan haklarına saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde aşağılayıcı, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlardan uzak duran bir yaklaşımı benimseyerek ceza adalet sistemimizin vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir. Onarıcı adalet ışığında insan haklarına olan saygının ve cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkması ile başlayan süreçte sadece mağdur üzerinden orantısız cezalandırma anlayışı yıkılmış, toplum odaklı, toplumun daha sağlıklı bireylerle daha iyi korunabilmesi için suçlunun kendisi ve ailesi açısından rehabilite edilerek sosyalleştirilmek suretiyle topluma yeniden kazandırılması amaçlanmıştır. Modern hukukta ceza artık bir öğ alma veya ödettirici işlevlerinden uzaklaşmış, bir eğitim aracı haline dönüştürülmek suretiyle sosyalleşme aracına dönüşmüştür. Son yıllarda insan haklarını önceleyen denetimli serbestlik uygulamaları ceza infaz sisteminde önemli bir noktaya gelmiştir. Denetimli serbestlik, kapsamı ve uygulama alanı genişleten mevzuat değişiklikleri ile birlikte daha çağdaş ve insani olan infaz rejimleri kapsamında elektronik takip sisteminin kullanımının yaygınlaşması, hükümlülerin uzmanlaşmış bir değerlendirmeye tabi tutulmaları, bu değerlendirme neticesinde bireysel ihtiyaçları ve risk durumlarına göre eğitim ve iyileştirme programlarına alınması gibi pek çok uygulama ile denetimli serbestlik etkin, hızlı ve sistematik bir yapıya kavuşmuştur. Etkinliğinin ve uygulama alanının genişlemesi “denetimli serbestlik” sistemini daha güçlü kılmakla birlikte, değerlendirmelerin ve hedeflerin belirlenmesine imkân sunmaktadır. Denetimli serbestlik insan hakları ve barışın gelişmesine hizmet eder.

* Cumhuriyet Savcısı, e-posta: apaydin.cengiz@gmail.com

** İnfaz Koruma Memuru ve İstanbul Aydın Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi, e-posta: hsnkpln34@gmail.com

Çünkü suç toplumsal barışın bozulmasıdır. Sosyalleşmesi için faile bir fırsat verilerek toplumsal barışın yeniden sağlanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Denetimli Serbestlik, Cezaların Bireyselleştirilmesi, Rehberlik Çalışmaları ve Rehabilitasyon, Ceza Soruşturması*

Prison System and Probation

Abstract

Probation aroused in America which is an Anglo-Saxon country, at the end of the 19th century and today it is active in different ways in various regions of the world mainly in continental Europe. Probation has become an indispensable part of our penal system by assimilating an approach that avoids humiliation, degradation, insulting behaviors within the framework of respect for human rights, honesty and stability. In the light of restorative justice, in the process which starts with the personalization of the respect for human rights and punishments, the disproportionate punishment which was only for the victim was brought to an end, and by rehabilitating the offender and his family and by making them socialize in order to protect the society with healthier individuals and regaining them, is aimed. In contemporary law, punishment has now become distant from the functions of revenge or “making someone pay for it”, and has transformed into a tool of social activity by being used as an educational tool. In recent years, the applications of probation which gives priority to human rights have come to an important spot in the penal system. Probation has come together with an effective, fast and systematic structure thanks to many applications such as pervading the usage of electronic tracking system which is more modern and more humanistic, subjecting the convicts to specialized evaluation and regarding these evaluations, taking them in education and improvement programs considering their personal needs and risky circumstances. With the expanding of its activities and the field of its applications, probation system has become stronger and capable of determining the evaluations and goals. Probation serves for the improvement of human rights and peace, for crime is a corruption of social peace. It is aimed to give opportunity to the perpetrator in order for him to socialize and therefore regaining social peace.

Keywords: *Probation, Individualization of Penalties, Guidance and Rehabilitation, Criminal Investigation.*

I. Genel Olarak

Suç, kanuni tipe uygun hukuka aykırı kusurlu eylem demektir. Genel anlamıyla ceza ise, suç karşılığında uygulanan bir yaptırımdır. Ceza, yapılan kötü bir eylemin karşılığıdır. Ceza, suç karşılığında devlet tarafından uygulanan, acı ve ıstırap veren bir yaptırım çeşididir ve toplum düzeni bakımından gereklidir¹. Suç işlendiğinde, suçu işleyen kişiye bir yaptırım uygulanır. Devlet, bireylerinin haklarını korumakla yükümlüdür ve bunun için bireylere ödevler yükler. Kişiler bu yükümlülüğü kendiliğinden yerine getirmese, devlet, bu yükümlülüğü yerine getirmek ve hukuk düzenini sağlamak amacıyla, hukuka aykırı davranışlar karşılığında hapis cezası, para cezası ve güvenlik tedbirleri gibi belirli zorlayıcı önlemler alır. Çünkü hukuk eylemleri ve eylemleri yaptırım haline getiren kurallardan oluşur. Hukuk kuralları da yaptırıma dayalıdır. Yaptırım, hukuk kurallarının verdiği emirlere karşı gelindiğinde kanunlar çerçevesinde bu emirlerin yerine getirilmesi için kullanılan devlet gücüdür².

Ceza, yapılan kötülüğün karşılığı, yani bedeli olduğundan geçmişe, ayrıca önleme fonksiyonu bulunduğu geleceğe yöneliktir. Geleceği koruma altına alır. Cezalar tarihi süreç içinde insancıllaşmış yani toplumların kültür düzeylerine paralel olarak şiddetini kaybetmiştir. Çağdaş ceza hukukunda ceza kanunlarında suç karşılığında öngörülen cezaların şu özelliklere sahip olması gerekir: Ceza, insan onuruyla bağdaşır olmalıdır. Birçok uluslararası sözleşme ile işkence ve insan onurunu kırıcı kötü muamele yasağı kabul edilmiştir. Ceza, kanuni olmalıdır. Kanunla gösterilmeyen keyfi cezalar yaratılmamalıdır. Ceza, kusurun ağırlığıyla orantılı olmalıdır. Ceza, faydacı yani ıslah edici olmalıdır. Ceza, kişisel olmalıdır; suç işlememiş olan kişileri etkilememeli veya kişiler üzerinde doğuracağı yan etkiler en aza indirilmiş olmalıdır. Cezaların uygulanmasında da eşitlik ilkesine uyulmalıdır. Aynı suçu işleyen herkes aynı ceza ile cezalandırılmalıdır. Cezanın bireyselleştirilmesi sonucunda aynı suçu işleyenlere farklı ceza verilmesi, eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilmez. Ceza, bölünebilir ve dolayısıyla adli hata yapıldığının anlaşıldığı hallerde tamir edilebilir olmalıdır. Ceza, ceza muhakemesi sonucunda yargı organları tarafından verilmelidir. Ceza, son çare olmalıdır. Düzeni bozan bir fiil karşısında diğer hukuk dallarının yaptırım türleri yetersiz kaldığında ceza hukuku devreye girmelidir³.

¹ Çınar, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Ankara 2005, s. 6.

² Esener, Turhan: *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Alkım Yayınevi, 1998, s. 127.

³ Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 478.

Suç ve ceza kavramları, insanlığın topluluklar biçiminde yaşamaya başlamasından itibaren tartışılan iki kavramdır. “Suç, cezasız kalmaz.” yargısı, bir dizayn şekli olarak toplumsal düzenin sağlanması açısından ilkel topluluklardan başlayarak günümüz modern toplumlarına kadar geçerliliğini korumaktadır.

Faillerin hapsedilerek özgürlüklerinin bağlanması bir caydırıcılık unsurudur. Bu bakış açısı doğrultusunda ceza infaz kurumlarının artırılması ve bu kurumlarda çalışacak yeni personellerin istihdam edilmesi gerekir. Bu durum beraberinde daha fazla maliyet getirmektedir ancak artan maliyet bu bakış açısının en önemsiz getirisi olacaktır. Mahkûmların sadece özgürlüklerinden mahrum edilmek suretiyle gerçekten rehabilite edilememesi, tahliye sonunda psikolojik ve fizyolojik olarak yıpranmış mahkûmların tekrar toplumsal yaşama uyum sağlayamamaları, ıslah edilememeleri nedeniyle sonuç olarak tekrar suç işlemeleri ve dolayısıyla suç döngüsünün faile ve topluma verdiği zararlar açıktır.

Suç işleyen kişilere insanlık onuruna yakışan yöntemlerle cezalar verilmelidir. İlkel dönemlerde uygulanan “kısasa kısas” anlayışının yansımalarıyla suç işleyen kişiye ağır bedeller ödetmek en az suçun kendisi kadar problemlidir. Bu algı, insan haysiyetini bir kenara bırakan bir yaklaşımı da beraberinde getirmektedir. İnsan haysiyeti ve bireysel haklar Anayasa'nın ve uluslararası sözleşmelerin koruması altındadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca; ‘Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz.’ ve 15/2. maddesi gereğince de bu yasak olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılamaz.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 5. maddesi ile de; hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muameleye tabi tutulamayacağı kabul edilmiştir. İşkence olarak, bir kişiye karşı insan onuru ile bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. İşkence teşkil eden fiiller aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan fiillerdir. Ancak bu fiiller ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç

içinde işlenmektedir. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen işkencenin en önemli özelliği, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, işkencenin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir. Çağdaş hukukun öngördüğü infaz rejimlerini uygulamamak insan onuru ile bağdaşmayan, mahkûmun bedensel ve özellikle ruhsal yönden acı çekmesine neden olan bir durumdur.

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleriyle Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tanımlanan kavram, yükümlünün (şüpheli, sanık ve hükümlü) sosyal yaşamdan uzaklaşmadan cezasını çekebilmesi, bu yolla topluma uyum sağlama yetisinin gelişmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu desteği bir plana ve mahkeme tarafından konulan kurallara uygun biçimde yine mahkeme tarafından belirlenen sınırlı bir sürede almasını amaçlamaktadır⁴.

19.yüzyılda ceza adaletinde yeni bir uygulamanın düşüncesinin kabul edilmesi, entelektüel gelişmeler ve sosyal değişimlerin yoğun bir şekilde yaşandığı bu dönemde tesadüf değildir. Bu dönemde psikoloji, sosyoloji ve felsefe, bir bilim dalı olarak filizlenmeye başlamış; kişilerin yaptıklarını neden yaptıkları, sosyal problemleri ortaya çıkaran sebebin ne olduğu ve bu sorunların nasıl çözülebileceği öğrenilmek istenmiştir. İnsanoğlu her yerde “neden ve nasıl”ı bilmek istemiştir. Hümanizm fikri orta çağ ve öncesinde çok ağır bir şekilde lekelenmişken, bu zamanda ise tüm dünya tarihinde insancılığın ön plana çıktığı, insanın değerli bir varlık olduğuna dair inanç ve insanın kendisine saygı duyulmasının kutsal kitaplardaki öğretilerde de var olduğu, davranış ve hukuk kuralı haline geldiği bir süreç olmuştur⁵.

Denetimli serbestlik sisteminin ilk uygulama örnekleri Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere’de ortaya çıkmış, 19.yy. ortalarından sonra ceza yargılamaları sırasında meydana gelen olaylardan kaynaklı olarak suçlu ve hükümlülerin yarattığı ekonomik durum, zindanlardaki mevcut şartlar ile birlikte suçlu ve hükümlüler üzerindeki etkisi, ıslah edici başka yolların aranması Kıta Avrupa’sı ve Amerika Birleşik Devletleri’nde

⁴ Kubat, Ahmet, A. , *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*. Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 14.

⁵ Yavuz, A Hakan, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi” *Doktora Tezi*, Ankara 2011, s. 10-11.

yeni uygulamaların aranılması yolunu açmıştır. Avrupa ülkelerinde 20.yy. başlarında ceza hukukundaki modern hareketlenmeler, toplumun suç işleyenlere karşı bakış açısı üzerinde devrimci etkisini göstermeye başlamıştır. Ceza hukuku, ortaçağın aksine, suçlu davranışa değil suç işleyen kişilere yönelmiş, suçlunun iyileştirilmesi ve toplumla yeniden entegre olmaları amacıyla önleyici tedbir ve uygulamalara önem vermeye başlamıştır. Denetimli serbestlik sisteminin etki alanı zaman içinde değişim ve gelişim göstermesinin sebebi, toplumda yaşanan sosyal değişimler olmuştur. Ceza hukuku alanındaki modernizasyon hareketlerinin etkisi, yeni gelişen modern önlemlerin denetimli serbestlik kurumu içinde uygulanması biçiminde denetimli serbestlik alanındaki etkisini göstermiştir⁶.

20.yüzyılın ikinci yarısından bu yana, özellikle Avrupa ceza hukukunda ceza kavramının kademeli olarak tersine dönmesine neden oldu. Artık ceza kavramı geleneksel intikam işlevi olarak dikkate alınmamaktadır. Özellikle denetimli serbestlik önlemlerinin ortaya çıkmasıyla yeniden birleşme, yeniden bütünleşme sosyalleşme haline gelmektedir. Bu yeniden sosyalleşme işlevinin çağdaş tanıtımı, kişiselleştirme ilkesine dayanmaktadır⁷.

II: Denetimli Serbestliğin Ortaya Çıkışı ve Cezaların Bireyselleşmesi İlkesi

Cezaların bedel ödetmekten ziyade bir ıslah yani düzeltme ve iyileştirme amacı taşıması bugünkü anlamda olmasa da denetimli serbestlik kavramının doğuşu olarak kabul edilebilir⁸. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde 19.yüzyılda geliştirilen denetimli serbestlik uzun zamandan beri özel olarak bir Anglosakson kurumu olmuştur. Denetimli serbestlik süresinin kaynağı aslında, 1841'de ABD'deki Maassanhatta eyaletinde, ayakkabıcı John Augustus'un 'sarhoşluk' suçlamasıyla yargılanan kişinin denetimli serbestlik süresine tabi tutulmasını Boston mahkemesinden istemiştir. İlk denetimli serbestlik memuru sayılan Augustus, her yıl diğer suçların eşlik etme ve kontrol edilmesini içeren uygulama geliştirir. On

⁶ Ataç, Necati, /Nursal, Selcen, *Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi*, Ankara, 2006, s. 34.

⁷ *Université Pantheon-Assos Paris II (Paris Pantheon-Assos Üniversitesi Hukuk Fakültesi)*, *Master Droit Penol Et Sciences Penales (Ceza Hukuku ve Ceza Bilimleri Yüksek lisans)*, *La Probation De La Genese De La Contrainte Penale (Denetimli Serbestlik ve Cezai Zorlama Oluşumunun Ortaya Çıkışı Yüksek lisans Tezi)*, *Annee Universitaire 2013-2014 (Akademik Yıl 2013-2014)*, s. 8.

⁸ Yavuz, "Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi" *Doktora Tezi*, s.10-11.

yıllık uygulamadan sonra, 1852’de bireyleri nasıl seçtiğini, geçmişlerini ve kişiliğini inceleyerek, genel davranışlarını gözlemlemeyi ve okula gönderilmelerini sağlamayı taahhüt eden bir rapor yayınladı. Bu raporda, dürüst bir kişiliğe ve dürüst bir işe sahip olmadan bahsetmiştir. 1878’de Maashattan eyaleti, Anglosakson baskıcı sistemlerinde bir gözetim kültürün yayılması için başlangıç noktası olan denetimli serbestliğin ilk yasası kabul edilir. Şartlı tahliye yasası Avrupa’da ilk kez Fransa’da şartlı tahliye davası çıkarılmış 14 Ağustos 1885 tarihinde, R. Berenger 26 Mart yasası ile koşullu salıverilme cezanın askıya alınmasını teklif eder.

Tüm bu tedbirler yasalarla tanımlanmış ve bir suçluya karşı açıkça ilan edilmiş olan yaptırımların ve açık uygulamaların uygulanmasına yöneliktir. Faili topluma sosyal olarak yeniden entegre etmeyi, toplum güvenliğine katkıda bulunmayı amaçlayan izleme, danışmanlık ve yardım içeren bir dizi faaliyet ve müdahaleden oluşuyor. Bu nedenle denetimli serbestlik tedbirleri, kendilerine belirli bir yasal kategori verilmemiş olan ceza kanunu olmadan “özel ceza kanunları” içinde seyreltilmiştir⁹.

20.yüzyılın başlarında özellikle Avrupa’da toplumun suç kavramına ve suçluya yönelik algılarında değişiklikler olmaya başlamıştır. Bu değişikliklerde ceza politikalarındaki yenilik hareketleri de etkili olmuştur. Ortaçağ döneminde sadece suçlunun davranışıyla ilgilenen bakış açısı yerini suçlunun rehabilite edilmesine yönelik yaklaşımlara bırakmıştır. Suçlunun rehabilite edilmesi, toplumla yeniden ve güçlü ilişkiler kurabilmesini de içermektedir. Toplumsal yaşamdaki değişiklikler ceza politikalarını da etkilemiştir. Ceza politikalarındaki bu değişiklikler denetimli serbestlik sisteminin oluşmasını ve gelişmesini sağlamıştır¹⁰.

