

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XIX SAYI: 3 – 4 ARALIK 2015

KAMU HUKUKU ♦DÖNER/KELEK, Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı
♦DEMİRTAŞ, Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi.

ÖZEL HUKUK ♦ÖZER, 6704 Sayılı Yasayla Getirilen İşveren Teşviği ♦SÖNMEZ, Kurumsal Sosyal Sorumluluğun Önemi ve Mevzuattaki Düzenlenişi: AB ve Türkiye Kıyaslaması ♦TÖRE, Geçmişten Günümüze Türkiye'de Yabancı Sermaye Mevzuatı
♦ Ahmet Cevdet Paşa Farazi Dava ve Duruşma Yarışması II, Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Takımı Davacı ve Davalı Dilekçeleri.

ERZİNCAN – 2015

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XIX SAYI: 3-4 YIL: 2015

**ARALIK – 2015
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

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

Basım Yeri: ÖZSOY OFSET Merkez Çarşısı 5. Sokak No: 82 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Aralık - 2016

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŞMA KURULU

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Őehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rmazan ÇAĐLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Yrd. Doç. Dr. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Mehmet Akif ETGÜ, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. İsmail KÖKÜSARI, Yrd. Doç.Dr. Ahmet NAR, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Mehmet SAYDAM, Yrd.Doç. Dr. Melih SÖNMEZ, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Arş.Gör. Dr. Fatih AYDEMİR, Arş.Gör.Dr. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör.Dr. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör.Dr. Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş. Gör. Feyza EROL, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Sevda KESKİN, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Serkan OĞUZ, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÖKSÜZ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş. Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Emel TEKTEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Muhammet Enes YILDIZ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Ayhan DÖNER/Arş. Gör. Mücahit KELEK

Negatif Yükümlülükler Açısından Sağlık Hakkı 1–21

Arş. Gör. Dr. Soner DEMİRTAŞ

Elektronik Cihazların Kullanılması Suretiyle Şüpheli, Sanık veya Hükümlülerin Toplum İçinde İzlenmesi 23–55

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER

6704 Sayılı Yasayla Getirilen İşveren Teşviği 59–87

Yrd. Doç. Dr. Melih SÖNMEZ

Kurumsal Sosyal Sorumluluğun Önemi ve Mevzuattaki Düzenlenişi: AB ve Türkiye Kıyaslaması 89–121

Arş. Gör. Dr. İrem TÖRE

Geçmişten Günümüze Türkiye’de Yabancı Sermaye Mevzuatı..... 123–148

Ahmet Cevdet Paşa Farazi Dava ve Duruşma Yarışması II

Erzincan Hukuk Fakültesi Takımı Davacı ve Davalı Dilekçesi 149–175

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Ayhan DÖNER/ Research Asst. Mücahit KELEK

The Right to Health in terms of Negative Obligation 1–21

Research Asst. Dr. Soner DEMİRTAŞ

The Surveillance of Suspect, Accused or Convicts in Society by means of Electronic Devices 23–55

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Hatice Duygu ÖZER

The Employer Incentive legislated with Code Number 6704 59–87

Asst. Prof. Dr. Melih SÖNMEZ

The Importance of Institutional Social Responsibility and the Regulation in the Body of Current Law: The Comparison between European Union and Turkey 89–121

Research Asst. Dr. İrem TÖRE

The Regulations of Foreign Capital from Past to Present in Turkey ... 123–148

The Competetion of Ahmet Cevdet Paşa Imaginary Claim and Hearing II

The Petitions of Pleintiff and Defendant from the Team of Erzincan Universty Faculty of Law 149–175

Kamu Hukuku

NEGATİF YÜKÜMLÜLÜKLER AÇISINDAN SAĞLIK HAKKI

*Doç. Dr. Ayhan DÖNER**

*Arş. Gör. Mücahit KELEK***

GİRİŞ

İnsanın sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu hakları vardır. Bu haklar insan hakları olarak ifade edilmektedir. Sağlık hakkı da bir insan hakkıdır. Sağlık hakkı, insanın insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi içinde yaşayabilmesi için gerekli olan bir haktır.

Sağlık hakkı düzenleme itibariyle sosyal ve ekonomik haklar kategorisinde düzenlenmiş olmasına rağmen birçok temel hak ile yakından ilgilidir. Sağlık hakkı, yaşam hakkı ile yakından ilgilidir. Aynı zamanda sağlık hakkının taşıdığı önem dolayısıyla kişinin maddi ve manevi bütünlüğü de sağlık hakkının kapsamında yer almaktadır. Sağlık hakkı öyle bir temel haktır ki, başta temel haklar olmak üzere diğer hakların hayata geçirilmesi için hayati öneme sahiptir. Öyle ki insanın sağlık hakkı olmadan diğer hakları kullanması düşünülemez. Bu yönüyle sağlık hakkı, insanların yaşamlarını sürdürebilmesi için vazgeçilmez bir haktır.

Sağlık hakkı uluslararası düzenlemelerde devlete pozitif yükümlülükler yüklenen hak olarak düzenlenmiş olmasına rağmen hakkın kapsamı bakımından negatif bir boyutunun olduğu da kabul edilmektedir. Devletin sağlık hakkını yerine getirmesi için pozitif bir edimde bulunması gerekirken, kişilerin vücut bütünlüğü yönünden karar vermeleri ve istemesi halinde tıbbi müdahaleye maruz kalmamaları ise hakkın negatif boyutunu teşkil etmektedir.

Sağlık hakkı, en yüksek düzeyde ulaşılabilir bir insan hakkı olarak uluslararası düzenlemelerde düzenlenmiştir. Sağlık hakkına yer veren uluslararası belgeler sağlık hakkının en yüksek standartta sunulması ve herkesin sağlık hakkına sahip olduğunu vurgulamaktadır. Aynı zamanda sağlık hakkı, çağdaş sosyal devlet anlayışının en yaygın hizmetlerinden biridir.

* Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Gaziosman Paşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Türk hukukunda sağlık hakkı ilk kez 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Daha sonra 1982 Anayasasında düzenlenmiştir. Anayasamızda sağlık hakkı ekonomik ve sosyal haklar arasında düzenlenmiştir. Devlet sağlık hakkını düzenlemiş, mali gücünün yeterliliği oranından yerine getirileceğini hükme bağlamıştır.

Bu çalışmada, sağlık hakkını genel olarak tanımlanarak hukuki niteliği açıklanmaya çalışılmaktadır. Uluslararası düzenlemelerde sağlık hakkının düzenlenmesi ve sağlık hakkının kapsamı ele alınarak Türk hukukunda sağlık hakkının düzenlenmesi, sınırı ve kapsamı incelenmektedir.

I. GENEL OLARAK

Sağlık kelimesi, “*vücudun hasta olmaması durumu, vücut esenliği, esenlik, sıhhat, afiyet*”¹ demektir. Sağlık, yöneldiği anlam bakımından sağlıklı olmayı ifade eder. Ancak sağlık hakkını tanımlamak için yeterli değildir. Çünkü bu hak sadece sağlıklı olmak veya sağlık kuruluşlarına erişim hakkı demek değildir. Sağlık taşıdığı önem itibarıyla, kişilerin hasta olmadan önce (ex ante) sahip oldukları ve hasta olduktan sonra (ex post) korunması gereken bir hak niteliğine sahiptir.

Dünya Sağlık Örgütü Anayasası² ve 1978 Alma-Ata Bildirgesi³, sağlığı “*yalnızca hasta veya sakat olmama değil, fiziksel, zihinsel ve sosyal anlamda tam bir iyi olma hali*” olarak tanımlanmıştır. Uluslararası belgeler sağlık hakkına çok fazla önem vermiş, sağlık hakkını yaşam hakkı ile birlikte değerlendirmiştir⁴. Sağlık hakkı yaşam hakkının gereği olarak kişilere verilen bir haktır.

Sağlık hakkı tanımdan anlaşıldığı üzere, sadece hastalık halinde değil, kişilerin hasta olmadan önce de sahip oldukları bir haktır. Bu kapsamda

1 Güncel Türkçe Sözlük http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53674757016038.74014604(E.T:18.03.2014)

2 <http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29>. (E.T:11.11.2014)

3 http://www.tb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=521:temel-saik-hmetleruluslararasi-konferansi-bdalmaata&catid=6:uluslararasyige&Itemid=36. (E.T:11.11.2014)

4 “*Sağlık hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 25. maddesinde yer aldığı üzere “yaşama hakkı” ile ilişkilendirildiği görülmektedir.*” E.Gültevin Gür, “Dezenformasyona Uğratan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu*, s.300. <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gur.pdf>. (E.T:08.02.2014)

kişilerin, hasta olmadan evvel sağlığının korunması ve bireylere eşit, nitelikli olanakların sağlanması ve bunlara ulaşabilmesi anlaşılmaktadır⁵.

Sağlık, bireyin anne rahmine düştüğü andan itibaren ölene kadar sahip olduğu bir temel hak olarak kabul edilmektedir⁶. O halde sağlık hakkı kişilerin daha doğmadan henüz cenin iken sahip olduğu bir haktır diyebiliriz. Bu anlamda sağlık hakkı düzenlenmesi ve korunması bakımından insanlar açısından daha önemli bir haktır.

Sağlık hakkı, kişilerin devletten, sağlıklarının korunmasını ve hasta olmaları durumunda tedavi olabilmeye ve toplumsal sağlık kuruluşlarından faydalanabilme hakkıdır⁷. Sağlık hakkı, en yüksek düzeyde ulaşılabilir sağlık standartlarından yararlanma hakkıdır diyebiliriz⁸. Sağlıklı birey ve sağlıklı toplum amacına ulaşmak için gerekli sağlık kuruluşlarına ulaşma, bunlardan yararlanma hakkıdır⁹.

Sağlık hakkı, temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Sağlık hakkı olmadan diğer hakların gerçekleşme ve kullanılma şartları bulunmamaktadır¹⁰.

II. SAĞLIK HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Sağlık hakkı, konusu bakımından sosyal haklar kategorisinde¹¹, tarihsel gelişimi bakımından ikinci kuşak haklar¹² arasında yer alır¹³. 1982

⁵ Enver Bozkurt, "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı", Sağlık Hukuku Kurultayı, *Ankara Barosu Yayınları*, Ankara 2008, s.14.

⁶ Yafes Çakır, "Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması ve Bu Uygulamanın Sosyal Devlet İlkesi ve Sosyal Güvenlik Hakkı Bakımından İncelenmesi", *Sayıştay Dergisi*, S.80, Ocak-Mart 2011, s.88.

⁷ Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, XII Levha Yayınları, 2009, s.202; Fatih Birtek, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu" *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3-4, 2007, s.81.

⁸ Çakır, s.86; Adil Şahin, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.59, S.4, 2010, s.713; Nazmi Zengin, "Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu", *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, Ocak 2010, S.1, s.45.

⁹ Zengin, s.45; Çakır, s.88-89.

¹⁰ Bulut, s.202.

¹¹ Şahin, s.711.

¹² Temel hak ve hürriyetler ortaya çıkışlarına göre tarihsel olarak birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar olmak üzere üçe ayrılır. Birinci kuşak haklar ilk olarak ortaya çıkan haklardır. Kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, siyasal haklar gibi. İkinci kuşak haklar, çalışma, dinlenme, emeklilik ve sağlık hakkı gibi sosyal ve

Anayasası'nda sağlık hakkı sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmiştir¹⁴. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında 56. maddesinde sağlık hakkı düzenlenmiştir.

Ekonomik ve sosyal haklar, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal devlet ilkesi çerçevesinde hukuki güvenceye alınmıştır. Bu haklar, işçi sınıfının mücadelesi ile kazanılmış ve uluslararası metinlerde yer bulmuştur¹⁵.

Sağlık hakkı, ikinci kuşak haklar arasında sayılmakla birlikte devletin yükümlülükleri bakımından pozitif statü hakları içerisinde değerlendirilmektedir¹⁶. Pozitif statü hakları, devletten isteme haklarıdır. Bu yönüyle sağlık hakkı da kişilerin devletten olumlu edimde bulunmasını isteme hakkı içerisinde yer alır¹⁷. Sağlık hakkının yukarıda verilen tanımı, hakkın Anayasada düzenlenme yeri dikkate alındığında pozitif haklar içerisinde yer aldığı, kişilerin pozitif statüleri içerisinde yer aldığı söylenebilir; ancak sağlık kavramının negatif bir boyutunun olduğu da gözden kaçmamalıdır¹⁸. Sağlık hakkı ile korunan değer, sağlığın bozulduğu zaman düzeltilmesine yönelik hizmetler, kuruluşlardan faydalanma hakkı değil, vücut bütünlüğünün sağlanmasına yönelik saygı ve korunan değerdir. Kişilerin sağlığına zararlı faaliyetlerden korunması buna örnek gösterilebilir¹⁹. Bu durum devletin negatif yükümlülüğünün bir yansımasıdır. Buradan hareketle, sağlık hakkı her ne kadar pozitif bir hak

ekonomik hakları içerir. Üçüncü kuşak haklar ise, dayanışma hakkı da denilen çevre hakkı, barış hakkı gibi haklardır. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2011, s.412.

13 Bozkurt, s.13-14.

14 Özgür Temiz, "Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.69, No.1, 2014, s.167; İbrahim Şahbaz, "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", *TBB Dergisi*, S.86, 2009, s.405.

15 Bulut, s.206; Öznur Vuran Doğan, "Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları", *Sağlık Hukuku Digestası*, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.347.

16 Jellinek'in klasik ayrımına göre temel hak ve hürriyetler üç gruba ayrılır. Bunlar negatif statü, pozitif statü ve aktif statü haklarıdır. Negatif statü hakları, devlet tarafından karışılmayacak, dokunulmayacak haklardır. Devlete "karışmama", "gölge etmeme" ödevi yükler. Pozitif statü hakları, devletten olumlu bir davranış, isteme imkanı tanıyan haklardır. Aktif statü hakları ise, kişinin devlet yönetimine katılımını sağlayan haklardır. Bunlara katılma hakları da denir. Gözler, s.411-412.

17 Vual Doğan, s.350.

18 Temiz, s.169; Zengin, s.48.

19 Temiz, s.169.

olarak devletten olumlu edimler isteme hakkı olsa da aynı zamanda hakkın kapsamı itibariyle negatif bir yönü, devlete olumsuz edim yükleyen bir yönü de bulunmaktadır.

Devletin, sağlık hakkı konusundaki görevleri iki açıdan ele alınmaktadır. Birincisi, sağlıklı yaşam koşullarının oluşturulması ve kişilerin sağlıklı olmaları için gerekli önlemlerin alınmasıdır. İkincisi, kişilerin hasta olmaları halinde her türlü sağlık hizmeti ve tıbbi yardımın sağlanmasıdır²⁰. İlki önleyici sağlık hizmetleri kapsamında yer almakta, ikincisi ise, bastırıcı nitelikte olup sonradan oluşan durumların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır.

Uluslararası belgelerde devlete yüklenen ödevler şu şekilde sıralanmaktadır; sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak, sağlığı geliştirmek, salgın hastalıkları ve meslek hastalıkları önlemek, bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukları sağlıklı gelişimini sağlamak, çevre sağlığını ileriye götürmek²¹. Bununla birlikte, kişilerin hasta olmaları halinde sağlık kuruluşlarına ulaşmalarını ve mümkün olan her türlü sağlık hizmetinden faydalanmasını sağlamak da devletin sağlık hakkı konusunda görevleri arasında yer almaktadır.

III. ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE SAĞLIK HAKKI

Uluslararası düzenlemeler sağlık hakkına çok önem vermiştir. Birçok uluslararası belgede insan hakları doğrudan yer aldığı gibi bazılarında ise dolaylı olarak yer verilmiştir.

Sağlık hakkına, uluslararası belgelerde ilk olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde yer verilmiştir. Bildirgenin 25. maddesine göre; *“Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.”* Burada sağlık hakkı yaşam hakkı ile ilişkilendirilmiştir²². Bu düzenleme, sağlık hakkının ayrı bir hak olarak, bağımsız bir hak olarak düzenlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır²³.

20 Bulut, s.209.

21 Bulut, s.210.

22 Gür, s.300.

23 Bozkurt, s.15.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 12. maddesi ile sağlık hakkı düzenlenmiş ve Sözleşmeye taraf olan devletlere yükümlülükler getirilmiştir²⁴. Buna göre, herkes, en yüksek standartta sağlık hakkına sahiptir. Bu durumda sağlık hakkı ideal olanı yakalamak bakımından insan onuruna yakışır bir şekilde bu hakkından yararlanacaktır. Aynı zamanda hakkın kapsamı çerçevesinde devlete birtakım yükümlülükler getirilmiştir. ESKHS, ikinci kuşak hakları düzenlemekte ve böylece medeni ve siyasi hakların düzenlendiği birinci kuşak hakları tamamlamaktadır²⁵.

Sözleşme ile sağlık hakkının güvenceye alınması konusunda taraf devletlere pozitif edimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu hususta çocuk ölüm oranlarının hızla düşürülerek çocukların sağlıklı gelişiminin sağlanması ve koruyucu sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması şeklinde ifade edilmiştir. Burada altı çizilmesi gereken nokta, sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulmasıdır. Nitekim devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün somut yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

ESKHS Komitesi sağlık hakkını 14. yorumun 8. paragrafında²⁶ şöyle açıklamıştır: *“Sağlık hakkı, sağlıklı olma hakkı gibi anlaşılmamaktadır. Sağlık hakkı, hem hakları hem de özgürlükleri içermektedir. Buradaki özgürlükler, cinsel ve üremeyle ilgili özgürlükler dahil kişinin kendi sağlık ve bedenini kontrol etme hakkını ve müdahaleye maruz kalmama hakkını; örneğin, işkence görmeme hakkı, rıza olmadan tıbbi tedavi ve işleme tabi tutulmama hakkını içermektedir. Buna karşılık haklar, mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık durumuna ulaşabilmeleri için insanlara eşit imkanlar sunan bir sağlık koruma sistemine sahip olma hakkını*

24 Madde 12: 1-Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilir en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul eder.

2-Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin, bu hakkın tam olarak kullanılmasını sağlamak için alacakları tedbirler şu amaçlara yönelik olacaktır:

a)Ölü doğum ve çocuk ölümleri oranlarının düşürülmesini ve çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişmesini sağlamak;
b)Çevresel ve sınavi sağlık şartlarının her yönüyle iyileştirilmesi;
c)Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;
d)Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması.

25 Vuran Doğan, s.356.

26 Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 14 No'lu Genel Yorumu: Ulaşılabilir En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/saglik_hakki/saglik_hakki_eskhk_14_no_lu_genel_yorumu_ulasilabilecek_en_y.pdf. (E.T:11.11.2014)

içermektedir." Komitenin bu yorumundan çıkan sonuç, sağlık hakkının hem pozitif edim hem de negatif edimler içeren bir hak olduğudur. Devlete birtakım ödevler yüklemektedir. Sağlık hakkı üzerine en kapsamlı içerik Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesidir. Hem maddenin içeriği hem de maddenin yorumunda, kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Devletin sağlık hakkı bakımından şartları en yüksek standartta hazırlaması ve bu konuda gereken adımları atması yönüyle pozitif edimde bulunması düzenlenmiştir.

Komitenin genel yorumunda, sağlık hakkının kapsamını çok geniş tuttuğu görülmektedir. Sağlık tanımı Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımı ile çok benzer bir şekilde tanımladığı görülmektedir. Sağlık hakkını hem hak hem de özgürlük olarak nitelendirmektedir. Kişilerin sağlık hakkına ulaşması ve sağlık hizmetlerinden yararlanması hak boyutunu; vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler karşısında karar vermesi ise özgürlük boyutunu oluşturmaktadır. Bu açıdan sağlık hakkı kişilerin maddi ve manevi olarak vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığı hakkı ile çok yakından ilişkilidir.

Sözleşme metninde geçen "*erişilebilir en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı*" ibaresi ile hakkın tıbbi bakım ile sınırlandırıldığı ve sağlık hakkının eksik ifade edildiği ileri sürülmektedir²⁷. Ancak yukarıda anılan sözleşme metninin yorumunda hakkın sadece tıbbi bakım ile değil insanların eşit olarak yararlandığı ve sağlık hakkına ulaşmayı da içerdiği ifade edilmiştir. Düzenleme bakımından tıbbi bakım ön plana çıkarılmış gibi görünse de kişilerin en yüksek standartta sağlık durumuna ulaşması gerektiği vurgulanmaktadır.

Avrupa Sosyal Şartında sağlık hakkına yer verilmiştir. Şartın ilk bölümü taraf devletlerin üzerinde anlaşma sağladığı hususları vurgulamış, ikinci bölümde ise ilk bölümde vurgulanan hususlar açıkça belirtilmiş, üçüncü bölümde ise taraf devletlerin yükümlülükleri sıralanmıştır. İlk bölümde sağlık hakkı ile ilgili ifade edilen husus, "*Herkes, ulaşılabilir en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılacak her türlü önlemlerden yararlanma hakkına sahiptir.*" ve "*Yeterli kaynaklardan yoksun olan herkes, sosyal ve tıbbi yardım alma hakkına sahiptir.*" hükümleri yer almıştır. Burada öne çıkan en önemli şey, sağlık hakkı bakımından ulaşılabilir en yüksek düzeyde yararlanmadır. En yüksek düzeyde yararlanma bir ideal olarak benimsenmiş ve sağlık hakkının düzenlendiği uluslararası düzenlemelerde yer verildiği görülmektedir. O halde sağlık hakkı, bir insan

²⁷ Vuran Doğan, s.358.

hakkı olarak taşıdığı önem nedeniyle ulaşılmaması gereken en yüksek düzeyde insan hakkıdır.

Ayrıca uluslararası düzenlemelerde sağlık hakkından herkesin yararlanması ve bu konuda herhangi bir ayrımın yapılmadığı görülmektedir. Yani hakkın öznesi bakımından herhangi bir ayrım yapılmamış, herkesin bu haktan yararlanması gerektiği ifade edilmiştir. İnsan haklarının temelinde yatan hümanizm düşüncesi de bunu gerektirmektedir.

En yüksek sağlık standardına ulaşma ile kastedilen, Dünya Sağlık Örgütü'nün sağlık tanımında yer aldığı üzere, kişinin fiziken, ruhen ve sosyal yönden tam bir iyilik içinde olması anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, koyucu, tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden yararlanmayı içermektedir²⁸.

Avrupa Sosyal Şartının Sağlık Hakkının Korunması Hakkı başlıklı 11. maddesi şöyledir; *"Akit Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra, 1 Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2 Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak; 3 Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler."* Sosyal ve Tıbbi Yardım Hakkı başlıklı 13. maddesi ise şöyledir; *"Akit Taraflar sosyal ve tıbbi yardım hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla: 1 Yeterli olanağı bulunmayan ve kendi çabasıyla veya başka kaynaklardan, özellikle bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanarak böyle bir olanak sağlayamayan herkese yeterli yardımı sağlamayı ve hastalık halinde bunun gerektirdiği bakımı sunmayı; 2 Böyle bir yardım görenlerin, bu nedenle siyasal ve sosyal haklarının kısıtlanmasını önlemeyi; 3 Herkesin, kişisel veya ailevi mahrumiyet halini önlemek, gidermek ya da hafifletmek için gerekebilecek öneri ve kişisel yardımları uygun kamusal ya da özel hizmetler eliyle alabilmesini sağlamayı, ..."*

ASS'nın 11. maddesi sağlık hakkının unsurlarını düzenlemekte iken 13. maddesi ise, sağlık hakkının korunması bağlamında devletin yükümlülüklerini düzenlemektedir.

Sağlık hakkı kapsamında, Şart'a taraf devletler bireylerin ve toplumun sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan hususların denetiminden sorumludur.

²⁸ Vuran Doğan, s.363.

Hava, çevre temizliği ve sular ile gıda güvenliği sağlık hakkının korunması içerisinde kalmaktadır. Bu yükümlülükler, devletin sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırma yükümlülüğü olarak değerlendirilmektedir²⁹.

Uluslararası belgelerde sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler, sağlık hakkını hem toplumsal ilişkiler bağlamında hem de sağlık hizmetleri ile sağlığın korunması çerçevesinde ele almışlardır.

Ayrıca uluslararası düzenlemelerde sağlık hakkı ulaşılabilecek en yüksek standartta sağlık hakkı veya sağlık düzeyinden yararlanma ortak kriteri benimsendiği görülmektedir. Bunun ulaşılması gereken bir hedef olduğu belirtilmektedir. Nitekim sağlık hakkı ile ilgili gelişmeler karşısında dinamik bir yapısının olduğu gözlenmektedir. Çünkü insanların her geçen gün sağlığa ulaşmaları daha elzem bir hal almaktadır. Ayrıca sağlık hakkı kapsamında sağlıklı çevre, salgın hastalıkların önlenmesi ve temiz su hakkının yer aldığı düşünüldüğünde hakkın önemi kendini göstermektedir.

Sağlıklı olmak ve sağlıklı kalmak, sağlığını koruyup geliştirmek insan için vazgeçilmez, devredilmez ve ertelenemez temel insan haklarından biri olan yaşam hakkının bir gereğidir³⁰. Yaşam hakkı, insan haklarının özünü oluşturur³¹. Hakların kullanılabilmesi için öncelikle sağlıklı olmak gerekir. Sağlık hakkını yaşam hakkından bağımsız düşünemeyiz³².

Sağlık hakkı da insanların yaşamlarını sürdürmeleri bakımından vazgeçilmez bir haktır. Sağlık hakkı ihlal edilen veya bu hakkından mahrum kalan kişi, diğer haklarını da kullanamaz³³. Bu nedenle, sağlık hakkı diğer hakların kullanılması ve hayat bulması bakımından hayati önemi haizdir³⁴.

29 Vuran Doğan, s.363.

30 Çakır, s.89; Bulut, s.206; Tevfik Özlü, "Hasta Hakları", <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144754-Hastahaklari.pdf>. (E.T:12.03.2014)

31 Vuran Doğan, s.342; Bulut, s.206.

32 Şahbaz, s.408; Şahin, s.712; Bulut, s.206.

33 Vuran Doğan, s.342.

34 İnsan haklarının bütünlüğü ilkesi olarak ifade edilen bu ilkeye göre, insan hakları evrensel, bölünmez ve birbiriyle sıkı sıkıya bağlı bir ilkedir. İnsan haklarının bütünlüğü ilkesine uluslararası bildirge ve toplantılarda yer verilmiş, ilke vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler, 1968 Tahran Bildirgesi'nin 13. maddesi ile, insan haklarının bir bütün olduğu, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olmaksızın medeni ve siyasi hakların gerçekleşmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Aynı şekilde 1993 tarihli Viyana Bildirgesi'nin 5. maddesi ile, insan hakları evrensel, bölünmez ve birbirine sıkı sıkıya bağlı ve birbiri ile dayanışma içerisinde olduğu ifade edilmiştir. İnsan haklarının

Çünkü sağlıklı olmayan bir kimsenin diğer hakları bir anlam ifade etmeyecektir. Her ne kadar sağlık hakkı ekonomik ve sosyal haklar kategorisinde yer almış olsa da taşıdığı önem itibariyle temel haklardan biri olarak ifade edilebilir.

Sağlık hakkı, sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır³⁵. Şöyle ki, sanayi devriminden sonra Almanya'da burjuvazi ile işçi sınıfı arasındaki çatışmada işçilerin sağlık sigortasına yönelik hak edimleri önemlidir. Bununla birlikte, modern olarak birçok anayasalarda sağlık hakkına yer verilmiştir³⁶.

Sosyal hak yönüyle sağlık, insanların mümkün olan en yüksek seviyedeki sağlık durumuna ulaşabilmeleri ve bunun için eşit imkanların sunulması için koruma sisteminin oluşturulmasını ifade eder³⁷.

IV. TÜRKİYE'DE SAĞLIK HAKKI

1876, 1921 ve 1924 Anayasalarında sağlık hakkına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Ancak 1961 Anayasasının 49. maddesinde, "*Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile devleti sağlık hakkı konusunda yükümlü tutmuştur³⁸. Söz konusu düzenleme modern anlamda sağlık hakkını kişilere tanımakla birlikte, bunların yerine getirilmesini sağlamakla kendisini görevli tutmuştur³⁹. O halde sağlık hakkına ilişkin ilk düzenleme 1961 Anayasası'nda yer almıştır. Sağlık hakkına ilişkin 1961 Anayasası'nın düzenleme şeklinde madde içeriği itibariyle devletin sağlık hakkına ilişkin yükümlülüğü belirtilmiş olup, herkesin sağlık hakkına sahip olduğu vurgulanmamıştır. Ancak madde başlığının sağlık hakkı olması karşısında bu belirsizliğin giderildiği savunulmaktadır⁴⁰.

Anayasa'nın 56/1. maddesinde; "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilerek sağlık hakkı güvence altına alınmıştır.

bütünlüğü ilkesinin bir diğer sonucu haklar arasında hiyerarşi bulunmamasıdır. Vuran Doğan, s.349.

35 Bulut, s.207.

36 Bozkurt, s.14.

37 Bulut, s.206.

38 Bulut, s.211.

39 Bozkurt, s.15; Vuran Doğan, s.343.

40 Bulut, s.211.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında; “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” diyerek devlete ödevler yüklemiştir. Anayasa’da devletin sağlık hakkıyla ilgili pozitif yükümlülükleri ön plana çıkarılmıştır.

1982 Anayasası, sağlık hakkını doğrudan ve açık bir şekilde düzenlememiş bunun yerine sağlık hakkını devletin sağlık hizmetleri alanındaki yükümlülükleri çerçevesinde ele almıştır. Nitekim düzenlemede de madde kenar başlığı sağlık hakkı değil, “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” şeklindedir.

Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere sağlık hakkı, Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı ve kişinin maddi manevi varlığını geliştirme hakkı⁴¹ ile yakından ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarda, sağlık hakkını Anayasa’nın 56. maddesiyle 17. maddesini birlikte değerlendirerek yorumlamıştır. Yüksek Mahkemeye göre, sağlık hakkı, yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığı koruma hakkı ile yakından ilgilidir. Yüksek Mahkeme kararı şöyledir; “...Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri göz önünde bulundurularak Anayasa’da yer almıştır. Bu bağlamda hekimlik, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslektir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa’ya aykırı düşer.

Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan

⁴¹ **Madde 17.** Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(Değişik: 7.5.2004-5170/3 md.)Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir...⁴²

Diğer taraftan devlet, sağlık hakkına ilişkin ödevleri yerine getirirken Anayasa'nın 65. maddesi⁴³ ile sınırlı olarak yerine getirir. Anayasa'nın 65. maddesinde, Devlet sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini amaca uygun öncelikleri gözeterek mali gücü oranında yerine getirir demektir. Yani devlet sağlık hakkına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirirken mali gücü oranında yerine getirecektir. Bu hüküm sağlık hakkının sınırını da belirtmektedir⁴⁴. Sağlık hakkının ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alması dolayısıyla Devlet, bu hakkın gereğini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecektir⁴⁵. Bu durum "sosyal devlet ilkesi" çerçevesinde yerine getirilecektir⁴⁶. Somut koşullar göz önünde bulundurularak devlet sağlık hakkı kapsamında üzerine düşen görevleri yerine getirecektir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verilmiş bir kararı da bulunmaktadır. Karar şöyledir; "*Gerçekten 'Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı' başlıklı Anayasa'nın 65. maddesinde 'Devlet, ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.' hükmünü öngörmektedir. Bu maddenin gerekçesinde ise, 'Madde hiç kimseye Devlettten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların Devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir.'* denilmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı ise bir sosyal hak olarak Anayasa koyucu tarafından benimsenmiş olup, bu hakkın Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ile

42 Anayasa Mahkemesi, 16.07.2010 tarih, E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı. Aynı yöndeki diğer kararlar: AYM, 17.01.1991 tarih, E.1990/27, K.1991/2; AYM, 23.05.1972 tarih, E.1972/2, K.1972/28. (UYAP Mevzuat Programı)

43 XIII. Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları
Madde 65 – (Değişik: 3/10/2001-4709/22 md.)

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

44 Temiz, s.171.

45 Şahin, s.753.

46 Şahbaz, s.412.

*sınırlı ve bir isteme hakkı teşkil etmeyen, bu çerçevede Devlete yüklenen bir ödev teşkil eden bir mahiyet arzettiği anlaşılmaktadır."*⁴⁷

Sağlık hakkına ilişkin standartların yükseltilmesinde devletin insan hakları anlayışı etkili olmaktadır. Sağlık politikalarının belirlenmesinde bu temel husus etkin rol oynamaktadır⁴⁸.

Sağlık hakkı, devletin üstlenmiş olduğu bir hizmettir. Böyle olması da sağlık hakkının yatırım alanı olmadığı, kar sağlama amacı taşımayan bir hak olmasıdır. Her ne kadar özel sağlık kuruluşları sağlık hizmeti vermekte ise de devlet hizmetin asıl sahibi olarak denetleyici ve düzenleyici bir onumda yer almaktadır. Bağışıklama sisteminin geliştirilmesi, koruyucu sağlık hizmetinin verilmesi, zorunlu aşıların yapılması devletin sorumluluğu altındadır. Bu nedenle özel sağlık kuruluşlarının varlığı durumu değiştirmemektedir. Kişi sağlığının korunması için gereken tedbirleri almak ve vücut bütünlüğünün sağlanması devletin sorumluluğu altındadır. Hem uluslararası anlaşmalarla devlete yüklenen pozitif edim olarak hem de anayasada düzenlendiği üzere hizmetin asıl sahibi devlettir.

Anayasa 90. Maddede 2004 yılında yapılan değişiklikle uluslararası anlaşmalar ile iç hukuk hükümleri arasında çatışma çıkması halinde uluslararası anlaşma metni geçerlidir. Bu anlamda Anayasanın 56. Maddesinde düzenlenen sağlık hakkı da uluslararası anlaşmalarda düzenlenen çerçevede ve kapsamda olması gerekmektedir.

Sağlık hakkı ile ilgili düzenleme Anayasada çerçevesi çizilmiş olup sınırı da belirtilmiştir. Uluslararası düzenlemelerde devlete yüklenen ödevlerin taraf devletler tarafından hayata geçirilmesi gerekmektedir. Taraf devletler gerekli yasal düzenlemeleri yaparak kendilerine verilen yükümlülükleri yerine getirmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere sağlık hakkı kapsamında devletlerin yükümlülükleri sayılmıştır. Anayasa da sağlık hakkını genel olarak düzenlemiştir. Diğer yasal düzenlemelerle sağlık hakkının hayata geçirilmesi ve kendine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmektedir. Sağlık hakkının Türk hukukunda koruyucu sağlık hizmeti, tedavi edici sağlık hizmeti ve rehabilite edici sağlık hizmeti olmak üzere üç başlıkta incelemek mümkündür.

47 Anayasa Mahkemesi, 21.07.2012 tarih, E.2011/110. K.2012/79 sayılı kararı. (UYAP Mevzuat Programı)

48 Bozkurt, s.16.

A. Koruyucu Sağlık Hizmeti

Koruyucu sağlık hizmetleri, toplumun sağlığının korunması, hastalığın önlenmesi, toplumun sağlığı açısından zararlı hususların ortadan kaldırılması için yapılan hizmetlerdir⁴⁹. Kamu sağlığının korunması, hastalıklara neden olabilecek etkenlerin ortadan kaldırılması koruyucu sağlık hizmetinin içerisinde değerlendirilir⁵⁰.

Koruyucu sağlık hizmeti sağlık hakkının, devlete yüklenen ödevlerden önleyici sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Kişilerin hasta olmasından evvel devletin hastalıkları önleme ve kişilerin sağlık hakkını olumsuz etkileyecek hususların ortadan kaldırılmasıdır.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO)'nün tanımına göre koruyucu sağlık hizmetleri, *“bedensel ve ruhsal sakatlıkların oluşumunu ve gelişimini, toplumun organize edilmiş çabalarıyla önlemenin yanı sıra, bireylerin ve bunların ailelerinin sağlığından sorumlu olan iyi bir hekim tarafından bağışıklama, sağlık eğitimi ve benzeri çabalarla herkes tarafından, bir bütün olarak toplum sağlığını daha iyiye götürmek için tüm olanaklar kullanarak yapılan hekimliktir.”*⁵¹

1580 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 1. maddesi koruyucu sağlık hizmetini tanımlar niteliktedir. Buna göre, ülkenin sağlık şartlarını korumak ve halkın sağlığına zarar veren bütün hastalıklar veya benzeri kötü şeylerle mücadele etmek ve neslin sağlıklı olarak yetişmesini sağlamak ve halka tıbbi ve sosyal yardımda bulunmak devletin hizmetidir. Aynı kanunun 3. maddesi koruyucu sağlık hizmetlerini tek tek saymaktadır. Bunlar; doğumu teshil ve çocuk ölümünü tenkis edecek tedbirler, annelerin doğumdan önce ve doğumdan sonra sıhhatlerinin kontrolü, memleket geneli salgın hastalıkların önlenmesi, bütün zehirli ve uyuşturucu maddelerle mücadele, her nevi serum ve aşuların yapılması, çocuk sağlığının muhafazası vb. önlemleri almak koruyucu sağlık hizmeti kapsamında sayılmaktadır. Bu kanun, koruyucu sağlık hizmetlerini devlete yüklemiştir⁵².

⁴⁹ Serkan Kızılyel, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2006, s.38.

⁵⁰ Ahmet Kürşat Ersöz, *Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu*, XII Levha Yayıncılık, Ankara 2012, s.6.

⁵¹ Asuman Altay, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, S.64, Ocak-Mart 2007, s.34.

⁵² Kızılyel,, s.38; Diğer taraftan koruyucu sağlık hizmetleri insanlara ve çevreye karşı olmak üzere ikiye ayrılabilir. İnsanlara yönelik koruyucu sağlık hizmetleri;

B. Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri

Tedavi edici sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerinden farklı olarak, sağlığın bozulmasından sonra devreye giren ve bu aşamada sunulan hizmetlerdir. Kişilerin fiziki veya ruhi rahatsızlıklarından ötürü herhangi bir sağlık kurumuna başvurmaları ve bunun neticesinde gerçekleşen teşhis, tıbbi müdahale, tedavi aşamalarından oluşan sağlık hizmetidir⁵³. Tedavi edici sağlık hizmetleri, çok fazla maliyet ve organizasyon gerektiren hizmetlerden olmakla birlikte, yetişmiş personel, fiziki imkânlar ve yönetim, finans sağlama gibi çok önemli boyutları vardır⁵⁴.

Tedavi edici sağlık hizmeti, bastırıcı nitelikte sağlık hakkının yansımasıdır. Kişilerin hasta olduktan sonra korunması gereken bir haktır.

Tedavi edici sağlık hizmetleri ile ilgili olarak çeşitli hizmet türleri ifade edilmiştir. Bunlar; birinci basamak sağlık hizmetleri (ilk başvuru ve ayakta tedavi yapılan muayenehane, verem savaş dispanseri gibi yerler), ikinci basamak sağlık hizmetleri (yataklı tedavi yapan devlet hastaneleri, özel hastaneler gibi yerler), üçüncü basamak sağlık hizmetleri (ileri tetkik ve özel tedavi gerektiren hastalıklarda uzman personel, ileri teknoloji kullanılan merkezler, ruh-sinir hastalıkları hastaneleri, kanser hastaneleri gibi yerler)⁵⁵.

Sağlık hizmetleri ile ilgili uyumsuzlukların kaynaklandığı ve idarenin sorumluluğunu gerektiren durumlar tedavi edici sağlık hizmetlerinde sık sık rastlanmaktadır.

C. Rehabilite Edici Sağlık Hizmetleri

Rehabilite edici sağlık hizmetleri, özellikle kaza, savaş ve felaketler gibi beklenmedik ve ani olarak ortaya çıkan ve insanların sakat kalmalarına yol açan veya çalışma güçlerini motive olmalarını engelleyen olaylar sonrası hastaların topluma yeniden kazandırılmaları, ekonomik, sosyal ve kültürel

1.Bağışıklama, 2.Hastalıkların erken tanı ve tedavisi, 3.İlaçla koruma, 4.İyi beslenme, 5.Kişisel temizlik ve bakım, 6.Aile planlaması, 7.Sağlık eğitimi; Çevreye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri; 1.Besin kontrolü ve güvenliği, 2.Yeterli ve temiz su sağlanması, 3.Hava kirliliğinin kontrolü, 4.Atıkların kontrolü, 5.Konut sağlığı, 6.İş ortamında sağlığı tehdit edebilecek etkenlerin kontrolü. <http://koruyucu-saglik-hizmetleri.bunedir.org/>. (E.T: 08.04.2014)

53 Halide Savaş, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ankara 2007, s.33.

54 Altay, s.35.

55 Savaş, s.33.

olarak güçlendirilmelerini sağlamaya yönelik hizmetlerdir⁵⁶. Hastalık ve kaza sonucu gelişen kalıcı bozukluk ve sakatlıkların kişilerin normal hayatını etkilemesini engellemek ya da bu etkiyi en aza indirmek, kişinin ruh ve beden yönünden başkalarına bağlı olmadan veya daha az bağımlı olarak yaşamasını sağlamak amacıyla verilen sağlık hizmetidir⁵⁷. Bununla birlikte herhangi bir bağımlılığı olan kişinin bu bağımlılığında kurtarılması amacıyla yapılan iyileştirme faaliyetleri de rehabilite edici sağlık hizmetleri kapsamında değerlendirilir⁵⁸.

SONUÇ

Sağlık, taşıdığı önem itibarıyla, kişilerin hasta olmadan önce (ex ante) sahip oldukları ve hasta olduktan sonra (ex post) korunması gereken bir hak niteliğine sahiptir.

Sağlık, bireyin anne rahmine düştüğü andan itibaren ölene kadar sahip olduğu bir temel hak olarak kabul edilmektedir. O halde sağlık hakkı kişilerin daha doğmadan henüz cenin iken sahip olduğu bir haktır diyebiliriz.

Sağlık hakkı, konusu bakımından sosyal haklar kategorisinde, tarihsel gelişimi bakımından ikinci kuşak haklar arasında yer alır. Sağlık hakkı, ikinci kuşak haklar arasında sayılmakla birlikte devletin yükümlülükleri bakımından pozitif statü hakları içerisinde değerlendirilmektedir. Sağlık hakkı ile korunan değer, sağlığın bozulduğu zaman düzeltilmesine yönelik hizmetler, kuruluşlardan faydalanma hakkı değil, vücut bütünlüğünün sağlanmasına yönelik saygı ve korunan değerdir. Kişilerin sağlığına zararlı faaliyetlerden korunması buna örnek gösterilebilir. Bu durum devletin negatif yükümlülüğünün bir yansımasıdır.

Uluslararası düzenlemelerde herkes, en yüksek standartta sağlık hakkına sahiptir. Bu durumda sağlık hakkı ideal olanı yakalamak bakımından insan onuruna yakışır bir şekilde bu hakkından yararlanacaktır. Aynı zamanda hakkın kapsamı çerçevesinde devlete birtakım yükümlülükler getirilmiştir. ESKHS, ikinci kuşak hakları düzenlemekte ve böylece medeni ve siyasi hakların düzenlendiği birinci kuşak hakları tamamladığı kabul edilmektedir.

Sağlık hakkını hem hak hem de özgürlük olarak nitelendirmektedir. Kişilerin sağlık hakkına ulaşması ve sağlık hizmetlerinden yararlanması hak boyutunu; vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler karşısında karar vermesi

⁵⁶ Altay, s.35.

⁵⁷ Kızılyel, İdarenin Sağlık, s.40; Ersöz, s.6.

⁵⁸ Ersöz, s.6.

ise özgürlük boyutunu oluşturmaktadır. Bu açıdan sağlık hakkı kişilerin maddi ve manevi olarak vücut bütünlüğü ve kişi dokunulmazlığı hakkı ile çok yakından ilişkilidir.

Uluslararası düzenlemelerde sağlık hakkı için ulaşılabilecek en yüksek standartta sağlık hakkı veya sağlık düzeyinden yaralanma ortak kriteri ve hedefi belirlenmiştir.

Uluslararası düzenlemelerde sağlık hakkından herkesin yararlanması ve bu konuda herhangi bir ayırımın yapılmadığı görülmektedir. Yani hakkın öznesi bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış, herkesin bu haktan yararlanması gerektiği ifade edilmiştir. Sağlık hakkı sosyal devlet ilkesinin ortaya çıkmasında önemli bir işleve sahiptir.

Sağlıklı olmak ve sağlıklı kalmak, sağlığını koruyup geliştirmek insan için vazgeçilmez, devredilmez ve ertelenemez temel insan haklarından biri olan yaşam hakkının bir gereğidir.

Türk hukukunda sağlık hakkı ilk kez 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Anayasa, sağlık hakkını düzenleyerek devletin sağlık hakkına ilişkin yükümlülük getirmiştir. Madde metninde herkesin sağlık hakkına sahip olduğu hususu belirtilmiş ancak devletin sağlık hakkı konusundaki yükümlülüğü vurgulanmıştır.

1982 Anayasası sağlık hakkını, sağlıklı ve dengeli çevre şeklinde bir düzenleme içerisinde ele almıştır. Anayasa da sağlık hakkı konusunda devlete pozitif yükümlülükler getirmiştir. Sağlık hakkı, yaşama hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile yakından ilgilidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir. Bununla birlikte devlet sağlık hakkını yerine getirirken mali gücünün yeterliliği oranında yerine getirmektedir.

Sağlık hakkı ile ilgili uluslararası düzenlemelerde yer verilen ve taraf devletlere yüklenen yükümlülükler, taraf devletler tarafından gerekli şekilde düzenlenecektir. Bu hususta Türk hukukunda hem anayasa ile hem de kanunlarla sağlık hakkına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Sağlık hakkı soyut halden somut hale getirilmiş ve kişilerin devletten isteme hakkına sunulmuştur.

KAYNAKÇA

ALTAY, Asuman; "Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda Yeni Açılımlar ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", *Sayıştay Dergisi*, S.64, Ocak-Mart 2007.

BİRTEK, Fatih; "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2, S.3-4, 2007.

BOZKURT, Enver; "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı", Sağlık Hukuku Kurultayı, *Ankara Barosu Yayınları*, Ankara 2008.

BULUT, Nihat; *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, XII Levha Yayınları, 2009.

ÇAKIR, Yafes; "Sağlık Hizmetlerinde Katılım Payı Uygulaması ve Bu Uygulamanın Sosyal Devlet İlkesi ve Sosyal Güvenlik Hakkı Bakımından İncelenmesi", *Sayıştay Dergisi*, S.80, Ocak-Mart 2011.

DOĞAN, Öznur Vuran; "Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları", Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

ERSÖZ, Ahmet Kürşat; *Türk İdaresinin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğu*, XII Levha Yayıncılık, Ankara 2012.

GÖZLER, Kemal; *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2011.

Güncel Türkçe Sözlük http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53674757016038.74014604 (E.T:18.03.2014).

GÜR, E. Gültüvin; "Dezenformasyona Uğratılan Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık", *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu*. <http://www.sosyalhaklar.net/2010/bildiri/gur.pdf>. s.299-315. (E.T:08.02.2014).

KIZILYEL, Serkan; "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2006.

ÖZLÜ, Tefik; “Hasta Hakları”, <http://www.toraks.org.tr/uploadFiles/2152011144754-Hastahaklari.pdf>. (E.T:12.03.2014).

ŞAHBAZ, İbrahim; “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.86, 2009.

ŞAHİN, Adil; “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.59, S.4, 2010.

SAVAŞ, Halide; *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ankara 2007.

TEMİZ, Özgür; “Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.69, No.1, 2014.

ZENGİN, Nazmi; “Sağlık Hakkı ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, S.1, Ocak 2010.

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/saglik_hakki/saglik_hak_ki_eskhk_14_no_lu_genel_yorumu_ulasilabilecek_en_y.pdf. (E.T:11.11.2014).

<http://www.tiphukuku.org.tr/icerik.php?gid=169&cat=29>. (E.T:11.11.2014).

ELEKTRONİK CİHAZLARIN KULLANILMASI SURETİYLE ŞÜPHELİ, SANIK VEYA HÜKÜMLÜLERİN TOPLUM İÇİNDE İZLENMESİ

*Arş. Gör. Dr. iur. Soner DEMİRTAŞ, LL.M.**

Özet

Elektronik izleme uygulaması ilk olarak hapisanelerin doluluk oranını azaltmak için uygulanmaya başlanan bir müessesedir. Türkiye’de de elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip 2012 yılında yasalaşmış ve yürürlüğe girmiştir. Birçok ülkeden farklı olarak Türkiye’de elektronik izleme şüpheli, sanık ve hükümlüler hakkında uygulanmaktadır. Elektronik izleme yöntemi ile birlikte kişilerin toplum ve aile içinde daha fazla zaman geçirmeleri ve sosyalleşmelerinin bu uygulama ile desteklenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca bu yöntemle toplumun yeniden suç işleme tehlikesi olan kişilerden korunması amaçlanmaktadır.

Elektronik izlemede hangi yöntemlerin kullanılacağı genellikle teknolojinin gelişmesi göz önünde bulundurularak yasal düzenleme altına alınmamaktadır. Ancak hangi yöntem uygulanırsa uygulansın elektronik denetleme sırasında kişilerin temel hak ve özgürlükleri korunmalı ve yasal sınırları aşan müdahalelerden kaçınılmalıdır.

Anahtar Sözcükler: Elektronik İzleme, Elektronik Yöntemle İzlenen Ev Hapsi, Yeniden Topluma Kazandırma

Zusammenfassung

Das Rechtsinstitut der elektronischen Aufenthaltsüberwachung wurde zunächst mit der Zielsetzung entwickelt und angewendet, Inhaftierungsraten zu reduzieren. In der Türkei wurde die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Jahr 2012 normiert und in Kraft getreten. Im Gegensatz zu vielen anderen Länder wird die elektronische Überwachung bei Verdächtigen, Beschuldigten und Verdächtigen eingesetzt. Mit der

* Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

elektronischen Aufenthaltsüberwachung wird darauf abgezielt, dass der Proband mit der Familie und in der Gesellschaft mehr Zeit verbringt und damit seine Resozialisierung unterstützt. Außerdem wird durch die Überwachung Schutz der Bevölkerung vor rückfallgefährdeten Straftätern abgezielt.

Um den im Fluss befindlichen technischen Entwicklungen nicht vorzugreifen, wird in den Gesetzen nicht normiert, welche technische Variante bei der elektronischen Überwachung benutzt werden soll. Aber bei der Anwendung aller technischen Varianten soll während der elektronischen Aufenthaltsüberwachung die Grundrechte und Freiheiten des Betroffenen geschützt und von den Eingriffen, die die angeordneten Beschränkungen auf Grund eines Gesetzes überschreiten, vermieden werden.

Schlüsselwörter: Elektronische Aufenthaltsüberwachung, elektronisch überwachte Hausarrest, Resozialisierung

I. Genel Olarak

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde hapisanelerin doluluk oranını azaltmak amacıyla kullanılmaya başlanan elektronik gözetleme uygulaması zamanla tüm dünyada özellikle Avrupa'da kullanılmış ve uygulama alanı her geçen gün daha da artmıştır. Avrupa'da da infaz kurumlarının dolması ve kurumda infazın finansal olarak yüksek boyutlara ulaşması alternatif yöntemlerin denenmesine ve elektronik olarak gözetlenen ev hapsinin uygulanmaya başlamasına sebebiyet vermiştir.¹ Almanya'da 2000 yılında ev hapsinin elektronik yöntemle infazı Hessen eyaletinde pilot proje kapsamında denenmiş ve 2011 yılında da elektronik gözetleme Alman Ceza Kanunu'nda (ACK) yerini almıştır. Türkiye'de elektronik izleme ile ilgili yasal düzenlemeler 2012 yılında yapılmış (6291 sayılı Kanun) ve uygulanmaya başlanmıştır.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nda 'elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip' kavramı, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde (DSHY) ise 'elektronik izleme' ve bu uygulama için alışlagelmiş bir terim olan 'elektronik kelepçe' kavramları kullanılmıştır. Yönetmelik açısından değerlendirildiğinde iki farklı terim kullanılması yerinde değildir. Elektronik izleme ya da elektronik cihazlarla takip

¹ Hochmayr, ZIS 2012, s. 537.

kavramları uygulamadaki durumu yansıtmak adına daha isabetlidir, çünkü kişi (uygulamada olduğu) kelepçe ile herhangi bir yere bağlanmamakta, sadece vücudunun herhangi bir yerine (ayak bileğine ya da koluna) kol saati büyüklüğünde bir sinyal verici bağlanmaktadır.

Elektronik izleme yöntemi ile birlikte kişinin salıverildikten sonra denetimi daha aktif ve sağlıklı bir şekilde yapılmaktadır. Bu da mağdurun ve toplumun korunmasına hizmet ettiği gibi bu yöntemle birlikte kişi toplum içinde kalarak ya da toplum içinde hapis cezasına kıyasen daha fazla vakit geçirerek sosyalleşmesine katkı sağlamaktadır. Ayrıca kişinin aile bağlarının güçlenmesi de amaçlanmaktadır. Bütün bu etkilerinin yanında elektronik izleme yönteminin artmasının sebeplerinden biri de elektronik izleme yönteminin hapis cezasının infazından daha az maliyetli oluşudur.²

II. Elektronik Denetlemede Kullanılan Yöntemler

A. Teknik Gözetleme Yöntemleri

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte elektronik gözetleme yöntemleri de değişmekte ve gelişmektedir. Bu bağlamda önceleri elektronik gözetleme sadece ev hapsinin gözetlenmesinde söz konusu iken gelişen sistemler sayesinde kişinin normal sosyal ve iş hayatını devam ettiren evinin dışında da gözetlenmesi mümkün hale gelmiştir.

Teknik olarak bütün gözetleme yöntemlerinde aktif ve pasif sistem kullanılabilir. Aktif sistemde gözetim mekanizması sürekli olarak çalışır vaziyettedir ve kesintisiz olarak denetim merkezine sinyal gönderir. Pasif sistemde ise hükümlünün kesintisiz bir şekilde gözetlenmesi söz konusu değildir. Bu sistemde gözetlenen kişi ile denetim merkezi arasında belli zamanlarda iletişim kurulmakta ya da kişi belli olmayan zamanlarda aranmakta ve evinde olup olmadığı tespit edilmektedir.³ Bugün yaygın bir şekilde kullanılan GPS yöntemi ile denetimde daha ziyade aktif sistem kullanılmaktadır.

‘Continuously-signaling-Systeme (Dauersignalsysteme), kesintisiz sinyal sistemi’ olarak adlandırılan sistemde bir sinyal verici (aktarıcı) sürekli olarak hükümlüye bağlıdır. Bu aktarıcıdan belirli aralıklarla gözetlenen kişinin

² Bknz. Uludağlı, AÜHFD 2012, s. 1340.

