TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

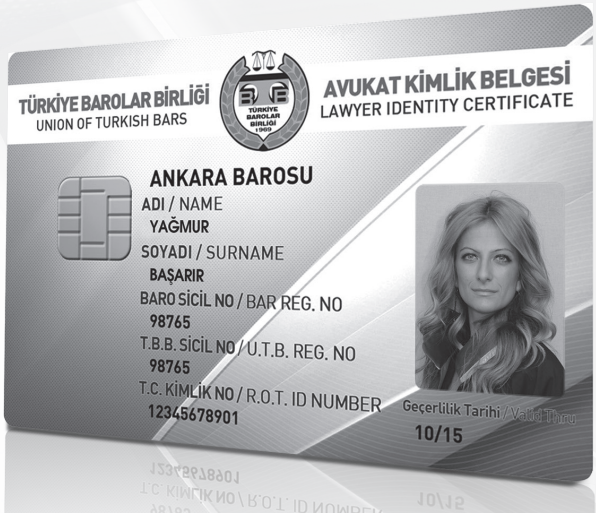
ISSN 1304-2408

KASIM-ARALIK/NOVEMBER-DECEMBER: 2014 YIL/YEAR: 27 SAYI/ISSUE: 115

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BAROKART

Tek Kartla, Çok Hizmet!



Ön yüklemeli ödeme aracı olarak kullanılan akıllı kart sistemi BaroKart ile, Adliyeye gitmeden internet bağlantısının olduğu her yerden UYAP Avukat Portalına bağlanarak;

- ***dava açabilir,***
- ***her türlü dosya giderini yatırabilir,***
- ***sorgulama yapabilirsiniz.***

www.barobirlik.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu,
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdür / Managing Director
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department
Av. Başar Yaltı

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Teoman Ergül

Genel Yayın Yönetmeni Yrd. / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Başar Yaltı, TBB Başkan Yardımcısı
Av. İzzet Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Teoman Ergül
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Ali Acar
Musa Toprak
Özgecan Yanlı

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay
Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamit Hancı
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez
Galatasaray Ü. Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM hukuk veri tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06650 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312)286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 60 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 23. 10. 2014

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

KASIM-ARALIK / NOVEMBER-DECEMBER: 2014 **YIL/YEAR: 27 SAYI/ISSUE : 115**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ
YAYIN KURALLARI

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde, makaleler, Yargıtay, Danıştay, AİHM, Anayasa Mahkemesi kararları, kritikler ve yayın tanıtım yazıları yer almaktadır.
2. Dergiye gönderilecek yazıların özgün, başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. **a)** Yazılar, 7.500 sözcüğü geçmeyecek şekilde, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.

   b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti (En fazla 50 sözcük) ve anahtar sözcükleri (En fazla 10 sözcük) Türkçe ve İngilizce olarak yer almalıdır.

   c) Yazılar, **ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto**; **dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman** karakterinde yazılmalıdır.

   d) Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnotta kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak (" .....") içine alınmalı, **sadece *eser adı İtalik*** verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

   Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı,* Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. xx.

   Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
4. Yazıların **kaynakça kısmında da dip not kurallarına uyulması** zorunludur.
5. Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
6. Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.
7. Yazarların, ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
8. **Yazıların "hakemli makaleler" bölümünde yayımlanması istendiği açıkça belirtilmelidir;** açıklama yer almayan durumlarda "makaleler" bölümünde yayımlanmak üzere gönderildiği varsayılır.
9. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.

   Hakem tarafından uygun bulunmadığı için yayımlanmayan yazılar, istenildiği takdirde hakem adı belirtilmeksizin yazarlara geri gönderilir. Hakem raporuna itiraz hakkı vardır.

   Hakem raporu düzeltme içeriyorsa, rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç, hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.
10. Yazarı tarafından hakem incelemesinden geçirilmesi istenilmeyen yazılar, Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilir. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmez. Ancak, durum yazara bildirilir.
11. Dergiye gönderilen yazıların yazım denetimlerinin yapılmış olduğu, gönderildiği biçimiyle yayımlanmasına *"olur"* verildiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra, baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmez.

    Yazım yanlışlarının fazla olması yazının yayımlanmaması için yeterlidir.
12. Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçedir.
13. Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım* Kılavuzu esas alınmaktadır.
14. Yayımlanması kabul edilen yazıların, basılı ve elektronik yayın haklarına TBB sahip olur.
15. Yazarlara Türkiye Barolar Birliği Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtımı Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKANDAN / FROM THE PRESIDENT
Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'nun 2014-2015 Adli Yılı Açılış Konuşması

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

13 Mehmet ÖNCÜ
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları / Article 3 of the European Convention on Human Rights and Irreducible Life Sentences

37 Bülent ALTINSOY
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı / The Private Life of Prisoners According to the Case-Law of the European Court of Human Right

61 Ömer ÖMEROĞLU
Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti / Determining of Physical Identitiy of Suspect and Accused in Criminal Procudure Law

103 Çağrı YÜCEL
Avukatın Haklarının Önündeki Engeller / Limitation on the Rights of the Lawyer

125 Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU
İhale Yolsuzluklarında Yeni Trend "Açık İhale" Usulünün Terki "Pazarlık Yoluyla İhale" Usulünün Keşfi / New Trend of Procurement Corruption: Abandonment of Open Procurement Procedure/Discovery Of Negotiated Procurement Procedure

181 Seçkin YAVUZDOĞAN
Danıştay'ın Naklen Atamalarda "Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi" İlkesine Yaklaşımı / Council of State's Approach to "To Take Care Of Partner's Sitution" While Transffer of Public Servants by Appointment

211 Abdullah KARABOYACI
Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri / Methods to Determine the Declared Income for the Purpose of Tax Audits

243 Cihat ÖNER
Danıştay Kararları Işığında Vergi Hukukunda İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar / Economic, Commercial and Technical Requirements in Tax Law in the Light of the Decisions of the Council of State

277 Mustafa GÖKSU

Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri / An Effective Instance of Encouraging Parties to Settle: Formal Offers to Settle in English Civil Procedure

315 Asım KAYA

Kiralayan ve Kiracının Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapması / Renewal and Changes Made by Lessor and Lessee Over The Leased

341 Hamdi YASAMAN

"Atatürk" Markasının Hükümsüzlüğü ile İlgili AB Adalet Divanı Kararı Üzerine Düşünceler / Opinions as Regards a Decision of the European Court of Justice on "Ataturk" Trademark

359 Tuba BİRİNCİ UZUN

İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Haklarının Korunması Bakımından 2001/23Ec Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Karşılaştırılması / The Comparison of European Council Directive 2001/23/Ec and Labor Act of Turkey Law No.4857 in Terms of Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfer of Undertakings

403 Selami ER / Halil İbrahim DURSUN

İşe İade Davalarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı / The Right to Trial within a Reasonable Time in Reemployment Proceedings

431 Tamer DEMİRBİLEK

Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek için Öngörülen Koşullar / Conditio Sine Qoa Non Conditions to Deserve Severance Payment

449 Süleyman DOST

Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme / A Comparative Assassment about the Fee and Cost of Mediation

477 Şebnem NEBİOĞLU ÖNER

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi

başkan'dan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AVUKAT PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU'NUN 2014-2015 ADLİ YILI AÇILIŞ KONUŞMASI

Sayın Yargıtay Başkanı,

Anayasa Mahkemesi'nin Sayın Başkanı,

Ana muhalefet partisinin Sayın Genel Başkanı,

Danıştay'ın, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, Askeri Yargıtay'ın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin sayın başkanları,

HSYK'nın Sayın Başkanı,

Yurttaşlarımıza, "Ankara'da hâkimler var" dedirten yüksek yargı organlarının sayın başkan ve üyeleri,

Her yurttaşın güvenli limanı olması gereken adliyelerimizin sayın hâkim ve savcıları,

Tarih boyunca özgürlükler mücadelesinin lokomotifi olmuş gurur, duyduğum avukat meslektaşlarım,

Sayın basın mensupları,

Sayın misafirler,

Hanımefendiler, beyefendiler;

Hepinizi, Türkiye Barolar Birliği'nin yönetim, disiplin ve denetim kurulları, yetmiş dokuz baromuz ve seksen dört bin hak savaşçısı avukat adına saygıyla selamlıyorum.

30 Ağustos Zafer Bayramımızı kutluyor, **bağımsızlığımızı, cumhuriyetimizi ve cumhuriyetin temsil ettiği çağdaş değerlerimizi borçlu olduğumuz Büyük Atatürk'ü, silah arkadaşlarını, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran tüm devlet adamlarını ve şehitlerimizi** rahmet ve minnetle anıyorum.

Bugün **1 Eylül Dünya Barış Günü**. **Bölgemiz kan gölüne** dönmüş durumda. **Mezhep savaşları** almış başını gitmişken, mezhebi, dini ya da ırkı gerekçe gösterilerek insanlar **katledilir, ırzına geçilir, köle yapılır, açlığa, susuzluğa, kavurucu sıcağa** dünyanın gözü önünde terk edilirken, barıştan söz etmek ne kadar zor. Yine de umudumuzu yitirmeyecek, barış için mücadeleye devam edeceğiz.

Bu noktada, önce **sınırlarımızın hemen ötesine bakıp, başta mezhepçiliği reddeden, özgürlükçü laiklik** ve **eşit yurttaşlık** olmak üzere sahip olduğumuz **Cumhuriyet değerlerinin kıymetini bileceğiz**. Ardından çok özlediğimiz **toplumsal barışa** ulaşmak için **konuşacağız**, tartışacağız. **Ortak geçmişimizin ve geleceği birlikte yaşama ülkümüzün altını çizecek**, ayrışmak yerine **birbirimizi nasıl tamamladığımızı** ortaya koyacağız. Bütün bunları, **yargının güven altına aldığı temel haklarımızı kullanarak yapacağız.**

Bugün burada, **bu çatı altında buluştuğumuz veya buluşamadığımız herkesle, aynı şanlı bayrağın altında, aynı vatan topraklarında birlikte yaşıyoruz.** O yüzden, birbirimizi dinleyeceğiz, birbirimizden öğreneceğiz. Önerilerden ve eleştirilerden yararlanıp, ülkemiz adına el ele daha güzel işler yapacağız.

Değerli Dinleyenler;

Adalet, mülkün yani ülkenin temelidir. Demek ki yargının kurucu unsuru olan **avukatlar, hâkimler ve savcılar bu ülkenin temel taşları arasındadır.** Adalet ülkenin temeli olduğuna göre; **yargı camiasını, avukatları, hâkimleri, savcıları düşman ilan etmek, yargıyı itibarsızlaştırmak, devleti temellerinden sarsmaktır.**

Bu güzel ülkenin kahraman, fedakâr, asil, namuslu, vicdanlı avukatları, hâkimleri, savcıları;

Düşmanımız kin ve keyfiliktir bizim. Biz ise **kin tutmayız, keyfilik yapmayız.**

Biz biliriz ki ilim ve sanat, takdir edilmediği yerden göç eder. Oysa **ilimden gidilmeyen yolun sonu karanlıktır**. **Sanat olmazsa, hepimiz tek renge, tek sese mahkûm oluruz.**

Aydınlık bir gelecek ancak **bilimle, fenle ve sanatla mümkündür.**

Adalet ise bütün bunların, öyleyse **geleceğimizin güvencesidir.**

Yargıya, dolayısıyla adalete, dolayısıyla ülkenin temellerine ve geleceğine yönelmiş açık ve yakın en büyük tehlike***"keyfilik"***tir.

"Devlet benim" keyfiliğidir.

"Ben ne dersem o olur" keyfiliğidir.

"Sadece benim istediğimi düşünebilirsin, söyleyebilirsin, yazabilirsin" keyfiliğidir.

"Benim istediğim gibi karar vermez, benim işime geldiği gibi düşünmez, benim dediğimi yapmazsan seni hain ilan ederim, hedef gösteririm" keyfiliğidir.

"Benim adamımsan idarenin her düzeyinde işin istediğin gibi yürür, benden değilsen insanca yaşama hakkın dahi yoktur" keyfiliğidir.

"Anayasa'yı tanımam, kanunu hiç tanımam" keyfiliğidir.

"Yasama da, yürütme de, yargı da benim olsun, benim değilse hain olsun" keyfiliğidir.