Cezalarda bireyselleştirilmesi ilkesi 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 17 maddesinde de yer almakla birlikte, Fransa’da 1791 yılında hazırlanan ilk ceza yasası ile önemli bir ilke adım atılmıştır. Getirilen yasayla birlikte; özel olarak belirtilmeyen hiçbir eylemin suç kabul edilmeyeceği, yargıçların yasada açıkça ilan edilmediği takdirde hiçbir eylemi suç olarak nitelemeye yetkilerinin olmayacağı, bununla

⁹ *Universite Pantheon-Assos Paris II (Paris Pantheon-Assos Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Master Droit Penol Et Sciences Penales (Ceza Hukuku ve Ceza Bilimleri Yüksek Lisansı), La Probation De La Genese De La Contrainte Penale (Denetimli Serbestlik ve Cezai Zorlama Oluşumunun Ortaya Çıkışı Yüksek lisans Tezi), Annee Universitaire 2013-2014 (Akademik Yıl 2013-2014), s. 18-19.*

¹⁰ *Ataç/ Nursal, s. 34.*

birlikte ceza infaz kurumlarında insanca yaşam koşullarının oluşturulmasını öngörülmüştür. 19.yüzyılın sonlarında seçkin Fransız hukukçu, Raymond Saleilles tarafından bu ilke resmileştirilmiş ve sistematik hale getirilmiştir. Fransa'nın cezaların bireyselleştirilmesi ilkesinin ortaya çıkmasına dayanarak "Cumhuriyetçi Ceza Projesi" olarak tanımladıkları 28 Nisan 1932 tarihli bir kanunda hafifletici koşulların getirilmesi, sanığın kişiliğini veya suçun koşullarını göz önüne alarak, ceza kanunun öngördüğü minimum cezalardan mahrum kalmayı mümkün kılmaktadır. Özellikle birinci dünya savaşının sonunda cezaların kişiselleştirme ilkesi, sosyal savunma teorilerinden etkilenmiştir. İtalyan kriminoloji uzmanları olan Lombroso, Ferri, Garofalo tarafından temsil edilen sosyal savunma teorisi, 19.yüzyılın sonunda belli bir aşamaya gelen, suçlunun cezanın belirleme aşaması olan soyut belirleme anlayışını eleştiriyor. Auguste Comte'nin öğrencileri olan bu üç teorisyen, determinist düşüncelerle suç eyleminin geçişini açıklamışlardır. Bunun bir sonucu olarak, tehlikeli kişiyi cezalandırmayı değil, onu tedavi etmeyi amaçlayan çeşitli yeni mücadele yolları geliştirerek güvenlik tedbirlerinin doğuşunu oluşturmuştur. Ancak, sosyal savunma teorisi için bireyin savunmasından daha az toplumun savunması önemlidir. Teorisyenlere göre, suçlunun toplumdaki hayata adapte olmasına, tamamen kişiselleştirilmesine ve bireysel haklara saygılı olmasına izin verilmelidir. Ahlaki sorumluluk fikrini reddetmemekle birlikte, sosyal savunma teorisi bizi kriminolojik sebepleri, tespit etmek ve tedavi etmek için her bir suçlunun kişiliğini incelemeye davet etmektedir. 20.yüzyılın ikinci yarısında cezaların bireyselleştirilmesi ilkesi yavaş bir şekilde onaylanmaya devam etmesi ile Fransa'da 11 Temmuz 1975 ve 10 Haziran 1983 tarihli yasalar ile hapis cezasına alternatif cezalar getirilerek kişiselleştirme ilkesine yeni bir boyut kazandıracaktır. Ayrıca yeni ceza yasası ile bireyselleştirme ilkesi geliştirilerek ıslah konularında asgari cezalar kaldırılmıştır. Bu nedenle Fransa Ceza Kanunu'nun 132-24. maddesi, "Yasaların öngördüğü sınırlar dâhilinde mahkeme, cezaları ilan eder, kanunun oluşturduğu suçun şartlarına göre suçlunun kişiliğine göre cezayı düzeltir. Mahkeme para cezası verdiğinde, aynı zamanda, suçlunun kaynakları ve suçlamaları da dikkate alınarak, miktarını belirler." 12 Aralık 2005 tarihli yasaya göre, 132-24 maddeye ikinci fıkra eklenmiş fıkra; "açıklanan cezaların niteliği, miktarı ve rejimi, toplumun etkin korunmasını uzlaştırmak için mahkûm olan kişinin cezalandırılması ve mağdurun çıkarları, mahkûm olan kişinin entegrasyonunu veya entegrasyonu teşvik

etmek amacı ile cezalandırılmasını” açıklamıştır. Fransa Anayasa Konseyi, 22 Temmuz 2005 tarihli kararında cezaların bireyselleştirilmesi ilkesini anayasal çerçevede kabul edecektir¹¹.

Günümüzde uygulanan denetimli serbestlik uygulamaları hükümlüyü sosyalleştirmeye ve üretken kılmaya yönelik olarak hapis cezasına alternatif uygulamalardır. Bunlar arasında yer alan, yükümlünün belirli bir yere gitmesine izin verilmemesi ve yine yükümlünün kontrol altında tutulmasıyla arasında ortak yönler bulunmaktadır. Ancak bu uygulamalarda denetimli serbestliğin kökeni, bir denetim memurunca denetlenme ve bu doğrultuda belirli sorumlulukları gerçekleştirme benzeri görev tanımları yer almamaktadır.

2004 tarihinde ülkemizde onaylanan TCK ile aynı doğrultuda CMK ve CGTİHK, 2005 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Söz konusu değişiklikler, daha önce uygulanan yasalardan tamamen farklı değildir. 2005 yılında, uygulanmaya başlayan kanun yaptırım kavramını “cezalar” ve “güvenlik tedbirleri” olarak iki başlıkta toplamaktadır.

Ceza infaz sistemimize yeni müesseseleri dâhil eden değişiklikler özellikle kısa süreli hapis cezalarının alternatifi olarak tasarlanmıştır. Daha önce suç işlememiş ve kimi özelliklere haiz bazı hükümlülere yeni bir olanak sunmayı amaçlayan bu uygulamalar söz konusu hükümlünün, verilen hükümleri, kamsal ceza ve tedbirler şeklinde toplum yaşamından uzaklaşmadan çekmesi sağlamaktadır¹².

Ceza infaz sistemimizdeki değişiklikler şu şekilde sınıflanabilir: Tutuklama cezasının ikamesi adli kontrol tedbirleri, kısa vadeli tutuklama kararının ikamesi alternatif müeyyideler, tecil edilen tutukluluk ceza hükmü, tecil edilen kamu davası başlatılma hükmü, ertelenen hüküm açıklanma kararı, uzlaşma, etkin pişmanlık, koşullu salıverilme, mükerrer suçlular ile özel tehlikeli mahkûmlar için denetimli serbestlik ve hapis cezasının konutta infaz edilmesidir.

¹¹ *Universite Pantheon-Assos Paris II (Paris Pantheon-Assos Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Master Droit Penol Et Sciences Penales (Ceza Hukuku ve Ceza Bilimleri Yüksek Lisansı), La Probation De La Genese De La Contrainte Penale (Denetimli Serbestlik ve Cezai Zorlama Oluşumunun Ortaya Çıkışı Yüksek lisans Tezi), Annee Universitaire 2013-2014 (Akademik Yıl 2013-2014), s. 9-11.*

¹² *Usta, İbrahim/Öztürk, Hakan, “Denetimli Serbestlik”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 2010, S: 13, s. 7-46.*

Denetimli serbestlik kavramı, kapsamındaki denetimli serbestlik kurumunun suça uygulanacak müeyyide ya da tedbirin ceza infaz kurumu haricinde, sosyal yaşam içerisinde gerçekleştirilmesine ilişkin esasları düzenleyen ve uygulayan bir sistemdir. Türkiye’de, denetimli serbestlik sisteminin kapsamı 5 düzeyde tanımlanabilir; infaz aşamasındaki tedbirler, yaptırımlar, madde bağımlıların tedavisi, sanıklar hakkında raporların hazırlanması ve rehberlik ve yardım hizmetleridir.

III. Denetimli Serbestlik Sistemi

1. Cumhuriyet Öncesi Dönem:

Denetimli serbestlik kavramının Türk hukuk tarihindeki ilk izleri, Tanzimat dönemi ceza kanunnamelerine dek uzanmaktadır. Bahsi geçen bu kanunname düzenlemelerinden evvel, Osmanlı Devleti döneminde tanınan “şahsa kefalet” düzenlemesinden bahsedilmesi yerinde olacaktır¹³.

Avrupa’da denetimli serbestlik kavramının hazırlayıcılarından biri “kefalet” sistemidir. Şüphelinin ya da sanığın yapılacak yargılamaya veya daha önceden belirlenmiş başka bir yere getirileceğine dair sorumluluk üstlenmeyi ifade eden “kefalet” sistemi Cumhuriyet öncesinde Osmanlı Devleti’nde de uygulanmaktaydı.

Kişiyke kefalet olarak adlandırılan bu uygulamada kefil, şüpheli ya da sanığın mahkemeye getirilmesinden sorumluydu, bu sorumluluğun yerine getirilmemesi de başlı başına bir cezalandırma nedeniydi¹⁴.

Şahsa kefalette kefil, öncelikle şüpheli veya sanığı mahkemeye teslimden sorumluydu. Eğer kefil bu sorumluluğu yerine getirmez ve kusurlu bulunursa hapsedilebilmekteydi¹⁵.

Şahsa kefalet, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda tanımlanan yapılan güvenceyle salıverme adli kontrol yöntemlerinden biridir. Osmanlı Devleti zamanında uygulanan kişiyke yönelik kefalet sistemi yürürlükte bulunan bu yöntemle ortak yönler içerdiği gibi günümüzdeki bu uygulamadan farklı yönler de taşımaktadır.

¹³ Yavuz, Hakan, *Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci*. TBB Dergisi (100). http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-100-1190.pdf, 22.05.2019

¹⁴ Uysal, Osman, “XIX. Yüzyılda Osmanlı’da İç güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi”, *Balikesir Üniv. F.E.F. Karesi Tarih Kulübü Bülteni*, 2007/1, (Erişim) http://karesitarih.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzuil_kefalet.pdf, 11.01.2011, s. 4vd.

¹⁵ Uysal, a.g.m., s. 4.

Kişiye yönelik kefalette, sanığın ya da şüphelinin kefil tarafından kontrol edilmesi söz konusudur. Bu özelliğiyle denetimli serbestlik sistemiyle bir benzerlik taşımaktadır. Elbette söz konusu kefalet sistemi resmi görevliler tarafından uygulanmamaktaydı, denetimli serbestlik sisteminin temelinde ise devlet görevlilerin yaptığı denetim ve gözetimler bulunmaktadır¹⁶. Cumhuriyet öncesi dönemde Tanzimat Dönemi süresince 1256, 1267 ve 1274 tarihli ceza kanunnamelerinde günümüz denetimli serbestlik uygulamalarıyla benzeşen üç farklı müeyyide olduğu görülmektedir. Bunlar; Nefy cezası, zaptiye nezareti altında bulundurulmak cezası ve kalebentlik cezasıdır.

Nefy Cezası: Her üç ceza kanunnamesinde de bulunan ve sürgün etme, dışlama, başka bir yerde ikamete mecbur etme anlamına gelen¹⁷ “nefy” kelimesiyle ifade edilen bu cezada mahkûmun yaşadığı yerden başka bir yere gönderilmesini ifade etmektedir. Mahkûm mahkeme tarafından belirlenen yerde yaşamak zorundadır, söz konusu yeri terk etmesi mümkün değildir.

Nefy cezasına çarptırılan kişiler belirli bir süre için sürgün edilebileceği gibi, ömür boyu da bu cezaya çarptırılabilirler. Nefy cezasının en önemli özelliklerinden biri mahkûmların mal varlıklarına el konulmamasıdır.

Kişisel özgürlüğün sadece yaşanacak yerin tayin edilmesiyle kısıtlandığı, bunun dışında mahkûmun ailesiyle yaşamasına, istediği işte çalışmasına izin veren bu cezada mahkûmlara uygulanan başka yaptırımlar bulunmamaktadır¹⁸.

Zaptiye Nezareti Altında Bulundurulmak Cezası: 1274 yılında yayımlanan kanunnameyle düzenlenen bu ceza asıl ceza ya da asıl cezaya ek olarak verilebilmektedir. Söz konusu ceza kişilerin tekrar suç işlemesinin önlenmesi amacıyla kolluk kuvvetleri tarafından denetlenmesini içermektedir. Devlet tarafından kendisine yasaklanan yerlerde ikamet edemeyen mahkûmlar kendilerine belirtilen yerlerde ikamet etme hakkına

¹⁶ Yavuz, s. 319.

¹⁷ Doğan, D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul 2001, s. 99; ayrıca bkz: *Etimolojik Sözlük*, (Erişim) <http://www.nisanyansozluk.com/search.asp?w=nefy>; 22.05.2019

¹⁸ Gökçen, *Ahmet Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1989, s. 66.

sahiptir. Yükümlülüklerini yerine getirmeyen mahkûmlar bu nedenle bir yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir¹⁹.

Kalebentlik Cezası: Mahkûmun devletin belirlediği kalelerin birince hapsedilmesi anlamına gelen bu ceza 1274 tarihli kanunnameye yer almaktadır. Bu ceza belirli sınırlı süreler için uygulanabileceği gibi ömür boyunca da sürebilmektedir. Mahkûm suç tasdik olduktan sonra belirlenen kaleye gönderilmektedir.

Kaleden çıkması yasak olan mahkûm kale içinde özgür şekilde hareket edebilmektedir²⁰.

Günümüzde uygulanan denetimli serbestlik uygulamaları hapis cezasına alternatif uygulamalardır. Bunlar arasında yer alan yükümlünün belirli bir yere gitmesine izin verilmemesi ve yine yükümlünün kontrol altında tutulmasıyla kalebentlik arasında ortak yönler bulunmaktadır. Ancak bu uygulamalarda denetimli serbestliğin kökeni, bir denetim memurunca denetlenme ve bu doğrultuda belirli sorumlulukları gerçekleştirme benzeri görev tanımları yer almamaktadır.

Osmanlı Devleti'nde yardım kuruluşlarının bir kısmı, mahkûm ailelerine ve mahkûmlara yardım etmektedir. Bu yardımlar yaptırımın uygulanması esnasında olabileceği gibi, tahliye sonrasında da yapılabilmektedir²¹.

2. Cumhuriyet Dönemi:

Osmanlı ceza kanunnamelerinde olduğu gibi değişen kanuna (5237 s.) kadar uygulanan kanunlarda da (756- 647-2253 sayılı) bütün özellikleriyle probation sistemine yakın bir kavram bulunmama ile birlikte benzer nitelikleri barındıran düzenlemelerin geçerli olduğu ortadadır²². Bu başlık altında, bahsedilen üç kanun beraberinde 2005 yılında 5237 sayılı TCK ve ilgili kanunların yürürlüğe girmesi evvelinde düzenlenen konuyla ilgili TCK tasarılarına da yer verilecektir.

¹⁹ Gökçen, s. 15.

²⁰ Gökçen, s. 55.

²¹ Nursal, Necati, *Adalet Bakanlığınca Gerçekleştirilen Denetimli Serbestlik Konulu Seminerde Sunulan Tebliğ, Gayri Resmi Metin, Aralık 2005, s. 6.*

²² Gölcüklü, Feyyaz, *Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığınca Yayınlanan E. Dergi, S:4, Nisan 2008, s. 39.*

3. 765 Sayılı Kanun:

Cumhuriyet'in ilanı sonrasında 1926 yılında yayımlanarak uygulanılmaya başlanılan 765 sayılı TCK'da denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerine benzeyen ilgili hükümler söz konusuydu. 765 sayılı TCK'da modern ceza hukuku uygulamalarındaki denetimli serbestlik sisteminin uygulamalarına benzeyen müeyyideler aşağıdaki gibidir²³.

Sürgün cezası, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri, uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri, dilenciler için “boğaz tokluğuna çalışma” yaptırımlarıdır.

1) *Sürgün cezası*: 18. maddede şartları belirtilen “sürgün cezası” mahkûmun suç işlediği yerden dolayısıyla da suçun mağdurundan uzakta başka bir yere gönderilmesi ve zorunlu olarak burada yaşamasıdır.

13 Temmuz 1965 tarih ve 647/Geçici 2. maddesi ile yürürlükten kaldırılan bu ceza, süreklilik arz edebileceği gibi geçici bir süreyi de kapsayabilirdi²⁴. Söz konusu bu uygulama 13/07/1965 tarih ve 647/Geçici 2. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2) *Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri*: Bu uygulama, asıl hapis cezasının infazı sonrasında uygulanabileceği gibi cezanın azaltılması ya da affedilmesi durumunda hapis cezasına ikame olarak uygulanabilir²⁵.

Mahkûma, kendisiyle ilgili hükmolunan yaptırım dışında haricinde ek bir yaptırım verilebiliyordu. Bu ek yaptırım bir üç yıl arası gözetim önlemi olarak uygulanıyordu. Bu uygulamada hükümlü yaşamak istediği yeri kendisi belirleme hakkına sahipti. Yaşamak istediği yeri on beş gün içinde yetkili makamlara bildiren mahkûm ayrıca kendisine yapılan uyarılara da uymak zorundaydı. Bu uygulamada gerekli görüldüğü takdirde hükümlünün bazı yerlere gitmesi kısıtlanabiliyordu²⁶. İlgili ceza ve tedbiri

²³ Yavuz, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi Doktora Tezi, Ankara, s.155.