³ Hudy, s. 32 vd.; Harders s. 32.

evindeki bir alıcıya sinyal gönderilir. Bu sinyaller de gözetlenenin evindeki telefon bağlantısı ile merkez bilgisayara gönderilir. Bu veriler ışığında kişinin ona verilmiş olan talimata uyup uymadığı kontrol edilir. Bu sistem telefona bağlı bir şekilde işlevini görür. ‘Cellular-telephone-Systeme (Mobiltelefon-Systeme), mobil telefon sistemi’ adı verilen sistemde, gözetlenen kişide yine bir sinyal verici bulunur ve bu sinyal verici de sinyalleri onun evinde kurulmuş sinyal alıcıya gönderir. Bu aşamadan sonra sinyaller gözetleme makamındaki bilgisayara telefon üzerinden değil radyo frekansları üzerinden gönderilmektedir. Söz konusu bu iki sistemde kişi sadece evinde ya da sinyal alımının mümkün olduğu yerlerde gözetlenebilir.⁴

Gözetlemenin ev ya da çok sınırlı bir alan dışında yapılması günümüzde GPS (Global Positionierung Systeme) (Globales Positionsbestimmungssystem) (global yer belirleme sistemi) yöntemi ile gerçekleştirilmektedir. Bu sistemde gözetlenen kişiye bağlı olan sinyal verici sürekli olarak denetim merkezine sinyal gönderir ve burada sisteme daha önceden girilmiş olan veriler ile kişinin bulunduğu yer karşılaştırılır. Bu sayede gözetlenen kişinin gitmesi yasak olan yerlere gidip gitmediği ya da zamanında evine varıp varmadığı vs. aktif bir şekilde denetlenmiş olur. Muhtemel talimat aykırılıkları bu sistem ile daha sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmektedir. Aktif GPS sisteminde kişinin yasaklı olduğu bölgelere girdiği anda merkeze sinyal gönderilmekte ve görevliler tarafından gerekli adımlar atılmaktadır. Pasif GPS sisteminde ise kişi 24 saat gözetlenmekte ve günde bir defa veriler kontrol edilerek ihlal olup olmadığı saptanmaktadır.⁵

B. Bilateral Monitorig (İkili Gözetleme)

İkili gözetleme sisteminde sadece fail değil aynı zamanda mağdurda gözetlenmektedir. Bu sistemde hem mağdura hem de hükümlüye sinyal verici takılmakta ve ikisi aynı anda izlenmektedir. Daha ziyade mağdurun korunmasının ön planda olduğu bu uygulamada mağdur ile hükümlü izin verilen mesafeyi aşacak şekilde birbirlerine yaklaştıklarında sistem alarm vermektedir. Akabinde ilgili makam hükümlü ile iletişime geçmekte ve belirlenen mesafenin korunması sağlanmaktadır. Aynı zamanda mağdur kişi

⁴ Harders, s. 33.

⁵ Harders, s. 35 vd.

de taşıdığı cihazdaki panik butonuna basarak denetim merkezini uyarabilmektedir.⁶

III. Elektronik Kelepçe Almanya-Hessen Uygulaması

A. Genel Olarak

Almanya Meclisine 9.7.1999 tarihinde sunulan kanun tasarısı ile bazı durumlarda elektronik gözetleme yöntemi ile ev hapsi çektirme uygulaması getirilmek istenmiştir. Ancak bu tasarı meclis tartışmalarının ardından yasalaşmamış ve mevcut yasal düzenleme esas alınarak Hessen eyaletinde ‘elektronik gözetleme yolu ile ev hapsi pilot projesi’ uygulanmaya başlanmıştır. Hessen eyaletindeki bu uygulama yeniden topluma kazandırma amacının etkili bir şekilde desteklenmesini hedeflemekteydi.⁷ Hessen eyaleti içinde Frankfurt am Main Eyalet Mahkemesi bölgesi içinde denemeye başlanan proje daha sonra Kasım 2007’de Marburg ve Kassel Eyalet Mahkemeleri bölgelerinde uygulanmış ve akabinde eyaletin tamamındaki 8 Eyalet Mahkemesi bölgesinde uygulanmıştır.⁸

B. Dayanak Noktası

Hessen eyaletindeki uygulama Alman Ceza Kanunu madde 56c II’de düzenlenen cezanın ertelenmesi (ACK m. 56) halinde hükmedilebilecek olan talimatlara ve ACK m. 68 vd. maddelerinde düzenlenen kalan cezanın ertelenmesi (koşullu salıverilme) hallerinde hükmedilebilecek talimatlara dayandırılmıştır.⁹ 56c maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde kişinin oturacağı yerle ilgili talimat düzenlenmiştir. Kişi bu maddeye göre, oturacağı yerle ilgili hükmedilecek talimatlara uygun davranmak zorundadır. Bunun

⁶ Eilzer/Mair, in: Sicher Leben, s. 463, İspanya’da cinsel suç faillerinin serbest bırakıldıktan sonra elektronik olarak gözetlenmelerini sağlayan bu sistemde hem fail hem de mağdur tarafından gelen veriler karşılaştırılmakta ve belirlenen yaklaşma sınırı aşılmıca sistem sinyal vermektedir. GPS teknolojisinin kullanıldığı bu sistem ev içi şiddet kapsamında uygulamaya konmuştur.

⁷ Banzer, ZRP 2009, s. 31.

⁸ Fünfsinn, FS Eisenberg, s. 693 vd.; Kunze, FoS 2008, s. 33 vd.; Hochmayr, ZIS 2012, s. 537; 2000 yılında elektronik kelepçenin uygulandığı toplam gün sayısı 997 iken gün sayısı 2007 itibarıyla 17.296 çıkmıştır. Bu rakamlar elektronik kelepçe uygulamasından her geçen gün daha fazla yararlandığını göstermektedir.

⁹ Hudy, s. 161 vd.; Önel, s. 15, Kararların yaklaşık % 75 i bu maddelere dayanmaktaydı.; ACK m. 57 f. 3 ‘e göre koşullu salıverilme halinde 56a ile 56e arasındaki maddeler geçerlidir.

yanında ACK m. 56c fıkra 2’de talimatlar tedrici olarak sayılmadığından mahkeme elektronik denetleme kararı verebilmekteydi. Mahkemelerde bu madde hükmüne dayanarak ev hapsine ve bunun denetimi için elektronik gözetlemeye karar verebilmekteydi. Ayrıca bunun yanında elektronik denetleme yolu ile ev hapsi kararı verilirken mahkemeler Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (ACMK) m. 116¹⁰ ya dayanarak tutuklama kararının infazının ertelenmesi kapsamında elektronik gözetlemeye karar verebilmekteydi.¹¹ Ayrıca elektronik denetleme genç suçluların tahliye hazırlanmaları amacıyla, 1 Ocak 2008’den sonra Hessen Gençlerin Cezalarının İnfazı Hakkında Kanun’un 16. maddesinin 3. fıkrasına dayanılarak uygulanmaya başlanmıştır. Bunların dışında Hessen Af Yönetmeliği m. 19’un Alman Ceza Kanunu m. 56c’ye gönderme yapması dolayısıyla af kapsamında da elektronik denetleme uygulanmıştır.¹²

C. Uygulama

Uygulama sırasında deneğin ev dışında herhangi bir şekilde gözetlenmesi mümkün değildi, çünkü denetim GPS teknolojisi ile gerçekleştirilmemekteydi. Teknik gözetleme şu şekilde yapılmaktaydı: Deneğin ayağına kol saati şeklinde bir (sinyal) verici aygıt takılmakta, bu aygıt tarafından verilen sinyaller evde bulunan ve telefon sistemine bağlı bir cihaz (alıcı) tarafından saptanmakta ve bu sinyaller Hessen Bilgi Değerlendirme Merkezine iletilmekteydi. Merkezdeki bilgisayar, sisteme daha önceden yüklenen kişinin evinde bulunması gereken saatlere uyulup uyulmadığını ya da elektronik denetleme ünitesine herhangi bir zarar verilip verilmediğini, kelepçenin çıkarılıp çıkarılmadığını vs. denetliyordu.¹³

¹⁰ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 16 ya dayanarak elektronik denetlemenin uygulanmasındaki amaç ‘kişinin topluma yeniden kazandırılması’ değil, ‘muhakemenin güvence altına alınması’ olarak belirtilmiştir. Mayer, s. 137; Fünfsinn, FS Eisenberg, s. 695.

¹¹ Önel, s. 16, Kararların yaklaşık % 25 i bu maddeye dayanmaktadır.

¹² Mayer, s. 39.

¹³ 2009 yılına kadar süregelen uygulama sonucunda talimatlara aykırılık neticesinde tedbirin kaldırılması ya da tekrar tutuklama kararının infazına geçilmesi olayların sadece yaklaşık % 10’luk kısmını oluşturmaktadır. % 90 oranında elektronik denetlemenin başarıya ulaşması uygulama açısından olumlu bir sinyal niteliğindedir. Ancak Fünfsinn’e göre elektronik denetlemenin yüksek oranda başarıya ulaşması, uzun vadeli amaçlara ulaşılıp ulaşılmadığı noktasında çok az bilgi vermektedir. Fünfsinn, FS Eisenberg, s. 695; Bergmann, FoS 2007, s. 262.

Pilot proje kapsamında elektronik gözetleme müessesesinin kullanılabilmesi için hükümlünün ve yetişkin olan aile bireylerinin yazılı onayı ön koşul olarak öngörülmüştür.¹⁴ Hükümlü gözetim altında işini devam ettirebilme veya yeni bir iş bulma imkânına da sahipti. Elektronik gözetimin masraflarını adli makam, kişinin kişisel ihtiyaçlarını gidermek (yiyecek, sağlık) için gereken masrafları ise gözetim altında bulunan kişi üstlenmekteydi.

D. Sonuç

Sonuç olarak Hessen bölgesindeki uygulamanın istatistiksel veriler ışığında, başarıya ulaştığı söylenebilir. Bunun yanında uygulama neticesinde elektronik denetleme yönteminin finansal olarak hapiste infazdan daha avantajlı olduğu saptanmıştır. Elektronik denetleme giderlerinin hapiste infaz giderlerinin yarısından daha az olduğu bildirilmiştir.¹⁵

IV. ACK m. 68b f. 1 de Düzenlenen Elektronik Gözetleme

A. Kanunun Hazırlanma Süreci

Elektronik denetleme Alman Ceza Hukuku'na uzun tartışmalar sonucu girmiş bir müessese değildir. 10.05.2010 tarihinde kesinleşen 17.12.2009 tarihli İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararının ardından kanunda böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Söz konusu kararda mahkeme güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma¹⁶ (ACK m. 66, 66a, 66b eski halleri) müessesesinin uygulanmasında İHAS'nın 5. ve 7. maddelerinin birinci fıkralarının ihlal edildiğini belirtmiştir. Brauneisen'a göre denetimli serbestlik kapsamında elektronik gözetleme daha ziyade özgürlüğüne kavuşan, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınacak kişilerin etkili bir şekilde denetiminin sağlanmasıdır. Ve elektronik denetleme 'güvenlikçi'

¹⁴ Hochmayr, ZIS 2012, s. 541; Dahs, NJW 1999, s. 3470.

¹⁵ Önel, s. 18 vd.

¹⁶ ACK m 66 f. 3 te sayılan suçları işleyen kişinin güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınması artık yasal olarak mümkün değilse, salıverilecek olan kişinin toplum açısından tehlikeliliği devam ediyorsa ve aynı zamanda ruhsal bozukluğu mevcutsa 'Terapi (tedavi) İçin Kuruma Yerleştirme Kanunu'nda' belirtilen türden suçları işleme tehlikesi varsa ilgili kanun kapsamında bir tedavi kurumuna yerleştirilebilir. Tedavi altına alma şartları ve kişinin hangi tedavi kurumlarına yerleştirileceği ilgili kanunun 1. vd. maddelerinde belirtilmiştir. ThUG m. 1 vd.; Rohrbach, s. 144.

bakış açısıyla tamamlayıcı bir müessese olarak düzenlenmiştir.¹⁷ Bu yeni düzenleme ile birlikte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararlarına konu olan durumların azalacağı öngörülmüştür.¹⁸

2011 yılına kadar, serbest bırakılanlar 24 saat boyunca önemli sayıda personel (polis) tarafından gözetlenmiştir. Uzun vadeli olarak sürdürülemeyecek bu uygulamayı engellemek için kanun koyucu elektronik denetleme müessesesini yasalaştırmıştır. Bu kanun güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınma konusu ile ilgili köklü bir reform niteliğindedir.

22.10.2010 tarihli Güvenlik Tedbiri Olarak Muhafaza Altına Alma ve Buna Eşlik Eden Bazı Kurullarla İlgili Düzenleme 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun yürürlüğe girene kadar 68b maddesi 11 tane talimat içermekteydi. Alman Ceza Kanunu'nun denetimli serbestlik ile ilgili hâkimin vereceği talimatları düzenleyen 68b maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen 12 numaralı düzenleme ile denetimli serbestlikten yararlanacak olan hükümlü hakkında uygulanabilecek bir başka denetim türü olarak elektronik denetleme (gözetim) maddeye eklenmiştir. Mahkeme bu talimatların denetimli serbestlik altında bulunan hükümlü hakkında uygulanmasına güvenlik tedbirinin amacına ulaşması ve hükümlünün başka suçlar işlemesini engellemek için karar verebilmektedir. Mahkeme denetimli serbestlik süresinin tamamı ya da daha kısa sürelik bir kısmı için elektronik denetleme talimatını verebilir.¹⁹

Bu yeni düzenleme hükümlüyü cezadan koruyan ve yargılanan kişinin rızasına bağlı olmayan bir talimatı içermekte ve öncelikli olarak denetimli serbestlikle birlikte kontrol amacına hizmet etmektedir.

B. Talimatın İçeriği ve Uygulama Alanı

Elektronik gözetlememenin düzenlendiği ACK m. 68b f. 1 Nr. 12'ye göre mahkeme hükümlüye denetim süresi veya daha kısa bir süre için, yerleşim yerinin elektronik olarak denetimi için gerekli olan teknik aletleri

¹⁷ Brauneisen, StV 2011, 311, Elektronik denetleme her ne kadar güvenlik olarak muhafaza altına alınan kişiler hakkında verilen İHAM kararından sonra düzenlense de kapsam olarak düzenleme bu sınırları aşmaktadır, çünkü kanun uygulamayı sadece bu durumlar için sınırlandırılmamıştır.

¹⁸ Brauneisen, s. 311; Söz konusu karar 31.01.1998 tarihinde güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alınıp hakkındaki bu karar 10 yıl boyunca uygulanan bir hükümlü hakkındadır. Brauneisen s. 311, 312.

¹⁹ Brauneisen, s. 311.

her zaman hazır bir şekilde beraberinde bulundurma ve söz konusu aletin işlerliğini etkilememe talimatlarını verebilir.

Hükümün uygulama alanı ilk olarak 68 f. 1 c. 1²⁰' deki kanun hükmü uyarınca verilecek denetimli serbestlik hallerini kapsamaktadır. Çünkü bu durumlarda hükümlü çok ağır bir suçtan dolayı sorumlu tutulmakta ve ona verilen ceza tam olarak infaz edilmektedir; yani hükümlü cezasını son gününe kadar çekmektedir. Serbest bırakılanlar tahliye gününden itibaren prensip olarak serbesttirler ve istedikleri gibi hareket edebilirler. Hal ve gidiş denetimi kurumu bu durumlarda elverişli uygulamalarla kişinin davranışlarını yönlendirme imkânı sunar. Bu uygulamaların en önemlilerinden biri 68b'nin birinci ve ikinci fıkralarıdır. Mahkeme özellikle hükümlüye ikamet ettiği veya bulunduğu yeri veya belirli bir bölgeyi hal ve gidişatı kontrol makamının izni olmaksızın terk etmemesi ve ona yeniden suç işleme imkânı veya arzusu verebilecek nitelikte olan belirli yerlerde bulunmaması talimatını verebilir.²¹ Bu talimatların yerine getirilip getirilmediğinin denetlenebilmesinin de en etkin yolu elektronik yöntemlerle gözetleme kurumudur.

Yerleşim yerinin elektronik yolla gözetleme imkânının yürürlüğe girmesiyle birlikte etkili bir kontrol imkânı sağlanmıştır. Her ne kadar aralarında zorunlu bir bağlantı olmasa da, yerleşim yeri ile ilgili talimatlarla elektronik denetlemenin kombinasyonu kanun koyucunun asıl amacına paralellik gösterir. Elektronik gözetleme ile cezaların şahsi caydırıcılığı etkisi amaçlanabilir. Çünkü sadece bu gözetleme metodu ile gözetlenenin, suç işlediği esnada yakalanma ihtimali yükselmekte ve böylece gözetlenen başka ağır suçları işlemekten alıkonulmaktadır.²² Ve kanuna eklenen bu talimat sayesinde kişinin kendi hareketleri üzerindeki bireysel kontrolünün daha etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Doktrinde Brauneisen'in da vurguladığı gibi kişinin gitmeye (girmeye) izinli ya da yasak olduğu veya ilişki ya da bağlantı kurmaktan yasaklandığı talimatların

20 ACK m. 68f I c. 1'e (Kalan Cezanın Ertelenmemesi Durumunda Hal ve Gidiş Denetimi) göre kasten işlenen bir suçtan dolayı hükmedilen en az iki yıllık hapis ya da toplam hapis cezasının ya da 181b maddesindeki suç türlerinden birinden dolayı en az bir yıllık toplam hapis cezasının tamamen infazından sonra kişinin tahliyesinden sonra hal ve gidiş denetimi başlar. ACK 181b de sayılan suçlar ise ACK 174 ve 181. maddeleri arasında düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardır.

21 Brauneisen, StV 2011, s. 312.

22 BT-Drucks. 17/3403, s. 38.

etkin denetimine bu müessese önemli oranda katkı sağlamaktadır.²³ Ancak salıverilecek kişi hakkında elektronik yöntemlerle denetim uygulaması yapılabilmesi için kişiye oturduğu ya da bulunduğu yer ile ilgili bir talimat verilmesi gerekmemektedir. Daha açık bir ifadeyle elektronik gözetleme talimatı başka bir talimatın verilmesine bağlı değildir.

68b maddesine eklenen yeni talimat (68b 1.fikra 1. cümle 12 numara) iki tane davranış yükümlülüğü öngörmektedir. Bunlardan biri yerleşim yerinin elektronik olarak denetimi için gerekli olan teknik aletleri her zaman hazır bir şekilde beraberinde bulundurma yükümlülüğü; diğeri ise söz konusu aletin işlerliğini etkilememe, manipüle etmeme, bozmama yükümlülüğüdür. Yani talimat hem belli bir şekilde davranma hem de bazı davranışları yapmama yükümlülüğünü içermektedir. Kanun gerekçesinde de bu yükümlülükler şu şekilde belirtilmiştir: ‘Ayak kelepçesi olarak adlandırılan aygıtın, her ne kadar sistem böyle olsa da, ayrılmaya karşı özellikle önlem alınmış olup olmamasına bakılmaksızın her zaman beraberinde taşınma yükümlülüğü vardır. Cihazı çalışır vaziyette bulundurma yükümlülüğü aleti veya aletleri yeteri kadar şarj olmuş şekilde bulundurma ya da aksi durumda aletin şarj teminini güvence altına almayı kapsamaktadır. Somut talepleri mahkeme 68b f. 1 c. 2’ye göre belirlemelidir. Buna karşılık denetim altındaki kişinin aletin işler bir şekilde çalışmasını engelleyici arızaları tamir etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü bu şekilde bir yükümlülük tamir için teknik bilgisi olmayan kişi için beklenemez bir durumdur.²⁴ Cihazın fonksiyonel durumunu etkilememe yükümlülüğü her şeyden önce cihazı manipüle edici veya cihaza hasar verici davranışları yapmamayı içermektedir. Bu durum yalnız cihazın fonksiyon kabiliyeti ile ilgilidir. Yani yargılanan kişi sadece elektronik olarak, bulunduğu yerin belirlenmesi mümkün olabilecek bir yerde bulunmak zorunda değildir. Mesela kişinin yeraltı treni (metro) ile seyahat etmesi halinde yerinin tespiti mümkün olmayacağı hallerde bu imkânı kullanması engellenemez.²⁵

²³ Brauneisen, StV 2011, s. 312.

²⁴ Kişinin cihazın tamiri için gerekli teknik bilgisi olsa bile kendisine tamir etmesi noktasında bir yükümlülük yüklenemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü cihazın fonksiyonunu tam ve aksaksız bir şekilde yerine getirmesi için gereken önlemler ilgili kurum veya kişiler tarafından alınmalıdır. Cihazın fonksiyonunu bozmama emri dışında, tamir talimatı hal ve gidiş denetimi altında bulunan kişiye yüklenmemelidir.

²⁵ BT-Drucks. 17/3403, s. 36,

Aygıtın kullanıma hazır durumu, işbirliği halinde yargılanmış kişi ile mahkemenin talimatında belirtilen görevli personel tarafından garanti edilebilir. Ancak kanun koyucu aletin teknik özelliklerinden kaynaklanan sebeplerden dolayı görevlinin, hükümlünün evine girip giremeyeceği hakkında herhangi bir şey açıklamamıştır. Her durumda teknik sebeplerden dolayı aletin ilk kurulumu ile bağlantılı olarak ev ünitesini kurmak için kanun koyucunun talimatını uygulamaya koymak için, yetkili kişiler eve girmek durumundadırlar. ‘Ev Ünitesi’ hükümlünün evine kurulan Track-Technik olarak adlandırılan bir cihazdır. Bu cihaz evin belirli yerlerindeki GPS dosyalarının derlenmesini engeller ve o anki saptamaları garanti eder ve cihazın enerji tüketimini mağdurun evde bulunduğu sırada en aza indirir. Eve giriş yalnız hükümlünün izni ile mümkündür. Ancak kanun koyucu hükümlünün rıza göstermediği durumlarla ilgili herhangi bir düzenleme yapmamıştır.²⁶ Alman Anayasa’sı m. 7 f. 1’e göre kişinin evi dokunulmazdır ve kişinin özel hayatının gizliliği anayasal koruma altındadır. Yani anayasa evin mutlak olarak korunması gereken bir yer olduğunu ve bu hakka kati olarak riayet edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna getirilebilecek bir istisnada yine Alman Anayasa’sı m. 7 f. 7’de sayılan hallerde ve ancak yasa ile mümkündür.

C. Talimatın Şartları

Elektronik gözetleme talimatı hal ve gidiş denetimi uygulanan bütün haller için geçerli değildir. Kanun koyucu uygulama alanını sadece ağır olaylar için sınırlandırmıştır. Yeni 68b maddesi 1. fıkra 3. cümleye göre birçok özel şartlar altında elektronik izleme uygulanabilir. Bu şartlar katalog halinde belirtilmiştir ve bu şartların hepsi birlikte gerçekleşmelidir.²⁷

ACK m. 68b f. 1 c. 3’e göre talimatın uygulanabilmesi için bazı koşulların yerine getirilmesi gerekir. Bu talimat ilk olarak haklarında verilmiş en az 3 yıllık hapis veya toplam hapis cezasını tamamen çekmiş veya hakkındaki güvenlik tedbiri tamamlanmış olan kişileri kapsar (ACK m. 68b f. 1 c. 3 Nr. 1). ACK 68. maddenin 1. fıkrasındaki hallerde, ertelenmiş bir güvenlik tedbirinin söz konusu olduğu durumlarda ve tamamen infaz edilmiş olsa bile 3 yıldan daha kısa süreli hapis cezalarında elektronik

²⁶ Brauneisen, StV 2011, s. 313.

²⁷ Brauneisen, StV 2011, s. 313; Sch/Sch-Stree/Kinzig, § 68b kn.14c; MK- Groß, § 68b kn. 25; Rohrbach, s. 146.

gözetleme uygulanmaz.²⁸ Ayrıca vurgulamak gerekir ki güvenlik tedbirine tabi tutulan kişi hakkında elektronik gözetleme kararı verilebilmesi için hapis cezalarında olduğu gibi herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir.²⁹ Kişi hakkında elektronik gözetleme kararı verilebilmesi için en az 3 yıllık hapis cezasının tamamını çekmiş olması gerekir. Bu da gözetleme uygulanacak olan kişinin infaz sırasında koşullu salıverilmeden yararlanamadığı, yani infaz süresini iyi halli geçirmediği anlamına gelir.³⁰ İkinci olarak, kişi 66. madde 3. fıkra 1. cümlesinde³¹ sayılan bir veya birden fazla suçtan dolayı hapis ya da toplam hapis cezasına çarptırılmış ya da onun hakkında yerleştirmeye (kuruma yerleştirme güvenlik tedbirine) karar verilmiş olmalıdır. Bu cümle ile elektronik gözetlemenin uygulanacağı suçlar şiddet suçları ve cinsel suçlar gibi ağır suç türleri ile sınırlandırılmıştır. Eğer daha hafif nitelikte bir suç söz konusu ise bu talimata hükmedilemez. Üçüncü olarak yukarıda belirtilen cinsteki suçlardan dolayı yargılanmış kişinin bu tür suçları tekrar işleme tehlikesi bulunmalıdır. Diğer nitelikte yani ağır olmayan nitelikteki suçları işleme ihtimali bulunması halinde elektronik gözetleme talimatı mahkeme tarafından verilemez.³² Dördüncü ve son olarak talimat elektronik gözetleme neticesinde elde edilen verilerin kullanılmasıyla, özellikle talimat 68b f. 1 c. 1 Nr. 1 ve 2'deki talimatlarla birlikte verilmesi halinde, yargılanan kişinin yukarıda sayılan katalog suçları işlemesini önlemek için gerekli olmalıdır.

D. Talimatın Gerekliği ve Orantılılık

Yukarıda da belirtildiği üzere elektronik gözetleme talimatı kişiyi ilgili maddede belirtilen katalog suçları işlemekten alıkoymak için gerekli olmalıdır. Mahkeme elektronik gözetleme talimatını sadece, yargılanmış kişiyi elektronik gözetleme ile elde edilecek bilgiler sayesinde ACMK 463a maddesinde belirtilen amaçlarla 66. maddedeki katalog suçları işlemekten alıkoymak için gerekli gördüğü durumda verebilir. Genellikle burada 68b f.

²⁸ MK- Groß, § 68b kn. 25.

²⁹ Örneğin 1 yıllık bir güvenlik tedbirinin infazı halinde de elektronik gözetleme kararı verilebilir.

³⁰ Bezjak, s. 14.

³¹ Bkz. dn. 20.

³² MK- Groß, § 68b kn. 25, Yağma sırasında adam öldüren kişinin pedofili yatkınlığı mevcutsa bu kişi hakkında da elektronik gözetleme talimatı verilebilir.; Brauneisen, StV 2011, s. 313.

1 c.1 Nr.1 ve 2'ye göre yerleşim yerinin gözetimi ile ilgili talimatın yerine getirilmesi söz konusudur. Kurbanların korunması düşüncesiyle özellikle hükümlüye yeni suç işleme imkânı verecek ya da suç işlemeye teşvik edecek belli yerlerle ilgili ikamet yasağı getirilmesi önemlidir. Bunun cebir ve cinsel suçlardaki karşılığı potansiyel kurbanların kaldığı yerlerdir. Bu kapsamda önceki mağdurun kaldığı yer, çocuklara ilgi duyan suçlularda (pedofili) çocuk oyun alanları, anaokulları ya da okullar örnek olarak sayılabilir.³³

Bütün bu belirtilen özel şartların yanında mahkeme, kararında orantılılık ilkesine dikkat etmek zorundadır. Alman Ceza Kanunu 62. maddesinde iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin orantılılığı ilkesini düzenlenmiştir. Bu prensibe göre fail hakkında hükmedilecek olan güvenlik tedbiri işlediği ya da işlemesi muhtemel olan suç ile ölçülü olmalıdır. Bu ilke bütün iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi elektronik gözetlemede de geçerlidir. Bunun yanında 68b maddesinin 3. fıkrasında talimatlara ilişkin olarak özel bir orantılılık ilkesi kaleme alınmıştır. Bu fıkra göre talimatlarda kişiye hayatını devam ettirdiği sırada katlanamayacağı talepler yöneltilemez. Orantılılık ilkesini içeren her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun elektronik gözetlemede de orantılılık ilkesine özel önem verdiği ve uygulayıcı tarafından buna dikkat edilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

E. Hükmedilen Kişinin Onayının Gerekmemesi

68b maddesine göre elektronik olarak gözetleme altına alınacak kişiden uygulama için izin almak gerekmemektedir. Kanun koyucu gerekçesinde, bu talimat ile kişinin sürdürdüğü hayat tarzına ve vücut dokunulmazlığına herhangi bir müdahalede bulunulmadığını ve ayrıca taşınan cihazın da, yapılmış bilimsel araştırmalar sonucunda, gönderdiği sinyallerin sağlık için olumsuz etkileri olduğu noktasında kesin veriler elde olmadığını vurgulamıştır.

F. Elde Edilen Verilerle İlgili Çeşitli Durumlar

1. Temel Anayasal Hakların Korunması

ACMK m. 463a f. 4 elektronik gözetleme yöntemi ile elde edilecek verilerin gözetleme makamı tarafından derlenmesinin ve kaydının yasal

³³ NK-Ostendorf § 68b kn. 20; Brauneisen, StV 2011, s. 314.

temelini oluşturur.³⁴ Elektronik gözetleme yöntemi ile elde edilen veriler açık bir şekilde, muhtemel talimat aykırılıklarından bağımsız olarak derlenebilir ve kaydedilebilir. Çünkü sadece bütün verilerin toplanmasıyla ACMK m. 463 f. 4 C. 2 Nr. 1-5'te öngörülen amaçlar yerine getirilebilir. Ancak bunun yanında denetim merkezi kişinin bulunduğu yeri saptayan verilerden sadece muhtemel bir talimata aykırılık halinde bilgi sahibi olabilir. Bundan dolayı muhtemel talimata aykırılık hallerinde cihaz alarm vermekte ve alarm halinde denetim makamı müdahalede bulunmaktadır. Kişinin girmeye yasak olduğu bölgelere girmesi halinde de sisteme yüklenen veriler otomatik olarak karşılaştırılabilir ve talimatlara aykırılık tespit edilebilir.³⁵ Bundan çıkan sonuç denetim makamının kişinin bulunduğu yer ile ilgili bilgileri an be an denetleyemeyeceğidir. Kişi gitmekten yasak olduğu yerler dışında nereye gideceği noktasında serbestçe karar verebilir ve hiçbir müdahale olmaksızın hareket edebilir. Kişinin bulunduğu yerin her an ya da isteğe bağlı olarak tespiti bu manada müdahale niteliğindedir. Tekrar vurgulamak gerekirse; otomatik olarak dosyaların toplanması ve kaydı için yetkili olan gözetim makamı, eğer kanunda öngörülen amaçların yerine getirilmesi için gerekli ise, hükümlünün yerleşim yerinden bilgi almayı garanti etmelidir. Aksinden çıkan sonuç hükümlünün yerleşim yeri makamı bu şartlar gerçekleşmemişse bilgi almaya izinli değildir. Bu yüzden teknik önlemler sayesinde talimatlara aykırı bir olay belirtisi saptandığında sistemin bir alarm vermesi garanti edilmelidir. Örnek olarak bu şekilde hükümlünün pozisyonu hakkında sistemde daha önce kayıtlı Geo dosyalarıyla o anda elde edilen dosyaların (yerin) örtüşüp örtüşmediği karşılaştırılarak bilgi edinilebilir. Bunun yanında sistemin, aletin fonksiyonu ile ilgili saptadığı bilgilerle de talimatlara aykırı davranışlar olup olmadığı saptanabilir.

2. Evin Bilgi Toplama Alanı Dışında Tutulması

Kanun koyucu ACMK 463a f. 4'e göre teknik olarak mümkün ise, hükümlünün evinin içinde yapılan veri toplamalarında hükümlünün 'evin içinde bulunduğu' bilgisini aşacak şekilde veri toplanamaz. Hükümlünün evi ilkesel olarak bilgi toplamanın olamayacağı yer olarak gözetlemeden muaftır. (ACMK m. 463 f. 4 c. 1) Bu hüküm elektronik yerleşim yeri gözetlemesinin özel hayatın çekirdek alanına saldırılara yol açmayacağını

³⁴ BT-Drucks. 17/3403 s. 43.

³⁵ Brauneisen, StV 2011, s. 312.

garanti etmektedir. Somut olarak bu, hükümlünün evinin içinde hareket profiline çıkarılamayacağı anlamına gelir. Hükümlünün evin içindeki konumunun tam olarak tespiti bu bağlamda yasaktır. Ayrıca ilgili madde fıkrasının 7. cümlesinde ev içinde yasal olarak belirlenen sınırları aşan veri toplanmışsa, bu verilerin değerlendirilemeyeceği ve durum öğrenildikten sonra derhal silinmeleri gerektiği vurgulanmıştır.³⁶

3. Elde Edilen Verilerin Kullanımı, Silinmesi ve Talimatın Gözden Geçirilmesi

Hükümlünün bulunduğu yer ile ilgili alınan bilgilerin ACMK m. 463a f. 4 C. 2 Nr. 1-5 arasında belirtilen beş amaç dışında kullanımı kişinin iznine bağlıdır. Elde edilen veriler, Alman Ceza Kanunu § 68b f. 1 C. 1 Nr. 1, 2 ya da 12'deki talimatlara aykırılığın tespitinde, bu maddede belirtilen aykırılıklara karşı önlem almak amacıyla³⁷, talimatlara aykırı davranış halinde kişinin cezalandırılabilmesi amacıyla, üçüncü kişinin yaşamına, vücut bütünlüğüne, özgürlüğüne ve cinsel yaşamına dair özgür karar verme yeteneğine karşı önemli ve muhtemel bir tehlikenin giderilmesi amacıyla, kanunun 66 f. 3 S. 1 de belirtilen türden bir suçun takibi amacıyla kişinin rızası olmasa da kullanılabilir.³⁸ Maddede belirtilen suçun, veriler ışığında takibi için suç şüphesinin bu veriler dışında bir olguya dayanması şart değildir. Bu şekildeki bir yorum kanun koyucunun amacına aykırı düşer.³⁹

Eğer elde edilen veriler kanunda belirtilen amaçlar için kullanılmayacaksa toplandıkları tarihten itibaren iki ay içinde silinmek zorundadırlar. Hangi sebeple olursa olsun kanuni talimatlara aykırı olarak, hükümlünün evinde bulunduğu anda evden alınan veriler gecikmeksizin silinmelidir. Bu verilerin kullanımı kesinlikle yasaktır. Elde edilen veriler değerlendirildiğinde, her bir erişimin saati ve kimin eriştiği protokol altına alınmalıdır. Ayrıca amaca bağlılığa uyulması için dosyalar yetkisiz olarak bilgi almaları karşı da korunmalıdır.

³⁶ BT-Drucks. 17/3403 s. 43; Brauneisen, StV 2011, s. 314.

³⁷ Bu bağlamda mahkeme ek veya farklı talimatlara hükmedebilir ya da denetimli serbestlik görevlisinin daha yoğun bir şekilde denetimli serbestlik altında bulunan kişi ile ilgilenmesine karar verebilir. BT-Drucks. 17/3403 s. 44.

³⁸ MK- Groß, § 68b kn. 25; Sch/Sch-Stree/Kinzig, § 68b kn.14c.

³⁹ Brauneisen, StV 2011, s. 315.

Yetkili mahkeme hal ve gidiş denetiminin devam ettiği süre zarfında 68b 1. fıkraya göre verdiği talimatları sonradan düzenleyebilir, değiştirebilir veya kaldırabilir. Bu hüküm yeni bir talimat olan elektronik gözetlemeyi de kapsamaktadır. Kanun koyucu elektronik gözetlemenin gözden geçirilmesi için 68d maddesine bir fıkra daha eklemiştir. Bu fıkraya göre (ACK m. 68d f. 2) mahkeme resen en geç 2 yıl dolmadan elektronik gözetleme talimatının kaldırılıp kaldırılmayacağını gözden geçirmelidir. Eğer elektronik gözetleme tedbirine daha fazla ihtiyaç duyulmuyorsa veya tedbirin şartları ortadan kalkmışsa bu talimat kaldırılmalıdır. Eğer hükümlünün sayılan suç türlerinden birini işleme tehlikesi yoksa ve talimat gerekli değilse talimatın kaldırılmasına karar verilir. Elektronik gözetlemenin devam edip etmeyeceği konusunda önemli olan soru, bunun orantılılık ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığıdır.⁴⁰

G. Talimata Aykırı Davranma

ACK 145a maddesine göre kişi bu talimatlara aykırı davranır veya uygulanan tedbirin amacını tehlikeye düşürürse 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

H. Düzenlemenin Anayasaya Uygunluğu Sorunu Üzerine

- Uygulamanın Nemo-Tenetur (kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması) Prensibi İle Uygunluğu: Kişi elektronik gözetleme yöntemi ile gözetim altında bulunduğu süre içerisinde çeşitli suçlar işleyebilir. Bu suçların ispatında elektronik gözetleme yöntemi ile elde edilen veriler kullanılabilir. Burada sorulması gereken soru, acaba gözetleme sırasında elde edilen verilerin kişi aleyhine kullanılıp kullanılmayacağıdır. Hükümlünün elektronik yollarla gözetlenmesinin amacı talimatlara uygun davranıp davranmadığını saptamaktır. Bu saptama yapılırken diğer güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında olduğu gibi, şüphesiz ve kaçınılmaz olarak başka verilerde elde edilebilir ve talimatın amacına ulaşması ve doğal olarak suç işlenmesinin önlenmesi için vs. kullanılabilir.⁴¹

- Kişinin Özel Hayatına Müdahale: Kişinin ayağına kelepçe olarak adlandırılan sinyal verici takılması her ne kadar herhangi bir infaz ya da tedavi kurumunda tutmaktan daha hafif nitelikte olsa da yine de özel hayatına müdahale niteliğine sahiptir. Ayrıca kişinin sinyal verici

⁴⁰ Brauneisen, StV 2011, s. 315.

⁴¹ Önel, s. 27.

takılmasına izin vermesi ve elde edilecek bilgilerin saptanan amaçlar dışında kullanılmasının hükümlünün iznine tabi olması bu anlamda temel haklarının zedelenmediği anlamına gelmektedir.⁴²

- Özgürlüğün Sınırlandırılması: Elektronik gözetleme yöntemi ile birlikte kişinin özgürce hareket ve hatta seyahat etme özgürlüğü sınırlanmış olmaktadır. Ancak anayasada belirtildiği üzere özel şartlar altında kanunla birlikte bu özgürlükler sınırlandırılabilir. Kişi gözetim altında iken özgürlüğü tamamen sınırlanmamakta, evin dışına çıkabilmekte, işine gidebilmekte sadece belli zamanlarda evde bulunmak zorunda bırakılmakta veya bazı bölgelere girmesi yasaklanmaktadır. Bu bağlamda özgürlüğü yasal çerçevede sınırlanmamakta ve anayasa aykırılık söz konusu olmamaktadır.⁴³

V. Elektronik Gözetleme Müessesesinin Başka Ülkelerde Uygulaması

A. Amerika

Elektronik gözetlemenin ilk olarak uygulandığı ülke Amerika olup 1980'li yıllarda ev hapsi bu yöntemle infaz edilmeye başlanmıştır. 1989 yılına gelindiğinde 33 eyalette elektronik gözetleme yöntemi kullanılmaya başlanmıştır. Amerika'da elektronik gözetleme sadece denetimli serbestlik hallerinde değil, aynı zamanda kısa süreli hapis cezasının (bir yıla kadar) ya da tutuklama kararının infazı sırasında da kullanılmaktadır.⁴⁴ Ayrıca vurgulamak gerekir ki cezaevlerinde bulunan kişi sayısını azaltmaya yönelik bu uygulama Amerika'da bu fonksiyonunu yerine getirememektedir.⁴⁵ Artan mahpus sayısı bunu göstermektedir.⁴⁶

⁴² Alman anayasa mahkemesi de bu yönde bir karar vermiştir; Kişinin sıcak yaz günlerinde havuza vs. girince ya da kısa pantolon giyince ayağındaki sinyal vericinin gözükmesi onun toplum içinde daha önceden suç işlemiş kişi olduğunun anlaşılması anlamına gelecektir. Bu da özel hayata müdahale niteliğindedir. Önel, s. 28

⁴³ Önel, s. 29, 30.

⁴⁴ Harders, s. 14 vd.; Ostendorf, ZRP1997, s. 474; Önel, s. 10 vd.; Demirbaş, s. 537.

⁴⁵ 1977 yılında ABD infaz kurumlarında 283.433 mahkûm için 261.768 yer bulunmakta idi. Bu durum bir hücrede 4 kişinin kalmasına sebebiyet vermekteydi. Mahkûm sayısı 2002 Ekim itibarıyla 2,1 milyona ulaşmıştır. Bu durum alternatif infaz yöntemi arayışlarına sevk etmiştir. Harders, s. 13; Önel, s. 10.

⁴⁶ Önel, s. 10; 2012 yılında ABD'de yaklaşık 100.000 kişi elektronik gözetleme yöntemi ile gözetlenmekte ve kişiler ortalama 79 gün bu yöntemle gözetlenmektedirler.

B. Fransa

Fransa cezaevlerinde doluluk oranının artması, infaz kurumlarının boşaltılması ve de kısa süreli hapis cezalarından kaçınmak için Fransız siyasetini farklı yollar aramaya sevk etmiştir. Bu bağlamda Fransız parlamentosunda tutukluluk haline alternatif olarak ev hapsinin elektronik yöntemlerle gözetlenmesi müessesesi önerilmiş ve 1997 yılında elektronik yöntemlerle gözetlenen ev hapsi Fransız Ceza Kanunu m. 723-7'de yerini almıştır. Ev hapsi sadece hafif nitelikteki suçları kapsamakta ve 12 aydan daha uzun süreli olmamaktaydı.⁴⁷ Bugün elektronik gözetleme yöntemi ev hapsinde, kısa süreli hapis cezalarının infazında ve tutukluluğa alternatif olarak (Front-door-Variante) ve şartlı tahliye hallerinde (Back-door-Variante) kullanılmaktadır. 2005 Aralık ayından beri elektronik gözetleme yöntemi Fransa'da GPS teknolojisi ile yürütülmektedir. Ayrıca 2008 Şubat ayından itibaren GPS teknolojisi ile ev dışında da gözetleme 'güvenlik denetimi' kapsamında uygulanmaktadır.⁴⁸ Bu yöntemle tekrar suç işlenmesinin önlenmesi ve toplumun tehlikeli suçlulardan korunması amaçlanmaktadır. Front-door-Variante 12 aya kadar hapis cezasına çarptırılan suçluları, Back-door-Variante ise koşullu salıverilmesine en fazla 12 ay kalmış mahkûmları kapsamaktadır. Güvenlik denetiminde ise kişi cezasını tam olarak çekmekte, salıverilmekte ve aynı zamanda elektronik gözetleme yöntemi ile takip edilmektedir. Bu uygulama için salıverilenin tehlikeliliğinin devam ettiğinin bilirkişi tarafından tespit edilmesi gerekir. Ayrıca salıverilen kişi en az 7 yıllık bir hapis cezasına mahkûm edilmiş ve bu cezanın tamamı infaz edilmiş olmalıdır. Bu durumda elektronik gözetleme iki yıl ile sınırlıdır. 10 yıllık hapis cezasına mahkûm edilmiş suçlu hakkında, cezanın tamamen infazının ardından yine tehlikeliliğinin devam ettiğine dair bilirkişi raporu üzerine süresiz olarak elektronik gözetleme kararı verilebilir.⁴⁹

Fransız uygulamasında GPS teknolojisi ile elde edilen sinyaller denetim merkezine yeni bir suç işlenmesi halinde soruşturma için aktarılmakta ve orada kaydedilmektedir. Bunun yanında kişinin girmesi yasak ya da serbest

⁴⁷ Harders, s. 19, Bu tarihlerde bir günlük hapis cezasının maliyeti 400 Fransız frangı olduğu halde, elektronik gözetlemenin maliyeti 100 franktır.

⁴⁸ Bu durum ACK'da düzenlenen hal ve gidiş denetimine benzemektedir. Harders, s. 216.

⁴⁹ Harders, s. 215 vd., 2009 yılında Fransa'da radyo frekans yöntemi ile denetimin günlük maliyeti 12€ olduğu halde GPS yöntemi ile denetimin maliyeti 30€ idi.

olduğu bölge sınırlamalarına uymaması halinde denetim merkezinde alarm çalmaktadır. Bu vesileyle kişinin belirlenen vakitlerde evinde ya da işinde olup olmadığı, işinden evine gidip gitmediği ya da yaklaşması yasak olduğu mağdurların yaşadığı bölgeye yaklaşp yaklaşmadığı denetlenmektedir.⁵⁰

C. İngiltere

Elektronik gözetlemenin Avrupa'daki öncü ülkesi İngiltere'dir ve en fazla burada kullanılmaktadır. 1989 yılında İngiltere'de tutuklamaya alternatif olarak elektronik denetleme programı uygulanmıştır. 1995 yılında Front-door-Variante şeklinde erteleme talimatı olarak uygulanmıştır. 6 aya kadar hapis cezası alanlar bugüne kadar, cezalarını elektronik denetleme yolu ile çekebilmektedirler. Daha sonra 1999 yılında şartlı tahliye hallerinde de Back-door-Variante şeklinde uygulanmıştır.⁵¹ İngiltere'de öncelikli olarak radyo frekansları ve bunun dışında ses doğrulama tekniği (Voice-Verification Technik) kullanılmıştır. Akabinde bir pilot proje kapsamında GPS tekniği denenmiş ve denenmeye devam edilmektedir. Elektronik gözetleme İngiltere uygulamasında kapsam dışı bırakılan suçlar sınırlı sayıdadır. Sadece cinsel nitelikli suçlarda önceden tahliye halinde Back-door-Variante uygulamasında elektronik gözetleme uygulanmamaktadır. Ayrıca elektronik gözetleme sadece yetişkin suçlularda değil genç suçlularda da uygulanmaktadır.⁵²

D. Elektronik Gözetleme Türkiye Uygulaması

1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamada olduğu gibi Türkiye'de de elektronik yöntemlerle gözetleme müessesesi son yıllarda uygulanmaya başlanmıştır. Kanun koyucu genel itibariyle 'elektronik izleme' kavramını kullanmış olsa da uygulamada alışlagelmiş kavram olan 'elektronik

⁵⁰ Eilzer/Mair, s. 463, Kişinin girmesi yasak olan bölgelerin özellikle, okullar ve kreşler gibi yerlerin, fazla olması Fransa'da sistemin sık sık alarm vermesi sonucunu doğurmuş ve hizmette bulunması gereken polis sayısının fazla olmasına sebebiyet vermiştir. Ancak zamanla LBS (Local Based Services) teknolojisinin (cep telefonu sinyalleri ile kişinin yerinin belirlenmesi ve kendisiyle iletişime geçilmesi) kullanılmasıyla hatalı bildirimlerin sayısı azalmıştır.

⁵¹ Harders, s. 212, Uygulamaya 2007 yılında 62.647 kişi hakkında, 2010 yılında ise 99.950 kişi hakkında hükmedilmiştir.

⁵² Harders, s. 213.

kelepçe' terimini de kullanmaktadır. Kanun koyucu elektronik izlemeyi Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 4. Maddesinde 'şüpheli, sanık veya hükümlülerin elektronik yöntem ve araçlar ile toplum içinde izlenmesini, gözetim ve denetim altında tutulmasını sağlayan, mağdurun veya toplumun korunmasını destekleyen uygulamaları ifade eder' şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere elektronik izleme Türk Hukuku'nda hakkında elektronik izleme uygulanacak olan kişiyi denetim altında tutma, onu başka suçları işlemekten alıkoyma ve bunun yanında mağduru koruma amaçlarına hizmet etmektedir. Ayrıca toplumun da bu izleme metodu ile korunmasının amaçlandığı tanımda vurgulanmıştır.

Türk hukukunda ilk olarak 2003 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı'nda elektronik izleme düzenlenmiş olsa da⁵³ 5237 sayılı Yasada bu kuruma yer verilmemiştir. Bugün elektronik izleme yasal dayanağını 5.4.2012 tarihli Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'na 6291 sayılı Yasa ile eklenen 'Elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip' başlıklı 15/A maddesinden almaktadır. Bu maddeye göre şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir. Kanunun bu maddesine dayanarak 5 Mart 2013 tarihli Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği yürürlüğe girmiş ve elektronik izlemedeki usul ve esaslar bu yönetmelikte düzenlenmiştir.⁵⁴

2. Elektronik İzleme Uygulama Alanı

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde (DSHY) elektronik cihaz ile takip edilecek yükümlülerin belirlenmesi başlığı altında hangi kişilerin elektronik cihaz ile takip edileceği belirtilmiştir. Yönetmelik m. 104/1'e göre haklarında belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirlenen konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair verilen denetimli serbestlik kararları, elektronik cihaz kullanmak suretiyle yerine getirilebilir. DSHY m. 60'a göre belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirli yerlere devam yükümlülüğü; mahkemece belirlenen süreyle sanığın kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile suç işlemesindeki nedenler göz önüne alınarak iyileştirilmesini ve suçun tekrarını önlemeyi

⁵³ Koç, s. 200.

⁵⁴ Bknz. Demirbaş, s. 539.

esas alan bir yükümlülüktür. Gidilmesi yasaklanan belli yerler; sanığın suç işleminde, suça yönelmesinde, zararlı alışkanlıklar edinmesinde, bağımlılık yapan maddeler kullanmasında çevresel, psikolojik, sosyal, ekonomik etkisi bulunan veya sanığın yeniden suç işlemini tetikleyecek yerleri ifade eder.

a. Tutuklamaya Alternatif Olarak Elektronik Denetim

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 15/A maddesine göre şüpheli, sanık ve hükümlü hakkında elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip yöntemi uygulanabilir.⁵⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 2'ye göre şüpheli kavramı soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık kavramı ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda CMK m. 100 uyarınca şartları mevcutsa, şüpheli veya sanık hakkında soruşturma ve kovuşturma evresinde tutuklama kararı verilebilir. Yine CMK m. 109 f. 1 uyarınca tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Adli kontrol altına alınacak olan kişi kanunda sayılan bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulabilir. Bu yükümlülüklerden bazılarının daha etkin bir şekilde yerine getirilmesinde ve denetiminde elektronik izleme yöntemi kullanılabilir. Kanunda sayılan yurtdışına çıkmama⁵⁶, konutunu terk etmeme, belli bir yerleşim bölgesini terk etmeme ve belirlenen yer veya bölgelere gitmeme yükümlülükleri bu bağlamda elektronik izleme yöntemleri ile denetlenebilir. Bu düzenlemelere de dayanılarak tutuklama yerine adli kontrol uygulanıp, elektronik izleme yöntemi kullanılabilir.⁵⁷ Tutuklama yasağının olduğu hallerde verilen elektronik yöntemlerle

55 Maddenin Gerekçesi şu şekildedir: - Madde ile toplum içine bırakılan bazı hükümlüleri devamlı surette kontrol altında tutmak ve izlemek için elektronik cihazlardan yararlanılabilmesi imkânı sağlanmaktadır. Elektronik izlemeyle, belirlenen sürelerde evden çıkmama, belirlenen yerlere yaklaşmama, belirlenen yerlere gitmekten yasaklama veya belirlenen çevre sınırları dışına çıkmama gibi tedbirlerin infazı ve denetimi de yapılabilecektir.; Gerekçede sadece hükümlülerden bahsedilmesi ve şüpheli ve sanık ifadelerine yer verilememesi muhalefet şerhinde eleştirilmiştir. Muhalefet şerhinde kanunun 4. maddesiyle önerilen eklemenin yani elektronik yöntemlerle takibin tutuklama tedbirinin uygulamasını azaltabileceği ve yerine adli kontrol tedbirini güçlendirebileceği vurgulanmıştır.

56 DSHY m. 56/1-a: Yurtdışına çıkamama, ülke sınırları dışına çıkamamayı ifade eder.

57 Bknz. Özbek, İnfaz Hukuku, s. 407.

desteklenebilecek adli kontrol kararları elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip edilebilir.⁵⁸

b. Ev Hapsinin Elektronik Yöntemlerle Denetimi

CMK m. 110 f. 2'ye göre mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukuki sorumlulukları saklı kalmak üzere kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları altı ay, yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları bir yıl ve yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme karar verebilir. Bu madde ile birlikte maddede sayılan kişilerin şartları gerçekleşmesi koşuluyla hapis cezalarını konutlarında çekebilecekleri hükme

⁵⁸ Burada tartışılması gereken noktalardan biri elektronik yöntemlerle takip edilen adli kontrol kararının söz konusu olduğu durumda adli kontrol altında geçecek olan sürenin cezadan mahsup edilip edilmeyeceğidir. Her şeyden önce vurgulamak gerekir ki mevcut yasal düzenlemeye göre herhangi bir mahsup söz konusu olmayacaktır. Çünkü CMK m. 109/6 ya göre adli kontrol altında geçen süre, şahsi hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz. Mahsup başlığı altında düzenlenen TCK m. 63'e göre hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir. Elektronik izleme yöntemi kullanılarak adli kontrol kararının uygulanması halinde de hiç şüphesiz şahsi hürriyet sınırlandırılmaktadır. Çünkü bu durumlarda kişi yurtdışına çıkamamakta, konutunu terk edememekte, belli bir yerleşim bölgesini terk edememekte ve belirlenen yer veya bölgelere gidememekte, belli yerlere veya bölgelere gitmekten ya da girmekten yasaklanmaktadır. Bu yükümlülüklerden her biri şahsi hürriyeti belli oranlarda sınırlandırmakta ve bunlardan konutu terk etmeme yükümlülüğü en ağır sınırlamayı teşkil etmektedir. Burada belirtmek gerekir ki, kanun koyucu TCK'da şahsi hürriyetin tamamen ortadan kaldırılmasını değil (tutukluluk hali gibi), bu hürriyetin sınırlandırılmasını düzenlemiştir. Elektronik yöntemle adli kontrol uygulaması da kişi hürriyetini sınırlandırıcı bir tedbir olarak görülmeli ve hapis cezasından indirilmelidir. Burada şahsi hürriyete müdahale türüne göre tamamen ya da belli oranda indirim öngörülebilir. Örneğin konutu terk etmeme yükümlülüğü halinde konutta geçirilen sürenin cezadan tamamen, diğer hallerde ise cezadan belli oranda mahsup edilebileceği kanunlaştırılabilir. Bu uygulama için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değişiklik yapılması ve TCK ve CMK hükümlerinin uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.; Ayrıca hukuka aykırı olarak başvuru adli kontrol ve bu bağlamda elektronik denetleme kararına başvurulması durumunda kişiye tazminat ödenip ödenmeyeceği CMK m. 141 de düzenlenmemiştir. Cezadan mahsubun gerekliliği halinde belirtilen durum burada da geçerlidir. Çünkü bu durumda kişinin temel hak ve özgürlüklerine açık bir müdahale söz konusudur ve tazminat müessesesinin burada da uygulanması gerekir. Öztürk/Kazancı/Güleç, Koruma Tedbirleri, s. 87.

bağlanmıştır. Madde başlığından da anlaşıldığı üzere ev hapsi özel infaz usullerinden birini oluşturmaktadır. Maddede belirtilen konut kavramından ne anlaşılması gerektiği DSHY m. 75 f. 2' de açıklanmıştır. Buna göre konut 'hükümlünün ailesiyle birlikte veya tek başına yaşamını devam ettirdiği, kendisine ait veya kiracı olarak oturduğu ve bu kararın yerine getirilmesinde mahkemeye bildirdiği veya mahkeme kararında belirtilen yeri ve eklentilerini ifade etmektedir'. Ayrıca bu hükümle birlikte, konutta hapis için 6 aydan kısa süreli hapis cezalarında kadınlar için herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiştir.⁵⁹

c. Denetimli Serbestlik Kapsamında Elektronik Kelepçe

CGTİHK m. 105A f. 1'e göre hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda cezasının son 6 ayını kesintisiz olarak geçiren⁶⁰, çocuk eğitim evinde toplam cezasının beşte birini tamamlayan kişi hakkında koşullu salıverilmesine bir yıl⁶¹ veya daha az süre kala denetimli serbestlik kararı verilebilir. Hükümlü hakkında koşullu salıverilme tarihine kadar bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulma ya da belirlenen yer ve bölgelere gitmeme kararı verilebilir (DSHY m. 81, 83/6). Ayrıca DSHY m. 85'e göre yüksek riskli hükümlüler, denetimli serbestlik altında geçirecekleri toplam sürenin en az üçte birini konuttan çıkmamak suretiyle tamamlarlar. Bu yükümlülük günde en az 10 en fazla 12 saat süreyle yerine getirilir. Bu maddede isabetli olarak, hükümlünün evinde bulunacağı süre ve saat aralığının onun iş, eğitim ve ailevi durumuna göre belirleneceği düzenlenmiştir. Bu vesileyle kanunun amaçlarından olan, kişinin dış dünyaya uyum sağlaması ve ailevi bağlarını

⁵⁹ Koç, s. 203; bkz. Eşitli, AÜHFD 2016, s. 94.