Çağdaş dünyada sınavsız avukatlık neredeyse kalmamışken, **hukuk devleti açısından zorunlu olan avukatlık sınavını, Anayasa Mahkemesi'nin kararına rağmen yeniden düzenlememe** keyfiliğidir.

Avukatların, yargının kurucu unsuru olduğunu bir türlü içe sindirememe keyfiliğidir.

Avukatı dışlamak yoluyla avukatın savunduğu yurttaşı sistem dışına çıkarma keyfiliğidir.

"İnsanı yaşat ki devlet yaşasın" demek yerine, vatandaşı devlete hizmetkâr yapma keyfiliğidir.

Her yapılan eleştiri ve öneriye ***"geçmişte de böyle değil miydi"*** diye cevap verip, vatandaşa daha iyiyi, daha güzeli çok görme keyfiliğidir.

Bu keyfiliklere karşı Türkiye Cumhuriyeti'nin kurumları dik duracaktır.

Yüksek yargısından ilk derece yargısına kadar, buralarda görev yapan binlerce vicdanlı ve namuslu avukat, hâkim ve savcı dik duracaktır.

Binlerce cesur avukat, hâkim ve savcı, hukuk dışı her müdahaleye ***"hayır"*** diyecektir.

Hayatlarını hukukun üstünlüğüne adamış binlerce avukat, hâkim ve savcı, bu güzel ülkenin her köşesinde, insanlarımıza ***"eşit yurttaş"*** olmanın mutluluğunu yaşatacaktır.

Binlerce meslektaşımız; **Soma'daki** ve **yurdun dört bir yanındaki iş cinayetleri**yle, **Gezi'de öldürülenler**, **gözlerini yitirenler**le,**baskıya**

uğrayan gazetecilerle, **istismar edilen, katledilen çocuk ve kadınlar**la, **TEOG Sınavı'nın mağdur ettiği gençlerimiz**le,**yok edilen çevreyle ilgili davalar**da ve yurttaşlarımızın açtığı ya da yargılandığı **yüzbinlerce davada dik duracaklar, adalet dağıtacaklar**.

Bizler, el ele vereceğiz; hep birlikte, **insanlara güven veren, adalet dağıttığına inanılan** bir sistemi inşa edeceğiz.

Hâkim bağımsızlığını ve tarafsızlığını, savcı teminatını, avukatların mesleklerini Adalet Bakanlığı baskısı olmaksızın icra edebilmelerini sağlayacağız.

Yargının kurucu unsurlarının birlikte çalışmalarını sağlayarak, adil yargılama yapmalarını, böylece gerçeği gerçek olmayandan, **suçluyu suçsuzdan, haklıyı haksızdan** ayırt etmelerini mümkün kılacağız.

Yargının kendi içindeki keyfiliklerin hesabını, yargı bağımsızlığı ilkeleri çerçevesinde **verebilir hale gelmesi**ni temin edecek bir düzeni kuracağız.

Kişilere göre şekillenmeyen, çağdaş dünyanın ihtiyaçlarına **çözüm üreten** bir yargı sisteminin zorunlu olduğunu tüm topluma ve siyasi partilere anlatacağız.

İşte bunu başardığımız gün, yargı mensuplarının ve kamu görevlilerinin cesaretine bel bağlayan bir toplum olmaktan çıkıp, **her bireyin sisteme güvendiği**, sistem içindeki kişilerin ne yapacağını bildiği ve böylece **hukuki güvenliğe sahip** olduğu çağdaş, demokratik bir toplum olacağız.

İşte o gün, Cumhuriyet'in kuruluş idealini el birliğiyle gerçekleştirmenin mutluluğunu yaşayacağız.

Sayın Başkan, sayın meslektaşlarım, hanımefendiler, beyefendiler;

Bugün, **savunma hala baskı altındadır**. Avukatlar, mesleki faaliyetleri nedeniyle soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır.

Avukatın görevi, insanların haklarını, onların kullanımına sunmaktır. Şu halde **avukat, toplum içinde yaşayan insanı birey yapan meslek mensubu**dur. Avukatın hak ve yetkilerine veya avukatın doğrudan doğruya yaşamına ya da vücut bütünlüğüne yönelen her saldırı, aslında bu ülkede yaşayan herkesin temel haklarına yönelmiştir.

Rejimi ne olursa olsun bütün devletlerde uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulmuş mahkemeler vardır. Ancak **sadece demokratik hukuk devletlerinde etkin ve yargının kurucu unsuru niteliğini taşıyan**

bağımsız savunmadan söz edilebilir. Etkin ve bağımsız savunmanın olmadığı rejimlerde, hâkimler ve savcılar idarenin memurlarından ibarettirler.

Değerli dinleyenler;

Avukatların **meslek alanı sürekli olarak daraltılmakta,** münhasıran avukatlar tarafından yerine getirilebilecek faaliyetlerin sayısı giderek azaltılmaktadır. **Etkili sosyal güvencemiz hala yoktur. Kontrolsüz açılan hukuk fakültelerin**den yeterli eğitimi almamış hukuk fakültesi mezunları **sınavsız bir şekilde avukatlık stajına** başlayıp kolaylıkla avukat olmakta, sonuçta hem hizmetin kalitesi düşmekte hem de avukatlar büyük ekonomik zorluklara sürüklenmektedir. Hukuk fakültelerinin açılması ve müfredatlarının belirlenmesi konusunda buradan **Yüksek Öğretim Kurulu'na işbirliği çağrımızı tekrarlıyoruz.**

Türkiye Barolar Birliği olarak geçtiğimiz dönemde, bütün baroların ve ilgilenen avukatların katkısını sağlayarak **çağdaş bir kanun taslağı ortaya koyduk**. Bu taslak, yapılacak değişikliklerde esas alınmalıdır. TBMM'de katılımcı süreç işletilmeden, ***"ben yaptım oldu"*** zihniyeti ile karşımıza getirilecek kanun tasarısı veya gece yarısı teklifleriyle Avukatlık Kanunu'nun değiştirilmesinin, hukuk devletine ve huzurlu bir toplumsal yaşama ağır darbe vuracağını ifade etmek istiyorum.

Avukatlık Kanunu'nun 46/2. maddesinin açık hükmüne rağmen, avukatın Yargıtay'da dosya görmesini vekâletname ibrazına bağlayan Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun hukuka aykırı idari işleminin geri alınmasını geçen yıl bu kürsüden talep etmiştik. Herhangi bir gelişme olmamasını üzüntüyle karşılıyorum.

Değerli meslektaşlarım;

Keyfilikten kaynaklanan sistemsizlik sorunu, bizim en önemli meslek sorunumuzdur. İster avukat, ister hâkim, ister savcı olalım **bütün meslek sorunlarımızın özünde, hukukun üstünlüğünü tanımayanların, üstünlerin hukuku peşinde koşanların sebep olduğu bu keyfilik vardır.**

Mesleğimizin itibarı, devletin tüm erklerinin ve kurumlarının hukuka saygılı olmanın gereğine inanmış olmasına bağlıdır.

Alın terimizin değeri, hukuk devleti olmamıza bağlıdır.

Yatırımcının daha çok yatırım yapması, **daha çok iş** ve **istihdam** yaratılması, **işsizliğin ortadan kaldırılması**, işçi, memur, köylü, kentli,

öğrenci, kadın, erkek, genç, yaşlı, emekli **herkesin geleceğe güvenle bakması**, kendini güvende hissetmesi, **hukukun üstünlüğünün sağlanmasına bağlıdır**.

Ortadoğu kan gölüne dönmüş, mezhep savaşları sınırlarımıza dayanmış, **her gün insanlık katledilirken**, **Türkiye'nin başka** devletleri, onların kamuoylarını ve uluslararası örgütleri harekete geçirerek **bu vahşeti durdurması, kendi içimizde insan haklarını gerçekleştirmemize bağlıdır.**

Değerli meslektaşlarım;

Devletleri, keyfilik yapan idareciler yok eder.

Milletleri, keyfilik yapan idareciler felakete sürükler.

Devlet idarecilerini tarihe altın harflerle geçiren; dönemlerinde yapılan yollar, köprüler, binalar değil, keyfilik yapıp yapmadıkları, adaleti hakim kılıp kılmadıklarıdır. Çünkü adaletsizlik nedeniyle insanların çektikleri acılar, yapılan inşaatları gölgede bırakır.

Keyfiliğin panzehiri, hukukun üstünlüğünü savunmaktır. Haksızlıklara karşı, haksızlık kimden gelirse gelsin, kime yapılırsa yapılsın birlikte tavır almaktır.

Gün, bugündür.

Gün, hukukun üstünlüğü için avukat, hakim ve savcıların kenetlenmesi günüdür.

Gün, Cumhuriyet devriminin ışıklı yolunda demokrasi ve özgürlükler için omuz omuza mücadele etme günüdür.

Bu mücadele elbette kazanılacaktır.

Çünkü **özgürlük daima kazanmıştır.**

Yeni adli yılın tüm yargı mensuplarına, çalışanlarına ve adalet bekleyen tüm yurttaşlarımıza hayırlı olmasını diliyorum.

En içten saygılarımla.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİ VE İNDİRİMSİZ MÜEBBET HAPİS CEZALARI

ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND IRREDUCIBLE LIFE SENTENCES

Mehmet ÖNCÜ*

Özet: AİHM'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni geniş ve dinamik yorumlaması, Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın (işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmama) da geniş yorumlanıp uygulanmasına ve zamanla kapsamının genişlemesine yol açmıştır. Mahkeme'nin bu konudaki kararları dikkate alındığında, AİHS'nin 3. maddesi sadece kamu görevlilerinin bireylere kötü muamelede bulunmasını yasaklar şekilde anlaşılmamakta (*negatif yükümlülük*), üçüncü kişilerin diğer bireylere karşı gerçekleştirdiği ve bu maddede yasaklanan eylemleri engellemeyi de (*pozitif yükümlülük*) öngörür şekilde yorumlanıp uygulanmaktadır. Ayrıca, üçüncü bir ülkeye iade durumunda, iade edilecek kişinin bu ülkede kötü muameleye tabi tutulacağı riskinin olması hali, tutukevi veya cezaevi koşulları ile bireyin belirli türde bir cezaya çarptırılması da Mahkemece bu maddede korunan hakka aykırı olarak nitelendirilebilmektedir.

AİHS'nin 3. maddesine aykırı olduğu değerlendirilen cezalardan biri de "*indirimsiz*" ya da "*infazı ölünceye kadar devam eden*" müebbet hapis cezalarıdır. *Kafkaris v. Kıbrıs* ve *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* Büyük Daire kararları dikkate alındığında, AİHM'nin bu konudaki içtihadının yerleşik hale geldiğini söylemek mümkündür. Buna göre, "*serbest kalma ümidi olmadan, bir müebbet hapis cezasının infazının ölünceye kadar devam etmesi,* Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder". Mahkeme, Türk infaz hukukunu da yakından etkileyecek Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararını da, 2014 yılında bu içtihat ışığında vermiştir. Suçluların iadesi konusuna gelince, bireyin, hukuk sisteminde bu türden bir cezanın öngörüldüğü [üçüncü] bir ülkeye gönderilmesi, Sözleşme'nin 3. maddesinin gereklerine aykırılık oluşturabilir.

* Dr., 2000-2001 öğretim yılında Belçika'da (Université catholique de Louvain/ Université Saint-Louis) insan hakları hukuku alanında yüksek lisans yapmış olup, 2007-2011 yılları arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde hukukçu olarak çalışmıştır.

Anahtar Sözcükler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, indirimsiz müebbet hapis cezaları, kötü muamele, şartla salıverme, suçluların iadesi, Türk infaz hukuku.

Abstract: Broad and dynamic interpretation by the ECtHR of the European Convention on Human Rights has led to widening of the scope of the right protected under Article 3 of the Convention (prohibition of torture, inhuman and degrading treatment or punishment). Taking the Court's case-law on the subject into account, it is observed that Article 3 of the Convention is not only interpreted and implemented in a way that it prohibits ill-treatment by public authorities of individuals (*negative obligation*), but in a way as to impose responsibility to protect individuals against ill-treatment which may be inflicted by other individuals (*positive obligation*). Furthermore, risk of torture, inhuman or degrading treatment in case of extradition of a person to a [third] country, conditions of detention centres and prisons and the possibility of being subject to certain kinds of punishment could also be found by the Court as contrary to this provision.