²⁴ Kamer, Saadet, “Denetimli Serbestlik Sistemi İçinde Kamu Yararına Çalışma”, Ankara 2012, s. 23-24.

²⁵ avuz, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi”, Doktora Tezi, Ankara, s. 156.

²⁶ Kamer, s. 24.

15.04.1987 tarih ve 3352 sayılı “Emniyeti Umumiye İdaresinin Nezareti Altında Bulundurulma Ceza ve Tedbirlerinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun” ile geçerliliğini kaybetmiştir²⁷.

3) *Uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri*; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 404. maddesi istençli olan kişilerle ilgilidir. Bu maddeye göre bağımlıların tedavi edilmesi gerekmektedir. Bu tedavinin bir hastanede ya da başka bir sağlık kurumunda yapılması kanun tarafından öngörülmüştür. Bu madde 1926 yılından 1991 yılına kadar birçok düzenlemeyle ihtiva değiştirmiştir. Bu değişikliklerden bazıları şunlardır:

- 1933 yılında gerçekleştirilen hukuki düzenlemeyle bağımlı kişinin minimum 6 ay süreyle bir sağlık kuruluşunda sağaltım göreceği ve bu sürede tutuklu kalacağı belirtilmiştir.
- 1942 yılında gerçekleştirilen hukuki düzenlemeyle tedbirin sınırsız bir süre için uygulanabilir hâle gelmesi sağlanmıştır.
- 1991 yılında ise uyuşturucu madde kullanan bireylere soruşturma başlamadan önce resmi kurumlara başvurabilme hakkı verilmiştir. Bu haktan yararlanıp başvuru yapan kişilere yönelik uyuşturucu kullanma suçundan kovuşturmanın gerçekleştirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bu uygulama denetimli serbestlik sisteminde de bulunan tedavi altına alınma uygulamasıyla benzerlik taşımaktadır. Ancak söz konusu uygulama denetimli serbestlik memuru tarafından da takip edilmeyi içermemektedir²⁸.

Uyarıcı madde alım ve satışını yapan bireylere ilişkin “emniyeti umumiye idaresinin nezareti” altında bulundurulmak kaydıyla yerinden sürme cezası hükme bağlanabiliyordu. 403. maddeye göre uyuşturucu madde kullanan mükerrer hakkında kolluk bulunan yerlerde “umumiye nezareti altında bulundurulmak tedbiri” ile “sürgün cezası”, ayrıca 404. maddesine göre uyuşturucu kullanan bireyin düşkünlük seviyesine erişmesi durumunda iyi olma belirtileri gösterinceye dek “sağlık kurumunda muhafaza ve tedavisi” karara bağlanabiliyordu. Ayrıca meslek üyesi bireylerce bu suç fiilinin gerçekleşmesi halinde “meslekten yasaklanma tedbirine” ilişkin karar çıkabiliyordu²⁹.

²⁷ Yavuz, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi”, *Doktora Tezi, Ankara, s. 156-157.*

²⁸ Yavuz, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi”, *Doktora Tezi, Ankara, s. 156.*

²⁹ Kamer, s. 24.

4) *Alkol bağımlıları hakkındaki güvenlik tedbirleri*: TCK'nin 765 sayılı sürümünün 573. maddesinde, 572. madde sebebiyle alkol bağımlısı olan bireylere ilişkin sunulan ağır olmayan hapis cezaları beraberinde söz konusu bireylerin bağımlılık tutumları sona erinceye dek bir sağlık kurumunda rehabilite edilecekleri ifade edilmiştir. Kanununun 573. maddesinde 2 Haziran 1941 tarih ve 4055 sayılı kanununun 1. maddesi ile kanununun 572. maddesinde ise 9 Temmuz 1953 tarih ve 6123 sayılı kanununun 1. maddesi ile yasal değişiklikler yapılmıştır. Bu tedbir, 765 sayılı yasa kaldırılıncaya kadar uygulanılmıştır³⁰.

5) *Dilenciler için “boğaz tokluğuna çalışma” tedbiri*: Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği zaman 544. maddede düzenlenen kabahat formundaki “dilencilik” eyleminin örneği olan, bu bireylerin 1 haftadan 1 aya kadar özel idare ve belediye faaliyetlerinde, ücret almadan çalıştırılması, tekrarlanması durumundaysa, çalışma süresinin arttırılarak 15 günden 2 aya dek uygulanacağı ifade edilmiştir. 9 Temmuz 1953 tarih ve 6123 sayılı kanununun 1. maddesi ile çalışma sorumluluğu ağır sayılmayacak para cezasına çevrilmiştir³¹.

647 sayılı kanundan evvel değinildiği üzere TCK'nın 765 sayılı sürümünde anlaşıldığı üzere cezalar dışında emniyet önlemlerine, “yaptırım” ya da “önlem” kapsamında aşırı kısıtlı olarak değinilmiş, kısa dönemli hapis cezalarına seçenek formunda karara varılabilecek müeyyidelere değinilmemiştir.

Nitekim kısa vadeli özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların, hükümlülerin ıslahına ilişkin pozitif yararı olmadığı ve cezaevi popülasyonundaki yoğunluğu negatif açıdan etkiledikleri sebebiyle 1965 yılındaki ve 647 sayılı Cezaların İnfazına ilişkin yasada gerçekleştirilen yenilik ile 4. madde içeriğinde ağır hapis haricindeki kısa vadeli özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların mahkeme nazarında bazı hapis harici ceza ya da önlemlere dönüştürülebilmesi görüşü hâkimdi³².

³⁰ Yavuz , “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi”, Doktora Tezi, Ankara, s. 160.

³¹ Yavuz, “Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi”, Doktora Tezi, Ankara, s. 160.

³² TBMM, Dönem 1, Toplantı 4, Sıra Sayısı 982, Adalet Komisyonu Raporu, 18.05.1965, s. 5'den akt: Hakan, Yavuz (2012). Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci. TBB Dergisi (100). http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-100-1190.pdf, (erişim tarihi: 22.05.2019).

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'da; günümüz denetimli serbestlik sisteminin önemli kısmını meydana getiren; hapis cezasına fırsat vermeyecek önlemler, konutta infaz ve hapis cezasının tercih edilerek infaz biçimleri benzeri düzenlemeler bulunmuştur denilmektedir³³.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun düzenleniş biçimi ve yasanın meydana geldiği süreçteki durum ve kriter analiz ettiğinde modern denetimli serbestlik sisteminin temelini 647 sayılı yasa geçerli olduğunu kabullenmek zorunludur. Aksi halde denetimli serbestlik ve yardım hizmetlerinin mevcudiyeti yok sayılacaktır³⁴.

4. 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun:

1979 tarih ve 2253 sayılı kanunun 10. maddesinde “küçüklere uygulanacak tedbirler” başlığı altında düzenlenen tedbirler, yaşları sebebiyle kendilerine hapis cezası uygulanamayan çocuklar hakkında uygulanabilen koruyucu ve destekleyici tedbirler mahiyetinde olup yaptırım niteliğinde değildir. Kanunun 17. maddesinde düzenlenen “gözetici veya bakıp gözetmeyi üzerine alan kimse”, modern anlamda kabul edilen denetimli serbestlik ve yardım hizmetleri personeli kapsamındadır. 29. madde de belirtilen “gözetim” kavramıysa modern anlamda uygulanan denetim ve koruma faaliyetidir, 30. maddesinde revize edilmiş olan “sosyal araştırma”, meri yürürlükte geçerli olan ve mahkemelere hükme bağlamada destek olan “sosyal araştırma raporu” nazarındadır³⁵. Özetle, ilgili kanun uyarınca denetimin tedbir maksatlı iki çeşit ek türü söz konusudur. Bahsedilen ilk tür ceza aksine tedbir özelliğindeki denetim iken ikincisi ise hapis cezasının şartlı şekilde ertelenmesi ile beraber deneme kapsamında yine anlaşılan tedbir formundaki, yasanın açıklamasıyla “gözetim”dir³⁶.

Yasa'nın 30. maddesi uyarınca denetim faaliyetinin, Adalet Bakanlığı'nca çocuk mahkemelerine görevlendirilen sosyal hizmet uzmanı ya da yardımcısı, pedagog, psikolog, psikiyatrlarca idare edilmesi üzerine anlaşılmıştır. Yasanın 17. maddesi uyarınca revize edilen “gözetici veya

³³ Kamer, s. 24.

³⁴ Yavuz, *Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci*. TBB Dergisi, s. 329-332.

³⁵ Yavuz, “*Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi*” Doktora Tezi, Ankara, s. 160.

³⁶ Ataç, Selcen, *Probasyon Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004*. s. 65; Sevik, Handan Yokuş, *Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, İstanbul 1998, s. 119.

bakıp gözetmeyi üzerine alan kimse”, çağdaş yapıda denetimli serbestlik memuru statüsündedir. 29. maddede yer alan “gözetim” ise çağdaş yapıda denetim ve koruma eylemleri olup, 30. maddede revize edilen “sosyal araştırma”, mevzuattaki düzenlemede kabul edilen “sosyal araştırma raporu”yla eşleşmektedir. Nitekim söz konusu rapor, yalnızca çocuğun sosyal halini ve öncesini incelemekle kalmamakta, eş zamanlı olarak ruhsal ve psikolojik haline ilişkinde bilgi sağlamaktadır³⁷.

2253 sayılı yasadaki revizeler makro ölçekte değerlendirildiğinde, mukayeseli hukuktaki misallerinde 20.yüzyıl başlarında oluşturulup yürürlükte bulunan birtakım hususların uygulama çabasının hâkim olduğu görülmektedir. Fakat söz konusu müesseselerin verimli biçimde gerçekleştirilmesini mümkün kılacak bir kurumsallaşma yoluna başvurulmaması ve çocuklara ilişkin anlaşılan kısıtlı sayıdaki önlemlerin pratikte umulduğu biçimde sonuçlar sunmaması sebebiyle, çağdaş denetimli serbestlik misalleriyle benzerlik gösteren bu düzenlemelerin ceza adalet sistemine gereğince fayda sunmadığı ortadadır³⁸.

Sistem sadece verilen hükme ek olarak uygulanan yaptırımları içermez. Sistem; yasama, yargı, kolluk kuvvetleri, ceza infaz kurumları ve ilgili sosyal hizmet kuruluşlarını içeren bütünleşik ve bütünleştirici bir yapıdır. Toplumun en ciddi olarak kabul ettiği suçların failleri sistemin uygulandığı hemen hemen bütün ülkelerde, denetimli serbestlikten yararlanamamaktadır. Sistemin etkin biçimde uygulanabilmesi kanunlar dışında iletişim stratejilerine de bağlıdır. Konuyla ilgili tüm paydaşlara doğru ve net bilgilerin verilmesi, bir girdi oluşturmak için halkla ilişkiler ve sürece bağlılık denetim ve iyileştirme mekanizmalarının amacına uygun işlemesine destek olmaktadır.

Denetimli serbestlik hizmetlerinin esas prensiplerinden 5402 Sayılı Denetimli Serbestlik Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu DSYMKKK(m. 4) ve DSYMKKY (m. 5) bahsedilmiştir. Uygulamada görev alan personel; saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdür. Uygulamada görev alanlar, uygulamadan yükümlülere insan onuruna aykırı şekilde davranamaz. Mağdur, şüpheli, sanık, hükümlü ve aileleri hakkında edinilen bilgiler gizlidir, aynı şekilde

³⁷ Nursal/Ataç, s. 287.

³⁸ Yavuz, *Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci*. TBB Dergisi, s. 332.

oluşturulan raporların da gizliliğinin sağlanması gerekmektedir. Bu bilgiler kanunda açıklanan ve belirlenen durumlar dışında hiçbir kurum veya kişiyle paylaşılamaz. Uygulamada görev alanlar soruşturmanın gizliliğine ve tarafsızlığına zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Denetimli serbestlik uygulamalarında çocuğun yüksek yararı göz önünde bulundurulur.

Denetimli serbestlik sisteminin kapsamı bir diğer deyişle faaliyet alanını oluşturan hizmetler; İnfaz hizmetleri, madde bağımlılarının tedavi hizmetleri, hizmetler kapsamında düzenlenen raporlar ve rehberlik ve yardım hizmetleri olarak dört başlıkta toplanabilir.

Denetimli serbestlik kurumunun amaçları şunlardır: Yükümlülerle bireysel görüşmeler yapmak ve grup çalışmalarını yürütmek, yükümlülerin boş zamanlarının yapılandırılmasına yönelik eğitsel ve sosyal çalışmaları diğer kurumlarla iş birliği içinde yürütmek, yükümlülerin iyileştirilme süreçlerini izlemek ve yükümlünün durumu hakkında vaka sorumlusunu sözlü ya da gerektiğinde yazılı olarak bilgilendirmek, sosyal araştırma raporu hazırlamak, gerektiğinde hizmetler listesinin oluşturulmasında görev almak, yükümlülerin risk ve ihtiyaçlarının değerlendirilmesi ile denetim planlarının hazırlanmasında danışmanlık yapmak, değerlendirme ve planlamanın uygunluğunu kontrol etmek ve gerektiğinde değerlendirme ve planlama yapmak, yükümlülerin iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması ile mağdurların desteklenmesine yönelik projeler hazırlamak ve yürütmek, iyileştirilme çalışmalarına esas olmak üzere, denetim altındaki hükümlülerle ev, okul veya iş yerinde özel hayatın gizliliğine dikkat ederek görüşmeler yapmak, koruma kurulları çalışmaları kapsamında, gerektiğinde denetimli serbestlik memuru ile birlikte ev ve iş yeri ziyaretlerine gitmek suretiyle failleri eğiterek sosyalleştirmektir. Böylece failler tüketen değil üreten hale gelerek topluma hizmet etmeye başlayacaklardır. Ayrıca ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlüler ile suç mağdurlarına rehberlik hizmeti vermek ve müdahale programları uygulamak da denetimli serbestliğin öncelikli amaçlarındandır.

Denetimli serbestlik uygulamalarında hükümlü denetimli serbestlik yasası ile getirilen ve yukarıda belirttiğimiz şartlara uygun davranacağını beyan etmektedir. Bu taahhüt nedeniyle tahliye edilen hükümlünün bu taahhüdü

yerine getirmemesi denetimli serbestliği ortadan kaldırır ve hükümlü tekrar cezaevine alınır.

Hükümlü tahliye olduktan sonra üç gün içinde Denetimli Serbestlik Müdürlüğü'ne başvurmalı ve hakkındaki tedbire uygun programa katılmalıdır. Bu kurula uymayan hükümlüler denetimli serbestlik yasasını ihlal ettikleri için tekrar cezaevine girer. Hükümlünün kendi isteğiyle denetimli serbestlikten vazgeçme hakkı vardır. Bu durumda da hükümlü cezaevine tekrar girer. Adli para cezası ödenmezse hükümlü önce kamuya yararlı bir işte çalışmaya davet edilir, kamuya yararlı işte çalışma şartı da hükümlü tarafından yerine getirilmezse adli para cezası hapis cezasına çevrilir. Adli para cezası ödenmediği için hapis cezasına çevrilirse suçlu hakkında denetimli serbestlik kanunu hükümleri uygulanamaz. Denetimli serbestlik hükümlünün imzaya gitmemesi serbestlik kuralının ihlalidir. Üst üste iki kez imza ihlali yapanların denetimli serbestlik kararı geri alınır.

IV. Denetimli Serbestliđe Tabi Olanların Hakları

Denetimli serbestlik uygulama şekli, hukuki yargılamalar nihayetinde suçlu hükmü verilen kişiye ilişkin ceza hükümlerinin ileriye bırakılması ve kişiye tutuklama yerine sosyal yapı bünyesinde denetim süresi sunulması şeklinde sürdürölmektedir³⁹. Bu tanımdan hareketle denetimli serbestlik kapsamında hükümlünün birtakım hakları söz konusudur. Bunlar;⁴⁰ kamu hizmetlerinde çalışmayı reddetme hakkı, yapılan işe karşılık ücret alınmaması şeklinde sürdürölen kamu hizmeti çalışma hakkının hükümlü tarafından reddedilmesidir. Buna göre kişiye karşı dayatılan kamu hizmetlerinde çalışma hakkı hükümlünün reddetme hakkını saklı tutmaktadır. Cezaevinde çalışma talebi, hükümlünün normal işçi gibi görünmesini engellemektedir. Nitekim bu hak kapsamında hükümlü işçiden hem daha düşük ücret alacak hem de işsiz kalan işçi haklarına tabi olamayacaktır. Mahkemeden rehabilitasyon talep etme hakkı, cezanın veya denetimli serbestlik tedbirinin bitmesinden evvel talep edilebilecek hak türüdür. rehabilitasyon hakkı, denetimli serbestliğin doğuşundan itibaren temel düzeyde sağladığı haklardır. Bu kapsamda rehabilite hizmeti veya ceza uygulamasının erken bitirilmesi durumu da bu hakkı sunmaktadır.