⁶⁰ Denetimli serbestlik uygulaması için açık ceza infaz kurumunda cezasının son 6 ayını kesintisiz olarak geçirmiş olma şartı 31.12.2020 tarihine kadar ertelenmiştir.

⁶¹ 671 Sayılı KHK ile 1 Temmuz 2016 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle mahkûm veya mahkûm olacaklar bakımından CGTİHK m. 105/A'daki koşullu salıverilmeye dair 1 yıllık süre 2 yıla çıkarılmıştır. Kanun Hükmünde Kararname'de belirtilen tarihten önce işlenen ve yine KHK ile kapsam dışı bırakılan suçlar dışında işlenen suçlar bakımından bir yıllık erken tahliye imkânı getirilmiştir.

daha sağlıklı bir şekilde sürdürmesi desteklenmiş olacaktır. Bu durumlarda kişinin elektronik yöntemlerle gözetim altında tutulması kararı verilebilir.⁶²

d. HAGB Kararı Kapsamında Elektronik Yöntemlerle Takip

CMK 231 f. 8'e göre HAGB kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere çeşitli denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulabilir. Bunlardan biri de CMK m. 231 f. 8 c bendinde düzenlenen belli yerlere gitmekten yasaklanma, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınma ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmedir. DSHY m. 104 'haklarında belli yerlere gitmekten yasaklanma veya belirlenen konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair verilen denetimli serbestlik kararlarını elektronik cihaz kullanılmak suretiyle yerine getirilebilir' şeklindedir. Bundan dolayı HAGB kararı kapsamında hakkında denetimli serbestlik tedbiri ve DSHY m. 104'te sayılan yükümlülüklerden birine tabi tutulan sanık elektronik yöntemlerle takip edilebilir ve denetlenebilir.

e. TCK m. 50 ve Elektronik İzleme

TCK m. 50 f. 1 d bendine göre kısa süreli hapis cezası mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belli yerlere gitmekten veya belli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya çevrilebilir. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m. 51 f. 4'e göre, kesinleşen mahkeme kararında gösterilen belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanma yaptırımı içeren ilâm Cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet başsavcılığınca ilâm denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü ya da bürosuna gönderilir. Bu birim tarafından, yapılacak tebligatta on gün içinde hükümlünün kararın infazı için başvurması istenir. Başvurması halinde hükümlüye belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanma yaptırımının infaz şekli bildirilir.⁶³ DSHY m. 104 'haklarında belli yerlere gitmekten yasaklanma veya belirlenen konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair verilen denetimli

⁶² Ayrıca DSHY m. 85 f. 3'te de 'elektronik yöntemlerle takip edilmeyen hükümlüler' kavramı kullanılmakta olup bu da bu durumlarda elektronik yöntemlerle denetimin mümkün olduğuna işaret etmektedir.

⁶³ Bknz. Özbek, İnfaz Hukuku, s. 96 vd.

serbestlik kararlarını elektronik cihaz kullanmak suretiyle yerine getirilebilir' şeklindedir. Bundan dolayı bu kısa süreli hapis cezasına seçenек olan bu yaptırım kararı da DSHY m. 104'te sayılan tedbirlerden biri olduğu için elektronik izleme yöntemi ile yerine getirilebilir.

f. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik Kapsamında Elektronik İzleme

Bu yönetmeliğin 'Genel Esaslar' başlıklı 6. maddesine göre, cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde, ikinci fıkrada belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına karar verilmesi için Cumhuriyet başsavcılığı tarafından derhal infaz hâkimliğine başvuruda bulunulur. İkinci fıkradaki elektronik izleme ile bağlantılı yükümlülükler şu şekildedir: 1. c bendinde düzenlenen suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak ve ç bendinde düzenlenen mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmaktır.

C bendindeki yükümlülük yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanma, hükümlünün mağdurun korunması amacıyla mağdurun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesine mazereti olmaksızın ve izin olmaksızın ikamet etmekten yasaklanması yükümlülüğüdür. Hakkında suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanma kararı verilen hükümlülerin denetim ve takibi, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde belirlenen esaslar çerçevesinde denetimli serbestlik müdürlüklerince yerine getirilir. Yükümlülerin topluma veya mağdura zarar verme durumu ile tekrar suç işleme riski açısından yoğun denetim altında tutulması söz konusu ise hükümlünün denetim ve takibinde elektronik cihazlar da kullanılabilereceği maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

Ç bendindeki yükümlülük ise yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, hükümlünün mağdurun korunması amacıyla mağdurun olağan hayatını sürdürdüğü yerlere mazereti olmaksızın ve izin olmaksızın yaklaşmaması ve gitmemesi yükümlülüğüdür. Hakkında mağdurun bulunduğu yere yaklaşmaktan yasaklanma kararı verilen hükümlülerin denetim ve takibi, Denetimli Serbestlik Hizmetleri

Yönetmeliğinde belirlenen esaslar çerçevesinde denetimli serbestlik müdürlüklerince yerine getirilir. Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler hakkında da bu yükümlülük kararı verildiği takdirde kişi ceza infaz kurumundan izinli olarak çıkmış ise yukarıdaki takip işlemlerini ceza infaz kurumu müdürlüğü yükümlünün iznini geçireceği yerdeki denetimli serbestlik müdürlüğünden yardım almak suretiyle yerine getirir. Bu fıkra göre hükümlünün ceza infaz kurumunu izinli olarak terk etmesi halinde de bu tedbir uygulanabilir. Yükümlülerin topluma veya mağdura zarar verme durumu ile tekrar suç işleme riski açısından yoğun denetim altında tutulması söz konusu ise yükümlünün denetim ve takibinde elektronik cihazlar kullanılabilir.

g. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Elektronik İzleme

6284 sayılı Kanun'un 12. maddesine uyarınca 'bu kanun hükümlerine göre verilen tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemler kullanılabilir'. Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da öngörülen ve teknik araç ve yöntemlerle uygulanabilecek kararlar bu kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak, müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta okula ve işyerine yaklaşmaması, gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması kararları verilebilir. Bu bağlamda verilecek olan kararlar da elektronik izleme yöntemi ile takip edilebilir. Ancak 6284 sayılı Kanun'un m. 12/1 c. 2 uyarınca bu suretle, kişilerin ses ve görüntüleri dinlenemez, izlenemez ve kayda alınmaz. Maddeden çıkan sonuç yükümlülerin hareket profillerinin bu kanun uyarınca ilgili kişilerin korunması amacıyla çıkarılabileceğidir.

3. Elektronik İzleme Kararını Verecek Makam

DSHY m. 104/2'ye göre mevcut risk durumu, tedbir, yükümlülük ve denetimin gereklilikleri, mağdurun veya toplumun korunma ihtiyacı dikkate alınarak, vaka sorumlusunun talebi üzerine komisyon, yükümlünün elektronik cihaz ile takibini elektronik izleme şube müdürlüğüne önerir. 3. fıkra göre elektronik cihaz takılması önerilen yükümlünün bilgileri

elektronik izleme şube müdürlüğüne iletilir. Şube müdürlüğünce, izleme merkezinin kapasitesi, yükümlünün durumu, mahkeme kararının niteliği ve infaz kabiliyeti teknik yönden değerlendirilerek yükümlünün elektronik cihaz ile izlenip izlenmemesine karar verilir.

4. Elektronik İzleme Uygulanan Kişinin Yükümlülükleri

Hakkında elektronik takip kararı verilen kişinin yönetmelikte belirtilen talimatlara uygun davranması gerekir. DSHY m. 105/2' ye göre yükümlü elektronik kelepçe, diğer cihazlar ve ilgili ünitenin kullanımı ile ilgili uyulması gereken kurallar ve uymamanın sonuçları hakkında yazılı olarak bilgilendirilir. Elektronik cihazlar takılmak suretiyle takibine karar verilen yükümlü, elektronik kelepçe takılmasına ve ilgili ünitenin kurulmasına rıza göstermek, cihazları kullanılabilir durumda bulundurmamak, kararın infazı için gerekli olan kısıtlamalara ve cihazın kullanımına ilişkin belirlenen kurallara uygun hareket etmek zorundadır. Bu kurallara aykırı davranış yükümlülüğün ihlali sayılır (DSHY m. 105/3).

5. Elektronik İzlemede Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

İnsan Onuruna Saygı ve Dürüstlük: DSHY m. 5'e göre DSHY uygulamasında görev alanlar, insan haklarına saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde hareket eder, görevlerini yerine getirirken aşağılayıcı, onur kırıcı ve küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz. Denetimli serbestlik hizmetlerinden biri olan elektronik izlemede de insan haklarına saygılı bir şekilde hareket edilmeli ve elektronik izlemenin doğasında olan yükümlülüklerin dışında bir yükümlülük kişiye yüklenmemeli ve kişi hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunulmamalıdır. Örneğin kişi hakkında verilen yurt dışına ya da il dışına çıkış yasağı elektronik izleme yöntemi ile denetleniyorsa ülke ya da o il içindeki seyahat özgürlüğü sınırlandırılmamalı ve gereksiz müdahalelerden kaçınılmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki amacı aşan ya da kişiden beklenemeyecek yükümlülükler kişiye yüklenemez. Bu bağlamda yukarıda da değinildiği üzere her ne kadar kişiye cihazı bozmama, manipüle etmeme yükümlülüğü yüklenebilirse de, kendiliğinden bozulan cihazın ya da ünitenin tamiri kişiye yüklenemez ve bu şekilde ortaya çıkan fonksiyon aksaklıklarından sorumlu tutulamaz. Elektronik takip yapılırken kişinin özel hayatına müdahale olağan sınırları aşmamalı ve yükümlünün ailesini ya da birlikte yaşadığı kişileri kapsayacak şekilde genişletilmemelidir. Kanuni dayanağı olmaksızın yükümlünün yüz

yüze ya da telefonla yaptığı görüşmeleri hiçbir şekilde kayıt altına alınmamalıdır. Aksine bir uygulama kişi hak ve özgürlüklerine aktif bir müdahale teşkil eder.

Gizlilik: DSHY m. 5'e göre yönetmeliğin uygulanmasında görev alanlar mağdur, şüpheli, sanık, hükümlü ya da bunların ailesi hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin veya düzenlediği raporların gizliliğini korumak zorundadır. Bu bilgiler Kanunun veya bu Yönetmeliğin zorunlu kıldığı haller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez.

Tarafsızlık: Yönetmeliğin uygulamasında görev alanlar görevleri ile ilgili belgeleri inceleyebilirler; ancak buradan elde ettiği bilgilerle ilgili olarak soruşturmanın gizliliği ilkesine uymak, tarafsızlığına gölge düşürecek davranış ve ilişkilerden kaçınmak ve davanın taraflarına eşit uzaklıkta olmak zorundadır.

6. Elektronik İzleme ve Rıza

DSHY m. 105/3'e göre elektronik cihazlar kullanılarak takibine karar verilen yükümlü, elektronik kelepçe takılmasına ve ilgili ünitenin kurulmasına rıza göstermek zorundadır.

Sonuç

Elektronik gözetleme yöntemi kullanılması suretiyle şüpheli, sanık veya hükümlülerin gerek evlerinde gerekse toplum içinde takibi çeşitli amaçlara hizmet etmektedir. Çeşitli hukuk sistemlerinde elektronik izleme anlatılırken değinildiği gibi elektronik izleme her ne kadar hapishanelerin doluluk oranını azaltma amacıyla uygulanmaya başlanan bir yöntem olsa da zamanla elektronik izleme yöntemine haklı olarak farklı misyonlar yüklenmiştir. Bunlardan en önemlileri hakkında elektronik izleme uygulanacak olan kişinin bu denetim altında iken yeniden topluma kazandırılmasını sağlamak ve ağır ya da hafif hapishane şartları altında yaşamış olan hükümlünün topluma adapte olmasını sağlamak ve bu bağlamda ona destek olmaktır. Gerçekten bu yöntemin sağlıklı bir şekilde uygulanmasıyla birlikte kişi aile ve toplum içinde daha fazla zaman geçirebilecek ve adapte olması kolaylaşabilecektir. Kişinin yeniden topluma kazandırılmasının yanında elektronik izlemeye biçilen bir diğer görev de toplumun ve mağdurun yüksek tehlikeli suçlu olarak adlandırılan kişilerden denetimli serbestlik sırasında ve daha sonrasında korunmasını sağlamaktır.

Türkiye’de de uygulanan tutuklamaya alternatif olarak adli kontrol kararının uygulanmasında ve denetlenmesinde elektronik yöntemlerin kullanılması hem kişi açısından hem de soruşturma ve kovuşturmanın selameti açısından faydalı olabilecek bir uygulamadır. Bu uygulama ile şüpheli veya sanık özgürlüğünü tamamen kaybetmemekte yani tutuklanmamakta, ancak elektronik izlemenin doğasına uygun olarak talimatın türüne göre özgürlüğü önemli oranda sınırlandırılmaktadır. Ayrıca aile içi şiddetin önlenmesi ve kadının korunması amacıyla elektronik izleme yöntemlerinin kullanılması Türkiye açısından olumlu bir uygulamadır. Bu kapsamda ikili gözetleme sisteminin aile içi şiddetin önlenmesinde ve kadının korunmasında daha etkili olacağı şüphesizdir.

Elektronik cihazların kullanılması suretiyle takip ile elde edilecek yararlardan biri de hiç şüphesiz elektronik izlemenin hapiste infazdan ya da personel aracılığıyla takipten daha ucuz olacaktır. Çeşitli hukuk sistemlerindeki uygulama da bunu göstermektedir. Örneğin konutta infazın elektronik cihazlar ile takibi, konutun önünde 24 saat nöbet tutan polis ya da infaz memurlarının bulunmasından daha ekonomik olacaktır.

Türk Hukuku’ndaki düzenleme karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemeler ile karşılaştırıldığında öne çıkan en önemli eksiklik elektronik izleme sırasında elde edilen verilerin hangi amaçla kullanılabileceğinin, bu verilerin ne kadar süreyle kayıt altında kalacağı ve ne zaman silineceğinin düzenlenmemiş olmasıdır. Bu durum yükümlülerin her anının kayıt altına alınacağı ve bu kayıtların istenildiği gibi kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Öncelikli olarak yükümlünün her anı takip edilememeli, talimatın gerektirdiği koşullar içinde özgürce hareket etmesi sağlanmalıdır. Takip sonucunda elde edilen veriler izinsiz erişim ve paylaşım ve kullanımlara karşı güvence altına alınmalıdır.

Bugün elektronik gözetleme yöntemine getirilen bazı eleştiriler zamanla değerini kaybedecektir. Örneğin kişinin ayak ya da el bileğinde saat büyüklüğünde bir sinyal verici taşıması onun toplum içinde birçok faaliyeti yapabilmesine engel olabilmekte ve yükümlünün elektronik izleme yöntemi ile takip edildiği diğer bireyler tarafından fark edilebilmektedir. Bu durum yükümlünün hem hareket kabiliyetini sınırlandırabilmekte hem de talimatın gerekliliklerini aşacak şekilde bir uygulamaya sebebiyet verebilmektedir. Örneğin adli kontrol kararı elektronik yöntemle izlenen bir şüpheli veya sanığın lekelenmeme hakkına bu şekilde müdahale edilmiş olunur. Ancak teknolojik gelişmeler sayesinde elektronik gözetleme yöntemlerinde de

gelişme yaşanacak, hem daha aktif gözetleme imkânları bulunacak hem de yükümlünün hakları daha aktif bir şekilde korunacaktır. Ancak bugün mevcut olan uygulamalar ve olması muhtemel teknolojik gelişmeler her ne pahasına olursa olsun net widening (devletin insanlar üzerindeki kontrolünün genişlemesi) etkisine sahip olmamalı ve Georg Orwel'in 1984 romanında tasavvur ettiği gibi bir denetim mekanizmasına dönüşmemelidir. Kişinin her anını kayıt altına alacak şekilde bir uygulama yapılması kişi hak ve özgürlüklerinin ihlali niteliği taşıyacaktır.

Kaynakça

- Banzer, Jürgen/Schwerzberg, Thomas*, Elektronische Fußfessel als Alternative?, ZRP 2009, s. 31
- Bezjak, Garonne*, Die elektronische Aufenthaltsüberwachung nach § 68b Abs. 1 Satz. 1 Nr. 12 Satz 3 StGB Führungsaufsicht aktuell-Gesetzesvorhaben des BMJ, in: Elektronische Überwachung gefährlichen Tätern und Umgang mit besorgten Bürger, Köln 2012
- Bergmann, Sven*, Die elektronische Fußfessel- Eine kritische Betrachtung über eine nicht mehr ganz so neue Straftechnik, FoS 2007, s. 262
- Brauneisen, Achim*, Die elektronische Überwachung des Aufenthaltsortes als neues Instrument der Führungsaufsicht, StV 2011, s. 311
- Bundestag Drucksache* 17/3403
- Demirbaş, Timur*, İnfaz Hukuku, 4. Baskı 2015 Ankara
- Dahs, Hans*, Im Banne der elektronischen Fußfessel, NJW 1999, s. 3469
- Eilzer, Silke/Mair, Heinz-Peter*, Elektronische Aufenthaltsüberwachung in Europa-kriminalpräventive Alternativen, in: Sicher leben in Stadt und Land, 2013 Mönchengladbach
- Eşitli, Ezgi Aygün*, Kısa Süreli Hapis Cezası ve Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, AÜHFD 2016, s. 63
- Fünfsinn, Helmut*, Die elektronische Fußfessel in Hessen-Sicherheitsmaßnahme oder pädagogisches Hilfsmittel?, Festschrift Eisenberg, München 2009, s. 691
- Harders, Immo*, Die elektronische Überwachung von Straffälligen-Entwicklung, Anwendungsbereich und Erfahrungen in Deutschland und im europäischen Vergleich, Mönchengladbach 2014

Hochmayr, Gudrun, Elektronisch überwachte Hausarrest- Zur Regelung in Deutschland und Österreich ZIS 2012, s. 537

Hudy, Marc, Elektronisch überwachter Hausarrest- Befunde zur Zielgruppenplanung und Probleme einer Implementierung in das deutsche Sanktionsystem, Baden-Baden 1999

Koç, Ziya, Elektronik İzleme İle Hapis Cezasının Konutta Çektirilmesi, ABD 2013, s. 173

Kunze, Torsten, Die elektronische Fußfessel- Eine positive Betrachtung über Haftvermeidung mit Hilfe zur Selbsthilfe, FoS 2008, s. 33

Ostendorf, Heribert, Die „elektronische Fußfessel“- Wunderwaffe im „Kampf“ gegen die Kriminalität?, ZRP1997, s. 473

Önel, Günes, Verfassungsmäßigkeit und Effektivität der „elektronischen Fußfessel“, in: Jahrbuch des Kriminalwissenschaftlichen Instituts der Leibniz Universität Hannover Band 1-2012

Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, 7. Baskı 2015 Ankara

Öztürk, Bahri/Kazancı, Behiye Eker/Güleç, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2013 Ankara

Mayer, Markus, Modellprojekt elektronische Fußfessel, Studien zur Erprobung einer umstrittenen Maßnahme, Freiburg im Breisgau, 2004

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 2 §§ 38-79b StGB, 2. Auflage 2012 München

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-79b StGB, 4. Auflage 2012 Baden-Baden

Rohrbach, Moritz Philipp, Die Entwicklung der Führungsaufsicht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Mecklenburg-Vorpommern, Mönchengladbach 2014

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014 München

Uludağlı, Nilay Pekel, Hükümlülerin Denetiminde ve Topluma Kazandırılmasında Yeni Bir Yöntem Olarak Elektronik İzleme, AÜHFD 2012, s. 1337

Özel Hukuk

6704 SAYILI YASAYLA GETİRİLEN İŞVEREN TEŞVİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Hatice Duygu ÖZER**

I. Genel Olarak Teşvik Kavramı

Sosyal güvenlik sistemimiz primli ve primsiz olmak üzere iki ana kısımdan oluşmaktadır. Primli rejimde, yükümlülerden alınan primler, 5510 sayılı Kanunun öngördüğü sosyal risklerin gerçekleşmesi halinde yapılacak sosyal sigorta yardımları ile Kurum yönetim giderlerinin karşılığı olarak, m.4/1-a ve c bendine göre sigortalı olanlar için sigortalının kazancının belli bir yüzdesi üzerinden; m.4/1-b bendine göre sigortalı olanlar için ise, prime esas alt ve üst kazanç sınırları arasından kendilerinin belirleyecekleri bir meblağ üzerinden alınan parayı ifade eder¹. Primler, 5510 sayılı Kanun'un 79. maddesinde de belirtildiği gibi sosyal sigorta yardımlarının finansman kaynağı olmasının yanı sıra, SGK'nın yönetim giderlerini de karşılamaktadır². Sosyal güvenlik sistemimizde sigortalılardan, kısa vadeli sigorta primi, uzun vadeli sigorta primi, genel sağlık sigortası primi ve işsizlik sigortası primleri alınmaktadır. Primlerin bir kısmı, işçi, işveren ve devlet taraflarının tümünden alınırken, bir kısmı da sadece işverenden alınmaktadır³. Teşvik uygulamalarının en önemli kısmını ise işverenden alınan primler oluşturmaktadır⁴. Öte yandan, sistemimizde, isteğe bağlı sigortalılık primi ve sosyal güvenlik destek primi de mevcuttur ancak bu primler hiç bir teşvik kapsamında ele alınmamaktadır.

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

1 **Güzel, A./Okur, A.Rıza/Caniklioğlu, N.:** Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014, s.279; **Tuncay, C./Ekmekçi, Ö.:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s.152; **Arıcı, K.:** Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.206.

2 **Alper, Y.:** Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2013, s.144.

3 **Sözer, A.Nazım:** İşçi Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013, s.195.

4 İstisnai olarak bazı teşvikler hem sigortalı hem de işverenler için prim teşviki öngörmektedir.Örneğin 5510 sayılı Kanun'un ek 2. maddesine göre uygulanan teşvik bu şekildedir.Bkz. Bakanlar Kurulu'nun 2012/3305 sayılı Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Kararı madde 12-13.

Söz konusu prim oranlarının azaltılması veya bir kısmının Hazine tarafından ödenmesi istihdamın teşvik edilmesi için kullanılan önemli bir yöntemdir. Bunun yanı sıra, teşvikten yararlanabilme koşulları arasında kayıt dışı işçi çalıştırmama koşulunun da sayılması hiç şüphesiz kayıt dışı istihdamın da önüne geçmeye yardımcı olacaktır. Ayrıca getirilen her bir teşvik, belli bir coğrafi alandaki sigortalıları ya da toplumun desteğe ihtiyaç duyan belirli bir kesimini kapsama aldığı anda, teşvikten beklenen muhtemel yararlar o ölçüde artış gösterecektir. Tüm bu yararların elde edilmesi için sosyal güvenlik sistemimizde son yıllarda birçok teşvik türü uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan bir kısmı belirli bir süre için uygulanan ve süresi dolunca uygulamasına son verilen geçici nitelikteki teşvik uygulamaları iken, bir kısmı da kanun koyucunun takdirine göre belirleyeceği zamanda sona ermek üzere uygulanacak teşviklerdir.

Söz konusu teşvikler genellikle, 5510 sayılı Kanun ve 4447 sayılı Kanun gibi sosyal güvenlikle ilgili mevzuata ekleme yapılarak uygulamaya konulmakta iken, bir kısmı da 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer almaktadır. İnceleme konumuzu oluşturan teşvik ise, istihdam desteği sağlayacağı gruba bağlı olarak, 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kanunu'nun ilgili maddesine ek olarak çıkarılmıştır. Söz konusu teşvik ile hem ekonomik düzeyi düşük olan kişiler istihdama dâhil edilecek, hem de devlet gelir seviyesi düşük olan bu kişilere yapmakta olduğu sosyal yardımları ödeme yükümünden kurtulmuş olacaktır.

II. Uygulanan Diğer Teşvikler

İnceleme konumuzu oluşturan 6704 sayılı Kanun teşviğini ele almadan önce halen uygulanmakta olan diğer prim teşviklerini kısaca saymakta fayda vardır. Belirtmek gerekir ki, uygulama süresi dolmuş ve halen uygulanmasına son verilmiş teşviklere bu sıralamada yer verilmemiştir.

A. Beş Puanlık MYÖ Sigortalıları Teşviği

Söz konusu bu teşvik 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin 1 fıkrasına eklenen (1) bendine⁵ göre, "Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin⁶, kanunun bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre

⁵ Söz konusu ekleme RG., 26887, 26.05.2008 tarihli 5763 sayılı kanunla yapılmıştır.

⁶ 21.5.2013 tarihli 6486 sayılı Kanunun 5. maddesiyle bu maddede yer alan, "on ve üzerinde sigortalı çalıştırılan işyerlerinde" ibaresi kaldırılarak, teşvikten yararlanacakların kapsamı genişletilmiştir. Maddede yer alan bu değişikliğe yönelik açıklamalar için bkz.

malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır"⁷. 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu teşvikten yararlanamayacakların kapsamı genişletilmiştir⁸.

Herhangi bir süre sınırlaması getirilmeyen bu teşvik halen uygulanmaktadır. Söz konusu teşviğin uygulanması, işyerinin prim maliyetinin %15 oranında aşağı çekilmesi anlamına gelmektedir⁹.

B. 4447 Sayılı Kanun m.50 Kapsamında İşsizlik Ödeneği Alan İşçinin İstihdamına İlişkin Teşvik

4447 sayılı Kanun'un 50. maddesinin yeniden düzenlenen 5. fıkrası¹⁰na göre, "İşsizlik ödeneği alanların işe alındığı tarihten önceki aydan başlayarak işe alan işyerine ait son altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak işe alınması kaydıyla, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınır üzerinden hesaplanan kısa vadeli sigorta prim tutarının %1'i olmak üzere işçi ve işveren payı sigorta primleri ile genel sağlık sigortası primi, kalan işsizlik ödeneği süresince Fondan karşılanır." Maddede karmaşık bir biçimde ele alınan teşvik kapsamına giren primleri şu şekilde saymak mümkündür; öncelikle kısa vadeli sigorta koluna ait prim oranının tamamı değil sadece %1', genel sağlık sigortası ve nihayet uzun vadeli sigorta koluna ait prim oranı¹¹.

Belli bir yürürlük süresiyle sınırlandırılmamış olan bu teşviğin amacının da, Kurumun üzerinde bulunan işsizlik ödeneği alan kişiler için karşılamak zorunda olduğu hem işsizlik ödeneği hem de işsiz sigortalıya ait genel sağlık

Uluöz, Davut: "6 Puanlık İlave Sigorta Prim Desteğinde Yaşanan Problemler ve Yeni Düzenleme", Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2016, S.135, s.303-305.

⁷ 5763 sayılı Kanun m.24, RG., 26.05.2008, 26887.

⁸ **Caniklioglu**, N.; Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri, İstanbul 2011,s.23-25.

⁹ **Özdamar**, M.:Sigorta Prim Teşvikleri/İndirimleri, İSMMMO, 07.04.2014 tarihli Seminer Notları, erişim tarihi 27.07.2016.

¹⁰ Mülga beşinci fıkra, 31.05.2006-5510/106, yeniden düzenleme 11.08.2009-5921 sayılı kanun m.1.

¹¹ İşsizlik sigortası primi ise bu teşvik kapsamında değildir.

sigortası primini ödeme yükünden kurtulmak olduğunu söylemek mümkündür¹².

C. 4857 Sayılı Kanun'un 30/10. Maddesi Kapsamında Engelli İstihdamı Teşviği

İş Kanunu'nda yer alan ve işverenler bakımından zorunlu olarak uygulanması gereken engelli istihdamına yönelik uygulanan bu teşviğe göre, "Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi engelli sigortalılar ile 1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanun'un 14. maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların, aynı Kanunun 72. ve 73. maddelerinde sayılan ve 78. maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı¹³, kontenjan fazlası engelli çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde engelli çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir engelli için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı Hazinece karşılanır."

D. 5510 Sayılı Kanun'un Ek 2. Maddesine Göre Yatırım Yapan İşverenlere Yapılan Teşvik

Bu teşvik uygulamasında hedeflenen, tasarrufların katma değeri yüksek yatırımlara yönlendirilmesi, stratejik yatırımların özendirilmesi, bölgesel gelişmişlik farklılıklarının azaltılması gibi sonuçlara ulaşmaktır¹⁴.

Yatırımlarda Devlet yardımları hakkında kararlar çerçevesinde düzenlenen teşvik belgeleri kapsamında gerçekleştirilecek yatırımlarla istihdam edilen sigortalılar için, 81. maddede sayılan ve 82. madde uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin; işveren hisselerinin tamamına veya Bakanlar Kurulunca

¹² Bu teşvikle ilgili açıklamalar ve eleştiriler için bkz. **Caniklioğlu, N./Ocak, S.**: "5921 Sayılı Kanunla Getirilen Teşvikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.4, S.15, Eylül 2009, s.171 vd.

¹³ Daha önce kontenjan fazlası ya da yükümlü olmamasına rağmen engelli çalıştıran işverenler için teşvik oranı %50 olarak uygulanmakta iken, 19.02.2014 tarihli ve 28918 sayılı RG de yayımlanan 6518 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle "tamamı" olarak değiştirilmiştir.

¹⁴ Bu teşvik uygulaması hakkında bkz. **Dokumacı, M.**: "Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Alınan Kararlarda Sigorta Primi Desteği ve SGK Uygulamaları", E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2012, S.238.

istatistiki bölge birimleri sınıflandırması, kişi başına düşen milli gelir veya sosyoekonomik gelişmişlik düzeyleri dikkate alınmak suretiyle belirlenen illerde işveren hisseleri ile birlikte sigortalı hisselerinin tamamına kadar olan kısmı Ekonomi Bakanlığı bütçesinden karşılanır. "

E. 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 5/1-c Bendinde Öngörülen Teşvik

İşverenlerin sigorta primi işveren paylarında yapılacak indirimin yanı sıra, vergi, su, enerji bedeli desteği gibi yardımları da içeren bu teşvik, 5225 sayılı Kültür Yatırımları ve Girişimlerini Teşvik Kanunu'nun 5. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir¹⁵; "Sigorta primi işveren paylarında indirim, bu kanun uyarınca belgelendirilmiş kurumlar vergisi mükellefi yatırımcı veya girişimcilerin, ilgili idareye verecekleri aylık sigorta prim bordrolarında bildirdikleri, münhasıran belgeli yatırım ve girişimde çalıştıracakları işçilerin, 506 sayılı SSK'nun 72. ve 73. maddeleri uyarınca (5510 sayılı Kanun madde 79.ve 81. maddeleri) prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hissesinin yatırım aşamasında üç yılı aşmamak şartıyla %50'si, işletme aşamasında ise yedi yılı aşmamak şartıyla %25'i Hazinece karşılanır."

F. 5746 Sayılı Araştırma ve Geliştirme ve Tasarım¹⁶ Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'un 3/3. Fıkrasında Düzenlenen Sigorta Primi Desteği

Sigorta primi desteği: kamu personeli hariç olmak üzere teknoloji merkezi işletmelerinde, ar-ge merkezlerinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan veya teknoloji geliştirme projesi anlaşmaları kapsamında uluslararası kurumlardan ya da kamu kurum ve kuruluşlarından ar-ge projelerini desteklemek amacıyla fon veya kredi kullanan vakıflar tarafından veya uluslararası fonlarca desteklenen ya da TÜBİTAK tarafından yürütülen ar-ge ve yenilik projeleri ile rekabet öncesi işbirliği projelerinde ve teknogirişim sermaye desteklerinden yararlanan işletmelerde çalışan ar-geve destek personeli, bu kanun kapsamında yukarıda sayılan kurum ve kuruluşlar tarafından desteklenen tasarım projelerinde ve tasarım merkezlerinde çalışan tasarım ve destek personeli ile 26/6/2001 tarihli ve 4691 sayılı Teknoloji

¹⁵ Bu teşvik uygulaması hakkında bkz. **Tiryaki**, H.; "Kültür Yatırımları ve Girişimlerinin İstihdam Boyutuyla Teşviki", E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2011, S.226.

¹⁶ "Tasarım" ibaresi, 16.02.2016 tarih ve 6676 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle kanun başlığına eklenmiştir.Bu kanunla maddede başka değişiklikler de yapılmıştır.

Geliştirme Bölgeleri Kanununun geçici 2. maddesi uyarınca ücret gelir vergisinden istisna olan personelin; bu çalışmaları karşılığında elde ettikleri ücretleri üzerinden hesaplanan sigorta primi işveren hissesinin yarısı (...)¹⁷ Maliye Bakanlığı bütçesine konulacak ödenekten karşılanır (m.3/3).

G.5510 Sayılı Kanun Geçici m.68'de Düzenlenen Teşvik

2016 yılında asgari ücrete yapılan artışın işverenler üzerindeki yükünü hafifletmek amacıyla 5510 sayılı Kanun'a eklenen 68. madde kapsamında tam zamanlı çalışan sigortalılar için işverenlere Hazine tarafından yapılan yardımdır¹⁸. Söz konusu teşviğin, sigortalılarda yaş, cinsiyet, sertifika gibi özellikler aramaması, faydalanılacak süre sınırının teşviklerden daha kısa olması ve işveren açısından herhangi bir başvuru şartı aramaması nedeniyle farklarının olduğu görülmektedir¹⁹.

Anılan Kanun hükmüne göre, "Bu kanunun 4/1-(a) bendi kapsamında haklarında uzun vadeli sigorta kolları hükümleri uygulanan sigortalıları çalıştıran işverenlerce, a)2015 yılının aynı aya ilişkin Kuruma verilen aylık prim ve hizmet belgelerinde prime esas günlük kazancı 85 TL ve altında bildirilen sigortalıların toplam prim ödeme gün sayısını geçmemek üzere, 2016 yılında cari aya ilişkin verilen aylık prim ve hizmet belgelerinde bildirilen sigortalılara ilişkin toplam prim ödeme gün sayısının,

b)2016 yılı içinde ilk defa bu kanun kapsamına alınan işyerlerinden bildirilen sigortalılara ilişkin toplam prim ödeme gün sayısının, 2016 yılı ocak ila aralık ayları/dönemleri için günlük 3,33 TL ile çarpımı sonucu bulunacak tutar Hazinece karşılanır²⁰.

¹⁷ Kanunun önceki halinde yer alan "her bir çalışan için beş yıl süreyle ibaresi 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı kanunun 114.maddesiyle kaldırılmıştır.Bu teşvik uygulamasının yeni hali ile ilgili olarak bkz., Kızılova, A.T.: "Ar-Ge Teşvikinde Sigortalı Başına Beş Yıl Kısıtlaması Kaldırıldı", E-Yaklaşım Dergisi, Aralık 2014, S.264.

¹⁸ Anılan teşviğin uygulama esaslarını belirlemek üzere, SGK, 2016/4 sayılı Genelge çıkarılmıştır.

¹⁹ Demirci, M.: "Teşvik Değil Destek", E-Yaklaşım Dergisi, Nisan 2016, S.280.

²⁰ Bu madde, 14.01.2016 tarih ve RG., 6661 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle kanuna eklenmiştir.

H. 4447 Sayılı Kanun Geçici m.15 Gereği İşbaşı Eğitim Programlarını²¹ Tamamlayanlara Verilen Sigorta Prim Teşviki

6645 sayılı Kanun ile 4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 15. madde ile şartları sağlayan işverenlerin ödemeleri gereken primleri prime esas kazanç alt sınır üzerinden hesaplanan kısmı işsizlik sigortası fonundan karşılanacaktır. Bu teşvikle birlikte beş puanlık MYÖ prim teşviki de uygulanmaya devam edilecektir²².

"18 yaşından büyük, 29 yaşından küçük olanlardan Türkiye İş Kurumu tarafından 31.12.2016 tarihine kadar başlatılan işbaşı eğitim programlarını tamamlayanların; a)programın bitimini müteakip en geç üç ay içinde program tamamladıkları meslek alanında özel sektör işverenleri tarafından 5510 sayılı Kanun m.4/1-(a) bendi kapsamında işe alınması ve b) işe alındıkları yıldan bir önceki takvim yılında işyerinden bildirilen aylık prim ve hizmet belgelerindeki sigortalı sayısının ortalamasına ilave olması kaydıyla, işe alındıkları işyerinin imalat sanayi sektöründe faaliyet göstermesi halinde 42 ay, diğer sektörlerde ise 30 ay süre ile 5510 sayılı kanun m.81/1-(1) bendi uygulandıktan sonra kalan sigorta primlerinin işveren hissesine ait oranına göre ve aynı kanunun 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan tutar Fondan karşılanır²³."

I. 4447 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesi gereği İşsizlik Sigortası Prim Teşviği

Bu teşvik de iş sağlığı ve güvenliği uygulamalarını desteklemek amacıyla işverenin işsizlik sigortası primine yapılmıştır. Öngörülen teşvikin iş kazası olgusuna bağlanmış olması olumlu bir uygulama olarak kabul edilmelidir. Böylece işsizlik sigortası primi işveren payında %50 oranında

²¹ Bu teşvikte belirtilen iş başı eğitim programı; Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işsizlerin yine kuruma kayıtlı işyerlerinde sahip oldukları mesleki bilgilerini uygulama yaparak pekiştirmelerini, iş ve üretim süreçlerini bizzat görerek öğrenmelerini sağlamayı amaçlayan bir işi iş başında öğrenmeyi amaçlayan, azami 160 fiili gün ve haftalık en fazla 45 saatten oluşan programdır. Bu programla işsizlik seviyesinin daha düşük düzeylere çekilmesi, kalifiye işgücünün oluşturulması, kursiyerlere mesleki deneyim ve iş tecrübesi kazandırılması amaçlanmaktadır. Bu teşvik hakkında, **Demirci, M.:** "4447 Sayılı Geçici 15. Maddesinde (İşbaşı Eğitimi) Öngörülen Sigorta Primi Desteği", Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015, S.132, s.249-260.

²² Her iki teşvikin birlikte uygulanması örnekleri için bkz. **Yüksel, F.:**"6645 sayılı Kanunla Getirilen Teşvik Uygulaması", E-Yaklaşım Dergisi, Temmuz 2016, S.283.

²³ Bu madde, 4.4.2015 tarih ve RG.29335 sayılı 6645 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle kanuna eklenmiştir.

bir indirim uygulanmaktadır²⁴. Söz konusu düzenlemeye göre, "6631 sayılı Kanun kapsamında çok tehlikeli sınıfta yer alıp 10'dan fazla çalışanı bulunan ve 3 yıl içinde ölümlü veya sürekli iş göremezlikle sonuçlanan iş kazası meydana gelmeyen işyerlerinde çalışanların işsizlik sigortası işveren payı teşvik olarak bir sonraki takvim yılından geçerli olmak üzere ve 3 yıl süreyle %1 olarak alınır. Ölümlü veya sürekli iş göremezlikle sonuçlanan iş kazası meydana gelmesi halinde takip eden aydan itibaren bu teşvik uygulamasına son verilir²⁵...."

J. 4447 Sayılı Kanun Geçici 10. Maddesi İle Getirilen Teşvik

Genç ve/veya kadın istihdamını artırmak amacıyla getirilen bu teşvik, "31.12.2015²⁶ tarihine kadar işe alınan her bir sigortalı için geçerli olmak üzere, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren özel sektör işverenlerince işe alınan ve fiilen çalıştırılanların; işe alındıkları tarihten önceki 6 aya ilişkin SGK'ya verilen prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olmaları, aynı döneme ilişkin işe alındıkları işyerinden bildirilen prim ve hizmet belgelerindeki sigortalı sayısının ortalamasına ilave olmaları ve bu maddede belirtilen diğer koşulları da sağlamak kaydıyla, 5510 sayılı Kanununun 81. maddesinde sayılan ve 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazançları üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarı, işe alındıkları tarihten itibaren İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır.

Bu maddede belirtilen destek unsuru;

a)18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük erkekler ile 18 yaşından büyük kadınlardan;

1)Mesleki yeterlilik belgesi sahipleri için 48 ay süreyle

2)Mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yüksek öğretimi veya Türkiye İş Kurumunca düzenlenen işgücü yetiştirme kurslarını bitirenler için 36 ay süreyle

²⁴ Evren, K.Ö.: "İş Kazası Bağlamında İşsizlik Sigortası İşveren Payı Teşviki Esasları", E-Yaklaşım Dergisi, Haziran 2015, S.270.

²⁵ Bu madde, 4.4.2015 tarih ve RG.,29335, 6645 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle Kanuna eklenmiştir.

²⁶ Bu maddenin uygulama süresi, 21.12.2015 tarihli ve 2015/8321 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki kararının 1.maddesiyle 31.12.2020'ye kadar uzatılmıştır. Bu değişiklikle ilgili olarak, **Ulubey, R.:"İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 10. Maddesi Kapsamındaki Teşvik Düzenlemesinin Süresi Uzatıldı"**, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015, S.132, s.211-219.

3) 1 ve 2 numaraları alt bentlerde sayılan belge ve niteliklere sahip olmayanlar için 24 ay süreyle

b) 29 yaşından büyük erkeklerden a bendinin 1 ve 2 numaralı alt bentlerinde sayılan belge ve niteliklere sahip olanlar için 24 ay süreyle

c) a ve be bentleri kapsamına girenlerin Türkiye İş Kurumu kayıtlı işsizlerden arasından işe alınmaları halinde ilave olarak 6 ay süreyle

ç) 5510 sayılı kanunun 4/1-a bendi kapsamında çalışmakta iken, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra mesleki yeterlilik belgesi alanlar veya mesleki ve teknik eğitim veren orta veya yükseköğretimi bitirenler için 12 ay süreyle,

d)18 yaşından büyüklerden bu fıkranın a, b ve ç bentlerine girmeyenlerin Türkiye İş Kurumuna kayıtlı işsizler arasından işe alınmaları halinde 6 ay süreyle uygulanır...."

III. 6704 Sayılı Yasada Yer Alan Teşvik

26.04.2016 tarihli "65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" torba yasa ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'na eklenen ek 5. maddeyle aşağıda açıkladığımız şartları taşıyan işverenlere yeni bir teşvik getirilmiştir.

Kanunun gerekçesine bakıldığında, ilgili kanun maddesinin çıkarılmasındaki amaç, kapsamı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca belirlenen sosyal yardımlardan yararlanmakta olan kişileri istihdam eden işverenlere sigorta primi desteği verilmek suretiyle, bu kişilerin iş hayatına kazandırılarak istihdamlarının sağlanması olarak ifade edilmiştir²⁷.

Özellikle sosyal yardım sisteminin daha işlevsel hale getirilmesi için çalışabilecek durumda olan muhtaç kişilerin kendi kendilerini geçindirebilecek seviyeye gelmesi amacıyla bu kişilere vasıf kazandırıcı mesleki eğitimler verilmesi ve bu kişilerin işe yerleştirilmeleri için işverenlere teşvik sağlanması gerekliliği öteden beri dile getirilen bir eksiklik²⁸.

²⁷ TBMM 6704 sayılı Kanun gerekçesi, s.7, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=196928, erişim tarihi, 23.07.2016.

²⁸ Işık, H.: "Federal Almanya'da Uygulanan Sosyal Yardım Sistemi, Türkiye Karşılaştırması ve Türkiye'deki Uygulamalara Yönelik Öneriler", Yurtdışı İşçi Hizmetleri Uzmanlık Tezi, Ankara 2014, s.143.

Diğer teşviklerde olduğu gibi bu teşvik bakımından da uygulama detaylarını açıklamak amacıyla ilgili kurumların işbirliği ile hazırlanacak yönetmelik veya genelge gibi bir düzenleme yapılacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, çalışmamızın kaleme alındığı tarih itibarıyla henüz böyle bir mevzuat çıkarılmamıştır.

A. Teşviğe Hak Kazanma Koşulları

1. Sigortalı Bakımından

a. Sosyal Yardımlardan Yararlanmış Olmak

İşverenin teşvikten yararlanabilmesi için sigortalıda bulunması gereken ilk koşul, işe başlamadan önce ekonomik açıdan iyi durumda olmadığından devletten bir takım yardımlar almış olmasıdır. Bu durum da kanunda, "İşe başladığı tarihten önceki son bir yıl içerisinde Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu tarafından belirlenen nakdî düzenli sosyal yardımlardan en az bir defa yararlanmış olanlar.." biçiminde ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere sosyal güvenlik sistemimizin bir parçası olan primsiz rejim gereği, devletimiz bazı sosyal yardımlar yapmakta ve sosyal hizmetler vermektedir. Sosyal yardımlar, toplumda çalışamayan ve çalışmadığı için sosyal sigorta kapsamına giremeyen veya çalıştığı halde elde ettiği ücret çok düşük olan bireylere yönelik programlardır²⁹. İşte bu sosyal yardımlardan en önemlilerinden biri de muhtaç vatandaşları korumaya yönelik olanlardır. İşte sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik fonu bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Öncelikle Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu'nu ve kimlere hangi yardımlarda bulunduğunu açıklamak gerekmektedir. 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kanunu³⁰'nun ilk maddesinde, " fakru zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan vatandaşlar ile gerektiğinde her ne suretle olursa olsun Türkiye'ye kabul edilmiş veya gelmiş olan kişilere yardım etmek, sosyal adaleti pekiştirici tedbirler olarak gelir dağılımının adilane bir şekilde tevzi edilmesini sağlamak, sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek" amacıyla kabul edilmiş olduğu düzenlenmiştir. Kanun kapsamında yardım alacak kişiler ise, kanunun 2. maddesinde, önce "Fakrû zaruret içinde ve muhtaç durumda bulunan,

²⁹ Bulut, M.: Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Sosyal Yardım Yaklaşımı ve Türkiye'de Durum, Yardım ve Dayanışma Dergisi, Cilt:2 Sayı:3, Ocak-Haziran 2011, s.61.

³⁰ RG., 19134, 14.06.1986.

kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmayan ve bu kuruluşlardan aylık ve gelir almayan (...) vatandaşlar ile geçici olarak küçük bir yardım veya eğitim ve öğretim imkânı sağlanması halinde topluma faydalı hale getirilecek, üretken duruma geçirilebilecek kişiler" olarak belirlenmiş daha sonra kanuna yapılan eklemelerle çok daha geniş kitleler kapsama dahil edilmiştir. Anılan gruplar, maddenin 2., 3. ve 4. fıkralarında şu şekilde sayılmıştır.

"...5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde sayılan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin 5510 sayılı Kanun gereği ödedikleri katılım payları bu Kanun kapsamındadır. Ancak yıl içinde ödenen tutarlar, takip eden yılda Hazine tarafından Fona geri ödenir³¹.(2. fıkra)

Ayrıca, kanunla kurulu sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olmakla veya bu kuruluşlarca aylık veya gelir bağlanmış olmakla birlikte, Fon Kurulunca belirlenecek ölçütlere göre; hane içindeki kişi başına düşen geliri, onaltı yaşından büyükler için belirlenen aylık net asgari ücretin 1/3'ünden az olan kişilerden fakir ve muhtaç durumda bulunanlar da bu Kanun kapsamındadır³².(3. fıkra)

Her türlü acil durum ve afetten zarar görenler ve şehit yakınları ile gaziler ise, Fon Kurulu ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıflarınca belirlenecek kriter ve süreler çerçevesinde bu Kanun ile sağlanacak haklardan yararlandırılır³³.(4.fıkra)

Belirtilen kapsamdaki kişilere bu kanunda öngörülen hizmetlerin gerçekleştirilmesi için Başbakanlığa bağlı ve T.C. Merkez Bankası nezdinde Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Fonu kurulmuştur (m.3). Ayrıca bu kanunun amacına uygun faaliyet ve çalışmalar yapmak ve ihtiyaç sahibi vatandaşlara ayni ve nakdi yardımda bulunmak üzere her il ve ilçede toplam 973 sosyal yardımlaşma ve dayanıma vakfı kurulmuştur (m.7).

Görülüyor ki, vakıf biçimde kurulan ve oluşturulan fonla finanse edilen oluşum maddi durumu iyi olmayanlara ayni ve nakdi yardımlar yapmaktadır.

31 Ek: 30/5/1997 - KHK - 572/17 md.; Değişik ikinci fıkra: 17/4/2008-5754/77 md.

32 Ek fıkra: 4/7/2012-6353/17 md.

33 (Ek fıkra: 4/7/2012-6353/17 md.

Söz konusu yardımlar aile yardımları³⁴, barınma yardımları³⁵, sağlık yardımı³⁶, engelli yardımları³⁷, eğitim yardımlarıdır.³⁸

Bunların yanı sıra ihtiyaç sahiplerine düzenli merkezi yardımlar da yapılmaktadır.³⁹ Ayrıca yardıma muhtaç kişilerden çalışabilir durumda bulunanların üretken hale getirilmesine yönelik olarak proje destekleri verilmektedir⁴⁰.

Sosyal yardımlar sağlama noktasında sayılan görevleri bulunan sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarının, sosyal yardımlar ile istihdam bağlantısının etkinleştirilmesi çalışmaları kapsamında 2011 yılından itibaren Türkiye İş Kurumu ile anılan vakıflar arasında yapılan protokol ve yetkilendirmelerle tüm vakıflarda İŞKUR hizmet noktası kurulmuştur. Bu kapsamda sosyal yardım alan kişilerden çalışabilir durumda olanların, vakıflardaki istihdam görevlileri tarafından İŞKUR sistemine iş arayan kayıtları yapılabilmekte, bu kişiler durumlarına uygun aktif işgücü programlarına ve işgücü taleplerine yönlendirilmektedir⁴¹.

Bu yardımlara hak kazanabilmek için gerekli koşulları sağladığını düşünen kişi başvuruda bulunmaktadır. Bunun üzerine vakıf yetkililerince

34 Bunlar; gıda yardımı, giyim yardımı, nakit yardımı, yakacak yardımudur. Sosyal yardımlarla ilgili olarak ayrıca bkz. **Korkusuz, R./Uğur, S.**; Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013, s.108-116.

35 Kira yardımı, ev eşyası yardımı ve oturulmayacak derecede eski ve sağlıksız evlerde yaşayan muhtaç vatandaşlara evlerinin bakımı ve onarımı için yapılan aynı veya nakdi yardımudur.

36 Bunlar ilaç ve tedavi destek yardımları olup, 01.01.2012 tarihinden itibaren bu vatandaşların tedavi ve sağlık hizmet bedelleri 5510 sayılı Kanun gereği genel sağlık sigortası kapsamına alınmıştır.

37 Bunlar da, sosyal güvenceden yoksun özürli vatandaşlara sağlanacak engelli araç yardımları engelli cihaz yardımları ve nihayet engelli protez yardımlarıdır.

38 Eğitim materyali yardımı, şartlı eğitim yardımı, taşınabilir eğitime tabi olanlar için öğlen yemeği yardımı, ücretsiz kitap yardımı, öğrenci barınma, taşınma ve iaaş yardımı, engelli öğrencileri okullarına ücretsiz taşınması ve nihayet yüksek öğrenim burslarıdır.

39 Bu yardımları özetle şöyle sıralamak mümkündür; şartlı gebelik yardımı, eşi vefat etmiş kadınlara yapılan yardım, muhtaç asker ailesi yardımı. Tüm bu yardımları alabilmek için aranan ortak koşul kişinin SGK'dan hiçbir sosyal güvencesinin olmamasıdır. Bunlardan başka bir de 2022 sayılı Kanun gereği, 65 yaş aylığı, engelli aylığı ve engelli yakını aylığı da verilmektedir.

40 **Işık**, s.78-93.

41 Madde gerekçesi, S.Sayı 273, s.8, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=196928, erişim tarihi 24.07.2016.

durumunun tespiti için ikamet adresinde inceleme yapılır ve yapılan değerlendirme sonucu yardımlara hak kazanıp kazanamayacağına karar verilir⁴².

Belirtmek gerekir ki, teşvikten yararlanabilmek için söz konusu sigortalının 3294 sayılı Kanun kapsamında yardımlardan sadece bir kez yararlanmış olması yeterli kabul edilmiş olup, yapılan yardımın miktarı ve niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. Ancak yukarıda görüldüğü üzere vakıflardan aynı ve nakdi yardımlar alınabilmekteyken, teşviğe ilişkin kanunda açıkça nakdi düzenli sosyal yardımlar ifadesi kullanılmış olduğundan örneğin kömür yardımı gibi aynı bir yardım alınmış olması, kanuna göre teşvik almayı engelleyecektir.

Öte yandan yardımdan yararlanmada kanunun aradığı bir diğer şart da sigortalının işe giriş tarihinden itibaren son bir yıl içinde yardım almış olmasıdır. Bu nedenle bir yıldan eski tarihli yardımlar teşvik almayı engelleyecektir.

Bu koşulun gerçekleşmesi için gereken bir diğer durum da, sadece sigortalının bu yardımları şahsen almış olmasının gerekmemiş, "bu yardımdan yararlanmış olanların ikamet ettiği hanede" bulunmak dahi yeterli görülmüştür. Aynı hanede ikamet edenler arasındaki yakınlık derecesinin ne olacağı hakkında kanunda açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu ifadeden aynı hanede ikamet eden ve bakmakla yükümlü olunan kişiler mi anlaşılmalıdır?

Kanaatimizce "aynı hanede ikamet etme" kavramı yerine 5510 sayılı kanunun tercih etmiş olduğu aile kavramı kullanılabilirdi. Aile kavramına kimlerin dahil olduğu 60. maddenin 6. fıkrasında, "aynı hane içinde yaşayan eş, evli olmayan çocuk, büyük ana ve büyük baba" olarak tanımlanmıştır. Böylece yardımlardan yararlananların kimlerle sınırlı olacağı hususuna açıklık getirilmiş olacaktır.

Kanun koyucunun sadece yardım alan kişiyle sınırlamayan bu tercihini kanaatimizce teşvikten yararlanacakların kapsamını genişletme amacına hizmet ettiğinden isabetli bulmak mümkündür.

Nihayet belirtmek gerekir ki, bu madde kapsamına hangi yardımların gireceği hususu ek m.5/son'da ifade edilmiş olduğu gibi, Maliye Bakanlığı,

⁴² Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, <http://www.sosyalyardimlar.gov.tr/hakkimizda/sosyal-yardimlasma-ve-dayanismayi-tesvik-fonu/sydtf-gorevler>, erişim tarihi,20.08.2016.

Sosyal Güvenlik Kurumu ile Türkiye İş Kurumunun görüşleri alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca belirlenir.

b. 5510 SK.m.60/c-1 Kapsamında Sigortalı Olmak

Sigortalı bakımından aranan ikinci koşulu şu şekilde açıklamak gerekir. 5510 sayılı Kanun'un 60/1-c-1 bendinde ifade edilen sigortalı grubu şunlardır; "Harcamaları, taşınır ve taşınmazları ile bunlardan doğan hakları da dikkate alınarak, Kurumca belirlenecek test yöntemleri ve veriler kullanılarak tespit edilecek aile içindeki geliri kişi başına düşen aylık tutarı asgari ücretin 1/3'ünden az olan vatandaşlar ile gelir tespiti yapılmaksızın genel sağlık sigortalılığı ya da bakmakla yükümlü olduğu kişi bulunmayan Türk vatandaşlarından 18 yaşını doldurmamış çocuklardır." Daha açık bir ifade ile aile içinde kişi başına düşen gelir miktarı asgari ücretin 1/3'ünden az olduğundan⁴³, kanunkoyucu tarafından maddi durumu yetersiz görülüp, gelir testine tabi olmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlardan olmak gerekmektedir.