One of the punishments considered to be in violation of Article 3 of the Convention is the irreducible life sentence whose execution continues until death without any prospect of release. In view of the Grand Chamber judgments, *Kafkaris v. Cyprus* and *Vinter and Others v. the United Kingdom,* it would be safe to say that the case-law of the Court on this subject is well established. Accordingly, a whole life sentence without any prospect of release violates Article 3 of the Convention. In 2014, the Court rendered its judgment in the case of *Öcalan v. Turkey (no. 2)*, which will inevitably have the impact on Turkish law on execution of sentences and security measures, in light of the above-mentioned well-established case-law. As far as extradition proceedings are concerned, expulsion or extradition of a person to a [third] country where he or she may face such punishment will in all likelihood be considered as contrary to the requirements of Article 3 of the Convention.

Keywords: European Court of Human Rights, irreducible life sentences, ill treatment, conditional release, extradition, Turkish law on execution of sentences and security measures.

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM" veya "Mahkeme") 18 Mart 2014 tarihinde Türk infaz hukukunu yakından etkileyecek önemli bir karara imza atmıştır. Bu karar, Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararı olup, önemi, ölünceye kadar infaz edilecek müebbet hapis cezalarına ilişkin bölümünden kaynaklanmaktadır. Ancak, Öcalan hakkında AİHM tarafından verilen tek karar bu olmayıp, Mahkeme'nin bu konuda verdiği başka bir karar daha vardır.

15 Şubat 1999 tarihinde Kenya'dan Türkiye'ye getirilip gözaltına alınan Abdullah Öcalan, [eski] Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca, "*devletin hâkimiyeti altındaki topraklardan bir kısmını ayırıp, ayrı bir devlet kurmaya yönelik eylemlerde bulunmak ve bu amaçla terörist bir örgüt kurup yönetmek*" iddialarıyla hakkında açılan kamu davasında yargılanarak, 29 Haziran 1999 tarihinde idam cezasına mahkûm edilmiştir. Bu karar, 22 Kasım 1999 tarihli Yargıtay kararıyla onanmıştır. Ancak Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğine uygun olarak, 9 Ağustos 2002 tarihli yasal değişiklikle, Türk hukuk sisteminde barış zamanında idam cezası kaldırılmıştır. Bu tarihten önce hükmedilmiş idam cezalarının yerine ise, "*infazı ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezası*" öngörülmüştür. Bu yasal değişikliklere paralel olarak, Öcalan hakkında hükmedilen ceza da, 3 Ekim 2002 tarihinde, infazı ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür[1].

Abdullah Öcalan vekilleri, başvuranın gözaltına alındığı ilk gün olan 16 Şubat 1999 tarihinde AİHM'ye başvuruda bulunarak (ilk başvuru no. 46221/99), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS" veya "Sözleşme") birçok hükmünün ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. İç hukuktaki yargılama sona erince bu iddialara yenilerini eklemişlerdir. Öcalan'ın şikâyetleri 12 Mart 2003 tarihli Daire kararı ile karara bağlanmış, ancak Büyük Dairede inceleme talebi kabul edildiği için, dosya Büyük Daire tarafından 12 Mayıs 2005 tarihinde nihaî olarak sonuçlandırılmıştır. Öcalan hakkında AİHM tarafından verilen bu ilk kararda, insanlık dışı muamele yasağı (AİHS m. 3), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS m. 5 §§ 3 ve 4) ve adil yargılanma hakkının (AİHS m. 6 §§ 1 ve 3 b) ve c)) ihlal edildiğine hükmedilmiştir[2].

Abdullah Öcalan vekilleri 2003, 2004, 2006 ve 2007 yıllarında, farklı şikâyetlerle AİHM'ye dört ayrı yeni başvuruda bulunmuştur. Bu dört başvuru (nos. 24069/03, 197/04, 6201/06 ve 10464/07) Mahkeme tarafından birleştirilerek, tek dosyada incelenmiş ve 18 Mart 2014 tarihinde karara bağlanmıştır. Bu makalenin de konusunu oluşturan Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararı, Öcalan hakkında AİHM tarafından verilen ikinci karardır.

---

1 Bütün bu gelişmeler konusunda gbi. bk. Öcalan v. Türkiye [BD], no. 46221/99, 12 Mayıs 2005, §§ 14-51.

2 Öcalan v. Türkiye [BD], yukarıda belirtilen, §§ 61-206.

AİHM bu ikinci kararda, başvurucunun bazı şikâyetlerini ihlal bulunmadığı gerekçesi ile (AİHS m. 7 ve 8) esastan[3], bir kısmını ise ayrıca incelenmeye gerek bulmadığı için usulden (AİHS m. 5, 6, 13 ve 14) reddetmiştir.

Mahkeme, Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararında, AİHS'nin 3. maddesinde güvence altına alınan "*işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalandırma yasağının*" iki açıdan ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, ilk olarak başvuranın 12 Mayıs 2005 tarihinden[4] 17 Kasım 2009 tarihine kadar geçen süre zarfındaki "*cezaevi koşullarının*" Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (Bk. §§ 79-147). Ancak aynı şikâyetle ilgili olarak, 17 Kasım 2009 tarihinden sonraki cezaevi koşullarının (cezaevi koşullarında bu tarihten sonra gerçekleştirilen iyileştirmeler de göz önünde bulundurularak), söz konusu Sözleşme hükmünü ihlal etmediğine karar vermiştir (Bk. §§ 148-149). Reddedilen şikâyetler ile cezaevi koşullarına ilişkin şikâyetler, bu makalenin konusunu oluşturmadığı için aşağıda ayrıca incelenmeyecektir.

Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline yol açan ikinci husus ise, Öcalan aleyhine hükmedilen "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının, *hiçbir şekilde serbest kalma ümidi olmadan*, ölünceye kadar devam etmesi" durumudur. Mahkeme, bu konudaki yerleşik içtihadına da dayanarak, "müebbet hapis cezasının infazının, serbest kalma ümidi olmadan ölünceye kadar sürmesi" durumunun, AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

---

[3] AİHM tarafından esastan incelenmesine rağmen, ihlâl bulunmadığı gerekçesi ile reddedilen şikâyetlerden birisi de, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ileri sürülen "başvuranın aile fertleri ile iletişim ve görüşmelerine getirilen sınırlandırmalara" ilişkindir. 2. Daire, bu şikâyetle ilgili olarak 4/7 oy çokluğu ile ihlal bulunmadığına hükmetmiştir. Başvurucu taraf, özellikle bu şikâyet ile 17 Kasım 2009 sonrası cezaevi koşullarına ve Sözleşme'nin 7. maddesine ilişkin şikâyetlerin Büyük Daire tarafından yeniden incelenmesini talep etmiştir. Makalenin kaleme alındığı tarih itibari ile, beş hâkimden oluşan Panel söz konusu talepler konusunda henüz karar vermemiş olup, Panel'in taleplerden herhangi birini kabul etmesi halinde, 2. Daire'nin esastan inceleyip karara bağladığı tüm şikâyetler Büyük Daire tarafından yeniden incelenecek ve Öcalan (no. 2) başvurusu kesin olarak karara bağlanacaktır.

[4] 12 Mayıs 2005 tarihi, Öcalan tarafından yapılan ilk başvuruya ilişkin (Öcalan v. Türkiye [BD], yukarıda belirtilen) AİHM'nin verdiği karar tarihidir. Büyük Daire tarafından verilen bu kararda, Öcalan'ın yakalandığı tarihten 12 Mayıs 2005 tarihine kadar olan süre zarfındaki cezaevi koşullarının AİHS'nin 3. maddesini ihlal etmediğine hükmedilmiştir.

Bu makalenin temel inceleme alanını da "*indirimsiz müebbet hapis cezalarının AİHS'nin 3. maddesine aykırılığı*" konusu oluşturup, aşağıda sırasıyla AİHM'nin "*serbest kalma ümidi olmadan ölünceye kadar infaz edilen hürriyeti bağlayıcı cezalara*" ilişkin yerleşik içtihadı, Türk hukuku açısından bu konuda verilen ilk karar olan Öcalan v. Türkiye (*no. 2*) kararı ve Türk infaz hukukundaki sorunlu alanlar irdelenecektir. Makaleye somut bazı çözüm önerileri ile son verilecektir.

1. İndirimsiz Müebbet Hapis Cezalarına İlişkin AİHM'nin Yerleşik İçtihadı

İndirimsiz müebbet hapis cezası konusunda AİHM tarafından verilen kararlar özellikle son on beş yılda yapılmış başvurulara ilişkin olup, *Kafkaris v. Kıbrıs*[5] ve *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*[6] Büyük Daire kararları da dikkate alındığında, Mahkeme'nin bu cezanın 3. madde ile uyumlu olup olmadığı hususundaki görüşü yerleşik içtihat haline gelmiştir. Ölünceye kadar infazın devam ettiği müebbet hapis cezalarına ilişkin Mahkemece verilen temel kararlar *Kafkaris v. Kıbrıs*, *Iorgov v. Bulgaristan* (no. 2)[7], *Schuchter v. İtalya* kabul edilemezlik kararı[8], *Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık* kararı[9] ile *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararıdır. Büyük Daire tarafından verilen *Vinter ve Diğerleri* kararından kısa bir süre sonra, 3. Daire benzer bir başvuruda *Murray v. Hollanda* kararına[10] imza atmış olup, başvurucunun Büyük Daire talebi 14 Nisan 2014 tarihinde Panel tarafından kabul edildiği için, bu makalenin kaleme alındığı tarih itibari ile söz konusu başvuru Büyük Daire önünde derdesttir[11]. *Murray* kararından 3 ay sonra ise, Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararı açıklanmıştır.

---

5 Kafkaris v. Kıbrıs [BD], no. 21906/04, 12 Şubat 2008.

6 Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], nos. 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9 Temmuz 2013.

7 Iorgov v. Bulgaristan (no. 2), no. 36295/02, 2 Eylül 2010.

8 Schuchter v. İtalya (k.k.), no. 68476/10, 11 Ekim 2011.

9 Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık, nos. 9146/07 ve 32650/07, 17 Ocak 2012.

10 Murray v. Hollanda, no. 10511/10, 10 Aralık 2013.

11 Murray v. Hollanda başvurusunda Büyük Daire talebinin kabul edilmesinin nedeni, Kafkaris ve Vinter ve Diğerleri Büyük Daire kararları dikkate alındığında, kanaatimizce indirimsiz müebbet hapis cezalarının Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyumlu olup olmadığı hususu olmayıp, Hollanda hukuk sisteminin, başvurana infazın herhangi bir aşamasında serbest kalma ümidi sunup sunmadığı hususudur.

4 Eylül 2014 tarihinde, Belçika aleyhine, indirimsiz müebbet habis cezalarına ilişkin ve suçluların geri verilmesi konusunda önemli bir karar daha verilmiştir. Bu karara göre, başvuranı, umut hakkına sahip olmadan, infazı ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezasına çarptırılma riskine, *iade ederek* maruz bırakmak, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturur[12]. Belirtilmelidir ki, AİHS'nin 43 ve 44. maddeleri uyarınca, bu karar da makalenin yazıldığı tarih itibari ile henüz kesinleşmiş değildir.

Müebbet hapis cezalarının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin AİHM içtihadını, bu konudaki temel karar olan *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı öncesi ve sonrası ile suçluların iadesi hususunda ortaya çıkacak sorunlar şeklinde, üç ayrı başlık altında incelemekte, konunun sistematikleştirilmesi açısından yarar vardır.

a) Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Öncesi AİHM İçtihadı

Bir yetişkinin[13] müebbet hapis cezasına çarptırılması ve bu cezanın infazının ölüm anına kadar sürmesi şeklinde ifade edilecek *indirimsiz müebbet hapis cezasının (irreducible life sentence - peine de réclusion à perptuité incompressible*) AİHS'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığına ilişkin başvurular, özellikle 1998 sonrasına rastlamaktadır[14]. Bilindi-

12 Trabelsi v. Belçika, no. 140/10, 4 Eylül 2014, §§ 84-139.

13 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 a) hükmüne göre, işledikleri suçlar nedeniyle 18 yaşından küçüklere idam cezası verilemeyeceği gibi, salıverme imkânı olmayan müebbet hapis cezası da verilemez. Bu düzenleme, çocuklara karşı indirimsiz müebbet hapis cezasına hükmedilemeyeceği hususundaki uluslararası konsensüsü göstermektedir (Bk. Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık, yukarıda belirtilen, § 139).