³⁹ Türkmen, Metin, Modernleşme ve Hukuk: Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Doğu Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 47.

⁴⁰ Nursal /Ataç, s. 34-137.

V. Ceza İnfaz Sisteminde Denetimli Serbestlik

Faillerin ıslah edilmesi, ceza ve tedbirlerin kitlesel değil bireyselleşmesi yolunda atılan en etkili adımlardan biri denetimli serbestliktir. Denetimli serbestliğin uygulama alanının günümüzde oldukça genişlediği görülmektedir. Sanık veya hükümlüye, sosyal çevreyle bağını koparmadan cezasını çekme şansı veren denetimli serbestlik uygulamaları aynı zamanda toplumu da ıslah etme sürecinin etkin bir parçası hâline getirmektedir. Denetimli serbestlik bir yandan yükümlünün yakından takip edilmesini ve denetlenmesini sağlarken bir yandan da yükümlünün iyileştirilmesi sürecinde ihtiyaç duyduğu rehberlik çalışmalarına ulaşmasına imkân sağlamaktadır⁴¹.

Faili iyileştirmek, suç işleme yönündeki cezanın bireysel caydırıcılığını artırarak suçun azalmasını sağlamak günümüzde hapis cezalarının alternatifi hâline gelmektedir. Bu durumda hapishanelerin koşulları ve hükümlüleri rehabilite etmedeki başarısızlıkları da etkili olmuştur. Denetimli serbestlik uygulamaları toplumsal huzur ve barış ortamının sağlanmasında, adalet duygusunun gelişmesinde önemli bir rol üstlenmektedir. Toplumsal yapının güçlenmesini sağlayan bu uygulama ceza adalet sistemi içinde de önemli görevler üstlenmektedir. Denetimli serbestlik uygulamaları bir yandan suçun cezasının çekilmesini sağlarken bir yandan da suçlunun topluma entegrasyonunun sağlanması açısından sosyal ve psikolojik yardım almasını sağlamaktadır. Bu yolla suçlu, tahliye sonrası topluma hızlı, etkin ve sağlıklı bir şekilde uyum sağlayabilmektedir.

Hükümlülerin birincil derece yakınlarıyla iletişimlerini devam ettirip iyileştirmeleri, eş doğrultuda toplumsal bütünleşme hususundaki güçlükleri aşabilmeleri amacıyla hükümlü yakınlarına destek sağlayan ve mağdur-suçlu uzlaşmalarını da destek olan denetimli serbestlik uygulamaları saydığımız bu özellikleriyle modern ceza infaz sistemlerinin verimli hâle gelmesine yardımcı olmaktadır. Denetimli serbestlik uygulamaları ilk ortaya çıktığında bir yaptırımdan daha çok yardımcı bir unsur olarak algılanmıştır. Zamanla ceza infaz süreçlerinin tamamında kullanılmaya başlamıştır. Karşılaştırmalı hukuk örnekleri denetimli serbestliğin hapis cezasına alternatif olarak ortaya çıktığını göstermektedir. Denetimli serbestlik tedbirlerine uyulmamasının yaptırımı ise özgürlüğün kısıtlanması, yani hapis cezasıdır.

⁴¹ *Nursal /Ataç, s. 34.*

Suçlular, mağdur bireyler ve toplumun bir anlaşmazlıkta onarıcı adalet algısına göre adaleti sağlamada söz hakları bulunmaktadır. Adaleti dağıtmak yalnızca devlete tanınmış bir görev ve hak olamaz. Buna göre onarıcı adalet algısı, adil bir ortamın sağlanabilmesini ancak adalet sürecinde her tarafın gönülden iştirakiyle ve suçlunun hatasını veya sorumluluğunu kabullenerek adım atması esasıyla ilişkilendirir. Onarıcı adalet, temelde suçun meydana getirdiği zararların giderilmesi ve yaraların iyileştirilmesi için gerçek bir toplumsal barışın gerekliliği üzerinde durur⁴².

Sonuç

Cezalandırma yöntemi olarak hapsetme, son yüzyıla kadar temel cezalandırma yöntemi iken, modern ceza hukukunun gelişmesiyle denetimli serbestlik insani bir infaz şekli olarak son yıllarda modern hukukun ilgisini çekmiştir. Ceza adalet sisteminin amacı sadece maddi gerçeği ortaya çıkararak suçluyu cezalandırmak değil, aynı zamanda suçun sosyal, ekonomik ve psikolojik sebeplerini de ortaya çıkararak insanı ve toplumu korumak için, masumiyetin kaynağı olan insanı merkeze almak suretiyle faili ıslah ederek suçun etkilerine ilişkin farkındalığı arttırmak amacıyla denetimli serbestliği etkinleştirmelidir.

Denetimli serbestlik uygulamalarının hem fail hem de mağduru da kapsayan uygulamaları kapsamında, mağdurun zararını gidermek ve mağduru tatmin etmek suretiyle, mağdurun ceza adalet sistemine güvenini de arttırmaktadır. Ceza soruşturmasının her aşamasında mağdurun talep etmesi halinde denetimli serbestlik memuru veya psikolog tarafından mağdura psiko-sosyal yardım yapılması denetimli serbestlik sistemlerinin temel amaçlarındandır.

Denetimli serbestlik, hürriyeti bağlayıcı cezaların fail üzerindeki fizyolojik ve psikolojik etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik olarak, suçluların ıslah edilerek topluma kazandırılması amacıyla insanı üretken halde tutan yeni infaz modelleri ile güçlendirilmelidir.

⁴² Uludağ, Şener. "Onarıcı Ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi*, Yıl 2011, s. 127, Cilt:13 (4).

Denetimli serbestlik, suçla bozulan toplumsal barışın sağlanması için faile bir sorumluluk yüklemekte olup, failin yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde yeniden cezaevine girmesi söz konusudur. İnsan haklarına duyarlı, demokratik bir toplum arayışında denetimli serbestlik uygulamaları hem faile hem de topluma sosyalleşme açısından bir olanak vermektedir.

Kaynaklar

[1] ATAÇ, Necati / Selcan, NURSAL, *Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi*, Ankara, 2006.

[2] ATAÇ, Selcan, Probasyon Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004, Handan Yokuş Sevük, Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, İstanbul

[3] ÇINAR, Ali Rıza, *Türk Ceza Hukukunda Cezalar*, Ankara, 2005.

[4] DOĞAN, D. Mehmet, *Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul, 2001, Ayrıca bkz: Etimolojik Sözlük (Erişim).

[5] ESENER, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Alkım Yayınevi, 1998.

[6] GÖKÇEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

[7] GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığınca Yayınlanan E. Dergi.

[8] KAMER, Saadet, “Denetimli Serbestlik Sistemi İçinde Kamu Yararına Çalışma”, Ankara, 2012.

[9] KUBAT, Ahmet A., *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

[10] NURSAL, Necati / ATAÇ, *Selcen, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi*, Yetkin, Ankara, 2006.

[11] PANTHEON-ASSOS PARİS II, Universite, Master Droit Penol Et Sciences Penales, La Probation De La Genese De La Contrainte Penale

[12] TBMM, Dönem 1, Toplantı 4, Sıra Sayısı 982, Adalet Komisyonu Raporu.

- [13] TÜRKMEN, Metin, *Modernleşme ve Hukuk: Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi ve Denetimli Serbestlik*, Doğu Kitabevi, İstanbul, 2018.
- [14] ULUDAĞ, Şener. “Onarıcı Ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar”, *Polis Bilimleri Dergisi*, Yıl 2011, Cilt:13 (4).
- [15] USTA, İbrahim / ÖZTÜRK, Hakan, “Denetimli Serbestlik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 2010, Sayı 13, s. 7-46.
- [16] UYSAL, Osman, “XIX. Yüzyılda Osmanlı’da İç Güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi” *Balıkesir Üni. F.E.F. Tarih Kulübü Bülteni*, 2007/1.
- [17] YAVUZ, Hakan A., “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine”, *Adalet Dergisi*, Yıl: Ocak 2012, Sayı 42, s. 58-75.
- [18] YAVUZ, Hakan A., *Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik Sistemi*, Doktora Tezi, Ankara, 2011.
- [19] ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

DENİZ İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMANIN ESASLARI

Öğr. Gör. Özge ÖZTÜRK*

Öz

Çalışma hayatının farklı sektörlerinin farklı kurallar ve kanunlarla düzenlenmesi gerekliliği, esasen görülen işin nitelikleri ve kendine has özelliklerinden kaynaklanan zorunlu bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu özellikli çalışma ilişkilerinde belki de en değişik koşullara sahip alan, karadan çok farklı koşullarda çalışmayı gerektiren denizdeki çalışma hayatıdır.

Deniz İş Hukuku, denizde çalışma hayatının kendi gereklerine göre özel düzenlemelere ihtiyaç duyulan, hem ulusal ve hem de uluslararası alanda senkronize gelişmeler göstermesi gereken bir alandır. Bu anlamda çalışma sürelerinin gemide nasıl değerlendirilmesi gerektiği, fazla çalışma sürelerinin tespiti ve ispatı ile gemiadamlarının durumları da bu bakımdan önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, Deniz İş Kanunu kapsamında çalışma ve fazla çalışma hususları ele alınmış olup uluslararası sözleşmeler ve direktifler ışığında konu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Deniz İş Kanunu, Gemiadamı, Çalışma Süresi, Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti*

*İstanbul Aydın Üniversitesi *Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Adalet Pr. Öğretim Görevlisi,*
e-posta: ozgeozturk8@aydin.edu.tr

Principles Of Overtime Work In Maritime Labour Law

Abstract

The necessity to regulate different sectors of the working life with different rules and laws is a compulsory result mainly due to the characteristics of the work and its unique characteristic. Perhaps the most diverse field in these particular working relationships is working life at sea, which requires working in very different conditions than working on land.

Maritime Labour Law is an area in which working life at sea requires special arrangements according to its own requirements and needs to show synchronous developments both in national and international areas. In this sense, how the working hours should be evaluated on board, the determination and proof of the overtime work and the situations of seafarers are also important in this regard.

In this study, working and overtime work issues have been discussed within the scope of the Maritime Labour Law and the subject has been examined in the light of international conventions and directives.

Keywords: *Maritime Labour Law, Seaman, Seafarer, Working Hours, Overtime Work, Overtime Fee*

Giriş

Denizcilikte, insanların düşünce sisteminde akıl, bilim ve gerçekçilik kavramları bir bütünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Deniz ticaretinin neredeyse insanlık tarihi kadar eski tarihine bakıldığında, ulaşım ve yük taşımak gibi pek çok ihtiyacın tarih boyunca gemiler vasıtasıyla gerçekleştirilmiş olduğu görülmektedir. Bu durum sanayileşmenin devreye girmesi ile birlikte ivme kaydedip uluslararası boyuta evrilmiş ve sektörel gelişmelere paralel olarak deniz taşımacılığı zamanla daha da önem kazanmıştır.¹ Değişik coğrafi koşullardan gelen değişik kültürlerle sahip denizci toplumlar zamanla karşılıklı mal değişimleriyle ticaretlerinin gelişimini güvence altına almak ihtiyacını hissetmiştir. Kurdukları bu ticari bağlantılar, suyolları ve deniz taşımacılığı ile yapılan ticaretin gelişmesiyle değişik coğrafi bölgelerdeki ülkelerin iktisadi olarak güçlenmesine ve bu ticaretin düzenli işlemesi için suyollarının ve denizlerin kullanılmasında

¹ Mehmet Nusret BEDÜK, *Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 1.baskı, 2012, Bursa, s. 1.*

büyük bir söz hakkı, güç ve beceri kaydetmiş olup bu güç ile denizcilik ve deniz ticaretinin örgütlenmesine, doğal ve ticari zorlukların giderilerek belirli esaslara bağlanmasına ve büyük ticaret yollarının gelişmesine giderek daha fazla önem verilmiştir.²

Dünya yüzeyinin üçte ikisinin denizlerle kaplı olması, dünya tarihini etkileyen pek çok keşfin deniz yoluyla yapılmış olması, denizlerin barındırdığı besin ve doğal kaynaklar ve deniz yolunun geniş kapasiteli ticaret olanağı sunması hep birlikte değerlendirildiğinde denizler, tarih boyunca insanlığın ilerlemesi ve gelişmesi için vazgeçilmez bir unsur olmuştur. Uluslararası hukukun en önemli alanlarından olan Deniz Hukuku da denize kıyısı bulunsun yahut bulunmasın tüm toplumlar için büyük öneme haiz olup canlı ve cansız doğal kaynaklarının yanında, ulaşım ve iletişim bakımından da özellikle devletlerin ilişkilerinde belirleyici karakterdedir. Nitekim Uluslararası Adalet Divanı önündeki davalarda en önemli uyuşmazlık konuları deniz alanları hakkındaki sınırlamalarla alakalıdır ve uluslararası deniz hukukuna özgü kurallar adeta Uluslararası Adalet Divanı ile hayat bulmaktadır.³ Bugün uluslararası deniz taşımacılığı, kara ve hava taşımacılığına nazaran çok daha fazla miktarda ve daha ağır yükün daha az maliyetle temiz ve güvenli olarak taşınabilmesini temin etmekte olup dünya ticaretinde petrol ve yük taşımacılığının neredeyse %85'ine hizmet vermekte olan en büyük uluslararası sektördür.⁴ Küresel ekonominin en önemli parçasını oluşturan deniz ticareti alanında yaklaşık 1.2 milyon gemiadamı işçi çalışmaktadır.⁵ Ülkemizin de üç tarafının denizlerle çevrili oluşu konunun bizim açımızdan da hayli önem arz ettiğini ifade etmekte olup kanun ve kurallarımızın deniz ülkemizde etkin bir şekilde uygulanabilirliğinin sağlanmasının temel taşı bu alana ilişkin kanun ve kuralların açıkça ortaya konmasını gerektirmektedir.⁶

1. Deniz Hukukunun Kaynakları

1.1. Ulusal Kaynaklar:

Denizde çalışma hayatının birtakım gereklilikleri, kendine has örf ve adetleriyle kaideleri yine kendine özgü koşulları ve özellikleri

² Ruhi DUMAN, <http://www.vda.org.tr/aylik-yazi/hukuk-uluslararasi-deniz-hukuku/16>

³ Yusuf AKSAR, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yay., 2017, Ankara, s.369.

⁴ Gökçe CEREV, Türkiye'de Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışanların Sendikal Örgütlenme Yapısı Ve Sorunları, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.22, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/305953>

⁵ BEDÜK, s.1.

⁶ Ferit Hakan BAYKAL, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1.baskı, 1998, İstanbul, s.4.

bulduğunu göz önünde tutan kanun koyucu, bu çeşit işlerin kendine has ayrı bir kanunla düzenlenmesini uygun bulmuş olsa da deniz çalışanları, İş Hukuku'nun himaye edici hükümlerinden de Deniz İş Kanunu vasıtası ile istifade etmektedirler.⁷ Deniz İş Hukuku da denizde çalışma hayatına ilişkin kuralları düzenleyen bir hukuk dalıdır. Uluslararası düzenlemelere bakıldığında ILO – Uluslararası Çalışma Örgütü, farklı sektör çalışanlarına yönelik pek çok sözleşmeyi kabul etmiş olup 1 sayılı sözleşmede sanayi kuruluşlarında çalışanlar, 30 sayılı sözleşmede ticaret ve büro çalışanları, 43 sayılı sözleşmede cam sektörü çalışanları, 61 sayılı sözleşmeyle tekstil sektörü çalışanları yahut karayolu taşımacılığında çalışanlar gibi sektörel bazda haftalık ve günlük azami çalışma saatlerinin belirtilmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelere paralel olarak Avrupa Birliği çerçevesinde çıkartılan çeşitli direktifler ile ulusal mevzuatlarda uyumlanma çalışmalarına yönelik de düzenlemeler ortaya çıkmıştır.⁸

Ulusal mevzuatımız açısından konuya bakıldığında 10.03.1954 tarihli 6379 sayılı eski kanunu yürürlükten kaldıran 20.04.1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu, Türk İş Hukuku mevzuatı içerisinde halen canlılığını korumakta olan en eski kanunlardandır.⁹ Uzun yıllardır halen yürürlükte olup denizde çalışma hayatını düzenleyen hukuki zemini oluşturmakta olsa da deniz ticareti ile denizde çalışma hayatına ilişkin hukuki ve ticari gelişmelerin gerisinde kalmış olduğu görülmektedir. Deniz İş Kanunu'muzun gemiadamı ve işveren arasındaki iş ilişkilerini süreçte ortaya çıkan ulusal ve uluslararası düzeydeki düzenlemeler karşısında tam kapsamıyla ve tüm hususiyetleri ile düzenlediği söylenemez.