Öte yandan, bu madde kapsamında istihdam edilecek kişiler bakımından aranan bir diğer koşulun da "Türk Vatandaşı olma" olduğu ifade edilebilir. Gerçekten 3294 sayılı Kanuna göre sosyal yardım alabilecek kişilerde Türk vatandaşı olma şartı aranmaması, teşvik kapsamında işe alınacakların yabancı ülke vatandaşı veya sığınmacı statüsünde de olup olamayacağı sorusunu akla getirmekteydi⁴⁴. İncelediğimiz bu madde hükmü, söz konusu kişilerin sadece Türk vatandaşı olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

c. Türkiye İş Kurumu'na Kayıtlı İşsizler Arasında Olmak

Türkiye İş Kurumu, istihdamın korunmasına, geliştirilmesine ve işsizliğin önlenmesi faaliyetlerine yardımcı olmak amacıyla hizmet etmektedir (TİKK.m.1). Bu bağlamda ülkemizde iş arayan kişiler kuruma işsiz olduklarına dair kayıt yaptırmakta⁴⁵ ve hem işsizler için uygulanan eğitim, kurs gibi olanaklardan yararlanmakta hem de kendileri için uygun olan işlere yerleştirilmektedir.

⁴³ 2016 yılı asgari ücret 1.647 TL olup, kişi başına düşen gelir 549 TL'nin altında olanlar gelir testine tabi tutulmamaktadır.

⁴⁴ Örneğin uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi ile vatansız olarak ifade edilen kişiler, 5510 sayılı Kanun'un 60/1-c-2 alt bendine göre genel sağlık sigortalısı sayılmaktadırlar.

⁴⁵ İŞKUR'a kayıt yaptırmak isteyen işsizlerde aranan koşullar, 14 yaşını doldurmuş olma ve fiilen askerlik görevinde bulunmamaktır.(işkur.govtr)

Bu koşul kapsamında işsizliğin ne kadar sürmüş olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Maddede sadece kuruma kayıtlı olma şartı aranmış olduğundan, kurumdan işsizlik ödeneği almaya da gerek bulunmamaktadır.

İŞKUR'a yapılan başvurularda Türk vatandaşı olma koşulu açıkça aranmakta olduğundan, çalışma izni olsa dahi yabancı bir işsizin Kuruma kayıt yaptırıp, işverenin bu teşvikten yararlanmasını sağlaması mümkün görünmemektedir.

Özel istihdam bürolarına kayıtlı işsizler açısından ise bu olanağın mevcut olmadığını söylemek mümkündür.

2. İşveren Bakımından

a.Özel Sektör İşvereni Olmak

Bu teşvikten yararlanabilmek için işveren açısından aranan ilk koşul, işverenin özel sektör işvereni olmasıdır. Bu nedenle kamu sektörü işverenleri bu açık ifade karşısında, diğer teşviklerde olduğu gibi bu teşvikten de yararlanamamaktadır. Hangi işverenlerin özel sektör işvereni olduğunu belirlemede kullanılacak kriter 3294 sayılı Kanun'un ek m.5. maddesinde "5335 sayılı Kanun'un 30/2 hükmüne tabi olmamak" biçiminde ortaya konulmuştur⁴⁶. Burada sayılan kuruluşlar kamu kurumu niteliği taşıdığından bunlar dışında kalan işverenlerin özel sektör işvereni olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, hangi kuruluşların kamu kurumu olduğunu sigorta mevzuatımız gereği o işyerine verilen işyeri sicil numarasından da anlamak mümkündür⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki, diğer teşvik uygulamalarına

⁴⁶ 5335 sayılı Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrasında aslında emeklilik ve yaşlılık aylığı kesilmeksizin tekrar çalışılmayacak kurumlar sayılmaktadır.Madde hükmü şu şekildedir; "genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler(katma bütçe kavramı 2003 yılında çıkarılan 5018 sayılı kanunla kaldırılmış olduğundan, bunun yerine özel bütçeli idareler kavramı kullanılmaktadır.), döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50sinden fazlası kamuya ait olan ortaklıklardır."

⁴⁷ **Caniklioğlu**, s.27. SSİY'ne göre işyerlerinin kamu ya da özel sektör işyeri olduğu işyeri mahiyet kodlarından anlaşılır. SSİY m.28'e göre, "Mahiyet kodu; yapılan işin özel veya kamu sektörüne ait daimi veya geçici olduğunu belirtmeye yönelik olup tek hane rakamdan ibarettir. '1' rakamı kamu sektörüne ait devamlı işyerlerini, '2' rakamı özel sektöre ait devamlı işyerlerini, '3' rakamı kamu sektörüne ait geçici işyerlerini, '4' rakamı özel sektöre ait geçici işyerlerini ifade eder."

ilişkin Kurum genelgelerinde bazı işyerlerinin özel sektörde bulunmalarına karşılık yine de teşvikten yararlanamadıkları da görülmektedir.

Ancak bu noktada akla gelen soru, kamu-özel sektör ortaklıklarının da bu teşvikten yararlanıp yararlanamayacaklarıdır. Aşağıda da açıklanacağı gibi 5335 sayılı kanun'un 30/2 hükmünde ifade edildiği üzere sermayesinin %50'den fazlası kamuya ait olan ortaklıklar bu teşvikten yararlanamayacaktır.

Ayrıca özel sektör işverenin ekonomik açıdan büyük ya da küçük ölçekli olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

b. Geçmiş Yılın Sigortalı Ortalamasına İlave Olmak

İşverenlerin çalıştırdıkları işe alındıkları yıldan bir önceki takvim yılında işyerinden bildirilen aylık prim ve hizmet belgelerindeki sigortalı sayısının ortalamasına ilave olması gerekmektedir (Ek m.5/2). Bu koşul daha önceki teşvik uygulamalarından da benzer biçimde aranmaktaydı. Şöyle ki, 6111 sayılı yasayla getirilen teşvikte de, "sigortalının işe alındığı tarihten önceki altı aylık ortalama sigortalı sayısına ilave olmak" ibaresi yer almaktadır. Bu kanun döneminde yapılan açıklamaları incelediğimiz teşvik için de uygulamak mümkündür. Söz konusu dönem için SGK tarafından yapılan açıklamaya göre, yapılacak ilk şey, sigortalının işe alındığı tarihten itibaren 1 yıl geriye giderek, bu süreçte her bir ay için işyerinden verilen aylık prim ve hizmet belgelerine bakılarak işyerinde çalışan sayısını tespit etmektir. Daha sonra 12 ay için belirlenen çalışan sayıları toplanıp 12'ye bölünecek çıkan bu sayıya bir ilave edilecektir⁴⁸. Böylece bu sayının üzerindeki işçiler bakımından işveren teşvikten yararlanacaktır⁴⁹.

c. Aylık Prim ve Hizmet Belgelerinin Kuruma Verilmesi

Bu teşvikten yararlanmak isteyen işverenler aylık prim ve hizmet belgelerini yasal süresi içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na vermelidir (Ek m.5/2). Aylık prim ve hizmet belgesi, işverenlerin işyerlerinde çalıştırdıkları

⁴⁸ Sgk E-Bildirge, "4447 sayılı Kanun'un geçici 10.maddesinde öngörülen sigorta prim desteğinden yararlanılması sırasında ortalama sigortalı sayısının tespitine ilişkin açıklama", duyuru-1, https://ebildirge.sgk.gov.tr/WPEB/jsp/duyuru/20110712_duyuru1.htm, erişim tarihi 25.07.2016.

⁴⁹ Bu konuda hesaplama örnekleri ve açıklamalar için bkz. **Keleş, M.:** "6111 sayılı Yasayla Getirilen Teşvikten Yararlanmak için Ortalama İşçi Sayısı Nasıl Tespit Edilecektir?", Lebib Yalkın, <http://www.lebiybalkin.com.tr/mevzuat/diger/makale/6111-sayili-yasayla-getirilen-tesvikten-yararlanmak-icin-ortalama-isci-sayisi-nasil-tespit-edilecektir.html>, erişim tarihi, 25.07.2016.

sigortalılar ile prim ödeme gün sayıları ile prime esas kazançları ve prim tutarlarını Kuruma beyan ettikleri belge olup, bu belge sayesinde hem kurum çalışanların kaydını tutmakta ve kayıt dışı çalışmaların önüne geçilmektedir hem de sigortalının prime bağlı haklarında ne kadar çalıştığının tespitinde önem arz etmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre, "İşveren bir ay içinde 4 üncü ve 5 inci maddeye tâbi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların; a) Ad ve soy adlarını, T.C. kimlik numaralarını, b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını, c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını, gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini,..... ait olduğu ayı takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma vermekle.....yükümlüdür⁵⁰.

d.Sigortalı Primlerinin Yasal Süresi İçinde Ödenmesi

Aranan bir diğer şart da sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca karşılanmayan tutarının yasal süresi içinde ödenmiş olmasıdır (Ek m.5/2). Diğer teşviklerde olduğu gibi bu teşvik için de primlerin ödenmiş olması gerekmektedir. Böylece işverenlerin Kuruma yapmaları gereken prim ödemelerinin desteklenmesi amaçlanmaktadır. Primlerin hangi süre içinde Kuruma ödeneceği de sigortalılık türüne göre farklılık teşkil etse de 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinde yer alan genel düzenleme gereği, her ayın sigorta primleri, ertesi ayda Kurumca belirlenecek günün sonunda ödenmiş olmalıdır⁵¹.

e. Kuruma Borcu Olmamak

Kapsama giren sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı SGK'ya prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması gerekmektedir (Ek m.5/2). Hangi borçların teşvik almayı engellediği sınırlayıcı bir biçimde maddede sayılmış olduğu için bunlar

50 Bu kapsamda özel nitelikteki işyeri işverenleri cari aya ilişkin olarak çalıştırdıkları sigortalıların bildirim ile ilgili düzenleyecekleri asıl nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerini en geç belgenin ilişkin olduğu ayı izleyen ayın 23üne kadar Kuruma göndermekle yükümlüdür.(B.Kerem **Göktaş**, E-Bildirge Klavuzu, İstanbul 2014, s.25); **Sözer**, s.122-125.

51 Primlerin ödeme süresi hakkında, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, m.108, ayrıca **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.353-356; **Alper**, s.170-173; **Tuncay/Ekmekçi**, s.198.

dışında kalan örneğin kurumun sigortalıya yapmış olduğu ödemelere ilişkin işverenin ödemesi gereken rücu borcu teşvik almayı engellemektedir⁵².

Maddenin açık ifade ediliş biçiminden anlaşılan, teşvikten yararlanan işverenin birden fazla işyeri bulunması durumunda, tüm işyerleri değil sadece sigortalının işe alındığı işyeri açısından borcunun olmaması şartı aranmaktadır.

Bir de işverenin kendi sigortalılığı nedeniyle ortaya çıkan prim borçları söz konusu olabilmektedir. Kendi sigortalılığı nedeniyle kuruma borcu olan işverenlerin de teşvikten yararlanamaması gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Bu görüş, ilgili tebliğde Kurumun da aynı yönde görüş bildirmiş olduğunu ifade etmiştir⁵⁴. Ancak kanaatimizce Kurum kanunda olmayan bir hükmü tebliğle getirmiş olmaktadır. Zira ilgili maddede, "kapsama giren sigortalının işe alındığı işyerinden dolayı Sosyal Güvenlik Kurumu'na prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır." denilmektedir. Bu ifadeden anlaşılan işverenin tüm işyerleri için değil sadece ilgili sigortalının çalıştığı işyeri bazında borcunun olmamasıdır. Oysa işverenin 4/1-b sigortalılığı nedeniyle ödemek zorunda olduğu primleri tek tek işyerleri için değil, işveren statüsüne sahip olduğu için tümünün birlikte değerlendirildiği kabul edilmelidir. Bu nedenle kanaatimizce, işverenin kendi sigortalılığından doğan borçlar teşvik almasını engellemelidir.

Belirtmek gerekir ki, işverenin Kuruma daha önce var olan borçlarının bulunup da bunlarla ilgili olarak yeniden yapılandırma⁵⁵, taksitlendirme ve

52 **Caniklioğlu**, s.42-43.

53 **Caniklioğlu**, s.43.

54 İşverenlere Verilen Devlet Yardımı Teşvik ve Desteklerde SGK'dan Alınacak Borcu Yoktur Belgesinin Düzenlenmesine İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ, RG., 27011, 28.09.2008.Tebliğin 5. maddesinde, kapsama giren borçlar, "tüzel kişiliği haiz olan ve tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş işverenlerinin çalıştırdığı sigortalılardan, gerçek kişiliği haiz işverenlerin ise, gerek kendi sigortalılığı gerekse çalıştırdığı sigortalılardan dolayı..." ortaya çıkanlar olarak ifade edilmiştir.

55 Ödenmemiş prim borçlarına belirli aralıklarla çıkarılan yasalarla ödeme kolaylığı getirilmektedir. Bu konuda, **Canbolat**,Talat: Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 5458 sayılı Kanunun Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.12, s.1356, ayrıca 11.09.2014 tarihli 6552 sayılı torba yasaya göre, 4/1-a kapsamında sigortalı çalıştıran işverenler açısından 2014 öncesi için ödenmemiş prim vs. borçlarına yeniden yapılandırma olanağı getirilmiştir.

tecil⁵⁶ gibi olanaklardan yararlanması durumunda da teşvikten yararlanabilecektir. Bu husus, "Sosyal Güvenlik Kurumu'na olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarının 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre tecil ve taksitlendirilmiş veya ilgili kanunlar uyarınca prim borçlarının yeniden yapılandırılmış olması, bu tecil, taksitlendirme ve yeniden yapılandırma devam ettiği sürece işverenlerin bu madde hükmünden yararlanmasına engel teşkil etmez." biçiminde ilgili maddede ifade edilmiştir.

Bundan başka, ilgili tebliğde, borcun miktarına da şu şekilde bir sınır getirilmiştir; "Türkiye genelinde yazının verildiği tarih itibariyle toplamı 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu gereğince 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen aylık asgari ücretin brüt tutarından fazla olan ve muaccel olan borçlar" dikkate alınacaktır⁵⁷. Böylece düşük miktarda borcu olanların teşvikten yararlanamamasının önüne geçilmiştir.

Nihayet, 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun⁵⁸un 8/1-a hükmü gereği, prim borçlarının bu kanunda belirtilen biçimde ödenmesi durumunda borçlara bağlı gecikme cezası gecikme zammı gibi ferî alacakların tahsilinden vazgeçilecektir. Çıkarılan borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin bu kanun da Kuruma borcu olan işverenlerin teşvikten yararlanabilmelerini kolaylaştıracaktır.

2. Teşvik Kapsamı Dışındakiler

Teşviğe ilişkin şartları düzenleyen ek m.5'de teşvik kapsamı dışında tutulan işyerleri ve sigortalılar şu şekilde belirlenmiştir.

56 5510 sayılı Kanun'un 91. maddesinde, afet durumlarında zarar gören ve ödeme aczine düşen işverenlerin 3 aylık prim borçlarının 1 yıl süreyle ertelenebileceği hükmü düzenlenmiştir.

57 Bu hüküm ilgili tebliğe, RG. 14.11.2009, 27406 sayılı değişiklikle eklenmiştir.

58 RG., 29806, 19.08.2016. İlgili maddeye göre, "2016 yılı Haziran ayı ve önceki aylara ilişkin olup bu kanunun yayımlandığı tarihten önce tahakkuk ettiği halde bu kanunun yayımlandığı tarih itibariyle ödenmemiş olan 5510 sayılı Kanunun 4/1-a,b ve c bentleri kapsamındaki sigortalılık statülerinden kaynaklanan; sigorta primi emeklilik keseneği ve kurum karşılığı, işsizlik sigortası primi, sosyal güvenlik destek primi asıllarının ödenmesi halinde bu alacaklara uygulanan gecikme cezası ve gecikme zammı gibi ferî alacakların tahsilinden vazgeçilecektir."

a. 5335 Sayılı Kanun'un 30. Maddesi Kapsamındaki İşyerleri

Bu kanunda düzenlenen işyerlerinin işverenleri özel sektör işvereni sayılmayacağından, bu maddede ifade edilen kurum ve kuruluşlara ait işyerleri ile bu işyerlerinin yaptırdığı her türlü alım ve yapım işlerine ilişkin işyerleri teşvik kapsamının dışında tutulmuştur. Söz konusu işyerleri 5335⁵⁹ sayılı Kanun'un 30/2. fıkrasında şu şekilde sayılmıştır⁶⁰; "...genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50 sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklar".

Dikkat edilmesi gereken, sadece bu işlerin yapıldığı işyerleri değil, bu işyerlerinin dışarıdan hizmet alımı yoluyla yaptırdığı işlere ilişkin işyerleri de teşvik dışında bırakılmıştır. Bu noktada söz konusu alım ve yapım işlerinin ihale ya da herhangi bir usulle alınmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

b. Sosyal Güvenlik Destek Primine Tabi Çalışanlar

Sosyal güvenlik destek primi, belirli yaş, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı şartını yerine getirip emeklilik ve yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların yaşlılık aylığı kesilmeden hizmet akdine tabi çalışmaları halinde işverenlerinden, kendi nam ve hesabına çalışmaları halinde kendilerinden alınan primdir⁶¹. 5510 sayılı Kanun'a göre, ilk kez 2008 yılı itibariyle çalışmaya başlayanlar bakımından sosyal güvenlik destek primi

⁵⁹ Yaşlılık aylığı alırken, aylığı kesilmeksizin tekrar hangi kurumlarda çalışılmayacağını düzenleyen 5335 sayılı kanun, RG., 25798, 27.04.2005.

⁶⁰ Ayrıca bkz. s.12.

⁶¹ Sosyal güvenlik destek primi kesintisi; 4/1-a'lı sigortalılar için %2'lik kısa vadeli sigorta kolları primi işveren payı, %22, 5 SGDP işveren payı ve %7,5 SGDP işçi payı olmak üzere toplam %32'dir. Bağımsız çalışan sigortalılar için ise, %15 olarak uygulanmakta iken, 6645 sayılı Kanun ile temmuz-2015 tarihinden itibaren %10'a düşürülmüştür. Daha sonra, 6663 sayılı Kanun'la 5510 sayılı Kanun'un 6.maddesine eklenen (n) bendi ile, yaşlılık aylığı almakta iken 4/1-b bendine göre çalışmaya başlayanlar sigortalı sayılmamaya başladığından, bunlar için SGDP uygulaması 6663 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 10.02.2016'dan itibaren son bulmuştur. SGDP hakkında ayrıca bkz. Üvedi, E.: "Sosyal Güvenlik Destek Primi Tarihe Karışıyor", E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2016, S.279; aynı yönde, Demir, V.: "Emekliyken Bağ-Kur'lu Olarak Çalışanlarda SGDP Kaldırıldı", E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2016, S.279.

kesilmesi uygulaması sona ermiş olsa da, bu tarihten önce sigortalı olanlar bakımından uygulama halen devam etmektedir.

Sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanların bu teşvikten yararlandırılmama sebebi ise, sosyal güvenlik sistemimizin öncelikle genç işsizlere çalışma olanağı sağlamak olduğundan, yaşlılık aylığı alırken tekrar çalışmaya başlayıp sosyal güvenlik destek primi ödeyenleri çalıştıran işverenler bu desteğin kapsamı dışında tutulmuştur⁶².

c. Yurt Dışında Çalışan Sigortalılar

Kanun koyucunun yurt dışında çalışan sigortalıları teşvik kapsamı dışında tutmasındaki amaç, yurt içinde bulunan işsizlere yeni iş olanakları oluşturmaktır. Ancak yurt dışında çalışan sigortalı kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Daha önceki beş puanlık MYÖ teşviğinde de aynı hükme yer verilmiştir. O teşviğe ilişkin yapılan açıklamalara bakıldığında, yurt dışında çalışan sigortalı kavramının ilk olarak akla, sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmamış ülkelerde Türk işverenleri tarafından çalıştırılanları getirdiğini söylemek mümkündür⁶³. 5510 sayılı Kanun'un 5/g maddesinde, bu sigortalıların 4/1-a bendi kapsamında, kısa vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasına dahil oldukları belirtilmiş, uzun vadeli sigorta kolları açısından ise isteğe bağlı sigortalı olarak kabul edilmişlerdir. İsteğe bağlı sigorta primleri sigortalının kendisi tarafından ödendiği için beş puanlık MYÖ prim teşviğine ilişkin Kurum genelgesinde, bu primlerin teşvik kapsamı dışında tutulduğu belirtilmiştir⁶⁴. Ancak 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendine yapılan ekleme ile," (Ek: 21/5/2013-6486/5 md.) Özel sektör işverenlerinin yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olarak yurt içinden götürülen sigortalılar için, bu maddenin (f) bendine göre prime esas kazanç üzerinden ödenecek primin işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanır." hükmü getirilmiştir. Bu maddeye göre, söz konusu çalışanlar, genel sağlık sigortası priminin beş puanlık kısmı teşvik kapsamına alınmışlardır⁶⁵.

⁶² Caniklioğlu, s.37-38.

⁶³ Yurt dışında çalışan sigortalı olmamak ifadesi hakkında ayrıca bkz. Caniklioğlu, s. 33-37.

⁶⁴ Genelge 2008/93, 11.1.

⁶⁵ Bu sigortalıların, %7,5 olan gss primi işveren hissesinin %2,5'i işveren tarafından, %5'i ise Hazine tarafından karşılanmaktadır, (Çolak, M.: "Türk İşverenlerinin Yurt Dışındaki

İncelemekte olduğumuz bu teşvik açısından da, aynı sonuca ulaşmak için kanaatimizce bu şekilde açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu sigortalılar yurt dışında çalışan sigortalı kavramına dahil olmaya devam etmektedir.

Öte yandan, ülkemizle ikili sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış yabancı ülkede çalışan sigortalılar bakımından ise, öncelikle söz konusu sözleşmede hüküm bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Şayet sigortalı çalışmakta olduğu ülkenin sosyal güvenlik sistemine dahil ise, Türkiye'de uygulanan prim teşviğinden yararlanamaması varılacak olağan sonuçtur. Bir başka olasılık ise Libya'da çalışıp da primleri Türkiye'ye transfer edilenlerdir. Bunlarla ilgili ikili sosyal güvenlik sözleşmesi⁶⁶ne göre, yurt dışında çalıştıkları için 5 puanlık prim teşviğinin kapsamına alınmamışlardır. İncelediğimiz teşvik kapsamında da sayılmamalıdır.

3. Teşviğin Süresi

Teşviğin uygulama süresi, sigortalının işe başladığı tarihten itibaren 1 yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca Bakanlar Kurulu bu süreyi bir yıl daha uzatmaya yetkilidir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, bir yıllık sürenin işyeri açısından mı yoksa sigortalı açısından mı getirildiğidir. Kanaatimizce, aynı sigortalı için toplam bir yıllık bir teşvik öngörülmüş olduğundan, sigortalının 1 yıl dolmadan işyerinden ayrılıp başka bir işyerine girmesi durumunda, sigortalının eski işvereni teşvik kapsamında yeni bir işçi işe aldığı an, bir yıllık süre işveren açısından tekrar başlayacaktır. Bir yıl dolmadan işten ayrılıp yeniden işe giren işçi açısından bakıldığında ise, bir yılın yeniden başlamayıp, eski işyerinde işten ayrıldığı için tamamlanamayan bir yıldan artı kalan süreyi kullanması mümkün olmalıdır.

Teşviğin uygulama süresine ilişkin açıklık getirilmesi gereken bir başka husus ise, teşvik uygulamasının devam etmesi için söz konusu sigortalının ay içinde fiilen çalışıyor olmasının zorunlu olup olmadığıdır. Hastalık nedeniyle alınan istirahat izinleri, doğum izni, yıllık ücretli izin gibi sigortalının fiilen çalışmadığı sürelerle ilişkin prim teşvik ödemesi yapılıp yapılmayacağına ilişkin olarak kanunda açık bir hüküm yoktur. Ancak daha önce uygulanan teşviklerden olan 4447 sayılı Kanun'un geçici 9. maddesinde yer alan teşvikte, açıkça sigortalının fiilen çalışıyor olması koşulunun maddede yer

İşyerlerinde Çalıştırılmak Üzere Götürülen Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik İşlemleri", E-Yaklaşım Dergisi, Haziran 2016, S.282).

⁶⁶ T.C ile Libya Arasındaki Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, yürürlük tarihi, 01.09.1985.

aldığı görülmektedir. O teşviğe ilişkin Kurum genelgesinde⁶⁷, yıllık ücretli izin döneminde çalışanlara ücret ödenmeye devam edildiğinden, bu sürelerde fiili çalışma olmasa da teşvik ödenecek, ancak istirahat nedeniyle fiili çalışmanın olmadığı sürelerde, bu durum aylık prim ve hizmet belgesine eklenecek ve teşvik ödenmeyecektir⁶⁸.

Kanaatimizce, incelemekte olduğumuz teşvik açısından kanun açık bir biçimde fiili çalışma koşulu aramadığından, ay içinde fiili çalışmanın olmadığı ancak ücretin ödenmeye devam edildiği sürelerde de teşvik ödenmeye devam edilmelidir.

Zorlayıcı bir sebeple işyerinde işin bir haftadan fazla süreyle durması ve grev veya lokavt hallerinde ise, sigortalı adına Kuruma prim ödemesi yapılıp yapılmadığına göre cevap vermek gerekir. Örneğin grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda olduğundan, 6356 sayılı Kanunun 67. maddesi gereği işçiye ücret ödemesi yapılmamakta, bu nedenle Kuruma da sigortalı adına prim ödemesi yapılmamaktadır⁶⁹. Bu nedenle bu süreç için işverene teşvik verilmeyecektir. Zorlayıcı bir sebeple işyerinde işin durması⁷⁰ olasılığında ise, bir haftaya kadar bir bekleme süresi öngörülmüş olup, bu sürenin sonunda taraflara fesih hakkı tanınmıştır. Ancak bu süre içinde, İş Kanunu'nun 40. maddesi gereği işçiye yarım ücret ödenecektir⁷¹. Yarım ücret ödenen sigortalının primleri de bu oranda yatırılacaktır. Ancak bu durumda anılan sürece ilişkin teşviğin de yarısının ödenmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durumun konunun uygulamasına ilişkin çıkarılan mevzuatta açıkça ortaya konulması gerekir.

4. Teşviğin Miktarı

6704 sayılı Kanun'a göre işverenlere sağlanacak teşvik, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sayılan ve 5510 sayılı Kanun'un 82. maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primlerinin işveren hisselerine ait tutarının tamamıdır (Ek m.5/1).

⁶⁷ 2011/45 sayılı Genelge.

⁶⁸ 2011/13 sayılı Genelge.

⁶⁹ **Tuncay, C./Savaş Kutsal, B.:** Toplu İş Hukuku, İstanbul 2015,s.396

⁷⁰ İş Kanunu madde 24/III, 25/III.

⁷¹ Bu bir haftalık sürenin askı hali sayıldığı yönünde, Süzek, S.: İş Hukuku, İstanbul 2014, s.502 ; **Yuvalı, E.:** "İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş Dergisi, Y.2012, C.12, S.3, s.17.

Kapsama giren sigortalıların asgari ücrete kadar olan sigorta primi işveren hissesinin tamamı bir yıl boyunca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca karşılanacaktır⁷². Ancak teşviğin prime esas kazancın tamamına değil de, alt sınırına kadar kısmına verilmesi kanaatimizce sigortalılar açısından olumsuz bir sonuç olup, işvereni asgari ücretten daha yüksek ücretle işçi çalıştırmamaya sevk edecek bir sonuç doğuracaktır. Öte yandan, sigorta primi işveren hissesinin tamamının teşvik kapsamında olması ise diğer teşviklere kıyasla işveren bakımından oldukça olumlu bir durumdur.

Asgari ücretle çalışan bir sigortalı açısından teşvik miktarına ilişkin örnek bir hesaplama yapacak olursak; 2016 yılı ilk altı ayı için brüt 1.647 TL alan bir sigortalının; %20,5 olan işveren hissesi 337,64 TL olarak hesaplanacak ve bu miktar Devlet tarafından karşılanacaktır.

%17,5 olan işçi hissesi ise, 279, 99 TL olup, bu miktarda (%1'lik kısmı işsizlik sigortası primi işçinin ücretinden kesilmek kaydıyla) (%14 sigorta primi ve %3 işsizlik sigortası primi) işveren tarafından ödenecektir⁷³.

5. Teşvikten Yasaklılık ve Yersiz Faydalanılması

Teşviğe ilişkin kanunda teşvik almayı engelleyecek bazı hükümlere de yer verilmiştir. Kayıt dışı çalışmayı da engellemeyi amaçlayan bu hükme göre, "Yapılan kontrol ve denetimlerde, çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedigi tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu maddeyle sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz (EK m.5/4)." Dikkat edilirse sadece teşvikten yararlanan çalışan açısından değil, işverenin çalıştırdığı tüm sigortalılar bakımından sigortasız işçi çalıştırmama yükümlülüğü söz konusudur. Kayıt dışı çalışmanın Kurumca tespit edilmesini takiben gelecek bir yıllık süre içinde işverenin teşvikten yararlanması yasaklanmıştır.

Şayet işveren teşvikten yararlanırken kayıt dışı işçi çalıştırmış ancak bu durum Kurumca tespit edilememişse, daha sonra yapılan tespitten ardından işverene yapılan teşvik ödemelerinin geri alınıp alınamayacağı sorusu da akla gelmektedir. Bu konuya ilişkin olarak da kanunda şu hükme yer verilmiştir; "Destekten yersiz olarak faydalandığının tespiti hâlinde, yararlanan teşvik tutarı 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesi uyarınca

⁷² **Bedir**, G.: "İşverenlere Yeni Bir Sigorta Prim Teşvik İmkânı Getirildi", E-Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2016, S.284.

⁷³ **Uzunoğlu**, S.: "İşverenlere Yeni Bir Sigorta Prim Teşvik Müjdesi-6704 Sayılı Kanun Teşviki", E-Yaklaşım Dergisi, Haziran 2016, S. 282.

gecikme cezası ve gecikme zammıyla birlikte işverenden tahsil edilir (ek m.5/6).

Böylece kayıt dışı işçi çalıştıran işveren almış olduğu desteği, "Prim Borçlarına Halef Olma, Gecikme Cezası ve Gecikme Zammı İle İadesi Gereken Primler" başlıklı 5510 sayılı Kanun'un 89. maddesinde belirlenen gecikme cezası ve gecikme zammı ile ödemekle yükümlüdür⁷⁴. Bu maddede, "Kurumun prim ve diğer alacakları süresi içinde ve tam olarak ödenmezse, ödenmeyen kısmı sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her bir ay için % 3 (% 2) oranında gecikme cezası uygulanarak artırılır. Ayrıca, her ay için bulunan tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Yeni Türk Lirası cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak, ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır. Bakanlar Kurulu, ilk üç ay için uygulanan gecikme cezası oranını iki katına kadar artırmaya veya bu oranı % 1 oranına kadar indirmeye, yeniden kanunî oranına getirmeye ve uygulama tarihini belirlemeye yetkilidir. Dava ve icra takibi açılmış olsa bile, prim ve diğer Kurum alacaklarının ödenmemiş kısmı için gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edilir" hükmü yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki, teşviğe hak kazanmaya yönelik koşulları sağlamadığı halde yersiz olarak teşvik alıp da daha sonra durumu tespit edilenler açısından da bu hüküm uygulama alanı bulacaktır.

6. Teşvik Kapsamındaki Çalışanların Bütünleşik Sosyal Yardım Sistemi ile İlişkilendirilmesi

Söz konusu teşvik, toplumun maddi durumu düşük olan kesimine istihdamda öncelik verilmesi amacıyla getirilmiş olduğundan, ilgili kanun maddesinin devamında, Türkiye İş Kurumu tarafından kendisine iş bulunan ve teşvik kapsamına girecek nitelikte olup da bunu kabul etmeyenler bakımından da tedbir alınmıştır. Beşinci maddenin 6. fıkrasında, "Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu tarafından belirlenen nakdî düzenli sosyal yardımlardan işe başladığı tarihten önceki son bir yıl içerisinde en az bir defa yararlanmış olanların ikamet ettiği hanede 5510 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamında bulunanlardan çalışabilir durumda olanlar, Aile ve

⁷⁴ Sigorta primlerinin süresinde ödenmemesi ve yaptırımı hakkında bkz. **Balci, M./Yılmaz, H.:** Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara 2014, s.36-38.

Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından bütünleşik sosyal yardım sistemi⁷⁵ üzerinden Türkiye İş Kurumu sistemine kaydedilir. Bu kişiler Türkiye İş Kurumu tarafından mesleki eğitime veya diğer aktif iş gücü programlarına tabi tutulur. Mesleki eğitimi veya aktif iş gücü programlarını ya da Türkiye İş Kurumu tarafından teklif edilen işi üçüncü kez kabul etmeyenlerin Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu tarafından belirlenen nakdî düzenli sosyal yardımları, durumun bütünleşik sosyal yardım sistemi üzerinden Türkiye İş Kurumu veri tabanından tespit edilmesini takip eden aybaşından itibaren bir yıl süreyle kesilir." hükmü yer almaktadır.

7. Diğer Teşviklerle Birlikte Uygulanıp Uygulanmayacağı

Bu konuda teşviği düzenleyen ek m.5'de bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak 5 puanlık MYÖ indirimi olarak adlandırılan teşvik uygulamasını düzenleyen 5510 sayılı Kanun m.81/(I)-son bendinde, "bu fıkra ve diğer ilgili mevzuatla sağlanan sigorta prim desteklerinin aynı dönem için birlikte uygulanması halinde, bu destek öncelikle uygulanır." hükmü yer almaktadır. Ancak söz konusu destek işveren prim hissesinden sadece beş puanlık indirim sağlamaktayken, incelemekte olduğumuz teşvik işveren sigorta prim hissesinin tamamını karşıladığından, kanaatimizce öncelikli olarak bu teşvik uygulanmalıdır.

Sonuç

İstihdamı teşvik etmek ve işverenleri bu konuda desteklemek adına son yıllarda işverenlerin ödemekle yükümlü oldukları sigorta primleri üzerinde teşvik uygulamalarının ülkemizde yaygınlaştığı görülmektedir. Bu durum çalışma hayatı açısından pek çok olumlu sonucun ortaya çıkmasına vesile olmaktadır. Bu teşviklerden sonuncusu ise, 26.04.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6704 sayılı Kanunda düzenlenen ve istihdam artışını sağlamayı hedefleyen teşviktir.

Özellikle ekonomik durumu kötü olduğu için devletten yardım alan kişilerin istihdama kazandırılmasının amaçlandığı bu teşvik ile devlet hem bu kişilere ödemekle yükümlü olduğu sosyal yardımları ödeme borcundan

⁷⁵ Bütünleşik sosyal yardım bilgi sistemi, başvuruda bulunan kişilerin tüm sosyo-ekonomik verilerinin ve diğer kurumlardan aldığı yardım ve ödeme bilgilerinin, GSS kapsamının ve gelir testi sonuçlarının tutulduğu bir sosyal refah envanterinin oluşturulduğu bir sistemdir. Sistem, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığıyla beraber 22 kamu kurumu ile entegre olmuş durumdadır. Sosyal Yardımlar Genel Müdürlüğü, <http://sosyalyardimlar.aile.gov.tr/projeler/butunlesik-sosyal-yarim-bilgi-sistemi>, erişim tarihi, 25.07.2016.

kurtulacak hem de toplumda istihdama en fazla ihtiyaç duyan kesim çalışma hayatına kazandırılacaktır.

Bunu sağlamak adına çıkarılan kanunda diğer teşvik uygulamalarına kıyasla işverenlere daha yüksek miktarda bir destek sağlanmış olacaktır. Zira bu işverenlerin sigorta prim hisselerinin tamamı teşvik kapsamına alınmıştır. Bu noktada teşviğin en fazla, asgari ücret üzerinden hesap edilmesi yerine sigortalının prime esas kazancının tamamı üzerinden ödenmesi işverenler bakımından daha olumlu sonuçlar doğurabilirdi.

Öte yandan incelediğimiz teşviğin uygulamaya konulması için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve İŞKUR'un ortak çalışması olan bütünleşik sosyal yardım sistemi gibi önemi bir veri paylaşımı sisteminden yararlanılacak olması da teşvikle ilgili önemli bir alt yapı çalışmasının var olduğunu göstermektedir.

Yukarıda kısaca değindiğimiz diğer teşvikler ve incelemekte olduğumuz teşvik açısından ortak bir sorun ise kanaatimizce, teşvik uygulamalarının mevzuatımıza torba yasa adı verilen yasalarla dahil edilmesidir. Bu şekilde yapılan düzenleme ile teşvikler mevzuata karmaşık bir şekilde yerleştirilmiş olmakta hatta bazı teşviklerin uygulama süresinin dolup dolmadığını tespit etmek dahi güçlük arz etmektedir. Bunun yerine tüm teşviklerin tek bir mevzuatta toplanması hem teşvikten yararlananlar hem de uygulayıcılar açısından daha isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alper, Y.:** Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2013.
- Arıcı, K.:** Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- Bedir, G.:** "İşverenlere Yeni Bir Sigorta Prim Teşvik İmkanı Getirildi", E-Yaklaşım Dergisi, Ağustos 2016, S.284.
- Bulut, M.:** Sosyal Güvenlik Sistemlerinde Sosyal Yardım Yaklaşımı ve Türkiye'de Durum, Yardım ve Dayanışma Dergisi, Cilt:2 Sayı:3, Ocak-Haziran 2011.
- Canbolat, Talat:** Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin 5458 sayılı Kanunun Uygulaması Üzerine Bir Değerlendirme, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y.2006, S.12.
- Caniklioğlu, N.:** Sosyal Sigortalarda Prim Teşvikleri, İstanbul 2011.
- Caniklioğlu, N./Ocak, S.:** "5921 Sayılı Kanunla Getirilen Teşvikler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.4, S.15, Eylül 2009.
- Çolak, M.:** "Türk İşverenlerinin Yurt Dışındaki İşyerlerinde Çalıştırılmak Üzere Götürelen Türk İşçilerin Sosyal Güvenlik İşlemleri", E-Yaklaşım Dergisi, Haziran 2016, S.282.
- Demir, V.:** "Emekliyken Bağ-Kur'lu Olarak Çalışanlarda SGDP Kaldırıldı", E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2016, S.279.
- Demirci, M.:** "Teşvik Değil Destek", E-Yaklaşım Dergisi, Nisan 2016, S.280.
- Demirci, M.:** "4447 Sayılı Geçici 15. Maddesinde (İşbaşı Eğitimi) Öngörülen Sigorta Primi Desteği", Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015, S.132.
- Dokumacı, M.:** "Yatırımlarda Devlet Yardımları Hakkında Alınan Kararlarda Sigorta Primi Desteği ve SGK Uygulamaları", E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2012.
- Göktaş, B.:** E-Bildirge Klavuzu, İstanbul 2014.
- Güzel, A./Okur, A.Rıza/Caniklioğlu, N.:** Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014.
- Işık, H.:** "Federal Almanya'da Uygulanan Sosyal Yardım Sistemi, Türkiye Karşılaştırması ve Türkiye'deki Uygulamalara Yönelik Öneriler", Yurtdışı İşçi Hizmetleri Uzmanlık Tezi, Ankara 2014.

Kızılova, A.T.: "Ar-Ge Teşvikinde Sigortalı Başına Beş Yıl Kısıtlaması Kaldırıldı", E-Yaklaşım Dergisi, Aralık 2014, S.264.

Korkusuz, R./Uğur, S.; Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2013.

Özdamar, M.:Sigorta Prim Teşvikleri/İndirimleri, İSMMMÖ, 07.04.2014 tarihli Seminer Notları, erişim tarihi 27.07.2016.

Sözer, A.Nazım: İşçi Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2013.

Süzek, S.: İş Hukuku, İstanbul 2014.

Tuncay, C./Ekmekçi, Ö.: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2013.

Tuncay, C./Savaş Kutsal, B.: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2015.

Tiryaki, H.; "Kültür Yatırımları ve Girişimlerinin İstihdam Boyutuyla Teşviki", E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2011.

Tiryaki, H.; "Kültür Yatırımları ve Girişimlerinin İstihdam Boyutuyla Teşviki", E-Yaklaşım Dergisi, Ekim 2011.

Ulubey, R.:"İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Geçici 10. Maddesi Kapsamındaki Teşvik Düzenlemesinin Süresi Uzatıldı", Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015, S.132.

Uluöz, Davut: "6 Puanlık İlave Sigorta Prim Desteğinde Yaşanan Problemler ve Yeni Düzenleme", Mali Çözüm Dergisi, Mayıs-Haziran 2016, S.135

Uzunoğlu, S.: "İşverenlere Yeni Bir Sigorta Prim Teşvik Müjdesi-6704 Sayılı Kanun Teşviki", E-Yaklaşım Dergisi, Haziran 2016, S. 282.

Üvedi, E.: "Sosyal Güvenlik Destek Primi Tarihe Karışıyor", E-Yaklaşım Dergisi, Mart 2016, S.279.

Yuvalı, E.: "İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri", Kamu-İş Dergisi, Y.2012, C.12, S.3.

Yüksel, F.:"6645 sayılı Kanunla Getirilen Teşvik Uygulaması", E-Yaklaşım Dergisi, Temmuz 2016, S.283.

KURUMSAL SOSYAL SORUMLULUĞUN ÖNEMİ VE MEVZUATTAKİ DÜZENLENİŞİ: AB VE TÜRKİYE KIYASLAMASI

*Yrd. Doç. Dr. Melih SÖNMEZ**

ÖZET

Şeffaflık, kurumsal yönetimin en önemli tamamlayıcılarından biri olarak, hem finansal piyasalarda hem de şirketlerin yönetim yapısında önemli bir rol oynamaktadır. Şeffaflık en genel anlamda yatırımcıların karar alma mekanizmasında pozitif etkilere sahip olan bilgilerin doğru zaman ve doğru yerde paylaşılmasıdır. Yatırımcıların ihtiyaç duyduğu bilgiler ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir: “*Finansal Bilgiler ve Finansal Olmayan Bilgiler.*” Yatırımcıların karar alma mekanizmasında etkili olan finansal olmayan bilgiler günümüz piyasalarında kurumsal sosyal sorumluluk projeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada şeffaflık, finansal olmayan bilgilerin paylaşılması kapsamında değerlendirilecektir.

Tüm Dünyada kabul görmüş ortak bir tanım olmamakla birlikte, kurumsal sosyal sorumluluk, işletmelerin faaliyetlerinde ve paydaşlarıyla olan etkileşimlerinde gönüllü olarak sosyal ve çevresel kaygıları taşıdıklarını gösteren bir kavramdır. Kurumsal sosyal sorumluluğun, dört farklı sosyal sorumluluk türü ile meydana geldiği söylenebilir. Buna göre, sosyal sorumluluk piramidi olarak da ifade edilen ekonomik yönlü, yasal yönlü, ahlâk yönlü ve hayırseverlik yönlü sosyal sorumluluklar işletmelere yüklenen başlıca sosyal sorumluluk türleridir.

Kurumsal sosyal sorumluluğun çeşitli faydaları vardır. Özellikle rekabet avantajı oluşturmak, işletmenin itibarını oluşturmak ve geliştirmek, perakende satışları arttırmak, çalışan sadakatini arttırmak, müşteri sadakatini ve güveninin arttırmak, marka imajını etkilemek ve değerini arttırmak kurumsal sosyal sorumluluğun başlıca faydaları arasındadır. Öte yandan kurumsal sosyal sorumluluğun dezavantajları da yok değildir. Nitekim sosyal eylemlerin ürün maliyetlerine yansıtılmasıyla fiyatlar artar, bu da pazar kaybına neden olabilir. Sosyal eylemler için yeni insan kaynağına ihtiyaç duyulabilir ve ayrıca işletme sahiplerinin, ortaklarının veya

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yöneticilerinin sosyal konulara fazla duyarlı davranmaları, örgütsel amaçlardan uzaklaşılmasına neden olabilir.

Kurumsal sosyal sorumluluk kavramının giderek artan önemi, yasal zeminlerde de bir takım düzenlemelerin yapılmasını gündeme getirmiştir. Bu konuda Avrupa Birliği öncü olarak kabul edilebilir. 2014 yılında özellikle finansal piyasalarda hesap verilebilirlik, şeffaflık ve sorumluluk prensiplerinin yaygınlaştırılması için çıkarmış olduğu 2014/95/EU Direktifi ile birlikte, sosyal ve çevresel konuları kapsayan finansal olmayan bilgilerin paylaşılması konusunda tarafların yükümlülükleri ayrıntıları ile birlikte düzenlenmiştir. Türkiye’de ise, 1 Temmuz 2012 tarihinde yeni Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmiş ve kurumsal yönetim konusunda bir takım yenilikler getirilmiştir. Fakat kurumsal sosyal sorumluluk kavramı yeni Kanunda dikkate alınmamıştır.

Bu minvalde bu çalışmanın amacı, kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin finansal marketlerdeki rolünü, önemini, avantajlarını ve dezavantajlarını değerlendirmek ve Avrupa Birliği ve Türk mevzuatını inceleyerek, yasal zeminlerde bu konunun ne derece başarılı bir şekilde ele alındığını analiz etmektir.

1. GİRİŞ

Uluslararası doktrinde “*corporate governance*” olarak bilinen kurumsal yönetim, şirketlerin ağır rekabet koşullarında hayatta kalmalarını sağlayan profesyonel bir yönetim sanatı olarak kabul edilebilir. Daha geniş anlamda kurumsal yönetim, bir şirkette veya bir işletmede, bütün çalışanlar arasında dengelerin gözetildiği; ana amaçların, hakların ve sorumlulukların belirlendiği; şirketlerde veya işletmelerde ortak çıkarların korunduğu ve en geniş anlamda finansal ve ekonomik performansın artırılmasının amaçlandığı bir sistem veya strateji olarak tanımlanabilir.¹ Bu bakımdan kurumsal yönetimin temel amacı felsefe, etik, politika, ekonomi ve hukuk bilim dallarının temel özelliklerini harmanlayarak şirketler için gerekli olan ideal yönetim anlayışının ortaya çıkartılmasıdır.

Kurumsal yönetim kavramı piyasaların maruz kaldığı bir takım finansal skandallar ve ekonomik krizlerden sonra hem gelişmiş hem de gelişmekte

¹ Melih Sonmez, The Role of Better Transparency Law in Corporate Governance and Financial Markets, and Its Practicability in Legal Systems: A Comparative Study Between the EU and Turkey, Doctoral Thesis, Durham University 2014; Hasan Pulaşlı, *Corporate Governance-Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara 2003; Ali Paşlı, *Anonim Ortaklıkta Kurumsal Yönetim*, İstanbul 2004.

olan ülkelerde önemini giderek artıran bir konu halini almıştır. Kurumsal yönetim politikasının temelinde şirketlerin finansal göstergelerinin iyileştirerek yatırımcılarının radarlarına girmeleri amaçlanmaktadır. Bu yüzden kurumsal yönetim politikası bir şirkette en tepeden en aşağıya kadar bütün menfaatlerin dengelendiği bir koordinasyon stratejisi üzerine kurulmaktadır.

Yukarıda kısaca değinildiği gibi, kurumsal yönetimin en önemli avantajlarından bir tanesi, şirketlerin piyasalardaki performanslarına yaptığı olumlu etkilerdir. Bu konuda doktrinde çeşitli çalışmalar mevcuttur. Bu çalışmalara örnek olarak Gompers, Ishii ve Metrick'in 1990-1999 yılları arasında yaptıkları çalışmalar gösterilebilir. Analizlerinde, güçlü bir kurumsal yönetim yapısına sahip olan şirketlerin, pay sahipleri bakımından daha zayıf haklara sahip olan şirketlere kıyasla çok daha iyi ve başarılı bir performans sergilediklerini sayısal verilerle ortaya koymuşlardır.² Bu yüzden kurumsal yönetim olgusunun bütün şirketlere kazandırılması gereken bir strateji olduğu vurgulanabilir.

Kurumsal yönetim anlayışının şirketlere kazandırılmasında öncelikli olarak kurumsal yönetim prensiplerinin çok iyi bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. Kurumsal yönetim dört temel element üzerine kurulmuştur: '*Şeffaflık, Güvenilirlik, Hesap Verilebilirlik ve Adillik*'. Diğer bir ifadeyle, kurumsal yönetimden beklenen profesyonel yönetim anlayışının kazandırılabilmesi için şirketin yönetim yapısı bu dört temel ilkeyi barındırmalıdır. Bu ilkeler incelendiğinde şeffaflık kurumsal yönetim prensiplerinin en önemlisi olarak kabul edilebilir, çünkü güvenilirlik, hesap verilebilirlik ve adillik şeffaflığın bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Şeffaflığın olmadığı bir yerde diğer prensiplerin sağlanması mümkün değildir. Bu yüzden etkili bir kurumsal yönetim anlayışı ile yüksek seviye bir şeffaflık arasında pozitif bir korelasyon olduğu söylenebilir.

Şeffaflık, piyasaların x-ray cihazı olarak, piyasalardaki en önemli problem olan güven sorununu ortadan kaldırmaya çalışır. Piyasaları güvenlik süzgecinden geçirerek, yatırımcıların karşılaşılabileceği riskleri en aza indirmeyi hedefler. Kısacası piyasalarda güneş ışığı vazifesi görerek şirketlerin ve piyasalardaki oyuncuların karanlık yönleriyle mücadele eder. Ayrıca şirketlerde en tepeden en alt kademeye kadar mükemmel bir iletişim sistemi kurarak iyi örgütlenmiş şirket yapılarının kurulmasını sağlar.

² Gompers A. P., Ishii L. J. and Metrick A. (2003), 'Corporate Governance and Equity Prices', 118 Quarterly Journal of Economics 107.

Şeffaflık, yatırımcıların karar-alma mekanizmasında etkili olan bilgilerin doğru zaman, yer ve biçimde paylaşılması olarak kabul edilebilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere şeffaflığın temeli doğru bilgilerin paylaşılması üzerine kuruludur. Yatırımcıların karar almalarında rol oynayan bilgiler ise ikili bir sınıflandırmaya tabidir; *finansal bilgiler ve finansal olmayan bilgiler*. Finansal bilgiler şirketin mali tablolarında yer alan ve şirketin finansal bir yıl boyunca ekonomik performans verilerini içeren bilgiler olarak tanımlanabilir. Finansal olmayan bilgiler ise; çevresel meseleler, şirketlerin sosyal ve işçilere yönelik bakış açıları, insan haklarına yönelik uygulamaları, yolsuzluk ve rüşvete karşı sorunlar ve yönetim kurulunda çeşitlilik gibi konuları kapsamaktadır.³ Doktrinde giderek artan önemi sebebiyle finansal olmayan bilgiler ‘*Kurumsal Sosyal Sorumluluk*’ olarak yeniden tanımlanmıştır.⁴ Diğer bir ifadeyle finansal olmayan şeffaflık, kurumsal sosyal sorumluluk politikalarının temelini oluşturmaktadır.

Kurumsal sosyal sorumluluk genel anlamda, teşebbüslerin toplum üzerinde pozitif katkılar sağlayabilmek için sahip oldukları sorumluluk anlayışı olarak tanımlanabilir. Şirketlerin kurumsal anlamda daha da sorumlu hale gelmeleri, hem şirketlerin kendi performanslarına hem de finansal piyasaların performanslarına önemli katkılar sağladığı için, hukuksal bir düzende yapılandırılması gerektiğine dair tartışmaları alevlendirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği’nde bu konuyla ilgili düzenlemeler hız kazanmaya başlamıştır. Bu çalışmada kurumsal yönetimin şeffaflık prensibi finansal olmayan bilgiler, diğer bir ifadeyle kurumsal sosyal sorumluluk bazında incelenecek ve bu konuyla alakalı hem AB’de hem de Türkiye’de yasal zeminlerde gerçekleştirilen düzenlemeler ayrıntılarıyla analiz edilerek değerlendirilecektir.

2. Finansal Olmayan Bilgiler-Kurumsal Sosyal Sorumluluk

Şeffaflık, kurumsal yönetimin temel elementlerinden birisi olarak şirketlerin performanslarına pozitif katkılar sağladığı gibi, finansal piyasaların etkili bir şekilde çalışmasında da önemli bir rol oynamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, şeffaflık kurumsal yönetim ilkeleri arasında olmazsa olmaz bir elementtir, çünkü kurumsal yönetimin diğer ilkeleri,

³ European Commission, Banking and Finance-Non-Financial Reporting, http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/non-financial_reporting/index_en.htm, erişim 22/04/2016.

⁴ Sibel Hoştut ve Seçil Deren Van Het Hofc, *Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, İstanbul 2015.

'hesap verilebilirlik, güvenilirlik ve adillik', sadece şeffaflığın optimum seviyede sağlanabildiği bir ortamda etkili bir şekilde gerçekleştirilebilir.

Burada üzerinde durulması gereken en önemli konu şeffaflığın ne olduğunu sorusunun cevaplanmasıdır. Şeffaflığın, yalnızca şirket veya finansal piyasalar hakkındaki bilgilerin kamuya açıklanması şeklinde tanımlanması, onun ana felsefesinin yanlış ve eksik anlaşılmasına neden olabilir. En temel anlamda şeffaflık, finansal piyasalar ve şirketlerin performansı, göstergeleri ve işleyişleri ile ilgili doğru ve güvenilir bilgilerin, doğru zamanda, doğru şekilde ve doğru yerde paylaşılarak, onların karar mekanizmasında pozitif bir etki sağlamak olarak nitelendirilebilir.⁵

Şeffaflık prensibinde temel amaç, tutarlı, kapsamlı ve anlaşılır bilgilerin tam zamanında ve düşük maliyetle bilgi kullanıcılarına ulaştırılmasıdır. Bu minvalde sorulması gereken soru, her türlü bilginin paylaşılması şeffaflık prensibi kapsamında değerlendirilir mi? Rastgele seçilmiş bilgilerin mevcudiyeti veya bilgilerin güvenilir oluşu, hiçbir zaman şeffaflık olarak kabul edilmemelidir.⁶ Şeffaflığın kalitesini arttırmak açısından, paylaşılan bilgilerin, açıklık, tutarlılık, doğruluk, tarafsızlık, karşılaştırılabilirlik, devamlılık ve güncellik gibi temel kriterlere sahip olması gerekir.⁷

Şeffaflık prensibinde bilgiler ikili bir sınıflandırmaya tabidir; 'finansal bilgiler ve finansal olmayan bilgiler'. Finansal bilgilerin incelenmesi bu çalışmanın ötesindedir. Bu yüzden bu çalışma da finansal olmayan bilgiler kapsamında kurumsal sosyal sorumluluk projesi kavramı üzerinde durulacaktır.

Kurumsal sosyal sorumluluk en geniş anlamda şirketlerin ticari faaliyetlerini yerine getirirken, çevresel ve sosyal meseleler üzerindeki pozitif katkıları için uzun vadeli organize ettikleri projeler olarak tanımlanabilir. Aslında genel anlamda kabul gören bir tanımın yapılması mümkün değildir, çünkü sosyal sorumluluk davranışları şirketlerin faaliyet

5 A.C. Ünal (2015), 'Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansıması (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi', Cilt 1 Sayı 1, s. 403-441), s.417.