14 Müebbet hapis cezasının Sözleşme'nin 3. maddesi açısından sorun oluşturabileceğine yönelik Sözleşme organları tarafından verilen kararlar için bk. Kotälla v. Hollanda (Kom. kar.), no. 7994/77, 6 Mayıs 1978, D.R. 14, s. 238; Weeks c. Royaume-Uni (Kom. rap.), no. 9787/82, 7 Aralık 1984, § 72; Nivette v. Fransa (k.k.), no. 44190/98, 3 Temmuz 2001; Sawoniuk v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 63716/00, 29 Mayıs 2001; Einhorn v. Fransa (k.k.), no. 71555/01, 16 Ekim 2001; Stanford v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 73299/01, 12 Aralık 2002; Wynne v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 67385/01, 22 Mayıs 2003; Partington v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 58853/00, 26 Haziran 2003; Léger v. Fransa, no. 19324/02, 11 Nisan 2006; Garagin v. İtalya (k.k.), no. 33290/07, 29 Nisan 2008. AİHM'ye göre, keyfi ya da [işlenen fiille orantılı olmayan] abartılı şekilde ağır bir hapis cezası da bazı durumlarda Sözleşme açısından sorun oluşturabilir (Örnek olarak bk. V. v. Birleşik Krallık, [BD], no. 24888/94, 16 Aralık 1999, §§ 97-101). Görüldüğü üzere, İngiliz hukukunu ilgilendiren bir-

ği gibi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun varlığına son veren ve sürekli olarak görev yapacak tek denetim organı "Mahkeme"yi kuran 11 no.lu Protokol, 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1970'li yıllardan itibaren Komisyon tarafından da incelenmiş başvurular bulunsa da[15], aşağıda bu konuya ilişkin irdelenecek kararların büyük çoğunluğu 1998 sonrası "*Mahkeme*" tarafından verilmiştir. Söz konusu kararlardan bir kısmı kabul edilebilirliğe ilişkin iken, diğer bir kısmı Mahkemece esastan, hatta Büyük Daire tarafından incelenip karara bağlanmış başvurulara dairdir. İlgili kararlar incelendiğinde, aşağıdaki genel prensiplerin Mahkemece ortaya konduğu görülmektedir:

Sözleşme'ye taraf devletler, AİHS'te öngörülen ilkelerle uyumlu olmak kaydıyla, *hükmedilen cezanın yeniden gözden geçirilmesi ve serbest bırakmaya ilişkin yöntemler dâhil*, [istedikleri] belirli bir ceza adalet sistemini seçmekte serbest olup, bu alan kural olarak Mahkeme'nin denetim alanı dışındadır[16]. Suç işleyen bir yetişkinin müebbet hapis cezasına çarptırılması, kural olarak ne Sözleşme'nin 3. maddesince ne de diğer herhangi bir hükmü tarafından yasaklanmıştır[17].

Ancak, suç işleyen bir yetişkini, serbest kalma ümidinden yoksun bırakan "*indirimsiz müebbet hapis*" cezasına mahkûm etmek, AİHS'nin 3. maddesi açısından sorun oluşturabilir[18]. Buna rağmen, bir müebbet hapis cezasının pratikte ölünceye kadar sürme riskinin bulunma-

---

çok başvuru AİHM tarafından incelenip karara bağlanmış olup, bu konuda bk. F. Massias, "Légalité, dangerosité, perpétuité. Le contrôle de la Cour européenne sur les peines perpétuelles du droit anglais, obligatoires et indéterminées", in Mél. Pierre Couvrat, Paris, PUF, 2001, s. 279 vd.

15 Örnek olarak bk. Kotälla v. Hollanda (Kom. kar.), yukarıda belirtilen; Weeks c. Royaume-Uni (Kom. rap.), yukarıda belirtilen.

16 Achour v. Fransa [BD], no. 67335/01, 29 Mart 2006, § 51; Kafkaris v. Kıbrıs [BD], no. 21906/04, 12 Şubat 2008, § 99. AİHM bu ifadeyi, Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararından sonra verdiği bir kararda "yerleşik içtihat" olarak nitelendirmiştir (Murray v. Hollanda, yukarıda belirtilen, § 49).

17 Bamber v. Birleşik Krallık (Kom. kar.), no. 13183/87, 14 Aralık 1988; Sawoniuk v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 63716/00, 29 Mayıs 2001; Kafkaris v. Kıbrıs [BD], yukarıda belirtilen, § 97; Iorgov (II) v. Bulgaristan, no. 36295/02, 2 Eylül 2010, § 49. Schuchter v. İtalya (k.k.), yukarıda belirtilen. Ayrıca bk. J.-F. Renucci, Traité de droit européen des droits de l'homme, Paris, LGDJ, 2007, s. 128.

18 Nivette v. Fransa (yukarıda belirtilen); Einhorn v. Fransa (yukarıda belirtilen); Stanford v. Birleşik Krallık (yukarıda belirtilen); Wynne v. Birleşik Krallık (yukarıda belirtilen); Kafkaris v. Kıbrıs [BD], (yukarıda belirtilen), § 97; Iorgov (II) v. Bulgaristan (yukarıda belirtilen), § 49.

sı, tek başına bu cezanın "*indirimsiz*" olduğu anlamına gelmez[19]; söz konusu cezanın *hukuken* ve[20] *fiilen* infazın herhangi bir aşamasında "*indirilebilir*" (*reducible - compressible*) olması, Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyumluluğu açısından yeterlidir. Müebbet hapis cezasının "*indirilebilir*" olarak değerlendirilebilmesi için, bu cezanın başka bir cezaya dönüştürülmesi, infazın askıya alınması, infaza son verilmesi veya mahkûmun şartla salıverilmesi gibi yöntemlerden biri aracılığı ile iç hukukun bu cezanın yeniden gözden geçirilmesine imkân vermesi gerekir. Mahkeme'ye göre, müebbet hapis cezası asgari bir süre infaz edildikten sonra (asgarî infaz süresi), şartla salıverme amacıyla cezanın yeniden gözden geçirilmesinin imkân dâhilinde olduğu durumlarda, mahkûmun her türlü serbest kalma ümidinden (*any hope of release - tout espoir d'élargissement*) yoksun olduğu söylenemez[21].

AİHM, bu konuda verdiği kararlarda, artık yerleşik hale gelmiş prensipleri hatırlattıktan sonra, özellikle aleyhine başvuruda bulunulan devletin iç hukukunun müebbet hapse mahkûm edilmiş kişiye "hukuken" (*de jure*) ve "fiilen" (*de facto*) serbest kalma ümidi sunup sunmadığını inceleyerek sonuca ulaşmaktadır[22]. Mahkeme, iç hukukun hükümlüye *de jure* serbest kalma imkânı sunup sunmadığını

19 Özellikle bk. Kafkaris v. Kıbrıs [BD], yukarıda belirtilen, § 98; Iorgov v. Bulgaristan (no. 2), yukarıda belirtilen, § 50; Schuchter v. İtalya (k.k.), yukarıda belirtilen. Mahkeme'ye göre, Sözleşme, müebbet hapis cezasına çarptırılmış bir mahkûma, genel olarak şartla salıverilme hakkını vermediği gibi, infazın askıya alınması (remission) veya infaza son verilmesi (termination) sonucunu doğuracak şekilde cezanın, idarî ya da adlî olsun, ulusal bir makam tarafından yeniden gözden geçirilmesi hakkını vermese de (Kotälla v. Hollanda (Kom. kar.), yukarıda belirtilen; Bamber v. Birleşik Krallık (Kom. kar.), no. 13183/87, 14 Aralık 1988, D.R. 59, s. 235; Treholt v. Norveç (Kom. kar.), no. 14610/89, 9 Temmuz 1991, D.R. 71, s. 168), iç hukukta serbest kalma imkânı veren bir sistemin varlığı, belirli bir müebbet hapis cezasının 3. madde ile uyumluluğunu değerlendirme açısından dikkate alınacak önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır (Kafkaris v. Kıbrıs [BD], yukarıda belirtilen, § 99).

20 Vurgu özellikle yapılmıştır.

21 Hill v. Birleşik Krallık (k.k.), no. 19365/02, 18 Mart 2003; Törköly v. Macaristan (k.k.), no 4413/06, 5 Nisan 2011; Schuchter v. İtalya (k.k.), yukarıda belirtilen. Bu konuda ayrıca bk. F. Sudre, "Conditions de détention", in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire ve M. Lavinet, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, PUF, 2011, s. 169; F. Sudre, Droit international et européen des droits de l'homme, Paris, PUF, 2011, s. 338.

22 Kafkaris v. Kıbrıs [BD], yukarıda belirtilen, § 98; Iorgov (II) v. Bulgaristan (yukarıda belirtilen), § 50.

araştırdıktan sonra, uygulamaya da bakarak, *de facto* serbest kalma ümidinin bulunup bulunmadığını, gerektiğinde istatistikî verilere[23] ve rakamlara[24] dayanarak karara bağlamaktadır.

AİHM, örneğin *Kafkaris v. Kıbrıs* ve *Iorgov (II) v. Bulgaristan* kararlarında, somut olayın kendine özgü koşulları ve ilgili devletin bu konuya ilişkin ulusal mevzuatını ve uygulamayı dikkate alarak, AİHS'nin 3. maddesinin müebbet hapis cezasının infazı açısından ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Mahkeme *Kafkaris* kararında, ulusal hukukta başvuran aleyhine hükmedilen müebbet hapis cezasının "*indirilebilir*" bir ceza olduğu ve başvurana *hukuken* ve *fiilen* serbest kalma ümidi sunduğu sonucuna vararak ihlal bulunmadığı yönünde karar vermiştir[25]. *Iorgov (II)* başvurusuna gelince, AİHM *Kafkaris* kararındaki ölçütleri somut olaya uygulayarak, Bulgar iç hukukunda başvuranın serbest kalma ümidinden tamamen yoksun bir şekilde cezasını çektiğinin söylenemeyeceğini değerlendirerek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır[26].

b) Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Kararı ve Sonrası

AİHM, 9 Temmuz 2013 tarihinde ***Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*** isimli önemli bir karara imza atmış olup, bu karar Büyük Daire tarafından verildiği ve diğer bir Büyük Daire kararı olan *Kafkaris* kararını teyit ettiği için, Mahkeme'nin hali hazırdaki yerleşik içtihadını oluşturmaktadır. Yakın ve orta vadede değiştirilme olasılığı çok zayıf olan bu kararın, uzun vadede değiştirilmesi ihtimal dâhilinde olsa da, içtihat değişikliği bu karardan daha koruyucu yeni bir Büyük

---

23 Bk. Iorgov (II) v. Bulgaristan (yukarıda belirtilen), § 54.

24 Bk. Kafkaris v. Kıbrıs [BD], (yukarıda belirtilen), § 103.

25 Kafkaris v. Kıbrıs [BD], (yukarıda belirtilen), §§ 95-108. Kıbrıs Anayasası'nın 53 § 4 hükmüne göre, Cumhurbaşkanı, Başsavcının teklifi üzerine, bir mahkeme tarafından verilmiş [her türlü] hapis cezasının infazını askıya alabilir; cezayı indirebilir veya başka bir cezaya dönüştürebilir. Ayrıca, 1996 tarihli Cezaevi Kanunu'nun 14. Bölümüne göre, Cumhurbaşkanı, Başsavcının kabulü üzerine, infazın herhangi bir aşamasında, müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar dâhil, herhangi bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanların şartla salıverilmesini kararlaştırabilir (Bk. Kafkaris, §§ 59 ve 102).

26 Iorgov (II) v. Bulgaristan (yukarıda belirtilen), §§ 48-60. Karen Reid'e göre, "[iç hukukun] az da olsa serbest kalma ümidi sunması [Mahkeme açısından] yeterli görünmektedir" (K. Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights", London, Sweet & Maxwell, 2012, s. 254.

Daire kararı ile mümkün olabilir. Bu durum, Büyük Daire kararlarının doğasından kaynaklanmakta olup, AİHM'nin kurulduğu tarihten bugüne kadar son 55 yılda ortaya koyduğu yaklaşım dikkate alındığında, genel eğilimin de bu yönde olduğu anlaşılacaktır. Mahkeme, içtihat değişikliğine gittiği zaman, kural olarak bir önceki karardaki içtihadından [temel hakları] daha koruyucu bir yaklaşım izlemektedir[27].