Cumhuriyet'in kuruluş yıllarında ülkemizde elle tutulur bir sanayi bulunmadığı için Borçlar Kanunu dışında bağımsız bir iş yasasına ihtiyaç duyulmamış ve işçi işveren arasındaki ilişki ve uyumsuzlukları düzenleyen ilk İş Kanunu'muz 1936 yılında 3008 sayılı kanun olarak yürürlüğe girdiğinde kıdem tazminatı ve benzeri işçilik hakları ancak bu tarihte kanunlaşabilmiştir. Deniz taşımacılığı alanında ise o tarihlerde böyle bir ihtiyaç söz konusu bile olmamıştır. Ülkemizde İş Hukuku'nun sistematizasyonu

⁷ Halid Kemal ELBİR, *İş Hukuku, Filiz Kitabevi, 9.baskı, 1987, İstanbul, s.43.*

⁸ Esra Dünder ARAVACIK, 'Deniz İş Hukuku'nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, S.2059.*

⁹ Tuncay BİLEN, *Gemi Adamlarının İşçilik Alacakları Hakkında Farklı Uygulamalar, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 139.*

kuran Prof. Dr. Ferit Hakkı Saymen, 1954 tarihli İş Hukuku kitabında deniz nakliyatı işleri hakkında özel hükümlere ihtiyaç bulunduğunu ve İş Hukuku hükümleri dışında mütalaa edilmesinin gerekliliğini ifade etmiştir. Liman işletmelerinde karadan gemilere ve gemiden iskelelere yahut deniz üzerindeki Şat gibi araçlara yapılan yükleme ve boşaltma işleri de (Kara) İş Kanunu'na tabi olduğundan 854 sayılı kanun çıkarılıncaya kadar Deniz İş Kanunu'nun, D.B. Deniz Nakliyatı A.Ş. ve Denizcilik Bankası TAO gibi Deniz Ticaret Filosu'nun büyük kısmını elinde bulunduran kamu sektörü dışında pek bir uygulaması da olmamıştır. Sonraki sektörel gelişmelere binaen 1954 tarihli ve 6379 sayılı yasa yetersiz kalınca 1967 yılında bugün de ufak birtakım değişikliklerle halen yürürlükte bulunan 854 sayılı Deniz İş Kanunu kabul edilmiştir. DİK md.1 açık hükmüne rağmen Van Gölü'nde çalışan Denizcilik Bankası TAO'ya ait gemilerde çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tereddüt yaratmış olup 1970 yılında Van Gölü'nün büyüklüğü ve bahsi geçen gemilerin 100 grostonilatodan büyük oluşları karşısında Yargıtay bu gemilerde çalışanların gemiadamı sayılmaları ve haklarında Deniz İş Kanunu'nun uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir. Filomuzun zenginleşmesi, gemiadamlarının sendikalaşması ve özel sektörün de deniz ticaretinde söz sahibi olmasından sonra kanunun uygulanmasında hareketlilik yaşanmaya başlamıştır.¹⁰

Deniz İş Kanunu'nun kabulünden bugüne İş Hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler karşısında da pek çok düzenleme boşlukları oluşmuştur. Bu anlamda, deniz iş hukuku sorunlarının hallinde öncelik şüphesiz ki Deniz İş Kanunu'nda olmakla birlikte bu boşlukların doldurulmasında genel hükümlere yani TMK ve BK'nun genel nitelikteki hükümleri de nitelikleri uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulmaktadır (TMK md.5).¹¹

Deniz İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde ancak kanunun açıkça atıfta bulunduğu durumlarda 4857 say. İş Kanunu'nun uygulanması gerekmekte olup İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde özel kanun - genel kanun ilişkisi bağlamında 6098 say. Borçlar Kanunu'nun uygulanması söz konusu olabilmektedir. Ayrıca öğretilerde Deniz İş Kanunu ile İş Kanunu'nun arasında genel - özel kanun ilişkisi yönünde bir anlatıma yer verilmediğinden hangi hallerde İş Kanunu'nun uygulama

¹⁰ Bilen, S.139-140.

¹¹ Yargıtay HGK, 30.09.1964, 848/598, YİBK, 24.12.1973, 4/6, Süzek, s. 38.

alanı bulacağıının bir istisna olarak ayrıca ve açıkça öngörülmüş olduğu da haklı olarak ifadesini bulmuştur.¹² DİK md.49'da iş yaşamının denetimine ilişkin konularda İş Kanunu'nun uygulanacağı da öngörülmüştür. Bu itibarla Deniz İş Kanunu'nda boşluk bulunan hallerde kural olarak İş Kanunu değil Borçlar Kanunu'nun ve genel hükümlerin uygulanması gerekir.¹³ Bundan başka uluslararası kaynaklar olarak da Uluslararası Çalışma Örgütü ILO'nun hazırladığı Uluslararası Çalışma Sözleşmelerine ilişkin hükümler ve Tavsiyelerle Avrupa Birliği'nin Avrupa Konseyi'nin sözleşme ve direktiflerinin de dikkate alınması muhakkak ki gerekecektir.

1.2. **Uluslararası Kaynaklar:**

Deniz İş Hukuku, deniz ticaretinin ve ulaşımının uluslararası olmasından dolayı bu yönde pek çok kaynağa sahiptir. Bunların birçoğu da kimisi ülkemizde de onaylanmış bulunan ILO sözleşmeleridir ki bunlara örnek vermek gerekirse;¹⁴

-Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar ve Gemi Zabıtlarının Mesleki Yeterliliklerinin Asgari İcaplarına İlişkin Sözleşme – C53: Gemide kaptan, nöbetçi güverte zabiti, çarkçıbaşı, nöbetçi çarkçı gibi işlerde yeterlilik belgesi olmayan kişiler çalıştırılmaz.

-Gemi Adamlarının Hastalanması, Yaralanması Ya Da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme – C55: Armatör, işe başlama tarihi ile işin sona erdiği tarih arasında meydana gelen hastalık ve yaralanmadan; bu hastalık ya da yaralanma sonucu yaşanan ölümden, sorumludur.

-Gemilerde Mürettebat İçin İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin Sözleşme – C68: Gemi adamları ve armatör örgütleri, yiyecek ve sağlık sorunlarıyla ilgilenen ulusal ve yerel makamlarla yakın bir iş birliği içinde çalışır ve gerektiği hallerde bu makamların sunduğu hizmetlerden yararlanabilir.

-Gemi Aşçılarının Mesleki Ehliyet Diplomatlarına İlişkin Sözleşme – C69: Gemilerde aşçı olarak çalışacak kişilerin aşçılık diplomasına sahip olması gerekir.

-Gemi Adamlarının Sağlık Muayenesine İlişkin Sözleşme – C73: Denizde çalışacağı işe uygunluğunu onaylayan bir sağlık raporu olmayan kişiler gemide istihdam edilemez.

¹² Sarper SÜZEK, *İş Hukuku*, Beta Yay, 16.baskı, İstanbul 2018, s. 38-39.

¹³ SÜZEK, s. 39.

¹⁴ Ali Kemal NURDOĞAN, 'Uluslararası Çalışma Örgütü'nün(UÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri', *Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, Cilt3, Sayı4, Aralık 2018, s. 78-95.* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/612630>

- Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi – C58: Gemilerde on beş yaşından küçük çocuklar çalıştırılmaz.
- Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin Sözleşme – C 92: Sözleşmeye göre geminin yapımına başlanmasından önce mürettebatın barınacakları yerlerin konumu ve uygunluğu konuları düzenlenmiştir.
- Gemi Adamları Ulusal Kimlik Katlarına İlişkin Sözleşme – C108: Bu sözleşmenin yürürlükte olduğu üye devlet her hangi bir gemi adamına başvurusu durumunda gemi adamı kimlik belgesi düzenleyebilir.
- Mürettebatın Gemide Barındırılmasına İlişkin Sözleşme – C133: Bir kamarada iki ast personelden fazla personel kalmaz.
- Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme – C146: Gemi adamları yıllık ücretli izin hakkına sahiptir.
- Gemi Adamlarının Sağlığının Korunması ve Tıbbi Bakımına İlişkin Sözleşme – C164: Gemi sahipleri gemilerinde sağlık ve temizlik açısından uygun durumda bulundurmaktan sorumludur. Üye ülkeler gemi sahiplerini bu açıdan sorumlu tutar.
- Gemi Adamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin Sözleşme – C166: Sözleşmeyi onaylayan üye ülkeler ulusal mevzuatında gemi adamlarının ülkelerine gönderilebilecekleri varış yerlerini belirler.
- İstihdam (Gemiadamları) Sözleşmesi, 1976 (No145) Süreklilik.¹⁵
- Gemiadamlarının Çalışma Süreleri Ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki 180 sayılı Sözleşme¹⁶
- Ücretli Tatil (Gemiadamları) Sözleşmesi (Revize), 1949 (No 91)¹⁷

Bu sözleşmelerden başka, ILO tarafından kabul edilerek 20.08.2013 tarihinde yürürlüğe giren Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (MLC: Maritime Labour Convention -2006) çok önemli bir diğer kaynaktır.

ILO 107. Uluslararası Çalışma kabul edilen bir diğer metin de 2006 MLC Denizcilik Sözleşmesine 05.06.2018 tarihinde getirilen değişikliklere ilişkin olup korsanlık, silahlı soygun veya benzer saldırılar dolayısıyla tutsak kalan gemi adamlarının tutsak kaldıkları süreler boyunca iş sözleşmelerinin devam edeceğine ve sözleşmeye uygun şekilde ülkesine iade edilinceye kadar ücretlerinin ve ulusal mevzuat ile toplu sözleşmelere binaen tüm haklarının ödenmeye devam edeceğine ilişkindir. Söz konusu

¹⁵ Bektaş KAR, *Deniz İş Hukuku Ders Kitabı (DK olarak anılacaktır)*, Yetkin Yay., 2014, Ankara, s. 36. (henüz onaylanmamıştır)

¹⁶ KAR, DK, s. 36. (henüz onaylanmamıştır)

¹⁷ KAR, DK, s. 36. (henüz onaylanmamıştır)

değişiklikler 2006 Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Kodun Tadili (XV) maddesine göre 26.06.2018 itibariyle sözleşmeyi kabul etmiş olan tüm ülkelere tebliğ edilmiş olup dünya tonajının en az %40'ından fazlasından itirazlar gelmediği takdirde kabul edilmiş sayılarak 26.12.2020 tarihinde yürürlüğe girecektir.¹⁸

Sözleşme gemiadamlarına yönelik kapsamlı ilke ve haklar içermekte olup üye ülkelerin hükümetlerine, armatörlerine ve gemiadamlarına ayrı ayrı avantajlar sağlamakta ve belgelendirme sistemiyle de güçlü bir uygulama getirmektedir. Üç bölümden oluşmaktadır ki bunlar; sözleşmenin 16 maddesi, Kurallar ve Kod ile gemiadamlarının gemideki yaşamı ve yaşam mahallerine ilişkin hükümler şeklinde sıralanabilecek olup birbiriyle bağlantılı düzenlemeler getirmiştir. Üye ülke hükümetleri bakımından, 500 GT üzerindeki gemilere belgelendirme sistemini zorunlu hale getirmekte ve sözleşmeyi onaylamayan ülke bayraklı gemilerin lehine olabilecek haksız rekabeti engellemektedir.¹⁹

2. Gemiadamı Kavramı

Gemiadamı kavramı, uygulanacak iş mevzuatının belirlenmesi açısından çok önemlidir. Kısaca ve kötü bir ifade olarak 'denizde çalışan işçi' şeklinde ifade edilen bu kavram esasen diğer mesleklerden farklı olarak denizle ilgili pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemeler barındırdığından üç kelime ile geçiştirilemeyecek kadar kapsamlıdır.²⁰

DİK md.2/B hükmüne göre 'Bir hizmet akdine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere gemiadamı denir.' ve aynı maddenin Ç bendine göre ise kaptan aynı zamanda işveren vekili olarak belirtilmiştir.²¹

Gemiadamı tanımına çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. Deniz İş Kanunu'ndan başka 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda 934.madde ile

¹⁸ Türkiye Denizciler Sendikası, <http://tds.org.tr/2006-denizcilik-calisma-sozlesmesimle-2006-05-haziran-2018-tarihli-degisiklikler/>

¹⁹ İstanbul Bilgi Üniversitesi Deniz Hukuku Araştırma Merkezi Raporu, https://denizhukuku.bilgi.edu.tr/media/2017/4/9/2006%20Denizcilik%20C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesinin%20Onaylanmas%C4%B1n%C4%B1n%20Uygun%20Bulundu%C4%9Funa%20Dair%20Kanun_X4qHSSz.pdf

²⁰ Hamit TİRYAKI, *Tüm Yönleriyle İş Hukukunda Güncel Makaleler*, Bilge Yayınevi, 1.baskı, Ankara, 2016, s. 935.

²¹ Rayegan KENDER / Ergon ÇETİNGİL / Emine YAZICIOĞLU, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-I, Oniki Levha Yayıncılık*, 13.baskı, İstanbul, 2012, s. 121.

gemiadamları, kaptan, gemi zabitleri, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişiler olarak tanımlanmıştır. 31/7/2002 tarihli ve 24832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Gemiadamları Yönetmeliği’ni yürürlükten kaldıran 10.02.2018 tarihli ve 30328 sayılı Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği çok uzun bir düzenleme getirmekte ve münhasır olarak Türk Bayraklı gemilerde çalışan ve çalışacak olan gemiadamlarını ve bunların yeterlikleri, eğitimleri, sınavları, belgelendirilmeleri, sağlık durumları, kütükleme işlemleri ve vardiya tutma ile ilgili kuralları kapsamaktadır. DİK md.3 TTK’nın deniz ticaretinden bahseden 4.kitabındaki kaptan ile işveren arasındaki hükümleri saklı tutmuş olup bütün gemiadamları için uygulanacak bu kanunda gemiadamı ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin temel kurallarını düzenlemiştir.

10/6/1946 tarihli ve 4922 sayılı Denizde Can Ve Mal Koruma Hakkında Kanun’un 16/7/2008-5790/1 md ile değişik metninde 1/F maddesi uyarınca düzenlenen yolcu kavramı içerisinde ‘Gemiadamı, kaptan ve diğer gemiadamları, gemiyi donatan ile işletenin çoluk-çocuk ve hizmetçileri, donatan ve işletenin görev ile yolculuk eden adamı, temsilcisi ve memurları, taşınan hayvanların çobanları ve mücbir sebeplerden yahut kaptanın denizde can kurtarma ödevinden dolayı gemiye alınan kimselerdir.’²²

ILO kabul tarihi 6.10.1936 olan ve Türkiye’de 25.6.2003 tarihinde 4906 sayılı kanunla kabul edilerek 22.04.2005’te yürürlüğe giren 53 No’lu Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar Ve Gemi Zabitlerinin Meslekî Yeterliliklerinin Asgari İcaplarına İlişkin Sözleşme’nin 2.maddesinde gemiadamları kavramları açıklanmıştır. ²³ Buna göre; ‘Kaptan veya süvari’ gemiyi sevk ve idare eden kişi, ‘nöbetçi güverte zabiti’ kılavuz kaptan dışında, geminin seyrüseferinden veya hareketinden sorumlu kişi, ‘çarkçıbaşı’ geminin mekanik şevkinden daimi olarak sorumlu kişi, ‘nöbetçi çarkçı’ gemiyi yürüten marinaların çalışmasından belirli sürelerle fiilen sorumlu kişi olarak tanımlanmış olup 3.maddesinde de hiç kimsenin, bu sözleşmenin uygulandığı bir gemide kaptan, nöbetçi güverte zabiti, çarkçıbaşı, nöbetçi çarkçı gibi işlerde, bu geminin kayıtlı olduğu ülkenin yetkili makamınca verilen veya onaylanan ve bu işler için yeterli olduğunu gösteren bir belge olmadan ise alınamaz veya çalıştırılmayacağı ifade edilmiştir.

²² KAR, s. 55.

²³ RG 25314, 12.12.2003

Yine ILO'nun 13.10.1976 kabul tarihli ve Türkiye'de 28.07.2005'de yürürlüğe giren 146 No'lu Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme²⁴'nin 2.maddesinde bu sözleşmenin gemiadamı olarak istihdam edilen kişilere uygulanacağı, gemiadamı sıfatının; savaş gemisi, balık avcılığı işinde kullanılan ya da balık avcılığı ile doğrudan ilişkili ya da balina avcılığı ya da benzer işlerde kullanılan gemiler dışında, bu sözleşmenin yürürlükte olduğu ülkeye kayıtlı açık deniz seferi yapan gemilerde herhangi bir sıfatla istihdam edilen kişileri ifade edeceği belirtilmiştir.

ILO 180 sayılı Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki Sözleşme'de de gemiadamı, denizde giden bir gemide hangi görevde olursa olsun ulusal hukuk ve düzenlemeler veya ortak anlaşmalarla ifade edilen herkesi kapsar şeklinde ifade edilmiştir.²⁵

3. Deniz İş Akdi Ve Unsurları

Deniz İş Hukuku, gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ile işverenleri arasındaki çalışma ilişkilerini düzenlemektedir.²⁶ 854 say. Deniz İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin tanımına yer verilmemiş olup Borçlar Kanunu 393.md'de hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Benzer şekilde İş K.8.md'de de iş sözleşmesi, bir tarafın (işçisi) bağımlı olarak iş görmeyi diğer tarafın (işveren) ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme olarak tanımlanmıştır. Her iki tanımdan yola çıkarak iş sözleşmesinin unsurlarının 'ücret – bağımlılık – iş görme' olarak belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, iş sözleşmesi ile üstlenilen iş görme ediminin konusunu oluşturan iş, bedensel, düşünsel, teknik, bilimsel veya artistik olabilir.²⁷ İş görme edimi olumlu bir eylem olarak bir şey yapmayı içerdiğinden salt bir katlanma hali iş edimi olarak kabul görmez.²⁸

²⁴ RG 25304, 02.12.2003

²⁵ KAR, s. 56.