6 Bernard S. Black (2001), 'The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets', 48 the UCLA Law Review 781, s.786.

7 Ayşe N. Canbaloglu (2011), 'Finans Sektöründe Kamunun Aydınlatılması ve Türkiye'deki Uygulaması, (Transparency in Financial Markets and It's implementation in Turkey), Published Dissertation in Ankara University, available at <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5958/>, erişim tarihi: 21.06.2016.

alanı veya tarafların bakış açılarına göre değişiklik göstermektedir.⁸ Bu açıdan değerlendirildiğinde en objektif anlamda kurumsal sosyal sorumluluk, teşebbüslerin toplum üzerinde pozitif katkılar sağlayabilmek için sahip oldukları sorumluluk anlayışı olarak kabul edilebilir.

Doktrinde kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili çeşitli tartışmalar vardır. Bu çalışmada kurumsal sosyal sorumluluğun tarihsel gelişimi ve hukuki anlamda bir düzenleme ihtiyacına yönelik tartışmalar üzerinde durulacaktır.

Kurumsal sosyal sorumluluk kavramının temelinde kurumsal yönetim teorisinin ortaya çıkmasına neden olan problemlerin tetikleyici bir rol oynadığı söylenebilir. Bin dokuz yüzlü yıllarının başlarında, Henry Ford ve John D. Rockefeller gibi isimlerin sahip olduğu şirketler, sadece hissedarlarının haklarını koruması, müşterileri ve çalışanları ikinci plana atması sebebiyle eleştirilmeye başlandı. Bu konu, kurumsal yönetim teorisinin temel problemlerinden birisi olan 'The Stakeholder Theory'sinin' ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁹ Buna ek olarak 1990'lı yıllarda Shell ve Greenpeace arasında Brent SPA petrol kuyusunun kaldırılmak istenmesine yönelik yapılan anlaşma, konunun giderek şirketler bazında önem kazanmasına neden olmuştur.¹⁰ Bu bilgiler ışığında kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin, şirketler ve sivil toplum örgütleri arasında yapılan savaşta barışın sağlanması için şirketlerin yerine getirdikleri sorumluluklar olduğu kabul edilebilir.

Kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili diğer bir tartışma, bu tür projelerin yapılmasına yönelik yasal bir zorunluluğa ihtiyaç olup olmadığı üzerinedir. Şirketler bir yatırım kuruluşu olması sebebiyle, diğer bir ifadeyle genel anlamda bir yardım kuruluşu olmamaları sebebiyle bu tür aktivitelerin yapılması gönüllülük esasına dayandırılabilir. Fakat konunun finansal piyasalarda giderek artan önemi sebebiyle, bu tür bir sorumluluk projesinin şirketlerin özgür iradesine bırakılmamasına yönelik tartışmalar alevlenmiştir. Özellikle AB, son zamanlarda çıkarmış olduğu yayınlar ve direktiflerle

⁸ John L. Campbell (2007), 'Why Would Corporations Behave In Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility', *Academy of Management Review*, Vol.32 No: 3, 946-967, s.950.

⁹ Melih Sonmez & Suat Yıldırım (2015), 'A Theoretical Aspect on Corporate Governance and Its Fundamental Problems: Is It a Cure or Another Problem in the Financial Markets?', *Journal of Business Law and Ethics* Vol.3 No: 1, 20-35, s. 31.

¹⁰ Türkiye Sosyal Sorumluluk Derneği, 'Siyasi Tarih ve KSS', Makaleler, <http://kssd.org/wp-content/uploads/2013/04/siyasitarihveks.pdf>, erişim tarihi: 21.06.2016

birlikte kurumsal sosyal sorumluluğun önemini vurgulamış ve yasal düzenlemelerle birlikte bu tür bilgilerin paylaşılmasını belirli şirketler bakımından zorunlu hale getirmiştir.¹¹

Kurumsal sosyal sorumluluk projeleri ilk etapta incelendiğinde şirketlere maliyetleri arttıran yeni bir külfetmiş gibi algılanabilir. Fakat hem şirketler hem de finansal piyasalar bakımından birçok avantaj sağladığı gözlemlenebilir. En önemli avantajları şu şekilde sıralanabilir; hem ulusal hem uluslararası yatırımcıların sayısını artırır, böylelikle şirketin uzun dönem karlılığına pozitif katkılar sağlar; çalışanların iş süreçlerindeki performanslarını artırır, bu sayede ürünlerin kalitesini geliştirerek hem şirketlerin marka değerine pozitif katkılar sağlar hem de şirketlerin küresel bazda rekabet gücünü artırır; bunlara ek olarak çevrenin korunmasına, insan haklarına özen gösterilmesine ve sivil toplum örgütleriyle iyi ilişkiler kurulmasına yardımcı olur.¹² Bu yüzden bu tür sosyal sorumluluk projelerinin sayısının artırılması, finansal piyasaların etkili ve güvenilir bir ortamda işlemesine olanak vereceği gibi, şirketlerin de mali açıdan güçlenmelerine pozitif katkılar sağlayacaktır.

Diğer taraftan kurumsal sosyal sorumluluk salt anlamda her zaman pozitif etkilere neden olmayabilir. Şirketler bakımından aynı zamanda bir takım dezavantajlar ya da zorluklar söz konusu olabilir. Bu negatif etkiler ve zorluklar şu şekilde sıralanabilir:¹³ İlk olarak bu dezavantajların başında maliyetler gelmektedir. Şirketler genel anlamda ticari hayatta kar amacı güden ekonomik varlıklardır. Yardım kuruluşları gibi temel politikaları sosyal anlamda duyarlılık projeleri kurmak üzerine değildir.¹⁴ Ayrıca gerek bu tür projelerin yapılması gerekse de bu yapılan projelerin finansal tablolarında gösterilmesi şirketlere ek maliyetlere neden olacağından, stratejileri genellikle maliyet kısmak üzerine kurulu olan şirketler tarafından

¹¹ Directive 2014/95/EU, Madde 1 (Article 1) ve European Commission, Consultation Document: Non-Binding Guidelines for Reporting of Non-Financial Information by Companies, p.3 ve European Commission (2011), A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:en:PDF>, erişim tarihi: 21.06.2016.

¹² Türkiye Sosyal Sorumluluk Derneği, KSS Nedir?, <http://kssd.org/kss/kss-nedir/>, erişim tarihi: 21.06.2016.

¹³ John L. Campbell (2007), 'Why Would Corporations Behave In Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility', *Academy of Management Review*, Vol.32 No: 3, 946-967, ss.950-954.

¹⁴ David Crowther & Güler Aras, '*Corporate Social Responsibility*', (Ventus Publishing ApS/2008), s.12.

kolaylıkla tercih edilen bir politika olmayabilir. İkincisi, yine maliyetle bağlantılı olarak, ekonomik koşulların zayıf olduğu piyasalarda veya mali açıdan yeterince güçlü olmayan şirketler bakımından bu tür sosyal sorumluluk projelerinin yaygınlaştırılması pek mümkün olmayabilir. Bu bakımdan şirketlerde ek yükümlülükler neden olacak bu tür projeler, Maslow'un İhtiyaçlar Hiyerarşisinde¹⁵ olduğu gibi belirli basamakları geçerek yeterli mali güce ulaşan şirketler bakımından uygulanabilir hale getirilebilir. Üçüncü olarak piyasaların yapısı yine bu tür projelerin etkili bir şekilde uygulanmasında önemli rol oynamaktadır. Diğer bir ifadeyle rekabetin çok yoğun veya az yoğun olduğu piyasalarda yine bu tür projelerin geliştirilmesi çok kolay olmayabilir. Rekabetin fazla olduğu piyasalarda maliyet avantajı yakalamak isteyen firmalar, bu tür ek maliyet yükleyen sorumluluk projelerinden kendilerini uzak tutabilirler. Rekabetin az veya hiç olmadığı piyasalarda (monopol piyasalarda olduğu gibi) ise, firmalar her hâlükârda alıcı veya yatırımcı bulabileceği için bu tür ek yükümlülükler kendisini maruz bırakmak istemeyebilir. Bu yüzden piyasaların yapısı da bu tür duyarlılık projeleri için önemlidir. Bütün bu bilgiler ışığında da son olarak yasal düzenlemeler yine sosyal sorumluluk projelerinin uygulama alanı bulabilmesi için önemlidir. Daha önce belirtildiği üzere, sosyal sorumluluk daha ziyade gönüllülük esasına dayalıdır. Fakat yukarıdaki zorluklar göz önüne alındığında piyasalardaki bütün şirketler tarafından bu tür projelerinin yaygınlaşmasını beklemek iyi niyetli hayal kurmanın ötesine gidemeyecektir. Gerek piyasalar gerekse şirketler bakımından bir takım avantajlar sağlayan sosyal sorumluluk uygulamalarının yeterince yaygınlaştırılabilmesi için, şirketlerin vicdanına bırakmak yerine, yukarıdaki zorlukları göz önüne alarak yasal zeminlerde belirli bir düzenlemeye tabi bırakmak çok daha faydalı sonuçlar elde edilmesini sağlayacaktır.

2.1 Analiz ve Tartışmalar

Günümüz küreselleşen finans dünyasında şirketler, özellikle çok uluslu şirketler, hatırı sayılır derecede önemli bir güce ulaşmışlardır. Bu açıdan değerlendirildiğinde fonksiyonlarını yerine getirdiklerinde direk olarak topluma veya çevreye bir takım etkilerde bulunabilirler. İşte bu noktada eğer sahip olunan bu güçler iyi bir şekilde kontrol altına alınamazsa, o zaman bu etkiler hem toplumun hem de çevrenin zararına olabilecektir.

¹⁵ Dr. Nyameh Jerome (2013), Application of the Maslow's Hierarchy of Need Theory; Impacts and Implications on Organizational Culture, Human Resource and Employee's Performance, International Journal of Business and Management Invention Vol.2 Issue 3, 39-45, s.41.

Şirketlerin illegal faaliyetlerde bulunma ihtimalleri yüksektir. Sahip oldukları bu gücün kötüye kullanılması sebebiyle geçtiğimiz son 20 yılda zenginler ve fakirler arasındaki ayırım daha da artmış, çevre kirlilikleri dayanılmaz boyutlara ulaşmış, sera gazlarının kontrolsüz bir şekilde salınımı iklimlerin değişmesine ve küresel ısınmaya neden olmuş, insan hakları, çocuk işçilerin çalıştırılması gibi örneklerle birçok kez ihlal edilmiş, iş ortamlarında en basit güvenlik standartlarının bile sağlanmasında başarısızlıklar olmuştur. Bu illegal faaliyetlerin kontrol altına alınmaması sebebiyle toplumların büyük bir kısmı çok ağır bedeller ödemiştir. Bu problemlerin en acı veren kısmı ise, bu tür ihlaller Coca Cola, Caterpillar, Lockheed, Philip Morris, BP, Primark gibi genellikle dünyada en çok tercih edilen ve bilinen şirketler tarafından gerçekleşmiştir.¹⁶ Burada sorulması gereken soru, kurumsal sosyal sorumluluk şirketlerin neden olduğu insan hakları ihlalleri veya iklim değişiklikleri gibi sorumsuzluklar bakımından bir çözüm olabilir mi?

Öncelikli olarak altı çizilmesi gereken husus, şirketlerin sahip olduğu bu güç şirketlerin illegal yönlerine bırakılırsa yıkıcı etkiden, eğer kontrol altına alınırsa yapıcı etkiden bahsedilebilir. Diğer bir ifadeyle, gerek toplumsal gerekse çevresel felaketlere neden olabilecek bu güç kontrol altına alındığında, şirketlerdeki yapıcı etki kendini gösterecektir. Kurumsal sosyal sorumluluk bu noktada, şirketlerin bu gücünü doğru kaynaklarda kullanmasında dengeleyici bir rol üstlenebilir.

Etkili bir kurumsal sosyal sorumluluk projesi öncelikli olarak çevresel ve toplumsal meselelere daha duyarlı bir yaklaşımın yaygınlaşmasını sağlar. İnsan haklarına saygılı bir iş atmosferi sağlayarak Birleşmiş Milletler standartlarına uygun çalışma koşullarına dikkat edilmesine vesile olur. Sera gaz salınımı, çevre kirliliği, doğal kaynaklarının bilinçsizce tahrip edilmesi gibi konularda duyarlılığı artırır. Bunlara ek olarak, şirketlerin yatırımcılar gözündeki güvenilirlik oranlarını artırarak hem ulusal hem de uluslararası yatırımcı sayısının artmasına katkı sağlar. Böylelikle finansal piyasaların güvenilir bir ortamda, sosyal ve çevresel meselelere duyarlı bir şekilde etkili çalışması sağlanmış olur.

Yukarıda doktrinde bulunan kurumsal sosyal sorumluluk prensibine yönelik belirtilen bir takım dezavantajlar burada tartışmaya sunulabilir. Öncelikli olarak kurumsal sosyal sorumluluğa yönelik en temel eleştiri, şirketlere neden olduğu maliyetlerdir. Takdir edilir ki günümüz acımasız

¹⁶ Nina Boeger, Rachel Murray and Charlotte Villiers, '*Perspective on Corporate Social Responsibility*', (Edward Elgar Cheltenham UK-Northampton USA/2008), s.86.

rekabet ortamında şirketler bakımından ek maliyetlere katlanmak büyük bir külfet olarak kabul edilebilir. Kurumsal sosyal sorumluluk projeleri de şirketlere bir takım ek maliyetlere katlanmalarına neden olacaktır. Burada sorulması gereken soru stratejileri maliyetleri kısmaya yönelik olan şirketlerin ek maliyetlere neden olacak kurumsal sosyal sorumluluk anlayışı nasıl kazandırılabilir? Daha önceden de belirtildiği üzere, finansal piyasada işlem gören şirketler birer yardım kuruluşu değillerdir. Bu bakımdan onlardan masum niyetlerle sosyal sorumluluk projelerini arttırmalarını beklemek çok rasyonel olmayabilir. Fakat sosyal sorumluluğun en önemli avantajlarından bir tanesi hem ulusal hem de uluslararası yatırımcı sayısını arttırmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kurumsal sosyal sorumluluk her ne kadar ek maliyetlere neden olsa da, şirketlerin finansal piyasalardaki cazibesini arttıracak olması sebebiyle getirisi de fazla olacaktır. Bu yüzden etkili ve tutarlı bir şekilde gerçekleştirilen sosyal sorumluluk projelerinin getirileri maliyetleri önemsiz hale getirecektir.

İkinci olarak, rekabetin çok veya az olduğu piyasalarda uygulanmasının zor olacağı belirtilmişti. Rekabetin çok olduğu piyasalarda maliyetler sebebiyle şirketler tarafından kurumsal sosyal sorumluluğun yaygınlaştırılmayacağına dair doktrinde bir takım görüşler mevcuttur.¹⁷ Fakat bu görüşler de tartışmaya açıktır. Öncelikli olarak maliyetlerin katlanabilir bir seviyede olduğu kar-zarar dengesi bazında yukarıda belirtilmiştir. Diğer taraftan kurumsal sosyal sorumluluğun yatırımcıları çeken özelliği dikkate alındığında rekabetin yoğun olduğu piyasalarda rekabet avantajı sağlamak isteyen şirketler tarafından çok daha faydalı olacağı iddia edilebilir. Bu yüzden rekabetin yoğun olduğu piyasalarda kurumsal sosyal sorumluluğun yaygınlaştırılmayacağı görüşü tartışmaya açıktır. Rekabetin az veya olmadığı monopol piyasalarda ise uygulanabilirliğinin sağlanması ancak yasal düzenlemelerle gerçekleştirilebilir. Şirketleri, bu hâkim durumlarını kötüye kullanmalarını engellemek için belirli büyüklükte olan şirketlerde sosyal sorumluluk projeleri gerekli düzenlemelerle zorunlu hale getirilebilir.

Burada üzerinde dikkatle durulması gereken husus, bu derece önemli etkilere sahip olan kurumsal sosyal sorumluluk giderek yaygınlaşmasına rağmen gerek toplumsal gerekse çevresel duyarlılık bakımından neden hala

¹⁷ John L. Campbell), 'Why Would Corporations Behave in Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility', *Academy of Management Review*, Vol.32 No: 3, 946-967, 2007, s.950-954.

arzu edilen sonuçların elde edilmesini sağlayamamaktadır? Bu tartışma bir kaç açıdan değerlendirilebilir.

Öncelikli olarak kurumsal sosyal sorumluluk projelerini gerçekleştiren şirketlerin bu projeleri yerine getirirken ne derece tutarlı olduklarının incelenmesi gerekir. Örneğin Shell, kurumsal sosyal sorumluluk projelerine ağırlık verdiğini ve Nijerya'da gaz yakma oranını azalttığına dair açıklamalarda bulunmuştur. Fakat yapılan incelemeler neticesinde Nijerya Mahkemesi tarafından yasadışı gaz yakılması konusunda suçlu bulunmuştur. Aynı şekilde Coca Cola doğal kaynakları sorumlu bir şekilde kullandığını iddia ederken, Hindistan'da bir bölgede kaynakları sorumsuzca tüketerek suların kirlenmesine neden olmaktan suçlu bulunmuştur.¹⁸ Kurumsal sosyal sorumluluk projelerinde istenilen başarının elde edilememesinin temelinde bu tür projeleri yaptığını iddia eden şirketlerin tutarsızlıkları, verdikleri sözleri tutamamaları anahtar rol oynamaktadır.

Bütün bu bilgiler ışığında kurumsal sosyal sorumluluğun etkisiz olmasının nedenleri üç başlık halinde toplanabilir: İlk olarak kurumsal sosyal sorumluluğun evrensel bir tanımının yapılamaması, şirketlerin bu projeleri yerine getirirken belirli bir standartta sağlayamamalarına neden olmaktadır. Şirketlere tanınan bu esneklik yukarıdaki Shell ve Coca Cola örneğinde olduğu gibi şirketlerin tutarsız ve sorumsuz davranmalarına neden olmaktadır. İkincisi, kurumsal sosyal sorumluluk kavramının yasal zeminlerde bağlayıcı bir şekilde düzenlenememesi bu politikanın yaygınlaşmasını engellemektedir. Bu derece önemli bir konunun vicdanlara bırakılması yersiz bir bekleyişten öteye gidemeyecektir. Üçüncüsü, sosyal sorumluluk projelerinin etkili bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini kontrol eden ve gerektiğinde piyasadaki karışıklıklara rehberlik hizmeti veren yetkili otoritelerin eksikliği, bu projelerin beklenen seviyede ve tutarlı bir şekilde gerçekleşmesini engellemektedir. Bu yüzden kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili, gerekli tanımları yapan, şirketlere ek külfetler yüklemeyen, maliyetler bakımından altından kalkabilecek büyüklükteki şirketlerde zorunlu hala getiren ve yetkili otoritelerce desteklenmesini sağlayan yasal düzenlemeler neticesinde kurumsal sosyal sorumluluktan istenilen pozitif etkiler beklenebilecektir. Takip eden bölümlerde, hem AB'de hem de Türkiye'de bu konuyla alakalı mevzuat incelenecek ve karşılaştırmalı bir analiz çerçevesinde mevzuattaki güçlü ve zayıf yönler değerlendirilecektir.

¹⁸ Nina Boeger, Rachel Murray and Charlotte Villiers, '*Perspective on Corporate Social Responsibility*', (Edward Elgar Cheltenham UK-Northampton USA/2008), s.90.

3. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE FİNANSAL OLMAYAN BİLGİLERİN PAYLAŞILMASI VE MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

Şeffaflık, finansal piyasaların ve piyasalarda kayıtlı şirketlerin faaliyetlerini etkili bir şekilde yerine getirmelerinde anahtar bir rol üstlenmektedir. Bu bakımdan finansal piyasalarda başarıyı sağlamanın yollarından bir tanesi, şeffaflığın genel anlamda çok iyi analiz edilmesine ve piyasalara optimum seviyede yansıtılmasına bağlıdır.

Şeffaflık genel anlamıyla riske katlanan yatırımcıların yatırımlarını korumak, piyasadaki şirket sahiplerinin şirketlerini ekonomik krizler gibi kara günlere karşı hazır hale getirmek, hükümetlerin ise piyasaların etkin bir şekilde işlenmesini sağlamak için ihtiyaç duyduğu doğru bilgilerin, doğru zaman ve yerde paylaşılması olarak tanımlanabilir.¹⁹

Bu minvalde sorulması gereken soru, hangi bilgilerin paylaşılmasının şeffaflık seviyesini optimum seviyede sağlayacağıdır. Şeffaflıkta ulaşılmak istenen temel bilgiler ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir; 'finansal bilgiler ve finansal olmayan bilgiler'.

Şeffaflık en temel anlamıyla piyasaların 'x-ray cihazı' olarak kabul edilebilir. Bu yüzden, hem finansal hem de finansal olmayan bilgilerin paylaşılması piyasaların korunması ve etkili bir şekilde işleyebilmesi için sayısız avantajlar sağlamaktadır. Finansal bilgilerin paylaşılmasının en temel avantajları; yöneticilerin hesap verebilirliğinin ve sorumluluklarının artırılması, iyi bir izleme sisteminin kurulması, uzun dönemli yatırımcı sayısının artırılması, piyasaya daha fazla nakdin girmesi ve nakit darlığının engellenmesi, pay senetlerinin iyi bir şekilde analiz edilmesi ve doğru yatırım tercihlerine yönelmenin sağlanması, krizlerin önlenmesi ve piyasa bütünlüğünün korunması olarak sıralanabilir.²⁰

Finansal olmayan bilgiler ise, şirketlerin yatırımcılar gözündeki spekülasyon imajını silerek, yatırımları için daha güvenilir şirketler olduğuna yönelik bir etki yaratır. Bu bakımdan finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasının en önemli avantajı, şirketlerin güvenilirliklerini artırarak, şirketlerin piyasadaki uzun-dönem performanslarına pozitif katkılar sağlamaktadır.

¹⁹ Sonmez, s.22.

²⁰ Şafak Narbay ve Melih Sönmez, Kurumsal Yönetimde Şeffaflık ve Türk Ticaret Hukukundaki Uygulamaları, Sayı 18, World of Accounting Science, 2016 Special Issue, s.369-417.

Finansal olmayan bilgiler; çevresel meseleler, şirketlerin sosyal ve işçilere yönelik bakış açıları, insan haklarına yönelik uygulamaları, yolsuzluk ve rüşvete karşı sorunlar ve yönetim kurulunda çeşitlilik gibi konuları içermektedir.²¹ Doktrinde giderek artan önemi sebebiyle finansal olmayan bilgiler ‘Kurumsal Sosyal Sorumluluk’ olarak yeniden tanımlanmıştır.²² Diğer bir ifadeyle finansal olmayan şeffaflık, kurumsal sosyal sorumluluk politikalarının temelini oluşturmaktadır.

Kurumsal sosyal sorumluluk genel anlamda, teşebbüslerin toplum üzerinde pozitif katkılar sağlayabilmek için sahip oldukları sorumluluk anlayışı olarak tanımlanabilir. Şirketlerin kurumsal anlamda daha da sorumlu hale gelmeleri, hem şirketlerin kendi performanslarına hem de finansal piyasaların performanslarına önemli katkılar sağladığı için, hukuksal bir düzende yapılandırılması gerektiğine dair tartışmaları alevlendirmiştir. Özellikle Avrupa Birliği’nde bu konuyla ilgili düzenlemeler hız kazanmaya başlamıştır.

Avrupa Komisyonu’na göre kurumsal sosyal sorumluluk, teşebbüslerin gelişimleri, sürdürülebilirlikleri ve rekabet edebilirlikleri için önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle risk yönetimi, maliyet tasarrufu, sermaye girişi ve insan kaynağı yönetimi gibi avantajlar bakımından kurumsal sosyal sorumluluk önemini giderek finansal piyasalarda hissettirmeye başlamıştır.²³ Bu minvalde Avrupa Birliği, kurumsal sosyal sorumluluğun Avrupa piyasalarında daha yaygın hale getirilebilmesi için bir takım çalışmalar başlatmıştır.

Öncelikli olarak kurumsal sosyal sorumluluğun Avrupa Birliği’nde teşvik edilmesi ve şirketler bakımından yaygınlaştırılması için Komisyon uluslararası ilke ve prensiplere bağlı kalarak bu konuyu gündemine almış ve bir takım stratejiler geliştirmiştir. Kurumsal sosyal sorumluluk anlayışının Avrupa Birliği’nde geliştirilmesi için yapılması gereken öncelikli politikaları belirlemiştir. Bu anahtar politikaları şu şekilde sınıflandırabiliriz; ‘kurumsal sosyal sorumluluğun görünürlüğünü arttırmak ve uygulamalarını

21 European Commission, Banking and Finance-Non-Financial Reporting, http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/non-financial_reporting/index_en.htm, erişim 22/04/2016.

22 Hoştut ve Van Het Hofc (2015); M. Nejat Özüpek, *Kurum İmajı ve Sosyal Sorumluluk*, İstanbul 2013.

23 European Commission, ‘Growth; Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs’, http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility/index_en.htm, erişim tarihi: 28.04.2016.

yaygınlaştırmak, iş ortamında güven seviyesinin geliştirilmesini ve izlenmesini sağlamak, birlikte ve bireysel olarak yasal zeminin gelişmesini sağlamak, şirketlerin toplumsal ve çevresel duyarlılığına yönelik projelerine ait bilgilerin paylaşılmasını teşvik etmek, kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili eğitim, çalışma ve araştırmaların Avrupa Birliği içinde yaygınlaştırılmasını sağlamak, ulusal veya bölgesel bazda kurumsal sosyal sorumluluk politikalarının önemini vurgulamak ve konuya hem Avrupa Birliği hem de küresel bir biçimde yaklaşmak'.²⁴

Avrupa Birliği'nde kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili düzenlemelerin tarihsel gelişimi incelendiğinde, 2001 yılında yayınlanan 'Green Paper (Yeşil Kitap)' öncü rolü oynamaktadır. Avrupa Birliği 2001 yılında Green Paper (Yeşil Kitap)'ı yayınlamaya 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk için Avrupa Sisteminin Teşvik Edilmesi' konusu tartışmaya açmıştır. Green Paper (Yeşil Kitap) ile birlikte kurumsal sosyal sorumluluk tartışması Avrupa Birliğinde gündeme alınmış ve kurumsal sosyal sorumluluğun bir Avrupa sistemi çerçevesinde ele alınabilmesi için gerekli temeller atılmıştır. Daha sonra 2002 ve 2006 yılları arasında Avrupa Komisyonu kurumsal sosyal sorumluluk ile ilgili değerlendirme raporları yayınlamıştır. 2011 yılında ise kurumsal sosyal sorumluluğun önemi giderek anlaşılmış ve Avrupa Birliği 2011-2014 yıllarını kapsayan yeni bir strateji geliştirmiştir.

Kurumsal sosyal sorumluluk kavramı Avrupa Birliği'nde tartışmaya açıldıktan sonra çeşitli direktiflerle birlikte yasal zeminlerde de düzenlenmeye çalışılmıştır. Direktif 2006/43/EC ve 2013/34/EU'da bu konu kısaca yıllık finansal raporlar gibi raporlarda paylaşılması gereken bir bilgi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca hissedarların haklarına yönelik 2007/36/EC Direktifinde yapılacak yeni değişikliklerde kurumsal yatırımcılar ve varlık yöneticileri bakımından finansal olmayan bilgilerin yatırım kararları üzerindeki önemine vurgu yapılmıştır. Fakat konunun finansal piyasalardaki giderek artan sebebiyle kurumsal sosyal sorumluluk anlayışının ayrı, kendine ait bir direktifte yayınlanması gerektiği düşünülmüştür. Bu sebepten dolayı, 2014 yılında finansal olmayan bilgilerin açıklanmasına yönelik Direktif 2014/95/EU yayınlanarak, konu kendine ait bir yasal çerçeve de yeniden düzenlenmiştir. Aşağıda kurumsal sosyal sorumluluk direktifi olarak da adlandırılan 2014/95/EU Direktifi yenilikleriyle birlikte incelenecektir.

²⁴ European Commission, 'Growth; Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs', http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility/index_en.htm, erişim tarihi: 28.04.2016.

3.1 Finansal Olmayan Bilgilerin Paylaşılması-Direktif 2014/95/EU

Finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasına yönelik 2014/95/EU Direktifi 6 Aralık 2014 tarihinde, Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmiştir. Finansal olmayan bilgilerin yatırımcılar, hissedarlar ve en genel anlamda piyasa oyuncuları bakımından giderek artan önemi sebebiyle, yıllık finansal raporlar ve konsolide bilançolar gibi raporlarla ilgili düzenlemeleri içeren 2013/34/EU Direktifi gözden geçirilerek değiştirilmiş ve finansal olmayan bilgiler ile ilgili düzenlemeler dağınık yapısından kurtarılarak 2014/95/EU Direktifinde tek bir çatı altında toplanmıştır.

2014/95/EU Direktifinin temel amacı, Avrupa Birliği'nde belirli büyüklükte bulunan şirketlerin şeffaflık seviyesini, faydalı ve karar-alma mekanizmasında işe yarayacak finansal olmayan bilgiler bakımından da geliştirmeye çalışmaktır. Bu açıdan, Direktifin temel amacının anlaşılabilmesi için öncelikli olarak hangi şirketler bakımından finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasının zorunlu olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Direktifin birinci maddesinde bu sorunun cevabı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir yıl boyunca ortalama 500 kişiden fazla işçi çalıştıran kamuya yararlı büyük kuruluşlar (public-interest entities)²⁵, şirketin gelişimini, performansını, piyasalardaki pozisyonu, çevresel, sosyal ve işçilerle alakalı konuları, insan haklarına saygılı, yolsuzluk ve rüşvetle alakalı konuları da kapsayan finansal olmayan bilgiler raporunu faaliyet raporlarında açıklamak zorundadırlar.²⁶ Bunlara ek olarak, şirketin iş modeliyle alakalı özet bir açıklama, finansal olmayan bilgilerin açıklanmasında gerekli özenin gösterilmesine yönelik şirketin politika ve uygulamalarıyla alakalı kısa bir özet açıklama, bu tür politikaların şirket bakımından yararları ve bu politikaların uygulanması sebebiyle şirketin karşılaştığı riskler ve riskleri nasıl yöneteceğine dair bilgiler de yine

²⁵ PricewaterhouseCoopers (2014), Public Interest Entities, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/pwc-fact-sheet5-eu-audit-reform-definition-pie-june2014.pdf>, erişim tarihi 31.12.2016. *Kamu Yararlı Kuruluşlar (Public-Interest Entities) AB düzenlemelerinde şu şekilde sınıflandırılmıştır; a) AB mevzuatına tabi ve Borsada işlem gören bütün şirketler; b) Borsalarda işlem görüp görmediğine bakılmaksızın AB'deki bütün kredi kuruluşları; c) Bütün Sigorta Kuruluşları; d) Faaliyet konusu, büyüklüğü ve çalışan sayısı bakımından kamu yararlı kuruluşlar olarak AB ülkeleri tarafından oluşturulmuş diğer kuruluşlar.*

²⁶ Directive 2014/95/EU, Madde 1 (Article 1).

finansal olmayan bilgiler raporunda açıklanmalıdır.²⁷ Burada açıklığa kavuşturulması gereken diğer bir husus, kamuya yararlı büyük şirketler nasıl yorumlanmalıdır? Bu şirketlerin nasıl yorumlanması gerektiği yıllık finansal raporlar ve konsolide bilançolar gibi raporlarla ilgili düzenlemeleri içeren 2013/34/EU Direktifinin ikinci maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu ikinci maddeye göre herhangi bir Üye Ülke’de işlem görmesine izin verilen pay senetleri devredilebilen şirketler, kredi kuruluşları, sigorta şirketleri veya şirketin konusu, büyüklüğü veya çalışan kişi sayısı bakımından Üye Ülkeler tarafından kamuya yararlı kuruluş olarak kurulan bütün şirketler, 2014/95/EU birinci maddesi kapsamında belirtilen kamuya yararlı kuruluşlar olarak kabul edilmektedir.²⁸

Direktif ile ilgili sorulması gereken temel soru, finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasındaki raporlama özelliklerinin neler olduğunun anlaşılmasıdır. Diğer bir deyişle, hangi tür bilgilerin öncelikli olarak paylaşılması gerektiğinin bu Direktifte (2014/95/EU) düzenleme alanı bulunduğu tartışılmasıdır. 2014/95/EU sayılı Direktif genel olarak yukarıda açıklanan sınıflandırmaya tabi olan şirketlerin finansal olmayan bilgileri içeren çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim açıklık raporunu ister ayrı olarak isterse yıllık raporların içinde paylaşılması gerektiğini düzenlemektedir. Fakat yıllık rapordan ayrı olarak düzenlenecekse, ya şirketlerin yönetim raporlarında ya da bilançoların hazırlanmasını takip eden altı ay içinde şirketin internet sitesinde açıklanmalıdır.²⁹

Bu raporlarda açıklanması gereken bilgilere gelince, hangi bilgilerin finansal olmayan bilgiler başlığı altında açıklanacağı 2014/95/EU sayılı Direktifin birinci maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu bilgilerin başında çevresel meseleler gelmektedir. Şirket faaliyetlerinin anlık ve tahminsel olarak çevreye etkileri, sağlık ve güvenlik konuları, yenilenebilir enerjinin kullanım oranı, su kullanım oranı, hava kirliliğine olan etkiler ve sera gazı salınımına yönelik bilgiler bu minvalde açıklanması

²⁷ Directive 2014/95/EU, Madde 1 (Article 1) ve European Commission, Consultation Document: Non-Binding Guidelines for Reporting of Non-Financial Information by Companies, p.3, http://ec.europa.eu/finance/consultations/2016/non-financial-reporting-guidelines/docs/consultation-document_en.pdf, erişim tarihi: 08.06.2016.

²⁸ Directive 2013/34/EU, Madde 2 (Article 2).

²⁹ William Thomas and Annise Maguire, Changes Ahead for Corporate Sustainability Disclosures Following Publication of New EU Directive, Willkie Farr & Gallagher LLP, pp.2-4, http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2014/12/Changes_Ahead_for_Corporate_Sustainability_Disclosures_Following_Publication_of_New_EU_Directive.pdf, erişim tarihi: 08/06/2016.

gereken bilgiler olarak düzenlenmiştir. İkinci olarak sosyal ve personel ile ilgili konuları kapsayan bilgilerin açıklanması düzenlenmiştir. Özellikle cinsiyet eşitliği, yönetim kurulu üyelerinin oluşturulmasında çeşitliliğin sağlanması, sosyal sorumluluk projeleri, iş ortamında Uluslararası İş Örgütü Kararlarının ve İşçi Sendikası Haklarının uygulanması, sağlık ve güvenlik meseleleri gibi konuların paylaşılması beklenmektedir. Bunlara ek olarak insan hakları, özellikle insan haklarına saygı ve yolsuzluk ve rüşvet gibi meselelere yönelik şirketin tutumunu içeren bilgilerin de açıklanması düzenlenmiştir. Bu bilgiler, finansal olmayan bilgiler çerçevesinde beklenen minimum seviyedeki bilgilerdir.³⁰

Ayrıca şirketin iş modeli, şirketin tedarik zincirini de içeren gerekli özen yükümüne yönelik politikaları, bu politikaların getirileri, şirketin faaliyetleri sebebiyle karşılaştığı riskler, şirketin faaliyet konusuyla alakalı finansal olmayan anahtar performans göstergeleri yine 2014/95/EU sayılı Direktif çerçevesinde açıklanması gereken bilgiler olarak düzenlenmiştir.

Bu Direktifte kurumsal sosyal sorumluluk adı altında düzenlenen bilgilerin bir yıl boyunca ortalama 500 kişiden fazla işçi çalıştıran kamuya yararlı büyük şirketler tarafından açıklanacağını yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmiştik. Bu şirketlere ek olarak 2014/95/EU sayılı Direktifte değiştirilen 2013/43/EU sayılı Direktifin yirmi dokuzuncu maddesinde şirketler topluluğu bakımından da aynı bilgilerin açıklanması gerektiği düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, finansal bir yıl boyunca ortalama 500 kişiden fazla işçi çalıştıran kamu yararlı büyük aile şirketleri de yukarıda açıklanan bilgileri yavru şirketleri de kapsayacak şekilde konsolide yönetim raporlarında konsolide finansal olmayan bilgiler raporu şeklinde açıklamak zorundadırlar.³¹

Direktifin düzenlediği bilgileri inceledikten sonra, Direktifin usul şekli de kısaca gözden geçirilebilir. 2014/95/EU sayılı Direktifin gerek birinci maddesi gerekse de 2013/43/EU sayılı Direktifin değişen 29-a. maddesinde bu bilgilerin mutlak anlamda paylaşılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, yukarıda belirtilen kriterlere uyan şirketler, ya bu bilgileri belirtildiği gibi yıllık faaliyet raporlarında açıklayacaklar, ya da bilgilerin en az birini veya hepsini açıklamayacaklarsa bunun nedenini ayrıntılı ve açık bir şekilde konsolide finansal tablolarında belirteceklerdir.

³⁰ Directive 2014/95/EU, Madde 1 (Article 1).

³¹ 2014/95/EU sayılı Direktif, Madde 1 (Article 1) ve 2013/34/EU sayılı Direktif, Değişen Madde 29a.

Direktifin hükümleri Üye Ülkeler tarafından 6 Aralık 2016'ya kadar yürürlüğe konacaktır. 1 Ocak 2017 ya da 2017 mali yılı boyunca 2014/95/EU sayılı Direktifin birinci maddesinde istenen bilgiler Üye Devletlerde yukarıda belirtilen kriterlere uyan şirketler tarafından hazırlanıp kamuya açıklanacaktır.³² Ayrıca Avrupa Komisyonu 6 Aralık 2018 tarihine kadar Direktifin uygulanabilirliği, metotları ve etkileriyle alakalı hem Avrupa Meclisi'ne hem de Avrupa Konseyi'ne bir rapor hazırlayacak ve gerekirse eksik alanlar için yeni yasal hükümler getirilecek.³³

3.2 Analiz ve Tartışmalar

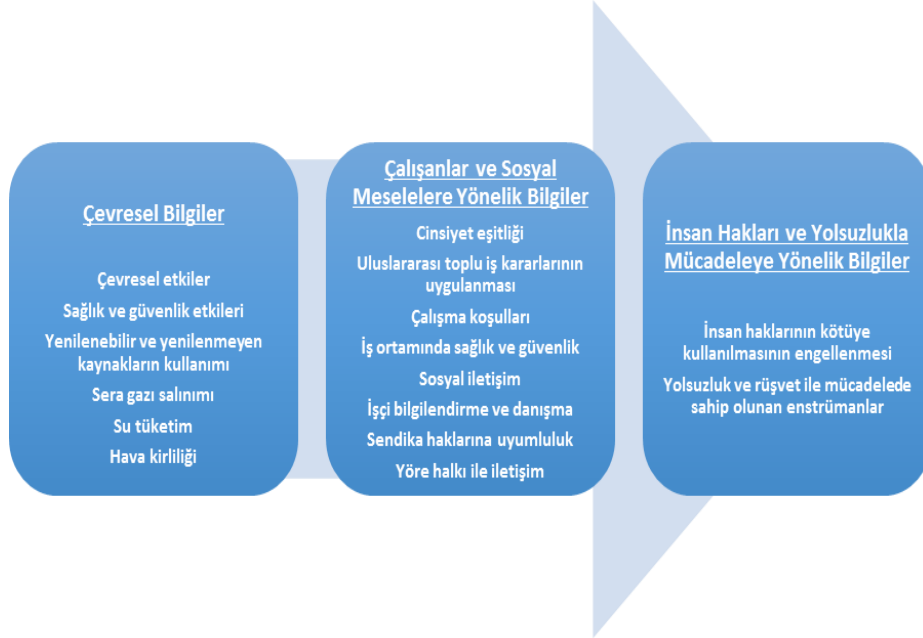
Yukarıda da ifade edildiği gibi, şirketlerin sosyal toplum üzerindeki pozitif etkilerini arttırmaya yönelik olarak aldığı sorumluluklar olarak tanımlanan kurumsal sosyal sorumluluk, şirketler, yatırımcılar ve en genel anlamda piyasalar bakımından bir çok avantajlar sağlamaktadır. Özellikle risk yönetimi, maliyet tasarrufu, ek kaynaklara ulaşma, yatırımcılarla ilişkiler, insan hakları yönetimi, uzun vadeli yatırımcılar ve yenilikçi şirketler yaratılması gibi avantajları, kurumsal sosyal sorumluluk uygulamasının kanun koyucuların radarına girmesine neden olmuştur. Bu bakımdan, gerek şirketler bakımından gerekse de yatırımcılar bakımından giderek önemini artırması sebebiyle yasal zeminlerde üzerinde durulması gereken bir konu haline gelmiştir.

AB bu tür düzenlemelerde öncü olarak kurumsal sosyal sorumluluk kavramının önemini anlamış ve bu konuda gerekli düzenlemeleri yaparak 2014/95/EU sayılı finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasına yönelik Direktifini yayınlamıştır. Daha önce yayınlanan 2013/50/EU Şeffaflık Direktifiyle birlikte finansal bilgilerin paylaşılmasına yönelik düzenlemeler yapılmış ve iyi bir raporlamaya yönelik gerekli yenilikler getirilmişti. Buna ek olarak 2014/95/EU finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasına yönelik Direktifin de kabul edilmesi, AB piyasalarında faaliyette bulunan şirketlerin şeffaflık seviyelerini istenen seviyelere getirmede önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir.

2014/95/EU sayılı Direktifle birlikte şirketlerin açıklaması gereken bilgiler bir tablo halinde getirilerek aşağıda gösterilebilir:

³² 2014/95/EU sayılı Direktif, Madde 4 (Article 4).

³³ 2014/95/EU sayılı Direktif, Madde 3 (Article 3).



Tablo I: Finansal Olmayan Bilgiler³⁴

2014/95/EU sayılı Direktif, AB'nin 2020 stratejisine (akıllı ve sürdürülebilir büyüme)³⁵ ulaşmasında bir sinyal olarak kabul edilebilir. AB'nin genel amacı, Avrupa'yı hem sosyal adaleti sağlayan hem de çevreyi koruyan bir ekonomik model geliştirerek uzun-dönem karlılıkları arttıran küresel bir lider haline getirmektir. Bu amaca giden yolda yüksek seviye bir şeffaflık olmazsa olmaz bir etkidir. Bu bakımdan finansal olmayan bilgilerin paylaşılması hem şirketlerin performansını hem de topluma olan katkılarını izleme, değerlendirme ve yönetme imkanı sağlamaktadır.

2014/95/EU sayılı Direktif, riskler ve fırsatları gösteren ileriye yönelik, karşılaştırılabilir ve gerekli olan bilgileri tam zamanında paylaşılmasını zorunlu hale getirerek yatırımcıların karar-alma mekanizmasında pozitif

³⁴ Tablo I'in oluşturulmasında Dr. Bernd Kasemir and Dr. Stephan Lienin, 'Impact of the EU Directive on Non-Financial Reporting', environmental leader, <http://www.environmentalleader.com/2015/08/06/impact-of-the-eu-directive-on-non-financial-reporting/>, erişim tarihi: 13.06.2016, kaynağından yararlanılmıştır.

³⁵ European Commission, Europe 2020, http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm, erişim tarihi: 14.06.2016.

katkıları sağlamaktadır. Küresel Sürdürülebilir Yatırım İttifakı'nın (GSIA)³⁶ verilerine göre 2013 yılında çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim bilgileri kullanılarak küresel bazda yaklaşık 12.9 trilyon Dolarlık yatırım yönetilmiştir.³⁷ Pazarın büyüklüğü değerlendirildiğinde AB'nin finansal olmayan bilgiler bakımından neden 2014/95/EU sayılı Direktifini yayınladığı anlaşılmaktadır.

Direktif, finansal olmayan bilgilerin paylaşılmasına yönelik gerekli düzenlemeleri içermektedir. Fakat genel anlamda Direktiften istenilen amacın gerçekleştirilebilmesi için üzerinde durulması gereken bir kaç konu dikkat çekmektedir. Öncelikli olarak hangi tür bilgilerin paylaşılacağı yukarıda Tablo 1'de gösterildiği gibi Direktifte düzenlenmiştir. Fakat istenilen bilgiler çok genel düzenlenmiştir. Teknik detayları azaltmak adına finansal olmayan bilgilerin sınıflandırılmasının daha dar kapsamda tutulması sağlanabilirdi. Böylelikle her türlü projenin sosyal sorumluluk projesi olarak adlandırılmasının önüne geçilir ve gerçekten de yatırımcıların karar-alma mekanizmasında pozitif etkiler sağlayacak bilgilerin paylaşılması sağlanabilirdi. İkinci olarak da cezai müeyyidelere değinmek gerekirdi. Direktifte hangi bilgilerin paylaşılacağına yönelik genel bilgiler yukarıda anlatıldığı gibi belirtilmiş, fakat bu istenilen bilgilerin paylaşılmaması durumunda tarafların hangi yaptırımlara maruz bırakılacağına dair bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu yüzden, bu bilgilerin mutlak anlamda piyasada paylaşılması için Direktifin caydırıcılık özelliğinin de ön plana çıkartılması gerekmektedir.

Genel olarak bu Direktifin şirketlerin finansal olmayan performanslarının ölçülebilmesi ve değerlendirilebilmesi için bir fırsat olduğu kabul edilebilir. Henüz gelişimini tam olarak tamamlamaması sebebiyle zamanla finansal olmayan bilgilerin raporlanma kalitesi artacak ve Direktif ile arzu edilen amaç gerçekleşebilecektir.

4. TÜRKİYE'DE FİNANSAL OLMAYAN BİLGİLERİN PAYLAŞILMASI VE MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

Geçmiş yıllarda tanık olduğumuz şirket skandalları ve finansal krizler, küresel piyasaların değişen koşullara ayak uydurması gerekliliğini ortaya

³⁶ Global Sustainable Investment Alliance (GSIA), <http://www.gsi-alliance.org>, erişim tarihi: 14.06.2016.

³⁷ Global Sustainable Investment Alliance (GSIA), 2014 Global Sustainable Investment Review, http://www.gsi-alliance.org/wp-content/uploads/2015/02/GSIA_Review_download.pdf, erişim tarihi: 14.06.2016.

koymuştur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin hem bu yüksek rekabet ortamında yatırımcılar bakımından yer bulmaları hem de piyasalarda şirketlerin illegal faaliyetlerine maruz kalmamaları için, uluslararası ticaret standartlarını baz alarak yasal zeminlerini güncelleme zorunluluğunu bir kez daha gündeme getirmiştir.

Güçlü bir hukuki yapı ve bunun ekonomiye olan pozitif katkıları doktrindeki tartışmalardan bir tanesidir. Henüz bu konuda farklı varyasyonların olması sebebiyle mutlak anlamda bir fikir birliği sağlanamamıştır. Fakat gelişmekte olan ülkelerde yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin o ülkelerdeki etkileri bu konunun belirli noktalarda anlaşılmasına yardımcı olabilir. Örneğin 2001 yılında Türkiye İmar Bankası skandalıyla birlikte çok ağır bedeller ödemek zorunda kalmıştır. Sermayenin büyük bir oranı bir anda ülkeden çekilmiş, ülkeye sermaye girişleri durmuş, ülkenin kendi parası değerini kaybetmiş, enflasyon oranları %40-%50'lere ulaşmış, gecelik faiz oranları astronomik değerler olan %6200'lere dayanmış ve bir çok kişi işten çıkartılmak zorunda kalmıştır.³⁸ Bu sonuçlar bakımından bir değerlendirme yapıldığında Türkiye'nin yakın tarihindeki en büyük ekonomik krize maruz kaldığı söylenebilir.

Her ne kadar Türkiye bu krizle birlikte ağır bir takım yaptırımlara maruz kalsa da, bazı dersler alarak 2003 ve 2015 yılları arasında ekonomik dönüşüm sürecini başlatmıştır. Elbette bu dönüşüm sürecinde Türkiye'nin AB'ye olan adaylığının etkileri de göz ardı edilemez. Bu süreçte öncelikli olarak daha sıkı kural ve düzenlemeler kabul edilmiş, AB müzakereleri hızlandırılmış, kamu harcamaları dengelenmiş, özelleştirmelere öncelik verilmiş ve bu reform hareketleri sonucunda Türkiye yıllık ortalama %6 büyüme oranı yakalayarak 2002-2012 yılları arasında yıllık 800 milyar Dolar gelir ile dünyanın en büyük on yedinci ekonomisi olma başarısını göstermiştir.³⁹

Bunlara ek olarak güçlü bir finansal yapıya sahip olabilmek için kurumsal yönetim anlayışının farkına varılmış ve bu alanlarda çeşitli reformlar yapılarak Türkiye'deki finansal piyasalar rekabetçi bir yapıya büründürülmeye çalışılmıştır. Özellikle birçok Avrupa Birliği standartlarını benimseyen 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle

³⁸ E. Uygur (2001), '*Krizden Krize Türkiye: 2000 Kasım ve 2001 Şubat Krizleri*', (Istanbul-Turkish Economy Institutions), s.23.

³⁹ Naki Bakır, 'Türkiye 2014 yılında 16'ncı büyük ekonomi olmaya aday', <http://www.dunya.com/ekonomi/ekonomi-politikalari/turkiye-2014-yilinda-16nci-buyuk-ekonomi-olmaya-aday-205507h.htm>, erişim tarihi: 27.06.2016.

birlikte iş ve ticari hayat yeniden tanımlanarak, Türkiye'nin küresel piyasalarda şeffaflık, hesap verilebilirlik ve güvenilirlik açısından rekabetçi seviyesinin artmasına yardımcı olacak bir modern görünüş sağlanması hedeflenmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği'ne adaylık sürecince Türkiye'nin karşına getirilen engeller de azaltılmaya çalışılmıştır.

Türkiye, kurumsal yönetim yapısı bakımından merkeziyetçi bir yapıya sahiptir. Şirketler genelde aile şirketi olarak kurulmuş ve hisselerin %45-%75 oranındaki büyük çoğunluğu aileler tarafından alınmıştır.⁴⁰ Şirketlerin yönetimi aile kontrollü gruplar tarafından piramitsel bir yapıda gerçekleşmektedir. Dışarıdan profesyonel yöneticiler atanmasına rağmen, aile üyeleri yoğun bir şekilde şirketin günlük rutin işleri de dahil olmak üzere, karar-alma sürecinde etkili bir rol oynamaktadırlar.⁴¹ Aile şirketlerinin yanında Devlet de uzun bir süre Türkiye'deki şirket yapıları üzerinde önemli bir kontrol gücüne sahipti. Diğer bir ifadeyle, hükümet, şirketlerdeki ana hissedardı ve kaynak dağılımı Devlet kontrolünde gerçekleşmekteydi. Fakat, son zamanlarda yapılan TÜPRAŞ ve Türk Telekom gibi bir takım özelleştirmeler neticesinde artık Devletin piyasalardaki kontrolü azaltılmaya başlamıştır.⁴²

Kurumsal yönetim ve şirketlerin yönetim kurulları yapısı arasında doğrudan bir ilişki vardır. 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu incelendiğinde bu konuda birçok önemli değişiklikler yapıldığı gözlemlenmektedir. Örneğin yeni Kanun'a göre, anonim şirketlerde yönetim kurulu, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş en az bir üyenin varlığı ile kurulabilir hale getirilmiştir.⁴³ Böylelikle, yönetim kurulunun en az üç üye tarafından kurulmak zorunda olduğu prensibi terkedilmiştir. Bunun yanında, gerçek veya tüzel kişiler anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesi olarak atanabilirler. Ancak, bir tüzel kişilik, yönetim kuruluna üye olarak atanacak ise, onunla birlikte tüzel kişi tarafından belirlenecek, yönetim kurulu

40 S. Altuğ ve A. Filiztekin (2006), *The Turkish Economy the Real Economy, Corporate Governance and Reform*, (London-Routledge Studies in Middle Eastern Economies), s.180.

41 G. Gursoy ve K. Aydoğan (2002), 'Equity Ownership Structure, Risk Taking, and Performance: An Empirical Investigation in Turkish Listed Companies', 38 Emerging Markets Finance & Trade 6, ss.6-25, s.10, Abuzer Kendigelen (2011), *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (XII Levha Yayıncılık/İstanbul), s.217, 227-228.

42 Narbay ve Sönmez, s.23.

43 6102 sayılı TTK, md.359/1.

toplantılarına katılıp, tüzel kişilik adına oy kullanacak ve diğer görevleri ifa edecek, bir gerçek kişinin de ticaret siciline tescili ve ilanı zaruridir.⁴⁴ Yönetim kurulu, Anglo-American Kurumsal Yönetim Modeline benzemektedir.⁴⁵ Diğer bir ifadeyle tek hatlı (single-tier) olarak düzenlenmiştir. Üyelerin görev süresi en çok üç yıl olarak belirlenmiştir ve her üç yılın sonunda ortaklığın devam etmesini isteyen pay sahipleri, genel kurulu toplantıya çağırılmalı ve burada yeni yönetim kurulunun seçilmesini istemelilerdir.⁴⁶ Yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri ayrıntılı bir şekilde Kanun'da düzenlenmiştir ve şu şekilde sıralanabilir:

“(a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi; (b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi; (c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması; (d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları; (e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi; (f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi; (g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması”.⁴⁷

6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu kurumsal yönetim ilkeleri bakımından incelendiğinde, Kanunda bağımsız, detaylı, ayrı bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bunun yerine bu ilkeler, Kanunun çeşitli maddelerine serpiştirilerek uygulamada düzenlenmeye çalışılmıştır.⁴⁸ Kurumsal yönetim ile ilgili en açık düzenleme kanununun 1529'uncu maddesidir.⁴⁹ Bu düzenlemeye göre, halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecektir. O yüzden kurumsal

44 6102 sayılı TTK, md.359/2.

45 Sonmez & Yıldırım (2015), s. 26.

46 6102 sayılı TTK, md.362.

47 6102 sayılı TTK, md.375/1.

48 Cafer Eminoğlu (2014), *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim*, (XII Levha Yayıncılık-İstanbul), s.65.

49 6102 sayılı TTK, md.1529.

yönetim ile ilgili mevzuat incelenirken 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun Tebliği de göz ardı edilmemelidir.

Kurumsal yönetimin dört temel ilkeden oluştuğunu yukarıdaki açıklamalarda ifade edilmişti. Kısaca tekrar hatırlatırsak 'adillik, şeffaflık, hesap verilebilirlik ve güvenilirlik' kurumsal yönetimin dört temel lokomotifidir. Finansal olmayan bilgilerin paylaşılması şeffaflık ilkesinin bir gereğidir. O yüzden bu çalışmada Türkiye'de kurumsal yönetim yapısı ile ilgili mevzuat yalnızca şeffaflık ilkesi perspektifinde değerlendirilecektir.

Şeffaflık ilkesinin mevzuatta etkili bir şekilde düzenlenebilmesi için kanun-koyucuların çeşitli kriterleri göz önünde bulundurmaları gerekir. Bu konuyla alakalı doktrinde Türkiye'deki mevzuatı bu kapsamda değerlendiren çeşitli çalışmalar mevcuttur.⁵⁰

Türkiye geliştirmekte olan bir ülke olarak şeffaflık prensibinin finansal piyasalardaki önemini anlamış ve bu konuda hem ticaret hukukunda hem de sermaye piyasası hukukunda çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Türkiye'de şeffaflık ile ilgili genel düzenlemeleri içeren mevzuatı bir tablo halinde aşağıda gösterebiliriz:

Alan	Yasal Düzenlemeler	Ana Konular
Sermaye Piyasası Hukuku	6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu	Madde 1: Amaç
		Madde 14, 15, 17, 32: Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Esaslar
		Madde 62, 63: Bağımsız Denetim
		Madde 70, 87: Sermaye Piyasalarında Borsalar
	Madde 106, 107, 111, 112: Sermaye Piyasası Suçları	
		Madde 5: Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği Seri: VIII, No: 54

⁵⁰ Sönmez, s.175, Eminoğlu (2014), Cüneyt Yüksel, Recent Developments in Corporate Governance in the Global Economy and the New Turkish Commercial Draft Law Reforms, Sayı 3 Journal of Commercial Law and Technology (2008), s.108.