AİHM, *Vinter ve Diğerleri* kararında, adam öldürme suçundan müebbet hapse mahkûm olmuş başvuranların, İngiltere ve Galler infaz hukuku hükümleri gereği, "***sadece*** *ölümcül bir hastalığın son aşamasında veya ciddi şekilde ihtiyaçlarını tek başına gidememe (ağır kapasitesizlik) durumunda tahliye edilme şanslarının bulunması*" ve bu durumların dışında ***serbest kalma ümidi olmadan*** müebbet hapis cezasının ölünceye kadar sürmesinin AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Mahkeme'ye göre, "*müebbet [ya da ağırlaştırılmış müebbet] hapis cezası ile cezalandırılan bir mahkûmun, [hükmedilen] cezanın bir gün gözden geçirilerek serbest bırakılacağı ümidi olmadan, ölünceye kadar hürriyetinden mahrum bırakılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesini ihlal eder.*" Bu açıdan, Sözleşme'ye taraf devletler, müebbet hapis cezasıyla ilgili olarak, *de jure* ve *de facto* hükümlüye "*serbest kalma ümidi sunmalı*" (*prospect of release - espoir d'être libéré*) ve bu amaçla, infazın herhangi bir aşamasında "cezanın yeniden gözden geçirilmesine" (*possibility of review – possibilité de réexamen*) imkân veren bir sistem oluşturmalıdır[28]. Müebbet hapis cezasının Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyumlu olabilmesi için, bu iki şartın bir arada bulunması gerekir.

AİHM, cezanın yeniden gözden geçirilmesinin şekli (idarî veya adlî) ve *zamanının* devletlerin takdirinde olan hususlar olduğunu ha-

---

27 Kamu görevlilerinin idare ile aralarında çıkan uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsamına girip girmediği hususundaki Mahkeme içtihatları bu duruma örnek olarak gösterilebilir. AİHM'nin bu konudaki son yaklaşımı Büyük Daire'nin 2007 yılında Finlandiya aleyhine verdiği kararda (Vilho Eskelinen ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 63235/00, 19 Nisan 2007) ortaya konmuş olup, 2007 tarihli bu karar, Büyük Daire tarafından 1999 yılında verilen Pellegrin v. Fransa (no. 28541/95, 8 Aralık 1999) kararından daha koruyucu bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Pellegrin kararı ise, 1999 öncesi verilen kararlara göre daha koruyucu niteliktedir (Bk. M. Öncü, La fonction publique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2004, s. 31 vd.).

28 Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, §§ 119-122; Murray v. Hollanda, yukarıda belirtilen, § 56.

tırlattıktan sonra, ilk incelemenin cezaya hükmedilen tarihten en geç 25 yıl sonra yapılması ve gözden geçirmenin daha sonra düzenli aralıklarla tekrarlanması gerektiği yönünde, mukayeseli hukuk ve uluslararası hukukta net bir eğilimin olduğunu da dikkatlere sunmuştur[29]. Mahkeme'nin 25 yıllık süreye ilişkin cümlede kullandığı dil ve gözden geçirmenin zamanının devletlerin takdirinde olduğu yönündeki değerlendirmesi dikkate alındığında, bu sürenin emredici değil, sadece örneklendirici nitelikte olduğu anlaşılacaktır. Aksini düşünmek, AİHM'nin bugüne kadar ortaya koyduğu uygulama dikkate alındığında mümkün görünmemektedir. Ancak, "*mukayeseli hukuk ve uluslararası hukukta ilk gözden geçirmenin en fazla 25 yıl sonra yapılması ve daha sonra periyodik olarak tekrarlanması gerektiği yönünde net bir eğilimin olduğunu*" hatırlatmanın altında, ilk gözden geçirmenin en azından bu süreye yakın bir tarihte yapılması gerektiği imasının yattığı da dikkatlerden kaçırılmamalıdır.

Mahkeme'ye göre, iç hukukun yeniden gözden geçirmeye imkân veren bir mekanizma öngörmediği durumlarda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali, *indirimsiz müebbet hapis cezasına hükmedildiği anda* ortaya çıkar. Çünkü bu cezaya mahkûm olan kişi, özgür kalmak için ne yapması gerektiğini, bu konudaki koşulları ve ne zaman talepte bulunabileceğini veya gözden geçirmenin ne zaman yapılacağını, cezanın verildiği andan itibaren bilme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, indirimsiz müebbet hapse mahkûm olan kişi açısından ihlalin oluşması için, cezasının infazında belirsiz bir sürenin geçmesine gerek yoktur. Aksini düşünmek hukuksal güvenlik ilkesine (*legal certainty - sécurité juridique*) ve Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur sıfatına (*victim status - qualité de victime*) ilişkin genel ilkelere aykırı olur[30].

Anlaşılacağı üzere, *Vinter ve Diğerleri* kararı, yukarıda belirtilen ve bu konuda daha önce verilen kararlardaki içtihadı teyit edici niteliktedir. Bu karar, müebbet hapse mahkûm olan kişinin, infazın herhangi bir aşamasında cezanın gözden geçirilmesini isteme hakkını ve böylece bir gün *serbest kalma* ümidi *ile cezanın infazını* gerektirmekte olup, "umut hakkı" insan onuruna saygının bir gereğidir[31]. Sonuç olarak,

29 Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, §§ 117, 118 ve 120.
30 Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, § 122.
31 AİHM'nin atıf yaptığı Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1977 tarihli "Müebbet Hapis Davası" (Life Imprisonment Case) ismini taşıyan kararına göre de, "müebbet

AİHM açısından önemli olan, müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkûm olan kişinin "*bir gün serbest kalacağı ümidi ile cezasını çekmesidir; infazın herhangi bir aşamasında fiilen serbest kalması değil*".

Sonuç olarak, hiçbir müebbet hapis mahkûmu, "*[ağırlaştırılmış] müebbet hapis cezasının serbest kalma ümidi ile infaz edilmesi gerektiği*" şeklinde tanımlanabilecek "umut hakkının" kapsamı dışında tutulmamalıdır.

c) Suçluların İadesi: 4 Eylül 2014 Tarihli *Trabelsi v. Belçika* Kararı

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni "*Avrupa kamu düzeni normu*" (*instrument of European public order - instrument de l'ordre public européen*)[32] veya "*Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi*" (*a constitutional instrument of European public order – un instrument constitutionnel de l'ordre public européen)*[33] olarak nitelendirmektedir. Sözleşme'nin kamu düze-

---

hapse mahkûm olmuş bir kişinin, en azından bir gün özgürlüğünü tekrar kazanacağı şansı olmadan özgürlüğünden yoksun bırakılması, Anayasanın insan onurunu güvence altına alan hükmü (madde 1) ile uyumlu değildir" (Life Imprisonment case (lebenslange Freiheitsstrafe) of 21 June 1977, 45 BVerfGE 187. Kararın İngilizce özeti ve yorumu için bk. P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Durham and London, Duke University Press, 1997, s. 306-313) (Vinter ve Diğerleri, § 69). Bu karara referansla AİHM de, umut hakkı olmaksızın, infazı ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezasının insan onuruna aykırı olduğunu değerlendirmiştir (Vinter ve Diğerleri, § 113).

32 "Avrupa kamu düzeni normu" iç hukuktaki "kamu düzeni normu" ifadesinin bir yansıması olarak kullanılmış olup, "toplum halinde birlikte yaşamanın temel gerekleri" şeklinde de tanımlanabilir (F. Sudre, "Un instrument de l'ordre public européen", in F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire ve M. Lavinet, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris, PUF, 2009, s. 9 vd.).

33 Türkiye aleyhine verilen ilk karar da olan 23 Mart 1995 tarihli Loizidou v. Türkiye kararında, Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni "Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi" veya "Avrupa kamu düzeni normu" olarak nitelendirmiştir (Bu karar ilk itirazlara ilişkin olup [Loizidou v. Türkiye, no. 15318/89, 23 Mart 1995, §§ 75 ve 93], Mahkeme'nin bu konuda esasa [18 Aralık 1996 tarihli] ve tazminat taleplerine (28 Temmuz 1998 tarihli) ilişkin iki ayrı kararı daha vardır). 2001 yılında verilen Bankovic ve Diğerleri v. 17 NATO Üyesi [BD] (k.k.) (no. 52207/99, 12 Aralık 2001) kararında sadece "Avrupa kamu düzeni normu" (instrument de l'ordre public européen) kavramı tercih edilmiş olmasına rağmen (§ 80), 2011 yılında Büyük Daire tarafından verilen Al-Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD] (no. 55721/07, 7 Temmuz 2011, § 141) kararında, Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi ifadesi tekrar kullanılmıştır (Ayrıca bk. Savriddin Dzhurayev v. Rusya, no. 71386/10, 25 Nisan 2013, § 213). "Avrupa kamu düzeninin anayasal

ni normu olarak nitelendirilmesinin özellikle iki sonucu vardır. İlki, Sözleşme'ye aykırı olan uluslararası antlaşma ve hukuk kurallarının AİHS'ye taraf devletçe uygulanmaması ve bunlardan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi zorunluluğu. İkincisi ise, Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerin mahkemelerince AİHS'nin 6. maddesinin temel gereklerine [açıkça] uyulmadan verilen "yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması" zorunluluğudur. Aksi halde, Sözleşme hükümleri söz konusu taraf devletçe ihlal edilmiş olur.

Bilindiği gibi, suçluların iadesi, devletler arasındaki ikili ya da çok taraflı antlaşma hükümlerine, bu alandaki uluslararası örf ve adet kurallarına ve/veya uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmektedir. Bir sanık ya da hükümlünün iadesi, hukuk düzenine, ilgili uluslararası antlaşmanın ya da örf ve adet kuralının uygulamaya geçirilmesinin bir sonucu olarak yansımaktadır. Söz konusu uygulama AİHS'de korunan haklardan herhangi birinin ihlaline yol açacak nitelikte ise, antlaşma hükümlerini ya da örf ve adet kurallarını uygulayan AİHS'ye taraf devlet, doğrudan olmasa da, dolaylı olarak *(par ricochet)* Sözleşme'de korunan hakları ihlal etme riski ile karşı karşıya kalacaktır.

AİHM kararlarında, suçluların iadesi, sınır dışı etme ya da geri gönderme prosedürü çerçevesinde ortaya çıkan insan hakları ihlalleri hususunda fazlasıyla örnek bulunmaktadır[34]. Bazen İçtüzüğün 39. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir (*interim measures - mesures provisoires*) uygulanmasına da yol açan ihlal iddiaları, özellikle Sözleşme'nin 2, 3 ve 8. maddelerinde korunan "*yaşama hakkı*[35]*, işkence ve kötü muamele yasağı ile özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı*" açısından söz konusu olmaktadır.

---

belgesi" ifadesindeki "anayasal" terimi, iç hukuk anlamında değil, sadece "maddi anlamda" anlaşılmalıdır (F. Sudre, "Un instrument de l'ordre public européen", s. 9 vd.).

34 Örnek olarak bk. Chahal v. Birleşik Krallık [BD], no. 22414/93, 15 Kasım 1996; Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye [BD], nos. 46827/99 ve 46951/99, 4 Şubat 2005; Olaechea Cahuas v. İspanya, no. 24668/03, 10 Ağustos 2006; Saadi v. İtalya [BD], no. 37201/06, 28 Şubat 2008; Daoudi v. Fransa, no. 19576/08, 3 Aralık 2009; Othman (Abu Qatada) v. Birleşik Krallık, no. 8139/09, 17 Ocak 2012; M. S. v. Belçika, no. 50012/08, 31 Ocak 2012.

35 Suçluların iadesi ve idam cezası konusunda bk. D. Tezcan, "Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu", AÜSBFD, c. XXXVIII, s. 1-4, 1983, s. 159 vd.

Suçluların iadesine dair uluslararası antlaşmalardan[36] doğan ve AİHS'ye aykırı yükümlülüklerin yerine getirilmemesine ilişkin olarak Mahkemece verilen ilk kararlardan birisi, 7 Temmuz 1989 tarihli *Soering v. Birleşik Krallık* kararıdır[37]. Bu karar, ABD'nin Virginia Eyaleti'nde yaşayan ve kız arkadaşının anne ve babasını öldürdükten sonra İngiltere'ye kaçan bir Alman vatandaşının, ABD tarafından İngiliz makamlarından iadesinin talep edilmesine ilişkindir. Başvuran, iadesi durumunda, "*Virginia Eyalet yasalarında idam cezasının mevcut olduğunu, idam cezasına mahkûm olması halinde infaz* sürecinin *bir kaç yıl alabileceğini (ortalama 6-8 yıl), bu süre zarfında infaz riski altında* ölüm koridorunda b*ulunacağını* (ölüm koridoru sendromu)*, bu durumun ise* AİHS'nin 3. *maddesi anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele oluşturduğunu*" iddia etmiştir. AİHM ise, başvuranın iddialarını haklı bularak, İngiltere'nin *Soering*'i ABD'ye iade etmesi durumunda, doğrudan değil ama dolaylı olarak Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmiş olacağına hükmetmiştir.