²⁶ Can TUNCAY, 'ILO Normları Işığında Gemiadamlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri', Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul, 2008, S.93.

²⁷ SÜZEK, s. 231.

²⁸ KAR, s. 93.

Bağımlılığın iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olduğu hususunda İş Hukuku öğretisinde görüş birliği vardır. Bu yönde bir Anayasa Mahkemesi kararında da ‘Hizmet akdi üç unsuru kapsar: 1. İş unsuru 2. Ücret unsuru 3. Bağlılık unsuru. Bu akdi iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran bu bağlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o çalışmasını işverenin denetimi ve gözetimi altında yapar.’ diyerek ifade etmiştir.²⁹

854 sayılı DİK 1.md kanununun yer ve kişi bakımından uygulama alanını düzenlemiş, denizlerde göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve 100 ve üzerinde grostonilatoluk gemilerde bir iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanacağını ifade etmiştir.³⁰ Aynı işverene ait gemilerin grostonilatoların toplamı 100 veya daha fazla ise yahut işverenin çalıştırdığı gemi adamı sayısı beş veya daha fazla olduğunda da yine Deniz İş Kanunu uygulanacaktır. Sandal, mavna, şat, salapurya da kanununun gemi sayılmakta olduğu araç türleridir.³¹ Gemi yabancı ülke bayrağını taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa dahi yüz grostonilatoluk değilse bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanamaz ve taşıma işinde çalışan bu gemideki işçiler de 4857 say. İş K. kapsamı dışında kaldığından haklarında Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.³² Yargıtay da pek çok kararında bağımlılık ilişkisinin iş akdinin zorunlu unsuru olduğunu ifade etmektedir.³³

İş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmak bazen güç olabilmektedir. Bu aşamada iş sözleşmesinin unsurlarından dikkatlice faydalanmak gerekir. Çalışma ilişkilerindeki teknolojik gelişmeler temelli dönüşüm, hâlihazırda mevzuatlarda mevcut olan iş görme sözleşmelerine uymayan a-tipik bazı sözleşme tiplerini oluşturmaktadır. Yeni oluşan bu iş görme sözleşmelerinde bağımlılık unsurunun giderek zayıflayarak evde çalışma, tele çalışma gibi bazı esnek çalışma türlerinin de ortaya çıktığı izlenmektedir. Bu anlamda bağımlılık unsurunun, bir iş sözleşmesini benzer iş görme sözleşmelerinden ayırıcı olma niteliğine zarar veriyormuş

²⁹ AYM, 26-27.9.1967, 336/29, RG, 19.10.1968, S.13031, Süzek, s.233.

³⁰ BEDÜK, s. 7.

³¹ Müjdat ŞAKAR, İş Hukuku Uygulaması, 12.baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018, s. 353.

³² Bektaş KAR, ‘İş Davalarında Usul Uygulamalarının İçtihatlar Bağlamında Değerlendirilmesi’, İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II Sempozyumu, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Uygulama Sorunları, İzmir, 10-11 Mayıs 2013, s. 159.

³³ YHGK, 13.4.1977, 9-1635/355, YARG 9.HD, 8.11.1984, 8455/9548, YARG 9.HD, 22.2.2010, 10530/4617, YARG 9.HD, 1.10.2009, 5973/24884, Süzek s. 233.

gibi görünse bile, işverenin iş organizasyonuna dâhil olma kıstası şeklinde anlaşıldığında bu sorunun çözümlenebildiği söylenebilir.³⁴ Bağımlılık ilişkisi açısından bakıldığında önemli olan nokta, işin işverene ait işyerinde yapılması değil, işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak onun denetimi altında yapılmasıdır. Bu anlamda belirleyici kriter hukuki-kişisel bağımlılıktır ve gerçek anlamdaki hukuki bağımlılık, işçinin işin yürütümü ve işyerindeki davranışlarına uyma yükümlülüğünü üstlenmesi neticesinde doğar. İşin ifası için hazır beklemek de fiilen bir çalışma yapılmadığı halde iş kavramı içerisinde değerlendirilmekte olup Deniz İş Hukuku'nda gemiadamının esas iş görme ediminin deniz taşıma işi ile alakalı olacağı da açıktır.³⁵

Denizcilik mesleğinin kendine özgü koşullarından kaynaklanan ve kendine özgü özellikleri olan bir özel hukuk sözleşmesi olan deniz iş akdi, sözleşme yapma özgürlüğü, yaş, eğitim ve yabancılık durumlarına bağlı olarak sınırlandırılmış, eski hükümlü ve özürlü istihdamı ise zorunlu kılınmıştır. Taraflar isterlerse sözleşme süresinin başında deneme süresi de öngörebilirler. Deniz iş sözleşmesi akdedilirken iki husus önem arz eder ki bunlardan biri işverenin gemiadamı arasındaki çalışma ilişkisinin koşullarının sözleşmeye bağlanması hususu, diğeri ise gemi sahibinin gemiyi işletebilmesi için geminin yola elverişli kılınmasıdır. Bunun için de geminin mevzuata uygun gemiadamıyla donatılması gerekmekte olup gemide işçi çalıştırılabilmesi için ise Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde ayrıntılı olarak belirlenen asgari gereklerin sağlanması önemlidir. Bu bağlamda sözleşme ehliyeti ve çalışma yeterliliğinin bulunması aranır. Gemi adamlarının DİK'da özellikle öngörülen yaş şartı sözleşmenin kurucu unsuru olup Türkiye'nin de taraf olduğu 15-58 ve 138 sayılı ILO Sözleşmelerinde deniz işlerinde çalıştırılacak genç işçiler için asgari on beş yaş sınırı getirilmişti. 2018 tarihli Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinde ise daha detaylı sınıflandırılarak belirlenmiş olan asgari yaş kriterleri aşağıda incelenecek olup asgari yaş sınırı zorunlu okul eğitiminin tamamlandığı yaştan ve her hâlükârda on altı yaşından aşağı olamaz. Tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip bulunmamaları ise sözleşmenin mutlak butlanla geçersizliği sonucunu doğurur.³⁶

³⁴ SÜZEK, s. 237.

³⁵ KAR, s. 93.

³⁶ BEDÜK, s. 91-92.

3.1. **Deniz İş Sözleşmesinin Yapılış Şekli:**

4857 say İş Kanununa bağlı olarak belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için herhangi bir şekle tabi olmayıp (belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartı vardır) yazılı yapılması zorunluluğu da bulunmadığı halde 854 say. DİK md.5 uyarınca gemiadamı ile işveren veya işveren vekiliyle arasında iş sözleşmesinin ispat şartı olarak düşünülebilecek bir şekilde yazılı olarak yapılması gerektiği ve taraflardan her birine birer nüsha verileceği belirtilmiştir.³⁷ Gemiadamları ile işveren yahut işveren vekili arasında yazılı yapılacak bu iş sözleşmelerinin tarafların kendi arasında yahut noterde de yapılması mümkündür.

Deniz İş Sözleşmesi yapılırken iki hususun önem taşıdığını belirtmiş ve bunlardan ilkinin işveren ile gemi adamı arasındaki ilişkinin sözleşmeye bağlanması ve gemi sahibi yahut işletenin gemiyi işletebilmek için yola elverişli kılması olduğunu belirtmiştik. 4857 sk. ile 854 sk kıyaslandığında İş Kanunu'nda süresi belirsiz iş sözleşmelerinin herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olup belirli süreli sözleşmeler için ise yazılı şekil öngörülmüş, Deniz İş Kanunu 5.madde hükmüne göre ise gemi adamı ile işveren veya işveren vekili arasında yapılacak iş sözleşmesinin yazılı olarak iki nüsha halinde hazırlanarak taraflardan her birine birer nüsha verileceği hükme bağlanmıştır. DİK md.50/a uyarınca iş sözleşmesinin yazılı yapılmaması halinde idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür.³⁸

Burada yer alan şekil şartının bir geçerlilik şartı mı yoksa bir ispat şartı mı olduğu incelendiğinde Yargıtay 7.HD 12.09.2013 tarihli verdiği kararda³⁹ sözleşmenin yazılı olarak yapılmasının ve ücret miktarının sözleşmede gösterilmesinin emredici olduğu sonucuna varmış, yine bir diğer kararında ise yazılılığın ispat şekli olduğunu ifade etmiştir.⁴⁰ Buna binaen 6098 say. TBK 12/2 hükmünden yola çıkılarak kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve öngörülen şekle aykırı sözleşmelerin hüküm ifade etmeyeceği ifadesi dikkate alındığında geçerlilik şartı olduğu da düşünülebilir.⁴¹ Yazılılık unsurunun geçerlilik

³⁷ KAR, s. 95.

³⁸ KAR, dk. s. 143.

³⁹ YARG 7.HD, E. 2013/2309 K. 2013/4099 T. 21.03.2013, Lexpera.

⁴⁰ YARG 7 HD, E.2013/14969 K.2013/22047 T.12.12.2013, Legalbank.

⁴¹ YARG 7.HD, E. 2013/8355, K. 2013/31242 T. 28.11.2013 “.....Somut uyumsuzlukta; taraflar arasında yazılı iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Belirli süreli sözleşmenin kabulü için yazılılık şekli geçerlilik şartıdır. Dosyaya ibraz edilen taahhütname ise içeriği itibarıyla iş sözleşmesi niteliğinde olmadığından sonuca etkili değildir. Açıklanan nedenlerle bakiye süre ücreti alacağı reddi gerekirken kabulü hatalıdır...” YKA.

şekli olduğunun kabulü halinde sözleşmenin sona ermesi gerektiği de akla gelecektir. Buna karşılık İş Hukuku'nun temel gayelerinden biri sözleşmenin devamını sağlamaktır.⁴² Ancak doktrinde bunun ispat şartı olduğu görüşünde olan yazarlar da çalışma olgusunun hukuki fiil olduğundan yola çıkarak hukuki fiillerin her tür delille kanıtlanabileceğini ifade etmektedirler.⁴³ Esasen *favor negoti* ilkesine de uyacak şekilde bir ispat şartı olarak değerlendirildiğinde İş Hukuku'nun sözleşmeyi ayakta tutma amacına da hizmet etmekte olacağından ispat şekli olarak algılanması gerektiği görüşündeyim.

Gemiadamı ile işvereni yahut işveren vekili arasında yazılı şekilde yapılacak olan deniz iş sözleşmesi ya noterde ve yahut taraflar arasında da yapılırsa, DİK md.9 uyarınca her tür resim ve harçtan muaf tutulmuştur.⁴⁴

DİK md.7, gemiadamları ile yapılacak üç tür iş sözleşmesinden söz etmektedir ki bunlar: belirli bir süre için, sefer için veya süresiz olarak yapılabilmektedir. Belirli bir süre için yapılmış olan hizmet akdi bu süre bitiminde sona erecek olduğundan gemi henüz seyir halinde iken süre sona ererse, akit geminin ilk limana varmasına ve güvenlik altına alınmasına kadar devam edecektir. Belirli sefer için yapılmış bir hizmet akdi söz konusu ise akitte yazılı olan seferin sonuna gelindiğinde geminin vardığı limanda yükünü boşaltması ile sona erecektir. Hizmet akdi belirli bir sefer için yapılmış olsa da akdin sonunda işveren veya işveren vekilinin muvafakatiyle gemiadamı işe devam eder ve gemi de sefere çıkarsa DİK 8.md gereğince hizmet akdi, bu sefer süresince uzamış sayılacaktır.

3.2. Deniz İş Sözleşmesinde Yaş ve Ehliyet:

Deniz İş Sözleşmesi yapılırken önem taşıyan iki husustan ilki işveren ile gemiadamı arasındaki çalışma ilişkisine ilişkin koşulların bir sözleşmeye bağlanması hususu ve diğeri de gemi sahibinin gemiyi işletilmesi için yola elverişli kılması için mevzuata uygun gemi adamı ile donatılmasıdır. Şu durumda gemiadamının sözleşme yapabilme ehliyetini haiz (ayırt etme yeteneğine sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişi) olmak yanında Gemiadamları Yönetmeliğinde sayılan asgari gerekleri karşılayacak çalışma yeterliliğinin de bulunması yahut işçinin gemiadamı cüzdanı bulunması gerekmektedir

⁴² Sarp ŞAHANKAYA, *Belirli Süreli İş Sözleşmeleri*, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s. 186.

⁴³ KAR, dk. s. 143.

⁴⁴ KAR, s. 95.

(Gemiadamı Yönetmeliği md.51/1-a).⁴⁵ Dolayısıyla gemiadamının deniz iş sözleşmesi yapabilmesi için genel olarak sözleşme yapma ehliyetine sahip olması yetmemektedir.⁴⁶

Bunun yanında gemiadamlarının deniz iş mevzuatında özellikle öngörülen asgari yaş kriterini de karşılamaları gerekmektedir. Asgari yaş kriteri olarak da TMK md.11-12'de ifadesini bulan evlenme ve yargısal erginlik gemiadamının sözleşme yapabilmesini sağlamaz.⁴⁷ İş sözleşmesinin kurucu unsurlarından biri olan yaş şartı, Türkiye'nin taraf olduğu 15, 58 ve 138 sayılı ILO Sözleşmelerinde öngörülen ve 10.02.2018 tarihli Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği⁴⁸'nde deniz işlerinde çalıştırılacak genç işçiler için asgari detaylı olarak belirlenen yaş sınırlarından aşağı olamaz. Buna göre, yönetmeliğin ikinci bölümünde, güverte sınıfı tayfalardan gemici olmak için müracaat edenlerde on altı yaşını bitirmiş olmak, usta gemici olmak için müracaat edenlerde on sekiz yaşını bitirmiş olmak(GAKKY md.6); makine sınıfı tayfalarda yağcı yeterliği almak için on altı yaşını bitirmek, usta makine tayfası yeterliği almak için on sekiz yaşını bitirmek(GAAKY md.16); yardımcı sınıf gemi adamları yeterliklerinde elektro-teknik tayfası olmak için on sekiz yaşını bitirmek, uzakyol ikinci başmühendisi/başmakiniisti yeterlik belgesi kategorisi için yat kaptanı, sınırlı vardiya zabiti, vardiya zabiti ya da uzakyol vardiya zabiti olmak için eğitim gören öğrencilere açık deniz eğitimlerini gemiadamı olarak yapabilmelerini sağlamak üzere, on altı yaşını bitirmiş olmaları şartıyla, İdare tarafından güverte stajyeri yeterliğinde gemiadamı cüzdanı verilir.(GAKKY md.25). Yine aynı şekilde yat kaptanı (149 GT) yeterliği almak için ve balıkçı gemisi yeterliği almak için müracaat edenlerden on sekiz yaşını bitirmiş olmak(GAKKY md.26), açık deniz balıkçı gemisi kaptanı yeterliği almak için müracaat edenlerden yirmi yaşını bitirmiş olmak şeklinde ayrı ayrı ve detaylıca düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere gemiadamlarının yeterlilik şartlarını ihtiva eden Gemiadamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği hükümlerinde gemiadamları belli sınıflara ayrılarak her bir sınıf için gerekli yaş, eğitim-

⁴⁵ Gemiadamı Yeterlik Belgesi, STCW(Standards of Training Certification and Watchkeeping) Gemiadamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Tutma Standartları Sözleşmesinin II, III, IV ve VII. bölümlerine uygun olarak verilir. Gemiadamı Cüzdanı, 5682 say. Pasaport K. md.20 uyarınca Liman Başkanlıkları tarafından verilir.

⁴⁶ BEDÜK, s. 92-93.

⁴⁷ BEDÜK, s. 92.

⁴⁸ RG 30328, 10.02.2018.

öğretim ve deniz hizmet sürelerine ilişkin şartlar belirtilmiştir. Gemiadamı olabilme koşullarını taşıyan kişilerden, tayfalarla sınırlı vardiya zabiti, sınırlı kaptan, elektro-teknik zabiti, sınırlı makine zabiti, sınırlı başmakinist yeterlikli gemiadamları ile yardımcı sınıf gemiadamları, yat kaptanı ve balıkçı sınıfı gemiadamlarına İdare tarafından Gemiadamı Yeterlik belgesi ve istekleri halinde Gemiadamı Cüzdanı verilir.