	Sermaye Piyasası Kurumu Tebliği ve İlanları	Madde 6, 7: Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği II-14/1 No: 28676
		Ek 1 Bölüm 2: Kurumsal Yönetim Tebliği II-17/1 No: 28871
		Madde 1, 5, 8, 9: Özel Durumlar Tebliği II-15/1 No: 28891
Şirketler Hukuku	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu	Madde 1524, 1527: Elektronik İşlemler ve Bilgi Toplumu Hizmetleri
		Madde 64, 375: Ticari Defterler
		Madde 378 (1), 398 (4): Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi
		Madde 399, 400, 402: Bağımsız Denetim Sistemi
		Madde 392, 437: Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı
		Madde 514, 515, 516: Şirketin Finansal Tabloları

Tablo II: Türk Hukukunda Şeffaflık Düzenlemelerine Genel Bir Bakış⁵¹

Yukarıda tabloda belirtilen düzenlemeler incelendiğinde Türkiye’de şeffaflık prensibinin yalnızca finansal bilgilerin paylaşılması üzerinde yoğunlaştığı söylenebilir. Çünkü yapılan incelemelerde finansal olmayan

⁵¹ Narbay ve Sönmez, s.27.

bilgilerin paylaşılması, diğer bir ifadeyle kurumsal sosyal sorumluluk projeleriyle ilgili bir kanuni düzenlemeye rastlanmamıştır. Bu bilgiler ışığında, Türkiye’de finansal olmayan bilgilerin ve kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin paylaşılmasının gönüllük esasına dayandığı söylenebilir.

Bu konuda kamuoyu tarafından bilinen bazı şirketlerin yapmış olduğu projeler sosyal sorumluluk kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin Eczacıbaşı son altı yıldır 7-11 yaş aralığındaki çocukları hedef alarak özellikle ipek tuvalet kağıdı kullanımına yönelik kişisel hijyen kursları düzenlemiş ve toplamda 4.3 milyon öğrenciye ulaşmıştır. Bu projeye Türkiye’de sağlık standartlarının geliştirilmesi ve toplumun bu konuda bilinçlendirilmesi amaçlanmıştır. Sunjut firması elektrik enerjisi ihtiyacının bir bölümünü rüzgar enerjisinden temin ederek yenilenebilir enerji kullanımına ağırlık vermiştir. Böylelikle Türkiye’de yenilenebilir enerji kullanımı konusunda öncü olarak bu konuda diğer firmaların önünü açmıştır. Yine Aygaz firması, ilkökul öğrencilerine yangın, deprem, trafik ve ilkyardım konularında eğitim seminerleri düzenlemiş ve ‘Aygaz Ev Kazalarına Karşı Uyarıyor’ kampanyası ile toplumda bu konudaki farkındalıkları arttırmayı amaçlamıştır.⁵² Yine bu konuda yapılan sosyal sorumluluk projeleri kapsamında Sivil Toplum Kuruluşları tarafından ödüle layık görülen şirketler olmuştur. Turkcell’in Kardelenler Projesi, Opet’in Temiz Tuvaletler Projesi, McDonald’s Çocuk Vakfı Projesi Halkla İlişkiler Derneği, Active Academy, CNBC-E gibi kuruluşlar tarafından ödüllendirilmiştir.⁵³

Yukarıdaki açıklamalarda ifade edildiği üzere kurumsal sosyal sorumluluk hem finansal piyasalar hem de şirketler bakımından çok önemli avantajlar sağlamaktadır. Fakat Türkiye’de bu konuda mevzuatta bir takım boşluklar olduğu söylenebilir. Sivil Toplum Kuruluşları çeşitli ödül veya bonuslar ile bu konunun Türkiye’de daha yaygın hale getirilmesini amaçlamaktadır. Fakat Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde bu konunun vicdanlara bırakılması bu konunun şirketler bazında yaygınlaştırılabilmesi için istenen sonuçlara ulaşılmasını engelleyebilir. Avrupa Birliği’ne aday konumunda olan Türkiye’nin en kısa zamanda AB’de olduğu gibi ayrı bir

⁵² Ceyhun Göcenoğlu ve Işıl Onan (2013), ‘Türkiye’de Kurumsal Sosyal Sorumluluk Değerlendirme Raporu’, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, http://csrturkey.org/wp-content/uploads/2013/03/CSR_Report_in_Turkish.pdf, erişim tarihi: 29.06.2016, s.9-10.

⁵³ Göcenoğlu ve Onan, s.32.

düzenlemeye gitmesi, kurumsal yönetim için bahsedilen avantajlardan yararlanabilmek için kaçınılmaz olacaktır.

4.1 Analiz ve Tartışmalar

Finansal piyasalar küresel bazda incelendiğinde bu yoğun rekabet ortamında şirketlerin amatör yönetim anlayışından vazgeçerek daha profesyonel bir yaklaşım belirleme eğiliminde oldukları gözlemlenebilir. Bu eğilim sürecinde de kurumsal yönetim kavramı kendini ön plana çıkarmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu acımasız rekabet ortamında hayatta kalmak isteyen şirketler bir şekilde bu kurumsal yönetim yapısını kendi şirketlerinde uygulamak için gerekli hassasiyeti göstermek zorundadırlar.

Kurumsal yönetim anlayışında şeffaflık prensibi diğer ilkeler arasında ön plana çıkarak başarıya giden yolda bir anahtar olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden şirketleri başarısı ve piyasaların şeffaflık seviyesi arasında doğrudan bir ilişki olduğu iddia edilebilir. Burada sorulması gereken soru, şeffaflık seviyesinin istenilen seviyelere getirilebilmesi için neler yapılmalıdır?

Şeffaflık, genel anlamda doğru bilgilerin, doğru yer ve zamanda paylaşılması olarak ifade edilebilir. Bilgiler ise ikili bir sınıflandırmaya tabidir; finansal bilgiler ve finansal olmayan bilgiler. Türkiye'deki şeffaflık seviyesi incelendiğinde hem 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu'nda hem de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda finansal bilgilerin paylaşılmasına yönelik düzenlemelerin mevcut olduğu gözlemlenmiştir. Fakat finansal olmayan bilgilerin paylaşılması ve bu anlamda sosyal sorumluluk projelerinin teşvik edilmesine yönelik doğrudan bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bu konu ya şirketlerin vicdanına bırakılarak gönüllülük esasını benimsenmiş ya da diğer bazı kanunlarda dolaylı yoldan değinilmiştir. Örneğin 4375 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun yedinci maddesinde üçüncü kişilerin güvenliğine yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun üçüncü kısmında kurumsal yönetim düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere kurumsal sosyal sorumluluk kavramının kanunlarda esas olarak düzenlenmemesi veya değişik kanunlarda atıflarda bulunulması konunun piyasalarda etkili bir şekilde uygulamasını engellemektedir. Özellikle kurumsal sosyal sorumluluk kavramının tanımlanmaması ve hangi tür projelerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik kriterlerin belirlenmemesi, gönüllülük esasına bırakılan Türkiye'de bu konudan beklenen sonuçların elde edilememesine neden olacaktır. Şirketlerin güvenilirliğinin artırılması, piyasadaki spekülasyonların azaltılması, gerek sosyal gerekse de çevresel problemlere devlet eli dışında çözüm

sağlanabilmesi için, kurumsal sosyal sorumluluk konusu AB’de olduğu gibi mevzuatta yerini almak zorundadır. Aksi takdirde Türkiye ekonomisi 2002-2014 yılları arasında yabancı yatırımcılar bakımından yakalamış olduğu ivmeyi kaybedebilir.

5. SONUÇ

Günümüz küreselleşen finans dünyasında şirketler giderek güçlerini arttırmaktadırlar. Hatta Coka Cola, Microsoft, Apple ve Samsung gibi uluslararası şirketlerin, çoğu gelişmekte olan ülkelerle, gerek ekonomik anlamda gerekse topluma verdikleri etkiler bakımından yarışacak seviyeye ulaştıkları gözlemlenebilir. Şirketlerin sahip olduğu bu güç kontrol altına alınmalıdır. Aksi takdirde bu güç, hem sınırların ortadan kalktığı finansal piyasalarda hem de çevresel konularda çok ağır sonuçlarla karşılaşılmasına neden olabilir. Burada sorulması gereken soru, şirketlerin bu gücünün kontrol altına alınarak korkulan senaryolarla karşılaşılmasına veya minimum seviyelere indirilmesi için gerekli olan anahtar faktör nedir?

Bu noktada, etkili bir kurumsal yönetim yapısının finansal piyasalarda daha yaygın bir şekilde uygulanarak profesyonel bir yönetim anlayışının benimsenmesi, şirketlerin kontrolsüz güçlerinin dengelenmesinde belirleyici bir rol oynayabileceği savunulabilir. Kurumsal yönetim, bir şirkette veya bir işletmede, bütün çalışanlar arasında dengelerin gözetildiği, ana amaçların, hakların ve sorumlulukların belirlendiği, şirketlerde veya işletmelerde ortak çıkarların korunduğu ve en geniş anlamda finansal ve ekonomik performansın artırılmasının amaçlandığı bir sistem veya stratejidir. Şeffaflık, hesap verilebilirlik, adillik ve sorumluluk olmak üzere dört temel ilkeden oluşmaktadır. Şeffaflık, diğer prensipler arasında en önemlisi olarak kabul edilebilir; çünkü şeffaflık olmadan diğer ilkelerin uygulama alanı imkansız hale gelir. Bu yüzden kurumsal yönetimin başarısının altında yatan temel neden yüksek seviye bir şeffaflık prensibinin benimsenmesidir.

Şeffaflık, doğru bilgilerin, doğru yer, doğru format ve doğru zamanda paylaşılması olarak ifade edilir. Yüksek seviye bir şeffaflık düzeyine sahip olabilmek için paylaşılması gereken bilgiler ikili bir ayırımı tabi tutulmalıdır; finansal bilgiler ve finansal olmayan bilgiler. Bu çalışmada yalnızca finansal olmayan bilgilerin kurumsal sosyal sorumluluk perspektifinde şirketlerin güçlerini kontrol altına almada ne derece başarılı olduğu ve bu teorinin yasal zeminlerde pratiğe dönüştürülmesinde AB’nin ve Türkiye’nin ne derece başarılı oldukları analiz edilmiştir.

Kurumsal sosyal sorumluluk, teşebbüslerin toplum üzerinde pozitif katkılar sağlayabilmek için sahip oldukları sorumluluk anlayışı olarak kabul

edilebilir. Yeni bir konu olması sebebiyle doktrinde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmada kurumsal sosyal sorumluluğun avantajları-dezavantajları ve hukuki anlamda bu konuyla ilgili yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Ulaşılan bulgular çerçevesinde kurumsal sosyal sorumluluğun avantajları şu şekilde sıralanabilir; hem ulusal hem uluslararası yatırımcıların sayısını artırır, böylelikle şirketin uzun dönem karlılığına pozitif katkılar sağlar; çalışanların iş süreçlerindeki performanslarını artırır, bu sayede ürünlerin kalitesini geliştirerek hem şirketlerin marka değerine pozitif katkılar sağlar hem de şirketlerin küresel bazda rekabet gücünü artırır; bunlara ek olarak çevrenin korunmasına, insan haklarına özen gösterilmesine ve sivil toplum örgütleriyle iyi ilişkiler kurulmasına yardımcı olur. Fakat bir takım negatif etkilere neden olduğu gözlemlenmiştir. Bu negatif etkiler ise, ek maliyetler, rekabetin çok veya az olduğu piyasalarda yaygınlaştıramama ve şeffaflık prensibi çerçevesinde bu tür bilgilerin açıklanmasının ek külfetlere neden olması olarak tartışılmıştır.

Bu çalışmada bu negatif etkiler avantajlar bakımından değerlendirilmiş ve etkili bir kurumsal sosyal sorumluluk projesinin birer birer bu negatif etkileri katlanabilir boyutlara taşıyabileceği tartışılmıştır. Bu yüzden kurumsal sosyal sorumluluk, şirketlerin piyasadaki karanlık veya şeytani yönleri ile mücadelede etkili bir strateji olarak kabul edilebilir.

Bu çalışmada ayrıca kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin yasal zeminlerde zorunlu bir şekilde düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği üzerinde durulmuş ve bu konuda hem AB hem de Türk hukuk sistemleri incelenmiştir.

AB kurumsal sosyal sorumluluğun finansal piyasalardaki önemini anlayarak 2014 yılında 2014/95/EU sayılı Direktifi yayınlamaya bu tür projelerin belirli büyüklükteki şirketler bakımından zorunlu olmasını düzenlemiştir. Bu direktifin güçlü yanları olarak kurumsal sosyal sorumluluğun tanımlanması, hangi projelerin veya hangi konuların bu kapsamda düzenlenmesine yönelik kriterlerin belirlenmesi ve yalnızca belirli büyüklükteki şirketler tarafından uygulanmasının zorunlu olması gösterilebilir. Fakat genel anlamda Direktiften istenilen amacın gerçekleştirilebilmesi için üzerinde durulması gereken bir kaç konu dikkat çekmektedir. Öncelikli olarak hangi tür bilgilerin paylaşılacağı yukarıda Tablo I'de gösterildiği gibi Direktifte düzenlenmiştir. Fakat istenilen bilgiler çok genel düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemelerin daha net bir şekilde anlaşılabilmesi için, finansal olmayan bilgilerin sınıflandırılması daha dar kapsamda tutulabilir. Böylelikle her türlü projenin sosyal sorumluluk projesi

olarak adlandırılmasının önüne geçilir ve gerçekten de yatırımcıların karar alma mekanizmasında pozitif etkiler oluşturacak bilgilerin paylaşılması sağlanabilir. İkinci olarak da cezai müeyyideler konusu caydırıcılık etkisi bakımından yeterince düzenlenememiştir. Direktifte hangi bilgilerin paylaşılacağına yönelik genel bilgiler yukarıda anlatıldığı gibi belirtilmiş, fakat bu istenilen bilgilerin paylaşılmaması durumunda tarafların hangi yaptırımlara maruz bırakılacağına dair bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu yüzden, bu bilgilerin mutlak anlamda piyasada paylaşılması için Direktifin caydırıcılık özelliğinin de ön plana çıkartılması gerekmektedir.

AB'ye aday ülke konumundaki Türkiye'deki düzenlemeler hem 6102 sayılı yeni Ticaret Kanunu hem de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ise finansal olmayan bilgilerin paylaşılması ve bu anlamda sosyal sorumluluk projelerinin teşvik edilmesine yönelik doğrudan bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Türkiye'de sosyal sorumluluk sadece 4375 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gibi bazı kanunlarda dolaylı olarak düzenlemiş ve yalnızca konunun önemini anlayan bazı şirketler tarafından gönüllülük esas çerçevesinde yerine getirilmektedir. Kurumsal sosyal sorumluluk kavramının kanunlarda esas olarak düzenlenmemesi veya değişik kanunlarda atıflarda bulunulması konunun piyasalarda etkili bir şekilde uygulamasını engellemektedir. Özellikle kurumsal sosyal sorumluluk kavramının tanımlanmaması ve hangi tür projelerin bu kapsamda değerlendirileceğine yönelik kriterlerin belirlenmemesi, gönüllülük esasına bırakılan Türkiye'de bu konudan beklenen sonuçların elde edilmesine engel olmaktadır.

Sonuç olarak kurumsal sosyal sorumluluk, çevresel ve sosyal meselelere olan duyarlılığın artırılması, çalışanlara insan hakları çerçevesinde bir iş ortamı sağlaması gibi etkileri göz önüne alındığında, şirketlerin yukarıda bahsedilen negatif etkilerinin pozitif etkilere dönüştürülmesinde çok önemli roller üstlenmektedir. Bu bakımdan finansal piyasaların etkili bir şekilde işletilebilmesinde kurumsal sosyal sorumluluk projelerinin belirli büyüklükteki şirketler tarafından yaygınlaştırılması gerekli görülmektedir. Bu çalışmada kurumsal sosyal sorumluluğun başarısının artırılmasında üç kriterin anahtar bir rol oynadığı gözlemlenmiştir; a) evrensel bir tanımının yapılması; b) yasal zeminlerde en azından belirli büyüklükteki şirketler bakımından bağlayıcı bir şekilde düzenlenmesi; c) yetkili otoriteler tarafından denetim ve rehberlik hizmetinin verilmesi.

KAYNAKÇA

- Altuğ S. ve Filiztekin A., *The Turkish Economy the Real Economy, Corporate Governance and Reform*, (London-Routledge Studies in Middle Eastern Economies), 2006.
- Bakır N., 'Türkiye 2014 yılında 16'ncı büyük ekonomi olmaya aday', <http://www.dunya.com/ekonomi/ekonomi-politikalari/turkiye-2014-yilinda-16nci-buyuk-ekonomi-olmaya-aday-205507h.htm>, erişim tarihi: 27.06.2016, 2014.
- Black B.S., 'The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets', 48 the UCLA Law Review 781, 2001.
- Boeger N, Murray R and Villiers C, '*Perspective on Corporate Social Responsibility*', (Edward Elgar Cheltenham UK-Northampton USA/2008).
- Campbell J. L., 'Why Would Corporations Behave In Socially Responsible Ways? An Institutional Theory of Corporate Social Responsibility', *Academy of Management Review*, Vol.32 No: 3, 946-967, 2007.
- Canbaloglu A. N., 'Finans Sektöründe Kamunun Aydınlatılması ve Türkiye'deki Uygulaması, (Transparency in Financial Markets and It's implementation in Turkey), Published Dissertation in Ankara University, available at <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/5958/>, erişim tarihi: 21.06.2016, 2011.
- Crowther D. & Aras G., '*Corporate Social Responsibility*', (Ventus Publishing ApS/2008).
- Dr. Kasemir B. and Dr. Lienin S., 'Impact of the EU Directive on Non-Financial Reporting', environmental leader, <http://www.environmentalleader.com/2015/08/06/impact-of-the-eu-directive-on-non-financial-reporting/>, erişim tarihi: 13.06.2016, 2015.
- Eminoğlu C., '*Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim*', (XII Levha Yayıncılık-İstanbul), 2014.
- European Commission, A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:en:PDF>, erişim tarihi: 21.06.2016, 2011.
- European Commission, 'Growth; Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs', http://ec.europa.eu/growth/industry/corporate-social-responsibility/index_en.htm, erişim tarihi: 28.04.2016.

European Commission, Banking and Finance-Non-Financial Reporting, http://ec.europa.eu/finance/company-reporting/non-financial_reporting/index_en.htm, erişim 22/04/2016.

European Commission, Consultation Document: Non-Binding Guidelines for Reporting of Non-Financial Information by Companies, http://ec.europa.eu/finance/consultations/2016/non-financial-reporting-guidelines/docs/consultation-document_en.pdf, erişim tarihi: 21.06.2016.

European Commission, Europe 2020, http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm, erişim tarihi: 14.06.2016.

Global Sustainable Investment Alliance (GSIA), 2014 Global Sustainable Investment Review, http://www.gsi-alliance.org/wp-content/uploads/2015/02/GSIA_Review_download.pdf, erişim tarihi: 14.06.2016.

Göçenoğlu C. ve Onan I., 'Türkiye'de Kurumsal Sosyal Sorumluluk Değerlendirme Raporu', Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, http://csrturkey.org/wpcontent/uploads/2013/03/CSR_Report_in_Turkish.pdf, erişim tarihi: 29.06.2016, 2013.

Gompers A. Paul, Ishii L. Joy and Metrick A, 'Corporate Governance and [1]Equity Prices', Sayı 118, Quarterly Journal of Economics, 2003.

Gursoy G. ve Aydoğan K., 'Equity Ownership Structure, Risk Taking, and Performance: An Empirical Investigation in Turkish Listed Companies', 38 Emerging Markets Finance & Trade 6, 2002, s.6-25,

Jerome N., Application of the Maslow's Hierarchy of Need Theory; Impacts and Implications on Organizational Culture, Human Resource and Employee's Performance, International Journal of Business and Management Invention Vol.2 Issue 3, 2013, 39-45.

Kendigelen A., *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (XII Levha Yayıncılık/İstanbul), 2011.

Narbay S. ve Sönmez M, Kurumsal Yönetimde Şeffaflık ve Türk Ticaret Hukukundaki Uygulamaları, Sayı 18 World of Accounting Science, Special Issue, 2016, s.369-417.

Paslı A, *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2004.

Pulaşlı H, *Corporate Governance-Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara, 2003.

Sonmez M, 'The Role of Better Transparency Law in Corporate Governance and Financial Markets, and Its Practicability in Legal Systems:

A Comparative Study Between the EU and Turkey’, (Doctoral thesis, Durham University) 2014.

Sonmez M. & Yıldırım S., ‘A Theoretical Aspect on Corporate Governancfe and Its Fundamental Problems: Is It a Cure or Another Problem in the Financial Markets?’, *Journal of Business Law and Ethics* Vol.3 No: 1, 2015, 20-35.

Şener H. O., *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, (Seçkin Yayıncılık-Ankara), 2015.

Thomas W. and Maguire A, ‘Changes Ahead for Corporate Sustainability Disclosures Following Publication of New EU Directive’, Willkie Farr & Gallagher LLP, http://www.willkie.com/~/_media/Files/Publications/2014/12/Changes_Ahead_for_Corporate_Sustainability_Disclosures_Following_Publication_of_New_EU_Directive.pdf, erişim tarihi: 08/06/2016, 2014.

Türkiye Sosyal Sorumluluk Derneği, ‘Siyasi Tarih ve KSS’, Makaleler, <http://kssd.org/wp-content/uploads/2013/04/siyasitarihvekss.pdf>, erişim tarihi: 21.06.2016.

Türkiye Sosyal Sorumluluk Derneği, KSS Nedir?, <http://kssd.org/kss/kss-nedir/>, erişim tarihi: 21.06.2016.

Uygun E., ‘*Krizden Krize Türkiye: 2000 Kasım ve 2001 Şubat Krizleri*’, (Istanbul-Turkish Economy Institutions), 2001.

Ünal A.C, ‘Kurumsal Yönetimin Teorisi, İlkeleri ve Uygulamaya Yansıması, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*’, Cilt 1 Sayı 1, 2015, s. 403-441.

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRKİYE'DE YABANCI SERMAYE MEVZUATI

*Arş. Gör. Dr. İrem TÖRE**

Özet

Yabancı sermaye Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerin kalkınma finansmanına önemli rol oynamaktadır. Türkiye'de tarihsel gelişim incelendiğinde, yabancı sermaye uzun bir geçmişe sahiptir. Bu çalışma Türkiye'de yabancı sermaye mevzuatını tarihsel bakış açısı ile Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemi, Cumhuriyet Dönemi ve 1980 sonrası dönem şeklinde bir ayrıma gidilerek incelenmiştir. Çünkü bu süreçler içinde olup bitenler bilinmeden Türkiye'de yabancı sermayeye yönelik hukuki düzenlemelerin değerlendirilmesi mümkün değildir. Yabancı sermaye Türkiye'de 1980'lere kadar önemli bir gelişme gösterememiştir. Bunun nedenlerinden biri hukuki mevzuatın yabancı sermaye girişini kısıtlamış olmasıdır. Bu çalışma Türkiye ekonomisinin yabancı sermaye sorunsalını mevzuat yönünden incelemiş, yabancı sermaye sorununa 1980'de yaşanan finansal serbestleşme sürecine kadar devletin mevzuatlarla çizmiş olduğu çerçeve açıklanmıştır. Özellikle finansal hareketliliğe sınırlama getiren 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Türkiye ekonomisinde yabancı sermaye hareketlerini kısıtlamıştır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un yürürlüğe girme nedenlerini anlamak adına öncelikle yabancı sermaye yatırımlarının Osmanlı'nın son dönemlerinden itibaren geçirdiği tarihsel gelişimi incelemek anlamlı olacaktır. 1980 dönüşümüyle başlayan serbesti hareketinin yabancı sermaye ayağı mevzuat değişiklikleriyle incelenerek, özellikle 32 sayılı Türk Parasını Kıymetini Koruma Hakkında Karar ve 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu ışığında finansal serbesti dönüşümü çerçevesinde yasal düzenlemelerin yabancı sermaye lehine olan kısımlarının yabancı sermayeyi çekme konusundaki engelleri kaldırmada ne derece başarılı olduğu açıklanacaktır. Gerçekleştirilen ekonomik dönüşümlerin mevzuat ile desteklenmesi etkisini zamanla göstermiş ve yabancı yatırımcılar daha yoğun bir şekilde Türkiye'ye ilgi göstermeye başlamışlardır.

* Çukurova Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Tasarruflarının sabit sermaye yatırımlarının gerisinde olduğu ülkelerde kaynak açığı oluşur ve ekonomik büyüme gerçekleşmez.¹ Bu ülkelerin ekonomik sorunlarının başında sermaye yetersizliği gelir. Yabancı sermaye bu ülkeler için ekonomik kalkınmanın finansman ayaklarından biri olarak kabul edilmektedir. Çünkü yabancı sermaye ülkelerin ihtiyaç duydukları kaynaklara ulaşmanın bir yoludur. İstikrarlı bir yabancı sermaye girişinin ülkeye ekonomik kalkınma açısından katkıları olduğu kabul gören bir görüştür.²

En geniş anlamda yabancı sermaye yatırımları, kaynakların bir ülkeden başka bir ülkeye taşınması şeklinde ifade edilebilir.³ Bu yapı itibari ile yabancı sermaye, reel piyasalara doğrudan yapılan yatırımlar sonucu oluşan doğrudan yabancı yatırım ve mali piyasalarda dolaylı olarak yapılan portföy yatırımları şeklinde ortaya çıkar. Doğrudan yatırım bir ülkede bir firmanın satın alınması, yeni kurulan bir firma için kuruluş sermayesinin sağlanması veya mevcut bir firmanın mali piyasalardaki varlıklarının satın alınması sonucu ortaya çıkan yatırımlar olarak tanımlanmaktadır.⁴ Portföy yatırımları ise tahvil ya da hisse senedi yatırımları ile borsa aracılığıyla gerçekleşir. Gelişmekte olan ülkelerdeki tasarruf açığı ve sermaye birikimi yetersizliğini göz önüne alınca yabancı yatırımlar bu yetersizliği gidermek için akılcı bir politika olacaktır.

Sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesi, bir ülkenin serbest piyasa ekonomisine geçiş aşamalarından bir tanesidir.⁵ Dünya genelinde, yabancı sermaye akımlarında 1990'ların başlarında büyük artışlar görülmüştür.⁶ Bu durumun önemli nedenlerinden bir tanesi gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerini serbestleştirerek yabancı sermayeye açmasıdır. Dünya genelinde görülen bu serbestleşme hareketi sermaye akımları üzerindeki

1 Sabit sermaye yatırımları firmaların bina, makine, teçhizat vb. gibi üretimde kullanılan üretim malları için yaptıkları harcamalardır. Bkn. Zeynel Dinler, *İktisada Giriş* (Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014) s. 348

2 Sezgin Açıkalın ve Seyfettin Ünal, *Doğrudan Yatırımlar ve Portföy Yatırımları: Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi* (Ekin Yayıncılık, 2008) s. 3, 16

3 Açıkalın ve Ünal, n. 2, s. 6

4 Halil Seyidoğlu., *Uluslararası İktisat: Teori Politika ve Uygulama* (15. Baskı, Güzem Can Yayınları 2003) s. 718

5 Hayrettin Tüleykan ve Selçuk Bayramoğlu, 'Türkiye'de 24 Ocak Kararları İle Başlayan Finansal Serbestleşmenin Günümüz İktisadi ve Mali Yapısına Yansımaları' (2016) *The Journal of Academic Social Science Studies* s. 406

6 Açıkalın ve Ünal, n. 2, s. 26

kontrollerin ortadan kalkmasına neden olmuştur. Sermaye birikimi yetersizliğini ekonomik sorunların en önemlilerinden bir tanesidir. Türkiye de 1980 öncesinde ithal ikameci, yurt içi üretimi geliştirmeye yönelik stratejiler geliştirmişken, 1980 sonrasında dış dünya ile ticaretini geliştirmek üzere ihracata dayalı sanayileşme politikası uygulamıştır.⁷

Yabancı sermayenin Türkiye’de 1980’lere kadar önemli bir gelişme göstermemesinin nedenlerinden bir tanesi o döneme kadar ilgili hukuki mevzuatın yabancı sermaye girişini kısıtlamış olmasıdır. Bu çalışma Türkiye ekonomisinin yabancı sermaye sorunsalını mevzuat yönünden incelemiş, yabancı sermaye sorununa 1980’de yaşanan finansal serbestleşme sürecine kadar devletin mevzuatlarla çizmiş olduğu çerçeve açıklanmıştır. Özellikle finansal hareketliliğe sınırlama getiren 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Türkiye ekonomisinde yabancı sermaye hareketlerini kısıtlamıştır. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’un yürürlüğe girme nedenlerini anlamak adına öncelikle yabancı sermaye yatırımlarının Osmanlı’nın son dönemlerinden itibaren geçirdiği tarihsel gelişimi incelemek anlamlı olacaktır. 1980 dönüşümüyle başlayan serbesti hareketinin yabancı sermaye ayağı mevzuat değişiklikleriyle incelenerek, özellikle 32 sayılı Karar ve 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu ışığında finansal serbesti dönüşümü çerçevesinde yasal düzenlemelerin yabancı sermaye lehine olan kısımlarının yabancı sermayeyi çekme konusundaki engelleri kaldırmada ne derece başarılı olduğu açıklanacaktır.

1. Uluslararası Sermaye Akımları ve Ev Sahibi Ülke Ekonomisine Etkileri

Ülke ekonomilerinin büyümek için ihtiyaç duydukları yatırımların kaynağı tasarruflardır. Tasarrufları ise gelir seviyesi belirler. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde kişi başına düşen milli gelir seviyesinin düşük olması, tasarruf hacminin de düşük olmasına yol açmaktadır. Gelir seviyelerinin düşük olması nedeniyle sermaye birikimini sağlayamayan gelişmekte olan ülkeler ekonomik büyümeyi sağlayabilmek için yabancı sermaye’ye ihtiyaç duymaktadırlar.

Uluslararası sermaye akımı bir ülkedeki yerleşiklerin, bir başka ülkedeki yerleşiklere fon aktarması veya onlardan bir aktif satın almak üzere fon

⁷ Coskun Karaca, *Türkiye’nin Güncel Ekonomik Mali Sorunları ve Politikaları* (Ekin Yayınevi, 2016) s. 92- 93

göndermesi ile ortaya çıkmaktadır.⁸ Uluslararası sermaye hareketleri doğrudan ve dolaylı yatırımlar olarak ikiye ayrılır. Bireysel ve kurumsal yatırımcıların mali piyasalarda belirli bir risk düzeyinde sermayeyi çeşitli menkul değerler arasında en yüksek geliri elde edecek biçimde dağıtması şeklinde gerçekleşen yatırımlar dolaylı (portföy) yatırımlardır.⁹ Doğrudan yatırımlar ise bir ülkede bir firmayı satın almak, yeni kurulan bir firma için kuruluş sermayesi sağlamak veya mevcut bir firmanın sermayesini arttırmak yoluyla yapılan; sermayenin yanında teknoloji, işletmecilik bilgisini ve kontrol yetkisini de yanında getiren yatırımlardır. Gelişmekte olan ülke ekonomilerinde uluslararası yabancı yatırımlarla ilgili birbirine zıt iki düşünce öne çıkmaktadır. Bu görüşlerden biri yabancı sermayenin gittikleri ülkede fayda oluşturduğunu savunurken diğeri olumsuz etkilerinin faydasından daha fazla olduğunu savunmaktadır.

Öncelikle, yabancı sermaye yatırımları geldikleri ülkede sermaye birikimi sağlamaktadır. Bunun yanı sıra, yabancı sermaye yatırımlarını geliştirmekte olan ülkelere stratejik ve makroekonomik katkısı konusunda doktrinde yayımlanmış birçok eser bulunmaktadır.¹⁰ Bu görüşe göre uluslararası yatırımlar sadece sermaye hareketi olarak düşünülmemelidir çünkü yabancı sermaye yatırımlarının önemli katkılarından biri de ev sahibi ülkeye sermaye yanında, istihdam, teknik bilgi, ileri teknoloji, yeni üretim, pazarlama ve yönetim teknikleri transferini de beraberinde getirmesidir. Bu avantajlar ev sahibi ülkenin yapısal özelliklerine göre farklılaşabilmektedir.¹¹

Teknolojinin özsermaye ile gelişmesi için devlet bütçesinden bir bölüm ödeneğin AR-GE çalışmalarına tahsis edilmesi ve yerli yatırımcıların AR-GE faaliyetine yatırım yapması gereklidir.¹² Fakat sermaye birikimi düşük olan geliştirmekte olan ülkeler için teknoloji üretimi pahalıya mal

⁸ James Van Horne, *Financial Market Rates and Flows* (3. Baskı, Prentice-Hall 1990) s.6

⁹ Seyidoğlu, n. 4, s.257

¹⁰ J. Edward Coyne, *Targeting the Foreign Direct Investor* (Kluwer Academic Publishers, 1995) s.39 Ayrıca, Thomas Brewer, Kenneth David ve Linda Lim, *Investing in Developing Countries. A Guide for Executives* (Lexington Books, 1986) s. 82, Mehmet Mucuk, *Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Teori ve Türkiye Uygulaması* (Çizgi Kitapevi 2011)

¹¹ OECD Yıllık Raporu-2002 < <http://www.oecd.org/about/2080175.pdf>> erişim tarihi: 04.07.2016

¹² George R. Clarke, 'How Institutional Quality and Economic Factors Impact Technological Deepening In Developing Countries' (2001) 13 *Journal of International Development* s.1098

olabilmektedir. Gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş teknolojiyi ülkelerine çekebilmesinin bir yolu yabancı sermayeli şirketler tarafından gerçekleştirilen yatırımlar ile ev sahibi ülkeye yeniliğin bizzat şirket tarafından getirilmesidir. Bu şekilde gelişmekte olan ülkeler sadece teknolojileri kazanmakla kalmayıp, aynı zamanda yerli şirketlere de bu teknolojinin yayılmasını sağlamayı hedeflemektedir.¹³ Bu nedenle, yabancı sermaye yatırımları teknoloji transferinin geliştirilmesinde son derece önemli bir faktördür.¹⁴ Şunu da belirtmek gerekir ki yabancı yatırımcı, getirdiği teknolojiyi yerli şirket ile paylaşmadığı, yerli işgücünün yeni teknolojiyi kullanma kapasitesini geliştirmediği sürece, teknolojinin yayılmasını sağlamak mümkün değildir. Bu durumda yabancı yatırımın teknoloji transferi açısından bir avantajı bulunmayacaktır.

Yabancı yatırımcıların ev sahibi ülke üzerindeki etkileri sadece teknoloji transferi ile sınırlı değildir. Yabancı yatırımcıların ulusal piyasalardaki rekabet avantajı yerel şirketleri varlıklarını sürdürebilmek için, daha yeni ve daha gelişmiş teknoloji edinmeye teşvik edecektir.¹⁵ Piyasalardaki rekabetin artması ürün çeşitliliğinin ve ürün kalitesinin artması ile yeni ürünlerin piyasaya sürülmesi gibi sonuçlar doğurur. Ancak yabancı yatırımcıların rekabet ortamına olumlu etkileri yabancı yatırımcının pazar payı çok büyük ve yerli şirketlerle ortaklık kurma konusunda isteksiz olmaları durumunda ortadan kalkabilir.

Yabancı yatırımcıların gelişmekte olan ülkelerde emek yoğun yatırımı tercih ettikleri gerçeğinden hareketle, yabancı yatırımların bu ülkelerde istihdama katkısının olduğu söylenebilir.¹⁶ Günümüzde insan sermayesi ekonomik girdi olarak büyük önem taşımaktadır. Yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkeye yeni teknoloji ve yöntemler getirmeleri durumunda çalışanlara vereceği meslek içi eğitimler ve çalışanların bu şirketlerdeki görevleri sırasında kazanacakları tecrübe ile vasıflı insan sermayesinin artmasına olumlu katkıda bulunmaktadır.¹⁷ Bu bilgi ve tecrübe birikiminin uzun

¹³ Kamal Saggi, ‘Trade, Foreign Direct Investment and International Technology Transfer: A Survey’ (2002) 17(2) The World Bank Research Observer s.208.

¹⁴ UNCTAD, World Investment Report 2003, United Nations, New York

¹⁵ Magnus Blomstorm ve Ari Kokko, ‘Multinational Corporations and Spillovers’ (1998) 12(2) Journal of Economic Surveys s.1-31.

¹⁶ Cem Alpar, *Çok Uluslu Şirketler ve Ekonomik Kalkınma*, Ankara, 1977, s.69. Ayrıca Hayrettin Demircan, ‘Dünyada ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Stratejileri’ http://www.hazine.gov.tr/araştırma_inceleme/ar_inc_35.pdf 15.08.2004 s.11. Erişim Tarihi: 10.07.2016

¹⁷ Alpar, n. 16, s.70.

vadede yerel girişimcilere transfer edilmesi ile yerel şirketlerin verimliliğini de olumlu etkileyecektir.

Yabancı sermaye ev sahibi ülkeyi olumsuz yönde de etkileyebilir. Örneğin, yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede elde ettiği kârın bir bölümünü veya tamamını transfer etmesi ev sahibi ülkeye bir gelir kaybı oluşturacaktır.¹⁸ Yabancı sermayenin kaçışı beklenen refah seviyesi artışını olumsuz etkileyecektir. Ayrıca, yabancı yatırımcının yurt dışına belirsiz aralıklarla para transfer etmesi sonucu ödemeler dengesinde de bozulma görülebilir. Yabancı sermayenin yöneldiği ülkelerde ilgi duyduğu bir başka alan ise menkul kıymet piyasalarıdır. Bu bağlamda yabancılar sermayelerinin bir kısmını, gelişmekte olan ülkelerdeki borsalara yatırım yaparak kullanmaktadırlar. Bu da doğal olarak ev sahibi ülkelerdeki şirketlerin hisselerinin yabancıların elinde bulunması anlamına gelmektedir. Portföy yatırımcılarının yatırımlarını ev sahibi ülkeden geri çekmeleri doğrudan yatırımcılara kıyasla daha kolaydır.¹⁹ Bu yatırımcılar meydana gelebilecek bir kriz tehlikesi gördüğü anda ülkeyi terk etme gibi bir seçeneğe sahiptir. Bu özelliğinden dolayı portföy yatırımları, olası bir kriz durumunda ani çıkışlar olabileceği için krizin etkisinin artmasında rol oynayabilmektedir.

Ev sahibi ülkede görülen yabancı yatırımların olumlu ve olumsuz sonuçları bu ülkelerin yabancı yatırım politikalarını etkileyebilmektedir. Bu nedenle, ev sahibi ülkeler yabancı yatırımları kontrol altına alma ihtiyacı duyabilirler.²⁰ Yatırım iklimi açısından Türkiye’de görülen olumsuzluklardan biri yakın geçmişe kadar yabancı yatırımın ülkeye akışını engelleyici politikalar izlemiş olmasıdır.

2. Yabancı Sermayenin Türkiye’deki Yakın Tarihi

Türkiye’ye ilk yabancı sermaye girişi Osmanlı Devleti dönemine rastlamasına rağmen Cumhuriyetin ilanından sonra Türkiye ekonomisinde

¹⁸ Hasan Gürak, ‘Küreselleşme Nereye Götürüyor? Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Verimlilik ve Gelir Dağılımı’ (2003) 2(20) Verimlilik Dergisi

¹⁹ Itay Goldstein ve Assaf Razin, ‘Foreign Direct Investment versus Foreign Portfolio Investment’ (2005) NBER Working Paper, No:W11047

²⁰ World Investment Report 2003, < http://unctad.org/en/Docs/wir2003_en.pdf> Erişim tarihi: 05.07.2016 s.88.

yabancı sermayenin yasal altyapısını sağlayan mevzuat 60 yıllık bir geçmişe sahiptir.²¹

Osmanlı Devleti 17. ve 18. yüzyıllarda dış borçlardan kaynaklı mali zorluklarla sıkça karşılaşmıştır.²² Öncelikle belirtmek gerekir ki, Osmanlı Devleti’nin ekonomisinin temelini tarım oluşturmaktaydı. Bu nedenle, vergi gelirlerinin önemli bir kısmı tarımsal üretimden karşılanmaktaydı.²³ 19. yüzyılın başlarına kadar vergiler kaynak yetersizliğini gidermek amacıyla kullanılmıştır. Fakat 19. yüzyılın başlarından itibaren Sanayi Devrimi’nin yol açtığı teknik ilerlemeleri takip edememesi ve sanayileşme anlamında zayıf kalması Osmanlı Devleti’nin içinde bulunduğu mali zorlukları aşma konusunda vergilerin yetersiz kalmasına neden olmuştur. 19. yüzyıla birlikte Osmanlı dış borçlarından doğan kaynak ihtiyacını gidermek için ek kaynak bulma amacıyla yabancı sermayeye kapılarını açmıştır.²⁴ İlk dolaylı yabancı sermaye bu dönemde Fransız bankalarına satılan kısa vadeli tahviller ile ülkeye girmiştir.²⁵ 1850’lerde Avrupalı yatırımcılar dolaylı sermaye yatırımı ile sınırlı kalmayıp Osmanlı hükümetinin verdiği imtiyazlar ile anonim şirketler kurarak doğrudan sermaye yatırımları da yapmışlardır. Bu anonim şirketler yatırımlarının büyük kısmını demiryolları yapımı, ticaret, bankacılık, sigortacılık ile limanlara, su ve gaz şirketleri gibi doğrudan yatırım şeklinde yapmışlardır.²⁶ Anlaşılacağı üzere Osmanlı İmparatorluğu’ndaki ilk yabancı sermaye girişleri üretimi arttırmaya yönelik altyapı oluşturmak amacıyla doğrudan yabancı sermaye şeklinde olmuştur.

Sanayi devrimi borsalarda ticari kâğıtların yanı sıra sanayi işletmelerinin hisse senedi ve tahvillerinin de işlem görmesini sağlamıştır. Osmanlı Devleti’nde ise tarıma dayalı bir ekonomik politika yürütülmesi nedeniyle

-
- 21 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (Kabul Tarihi 18.01.1954, Resmi Gazete Tarihi 23.01.1954)
- 22 Sevket Pamuk, *Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914* (Gerçek Yayıncılık, 1997) s. 187-188
- 23 Cüneyt Dumrul ve Yasemin Dumrul, ‘Osmanlı İmparatorluğu’nun Kapitalist Paternde Sanayileşmesinin Önündeki Engeller Üzerine Bir İnceleme’ (2014) 23 Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi s. 152
- 24 Halil İnalıcık, *Tarihi İstatistikler Dizisi Başlarken, Osmanlı İmparatorluğu’nun ve Türkiye’nin Nüfusu 1507-1927* (Tarihi İstatistikler Dizisi, Cilt: II, 1996 Ankara, DİE) s.9
- 25 Sefer Şener ve Cüneyt Kılıç, ‘Osmanlıdan Günümüze Türkiye’de Yabancı Sermaye’ (2008) 10(1) Bilgi Dergisi 22, 23. Ayrıca bkn. Pamuk, n. 22, s. 187-188
- 26 Yakup Kepenek ve Nurhan Yentürk, *Türkiye Ekonomisi* (2011 İstanbul: Remzi Kitapevi) s.11

hisse senedi ihraç eden şirket sayısı kısıtlıydı.²⁷ Osmanlı Devleti'nin çıkardığı tahviller dönemin önemli menkul değerlerini oluşturmaktaydı. Bu nedenle Osmanlı Devleti'nde bir borsanın kurulmasını arz eden acil bir durum yoktu. Bir yandan Avrupa'da, kurulan anonim şirketlerin çıkardığı hisse senedi ve tahvillerin Osmanlı Devleti'nde dolaşmaya başlaması, öte yandan Osmanlı Devleti'nde çıkarılan tahvillerin başlıca Avrupa borsalarında alınıp satılma sürecine girmesi ve Avrupa borsalarında görünen ani gelişmeler Osmanlı Devleti'nde de bir borsa kurma fikrini ortaya çıkarmıştır.²⁸ Bu gelişmeler üzerine İstanbul'da Galata borsası kurulmuştur.

Dolaylı yatırımın ilk girişimlerinden olması nedeniyle Galata Borsası Osmanlı Devleti dönemindeki yabancı sermaye açısından önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir. Başlangıçta geçici nizamname ile tezgâh üstü pazar olarak kurulmuş olması nedeniyle resmi bir tüzükle belirli bir düzen çerçevesi bulunmamaktaydı. Bu borsanın kurulmasıyla Avrupa'da kurulan anonim şirketlerin hisse senetleri Osmanlı Devleti'nde, Osmanlı Devleti'nin çıkardığı tahviller de Avrupa Borsalarında işlem görmeye başlamıştır.²⁹ Bu şekilde Osmanlı topraklarındaki düzenli bir borsa ihtiyacı da gözardı edilemez olmuştur. Osmanlı Devleti'nde ilk düzenli borsa 1866 yılında kurulmuştur.³⁰ Osmanlı Borsası'nın örgütlü bir faaliyet halinde ortaya çıktığı bu yıllarda Avrupa ülkelerinde mevcut borsaların bazıları bir kaç yüz yıllık tecrübeyi arkada bırakarak ülkelerinin ekonomilerinde önemli rol oynayacak bir seviyeye gelmişlerdi. Osmanlı Devleti'nde ise her ne kadar düzenli borsa kurulmuş olsa da ulusal ekonomik politikanın bir parçası haline getirilemediği için sanayileşme sürecinde önemli bir rol oynayamamıştır. En nihayetinde, I. Dünya Savaşı ve Kurtuluş Savaşı ekonominin ve borsanın iktisadi anlamda çöküşüne neden olmuştur.

Cumhuriyetin ilanı ekonomik alanda yeni düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Yabancı ülkelere verilen imtiyazların sonlandırılmasına ve yabancı sermayeli şirketlerin millileştirilmesine karar verilmiştir.³¹ Osmanlı döneminde yabancı sermayeye yönelik tecrübelerin hoş olmaması ve yeni

27 Murtaza Köse, 'Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri' (2001) 8(18) Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 229

28 Köse, n. 27, s. 236

29 Köse, n. 27, s. 241

30 Bkn. Mehmet Başirli, 'Osmanlı'da Borsa: Dersaadet Tahvilât Borsası'ndan Eshâm Ve Tahvilât Borsası'na Yeni Düzenleme Girişimleri' (2009) 19(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 185

31 Abdullah Takim ve Ensar Yılmaz, 'Economic Policy During Ataturk's Era in Turkey 1923 - 1938' (2010) 4(4) African Journal of Business Management 549, 551

kurulan devletin ekonomik anlamda bağımsızlığını kazanması gerekliliği bu kararın alınmasında etkili olmuştur.³² Her ne kadar kurulan cumhuriyetin yabancı sermaye olgusuna sıcak baktığı İzmir İktisat Kongresi’nde ifade edilmişse de, bu dönemde görülen millileştirme politikası ülkeye gelen yabancı sermayenin az sayıda anonim şirket ortaklığı ile sınırlı kalmasına neden olmuştur.³³ İçerde olan bu gelişmelerin ekonomide oluşturduğu negatif etkinin yanı sıra 1930 yılında dünya ekonomik buhranı’nın başlaması devlet ekonomileri ve borsalarının çöküşüne neden olmuştur. Bu dönemde serbest kur sisteminde İngiliz Sterlinine bağlı olan Türk Lirası bu gelişmeler sonunda Sterlin karşısında değer kaybetmiş, millileştirilen yabancı şirketlerin tazminat ödemelerinin yanında kur farkından kaynaklanan cari açığın artması zaten kötü olan ekonominin daha da kötüye gitmesine neden olmuştur. Ekonomideki bu kötü gidişat nedeniyle devlet dövizini kontrol etmek amacıyla döviz kontrolüne yönelik yeni düzenlemeler getirerek ekonomiye müdahale etmiştir.³⁴ Bu düzenlemelerden bir tanesi Türk Lirasının değerini korumak adına yürürlüğe giren Türk Parasının Kıymeti Koruma Hakkında 1567 Sayılı Kanundur. Kanunun adı amacını da içermektedir. Bu kanun kambiyo, nakit, hisse senedi ve tahvil alım ve satımı ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları içeren her tür eşya ve kıymetin ve ticarî senetlerle ödemeyi sağlayan her türlü araç ve belgenin ihracı veya ithalinin düzenlenmesi ve Türk parasının kıymetinin korunması için kararlar alınmasını Bakanlar Kurulu’nun yetkisine bırakmıştır. Ayrıca, kanun bu kıymetlerin izinsiz olarak ülkeye sokulması ya da ülkeden çıkarılması halinde para cezası uygulaması getirmiştir.³⁵ Böylelikle, yabancı sermayeye ilişkin ilk engel bu kanunla ortaya çıkmıştır. Hisse senedi, tahvil alım ve satımına getirilen bu sınırlama ile borsa yabancı sermaye biriktirme rolünü kaybetmiştir. 1567 Sayılı Kanun kambiyo kontrolü için bir dönüm noktasıdır, çünkü Türk Lirası’nın konvertibilitesi bu kanun ile kaldırılmıştır.³⁶ Bu kanunun bir sonucu olarak yabancıların kendi dövizleri ile yaptıkları işlemler sınırlandırılmış ve

32 Murat Koçtürk ve Meral Eker, ‘Dünyada ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu Şirketlerin Gelişimi’ (2012) 18(1) Tarım Ekonomisi Dergisi s. 38

33 Erdinç Tokgöz, *Türkiye’nin İktisadî Gelişme Tarihi 1914-2001* (Ankara İmaj Yayınevi, 2001) s. 39-42

34 1447 Sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu (Kabul tarihi 16. 05. 1929)

35 1567 Sayılı Türk Parası Kıymeti Koruma Hakkında Kanun (Kabul tarihi 20.02.1930 Resmi Gazete Tarihi 25.2.1930) Madde 3

36 1567 Sayılı Kanun Madde 3

Bakanlar Kurulunun iznine tabi tutulmuştur.³⁷ 1567 Sayılı Kanununun hem Türkiye'deki finans çevreleri hem de Türkiye'ye gelen yabancı yatırımlar üzerinde olumsuz bir etkisi olmuştur. Öncelikle, Bakanlar Kuruluna kambiyo konusunda karar çıkarma yetkisi verilmiştir. Döviz ile yapılan işlemlerin Bakanlar Kurulu iznine tabi tutulması döviz dağılımını merkezileştirmiştir. Böylece, yabancı yatırımcıların yapabileceği işlemler büyük ölçüde kısıtlandırılmış ve hükümetin kararına bağlanmıştır. Bu durum yatırımcıları ekonomik istikrarın devlet müdahalesine bağlı olduğu ve bu müdahalenin sınırlarının belirli olmadığı durumuyla karşı karşıya bırakmıştır.

Türk Lirasının dönüştürülememesi borsanın kambiyo özelliğini ve yabancı sermaye birikimi rolünü ortadan kaldırmıştır. Şirketler kısa dönemli borçlarından kaynaklanan sermaye açığını kapatmak için banka kredilerine yönelmiştir. Bu durum Türkiye'de finansal sistem içerisinde, bankacılık sektörünün büyük oranda payının olmasının nedenlerinden birisidir.³⁸ Türkiye'de kambiyo kontrolünün dayanağı bu kanundur. Bu kanun detaylı olarak incelendiğinde aslında kanunun çıkarılma nedeni devlete ekonomi ve ekonomik düzenlemeler üzerinde kontrol esnekliğini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Fakat kanun uygulamasının başarıya ulaşması için gereken bir takım şartlar kanun yürürlüğe girdiği tarihte henüz oluşturulmamıştır. Örneğin, uygulanan kambiyo politikası ile kontrolünün başarıya ulaşabilmesi için Merkez Bankası ile işbirliği gereklidir. Fakat kanun yürürlüğe girdiği tarihte Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası henüz kurulmamıştı.³⁹ Bu yüzden, döviz ve menkul kıymet alım-satım işlemlerinin kapsamını belirlemek için Bakanlar Kurulu yetkilendirilmiştir. Bakanlar Kurulunun kambiyo politikasını belirleyebilmek için ekonomi alanında yeterli tecrübe, yetenek ve ilgisinin olmadığı gerçeği de kanun uygulamasının başarıya ulaşmasına engel olan nedenlerden birine örnek gösterilebilir. Öte yandan, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki devletin ekonomiye müdahale gücünü göstermektedir. Ekonomiye olan müdahale gücünü kaybetmemek için devlet bu kanunun yürürlük süresini birçok kez yenilemiş, 1970 yılından itibaren

³⁷ 1567 Sayılı Kanun Madde 1

³⁸ World Bank Group , 'Turkey Partnership: Country Program Snapshot' (October 2013) s. 10 < http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2013/02/21/000442464_20130221151003/Rendered/PDF/755200CPS0P12500ENGLIS H0Turkey0FY12.pdf> erişim tarihi: 03.07.2016

³⁹ T.C. Merkez Bankası 11 Haziran 1930 tarihinde kurulmuştur. Bkn. Banka Hakkında <http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/tcmb+tr/tcmb+tr/bottom+menu/banka-hakkında> erişim tarihi: 05.07.2016

ise süresiz olarak uzatmıştır. 1980’lerde gerçekleşen finansal liberalleşmeye kadar Türkiye’de yabancı sermaye giriş-çıkışları ve döviz ile yapılan işlemler devletin kontrolü altındadır. Sayılan bu eksiklikler nedeniyle yabancı sermaye mevzuatı, yabancı yatırım, yatırımcı teşvikleri ve yabancı sermayenin ekonominin ilerlemesi için kullanılması gibi konular ihmal edilmiştir.⁴⁰ Sonuç olarak, 1980’lere kadar Türkiye ekonomisinde oluşan sermaye açığını kapatmak için yabancı sermayeden faydalanılamamasının nedenlerinden bir tanesi de hukuki düzenlemelerin yabancı sermaye girişini engeller nitelikte olmasıdır.