İade edilecek ülkede indirimsiz müebbet hapis cezasıyla yargılanacak bir sanığın durumu ile hakkında bu türden bir cezaya hükmedilmiş mahkûmun söz konusu ülkeye iadesi halinde ortaya çıkacak hukuksal sorun, AİHM'nin bu konudaki yerleşik içtihadı dikkate alındığında, *Soering v. Birleşik Krallık* kararındaki hukuksal sorunla benzerlik göstermektedir. Bu çerçevede, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde yaşayan ve ABD'ye iade edilmeleri talep edilen bazı bireyler, ABD'de indirimsiz müebbet hapis cezası ile karşı karşıya kalacaklarını ve bu durumun Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturduğunu iddia ederek, AİHM'ye başvuruda bulunmuşlardır[38]. İhlal kararı veril-

---

36 Suçluların geri verilmesi hususunda özellikle bk. D. Tezcan, M.R. Erdem ve R.M. Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara, 2009; A. Ulutaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Ankara, 2012.

37 Soering v. Birleşik Krallık, no. 14038/88, 7 Temmuz 1989. Bu kararın verildiği tarihte, 28 Nisan 1983 tarihinde imzalanan, uluslararası hukuk açısından 1 Mart 1985 tarihinde yürürlüğe giren ve idam cezasının barış zamanında yasaklanmasını öngören 6 No.lu Protokol, Sözleşme'ye taraf devletlerin tamamınca henüz onaylanıp yürürlüğe konmamış olduğu dikkatlerden kaçırılmamalıdır. 6 No.lu Ek Protokol, Birleşik Krallık tarafından 27 Ocak 1999 tarihinde imzalanmış, 20 Mayıs 1999 tarihinde onaylanmış ve İngiltere açısından 1 Haziran 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Bk. http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CL=ENG&CM=3&MA=44&PO=UK&SI=2 – 5 Eylül 2014).

38 Bu konu ile bağlantılı olarak ABD'ye iadenin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılık oluşturacağı iddiasıyla yapılan başvurular konusunda örnek olarak bk. Nivette v. Fransa (k.k.), yukarıda belirtilen; Einhorn v. Fransa (k.k.), yukarıda belirtilen;

miş olması ve güncelliği nedeniyle, bunlar arasında en dikkat çekeni *Trabelsi v. Belçika* başvurusudur. 4 Eylül 2014 tarihinde karara bağlanan bu başvuruda, El Kaide kaynaklı terör eylemlerinde bulunmakla suçlanan ve Belçika'da tutuklu bulunan Tunus vatandaşı başvurucu, Belçika'dan ABD'ye iadesi halinde, bu ülkede "*de facto* indirimsiz müebbet hapis cezasına çarptırılma riski ile karşı karşıya bulunduğunu" gerekçe göstererek, iadesi halinde Sözleşme'nin 3. maddesinin Belçika tarafından ihlal edilmiş olacağını iddia etmiştir.

AİHM, ABD hukuk sisteminin, başvuranın iadesine dayanak oluşturan eylemler açısından öngördüğü cezanın "*indirimli olarak nitelendirilemeyeceğini*" tespit ettikten sonra, Belçika Hükümeti'nin başvuranı iade ederek[39], onu Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele riski ile karşı karşıya bıraktığını ve böylece, *dolaylı olarak*, AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır[40].

Anlaşılacağı üzere, Sözleşme'ye taraf bir devletin hukuk sisteminin umut hakkını tanıyor olması, AİHS'ye uyumluluk açısından tek başına yeterli değildir. Buna ek olarak, sınır dışı etme, geri verme veya suçluların iadesi sürecinde, gönderilecek ülkenin hukuk sisteminin de umut hakkını tanıyıp tanımadığının araştırılması ve tanımama durumunda, ya talep eden devletten bu konuda diplomatik güvence alınması ya da söz konusu iade talebinin reddedilmesi gerekir. Aksi halde, Sözleşme'ye taraf devlet, dolaylı olarak AİHS'nin 3. maddesini ihlal etmiş olacaktır.

18 Mart 2014 Tarihli Öcalan v. Türkiye (no. 2) Kararı

AİHM, indirimsiz müebbet hapis cezalarına ilişkin yukarıda belirtilen kararlardan sonra, Abdullah Öcalan vekilleri tarafından 2003-2007 yılları arasında yapılan dört ayrı başvuruyu birleştirerek incele-

---

Schuchter v. İtalya (k.k.), yukarıda belirtilen; Harkins ve Edwards v. Birleşik Krallık, yukarıda belirtilen, § 3; Babar Ahmad ve Diğerleri v. Birleşik Krallık,,nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 ve 67354/09, 10 Nisan 2012. Mahkeme, esastan incelediği her iki başvuruda da AİHS'nin 3. maddesinin somut başvurularda ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

39 AİHM bu başvuruda ihtiyati tedbir kararı almış olmasına rağmen, Belçika Hükümeti, 3 Ekim 2013 tarihinde, henüz karar verilmeden, başvuranı ABD'ye iade etmiştir. Mahkeme bu nedenle Belçika Hükümeti'nin Sözleşme'nin 34. maddesinden kaynaklanan yükümlülüklerini de ihlal ettiğine hükmetmiştir (Bk. Trabelsi v. Belçika, yukarıda belirtilen, §§ 140-154).

40 Trabelsi v. Belçika, yukarıda belirtilen, §§ 94-139.

yip, 18 Mart 2014 tarihinde karara bağlamıştır. Kanaatimizce, başvuru tarihi ve dosyanın karar için bir süredir hazır olduğu olgusu dikkate alındığında, Öcalan v. Türkiye *(no.2)* başvurusunun, *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* Büyük Daire kararı beklenerek, bu karar ışığında sonuçlandırılmış olma ihtimali yüksektir.

18 Mart 2014 tarihinde açıklanan Öcalan v. Türkiye (no.2) kararının Türk hukuku açısından en önemli ve yeni olan yönü, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının ölünceye kadar sürmesine ilişkin kısmıdır. Öcalan (no. 2) kararında, öncelikle bu konuya ilişkin AİHM'nin diğer kararlarında oluşturduğu yerleşik ilkeler hatırlatılmıştır. Bu prensipler özet olarak, yetişkin bir kişinin müebbet hapis cezasına çarptırılmasının kural olarak Sözleşme'nin 3. maddesi veya diğer hükümlerince yasaklanmadığı, ancak yetişkinler açısından da indirimsiz müebbet hapis cezasına hükmetmenin Sözleşme'nin 3. maddesi açısından sorun oluşturabileceği, bir müebbet hapis cezasının infazının fiilen ölünceye kadar sürmesinin tek başına söz konusu cezayı "*indirimsiz müebbet hapis cezası*" kategorisine sokmayacağı, bu türden bir cezanın *indirimsiz* olup olmadığının değerlendirilebilmesi için, müebbet hapis cezasına mahkûm olan kişinin bir gün serbest kalma şansının olup olmadığının araştırılması gerektiği, "*başka bir cezaya dönüştürme*", "*infazı askıya alma*", "*cezanın infazına son verme*" veya "şartla salıvermeden yararlanma" amacıyla ulusal hukukun, müebbet hapis cezasının yeniden gözden geçirilmesine imkân sunup sunmadığı, imkân sunma halinde ise, söz konusu iç hukukun AİHS'nin 3. maddesi ile uyumlu olacağı hatırlatılmıştır. Bu açıdan, müebbet hapis cezasının AİHS'nin 3. maddesi ile uyumlu olabilmesi için, iç hukukun infazın herhangi bir aşamasında cezanın yeniden gözden geçirilmesine imkân veren bir mekanizma öngörmesi ile *hukuken* ve *fiilen* serbest kalma şansı sunması gerekmektedir[41].

Mahkeme, müteakiben Türk infaz hukuku hükümlerini irdelemiş ve söz konusu hükümlerin, Öcalan aleyhine hükmedilen ceza açısından, herhangi bir "serbest kalma ümidi" sunmadığı sonucuna varmıştır. Bu açıdan, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107. maddesinin başvuranın durumunu şartla salıverme uygulamasının kapsamı dışında tuttuğunu hatırlattıktan sonra, Cumhurbaşkanı'nın insani amaçlı af yetkisinin de "salıverme

41 Öcalan v. Türkiye (no.2), yukarıda belirtilen, §§ 193-198.

perspektifi" kavramının gereklerini karşılamadığını değerlendirmiştir. Son olarak, zaman zaman çıkan kısmi veya genel af yasalarının da "salıverme perspektifi" kavramının gerekleriyle uyumlu olmadığını ifade etmiştir[42]. Anlaşılacağı üzere Mahkeme, yukarıda belirtilen yerleşik içtihadına ve özellikle *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD] kararına uygun olarak, başvurana uygulanan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının "*indirilebilir*" olmadığına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir[43].

Ancak Mahkeme bir konunun altını özellikle çizmiştir. AİHM'ye göre, söz konusu ihlal durumunun tespit edilmesi, başvurana yakın zamanda "serbest kalma perspektifi" sunar şekilde anlaşılmamalıdır. Mahkeme, *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında ifade edilen (§§ 111-113) prensiplere uygun olarak ve [kabul edilecek] yasal düzenlemelerle oluşturulacak bir başvuru yolu çerçevesinde, [infazda] asgarî bir süre geçtikten sonra[44], [hürriyeti bağlayıcı cezaların amaçlarından] "caydırıcılık ve cezalandırma" gereklerinin tamamen karşılanıp karşılanmadığı veya başvuranın [kamu düzeni açısından] "tehlike [arz etmeye devam edip etmediği] gerekçeleriyle" infaza devam etmenin meşru olup olmadığını denetleme yetkisinin ulusal makamlara ait olduğunu ifade etmiştir[45].

2. Türk İnfaz Hukukundaki Sorunlu Alanlar

İnfaz hukukuna ilişkin Türk ulusal mevzuatı incelendiğinde, aşağıda belirtilen suçlardan herhangi birini işlediği gerekçesiyle mahkûm olan hükümlülerin şartla salıvermeden yararlanamayacakları gözlenmektedir[46]. Dolayısıyla, söz konusu suçlardan dolayı müebbet ya da ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkûm olan bireylerin durumu,

42 Öcalan v. Türkiye (no.2), yukarıda belirtilen, §§ 202-204.
43 Öcalan v. Türkiye (no.2), yukarıda belirtilen, § 206.
44 Minimum infaz süresine ilişkin olarak aşağıda, "Öcalan v. Türkiye (no. 2) Kararı'nın İcrası Açısından Yapılması Gerekenler" başlığı altında ifade edilenlere bakınız.
45 Öcalan v. Türkiye (no.2), yukarıda belirtilen, § 207.
46 Bk. T. Demirbaş, İnfaz Hukuku, Ankara, 2013, s. 485 (a-c paragrafları, belirtilen eserden alıntı yapılarak aktarılmıştır). Bu konuda ayrıca bk. B. Öztürk ve M.R. Erdem, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2010, no. 848 vd.; D. Tezcan, M.R. Erdem, O. Sancakdar ve R.M. Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara, 2011, s. 152 vd.

AİHM'nin *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı ile Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararının kapsamına girmektedir.

a) Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra tekrar bu Kanun kapsamına giren bir suç işlemeleri halinde, koşullu salıverilmeden yararlanamazlar (TMK m. 17/3).

b) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz (CeGTİK m. 107/16).

c) 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası bu kişiler hakkında ölünceye kadar devam eder (CeGTİK geçici m. 2, TMK m. 17/4).