3.3. *Deniz İş Sözleşmesinde Bulunması Gereken Bilgiler:*

DİK 5. Madde uyarınca yazılı olarak yapılması gereken deniz iş sözleşmesi, DİK 6.md düzenlemesine göre şu bilgileri içermelidir:

- a. İşverenin adı ve soyadıyla ikametgâh adresi,
- b. Gemiadamının adı, soyadı, doğum tarihi ve yeri, sicil numarası ve ikametgâh adresi,
- c. Gemiadamının çalışacağı geminin ismi, sicil numarası, grostonilatosu ve kaydedildiği sicil dairesi (gemiadamının aynı işverenin muhtelif gemilerinde çalışması ihtimali mevcutsa, bu hizmet akdinde ayrıca belirtilir),
- d. Aktin yapıldığı yer ve tarih,
- e. Gemiadamının göreceği iş,
- f. Gemiadamının hizmete başlayacağı yer ve tarih,
- g. Hizmet akdinin belirli bir süre için yapılmış olup olmadığı, belli bir süre için yapılmış ise süresi veya sefer üzerine ise hangi sefer olduğu,
- h. Kararlaştırılan ücret esası ile miktarı,
- i. Ücretin ödeme zamanı ve yeri ile zorunlu tutulan işverenler için gemiadamının ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının ödeneceği banka özel hesap numarası,
- j. Avans şartları,
- k. Diğer iş şartları,
- l. Tirimciler ve ateşçiler ile yapılacak hizmet akitlerinde 25.5.1959 gün ve 7292 say. kanunla onanan sözleşmenin özeti.

Kanunun açık düzenlemesi ile gerekli görülen bu unsurlardan başka sözleşmeye tarafların anlaşması ile sendika yahut TİS ilişkin hükümlerin de yazılması mümkündür.⁴⁹

⁴⁹ KAR, s. 96.

Deniz İş Hukukunda İşin Düzenlenmesi

4.1. Genel Olarak:

Çalışma süresi, genel hatlarıyla işçinin iş sözleşmesi uyarınca yüklendiği iş görme edimini ifa edeceği süreyi belirtmekte olup dinlenme, giyinme ve ara dinlenmeler dışında işin başlangıcından sona ermesine kadar geçen zaman parçasını ifade eder ve bu süre fiili iş süresi olarak adlandırılır. Çalışma süresi salt fiilen çalışılan sürelerden ibaret olmayıp kanunen çalışılmış gibi addedilen farazi çalışma sürelerini de içermektedir.

Ancak 4857 say. İş K. çalışma süresinden sayılan haller başlığı ile bu farazi çalışma hallerini ayrı bir madde halinde ifade etmiş iken DİK açısından böyle bir hüküm kaleme alınmamış olup sadece hafta tatili ile ilgili 42/2 hükmü bu hususta evlenme, ölüm, hekim raporuna istinaden verilen izinler ve işveren verilen diğer izinlerin fiilen çalışılmış günle gibi hesaba katılacağını belirtmiştir.⁵⁰ Bu sürenin belirlenmesinde esaslar yasa ve yönetmelik hükümleri dâhilinde ve akdedilen iş sözleşmesi çerçevesinde işverenin yönetim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.

Gemi denilen mekân gemiadamı açısından salt bir işyeri değil, aynı zamanda bir yaşam alanıdır.⁵¹ Gemide görülen işin niteliği ve Deniz İş Hukuku alanının özelliği gereği çalışma süreleri de İş Kanunu'na tabi diğer çalışanlardan farklı düzenlenmiştir.⁵² Gemi adamları iş yerleri olan gemilerde seferin uzunluğuyla bağlantılı olarak uzun süreler geçirdiklerinden ve diğer işçiler gibi dinlenme zamanlarını diledikleri şekilde değerlendirme imkânına sahip olmadıklarından farklı düzenlemelere tabi tutulmuşlardır.⁵³

1.2. Normal Çalışma Süreleri:

Tabiat şartları ve çalışma koşulları dolayısıyla deniz taşıma alanında çalışmak çok zor, ağır ve tehlikeli işler sınıfında yer almakta olduğundan gemi fiziki alanı da aynı anda hem iş yeri hem de yaşam alanı olarak kabul edilen bir yer olduğundan denizcilik sektörü çalışanlarının hukukunun daha farklı düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır.

⁵⁰ KAR, s. 118.

⁵¹ BEDÜK, s. 162.

⁵² KAR, dk. s. 172.

⁵³ Bektaş KAR, İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku, Yetkin Yay., 2011, Ankara, s. 117.

Normal iş süresi gemiadamlarının işbaşında ve vardiyada oldukları süreyi ifade etmektedir ve 854 s.k.26/1.maddesinde genel olarak haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek üzere iş süresi günde sekiz, haftada kırk sekiz saat olarak belirlenmiştir. Bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanmakta, gece gündüz ayırımına gidilmeyerek çalışmanın yapıldığı saat aralığı da belirtilmemiş ve uyumsuzluk durumunda gemiadamının çalıştığı saatler ile haftalık çalışma süresinin üzerinde bir çalışmanın mevcudiyeti önem arz etmektedir. Gemiadamının gemide bulunduğu fakat işbaşında vardiya tutmadığı ve serbestçe tasarruf edebildiği süreler çalışma süresinden sayılmamaktadır. Yargıtay, çalışma sürelerinin tespitinde gemiadamının gemide geçirdiği sürelerin tamamının değil işte geçirdiği sürenin dikkate alınması gerektiğini ifade etmekte olup aksi halde, gemiadamının günde 24 saat sürekli olarak çalışması insanın yaradılışı ve tabiatıyla bağdaşmaz.⁵⁴

Çalışma süresi salt fiilen çalışılan sürelerden ibaret olmayıp kanunen çalışılmış gibi addedilen farazi çalışma sürelerini de içermekte olmakla beraber Deniz İş Kanunu açısından İş K.md.66'daki gibi bentler halinde farazi çalışma sürelerini açıkça düzenleyen bir hüküm kaleme alınmamış olup sadece hafta tatili ile ilgili md.42/2 hükmü bu hususta evlenme, ölüm, hekim raporuna istinaden verilen izinler ve işveren verilen diğer izinlerin fiilen çalışılmış günle gibi hesaba katılacağını belirtmiştir.⁵⁵

4.3. Normal Çalışma Süresi Dışında Tutulan Gemiadamları:

DİK md.27 hükmüne göre, 6 bent halinde sayılmış olan kişiler bu kanunun iş sürelerine ilişkin olan hükümlerine tabi değildirler. Bunlar; birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya kılavuz kaptanlar dâhil olmak üzere DİK md.2/c'de yazılı şekilde kendisine vekâlet eden kimse, birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde baş makinist, sağlık memurları ve doktor, hemşire ve hastabakıcılar, kurtarma gemilerinde çalışan ve asli görevleri can, mal ve gemi kurtarmak olan gemi adamları ile gemide kendi nam ve hesabına çalışan kişilerden ibarettir.⁵⁶

⁵⁴ YARGITAY 9.HD 01.06.1995, E.1995/18197, K.1995/19595, YARGITAY 9.HD 14.10.1985, E.1985/6928, K.1985/9281, YARGITAY 9.HD 09.07.1975 E.4223, K.37758, YARGITAY 9.HD 04.02.1976, E.1975/29155, K.1976/4039, BEDÜK, s.166.

⁵⁵ KAR, Deniz İş Hukuku, s. 118.

⁵⁶ ŞAKAR, s. 361.

fazla saatlerle çalışma konusunda maddede üç bent halinde yazılı bulunan haller fazla saatlerle çalışma kapsamında değerlendirilmez. Buna göre, geminin ve gemidekilerin yahut gemi hamulesinin selameti için kaptanın zaruri gördüğü işler, gümrük, karantina ve sair sıhhi formalitelerden kaynaklanan zorunlu işler ile gemi seyir halinde yahut limandayken yaptırılan yangın, denizde çatışma hali yahut denizden adam kurtarma ve savunma talimleri fazla saatlerle çalışma niteliğinde olmayıp zamlı ücrete hak kazandırmayacaktır.⁶¹ Bu işlerin yapılması kaptan yahut vekilinin takdirindedir ve gemiadamlarının bu işleri yapmayı reddi veya onayına sunulması söz konusu olmayıp uyuşmazlık vukuunda gemiadamına yaptırılan işin niteliğine göre maddede yer alan zorunlu hallere dâhil olup olmayacağı tespit edilerek işçi lehine bir sonuca varılması gerekir.⁶²

Bundan başka, DİK md.27’de sayılmış kişilerin fazla çalışma ücreti alıp alamayacaklarına ilişkin doktrinde iki farklı yönde görüş bulunmakta olup, Ulucan’a göre bu kişilerin sürekli çalışmalarından ve karşılığında ücrete hak kazanamamalarından ötürü günlük çalışma süresinin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma sayılması gerektiği ifade edilmiştir.⁶³ Şahlanan, kanunun lafzından yola çıkarak hükmün ifadesi değerlendirildiğinde, bu sürelerin normal çalışma süresi içerisinde de değerlendirilemeyeceğini ve karşılığında normal çalışma ücretinin ödenmeyeceği sonucunu doğuracak şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.⁶⁴ Ekmekçi ise karşıt görüşü ileri sürmüş ve bu kişilerin gemide bulunmalarının gerekliliği üzerinde durarak ancak ihtiyaç halinde çalışmalarını söz konusu olduğundan ve bazı günler hiç çalışmadıkları da göz önüne alınarak çalışma saatlerinin dengelenmiş olduğunu ve bu işlerde geçen sürelerin normal çalışma yahut vardiya süresi içerisinde yapılmış ise karşılığında ücrete hak kazanılamayacağını ifade etmiştir.⁶⁵

Ayrıca İş K. kapsamındaki işçinin fazla çalışma yaptırılması hakkında onayının alınması gerekli iken DİK kapsamındaki gemiadamları açısından bir onay veya rıza aranmamakta olup gemiadamının işvereni herhangi

⁶¹ ŞAKAR, *İş Hukuku Uygulaması*, s. 362.

⁶² DÜNDAR ARAVACIK, s. 2071.

⁶³ DÜNDAR ARAVACIK, s. 2070.

⁶⁴ Fevzi ŞAHLANAN, “Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar”, *TÜHİS, Kasım 1998*, s. 11.

⁶⁵ DÜNDAR/ARAVACIK s.2072’den naklen Ömer EKMEKÇİ, *Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma*, *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl.1, s. 3-4.

bir nedene dayanmaksızın gemiadamına fazla çalışma yaptırabilecektir.⁶⁶ Keza DİK fazla çalışma açısından yıllık bir sınır öngörmediği halde İş K. md.41/8 yıllık 270 saat üst sınır getirmiştir. Ancak bu hususta ILO ve 1999/63/EC sayılı AB direktifinde işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması açısından çalışma sürelerinde sınırlamalar öngörülmüş olup asgari dinlenme süreleri belirlenmiştir.⁶⁷ Direktifin 5.maddesi ile getirilmiş azami çalışma süreleri fazla çalışmanın tespitinde de göz önüne alınmalıdır. Fazla çalışmayı düzenleyen hükümlerin amacından yola çıkıldığında çalışma saatleri belirlenirken gemiadamının sağlığının dikkate alınarak geminin seyri, yük ve yolcular bakımından riskli ve tehlike yaratan hallerde kaptan çalışma saatlerini belirleme yetkisi dahilinde gemiadamlarının dinlenme sürelerinin çalışma süreleri ile orantılı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.⁶⁸

Deniz İş Hukuku'nda sözleşmenin taraflarının iş sözleşmesine, fazla çalışma ücretinin asıl ücrete dâhil olduğu yönünde hüküm koymaları da mümkün görünmektedir. Özellikle son yıllarda karşımıza çıkmakta olan bu durumda gemiadamları ile imzalanan ve genelde belirli süreli olan iş sözleşmelerinde ücretin içinde fazla mesai, hafta ve genel tatil ücretleri ile yıllık ücretli izin paralarının da dâhil olduğuna ilişkin hükümler konulmaktadır.⁶⁹ Ancak bunun bir sınırının bulunması gerektiği de aşikârdır. Bu sınırın çerçevesi ise Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan uluslararası kaynak 180 sayılı ILO Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki Sözleşmesi ile 199/63/EC sayılı AB Direktifi ve 30328 sayılı Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği esas alınarak belirlenecektir.

Denizde görülen işin niteliğinin diğer iş sözleşmelerine nazaran çok farklı karakterde olduğu ve farklı özellikler taşıdığı noktasından yaklaşarak bu ücretin içine dahil edilen kalemlerin yorumlanması daha uygundur. İş yeri olarak gemilerde günlük çalışma düzeni vardiya saatlerine bölünerek ve fiili çalışmalarla günde 8 saati geçmediği için bazı istisnalar dışında öngörülen normal çalışma saatini aşan çalışmalara ihtiyaç yoktur. Gemiadamı vardiya tuttuktan sonra serbest zamanını da zorunlu olarak

⁶⁶ YARGITAY 22.HD. 24.11.2014, E.2013/22829, K.2014/32996, Yargıtay Bilgi Bankası, <https://karara.rama.yargitay.gov.tr/>

⁶⁷ KAR, Deniz İş Hukuku, s. 121.

⁶⁸ DÜNDAR ARAVACIK, s. 2067.

⁶⁹ BİLEN, s. 143.

gemide geçirmek durumundadır. Dolayısıyla karada olduğu şekilde dinlenme zamanını da gemide geçiren gemiadamının emre hazır beklediği gerekçesiyle mücerret fazla mesaiye hak kazanması sonucuna varılamaz. Yaşanan bazı istisnai hallerde, geminin seyir halinde karşılaşılabileceği kötü hava koşulları, deniz kazaları veya limanlardaki yükleme/boşaltma sırasında fazla çalışma olgusu oluşabilir. Bu bağlamda dahi imzalanan bireysel ve toplu iş sözleşmelerinde yer alan uzak yol primi, tanker tehlike primi gibi çeşitli adlar altındaki primler, bu arızı fazla çalışmaları karşılar nitelikte değerlendirilebilir.⁷⁰

4.4.1. Fazla Çalışma Sayılmayan Durumlar:

180 sayılı Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki ILO Sözleşmesi'ne göre gemiadamlarının acil durumlarda yapılacak işlerle ilgili olarak belirli bir yerde toplanarak acil durumlarda yapılması gereken konularda beceri ve deneyim kazandırılması amacıyla yapılan alıştırma olarak ifade edilen role talimleri, yangınla mücadele ve filika talimleri ile ulusal kanunlar, düzenlemeler ve uluslararası belgelerde belirtilen diğer talimler dinlenme sürelerini azaltmayarak yorgunluğa sebebiyet vermeyecek şekilde yapılabilecektir. Zira gemide bulunan insanların, yükün veya başka bir geminin ve insanların tehlikede olduğu hallerde kaptan, gemiadamlarını her zaman çalıştırabilir. Tehlikeli durum bertaraf edilinceye kadar gemiadamlarının çalışma ve dinlenme sürelerini gösteren çizelge askıda kalıp dikkate alınmayacaktır.⁷¹ Ancak 180 sayılı sözleşmede bu sayılan hallerin fazla çalışma olarak değerlendirilmeyeceğine ilişkin herhangi bir hükme de yer verilmemiştir. Benzer şekilde 1999/63/EC sayılı AB direktifindeki düzenlemeler birlikte dikkate alındığında normal çalışma süresi dışında yapılacak olan her çalışmanın amacı dikkate alınmaksızın fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşü de ifade edilmiştir.⁷²

180 sayılı ILO Gemiadamlarının Çalışma Saatleri ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki Sözleşmesine paralel bir düzenleme de DİK md.28'de yer alır. Denizde çalışma işinin özelliklerinden dolayı Deniz İş Kanunu bazı halleri fazla saatlerle çalışma olarak kabul etmemiştir. Buna göre; maddede yazılı şu haller fazla saatlerle çalışma sayılmaz ve işçi bu tür çalışmalardan fazla çalışma ücreti talep edemez:

⁷⁰ YARGITAY 9.HD, 18.05.2004, 2004/3310-12179, BİLEN, s. 143.

⁷¹ BEDÜK, s. 185.

⁷² M. Deniz GÜNER, *Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri*, Çimento İşveren Dergisi C.15 S.6, <https://ceis.org.tr/ceis-yayini/cimento-isveren-dergisi-kasim-2001/>

1. Geminin, gemideki şahısların veya gemi hamulesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,
2. Gümrük, karantina vesair sıhhi formaliteler dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,
3. Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terk etme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savunma) talimleri.

Bu çalışmaların denizde veya limanda iken yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Gemi çalışanlarının sadakat yükümü gereği yolcuların, yükün ve geminin korunması ve seyir güvenliği bakımından bu çalışmaların yapılması gerekli işler olarak değerlendirilmesi gerekir. Gemiadamının bu tür bir çalışmayı reddetme hakkı bulunmayıp, maddede bahsi geçen işlerden birisi söz konusu olduğunda kaptan veya ona vekâlet eden kişinin gemiadamlarının çalışmalarını isteme, çalışmanın zamanını ve uzunluğunu tespit etme yetkisi vardır. Aksi halde DİK md.14/1 uyarınca iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi mümkündür.⁷³

4.4.2. Fazla Çalışmanın Belgelenmesi:

Çalışma süresi gemiadamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süre olup işverenin yahut işveren vekilinin DİK md.26'ya göre gemiadamlarının vardiyalarını, yemek ve dinlenme sürelerini belirttiği çizelgeyi gemiadamlarının görebilecekleri şekilde bir yere asma yükümlülükleri vardır.⁷⁴

DİK md.28'e göre fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır ve bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hak ettiği fazla çalışma ücreti gösterilir. Tutulan bu defter ve belgeler fazla çalışma yapıldığına dair delil oluşturur. Bu defterde fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne ilişkin gemiadamına uygulanan zam oranları ile fazla çalışma ücreti gösterilir.