3. Yabancı Yatırıma Yönelik Yasal Düzenlemeler

1950’lerin başından itibaren dünya ekonomisindeki büyüme eğiliminin hızının azalması, gerek uluslararası gerekse ulusal ekonomilerde yeniden yapılanma ihtiyacını ortaya çıkartmıştır. Aynı yıllarda Türkiye de tek partili sistemden çok partili sisteme geçmiştir. Dünyada yaygınlaşmaya başlayan serbestleşme akımlarına paralel olarak Türkiye’de de yaşanan dönüşümler ekonomik politikalarda değişikliklerin meydana gelmesine neden olmuştur ve yabancı sermayeye karşı daha ılımlı bir politika izlemeye başlanmıştır.⁴¹ Yabancı sermayeye karşı izlenen bu ılımlı politikada yurtiçi tasarrufların azlığı da etkilidir. Bu dönemin ekonomik politikası yabancı sermayenin teşviki ile yeni yatırımlar için gerekli finansman ve teknoloji ihtiyacını yabancı sermayeden faydalanarak gidermeyi amaçlamıştır.⁴² Bu finansman ve teknoloji ihtiyacını yurtiçi tasarruflar ile karşılamamanın mümkün olmaması Yabancı Sermaye Teşvik Kanun’unun çıkarılma gerekçelerinden biridir. Bu amaçla öncelikle 1951 yılında 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu kabul edilerek doğrudan yabancı yatırımlar önündeki engellerin kaldırılması

40 Bkn. Hüseyin Ağır, *Türkiye’de Finansal Liberalizasyon ve Finansal Gelişme İlişkisinin Ekonometrik Analizi* (BDDK Kitapları, Yayın No. 8. 2010) ve Ali Eşiyok, ‘İktisadi Dönemler İtibari ile Türkiye Ekonomisinde Kalkınma (1923-2004)’ Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş. Ekonomik Araştırmalar, 2006, [http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/GA/2006-GA/GA-06-02-02_Turkiye_Ekonomisinde_Kalkinma_\(1924_2004\).pdf](http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/GA/2006-GA/GA-06-02-02_Turkiye_Ekonomisinde_Kalkinma_(1924_2004).pdf) Erişim tarihi:12.05.2016, 17-18, ve Şener, n. 25

41 Aslan Eren, *Türkiye Ekonomisi* (Ekin Kitapevi,2008) s. 223, Derya Öcal Tellan, ‘Tüketimin Karşı Devrimi: Türkiye’de 1980 Sonrası Uygulanan İktisat Politikalarının Toplumsal Sonuçlarına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 19(67) Ekonomik Yaklaşım Dergisi s.3

42 Aysel Çelikel ve Günseli Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (Beta Basım Yayın, 2010) s.155

amaçlanmıştır.⁴³ Ancak bu kanun yabancı sermaye yatırımının yapılabileceği alanlara ve yabancı yatırımcının Türkiye’de elde ettiği kar ve ana sermayenin başka bir ülkeye transferi konusunda bir takım sınırlamalar getirmiştir. Kanuna göre yabancı yatırımcılar sadece Türk özel sermayesine açık, tekel ve ayrımcılık oluşturmayacak sanayi, maden, enerji, ulaştırma, bayındırlık ve turizm gibi alanlarda yatırım yapabileceklerdir. Ayrıca, yıllık kar transferi karın %10’u ile sınırlandırılmıştır. Kanun koyucunun anapara ve kar transferini sınırlama amacı yabancı sermayeyi ülke içinde tutarak ülke ekonomisine katkıda bulunmasını sağlamaktır. Fakat bu durum yabancı sermayenin ülkeye yönelmesini engellemiştir. 5821 Sayılı Kanun yabancı sermaye önündeki sınırlayıcı koşulları azaltmasına rağmen kanunda yer alan gelir ve sermaye transferi ile yabancı sermayenin çalışabileceği sahalara ait sınırlamalar yabancı yatırımcı açısından caydırıcı olmuştur. Yürürlükte kaldığı üç yıl boyunca sadece 42 mürakat olması ve bunların da ancak onunun kabul edilmesi yasadan beklenen sonucun alınmadığını göstermektedir.⁴⁴ Anlaşılacağı üzere yürürlükte kaldığı süre boyunca 5821 Sayılı Yabancı Sermaye Teşvik kanununun getirmiş olduğu sınırlamalar yabancı yatırımcılar tarafından cazip görülmemiş ve yasadan beklenen sonuç alınamamıştır. Buna binaen 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu yürürlüğe girmiş ve 5821 sayılı Kanunun’daki hükümler geliştirilerek eksiklikler tamamlanmış, yabancı sermaye yatırımına verilen hukuki güvence arttırılmıştır.⁴⁵ 6224 Sayılı Kanun yabancı yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmak amacıyla şirket kurması, ticari ortaklığa katılması, şube ve büro açma istemlerine izin verilmesinde Hazine Müsteşarlığını yetkili kılmıştır. Faaliyet alanı ve hisse oranındaki değişiklikler de Hazine Müsteşarlığı izni ile yapılmaktadır.⁴⁶ 6224 Sayılı Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı’na göre Türkiye’de şirket kurmak, ticari ortaklığa katılmak, şube ve büro açmak isteyen her bir yabancı yatırımcının asgari 50.000 ABD doları tutarındaki sermayeyi Türkiye’ye getirmesi gerekmektedir. Bu durumda anonim şirket kurmak isteyen yabancı yatırımcılar için ise asgari tutar 250.000 ABD

43 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu (Kabul Tarihi 01.08.1951 Resmi Gazete Tarihi: 09.08.1951)

44 Şafak Altun, *Türkiye’de Yabancı Sermayenin Tarihsel Gelişimi* (G.M. Matbaacılık, 2008) s. 126

45 6224 Sayılı Kanun, n. 21

46 6224 Sayılı Kanun n. 21 ve Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı, Madde 3(c)

doları’dır.⁴⁷ Bu durum zorunlu sermaye limiti açısından yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşitsizliğe neden olmaktadır. Ayrıca, bu durum 6224 Sayılı Kanun’un 10. Maddesinde belirtilen “yerli sermayeye ve teşebbüslere tanınan haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade eder” ifadesi ile çelişmektedir. 6224 Sayılı Kanun’un bir çerçeve kanun olarak hazırlandığı, asıl hedefinin yabancı yatırıma ilişkin bütün sorunları çözmekten ziyade yabancı yatırımcılar için bir başvuru kaynağı niteliğinde olduğu Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda belirtilmiştir.⁴⁸ 6224 Sayılı Kanun yabancı yatırımın genel ilkelerini belirlemiş ancak uygulamayla ilgili düzenlemelere girmemiştir. Yani, kanunun asıl amacı yatırımcıya Türkiye’nin yabancı sermayeye yönelik liberal ve eşitlikçi yaklaşımını yansıtmaktır. Bu kanunun liberal hükümleri sonucu kanunun yürürlüğe girdiği yıldan itibaren yabancı yatırımlar üzerinde olumlu etki yaratmış ve yabancı sermaye yatırımlarında artış görülmüştür.⁴⁹ Fakat buna rağmen, 1960 yılı sonuna kadar yapılan yabancı yatırım başvurularının neredeyse yarısı reddedilmiş ve fiilen ülkeye giren yabancı sermaye izin verilenin altında kalmıştır.⁵⁰ Yabancı yatırımcıların yatırım yapacakları ülke konusunda kararlarını en çok etkileyen faktörlerden birisi kar, temettü, satış ve lisans bedellerinin serbestçe transfer edilebilmesidir.⁵¹ 6224 Sayılı Kanun eski mevzuatta görünen kar transferi ve çalışma alanlarına getirilen sınırlamalara çözüm getirmiştir. Ancak Kanun’un 4. Maddesi transfer edilecek kar ve sermayenin ana yabancı sermayenin mensup olduğu menşe ülke para cinsiyle ve cari resmi kambiyo rayıcı üzerinden yurtdışına transfer edilebileceği şartına bağlamıştır. Eski mevzuata göre daha liberal olmasına rağmen yabancı yatırımın Hazine Müsteşarlığının iznine tabii tutulması, asgari sermaye

47 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 277 gereğince bir anonim şirket kurulması için en az 5 kurucu bulunması şarttır.

48 Bkn. Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Esas No. 1/327 Karar No: 30

49 Türkiye’ye 1951-1960 yılları arası gelen yabancı sermaye için bkn. Yasemin Bosdağlıoğlu ve Umut Evlimoğlu, ‘Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişme: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları’ (2014) 6(11) Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Tablo 3 s.40

50 Ertunç Şirin, *Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirme Rejimi* (Vedat Kitapçılık, 2006) s.43

51 Lerzan Yılmaz, ‘4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’ (2006) 10 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi s.184

uygulaması ve kar transferinin şartları Kanun'un kısa dönemde istenilen yabancı yatırımı ülkeye çekmekte başarılı olamamasının nedenlerindedir.

Türkiye ekonomisindeki yeniden yapılanmanın yansıması 1970'lerin ikinci yarısında dış ödeme güçlükleri şeklinde ortaya çıkan bir ekonomik krize neden olmuştur. Bu krizin aşılması ve ekonomide istikrarı sağlamak için 24 Ocak 1980 tarihinde ilan edilen finansal serbestleşme politikası gündeme gelmiştir.⁵² Finansal serbestleşme hareketi bağlamında hükümetin döviz karşısında Türk Lirası'nın değerini düşürmesi ile serbest dalgalı kur rejimine geçilmiştir.⁵³ Bu kararlar sonucu Türkiye'de serbest piyasa ekonomisi uygulanmaya başlanması ile ekonomide yapısal bir dönüşüm olmuştur. Bu dönüşüm sonunda hükümet yabancı sermayenin Türkiye ekonomisi için bir ihtiyaç olduğunun ve artık döviz ile yapılan işlemleri kontrol altında tutamayacağını farkına varmıştır. Bu yapısal değişikliğe uyum sağlayabilmek için, 1567 Sayılı Türk Parası Kıymeti Koruma Hakkında Kanun'unda değişiklik yapılması kaçınılmaz olmuştur.⁵⁴ Böylece, 32 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesi yönünde önemli adımlar atılmıştır. Bu karar ile Türkiye'de yerleşik kişilerin, bankalar ve özel finans kurumlarının sınırlanmasına maruz kalmadan döviz alabilmelerinin önü açılmıştır ve döviz bulundurma herhangi bir kısıtlamaya tâbi değildir; yurt dışında yerleşik kişilerin borsada kote edilmiş ve Sermaye Piyasası Kurulu izniyle çıkarılmış her türlü menkul kıymeti alma ve satmaları serbest hale gelmiştir. Bu kararın getirdiği en önemli yenilikler şu şekilde sınıflandırılabilir: Türkiye'de yerleşik kişilerin bankalar ve özel finans kurumları vasıtasıyla yabancı borsalarda kote edilmiş menkul kıymetleri, Merkez Bankası tarafından alım-satımı yapılan yabancı para birimleri cinsinden hazine bonusu ve devlet tahvili alıp satmaları ve bu kıymetlerin alış bedellerini yurt dışına transfer etmeleri; Türkiye'de yerleşik olmayan kişilerin döviz almaları ve transfer etmeleri ve yurt dışına Türk lirası göndermeleri serbest hale gelmiştir.⁵⁵ Bunlara ek olarak 32 Sayılı kararın 15. Maddesi Türkiye'de yerleşik kişilerin, yurt dışında menkul

⁵² Finansal serbestleşme için bkn. Tüleykan ve Bayramoğlu, n. 5 s. 401-420

⁵³ Serbest dalgalı kur kurun piyasadaki arz ve talep koşullarına göre belirlendiği sistemi ifade eder. Merkez bankaları piyasaya hiç müdahale etmez veya çok nadiren sadece olağandışı koşullarda müdahale eder. Bkn. T.C Merkez Bankası Terimler Sözlüğü <<http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TCMB+TR/TCMB+TR/Bottom+Menu/Egitim-Akademik/Terimler+SozluGu#263>> erişim tarihi: 03.07.2016

⁵⁴ Karaca, n. 7, s. 93

⁵⁵ T.C Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Karar No.89/14391 (Kabul Tarihi 11.8.1989 Resmi Gazete Tarihi 11.8.1989) Madde 3-4-8-8-9-12(2)

kıymet çıkarmaları, piyasaya sürmeleri ve satmaları; Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından menkul kıymet getirmeleri ve yanlarında yurt dışına çıkarmaları serbesttir ifadesi ile menkul kıymetlerin ve diğer sermaye piyasası araçlarının yurda girişi ve çıkışının önünde herhangi bir kısıtlamaya olmadığını göstermektedir.⁵⁶ Bu karar ile ödemeler dengesi sermaye hareketleri üzerindeki tüm kısıtlamalar kaldırılmıştır.⁵⁷ Türk Lirası’nın konvertibilitesi sağlanmış, kambiyo rejimi serbestleştirilmiş, döviz bulundurma ve döviz hesabı açma kısıtları kaldırılmış ve döviz serbestçe kullanma hakkı tanıyarak yabancı yatırımcıların yatırım yapması önündeki engel kaldırılmıştır.⁵⁸ Kanun yabancı yatırımcılara asgari yatırım miktarı, sermayenin getiriliş süresi ve bunun belgelenmesi gibi konularda sınırlama getirmemiştir. Bu kararın yabancı sermaye ile ilgili somut ve işlemsel hükümler getirerek yatırım ortamını serbestleştirdiği ve yabancı yatırımcıların Türkiye sermaye piyasasında yatırım yapabilmesinin önünü açtığı açıktır.⁵⁹ Ekonomik serbestleşmenin finansal ayağı 1567 Sayılı Kanuna ilişkin 32 Sayılı Karar ile tamamlanmıştır. Türkiye ekonomisinin serbestleşmesi için yapılan bu reformlar sonucu yabancı sermaye hareketlerinde yoğunlaşma görülmüştür. 1980 öncesi yıllık ortalama doğrudan yabancı sermaye girişi 10 milyon Doların altında kalırken 1986 yılında 170 milyon Dolar, 1989 yılında 855 milyon Dolar, 1991 yılında ise 1.041 milyon Dolara ulaşmıştır.⁶⁰ Ekonominin serbestleşmesiyle ülkeye

56 T.C Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Karar No.89/14391 Madde 15

57 Ödemeler dengesi bir ekonomide yerleşik kişilerin (genel hükümet, merkez bankası, bankalar, diğer sektörler) diğer ekonomilerde yerleşik kişiler (yurt dışında yerleşikler) ile belli bir dönem içinde yapmış oldukları ekonomik işlemlerin sistematik kayıtlarını elde etmek üzere hazırlanan istatistikî bir rapordur. Bkn. T.C. Merkez Bankası Terimler Sözlüğü <<http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TCMB+TR/TCMB+TR/Bottom+Menu/Egitim-Akademik/Terimler+Sozlugu#211>> Erişim tarihi: 03.07.2014

58 T.C Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Karar No.89/14391

59 Ayrıca, 1981 yılında yürürlüğe giren 2499 Sayılı Türk Sermaye Piyasası Kanun (Kabul Tarihi: 28.07.1981 Resmi Gazete Tarihi: 30.07.1981)’u ekonomik gelişme sürecinde herhangi bir düzenlemeye konu olmamış sermaye piyasasında hukuki düzenlemeye duyulan ihtiyaçtan dolayı çıkarılmıştır.

60 1980 yılında 97,00 milyon dolar olan dolaylı yabancı sermaye girişi, 1990 yılında 1.861,16 milyar dolara, 1991’de ise 1.967,26 milyar dolara ulaşmıştır. Bkn. Tüleykan ve Bayramoğlu, n. 5 s. 408-409. Ayrıca, Tellan, n.41, s.7

giren yabancı sermaye, ithalatın finansmanı ve aynı zamanda kamu açıklarının kapatılması için kullanılmıştır.⁶¹

24 Ocak kararları ile birlikte Türkiye’de genel ekonomi politikası tümüyle değişmiş ve yabancı sermayenin ülkenin kalkınması bakımından vazgeçilmez bir etken olduğunu kabul edilmiştir. Bu dönemde yatırım ortamı gelişmiş, ülkeye gelen yabancı sermayenin yapısı değişmiştir. Avrupa Birliği’ne uyum sürecinde üzerinde yapılan reformlara rağmen 6224 Sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu yürürlükte kaldığı 50 yıl içinde yabancı yatırımcıların haklarını korumada yetersiz kaldığı ve uygulamada uluslararası standartlardan farklılaştığı gerekçesiyle yürürlükten kaldırılarak yerine 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiştir.⁶² 4875 Sayılı Kanun’un amacı yabancı yatırımların özendirilmesi ve yabancı yatırımcı haklarını koruyarak yabancı yatırım kavramında uluslararası standartlara uyum sağlanmasıdır. Bu nedenle 6224 Sayılı Kanun’un yabancı ülkelere yapılacak kar ve sermaye transferine getirdiği şartlar 4875 Sayılı Kanun ile ortadan kaldırılmıştır. Paranın hangi para cinsi ve hangi kuru esas alarak transfer edileceği yabancı yatırımcıya bırakılmıştır. Bunun yanında eski mevzuat döneminde bulunan Türkiye’de şirket kurma, mevcut ortaklığa katılma, şube açma ile mevcut yabancı şirketlerin yeni yatırım yapmaları, kapasite arttırmaları, başka şirkete iştirak etmeleri veya hisse oranını değiştirmeleri için Hazine Müsteşarlığından izin alma zorunluluğunu kaldırarak yerine bilgilendirme sistemini getirmiştir.⁶³ Yabancı şirket ve şubelerden istenilen bilgiler ve bildirim süreleri Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde belirtilmiştir.⁶⁴ 4875 Sayılı Kanun yerli ve yabancı yatırımcıların eşit muameleye tabi olacaklarını belirtmiştir.⁶⁵ Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle yukarıda bahsedilen 6224 Sayılı Kanun’un 10. Maddesinden kaynaklanan çelişkili durum ortadan kaldırılmıştır. 6224 Sayılı Kanun’un yabancıların Türkiye’de sadece anonim ve limited şirket kurmalarına veya mevcut bir anonim veya limited şirkete ortak olmalarına izin vermesi de yerli ve yabancı yatırımcı açısından bir

61 Bülent Güloğlu ve Ender Altunoğlu, ‘Finansal Serbestleşme Politikaları ve Finansal Krizler: Latin Amerika, Meksika, Asya ve Türkiye Krizleri’ (2002) 27 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi s.16

62 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (Kabul Tarihi: 5.6.2003 Resmi Gazete Tarihi: 17.6.2013)

63 4875 Sayılı Kanun Madde 1

64 Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (Resmi Gazete Tarihi: 20.08.2003)

65 4875 Sayılı Kanun Madde 3

ayrım oluşturmaktaydı. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 9. Maddesi yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurulabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin türlerini Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanun’unda yer alması şartı ile her türlü şirket kurulabilir olarak genişletmiştir. Böylece, yerli ve yabancı yatırımcılar ayrım gözetilmeksizin Türk Ticaret Kanun’unun belirttiği sermaye limiti ile şirket kurabileceklerdir. Böylece yabancı yatırımcılar ile yerli yatırımcılar eşit muameleye tabi tutulmuştur.

4875 Sayılı Kanun’da eski kanunda yer almayan yeni düzenlemeler de yer almıştır. Örneğin, eski kanun yabancı yatırımcının yurtiçinden sağladığı hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımların yeniden yatırıma dönüştürülmesini yabancı yatırım saymazken 4875 Sayılı Kanun’un 2. Maddesi bu iktisadi kıymetlerin yeniden yatırıma dönüştürülmesini yabancı yatırım olarak tanımlamıştır. Bunun yanı sıra, yurt dışından getirilen makine ve teçhizat, fikri ve sınai mülkiyet hakları şeklinde getirilen sermaye de yabancı sermaye olarak tanımlanmıştır.⁶⁶ Ayrıca, yabancı yatırımcı tarafından yurt içinden sağlanan doğal kaynakların aranması ve çıkarılması sonucu elde edilen iktisadi kıymetler aracılığı ile kurulan şirket veya açılan şube de yabancı yatırım olarak kabul edilmiştir.⁶⁷ Böylece, eski kanuna kıyasla yeni kanun yabancı yatırım tanımı genişletilmiştir.

4875 Sayılı Kanun’un bir diğer yeniliği ise kamu yararı gerekmedikçe ve karşılığı ödenmedikçe yabancı yatırımların kamulaştırılmayacağıdır.⁶⁸ Bu hüküm Anayasa’nın 46. ve 47. Maddelerinin tekrarıdır. Türk hukuk sisteminde özel mülkiyetin kamulaştırılması ve kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilmesi kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıkları peşin ödenmek şartıyla kanunda gösterilen esas ve usullere göre yapılır. Bu maddenin 4875 Sayılı Kanunda yer alma gerekçesi Türkiye’ye yatırım yapan yabancı yatırımcıların haklarını keyfi, bedelsiz veya düşük bedelle kamulaştırmaya karşı güvence altına almak ve Anayasadaki güvenceyi bir kez daha teyit etmektir. Ayrıca, yabancı yatırımcıların yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarının çözümü için milli ya da uluslararası tahkime başvurabilecekleri de 4875 Sayılı Kanun’un 3. Maddesinde belirtilmiştir. Aslında Türkiye yabancı devletlerle 1960 yılında

⁶⁶ 4875 Sayılı Kanun Madde 2(b)

⁶⁷ 4875 Sayılı Kanun Madde 2(b)

⁶⁸ 4875 Sayılı Kanun Madde 3

‘Yatırımın Karşılıklı Teşviki ve Korunması’ anlaşması imzalamıştır.⁶⁹ Fakat bu düzenleme ilk defa 4875 Sayılı Kanun ile yasada yer almıştır.

4. Değerlendirme

Olumsuz tarafları bulunmakla birlikte özellikle gelişmekte olan ülkelerin kalkınmasına, ulusal gelirine, teknoloji transferine, sermaye oluşumuna ve istihdama olumlu etkileri bulunan yabancı sermaye önemli bir finansman kaynağıdır. 1950’lerden bu yana Türkiye’nin ekonomik politikası ülkeye yabancı sermayenin çekilmesi için gerekli altyapının oluşturulması yönünde olmuştur. Bu amaçla atılan ilk adım 1951 yılında çıkarılan 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunudur. Bu kanun yabancı sermaye açısından en büyük sorunu kar ve ana sermaye transferlerine kısıtlamalar getirmesidir. Bu nedenle hedeflenen seviyede yabancı sermaye gelişi sağlamamıştır. Ayrıca, 1567 Sayılı Türk Parası Kıymeti Koruma Hakkında Kanun’unun ağır şartları Türkiye’deki yabancı sermaye üzerinde olumsuz etkileri olmuştur. Bu sorunu aşmak için 5821 Sayılı kanun uygulamadan kaldırmış yerine 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanun’unu yürürlüğe girmiştir. Bu iki kanun arasındaki en temel fark yeni kanun ile kar ve sermaye transferlerini kısıtlayan hükümlerin kaldırılmış olmasıdır. 24 Ocak 1980 kararları ile ülkenin dış dünyaya entegrasyonunu sağlamak amacıyla para ve döviz politikaları değiştirilmiştir. 24 Ocak sonrası süreçte 6224 Sayılı Kanunda önemli değişiklikler yapılmıştır. 6224 Sayılı Kanun dönemin şartlarına göre liberal bir düzenleme olmasına rağmen 1980 yılından sonra yatırım ortamının gelişmesi ve benimsenen ekonomi politikası ile ekonomik alanda meydana gelen dengesizlikler nedeniyle yetersiz kalmıştır. Yatırım ortamının daha da gelişmesine imkân vermek adına 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Yeni kanun’un çıkarılmasındaki amaç yatırımı teşvik etmekten ziyade yabancı yatırımlar önündeki engelleri kaldırmak ve yatırımcıya güven vermektir. Bu nedenle Kanun yabancı yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmalarının serbest olduğunu belirtirken önceki mevzuatta bulunan izin sistemini de ortadan kaldırmıştır. Bunun yerine bilgilendirme sistemi getirerek yabancı yatırımcıların önündeki bürokratik engeli kaldırmıştır. Yeni Kanun’un amaçlarından bir diğeri de yabancı yatırımcı haklarının

⁶⁹ Ülkeler ikili yatırım anlaşmaları ile yatırımlarını kamulaştırmaya karşı güvence altına alabilmektedirler. Türkiye Cumhuriyeti’nin yabancı ülkeler ile imzalamış olduğu ikili yatırım anlaşmaları için Bkn. Invest In Turkey> Yatırım Kılavuzu> YatırımMevzuatı <http://www.invest.gov.tr/trTR/investmentguide/investorsguide/Pages/BusinessLegislation.aspx> Erişim tarihi: 10.07.2016

korunması ile yatırım ve yatırımcı kavramlarının uluslararası standartlara getirilmesidir. Yerli ve yabancı yatırımcıların eşit muameleye tabi olmaları, transfer serbestisi, yatırım anlaşmazlıklarının tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık yolları ile çözümü gibi düzenlemelerle Kanunun uluslararası standartlara uyumunu sağlamıştır.

UNCTAD 2000 yılı Dünya Yatırım Raporu’na göre Türkiye en fazla yatırım çeken ülkeler arasında 53. sıradadır. 4875 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden hemen sonra 2004 yılında yayınlanan rapora göre ise 35. sırada yer almıştır. 2015 Raporuna göre ise 20. sıradadır.⁷⁰ Yabancı yatırım girişlerinde görülen bu artış Kanun’un yabancı yatırım önündeki bürokratik engelleri kaldırmasının ve yatırım yapmayı kolaylaştırmasının yatırımcı açısından olumlu karşılandığı göstermektedir. Fakat, Türkiye yabancı sermaye yatırımları girişinde belirgin bir ilerleme göstermesine rağmen gelişmekte olan ülkelere yönelik yatırımlardan halen istenilen kadar pay alamamaktadır.⁷¹ Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere istenilen payı alamamasındaki en önemli unsur, doğrudan yabancı yatırımların ekonomik kalkınma stratejisinin temel bileşeni haline getirilmemiş olmasıdır. Hukuki altyapıdaki gelişmeler göz önüne alındığında istenilen payın alınamamasının mevzuattan ziyade ekonomik ve politik nedenlerden kaynaklı olduğu görülmektedir.

4875 Sayılı Kanun’un kabulü ile birlikte yabancı yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmaları için gereken hukuki altyapı sadeleştirilmiştir. Türkiye’ye gelecek yatırımcıların herhangi bir merciden izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır, yabancı yatırım ve yatırımcı tanımlaması yeniden yapılmış ve uluslararası standartlara uygun hale getirilmiştir, yabancı yatırımcının hakları güvence altına alınmıştır, anapara ve kar transferi serbestisi getirilmiştir, yatırımlarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü için tahkime gidilebileceği kanunda belirtilmiştir. Ancak, kanun koyucunun ihmal ettiği noktalardan birisi orta ve küçük ölçekli yerli işletmelerin güçlü yabancı sermayeye karşı rekabet gücünün olmamasıdır.⁷² Kanunda buna yönelik bir tedbir bulunmamaktadır. Kanunda buna yönelik yapılacak bir

⁷⁰ UNCTAD, World Investment Report 2000, World Investment Report 2004 ve , World Investment Report 2015 <http://www.yased.org.tr/tr/yayinlar-ve-raporlar/birlesmis-milletler-ticaret-ve-kalkinma-orgutu-unctad-dunya-yatirim-raporu-ve-yased-dunya-yatirim-ra> Erişim tarihi: 10.07.2016

⁷¹ Mehmet Mucuk, n.10, s.101

⁷² Cemile Demir Gökyayla ve Ceyda Süral, ‘4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler’ (2004) 6(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s.166

düzenleme hem yatırım hem de rekabet ortamının geliştirilmesi için faydalı olacaktır.

Ayrıca, 4875 sayılı Kanunun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere; bu kanun, bir teşvik kanunu değildir. Bu nedenle yabancı sermayeli şirketlere Kanun kapsamında ayrı bir teşvik sistemi öngörülmemiştir. Ancak, yerli şirketlerin yararlandığı haklardan yabancı sermayeli şirketlerde ayırım gözetilmeksizin yararlanacağı belirtilmiştir. Yabancı yatırım kararında ev sahibi ülkelerin sağlayacakları teşvik ve avantajlar etkilidir.⁷³ Kanun'un yabancı yatırımcılara sağladığı bu eşitlik, yatırım promosyon ajansları ile desteklenmelidir. Kanun'un teşvik konusuna değinmemesi kanun'un bir eksikliği gibi görülebilir. Fakat bu açık T.C. Başbakanlık Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı ile Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kurulu'nun Türkiye'yi bir marka olarak tanıtmak ve yatırım önündeki engelleri ortadan kaldırmak için komiteler kurması ile giderilmiştir. Böylelikle, 4875 sayılı Kanun ile Türkiye'de doğrudan yabancı sermaye yatırımları iktisat politikasının önemli bir aracı haline getirilmiştir.

Sonuç

Yabancı sermaye yatırımları, sermaye birikimi ve istihdamı artırarak, bilgi ve teknoloji transferine imkân sağlayarak ev sahibi ülkenin ödemeler dengesi, istihdam hacmi, teknolojik gelişimine olumlu katkılar sağlamaktadır. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde tarıma dayalı ekonomik politika yürütülmesi nedeniyle finansal işlemlerde yabancı yatırımlar ve buna yönelik düzenlemeler üzerinde durulmamış fakat yabancı sermayeye yönelik herhangi bir kısıtlama da uygulanmamıştır. Osmanlı Devleti'nden liberal bir ekonomi politikası devralmasına rağmen Cumhuriyetin ilk yıllarında yaşanan ekonomik krizler nedeniyle Türkiye'de ulusal ekonomiyi koruma düşüncesi ile sermaye hareketlerinin devlet kontrolü altında olduğu, müdahaleci, hatta yabancı sermaye girişini engelleyici politikalar izlenmiştir. Türk parasının değerini korumak adına döviz ile işlem yapma yasağı bu politikalara bir örnektir. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymeti Koruma Hakkında Kanun Türkiye'de yabancı sermaye kontrolünün miladı olarak kabul edilebilir. Döviz ile yapılan işlemlerin düzenlenmesi esaslı bu kanunda yer alan hükümlere dayanmaktadır ve yabancı sermaye yatırımlarına yönelik karar alınması Bakanlar Kurulu'nun yetkisine bırakmıştır. Bu kanun 1980'lere kadar Türkiye'ye yabancı sermaye

⁷³ Israel Luski ve Mozi Rosenboim, 'Optimal Policy for FDI Incentives: An Auction Theory Approach' (2009) 12(3) European Research Studies s. 62

girişini engelleme politikasının bir aracı olarak kullanılmıştır. Öte yandan, 5821 sayılı ve 6224 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik kanunları finansal serbestleşmeye kadar Türkiye’ye gelen doğrudan yabancı sermaye yatırımlarını yönlendirilmiştir. Yabancı sermaye girişine karşı olan tutum göz önüne alındığında, bu kanunlar o dönemde, tüm sınırlamalarına rağmen, Türkiye’nin en liberal kanunlarından sayılabilir ve yabancı sermaye rejimi oluşturma yönündeki çabaları ortaya koymaktadırlar. 1980’e kadar olan süreçte kanun koyucunun yabancı sermayeye karşı tutumları kanuna yansımış ve yabancı sermayenin ülkeye girişi engellenmiştir. Yani, Türkiye’nin 1980’lerin başına kadar yabancı sermaye yatırımları konusunda önemli bir gelişme gösterememesinin nedenlerinden biri ilgili hukuki mevzuatın yabancı sermaye girişini engellemesidir.

1980’lerin başında ekonomik serbestleşmeye bağlı olarak dünyada önemli sermaye hareketleri görülmeye başlanmıştır. Yabancı sermayenin bir ekonominin kalkınmasında önemi artmıştır. Bu nedenle gelişmekte olan ülkeler finansal piyasalarını geliştirmek ve uluslararası sermaye akışlarından daha fazla pay almayı amaçlamışlardır. Bu dönemde başlayan serbestleşme dönüşümü Türkiye’yi de etkilemiştir. Yabancı sermayeyi ülkeye çekmek temel politikalarından biri olarak kabul edilince mevzuatta yabancı yatırımcıların yatırım yapmasına engel teşkil eden sınırlamaların kaldırılması yoluna gidilmiştir. Böylece, Türkiye 24 Ocak 1980 tarihinde serbest piyasa uygulamalarına dayalı ekonomi politikalarını esas alan yapısal değişiklik sürecine girmiştir. Bu değişim sürecine paralel olarak uygulanan finansal serbestleşme politikaları da bu sürecin en önemli parçası haline gelmiştir. 1980 dönüşümü Türkiye’de yabancı sermaye açısından bir dönüm noktasıdır çünkü 1980’e kadar yasaklanmış olan bu sermaye türünün ülkeye girmesi serbest bırakılmıştır. Alınan bu kararlar ile gerçekleştirmesi hedeflenen yapısal uyum sürecinin temel felsefesi, ekonomik düzlemde devlet faaliyetlerini en aza indirgenmesi, yabancı sermayeyinin önündeki engellerin kaldırılması ve çeşitli teşviklerle yabancı yatırımcıları ülkeye çekerek daha fazla yatırım yapılması sağlanmasıdır. Finansal serbestleşmenin başarıya ulaşabilmesi için alınan serbestleşme kararının yasa ile desteklenmesi bir zorunluluk olmuştur. 32 sayılı Bakanlar Kurulu konvertibiliteye geçiş kararı, sermaye hareketlerinin serbestleştirilmesi yönünde atılan önemli bir adımdır. Bu karar ile yabancı sermaye üzerindeki miktar kısıtlamaları kaldırılmış ve yabancıların Türkiye’deki menkul kıymet piyasasından alım yapabilmelerine izin verilmiştir. Bu düzenleme sonucunda yabancı yatırımcılar herhangi bir izne tabii olmadan Türkiye’de yatırım yapabilmelerinin önü açılmıştır.

Finansal serbestleşme sonrası yabancı sermaye mevzuatında yapılan reformlara rağmen mevzuatın yabancı yatırımcı haklarını korumada yetersiz

kalması ve uluslararası standartlardan farklılaşması nedeniyle 4875 Sayılı Kanun ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Böylece, Türkiye'deki yabancı sermaye mevzuatı iki hukukî metne indirgenmiş ve büyük ölçüde sadeleştirilmiştir. 4875 sayılı Kanun yabancı doğrudan yatırımlar için yasal bir rehber niteliğindedir. Bu çerçevede, yabancı sermaye mevzuatının, daha önceki mevzuata nazaran, kapsamı biraz daha daraltılmıştır. Bu sadeleştirmenin amacı Türkiye'de yapılacak yabancı yatırımları kolaylaştırmak ve yatırımları üzerindeki bürokratik engellerin mevzuat bazında kaldırılmasıdır.

Hukuksal açıdan bakıldığında yabancı sermaye konusunda belirlenen ilk politikaların ekonomiyi korumak adına liberal anlayıştan uzak bir takım sınırlamalara bağlı kaldığı görülmüştür. 1980 yılına kadar uygulanan politikaların dışa kapalı özellikler taşıması, kanunların yabancı yatırımın faaliyet götereceği alanları dar tutması, bürokratik işlemlerin engel teşkil etmesi yabancı yatırımın ülkeye çekilmesine engel olmuştur. Ancak zamanla bu anlayış yerini yabancı yatırımcı çekmeye odaklı politikalara bırakmıştır. 24 Ocak kararları ile getirilen yeni düzenlemelerde yabancı sermayeye yönelik hukuki altyapı koşulları geliştirilmiş, yabancı sermayeye daha gerçekçi bir gözle bakılmış, geçmişte karşılaşılan güçlükler çözümler üretilmeye çalışılmış, yabancı sermaye önündeki engeller kaldırılmıştır. Devletin ekonomik faaliyetlerdeki rolü azaltılmış, serbest piyasa mekanizması işlerlik kazanmıştır. Yapılan değişikliklerden en önemlileri kambiyo rejiminin serbestleşmesi, kar ve ana sermaye transfer sınırlamasının kaldırılması, izin alma zorunluluğunun kaldırılması, yatırım yapılabilecek alanların genişletilmesi olarak sayılabilir. Alınan kararlar doğrultusunda yasal mevzuat düzenlemeleri ile yabancı sermaye girişinin önünün açılmasına yönelik ilk adımlar atılmıştır. Yapılan bu değişiklikler yabancı sermaye hareketlerine olumlu şekilde yansmıştır. Kısa vadeli sermaye hareketleri hızlanmış ve 1990 yılında doruk noktaya ulaşmıştır.⁷⁴ Gerçekleşen mevzuat değişiklikleri sonucu yabancı yatırımcıların Türkiye'ye gösterdiği ilgi artmıştır. Sermayenin ülkeye girişi ile ilgili gerekli düzenlemelerin yapılmasıyla yabancı sermaye üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması doğru bir yaklaşım olmuştur. Bu düzenlemelere ek olarak rekabet ortamının yerli şirketlerin aleyhine dönüşmemesi için tedbirler alınması kanunun geliştirilmesi bakımından göz önüne alınması gereken bir husustur.

⁷⁴ Güloğlu ve Altunoğlu, n. 61, s.16

Kaynakça

- 1447 sayılı Menkul Kıymetler ve Kambiyo Borsaları Kanunu (Kabul tarihi 16. 05. 1929)
- 1567 sayılı Türk Parası Kıymeti Koruma Hakkında Kanun (Kabul tarihi 20.02.1930)
- 2499 Sayılı Türk Sermaye Piyasası Kanun (Kabul Tarihi: 28.07.1981)
- 5821 sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu (Kabul Tarihi 09.08.1951)
- 6224 Sayılı Yabancı Sermaye Teşvik Kanunu (Kabul Tarihi 23.02.1954)
- 6224 Sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (Kabul Tarihi 18.01.1954)
- Açıkalın, S. ve Ünal, S. *Doğrudan Yatırımlar ve Portföy Yatırımları: Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi* (Ekin Yayıncılık, 2008)
- Ağır, H., *Türkiye’de Finansal Liberalizasyon ve Finansal Gelişme İlişkisinin Ekonometrik Analizi* (BDDK Kitapları, Yayın No. 8. 2010)
- Alpar, C., *Çok Uluslu Sirketler ve Ekonomik Kalkınma*, Ankara, 1977
- Altun, Ş., *Türkiye’de Yabancı Sermayenin Tarihsel Gelişimi* (G.M. Matbaacılık, 2008)
- Arıkan, D., *Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları* (Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2006)
- Başirli, M., ‘Osmanlı’da Borsa: Dersaadet Tahvilât Borsası’ndan Eshâm Ve Tahvilât Borsası’na Yeni Düzenleme Girişimleri’ (2009) 19(1) Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 185-208
- Blomstorm, M. ve Kokko, A., ‘Multinational Corporations and Spillovers’ (1998) 12(2) Journal of Economic Surveys s.1-31.
- Bosdağlıoğlu, Y., ve Evlimoğlu, U., ‘Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişme: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları’ (2014) 6(11) Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s.32-52
- Brewer, T., David K., ve Lim, L., *Investing in Developing Countries. A Guide for Executives* (Lexington Books, 1986)
- Clarke G.R., ‘How Institutional Quality and Economic Factors Impact Technological Deepening In Developing Countries’ (2001) 13 Journal of International Development 1097-1188

Coyne, J.E., *Targeting the Foreign Direct Investor* (Kluwer Academic Publishers, 1995)

Çelikel, A., ve Gelgel, G., *Yabancılar Hukuku* (Beta Basım Yayın, 2010)

Demircan, H., 'Dünyada ve Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Stratejileri' http://www.hazine.gov.tr/arastirma_inceleme/ar_inc_35.pdf
15.08.2004 s.11. Erişim Tarihi: 10.07.2016

Dumrul, C., ve Dumrul, Y., 'Osmanlı İmparatorluğu'nun Kapitalist Paternde Sanayileşmesinin Önündeki Engeller Üzerine Bir İnceleme' (2014) 23 Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi s. 146-170

Eren, A., *Türkiye Ekonomisi* (Ekin Kitapevi,2008)

Eşiyok, A. 'İktisadi Dönemler İtibari ile Türkiye Ekonomisinde Kalkınma (1923-2004)' Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş, Ekonomik Araştırmalar, 2006, [http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/GA/2006-GA/GA-06-02-02_Turkiye_Ekonomisinde_Kalkinma_\(1924_2004\).pdf](http://www.kalkinma.com.tr/data/file/raporlar/ESA/GA/2006-GA/GA-06-02-02_Turkiye_Ekonomisinde_Kalkinma_(1924_2004).pdf)
Erişim Tarihi:12 Mayıs 2016

Goldstein, I., ve Razin, A., 'Foreign Direct Investment versus Foreign Portfolio Investment' (2005) NBER Working Paper, No:W11047

Gökyayla, C.D., ve Süral, C., '4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler' (2004) 6(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s.131-167

Güloğlu, B. ve Altunoğlu, E., 'Finansal Serbestleşme Politikaları ve Finansal Krizler: Latin Amerika, Meksika, Asya ve Türkiye Krizleri' (2002) 27 İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi s.107-134

Gürak, H., 'Küreselleşme Nereye Götürüyor? Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Verimlilik ve Gelir Dağılımı' (2003) 2(20) Verimlilik Dergisi

İnalçık, *Tarihi İstatistikler Dizisi Başlarken, Osmanlı İmparatorluğu'nun ve Türkiye'nin Nüfusu 1507-1927* (Tarihi İstatistikler Dizisi, Cilt: II, 1996 Ankara, DİE)

Karaca, C., *Türkiye'nin Güncel Ekonomik Mali Sorunları ve Politikaları* (Ekin Yayınevi, 2016)

Kepenek, Y. ve Yentürk, N., *Türkiye Ekonomisi* (2011 İstanbul: Remzi Kitapevi)

Koçtürk, M. ve Eker, M., 'Dünyada ve Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Çok Uluslu Şirketlerin Gelişimi' (2012) 18(1) Tarım Ekonomisi Dergisi s.35-42

Köse, M. ‘Osmanlıda Borsa ve Galata Bankerlerinin Devletin Mali Yapısındaki Yeri’ (2001) 8(18) Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 229-251

Mucuk, M., *Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Teori ve Türkiye Uygulaması* (Çizgi Kitapevi 2011)

OECD 2002 Yıllık Raporu< <http://www.oecd.org/about/2080175.pdf>>
Erişim tarihi: 04.07.2016

Özel, S., ‘Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme’ 23(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 599-618

Pamuk, S., *Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914* (GerçekYayıncılık, 1997)

Saggi, K., ‘Trade, Foreign Direct Investment and International Technology Transfer: A Survey’ (2002) 17(2) The World Bank Research Observer 191-235

Seyidoğlu, H., *Uluslararası İktisat: Teori Politika ve Uygulama* (15. Baskı, Güzem Can Yayınları 2003)

Şener, S., ve Kılıç, C., ‘Osmanlıdan Günümüze Türkiye’de Yabancı Sermaye’ (2008) 10(1) Bilgi Dergisi 22-49

Şirin, E., *Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirme Rejimi* (Vedat Kitapçılık, 2006)

T.C Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Karar No.89/14391 (Kabul Tarihi 11.8.1989)

Takim, A. ve Yılmaz, E., ‘Economic Policy During Ataturk’s Era in Turkey 1923 – 1938’ (2010) 4(4) African Journal of Business Management 549-554

Tellan, D.Ö., ‘Tüketimin Karşı Devrimi: Türkiye’de 1980 Sonrası Uygulanan İktisat Politikalarının Toplumsal Sonuçlarına Eleştirel Bir Bakış’ (2008) 19(67) Ekonomik Yaklaşım Dergisi s.1-19

Tokgöz, E., *Türkiye’nin İktisadî Gelişme Tarihi 1914-2001* (Ankara İmaj Yayınevi, 2001)

Tülen, H., ‘Yabancı Yatırımcıların Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Çerçevesinde Taşınmaz Edinmelerinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu Üzerine Bir İnceleme’ (2008) 12(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51-99

Tüleykan, H. ve Bayramoğlu, S., ‘Türkiye’de 24 Ocak Kararları İle Başlayan Finansal Serbestleşmenin Günümüz İktisadi ve Mali Yapısına Yansımaları’ (2016) *The Journal of Academic Social Science Studies* s. 402-420

Van Horne, J., *Financial Market Rates and Flows* (3. Baskı, Prentice-Hall 1990)

World Bank Group , ‘Turkey Partnership: Country Program Snapshot’ (October 2013)

Yılmaz, L. ‘4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler’ (2006) *10 İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 173-190

AHMET CEVDET PAŞA FARAZİ DAVA VE DURUŞMA YARIŞMASI II*

KURGU OLAY

78 yaşında ayırt etme gücüne sahip A, Nevşehir’de sahibi olduğu arsasına bir bina yaptırmak istemektedir. A’nın arsası ile uzun süredir ilgilenen Sağlam İnşaat Limited Şirketi, yetkili temsilcisi T aracılığıyla A ile iletişime geçmiştir. 1.3.2012 tarihinde bir sözleşme akdetmişlerdir. Bu tarihte yürürlükte olan imar mevzuatı kurallarına göre arsanın bulunduğu mevkide 8 kata kadar bina yapılması uygundur. Noter huzurunda akdedilen sözleşme hükümleri şunlardır:

Sağlam Ltd. Şti, 8 katlı ve her katta iki bağımsız bölümün bulunduğu 16 dairelik bir apartman inşa edecektir. 16 dairenin 8 tanesi arsa sahibi A’ya, 8 tanesi de şirkete ait olacaktır. A, kaba inşaat bittiğinde şirkete ait olacak 8 adet bağımsız bölümün 6 tanesine karşılık gelen arsa payını devredecek, kalan 2 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payları da bütün inşaat tamamlandıktan sonra A’nın payına düşen bağımsız bölümler sözleşmeye uygun olarak teslim edildikten sonra şirkete devredilecektir. İnşaatın tamamında birinci sınıf malzeme ve işçilik kullanılacak, bahçe peyzajı, ruhsat ve kat mülkiyeti işlemleri tamamlanmış olacaktır. Sağlam Ltd. Şti’nin bu inşaatı 1.4.2012’de başlayıp 1.3.2015 tarihinde tamamlayıp teslim etmesi gerekmektedir. Şirket teslimde, A arsa payını devir borcunu ifade teslimde gecikilecek olursa 50.000,00 TL. ve gecikilecek her ay ve her bağımsız bölüm bakımından o günkü rayiç kira bedelinin ödenmesi kararlaştırılmıştır.

15.3.2012 tarihinde Nevşehir Belediyesi imar planında değişiklik yapmıştır. A’nın arsasının bulunduğu mevkiinin en fazla 10 katlı bina yapılmasına uygun olduğu yönünde imar planı değişikliği yapılmıştır. Durumdan haberdar olan şirket bu konuda A’ya bilgi vermemiş ve projeyi bina 10 katlı ve 20 bağımsız bölümlü olacak şekilde çizdirerek inşaatı başlatmıştır. Kaba inşaat 10.01.2014’te tamamlanmış ve inşaatın bu halini gören A’ya, fazladan yapılan iki kattan bahsedilmeyerek buralar bodrum ve apartman girişi olarak tanıtılmıştır. A ise şirket yetkililerinin ifadelerine

* 02 Mayıs 2016 tarihinde Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi konferans salonunda Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi takımlarının katılımıyla gerçekleştirilmiştir.

inanmış ve aynı tarihte tapuda 6 bağımsız bölüme karşılık geldiğini düşünerek tapuda 6/16'lık arsa payı şirkete devredilmiştir. Şirket de derhal bu payları, inşaatı finanse etmek gayesiyle çocukları için yatırım yapmak isteyen Ü'ye satmış ve tapuda devir gerçekleşmiştir.

1.3.2015'te şirket inşaatı tamamlamış ve A'ya teslim hazır olduğunu bildirmiştir. A'dan % 12,5'lik arsa payını devretmesini talep eder. Fazladan inşa edilen katları gören A, şirkete sadece 8 tane bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını devretmeyi üstlendiğini, dolayısıyla sadece % 2.5'luk arsa payını devredeceğini beyan etmiştir. Şirket ise, sözleşme hükümlerinin yorumundan % 50 arsa payının anlaşılması gerektiğini ve % 12,5'lik arsa payının ve dolayısıyla bağımsız bölümün devrini talep etmektedir.

A, konu hakkında yanlış bilgilendirildiğini ileri sürerek şirketin talep ettiği pay oranını devirden kaçınmıştır. Şirket, alacaklının temerrüde düştüğünü iddia ederek 50.000,00 TL ve 4 daire için gecikilen aylar için rayiç kira bedeli talebiyle 5.2.2016 tarihinde A'ya dava açmıştır.

ERZINCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
TAKIMI DAVACI DİLEKÇESİ

Hazırlayanlar: Alparslan YILDIZTAŞI - Eda ÖZGÜR

NEVŞEHİR ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ'NE

DAVACI : Sağlam İnşaat Limited Şirketi
Adres:

VEKİLİ :

DAVALI : (A)
Adres:.....

VEKİLİ :

KONU : Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ihlalden doğan cezai şart ve götürü tazminatın istemi

DAVA DEĞERİ : Fazlaya ilişkin haklarımız saklı kalmak üzere 50.000.000 TL ve 4 bağımsız bölüm ve gecikilen her ay (yaklaşık 11 ay) için rayiç kira bedeli toplamının yasal faizleriyle birlikte hesaplanması sonucu elde edilen değer

I. MADDİ OLAY

1. Müvekkilim Sağlam İnşaat Limited Şirketi, 01.03.2012 tarihinde Nevşehir'de bulunan ve davalı A'nın sahibi olduğu arsaya bir bina yapma konusunda davalı A ile anlaşmış, davalı ile müvekkilimiz bu hususta noter huzurunda bir sözleşme imzalamışlardır.

2. Taraflar arasında noter huzurunda akdedilen bu sözleşmeyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte Nevşehir Belediyesinin imar planına göre en fazla 8 kata kadar bina yapılması uygun görüldüğünden, 8 kattan ve 16 bağımsız bölümden oluşan bir bina yapılması hususunda anlaşmışlardır.

3. Noter huzurunda yapılan bu sözleşmeye göre 16 bağımsız bölümün yarısına tekabül eden 8 daire davalıya, 8 daire ise müvekkilimiz şirkete bırakılacak şekilde anlaşılmıştır. Yine sözleşmeye göre arsa sahibi davalı A, kaba inşaat tamamlandığında müvekkilimize 8 adet bağımsız bölümün 6'sına karşılık gelecek arsa payını, inşaat tamamlandığında ise geriye kalan iki bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını devretmekle yükümlü tutulmuştur.

4. İnşaatın teslimi için 01.03.2015 tarihi taraflarca kararlaştırılmış, davacı müvekkilimizin bu tarihte teslimde, davalı arsa sahibinin ise arsa payını devir borcunda gecikmesi haline ilişkin olarak 50.000.000 TL ve gecikilecek her ay ve her bağımsız bölüm hakkında o günkü rayiç kira bedelini ödemesi kararlaştırılmıştır.

5. Müvekkilim ve davalı arasında sözleşmenin bu hükümler çerçevesinde akdedilmesinden 2 hafta sonra 15.03.2012 tarihinde Nevşehir Belediyesi imar planında değişiklik olmuş ve 10 kata kadar bina yapılmasına müsaade edilmiştir.

6. Müvekkilim bu değişikliğe binaen inşaat projesini 10 katlı ve 20 bağımsız bölümlü olacak şekilde çizdirmiş ve 10.01.2014 tarihinde kaba inşaatı tamamlamıştır. Davalı bu tarihte kaba inşaatı bizzat görmüş, incelemiş ve sözleşmeye aykırı bir durum tespit etmediğinden sözleşmede öngörülen kaba inşaat sonunda gereken pay devrini gerçekleştirmiştir.

7. Sözleşmede kararlaştırılan tarih olan 01.03.2015 tarihinde müvekkilimiz inşaatı tamamlamış ve davalıya teslim hazı olduğunu bildirmiştir. Sözleşmede kararlaştırılan paylaşıma göre davalı henüz müvekkilimize %37,5'luk arsa payını devrettiğinden, müvekkilimiz kendisine düşen edim borcunu tamamlamış olması nedeniyle geriye kalan % 12,5'luk arsa payının kendisine devredilmesini talep etmiştir.

8. Bu talep karşısında davalı yalnızca 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının devrini borçlandığını ileri sürerek, %12,5'luk arsa payının devrini gerçekleştirmeyeceğini sadece %2,5 oranında arsa payı devredebileceğini söyleyerek müvekkilimizin talebini reddetmiştir. İş bu dava ile müvekkilimiz gerek inşaatı teslim almaktan imtina eden, gerekse payları devir borcundan kaçınarak sözleşmeye aykırı davranan davalıya karşı sözleşmede kararlaştırılan 50.000.000 TL'lik cezai şartı ve devri gerçekleştirilmeyen 4 bağımsız bölüm için birikmiş yaklaşık 11 aylık kira bedellerini talep etmektedir.

II. DAVAYA İLİŞKİN İDDİALARIMIZ

1. Davacı müvekkilimiz ile davalı arasında kurulan sözleşmede davacı, davalı arsa sahibinin arazisi üzerinde bağımsız bölümler inşa etmeyi, buna karşılık davalı da davacı müvekkilimize arsa payı devrini borçlanmıştır. Bu sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş, karma nitelikli atipik bir sözleşme olup uygulamada “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kat yapım sözleşmesi, ...” vb gibi isimlerle anılmaktadır. Sözleşmenin karma niteliği, muhtevasında eser sözleşmesinin ve taşınmaz satışına ilişkin unsurların bulunmasından kaynaklanmakta olup, özellikle bağımsız bölümlerin inşası eser meydana getirmekle, payın devri ise taşınmaz satışı ile sıkı ilişki içindedir. Ancak unutulmamalıdır ki sözleşme bu iki sözleşmenin unsurlarından ibaret olmayıp kendisine özgü karaktere de sahiptir.

Müvekkilimiz ve davalı arasında yapılan sözleşmeden de anlaşıldığı üzere taraflar arsa paylarının inşaattaki aşamaya göre devri konusunda anlaşmışlardır. Burada “satış” veya “satış vaadi” ifadelerine yer verilmemesi sözleşmenin satış vadini içerdiği gerçeğini değiştirmemekte olup, taraf iradelerinin bu yönde olduğu açıktır. Ayrıca resmi şekil şartına uyulduğundan sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna da şüphe yoktur (TMK. m. 706, TBK. m. 237, Tapu K. m. 26 ve Noterlik K. m. 60 ve m. 89'a uygun olarak) .

Ekte sunduğumuz sözleşmede müvekkilimiz ve arsa sahibi 8 katlı ve 16 bağımsız bölümden oluşan bir bina inşa etme konusunda anlaşmışlardır. Söz konusu 8 kat, sözleşmenin kurulduğu andaki imar mevzuatı kurallarına göre arsanın bulunduğu mevkide belirlenen en fazla kat sayısına uygun olarak kararlaştırılmıştır. Ancak sözleşmenin kurulmasından belli bir süre geçtikten sonra, henüz proje dahi çizilmeden 15.3.2012 tarihinde imar planında değişiklik yapılmış ve anılan mevkide 10 katlı bina yapımına izin verilmiştir. Müvekkilimiz gerek kendisinin gerekse davalının gerçek iradesinin izin verildiği ölçüde kat yapma yönünde olduğunu bildiğinden projeyi 10 katlı ve 20 bağımsız bölümden oluşacak şekilde çizdirmiş ve binanın inşasına başlamıştır.

Davacı müvekkilimiz ile davalı arasında yapılan sözleşmede her ne kadar 8 katlı ve 16 bağımsız bölümden oluşacak bir inşaat yapımı konusunda anlaşma sağlanmış olsa da, imar planında veya başkaca herhangi bir gelişme durumunda nasıl bir yol izleneceğine dair hüküm tesis edilmemiş, bu husus sözleşmede boş bırakılmıştır. Bu boşluğun tarafların gerçek veya bu tespit edilemediğinde farazi iradelerine bakılarak tamamlanması gerekmektedir. Zira davalının salt sözleşmenin lafzına dayanarak, fazla inşaatı görmezden

gelmesi ve buna ilişkin payın devrinden kaçınması hukuki dayanaktan yoksun olup kabulü mümkün değildir.

İlave bağımsız bölüm yapılmasında, arsa sahibi, yapılan ilave bağımsız bölüme yapım aşamasında itiraz etmemişse, bu fazla inşaata onay vermiş sayılır; sonradan, arsa sahibinin, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davrandığını ileri sürmesi dürüstlük kuralına ters düşer ve hakkın kötüye kullanılmasına sonucunu doğurur.