4. Öcalan v. Türkiye (no. 2) Kararı'nın İcrası Açısından Yapılması Gerekenler

AİHM kararlarının icrası açısından devletlerin üzerine düşen iki tür yükümlülük bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ihlal edilen hak veya özgürlük açısından başvuranın durumunun eski hale getirilmesi (*restitutio in integrum*), eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda ise, ihlalin giderilmesi için alınması gereken "*bireysel tedbirler*" ikincisi ise, taraf devletin egemenliğini kullandığı alanda benzer ihlallerin yaşanmaması için alınması gereken "*genel nitelikli tedbirlerdir*".

Anlaşılacağı üzere, Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararına konu olan ihlal yasal düzenlemelerden kaynaklanmakta olup, kararın icrası yasal değişiklikleri zorunlu kılmaktadır. Söz konusu yasal değişiklikle-

rin içeriğini, *Vinter ve Diğerleri* kararı ile Öcalan (no. 2) kararına bakarak tespit etmek mümkündür. Öcalan (no. 2) kararında da, *Vinter ve Diğerleri* kararına atıf yapılarak, herhangi bir ceza adalet sisteminin seçimi ve cezaların ağırlığı ya da miktarı konusunda devletlerin takdir yetkisi (*margin of appreciation - marge d'appréciation*) bulunduğu ve [müebbet hapis] cezasının yeniden gözden geçirilmesine imkân veren "prosedürün" şekli (idarî ya da adlî) ve **zamanı** konusunda herhangi bir yöntemi ve süreyi emretmenin AİHM'nin yetkisinde olmadığı ifade edilmiştir. Ancak, *ilk incelemenin müebbet hapis cezasına hükmedildiği tarihten en fazla yirmi beş yıl sonra yapılması ve bu incelemenin daha sonra düzenli aralıklarla tekrarlanması gerektiği yönünde mukayeseli hukuk ve uluslararası hukukta net bir eğilimin olduğu" Öcalan v. Türkiye (no. 2)* kararında da tekrarlanmıştır[47].

Ancak belirtilenlerden, suçun sabit olup olmadığına ilişkin yeniden bir yargılama yapılması ve dolayısıyla kesin hükmün yeniden tartışmaya açılması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. AİHM kararı sadece, hükmedilen hürriyeti bağlayıcı cezanın [belirli] bir süre infazından sonra, infazın devamının meşru olup olmadığının yeniden incelemesine imkân veren bir "prosedürü" veya [yargılamayı] gerekli kılmaktadır. Suçun sabit olup olmadığına ilişkin bir yargılamayı değil, cezanın miktarına ilişkin bir gözden geçirmeyi zorunlu kılmaktadır. Aksini düşünmek, kesinleşmiş mahkeme kararlarının yıllar sonra yeniden tartışma konusu yapılmasına yol açacak olup, bu türden bir yorum "kesin hükmün etkisi", "hukuksal güvenlik ilkesi" ve genel olarak da "hukuk devleti ilkesine" aykırılık oluşturur. Mahkeme'ye göre, "*hukuksal güvenlik ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin doğasında var olan temel ilkelerden biri olup, mahkemeler tarafından verilen ve kesin hükme dönüşmüş yargı kararlarının daha sonra tekrar tartışma konusu yapılmaması gerektiğini de içermektedir*"[48]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, belirtilen bu ilkelerin tamamının tartışma konusu

---

47 Öcalan v. Türkiye (no. 2), yukarıda belirtilen, § 198. Ayrıca bk. Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, § 120.

48 Brumarescu v. Romanya, no. 28342/95, 28 Ekim 1999, § 61. Hukuksal güvenlik ilkesi konusunda gbi. bk. J. Boulouis, "Quelques observations à propos de la sécurité juridique", Liber amicorum P. Pescatore, 1987, s. 53-58; M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », AJDA, 1996, numéro spécial Droit administratif et droit communautaire, s. 179-184; A.-L. Valembois, La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, t. 122, Paris, LGDJ, 2005.

yapılmasına yol açacak bir yorumu öngördüğünü düşünmek, kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararında AİHM, müebbet hapse mahkûm olan kişinin bir gün serbest kalma ümidiyle cezasının infaz edildiği sistemlere örnek olarak, "cezanın başka bir cezaya dönüştürülmesi" (*commutation - commuer*), "infazın askıya alınması" (*remission - suspendre*), "infaza son verilmesi" (*termination - metre fin*) veya "şartla salıverme" (*conditional release - libérer sous conditions*) imkânı veren ve cezanın gözden geçirilmesini sağlayan yöntemleri"[49] göstermiştir[50]. Bu yöntemlerin tamamının iç hukukta öngörülmesi şart olmayıp[51], Sözleşme'ye taraf devletlerin, hukuk sistemlerinde bu yöntemlerden sadece birine yer vermiş olması, söz konusu cezanın *indirilebilir* olarak nitelendirilebilmesi için yeterlidir. AİHM açısından önemli olan, bu yöntemlerden herhangi birinin iç hukukta öngörülmüş olması ve önceden oluşturulmuş bir prosedür aracılığı ile, ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezasına mahkûm olan hükümlünün durumunun, infazın ileri bir aşamasında yeniden incelenebilmesi ve dolayısıyla mahkûma "*[bir gün] serbest kalma ümidi*" (*umut hakkı*) sunmasıdır.

Türk infaz hukuku açısından değerlendirilmesi gereken yöntem, iç hukukumuzda öngörülmüş olan "şartla salıverme müessesesidir". Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a (CeGTİK) göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası açısından en az 30 yıl, müebbet hapis cezası açısından ise en az 24 yıl "iyi halli" olarak cezaları infaz edilenler şartla salıvermeden yararlanabilir. Ayrıca, birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ya da ağırlaştırılmış müebbet hapis ile müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar en az 36 yıl, birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar ise en az 30 yıl cezaları "iyi halli" olarak infaz edildikten sonra şartla salıvermeden yararlanabilir (CeGTİK m. 107).

---

49 Bu ifadede belirtilen kelimelerin Türkçeye çevirisi Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık Büyük Daire kararının İngilizce ve Fransızca metinleri birlikte dikkate alınarak ve "kesin hükmün etkisi" ile "hukuksal güvenlik ilkesinin gerekleri" birlikte değerlendirilerek yapılmıştır. Söz konusu kararın sadece İngilizce metninden Türkçeye yapılacak çeviriler yanlış anlaşılmalara yol açabilir. Örneğin, İngilizce "remission" kelimesinin, "durdurma (arrêt) ve askıya alma (suspension)" anlamlarının yanı sıra, "af" veya "bağışlama" anlamı da bulunmaktadır.

50 Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, § 109.

51 Örnek olarak bk. Iorgov v. Bulgaristan (no. 2), yukarıda belirtilen, § 52.

Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararının gerekleri açısından yapılacak yasal düzenlemelerin, şartla salıvermeden yararlanma imkânı bulunmayan durumlar ile şartla salıverme imkânı bulunan ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları açısından infaz edilmesi gereken asgarî süreler birlikte dikkate alınarak yapılmasında yarar vardır. Ayrıca, cezanın infazı açısından geçmesi gereken asgarî süre geçtikten sonra yapılan ilk talebin reddi halinde, AİHM kararında da ifade edildiği gibi, infazın devamının meşru olup olmadığının düzenli aralıklarla incelemesine imkân veren bir sistem oluşturulması da gereklidir. Bu açıdan, örneğin incelemenin iki ya da üç yıllık düzenli aralıklarla tekrarlanmasına imkân veren bir prosedür veya başvuru yolunun öngörülmesi yerinde olur[52]. Ayrıca, iyi halli olan mahkûmlar ile bir ya da birkaç disiplin cezası alan mahkûmlar arasında da, asgari infaz süreleri açısından farklılıklar öngörülebilir.

Müebbet hapis cezası için öngörülmüş yirmi dört yıllık asgari infaz süresi, [mevcut yasalarda şartla salıvermenin öngörülmediği] müebbet hapis cezası için yirmi yedi yıl, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası için otuz yıl olan asgari süre, [kanunda ölünceye kadar infazı öngörülen] ağırlaştırılmış müebbet hapis için asgari otuz üç yıl olarak öngörülebilir. Belirtilen asgari süreler, birden çok ağırlaştırılmış müebbet ve/veya müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar için orantılı olarak artırılabilir. İyi halli olmayan, disiplin cezası almış mahkûmlar açısından da asgarî infaz süresi, disiplin cezasının sayısı ve/veya ağırlığı dikkate alınarak, belirtilen sürelerden bir ya da iki yıl sonrası olarak düzenlenebilir. Bu süreler mevcut kanundaki yirmi dört yıllık asgari süre dikkate alınarak önerilmiş olup, daha aşağı süreler de öngörülebilir. Her ne kadar, ilk inceleme için yirmi dört yıllık süre normal görünse de, otuz yıl ve daha üstü olan süreler bu açıdan normal görünmemektedir. Bu nedenle, kademeli süreler arasında makul bir oranın korunması açısından, temel alınacak yirmi dört yıllık süre daha da aşağı çekilebilir; diğer süreler de aşağı çekilen süre ile orantılı olarak düzenlenebilir. Belirtilmelidir ki, *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararındaki yirmi beş yıllık süre örneklendirici nitelikte olsa

52 "Düzenli aralığa ilişkin sürenin" ne kadar olması gerektiği konusunda belirtilmelidir ki, özellikle Avrupa Konseyi ülkelerindeki uygulamalar dikkate alınarak, mukayeseli hukuk araştırması yapıp, bu araştırma sonuçlarına uygun bir süre de öngörülebilir.

da, bu alanda mukayeseli hukuk ve uluslararası hukukta ortaya çıkan net yaklaşımı yansıtmaktadır.

Bu konuda belirtilmesi gereken diğer bir husus da infaz hâkiminin takdir yetkisine ilişkindir. AİHM'nin 25 Şubat 2014 tarihli *Alican Demir v. Türkiye* kararında da ifade edildiği gibi, Türk hukukunda şartla salıverme iki koşulun bir arada bulunmasına bağlıdır (hükmedilen cezanın asgari miktarının infazı ve "iyi halli" olma [CeGTİK m. 107]). Bir mahkûm açısından bu iki şart karşılandıktan sonra, yetkili hâkim hükümlünün şartla salıvermesine karar vermek zorundadır. Şartla salıvermeye karar veren hâkimin yetkisi söz konusu iki koşulun somut olayda karşılanıp karşılanmadığını denetlemekten (*contrôle de légalité*) ibaret olup, şartla salıvermenin yerinde olup olmadığını değerlendirme (*contrôle d'opportunité*) yetkisine sahip değildir. Diğer bir ifade ile, karar veren hâkim, kanunda öngörülen şartları karşılayan hükümlünün salıverilmesinin yerinde olup olmadığı konusunda herhangi bir takdir yetkisine sahip değildir[53] (CeGTİK m. 107/11).

Oysa özellikle ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûm olanlardan, salıverilmeleri halinde kamu düzeni açısından ciddi sorunlara yol açacak hükümlülerin şartla salıvermeden "*otomatik yararlandırılması*" doğru bir yaklaşım değildir. AİHM'nin de belirttiği gibi, hürriyeti bağlayıcı cezaların temel işlevlerinden birisi de mahkûmun yeniden suç işlemesini önlemektir[54]. Bu açıdan, Sözleşme'ye taraf devletlerin, toplumu, [ağır suçlardan mahkûm olmuş] tehlikeli kişilerin [yeniden] suç işleme riskine karşı korumak için pozitif tedbirler alma yükümlülüğü de vardır[55]. Devletler, müebbet hapse mahkûm olmuş bir kişiyi, toplum açısından tehlike arz etmeye devam ettiği sürece hapiste tutarak, bu alandaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilir[56]. Belirtilen nedenlerle, asgari infaz süresi (*minimum period of imprisonment* veya *tariff period*[57] *- période de sûreté de*

53 Alican Demir v. Türkiye, no. 41444/09, 25 Şubat 2014, § 91.

54 Özellikle bk. Mastromatteo v. Italya [BD], no. 37703/97, 24 Ekim 2002, § 72; mutatis mutandis, Choreftakis ve Choreftaki v. Yunanistan, no. 46846/08, 17 Ocak 2012, § 45.

55 A. v. Birleşik Krallık, 23 Eylül 1998, § 22; Osman v. Birleşik Krallık, 28 Ekim 1998, § 115; V. v. Birleşik Krallık [BD], no. 24888/94, 16 Aralık 1999, § 98.

56 Örnek olarak bk. Maiorano ve Diğerleri v. Italya, no. 28634/06, 15 Aralık 2009, § 103 vd.; Murray v. Hollanda, yukarıda belirtilen, § 54.