⁷³ BEDÜK, s. 186.

⁷⁴ ŞAKAR, s. 361.

Ayrıca uygulamada TİS’de işveren tarafından tutulması gereken defter dışında yapılan fazla çalışmaların kaptan tarafından gemiadamının şahsına ait başka bir deftere işlenmek suretiyle çift yönlü bir tespit sağlanmaktadır.⁷⁵ Her hâlükârda, işveren yahut işveren vekilinin yükümlü olduğu bu defteri tutmamış olması gemiadamının fazla çalışma iddialarını ortadan kaldırmaz. İşyeri kayıtları, gemi jurnali, bordro ve tanık beyanları dahil her tür delillerle gemiadamının fazla çalışmasını ispatı mümkündür. Ancak defter tutulmuş ve gemiadamı ihtirazi kayıt koymaksızın bu defteri imzalamış ise defterde yazılı saatlerden başka fazla çalışma yaptığını iddia edemez.⁷⁶

4.4.3. Fazla Çalışma Ücreti:

Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücretler için hizmet akdinde gösterilmiş bulunan zaman, yer ve devrelerde, işveren veya işveren vekili tarafından gemiadamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur (DİK md.28/son).

Yargıtay uygulamasında hakkaniyet indirimi⁷⁷ olarak adlandırılan ve gemiadamlarının uzun süreler aynı şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gemiadamının izinli, raporlu yahut mazeretli olacağı günlerin dikkate alınarak çalışma sürelerinde hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiği benimsenmekte olup gemiadamlarının fazla çalışma sürelerinin belirlenmesinde gemiadamlarının sağlıklarının da korumasına hizmet edecek şekilde insan takati ve temel ihtiyaçların karşılanması zorunluluğuna da dikkat çekilmektedir.⁷⁸

Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında hangi oranın dikkate alınması gerektiği hususunda, BİK ve İş Kanunu hükümlerine bakıldığında yapılan fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret, normal çalışma ücretinin %50 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktar olarak hükme bağlanmış iken DİK açısından işin niteliğinden doğmayan gereksiz bir ayırım gözetilerek %25 oranından az olmamak üzere belirlenecek oran üzerinden hesaplanacağı ifade edilmektedir.⁷⁹ Türk Uluslararası Gemi Sicili

⁷⁵ BEDÜK, s. 187.

⁷⁶ YARGITAY 9.HD, 01.06.1995, E.1995/18197, K.1995/19595, BEDÜK, s. 187.

⁷⁷ BEDÜK, s. 190.

⁷⁸ YARGITAY 7.HD 21.10.2014, E.2014/13063, K.2014, 19239, DÜNDAR/ARAVACIK, s. 2091.

⁷⁹ DÜNDAR ARAVACIK, s. 2085.

Yönetmeliği ve 4490 sayılı Uluslararası Türk Gemi Sicili Kanunu⁸⁰'na göre bu sicile kayıtlı gemilerde çalışan gemiadamlarına ödenen ücretler gelir vergisi ve fondan muaf olduğundan geniş anlamda ücret tabirine dahil edilen fazla çalışma ücretlerinden de ilgili kesintiler yapılamaz. Bu doğrultuda fazla çalışma ücretleri de geniş anlamda ücret kavramına giren bir ödeme olduğundan fazla saatlerde çalışmalara ait ücretlerden de gelir vergisi kesintisi yapılmayacaktır.⁸¹

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 say. Sözleşmesine ek 187 say. Tavsiye kararında 'Gemi Adamlarının Ücretleri' başlıklı 3.maddesinin ifadesiyle de örtüşmekte olan DİK düzenlemesi, yasal oranın asgari oranı ifade ettiği ve bu anlamda fazla çalışmanın tanzimi için ödenecek ücretlerin saat başına ödenecek temel ücretin 1,25'inden az olmamak üzere artırılması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir. Hâlihazırda DİK md.48 hükmü ile bu oranın iş akdi veya toplu iş sözleşmelerine taraflarca konulacak işçi lehine hükümler ile artırılabilmesi imkânı açıkça verilmektedir. Buna göre fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda taraflar arasında ödeme oranı belirlenmiş ise asgari %25'in altında olmamak kaydıyla bu oranın esas alınması, şayet taraflarca oran belirlenmemiş ise Borçlar Kanunu'nun DİK'na göre genel kanun olması sebebiyle işçi lehine olan %50 fazlasının fazla çalışmanın yapıldığı tarihteki çıplak saat ücretine ilave edilerek hesaplanması ve ödenmesinin kabul edilmesi gerekli görünmektedir.⁸²

Genel kanun niteliğini haiz 6098 say. Borçlar Kanunu 402.maddesine göre de işçiye ödenecek fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin %50 oranda artırılarak bulunarak ödenecektir. Diğer kanunların özel kanun olması sebebiyle %50 oranı DİK kapsamındaki işçilere uygulanamayacak olsa da genel kanun niteliğindeki BK md.402 hükmünün Deniz İş Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıklara DİK md.48 baz alınarak uygulanması suretiyle diğer kanunlara tabi işçiler ile DİK tabi işçiler arasındaki eşitsizlik giderilebilmelidir. Zira DİK md.48 ifadesi ile DİK hükümleri gemiadamlarına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, TİS, iş akdi yahut örf ve adetlerden doğan haklara hâlel getirmeyerek lehe

⁸⁰ RG 23913, 21.12.1999.

⁸¹ Gürkan TEKER, Gemi Adamlarının Fazla Çalışması ve Fazla Çalışma Ücreti, 18.05.2015, <http://www.alomaliye.com/2015/05/18/gemi-adamlarinin-fazla-calismasi-ve-fazla-calisma-ureti/>

⁸² YARGITAY 22.HD. 24.9.2014, E.2014/21468, K.2014/25424, DÜNDAR/ARAVACIK, s. 2089.

kanun hükümlerinin uygulanabilirliğinin önünü açmıştır. Ayrıca genel ilkeler gereğince Yargıtay'ın 1958 tarihli İBK'nda ifade ettiği gibi işçinin korunması esasına dayanan işçi lehine yorum ilkesi İş Hukukunun ana kaidelerindedir.⁸³

Sonuç

Deniz İş Hukuku, denizcilik sektörünün kendine özgü kavram, gelenek ve uygulamaları dahilinde değerlendirilmesi gereken ve gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamları ile işverenleri arasındaki çalışma ilişkilerini düzenleyen bir hukuk dalıdır. İş ilişkisinin ifa edildiği yer olan gemi de klasik anlamdaki işin görüldüğü yerden farklılık arz etmektedir. Bu sebeple işçi kavramının yerini Deniz İş Hukuku'nda 'gemiadamı' kavramı almıştır. Gemiadamı, hangi meslek ve unvana sahip olursa olsun gemi sahibi ve işleten diye addedeceğimiz işverenine koşulları kendi özelliklerini taşıyan bir iş sözleşmesi ile bağlı olarak çalışmaktadır. Deniz İş Kanunu'nun yer itibariyle uygulama alanı gemilerdir. Ancak kanunda gemi kavramı tanımlanmamıştır. Gemi, TTK'da tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre; tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da TTK'ya göre gemi sayılır (TTK md.931). Gemi denilince akla gelen deniz taşıma işleri olsa da yolcu ve eşya taşıma işleri de salt denizde değil, iç sularda nehir ve göllerde de yapılmaktadır.

Deniz İş Hukuku, Deniz İş Kanunu'nun dışında pek çok ulusal ve uluslararası kaynağı kapsayan bir düzenleme sahasında yer almakta ve deniz ticaretinin de bünyesine uygun kurallarla, ILO normları, sözleşme ve tavsiye kararları ve buna uygun olarak çıkartılan yönetmelikler ve AB direktifleri ile getirilen kurallar dahilinde düzenlemeler barındırmaktadır. Buna uygun şekilde çıkartılan 10.02.2018 tarihli ve 30328 sayılı Gemiadamları Ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği çok detaylı bir düzenleme getirmekte ve münhasır olarak Türk Bayraklı gemilerde çalışan ve çalışacak olan gemiadamlarını ve bunların yeterlikleri, eğitimleri, sınavları, belgelendirilmeleri, sağlık durumları, kütükleme işlemleri ve vardiya tutma ile ilgili kuralları kapsamaktadır. Dolayısıyla gemilerin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, tayfaları ve yardımcı hizmet personelleri bu yönetmelikte belirtilen yeterliliğe ve/veya uzmanlığa sahip kimselerdir.

⁸³ YARGITAY İBK, 25.01.1958,E.157, K.4628, DÜNDAR/ARAVACIK, s. 2086-2087.

Deniz İş Sözleşmesi, denizcilik mesleği ve çalışma koşullarından kaynaklı özellikleri bünyesinde barındıran bir özel hukuk sözleşmesidir. Gemiadamlarının istihdamında kanun ve uluslararası sözleşmelere bağlı olarak birtakım sınırlamalar bulunmakta olup buna göre yaş sınırı ve belirli yeterliliklere sahip olmak şartlarının sağlanması sözleşmenin yapılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Sözleşmenin yaş, eğitim ve yabancılık unsurları bakımından sınırlandığı ancak eski hükümlü ve özürsüz istihdamının zorunlu tutulduğu ve yazılı olarak yapılması gerekliliği ifade edilmiş olup yazılı yapılmamış olması sözleşmeyi geçersiz kılmamaktadır.

Çalışma süresi, işçinin işin yerine getirilmesi için geçirdiği süreleri ifade etmekte olup denizde çalışma hayatına ilişkin olarak ILO'nun Gemiadamlarının Çalışma Süreleri Ve Gemilerin Gemiadamları ile Donatılması Hakkındaki Sözleşmesi spesifik olarak bu alana ilişkin düzenlemeler içermektedir. Fazla çalışma hususunda ise gemide çalışma koşullarının farklı oluşu bu konunun da farklı değerlendirilmesini gerektirmektedir. İşyeri olarak gemide bulunan gemiadamları, vardiyalı çalışma saatleri haricinde geçirecekleri serbest zamanlarını da aynı gemide serbest tasarruf halinde geçirmekte olduklarından bu alandaki fazla çalışma olgusunu birebir klasik anlamdaki fazla çalışma gibi değerlendirmemek gerekir. Deniz İş Kanunu'nda fazla çalışmaların sınırına ilişkin olarak bir hüküm bulunmamasından doğan boşluğun Yargıtay dairelerince hakkaniyet indirimi ile çözümlenmeye çalışılması da kararlar arası farklılıklar oluşturmaktadır. Oysa fazla çalışmalara ilişkin sorunların çözümünde ILO 180 sayılı sözleşmesi ile 1999/63/EC sayılı AB direktifi göz ardı edilmemelidir.

Ticari yaşamın dinamik bir yapıya sahip olmasından mütevellit gerek Ticaret Hukuku gerek İş Hukukunun bu paralelde gelişiminin sağlanması gerekmekte olup AB ve ILO normlarına uyum zorunluluğunun mevzuat hükümlerine revize edilme ihtiyacı yahut yeniden kaleme alınma zorunluluğunu da beraberinde getirdiği yadsınamaz bir gerçektir. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'muz 1967 tarihli olup, çalışma hayatının ihtiyaçları, denizcilik mesleğinin gerekliliklerinin karşılanması, sosyal ve ekonomik hayattaki diğer gelişmelerin çok gerisinde kalmıştır. 1980 yılında 20.maddede, 1988'de 35.maddede ve 2003/2008'de ceza hükümleri olan 50-51-52-53.maddelerde, 2008'de 29.madde ve yine 1975-1982 ve 2003 yıllarında ek madde 1, geçici madde ve geçici ek maddelerde yapılan

değişiklikler İş Kanunu'ndaki değişikliklere paralel olarak gerçekleştirilmiş olsa da Deniz İş Kanunu'nda güncelliği sağlamak açısından yeterli olmamıştır.⁸⁴ Ayrıca ILO tarafından kabul edilen sözleşmeler ve tavsiye kararlarına uyumluluğu karşısında ise DİK'nun revize edilmiş olmayışından kaynaklı olarak güncelliğini yitirmiş olup derhal revize edilmesi yahut kanunun yeniden kaleme alınması gerekmektedir.

Kaynakça

Kitaplar:

- [1] AKSAR, Yusuf, *Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- [2] ARAVACIK, Esra Dünder, "Deniz İş Hukuku'nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017.
- [3] BAYKAL, Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1.baskı, İstanbul, 1998.
- [4] BEDÜK, Mehmet Nusret, *Deniz İş Sözleşmesi*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 1.baskı, Bursa, 2012.
- [5] BİLEN, Tuncay, *Gemi Adamlarının İşçilik Alacakları Hakkında Farklı Uygulamalar*, Ali Güneren'e Armağan, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010.
- [6] EKMEKÇİ, Ömer, "Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma", *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl.1.
- [7] ELBİR, Halid Kemal, *İş Hukuku*, Filiz Kitabevi, 9.baskı, İstanbul, 1987.
- [8] KAR, Bektaş, *Deniz İş Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yay, Ankara, 2014.
- [9] KAR, Bektaş, *İçtihatları ve Mevzuatı ile Deniz İş Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2011.

⁸⁴ BEDÜK, s. 4.

[10] KAR, Bektaş, “İş Davalarında Usul Uygulamalarının İçtihatlar Bağlamında Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu İş Hukuku Günleri-II Sempozyumu, Uluslararası Sözleşmelerin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukumuzda Uygulama Sorunları, İzmir, 10-11 Mayıs 2013.

[11] KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIOĞLU, Emine, *Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-I*, Oniki Levha Yayıncılık, 13.baskı, İstanbul, 2012.

[12] ŞAHLANAN, Fevzi, “Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar”, TÜHİS, Kasım, 1998.

[13] ŞAKAR, Müjdat, *İş Hukuku Uygulaması*, 12.baskı, Beta Yay., İstanbul, 2018.

[14] SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, Beta Yay., 16.baskı, İstanbul, 2018.

[15] TİRYAKİ, Hamit, *Tüm Yönleriyle İş Hukukunda Güncel Makaleler*, Bilge Yayınevi, 1.baskı, Ankara, 2016.

[16] TUNCAY, Can: “ILO Normları Işığında Gemi Adamlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri”, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul, 2008.

Elektronik Kaynaklar:

[1] CEREV, Gökçe, “Türkiye’de Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışanların Sendikal Örgütlenme Yapısı Ve Sorunları”, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 22, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/305953>

[2] DUMAN, Ruhi, <http://www.vda.org.tr/aylik-yazi/hukuk-uluslararası-deniz-hukuku/16>

[3] GÜNER, M. Deniz, “Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri”, Çimento İşveren Dergisi C.15 S.6, <https://ceis.org.tr/ceis-yayini/cimento-isveren-dergisi-kasim-2001/>

[4] İstanbul Bilgi Üniversitesi Deniz Hukuku Araştırma Merkezi Raporu: https://denizhukuku.bilgi.edu.tr/media/2017/4/9/2006%20Denizcilik%20%C3%87a1%C4%B1%C5%9Fma%20S%C3%B6zle%C5%9Fmesinin%20Onaylanmas%C4%B1n%C4%B1n%20Uygun%20Bulundu%C4%9Funa%20Dair%20Kanun_X4qHS8z.pdf

[5] NURDOĞAN, Ali Kemal, “Uluslararası Çalışma Örgütünün (UÇÖ-ILO) Yüzüncü Yıl Dönümü ve Türkiye İlişkileri”, Bitlis Eren Üniversitesi Akademik İzdüşüm Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, Aralık 2018, s.78-95. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/612630>

[6] TEKER, Gürkan, Gemi Adamlarının Fazla Çalışması ve Fazla Çalışma Ücreti, 18.05.2015, <http://www.alomaliye.com/2015/05/18/gemi-adamlarinin-fazla-calismasi-ve-fazla-calisma-ucreti/>

[7] Türkiye Denizciler Sendikası: <http://tds.org.tr/2006-denizcilik-calisma-sozlesmesimlc-2006-05-haziran-2018-tarihli-degisiklikler/>

[8] YKA: Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 10 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.

6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir. Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 Şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well.

The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

- 1. Hukuk Fakültesi** is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydın University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
- The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
- The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.
- The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in **bold** letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in **bold** whereas the addresses must be typed in *italic* letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide *keywords* consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information in an orderly way. All the section (regular) and sub (*italics*) titles must be written in 12- point size, **bold** characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr



KÜTÜPHANE VE BİLGİ MERKEZİMİZ 7/24 HİZMET VERİYOR



56.000
Basılı Kaynak



1.000.000
E-Kaynak



Engelsiz
Kütüphane



Mobil
Uygulamalar

24/7

- Kütüphane 7/24/365 gün hep açık
- 75.000 aylık kullanıcı
- Mimarlık ve Mühendislik Fakültesi için çizim salonları
- Kafeterya



instagram: kutuphaneiau



twitter.com/iaukutuphane



facebook.com/iaukutuphane