2. Burada sözleşmede yer alan 8 katlı bağımsız bölümün altında yatan iradenin imar planındaki azami kat sayısı olduğu göz önüne alınmalı ve meydana getirilen fazla inşaatın da ne şekilde pay edileceği bu iradeye uygun olarak belirlenmelidir. Sözleşmenin tamamlanması ilk olarak sözleşmenin içeriğinin belirlenmesini gerektirir. Yani sözleşmedeki bilinçli olmayan bu boşluk tamamlanmadan evvel sözleşmede tarafların gerçek ve ortak iradelerinin belirlenmesi, bunu yaparken de sözleşmede belirtilen 8 kat ve 16 bağımsız bölüme ilişkin anlaşmanın altında yatan asıl niyetin saptanması gerekmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m.19/f.1 hükmüne göre “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları kelimelere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” Burada davalı ve davalının gerçek ve ortak iradesine bakıldığında söz konusu tarihte mevcut imar planı azami 8 kata izin verdiği için taraflar bu şekilde anlaşmak durumunda kalmışlardır. Sözleşmenin yapıldığı tarihte imar mevzuatının 10 kata izin vermiş olması ihtimalinde taraflar da bu 10 kat üzerinden sözleşmeyi yapacak olup, bunun aksinin iddia edilmesi sözleşmenin amacına aykırıdır. Bu noktada TBK m.19/f.I’de dikkate alındığında yalnızca sözcüklerin anlamına bağlanıp kalınmamalı, tarafların gerçek veya farazi iradeleri de araştırılmalıdır.

Davacı müvekkilimiz arsa sahibinin varsayılan iradesini de dikkate alarak projeyi 10 katlı olarak çizdirmiş, davalı arsa sahibi ise sözleşmenin ifası sürecinde iradesinin yeni imar planına göre çizilen projeye uygun olduğunu ortaya koymuştur. Sözleşmenin tamamlanması aşamasına kadar aksi kanaat uyandıracak bir davranışta veya söylemde bulunmamıştır. Kaldı ki yapılan fazla inşaata ilişkin gerçek iradenin tespit edilememesi halinde, sözleşmenin yorumunda da oldukça sık ön plana çıkan güven prensibine ve tarafların farazi iradelerine bakılmasında da aynı sonuca ulaşılacağı açıktır. Uygulamada çoğunlukla, beyanların anlamı hususunda çıkan uyuşmazlıkların çözümü bakımından, TBK m.19/f.I hükmü yetersiz kaldığından güven ilkesine başvurulmaktadır.

Nitekim Yargıtay bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına gönderme yapmak suretiyle, sözleşmenin güven ilkesine dayanarak yorumlanması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir : "...Yorum kısaca işin esasını ortaya çıkarmaktır. Gerçekte yanların irade beyanının yorumu yapılmaktadır. Federal Mahkeme kararlarında belirtildiği üzere irade beyanı gideceği yere vardığı zaman büründüğü şekil içinde yorumlanır. Baskın olan ilke Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden çıkan güven ilkesidir. Objektif metod tarafların istemlerinin sübjektif olarak dikkate alınmasına izin vermez. Sözleşmeyi yapanların o sözleşme ile varmak istedikleri amaç hakiki ve müşterek maksatları gerçek niyetleri bulunmalıdır. Sözleşme bir bütündür." denilerek sözleşmenin yorumunda güven teorisinin, sözleşmeyi yapanların asıl amaç ve gayelerinin önemini vurgulamıştır. O halde davalının imar mevzuatına uygun sözleşme yapma iradesi, sözleşmede lafzen yer almasa da, güven prensibi de esas alındığında müvekkilimizin imar planında en fazla kat sayısına uygun olarak borcunu ifa etmekte bir sakınca görmemiş olması sözleşmeye ve taraf iradelerine uygundur.

3. Sözleşmedeki kat sayısı belirlenirken asıl iradenin imar mevzuatında izin verilen azami kat sayısı olduğu güven prensibine de uygun olarak sabit olup, fazla inşaata ilişkin payın ne şekilde belirleneceği konusunda sözleşmede bir açıklık bulunmamaktadır. Burada da yine güven teorisinin ışığında, sözleşmede düzenlenmeyen hususlarda tarafların farazi iradesine bakılmalıdır.

Davalının bu yönde farazi bir iradesinin olmadığı iddiasının dürüst bir kimse esas alındığında ne kadar da tutarsız kalacağı aşikârdır. Dürüstlük, bir kimseden namuslu, dürüst, makul bir insan olarak beklenen davranış olup bu ilke sözleşmelerin yorumlanması ve borçların ifasında da büyük önem taşır.

Farazi irade; tarafların sözleşmede düzenlemedikleri bir noktayı sözleşmede düzenlemiş olsalardı sözleşmenin amacı, dürüstlük kuralı ve teamüller çerçevesinde ne kararlaştırmış olabilecekleri konusunda yapılacak araştırmanın tarafların iradesine dayandırılmasıdır. Tabii burada tarafların farazi iradesi esas alınırken dürüst bir kimsenin ne yönde irade göstereceği önemlidir. Uygulama ve doktrinde sözleşmede kararlaştırılmamış olmakla birlikte sonradan ortaya çıkan durumlardan kaynaklanan değişikliklere ilişkin olarak tarafların farazi iradelerinin esas alınacağı noktasında görüş birliği mevcuttur. Yargıtay'ın 05.05.2011 tarihli bir kararında "...Uyarlama daima yardımcı bir çözüm yolu olarak düşünülmelidir. Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirme yapılmalı özellikle tarafların farazi iradeleri, yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin inikadı sırasında düzenlemiş olsalardı doğru ve makul düşünen

taraflar olarak neyi kararlaştırmış olabileceklerinin tespitine önem vermelidir.” diyerek farazi iradenin bir nevi esasını belirtmiştir.

4. Farazi iradeyi tespit ederken sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada davalının davranışlarını da dikkate almamız yoruma yardımcı olacaktır. Davalı gerek imar planı değişikliğini bilmesine (veya bilmesinin kendisinden beklenmesine) gerekse kaba inşaat bittiğinde yapılan işi incelemeye gelmesine rağmen, fazla inşaata ilişkin bir itirazda bulunmamış, binanın inşası tamamlanana kadar iradesinin fazla inşaatın reddi yönünde olduğuna dair en ufak bir davranışta bulunmamıştır. Bu durum fazla inşaatın ilişkin davalının da ortak iradesine uygun olduğunu ortaya koymaktadır.

Davalı fazla inşaata karşı çıkmayarak zımnem fazla inşaatı kabul etmiştir. Kaldı ki davalının, imar planından habersiz ve fazla inşaatı da içeren kaba inşaatı görmemiş olduğunu iddia etmesi, dürüstlük kuralı da dikkate alındığında fazla inşaatı kabulden kaçınmasına imkân vermeyecektir. Somut olayda davalının kötüniyetli olduğu ve inşaatın tamamlanıp teslim hazır olduğunun kendisine bildirilmesinden sonra, fazla katların kendisinde kalması gerektiğini, kendisinin sadece 8 bağımsız bölüme ilişkin arsa payı devreedeceğini söylemesinin de yine dürüstlük kuralıyla bağdaşmadığı açıktır.

Yapılan imar planı değişikliği 2012 tarihinde yürürlükte olan 3194 Sayılı İmar Kanunu m.8/b’ye göre; “Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir.” Hükmü gereği ilan edilmiştir. Davalı arsa sahibinin bu değişikliğin yüklenici tarafından dikkate alınacağını tahmin etmesi söz konusu olabilirdi. Burada da görüldüğü üzere imar planı alenidir. İlan edilmiştir. Bu ilanın yapılmasının ardından halen davalının mevcut durumu bilmiyormuş gibi davranması iyiniyetten uzak ve hukuki korumadan yoksundur. Yani davalının söz konusu değişikliği bilmiyordum iddiasında bulunması hukuken korunmaz.

Kaldı ki davalı arsa sahibi arsasını değerlendirmek amacıyla bu sözleşmeyi akdetmiştir. Faaliyet alanı inşaat yapımı olan müvekkilimiz de bu tip sözleşmelerle gelir elde etme amacındadır. Yargıtayımızın ilgili bir kararında da vurgulandığı üzere; “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç kullanmak için konut edinmek değil arsasını değerlendirmektir. Bu sebeple arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 Sayılı Kanunda tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.” Yani fazla katlı bir bina yapılması davalının zararına değil, bilakis menfaatine bir durum teşkil eder. Davalı arsa sahibi zaten sahip

olacağı bağımsız bölümleri satarak ya da kiraya vererek bundan kazanç elde edecektir. Projeye uygun olarak yapılan fazla katların inşası davalı arsa sahibinin menfaatine uygun bir durum teşkil etmektedir. Bu nedenle yapılan fazla inşaat sözleşmeye aykırı veya ayıplı olarak nitelendirilemeyeceği gibi aksinin iddiası dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmamaslığı ilkeleriyle bağdaşmaz.

5. Tarafların farazi iradelerine göre yapılan değişiklik şekle aykırılık teşkil etmez. Sözleşmede meydana gelen değişiklik davalının edim yükümlülüğünü ağırlaştırmadığından burada şekil şartına uyulmadığından bahisle geçersizliğe dayanmak da hakkın kötüye kullanılmasından öteye gidemeyektir. Zira müvekkilimizin yapmış olduğu fazla inşaat menfaatlere eşit oranda hizmet etmekte olup, davalının hukuki durumunda bir ağırlaşmadan bahsedilemez. Somut olayda, fazla inşaat sözleşmenin muhtevasıyla çelişmemesi ve eşit oranda menfaatlerin artması söz konusu olduğundan, TBK m. 13/f.I'de belirtilen yazılı şekil şartına uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

6. Davalı A, kaba inşaat tamamlandığında kendi arsasında inşa edilen binada, 6 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının devrini müvekkilime gerçekleştirmiştir. Bu devri gerçekleştirmeden önce söz konusu inşaatı gezip, gerekli incelemeleri yapan davalı A, müvekkilimin imar kanunundaki değişiklik sebebiyle fazladan inşa ettiği katları görmüş ve binayı bu şekilde kabul ederek söz konusu edimini ifa etmiştir. İnşaat tamamlandıktan sonra davalı A, kaba inşaatı gezdiği sırada yanlış bilgilendirildiğini ileri sürmüş ve müvekkilimin, yapılan fazla inşaatın sözleşmede kararlaştırılan oranla aynı şekilde paylaşımını öngören, arsa payının devri talebini geri çevirmiştir.

Burada davalı tarafından ileri sürülen ve payın devrini gerçekleştirilmeme sebebi olarak gösterilen husus anlamsızdır. Zira kaba inşaat tamamlandığında inşaat temel bir görünüm kazanmaktadır. Bu aşamada inşaatı gezen makul, orta zekâlı bir insan, sözleşmede yer alan kat sayısından fazla sayıda kat yapıldığını görebilir. Uyuşmazlığa konu olayda da A bu durumu fark etmiş hatta sözleşmede öngörülen devir borcunun ilk kısmını yerine getirmiştir. Fakat daha sonra fazladan yapılan bu katlara sahip olabilmek amacıyla durumdan haberdar değilmiş gibi görünmeye çalışmaktadır. Ayrıca davalının kendisine ait bir taşınmazı devretmesi söz konusu olduğundan gerekli incelemeyi yapmış olması ve binanın detaylarını irdelemesi gerekirdi. Bu nedenle davalının dürüstlük kuralına aykırı bu tutumu hukuken korunmamalıdır.

Bununla beraber müvekkilimiz de arsa sahibi davalı binayı incelemeye geldiğinde onu engellememiş ve binayı kontrol etmesini sağlamıştır. Şirket

temsilcimizin fazla katlarla ilgili açıklamalarına gelirse bu sözlerin aldatma kabiliyeti yoktur. Türk Dil Kurumu'na göre aldatmak şu şekilde tanımlanmıştır: “Karşısındakinin dikkatsizliğinden, ilgisizliğinden yararlanarak onun üzerinden kazanç sağlamak...” Davacı müvekkilimiz olan şirketin temsilcileri tarafından davalı arsa sahibine söylenmiş olan sözler sonucunda şirket haksız bir menfaat elde etmemiş bilakis arsa sahibi için menfaat sağlayacak işler yapmıştır. Dolayısıyla bu sayılan gerekçelerle davalının yanlış bilgilendirilmesi bahanesine sığınarak TMK m. 2 kapsamında objektif iyi niyetin şartlarından uzak bir şekilde müvekkilimin hakkı olan arsa paylarını devirden kaçınması mümkün değildir.

7. Dürüstlük kuralının bir diğer görünümü de çelişkili işlem yasağında kendisini göstermektedir. Çelişkili işlem yasağına göre; bir tarafın daha önce yaptığı bir işlem veya bulunduğu beyanla çelişen bir işlem yapmaya yeltenmesi hukuk düzenince korunmaz. Çelişkili işlem yasağı bir tarafın kendi davranışına aykırı şekilde karşı bir davranışta bulunması olup, bir sözleşmede taraflardan birinin önceki davranışı ile çelişkili bir davranışı, karşı tarafa zarar veriyorsa, onun durumunu ağırlaştırıyorsa, o andan itibaren hukuk bu çelişkiyi müeyyidelendirir, onu bir yaptırıma bağlar. Bu davranış hakkın kötüye kullanılması kapsamı içerisinde de değerlendirilir. Somut olayda davalı, ön davranış olarak imar planının izin verdiği azami kat sayısına uygun olarak müvekkilimizle sözleşme yapmış, müvekkilimiz yeni gelişmede de imar planının izin verdiği azami ölçünün esas alınacağına inandığından 10 katlı bir bina inşa etmiştir. Davalının sonraki beyanında bunun aksini iddia etmesi çelişkili davranış yasağına da aykırı bir tutum sergilediğini göstermektedir.

Uyuşmazlığa konu olayda da davalı A, kaba inşaat tamamlandığında, mevcut inşaatın sözleşmede kararlaştırılandan daha fazla kat ve bağımsız bölümden oluştuğunu görmüş, bu durumu kabul etmiş ve devretmesi gereken 6 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını devretmiştir. Ancak inşaat tamamlandıktan sonra, bu fazla bağımsız bölümlerden haberdar değilmiş gibi bir görüntü sergilemiş ve müvekkilimin sözleşmede yer alan oran doğrultusunda fazla katların paylaşımına uygun arsa payı devir talebini geri çevirmiştir. Davalının önce fazla inşaatı kabul etmiş görünüp arsa payı devrini gerçekleştirerek, müvekkilimde belli bir şekilde davranılacağına yönelik bir güven oluşturmasının ardından, sonrasında fazla inşaatın haberdar değilmiş gibi davranması ve müvekkilimin talep ettiği arsa payını devirden kaçınması da çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmiştir. Burada davalının amacı, TMK m. 684'de yer alan “üst arza tabidir” kuralından yararlanarak, kendi arsası üzerinde fazladan yapılan bağımsız

bölgümlere sahip olabilmektir. Hukuk düzeni hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki bu yaklaşımı korumaz.

8. Müvekkilimizin inşa etmekle yükümlü olduğı bina arsa sahibinin kendi taşınmazı üzerindedir. Arsa sahibi dilediğı zaman bu binayı gezip görebilme olanağına sahiptir. Kaldı ki davalı arsa sahibi kaba inşaat tamamlandığında inşaatı gezmiş gerekli incelemeleri yapmış ve sözleşmeye uygun olarak kaba inşaat sonrası devretmekle yükümlü olduğı arsa payını devretmiştir. Binanın kaba inşaatı tamamlanması demek makul, olağan bir bilgiye sahip insanın gerek binanın kaç kat üzerinden inşa edildiğini gerekse bağımsız bölümlerin varlığını tespit etmesine yetecek kabiliyettir. Somut olaydaki uyumsuzluk konusuna baktığımızda davalı kendi menfaatlerini gayet yüksek oranlarla koruyabilen ve %50 üzerinden bağımsız bölümün kendisine verilmesini öngören bir sözleşme yaptığından A'nın söz konusu işten uzak biri olmadığı da aşikârdır.

9. İlave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağı konusunda sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmadığı ve arsa sahibinin bu fazla inşaata icazet vermiş sayıldığı durumda, taraflar, fazla kısımların nasıl paylaşılacağı konusunda anlaşabilirler. Bu konuda bir anlaşmaya varamamaları halinde, yapılan ilave bağımsız bölümün, sözleşmedeki arsa payları oranında yüklenici ile arsa sahibine ait olacağı kabul edilmektedir. Yargıtay da, inşaat kapsamının yüklenici tarafından genişletilmesi halinde, bu fazlalığın nasıl paylaşılacağı kararlaştırılmamışsa sözleşmede öngörülen genel paylaşım oranının, fazla kısmın paylaşımında da uygulanacağı görüşündedir. Yargıtay'ın ilgili kararlarına göre "...Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat yapımını öngören sözleşmede kararlaştırılan sayıdan fazla yapılan kat ve bu katlardaki fazla bölümlerin, aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmedeki oran dâhilinde taraflar arasında taksim edilmesi gerekmektedir..." yine diğeri bir kararında "...Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece sözleşme dışı kazanılan bağımsız bölümler yanlar arasında sözleşmede kabul edilen oranda paylaşılır. Dava konusu bağımsız bölüm önceden kapıcı dairesi olarak düşünülüp, daha sonra kapıcı dairesi bahçeye yapılmış, bu daireye arsa payı ayrılarak kazanılmıştır. Diğeri anlatımla, ortak yer olarak tasarlanmış iken bağımsız bölüm haline dönüştürülmüştür. O halde sözleşmedeki paylaşım oranı dâhilinde davacı yüklenici burada pay sahibidir..."

Davalı konumundaki arsa sahibi ise dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde fazladan yapılan 4 bağımsız bölüme sahip olmak istemektedir. Haksız bir şekilde gerek teslim almada gerekse borcun ifasında kaçınmıştır. Davalı salt TMK m. 684 hükmüne dayanarak hakkını sözleşmedeki farazi iradeyi hiçe

sayarak kötüye kullanmış ve kaba inşaat esnasında fazla inşaatı görmüş olmasına rağmen bilinçli olarak sessiz kalmış ve inşaat tamamlandığında fazla inşaatın tamamının kendisinde kalmasını sağlamaya çalışmıştır. Ayrıca müvekkilim bu şekilde fazladan kat inşa ederken teslim borcunu dahi geciktirmemiş ve arsa sahibini zor duruma sokmamıştır. Buna karşın davalının sözleşmedeki farazi iradeyi hiçe sayarak ve müvekkilimin iradesini hiçe sayarak fazla daire istemesi davalının kötünüyetini gözler önüne sermektedir. Kaba inşaat tamamlandığında bariz olan bu durumu görmüş, hiçbir şekilde ses çıkarmamış, fakat sonrasında bu durumu bir fırsat bilerek sözleşmedeki iradesinin bu yönde olmadığını belirtmiş ve fazladan yapılan katları müvekkilimin sözleşmedeki paylaşma oranına göre ifa talebini reddetmiştir.

10. Arsa sahibinin binası üzerinde inşa edilen binalara yönelik eser sözleşmelerinde arsa sahibi, yüklenicinin inşayı tamamladığına yönelik yapmış olduğu bildirimden ardından gelip inşaatın tamamlandığını belirlemelidir. Dolayısıyla davalı A, müvekkilimizin kendisine yapmış olduğu bildirimden rağmen binayı teslim almaktan imtina ederek iskân ve yapı kullanım izin belgelerinin alınması aşamasında müvekkilimizi mağdur etmiştir. Bu anlamda davalı teslim alma külfetinden kaçınarak TBK m. 106 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşmüştür.

Arsa payı karşılığı kat sözleşmesinde eser sözleşmesindeki bir eser meydana getirme borcunun karşı edimi bir bedelin ödenmesi değil, arsa paylarını devir borcunun yerine getirilmesidir. Davalı A alacaklı temerrüdünün yanında kendine düşen arsa payının devri borcunu da yerine getirmediğinden, sözleşmeye aykırı bu davranışıyla TBK m. 117'de düzenlenen borçlunun temerrüdüne de düşmüştür. Zira temerrüdün şartı olan ihtar da davalıya yapılmıştır. Sözleşmede borçların ifasına ilişkin kesin bir vade belirlendiğinden davalıya uygun bir süre verilmesine de yer yoktur (TBK m. 123). Somut olayda davalı yönünden hem alacaklının hem de borçlunun temerrüdü şartlarının gerçekleştiği açık olup, müvekkilimizin gerek alacaklı gerekse borçlu temerrüdüne dayanması mümkündür.

Davalı A'nın kendi kusuru ile gerek alacaklı gerekse borçlu temerrüdüne düşmesi neticesinde müvekkilimiz mağdur edilmiş, bu anlamda da sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın ve götürü tazminatın kendisinden istenebilmesi durumunu bizzat kendisi yaratmıştır. Her ne kadar cezai şart için borçlunun kusuru aranmasa da, davalı kendisine yapılan bildirimden ve teslimine karşın edimin ifasından kaçınarak aynı zamanda kusurlu da davranmıştır. Bu anlamda götürü tazminatın istenebilmesine ilişkin kusur şartı da hâlihazırda gerçekleşmiştir.

DELİLLER : 01.03.2012 tarihinde noter huzurunda akdedilen sözleşme, tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü ve her tür delil.

HUKUKİ SEBEPLER: TBK. ve ilgili diğer mevzuat.

TALEP SONUCU : Yukarıda açıklanan nedenlerle ve fazlaya ilişkin haklarım saklı kalmak şartıyla;

1-Toplanan delillerin ve yargılama sırasında ortaya çıkacak kanıtların değerlendirilmesi sonucunda davalının 50.000.000 TL ve 4 bağımsız bölüme ilişkin ayrı ayrı rayiç kira bedellerine karşılık gelen miktarı (yaklaşık 11 ay) yasal faiziyle birlikte ödemesine,

2-Yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin davalıya yüklenmesine karar verilmesini saygılarımla arz ve talep ederim.

Davacı
Sağlam İnşaat Limited
Şirketini Vekâleten
Av.....
Av.....

KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Fazla İnşaat”, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006.
- Aksoy Dursun, Sanem, Borçlar Kanununda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.
- Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul 2006.
- Akyol, Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.
- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Dayınlarlı, Kemal İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 1998.
- Durak Yasemin, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi”, İÜHFD, Özel Sayı, C.I, 2015.
- Erman, Hasan Arsa Payı karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993.
- Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- Günay, Cevdet İlhan Cezai Şart, Ankara 2002.
- Karataş, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Kaplan, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Klunzinger, Eugen, Einführung in das Bürgerliches Recht, 2. Aufl., München 1989.
- Kocaağa, Kocaağa “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve” İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, TBB Dergisi, S. 85, 2009.
- Kostakoğlu, Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, C.I, İstanbul 2014.
- Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ile İlgili Mevzuat, İstanbul 2012.
- Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 31. Baskı, Ankara 2009.

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
TAKIMI DAVALI DİLEKÇESİ

Hazırlayanlar: Ahmet Töresin ODLUYURT

Rumeysa ERDOĞAN - Sedat KAYA

NEVŞEHİR ASLİYE HUKUK MAHKEMESİ'NE

DAVALI _____ : (A)

Adres:

DAVACI _____ : Sağlam İnşaat Limited Şirketi

Adres:

KONU _____ : Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak iddiasına ilişkin savunmamızın sunulmasıdır.

DAVA DEĞERİ _____ : 50.000.000 TL ve 4 Bağımsız bölüm için ayrı ayrı 11 aylık rayiç kira bedeli toplamı.

ACIKLAMALAR _____ :

I. MADDİ OLAY

1. 01.03.2012 tarihinde davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketi yetkili temsilcisi (T) ile davalının maliki olduğu arsa üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında bir bina inşaa edilmesi konusunda noter huzurunda sözleşme akdedilmiştir.

2. Bu sözleşme kapsamında arsa üzerine 8 katlı ve her katta iki bağımsız bölümün bulunduğu 16 dairelik bir apartman inşa edilecektir.

3. Sözleşmede yer alan hükme göre, arsaya inşaa edilecek 16 dairenin 8 tanesi davacı şirkete şirkete ait olacaktır. Söz konusu bağımsız bölümlerden

6 adedine karşılık gelen arsa payı kaba inşaatın tamamlanmasından sonra, 2 adedine karşılık gelen arsa payı ise binanın tamamen inşa edilmesinden ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesinden sonra davacı şirkete devredilecektir.

4. Söz konusu binanın inşasına 01.04.2012 tarihinde başlanacak, bina 01.03.2015 tarihinde tamamlanacak ve teslim edilecektir. Şirket sözleşmeye uygun şekilde teslimde, A ise arsa payını devir borcunu ifade gecikecek olursa 50.000 TL ve geciken her ay ve her bağımsız bölüm bakımından o günkü rayiç kira bedelini ödeyecektir.

5. Arsa üzerine 8 kat ve 16 bağımsız bölümden oluşan bir bina inşa etmesi gereken davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketi, sözleşmenin akdedilmesinden sonra meydana gelen imar planı değişikliğinden yararlanarak arsa üzerine 10 kat ve 20 bağımsız bölümden oluşan bir bina inşa etmeye başlamıştır.

6. Binanın kaba inşaatının tamamlandığı aşamada davacıdan fazladan inşa edilen bağımsız bölümler hakkında bilgi talep edilmiş, ancak davacı gerçeğe aykırı olarak söz konusu fazlalıkların bodrum ve apartman girişi olduğunu beyan etmiştir. Davacının beyanına güvenilmiş ve sözleşme kapsamında kaba inşaatın tamamlanmasından sonra devredilmesi gereken 6 bağımsız bölüme karşılık geldiği düşünülen 6/16'lık arsa payı şirkete devredilmiştir.

7. Davacı şirket 01.03.2015 tarihinde inşaatı tamamlamış ve teslim hazır olduğunu tarafımıza bildirmiştir. Ancak davacı, sözleşme çerçevesinde kendisine devredilmesi gereken 2 bağımsız bölüm yerine 4 bağımsız bölüme karşılık gelen %12.5'lik arsa payının devrini talep etmiştir. Davacının bu talebi karşısında, kendilerine 2 bağımsız bölüme karşılık gelen % 2.5'lik arsa payını devretmeye hazır olduğumuzu beyan etmiş bulunmaktayız.

8. Sözleşmeye aykırı talepleri yerine getirilmeyen davacı dilekçesindeki taleplerle tarafımıza karşı dava açmıştır.

II. DAVAYA İLİŞKİN SAVUNMALARIMIZ

1) Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında (A)'nın ifa etmekle yükümlü olduğu edim, maliki olduğu arsa üzerine inşa edilen binadaki 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketi devretmektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, yüklenicinin arsa sahibine karşı arsa üzerinde bağımsız bölümlerden oluşan bir ana yapı inşa etme borcu;

arsa sahibinin ise yüklenicinin yapacağı inşaat karşılık olarak, arsadaki mülkiyet haklarının belirlenmiş paylarını veya meydana getirilecek yapıdaki bağımsız bölümlerden bir kısmının mülkiyetini yükleniciye devir etme borcu altına girdiği sözleşmelerdir¹. Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde yapılan bütün sözleşmelerde olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de taraflardan birinin sözleşmede kararlaştırılmış edimi veya edimin kapsamını tek taraflı iradesiyle değiştirmesi mümkün değildir². Bu nedenle, davacının arsanın bulunduğu bölgedeki imar planının değişmesini gerekçe göstererek arsa üzerine 10 katlı bir bina inşa etmesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Yüklenici davacının davalı (A)'nın bilgisi dışında onun rızasını almadan sözleşmeye aykırı olarak inşa ettiği bağımsız bölümlerden bazılarını karşılık gelen arsa paylarının da kendisine devrini talep etmesi kabul edilemez. Arsa sahibi, yüklenicinin bu yöndeki talebini kabul etmek zorunda değildir³. Zira sözleşmede ifanın konusu borçlanılan şeydir⁴. Taraflar ancak sözleşmede borçlanmış oldukları şeyi ifa etmekle yükümlüdürler. Diğer bir ifade ile ifanın edime uygun olması gerekir⁵. Borçlu kural olarak, borçlandığı edimden başka bir şey ifa edemeyeceği gibi alacaklı da sözleşmeye aykırı olarak ifa edilmek istenen şeyi kabul etmek zorunda değildir⁶. Söz konusu durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Yüklenici, arsa sahibinin rızası bulunmadıkça sözleşmede öngörülenlerin dışında imar durumunun uygun olduğu

1 Hasan **Erman**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010, s. 1; Köksal **Kocaağa**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve” İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, Sayı 85, 2009, s. 86; Serkan **Ayan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 30; Yasemin **Durak**, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü ÜHFD, C. I, 2015, s. 207. Uygulamada bu sözleşme “inşaat sözleşmesi”, “kat yapımı sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi” gibi değişik isimlerle anılmaktadır (Cevdet **Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 482). Biz de savunmamızda aynı anlama gelmek üzere bu kavramları birlikte kullanacağız.

2 **Kocaağa**, Arsa Payı, s. 97-98.

3 Leyla Müjde **Kurt**, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, 162; **Kocaağa**, Arsa Payı, s. 87.

4 Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 906; M. Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 2013, s. 280.

5 **Oğuzman/Öz**, s. 276; **Eren**, s. 906; Safa **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.292.

6 **Reisoğlu**, s. 292.

gerekçesiyle inşaat alanını yatay veya dikey olarak genişletemez⁷. Aksi takdirde yüklenicinin bu davranışı sözleşmenin ihlali niteliğini teşkil eder⁸. Sonuç olarak, yüklenici Sağlam İnşaat Limited Şirketinin sözleşmede öngörülmeleyen bir şekilde (A)'dan borçlanmış olduğu edimin kapsamını ve niteliğini aşar şekilde ifa talebinde bulunmasının hukuki herhangi bir temeli bulunmamaktadır.

2. Davacının tarafların farazi iradesinin binanın 10 katlı yapılmasına uygun olduğunu ileri sürmesi de yerinde değildir.

Davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketinin imar planının sözleşmenin akdedilmesinden sonra değiştiğini⁹, sözleşmenin akdedilmeden önce bu değişik yapılmış olsaydı tarafların dahi sözleşmeyi imar mevzuatının öngördüğü azami sınır olan 10 kat üzerinden akdedeceklerini ve böyle bir durumda bağımsız bölümlerin eşit bir şekilde paylaşılacağını, esasında tarafların farazi iradelerinin de bu yönde olduğunu beyan etmesi isabetli değildir. Sözleşmede açıkça veya zımnen ek iş ve iş değişikliği yapılmasına imkan veren bir düzenleme bulunmuyorsa, tarafların farazi iradelerine göre ek iş veya iş değişikliği yapılmasının mümkün olup olmadığı tespit edilmelidir¹⁰. Böyle bir durumda farazi iradenin belirlenebilmesi için, TBK.m.19'a göre tarafların gerçek ve ortak amaçları tespit edilmelidir¹¹. Bu sözleşme boşluğu, dürüst ve makul sözleşme taraflarının konuyu nasıl düzenlemesi gerektiği araştırılarak doldurulur¹². Ancak, tarafların farazi iradelerinin tespitinde genel bir kıstas koymak zordur. Bu nedenle farazi iradenin araştırılmasında uyumsuzluk konusu somut olaydaki bütün özelliklerin dikkate alınması gerekir. Davacı şirket ile davalı (A) arasındaki uyumsuzluk konusu olayın gelişimi incelendiği takdirde, tarafların farazi iradelerinin 10 katlı bir bina inşa edilmesine uygun olmadığı görülmektedir.

7 Emre **Gökyayla**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 84.

8 **Kocağa**, Arsa Payı, s. 87.

9 İmara planı değişikliği, tarafların sözleşmeyi akdetmesinden sadece 14 gün sonra değişmiştir. Davalının arsası ile uzun süredir ilgilenen davacının bu tür sözleşmeleri sık sık akdetmesi ve piyasayı tanınması nedeniyle böyle bir değişikliğin yapılabileceğini önceden öğrenmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

10 **Gökyayla**, s. 58-59.

11 **Oğuzman/Öz**, s. 71; Ayşe **Arat**, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 169.

12 İbrahim **Kaplan**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 93-94; **Gökyayla**, s. 59.

İlk olarak, imar mevzuatındaki değişiklik sözleşmenin akdedilmesinden kısa bir süre sonra, inşaat henüz başlamadan gerçekleşmiş ve değişiklikten haberdar olan davacı davalıya haber vermeden projeyi 10 kat ve 20 bağımsız bölüm olacak şekilde çizdirmiştir. Tarafların farazi iradelerinin 10 katlı bir bina inşa edilmesine uygun olduğu davacı tarafından kabul edilmiş olsaydı, arsa sahibi davalının bu yeni durumdan haberdar edilmesi gerekirdi. İkinci olarak, binanın kaba inşaatının tamamlanması aşamasında, (A) ile binayı inceleyen davacı fazladan inşa edilen iki kattan hiç söz etmemiştir. Söz konusu fazlalıklar (A)'dan gizlendiği gibi, (A)'ya söz konusu fazlalıkların bağımsız bölüm olmadıkları, bütün ana yapıya hizmet edecek nitelikte olan bodrum ve apartman girişi olduğu bilgisi verilmiştir. Tarafların arsa üzerine inşa edilecek bina konusundaki farazi iradelerinin imar mevzuatının izin verdiği azami miktara ilişkin olduğu davacı tarafından da düşünülmüş olsaydı, inşa edilen fazlalık kısımlar gizlenmez, davalıyı yanıltacak ve aldatacak bilgiler verilmezdi. Farazi iradelerin bu yönde olmadığını gösteren bir başka olgu, kaba inşaatın tamamlanması aşamasında devredilecek olan arsa payı oranlarıdır. Sözleşmeye göre, yükleniciye devredilmesi gereken 8 adet bağımsız bölümden 6'sına karşılık gelen 6/16 arsa payı kaba inşaatın tamamlanması aşamasında davacıya devredilecektir. Davalı kaba inşaatın tamamlanmasından sonra söz konusu payları sözleşmeye uygun şekilde davacıya devretmiş, davacı da devredilen pay oranlarına itiraz etmemiştir. Davacı inşa edilecek kat sayısı konusunda tarafların farazi iradelerinin imar mevzuatının izin verdiği azami hadde ilişkin olduğunu kabul etmiş olsaydı, kaba inşaatın tamamlanması aşamasında devredilecek olan pay miktarının 6/16 değil de, arsa payları 20 bağımsız bölüme göre şekillendirilmiş (örneğin, 6/20 veya sözleşmedeki oranlamaya uygun şekilde 7.5 daireye karşılık gelen arsa payının) olması gerektiğini ileri sürmesi gerekirdi. Davacının bu yönde bir talepte bulunmadan kaba inşaatın tamamlanması aşamasında devredilmesi kararlaştırılan pay miktarının adına tescil edilmesine rıza göstermesi davalının ve kendisinin farazi iradesinin 10 katlı bir bina inşa edilmesine yönelik olmadığını göstermektedir. Farazi iradelerin uyuşmadığını gösteren son husus ise, sözleşmenin uzman tarafı olan, bu nitelikte çok sayıda sözleşme akdeden ve basiretli bir tacir olarak hareket etmesi gereken şirketin sözleşmede yer alan hükümlerin ne anlama geldiğini bilmesi ve ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek için sözleşmede gerekli düzenlemeleri yapması gerekirdi¹³. Yukarıda özetlenen olay ve

¹³ Yarg. 15. HD., T. 10.06.2002, E.1885/K.3123 (İzzet **Karataş**, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2009, s.125).

olgular da göstermektedir ki, tarafların farazi iradelerinin aslında on kata ilişkin olduğu iddiası tamamen mesnetsizdir.

3. Farazi iradelerin 10 katlı bir binanın inşa edilmesi yönünde olması halinde dahi söz konusu değişikliğinin sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekirdi.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yüklenicinin bina inşa etme borcu yanında aynı zamanda arsa sahibinin de taşınmazın mülkiyetinin veya belirli bir payının devrinin vaat edilmesini de içerdiği için geçerliliği resmi şekil şartına tabidir (TBK.m.237, Not.K.m.60)¹⁴ uyuşmazlık konusu olayda taraflar kat karşılığı inşaat sözleşmesini Kanun'un öngördüğü şekle uygun olarak noter huzurunda akdetmişlerdir. Bu yönden sözleşmenin geçerliliği noktasında herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Ancak TBK.m.13/f.1'de "*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur*" hükmü de yer almaktadır. Özellikle sözleşme ile üstlenilen işi ağırlaştırıcı değişikliklerin şekle uygun biçimde yapılması önem taşır¹⁵. Dolayısıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraflardan birinin veya her ikisinin yükümlülüğünü ağırlaştırıcı nitelikteki değişikliklerin de sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun yapılması gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde imar hukuku kurallarından veya proje değişikliğinden kaynaklanan sebeplerle sözleşme ile kararlaştırılandan daha fazla sayıda bağımsız bölüm yapılması sözleşme değişikliği niteliğindedir. Bu konudaki değişikliklerin de kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması gerekir¹⁶. Aksi takdirde, söz konusu değişiklikler bakımından sözleşme hükümleri kapsamında talepte bulunulması mümkün değildir¹⁷. Somut olayda davalının

¹⁴ Yarg. 15. HD., T. 17.05.2004, E. 6868, K. 3746 (Efrail **Aydemir**, İnşaat Hukuku, Ankara 2012, s. 120); Durak, s. 216; **Karataş**, s. 43.

¹⁵ **Gökyayla**, s. 66; **Karataş**, s. 43.

¹⁶ Yargıtay 15.HD. verdiği bir kararında yükümlülüğü arttırıcı etkisi bulunan değişikliklerin asıl sözleşmenin tabi olduğu şekle uygun yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yapım bedeli (para) yerine arsa payı veya bağımsız bölüm verildiği için; bu sözleşmenin ve bu sözleşmede yüklenilen edimin ağırlaştırılması sonucu doğuracak sözleşme değişikliklerinin de noter önünde düzenleme biçiminde yapılması gerekmektedir. Aksi halde sözleşmenin geçersizliği herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın ileri sürülebilir. Zira bu hal def'i değil itirazdır (Yarg. 15.HD., T. 9.11.2006 E. 2005/6737, K.2006/6400).

¹⁷ "İş sahibinin açık veya örtülü izni olmaksızın yüklenicinin kendi iradesi ile yaptığı ek işlerden doğan alacağı vekaletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenecektir (**Ayan**, s. 123).

(arsa sahibinin) kat karşılığı inşaat sözleşmesini akdettiği andaki yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını yükleniciye devretmektir. Farazi iradenin bu yönde olduğu kabul edilerek davalının devretmesi gereken bağımsız bölüm sayısının 8'den 10'a çıkarılması taraflardan birinin yükümlülüğünün tek taraflı olarak ağırlaştırılması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak tarafların farazi iradelerinin binanın 10 katlı yapılmasına ilişkin olduğu kabul edilse dahi söz konusu değişikliğin noter huzurunda akdedilecek "zeyilname" ile düzenlenmesi gerekirdi. Ancak uyumsuzluk konusu olayda söz konusu değişiklik şekle uygun olarak yapılmadığı gibi, sadece taraflardan birinin (yüklenici davacı şirketin) tek taraflı iradesine dayanmıştır.

4. Davacının %12.5'lik arsa payının devrini talep etmesi sözleşmeye aykırıdır.

Sözleşme hükümlerine göre, davalı arsa sahibi kaba inşaatın tamamlanmasından sonra, bu aşamaya kadar kendi üzerine düşen borcu ifa etmek amacıyla 6 bağımsız bölüme karşılık geldiğini düşündüğü 6/16 arsa payını davacıya devretmiştir. Davacı sözleşmeye aykırı olarak fazladan bağımsız bölüm yapmasaydı (bina 8 kat ve 16 bağımsız bölümden oluşsaydı) kaba inşaatın tamamlanmasından sonra devredilen 6/16'lık arsa payı, toplam arsa payının % 37.5'lik kısmına karşılık gelecekti. Davacı taraf sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerine uygun davranmış olsaydı, kendisine inşaatın tamamlanmasından sonra 2 bağımsız bölüme karşılık gelen % 12.5'lik arsa payının devri gerçekleştirilecekti. Ancak davacı taraf sözleşmeye aykırı olarak fazladan 4 bağımsız bölüm inşa etmiştir. Fazladan inşa edilen bağımsız bölümlerin dikkate alınması ve inşa edilen fazla bağımsız bölümlere de arsa payı ayrılması ile her bir bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payı oranlarında bir azalma meydana gelmiştir. Fazla inşa edilen bağımsız bölümler de dikkate alınır, kaba inşaatın tamamlanmasından sonra davacı tarafa 6 bağımsız bölüme karşılık geldiği düşünülerek devredilen 6/16'lık arsa payının, gerçekte 20 bağımsız bölümden oluşan bir yapıda 7.5 bağımsız bölüme karşılık geldiği anlaşılmaktadır. Şöyleki, 6/16'lık arsa payı, toplam arsa payının % 37.5'lik kısmına karşılık gelmektedir. 20 bağımsız bölümden oluşan binada % 37.5'lik arsa payının anlamı $20 \times 37,5/100 = 7.5$ bağımsız bölümdür. Dolayısıyla, bu hesaplama göstermektedir ki, davalı (A) kaba inşaatın tamamlanması aşamasında davacıya karşı devretmeyi üstlendiği 6 bağımsız bölüm yerine ortaya çıkan fiili durum dolayısıyla 7,5 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını devretmiştir. Davalının inşaatın tamamlanmasından sonra davacıya karşı devretmekle yükümlü olduğu bağımsız bölüm sayısı toplamda 8 olup,

devredeceği arsa payı da 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payıdır. Davacının sözleşmeye aykırı davranarak fazladan kat inşa etmesi sebebiyle davalı (A)'nın davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketine devrettiği 6/16'lık arsa payı 7,5 bağımsız bölüme karşılık geldiği için davacı şirkete devredilmesi gereken arsa payı, 20 bağımsız bölümden oluşan binada 0,5 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payı olan % 2,5'tir.

Davalının akdedilen sözleşmeye uygun olarak yerine getireceği edimi, 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının davacıya devridir. % 2,5'lik arsa payının devri davalının sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmesi için yeterli olmaktadır. Sözleşmenin uzman tarafı olan tacir davacının, davalıyı bilgi vermeden ve onun onayını almadan fazladan inşaa ettiği bağımsız bölümleri gerekçe göstererek toplamda 10 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının kendisine devredilmesini istemesi kişinin kendi hukuka aykırı davranışından hak elde etmeye çalışması gerekmektedir. Bu nedenle, davacının sözleşme hükümlerinin yorumundan % 50 arsa payının anlaşılması gerektiğini ve % 12,5'lik arsa payının ve dolayısıyla bağımsız bölümün devrini talep etmesi yerinde değildir¹⁸. Sözleşme ile davalının devretmekle yükümlü olduğu arsa payı 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payıdır. Bu miktarda arsa payının devrinin yapılması için ise % 2,5'lik arsa payı devri yeterlidir.

5. Pay devrinden kaçındığımız ve dolayısıyla sözleşmeye aykırı davrandığımız iddiası gerçeği yansıtmamaktadır.

Sözleşmede fazla kat inşa edilmesi ve bu fazlalığın paylaşılmasına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, tarafların farazi iradesi de bu yönde değildir. Davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketi de bu durumun farkında olmasına rağmen, davalıya yanlış ve yanıltıcı bilgi vererek sözleşmeye aykırı nitelikte 10 katlı bir bina inşaa etmiştir. Davalı (A), davacı şirkete, inşaatın tamamlanmasından sonra sözleşme ile kararlaştırılmış olan asli edim yükümlülüğünü (% 2,5 arsa payını devir borcunu) yerine getirmeye, borcunu ifa etmeye hazır olduğunu bildirmiştir. Ancak davacı şirket, davalıyı sözleşmede kararlaştırılardan başka bir edimi ifaya zorlamak istemektedir. Yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere davalının devretmekle yükümlü olduğu arsa payı % 2,5 olup, bu orandaki arsa payının devri

¹⁸ Tacir hükümlerine tabi olan davacının basiretli bir iş adamı gibi hareket ederek (TTK.m.18/f.2) sözleşme akdedilmeden "8 adet bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını talep etmek yerine", arsa payının % 50'sinin kendisine devredileceğini, diğer bir ifade ile sözleşmeyi bağımsız bölümü esas alarak akdetme yerine, arsa paylarını esas alıp akdederek bu uyuşmazlığın ortaya çıkmasına engel olabilirdi.

bakımından davalı yükümlülüklerini yerine getirmeye hazırdır. Davacının talep % 12,5'lik arsa payının geriye kalan kısmı olan ve iki bağımsız bölüme karşılık gelen % 10'luk arsa payının devrinin talep edilmesinin sözleşme kapsamında mümkün değildir. Davalı her iki taraf bakımından tartışma konusu olmayan pay miktarını devretmeye hazır olduğu halde, davacı söz konusu payların devrini kabul etmemekte, kendi hukuka aykırı davranışıyla tek taraflı olarak oluşturduğu fiili duruma uygun olduğunu düşündüğü miktarda arsa payının devrini talep etmektedir. Esasında böyle bir durumda davalının pay devrinden kaçınması söz konusu olmayıp, davacının devredilmek istenen payları devir almaktan kaçınması, daha doğru bir ifade ile sözleşmede öngörülen miktardan fazlasının devrini talebi söz konusudur.

Sözleşmeye aykırılıktan söz edilebilmesi için, taraflardan birinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi gerekir. Uyuşmazlık konusu somut olayda, davalı, sözleşmede tarafların üzerinde anlaşığı, ortak iradenin ürünü olan yükümlülüklerini yerine getirmek istemektedir. Davacı ise, davalıya karşı sözleşme dışı taleplerde bulunmaktadır¹⁹. Davalıyı borçlanmış olduğu edim dışında başka bir şeyi ifa etmeye zorlamaktadır. Davacının bu davranışı bizzat sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle sözleşmeye aykırı davranan davalı değil, davacıdır.

6. Alacaklı temerrüdüne düştüğümüz iddiası yerinde değildir. Bu nedenle davacının taleplerinin reddi gerekir.

Davacı Sağlam İnşaat Limited Şirketi, 05.02.2016 tarihinde davalıya karşı alacaklı temerrüdüne düştüğü iddiası ile dava açmış 50.000 TL ve 4 daire için gecikilen her ay karşılığında rayiç kira bedeli istemiş bulunmaktadır. Davacının arsa payını devir borcunu ifada teslimde geciktiğimiz, dolayısıyla sözleşmeye uygun davranmadığımızı ileri sürülmesi yerinde değildir. Sözleşmeye göre, davacıya devretmekle yükümlü olduğumuz arsa payı oranı 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payıdır. Kaba inşaatın tamamlanmasından sonra 6 bağımsız bölüme karşılık geldiğini düşündüğümüz 6/16'lık arsa payı davacıya sözleşmeye uygun şekilde devredilmiştir. Ancak davacının sözleşmeye aykırı olarak 16 bağımsız bölüm yerine 20 bağımsız bölüm inşa etmesi ve arsa paylarının bu yeni duruma göre dağıtılması gerektiği için devredilen 6/16'lık arsa payı 7.5 bağımsız bölüme karşılık gelmektedir. İnşaatın tamamlanmasından sonra ise, sözleşmeye göre devredilmesi gereken % 2.5 arsa payının devrine hazır

¹⁹ Sözleşme dışı talep kavramı için bkz. **Karataş**, s. 262.

olunduğu davacıya bildirilmiştir. Buna rağmen davacı, 8 bağımsız bölüm yerine 10 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının kendisine devredilmesi hususunda ısrar etmiştir. Diğer bir ifade ile sözleşmeye göre ifa etmekle yükümlü olmadığımız bir şeyin ifası davalıdan talep edilmiştir. Dolayısıyla davalının borçlanmadığı bir şeyi ifa etmekten kaçınması, sözleşmeye aykırı bir davranış değildir. Davacının davalıyı sözleşmede yer almayan bir edimi ifaya zorlamak istemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, davalının arsa payını devirden kaçındığı iddiası yersizdir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, davacının taleplerinin hukuki temelini alacaklı temerrüdüne dayandırması da yerinde değildir. Zira alacaklı temerrüdü, alacaklının ifaya katılmaktan ve özellikle borçlu tarafından kendisine gereği gibi, tam ve doğru olarak sunulan edimi kabulden veya edimin ifasına ilişkin hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınmasına denilmektedir²⁰. Alacaklı temerrüdünün oluşabilmesi için bir takım şartların bir arada gerçekleşmesi gerekir. Bunlar borçlunun edimini gereği gibi teklif etmesi, alacaklının teklif edilen edimi kabulden kaçınması, kabulden kaçınmanın haksız olmasıdır²¹.

Uyuşmazlık konusu olayı alacaklı temerrüdünün şartların açısından değerlendirecek olursak; Davalı (A)'nın alacaklı olarak kabul etmesi gereken edim, davacı tarafından sözleşmeye uygun olarak inşa edilmesi gereken binayı teslim almaktan ibarettir. Her ne kadar bina sözleşmeye aykırı olarak inşa edilse de, davalının davacı tarafından kendisine ifa amacıyla sunulan edimi kabulden kaçınması söz konusu değildir. Davalının davacıya karşı yerine getirmekten kaçındığı davranış kendisine ifa amacıyla sunulan edime ilişkin olmayıp, haksız olarak devri talep edilen arsa paylarına ilişkindir. Alacaklının haksız yere talep ettiği %12.5'lik arsa payı bakımından ise davalı (A) alacaklı değil, aksine borçlu konumundadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin borcu yapıyı inşa etmek, arsa sahibinin borcu ise arsa payını devirdir²². Dolayısıyla davacının % 12.5'lik arsa payı talebinin yerinde olduğu kabul edilse dahi, arsa sahibinin arsa payını devirden kaçınması alacaklı temerrüdünü değil, borçlu temerrüdünü ortaya çıkarır.

²⁰ Oğuzman/Öz, s. 362; Rona Serozan, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009, s. 142; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 666; Reisoğlu, s. 330 vd.

²¹ Söz konusu şartlar hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 362-365.

²² Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2011, s. 61; Kocağa, Arsa Payı, s. 86.

Davalı (A)'nın şartları oluşmasa da pay devrinde gecikmesi halinde ancak borçlu temerrüdüne düştüğü iddia olunabilir. Davalının bu borçlu temerrüdüne düşmesinin de mümkün olmadığını daha önce izah etmiştik. Davalı A akde göre devretmekle borçlu bulunduğu arsa paylarından %2.5'lik kısmı yerine getirerek toplamda 8 bağımsız bölüme karşılık gelecek arsa payını davacıya devretmeye hazırdır. Bu husus davacıya bildirilmiştir.

Davalı bakımından alacaklı temerrüdünün şartlarının oluştuğu kabul edilse dahi temerrüdün sonuçları TBK.m.107 vd. düzenlenmiştir. Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu Kanun'un tanıdığı imkânlardan yararlanabilir. Sözleşmede davalının arsa payını devir borcunu ifada teslimde gecikmesi durumunda ödenmesi kararlaştırılan 50.000 TL ve gecikilecek her ay ve her bağımsız bölüm bakımından o günkü rayiç bedeli alacaklı temerrüdü için değil borçlu temerrüdü için kararlaştırılmıştır. Söz konusu talepler ancak davalının arsa payını devir borcunda gecikmesi halinde ileri sürülebilir niteliktedir. Alacaklı temerrüdü bakımından öngörülmemiştir. Dolayısıyla davalının alacaklı temerrüdüne düştüğünü iddia ederek, söz konusu taleplerin ileri sürülmesi mümkün değildir.

Davacının 50.000 TL ve rayiç kira bedeli ödenmesine ilişkin talepleri ancak borçlunun borçlu temerrüdüne düşmesi halinde ileri sürülebilir. Daha önce de ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, davalı sözleşme hükümleri kapsamında üstlenmiş olduğu 8 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payının 7.5 bağımsız bölüme karşılık gelen kısmını kaba inşaatın tamamlanması aşamasında davacı adına tescil ettirmiştir. Geriye kalan 0.5 bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payını ise devre hazır olduğunu davacıya bildirmiştir. Dolayısıyla sözleşme hükümleri kapsamında edimini zamanında ifa etmiş ve kalan kısmını da ifa etmek istemektedir. Buna karşılık davacı sözleşmede haksız olarak tek taraflı yaptığı değişiklikle edimin niteliğini ve kapsamını değiştirmek istemektedir. Davalının, davacının tek taraflı yaptığı değişikliğe uygun olarak edimi ifa etmesini beklemek mümkün değildir. Önemle belirtmek gerekir ki, davalı her hangi bir şekilde tartışmalı (ihtilafı) olmayan arsa payını devretmeye hazırdır. Tartışmasız olan bu kısmın alacaklı tarafından kabul edilmesi zorunludur. İhtilafı olan % 10'luk arsa payını devretmek zorunda olup olmadığı ise yargılama sonunda belirli olacaktır. Dolayısıyla davalı üzerinde uzlaşılmamış, ihtilafı bir edimi ifadan kaçınmaktadır. Bu bilgiler dikkate alınır, davalının borçlu temerrüdüne düştüğü kabul edilse dahi davacının taleplerinin reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira sözleşme hükümlerinden anlaşılacağı üzere davacı tarafından talep edilen 50.000 TL'lik kısım cezaî şart, Yargıtayın yerleşik

içtihatları uyarınca rayiç kira bedeli ödeneceğine ilişkin kısım ise kira tazminatı niteliğindedir²³. Cezaî şartın ve kira tazminatının talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir²⁴. Daha önce de belirtildiği üzere, devredilecek paylar bakımından uyumsuzluğun ortaya çıkmasına sebep olan taraf davacının bizzat kendisidir. Davacı sözleşmeye aykırı olarak 8 kat yerine 10 kat inşa ederek, tarafların ifa etmesi gereken edimleri ihtilafli bir hale getirmiştir. Ortaya çıkan bu ihtilafli durumun bütün olumsuz sonuçlarına davacının katlanması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmeye çalışan davalının, davacının sözleşmeye aykırı davranışından zarar görmesi söz konusu olmamalıdır. Aksi takdirde sözleşmeye aykırı davranan davacı, kendi hukuka aykırı davranışından hak sağlamış olacaktır.

DELİLLER : 01.03.2012 tarihinde noter huzurunda akdedilen sözleşme, tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü ve her tür delil.

HUKUKİ SEBEPLER: TBK. ve ilgili diğer mevzuat.

TALEP SONUCU : Yukarıda açıklanan nedenlerle ve fazlaya ilişkin haklarım saklı kalmak şartıyla;

1- Toplanan delillerin ve yargılama sırasında ortaya çıkacak kanıtların değerlendirilmesi sonucu davacının taleplerinin reddine,

2- Yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin davacı tarafa yüklenmesine karar verilmesini saygılarımla arz ve talep ederim.

Davalı (A)

²³ Bkz. Yarg. 15. HD., T. 22.05.2013, E. 2013/762, K. 2013/3303; Yarg. 15. HD., T. 14.02.2011, E. 2010/4513, K. 2011/744 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı) . Aynı yönde kanaat için bkz. **Karataş**, s. 334.

²⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 481, 532; Hüseyin **Hatemi**/Emre **Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 358; Köksal **Kocağa**, Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003, s. 171; Cevdet İlhan **Günay**, Cezaî Şart, Ankara 2002, s. 119 vd.; **Ayan**, s. 199; **Karataş**, s. 338.

KAYNAKÇA

- Arat**, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- Ayan**, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Aydemir**, Efrail, İnşaat Hukuku, Ankara 2012.
- Durak**, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü ÜHFD, C. I, Y. 2015.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- Erman**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010.
- Gökyayla**, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- Günay**, Cevdet İlhan, Cezai Şart, Ankara 2002.
- Hatemi**, Hüseyin /**Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Kaplan**, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.
- Karataş**, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- Kocağa**, Köksal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve” İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, TBB Dergisi, Sayı 85, Y. 2009 (Arsa Payı).
- Kocağa**, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.
- Kostakoğlu**, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2011.
- Kurt**, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, İstanbul 2013
- Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Serozan**, Rona, İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009.
- Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.