57 Bk. Hill v. Birleşik Krallık, no. 19365/02, 27 Nisan 2004, § 13.

la peine) geçtikten sonra, yapılan şartla salıverme talebini inceleyecek infaz hâkiminin [orta ölçekte] ve keyfiliğe yol açmayacak derecede bir takdir yetkisine sahip olmasında yarar vardır.

Son olarak, şartla salıverme talebinin reddi konusundaki gerekçelere de değinmekte yarar vardır. Bu konu ile ilgili olarak AİHM kararlarında, "*ilgilinin kamu düzeni açısından tehlike oluşturmaya devam edip etmediği*" ve/veya "*cezadan beklenen caydırıcılık ve cezalandırma amaçlarının tamamıyla karşılanıp karşılanmadığı*" gibi nedenler belirtilmiştir[58]. Mahkûmun kişiliği, psikiyatrik durumu ve cezaevindeki tutum ve davranışları, disiplin cezası alıp almadığı, yeniden suç işleme risk ya da eğiliminin bulunup bulunmadığı, cezadan beklenen ıslah amacının gerçekleşip gerçekleşmediği ve dolayısıyla "iyi halli" olup olmadığı, terör örgütü üyesi veya yöneticisi olmaktan hükümlü ise, somut olgular dikkate alındığında, kişinin serbest kalmasının kamu düzeni açısından tehdit ya da tehlike oluşturmaya devam edip etmediği gibi hususlar dikkate alınarak karar verilebilir. Keyfiliği önlemek için bu ve benzeri kriterlere yasal düzenlemelerde yer verilebilir. Belirtilen hususların tespiti açısından uzmanlardan rapor alınması gerekliliği de yasa da öngörülebilir. Uygulamada, infazın daha fazla sürmesinin, "*hürriyeti bağlayıcı cezalardan beklenen meşru amaçlardan* (cezalandırma, caydırma, toplumu koruma, yeniden topluma kazandırma) *herhangi biri ile gerekçelendirilemediği*" durumlarda ise, hükümlünün şartla salıverilmesine karar verilebilir.

Dolayısıyla, yapılacak yasal düzenlemelerde bir taraftan infazda geçmesi gereken asgari süreler belirtilerek, şartla salıvermeye karar verecek infaz hâkimine bu konuda belirli bir takdir yetkisi tanınması gerekirken, diğer taraftan da bu takdirin sınırlarını çizecek ve talebin kabulü ya da reddine gerekçe oluşturacak nedenlere yer vermekte yarar vardır. Şartla salıvermenin otomatik olmaması ve sistemin belirtilen şekilde oluşturulması, toplumun ve kamu düzeninin şiddet eylemlerine ve ağır suçlulara karşı korunması, diğer bir ifade ile devletin diğer bireylerin yaşama hakkını koruması açısından alması gereken pozitif tedbirlerin alınması ve [mahkûm söz konusu olduğunda da] keyfiliğin önlenmesi açısından önemlidir.

58 Örnek olarak bk. Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık [BD], yukarıda belirtilen, §§ 131; Öcalan v. Türkiye (no. 2), yukarıda belirtilen, § 207.

Sonuç

AİHM'nin *Vinter ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararı ile Öcalan v. Türkiye (no. 2) kararının Türk infaz hukukuna yansımaları olacağında kuşku yoktur. AİHM önünde Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılmış ve Öcalan (no. 2) kararındaki hukuki sorunla benzerlik oluşturan derdest başvurular da mevcuttur[59]. Ortadaki sorun, Abdullah Öcalan'ın kişisel durumu ile sınırlı olmayıp, genel olarak Türk infaz hukukunu ilgilendirmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1977 yılında belirttiği gibi, serbest kalma ümidi olmadan, infazı ölünceye kadar devam edecek bir müebbet hapis cezasının insan onuruna aykırılığı da dikkate alınarak, Öcalan *(no. 2)* kararının "*bireysel*" ve "*genel nitelikli tedbirler*" alarak icrasını sağlama ve Türk hukukunu AİHS ile uyumlu hale getirme açısından, yukarıda belirtilen sorunlu alanlarda yasal değişikliğe gidilmesinde yarar bulunmaktadır.

Suçluların iadesi, geri gönderme ve sınır dışı etme gibi uygulamalara gelince, özellikle *Trabelsi v. Belçika* kararının gerekleri dikkate alınarak hareket edilmeli, bireyler, umut hakkı olmadan indirimsiz müebbet hapis cezası olan ülkelere gönderilmemelidir. Eğer iade edilecek ise, hükmedilen cezanın bir gün yeniden gözden geçirilmesi hususunda ilgili devletten diplomatik güvence alınmalıdır. Ayrıca, iade edilecek ülke, ilgiliyi başka bir [üçüncü] ülkeye gönderecek olursa, Sözleşmeci devlet, ilgilinin üçüncü ülkeye teslim edilmesinden önce kendisinin onayının alınmasını şart koşmalıdır. Aksi halde, söz konusu akit devletin Sözleşme açısından sorumlulukları doğabilir.

59 Örnek olarak bk. Abdullah Günay ve Metin Yamalak v. Türkiye, no. 6675/10. Bu başvuru 7 Ocak 2014 tarihinde Türk Hükümeti'ne görüş için tebliğ edilmiş olup, bu makalenin kaleme alındığı tarih itibariyle 2. Daire söz konusu başvuruyu henüz karara bağlamamıştır. Bk. http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{«fulltext»:[«Vinter»],»respondent»:[«TUR»],»documentcollectionid2»:[«COMMUNICATEDCASES»],»itemid»:[«001-140720»]} (20 Eylül 2014).

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA MAHKÛMLARIN ÖZEL HAYATI

THE PRIVATE LIFE OF PRISONERS ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHT

Bülent ALTINSOY*

Özet: İnsan hakları kavramının son yıllarda kazandığı ivmeye bağlı olarak devletler mahkûmlara ilişkin infaz politikalarında çeşitli değişikliklere gitmiştir. Bu anlayış değişikliği neticesinde mahkûmlar, yeniden sosyal hayata kazandırılması amaçlanan bireyler olarak kabul görmeye başlamıştır. Bu yeni algının hayata geçirilebilmesinde, sınırlandırılmış yaşam koşullarına rağmen mahkûmlara mahrem bir alanın sağlanması büyük bir öneme sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yaşayan bir belge olarak kabul edip, sosyal gelişmeler paralelinde içtihatlarını oluşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan odaklı yeni infaz politikalarına uygun kararlar vererek, mahkûmlara özel ve dokunulamaz bir alan sunulması gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda mahkûmların özel hayatına yönelik hak eksenli bir bakış açısı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mahkûm, Özel Hayat, Haberleşme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Mahremiyetin korunması

Abstract: In recent years, according to the development for the concept of human rights, states have also adopted a variety of amendments the execution policies about prisoners. As a result of the revision in this respect, prisoners have started to gain wide acceptance as individuals who are intended to return to social life. In order to implement this new vision, despite restricted living conditions, providing private space to prisoners has an important role.

The European Court of Human Rights, which regards the European Convention on Human Rights as a living document and structure its case-law in line with social developments, emphasizes the necessity of a special and inviolable area to prisoners by giving judgements compatible with modern human-based execution policies. In this article, a right-based approach is put forward about the private life of prisoners according to the case-law of the European Court of Human Right.

Keywords: Prisoner, Private Life, Correspondence, European Court of Human Rights, Protection of Privacy

* Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı

GİRİŞ

Günümüz dünyasında mahkûmlara yönelik uygulanan politikalar değişmiş ve salt olarak ıslahı öngören anlayış, yerini mahkûmların yeniden sosyalleştirilip sağlıklı bireyler olarak toplumsal hayata geri dönmelerini hedefleyen eğilimlere bırakmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni yaşayan bir metin olarak kabul edip, içtihatlarını güncel gelişmeler ışığında dinamik yorum metodu kullanarak sürekli revize eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bu yeni eğilimi benimseyip Avrupa ceza politikasının mahkûmları sosyalleştirme amacına dönük bir evrimleşme geçirdiğini kabul etmiştir.

Mahkûmlara mahrem bir alanın sağlanması onları rehabilete etme çalışmaları açısından kilit bir role sahiptir. Kısıtlanmış şartlar altında da olsa sivil hayattaki gibi özel ve dokunulamaz bir alana sahip olmak, mahkûmları bütün eylemleri kontrol altında tutulan mekanikleşmiş bireyler olma hissinden kurtaracak ve tahliye sonrasında toplumsal yaşama kolayca entegre olmalarını sağlayacaktır.

Bu bağlamda uluslararası platformda bugün için mahkûmların dış dünyayla temaslarını makul düzeyde devam ettirmesi çok önemli kabul edilmektedir. Her şeyden önce mahkûmlara aileleriyle ve yakınlarıyla ilişkilerini devam ettirebilme imkânı verilmesi gerektiği düşünülmektedir.[1] Bu hakların yerine getirilmesi noktasında kaynak yokluğu bir gerekçe olarak kabul edilmeyip özgürlüğünden yoksun bırakılan özgür toplumla yeniden bütünleşmesini kolaylaştıracak şekilde infaz sürecinin yürütülmesi konusunda devletlere pozitif bir yükümlülük atfedilmektedir.[2]

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişileri iyileştirme noktasında inanç dünyasının gereklerini yerine getirebilme özgürlüğü de büyük bir öneme sahiptir. Bu doğrultuda demokratik bir toplumda meşru görülen sınırların ötesine geçecek şekilde ibadet hakkı engellenmemeli ve mümkün olduğunca mahkûmların dini gereksinimleri karşılanmaya çalışılmalıdır.

---

1 Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesi Komitesi(CPT), CPT Standartları Raporu, Paragraf. 51, http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf , 30.07.2013

2 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında Üye Devletlere Tavsiye Kararı, http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=31817 30.07.2013

AİHM kararları ışığında özel yaşama ilişkin bir değerlendirme yapılması amaçlanan bu çalışmada, temel olarak mahkûmların cezaevi koşullarında sahip olması gereken mahrem alana yönelik AİHM'nin bakış açısı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken iç hukuk düzeni değil, AİHM nezdinde kabul gören uluslararası standartlar baz alınarak bir inceleme yapma çabasına girilecektir. Ayrıca, bu çalışmada her ne kadar sadece mahkûmların özel hayatından bahsedilse de bu alana ilişkin yapılan açıklamalar genel hatlarıyla tutuklu olarak cezaevinde bulunanlar için de geçerli kabul edilebilecektir[3].

1. GENEL OLARAK MAHKÛMLARIN SOSYALLEŞTİRİLMESİ BAĞLAMINDA ÖZEL ALAN

Bireylerin hukuka aykırı davranışlarının bir sonucu olarak kabul edilen ceza, kişiyi bazı yoksunluklara maruz bırakması nedeniyle, acı verici bir karaktere sahiptir.[4] Yapılan yargılama sonucunda verilen cezanın muhataplarından meydana gelen bir grubu oluşturan mahkûmlar da özgürlüklerinden yasal olarak yoksun bırakılmak suretiyle söz konusu yoksunluklara en ağır şekilde maruz kalan kesimi temsil etmektedir.

Modern ceza hukukunun bugün geldiği noktada, cezanın kendisi bizatihi bir amaç olmayıp, cezadan beklenen amaçları elde etmek için kullanılan bir araçtır.[5] Cezalandırmayla ulaşılmak istenen, ceza yaptırımı tehdidiyle vatandaşların kanuna uygun davranma eğilimlerini arttırmak olabileceği gibi[6] bireylerin gelecekte başka bir suç işlemesini engellemek de olabilir.[7]

Bugün için en çok kabul gördüğünü düşündüğümüz görüşe göre ise cezalandırma ile asıl ulaşılmak istenen amaç mahkûmların yeni-

---

3 Nitekim AHİM'in cezaların infazıyla ilgili verdiği son kararlarda bu durum çok açık gözlenmektedir. bkz; Kafkaris/Güney Kıbrıs, Baş. No. 21906/04, 12.02.2008; Vinter ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No. 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 09.07.2013; Trabelsi/Belçika, Baş. No. 140/10, 04.09.2014, http://hudoc.echr.coe.int/ 17/9/2014

4 Sulhi Dönmezer, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.1, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 5

5 Sulhi Dönmezer, Erman Sahir, C2, s.547

6 Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, Orion Yayınları, Ankara, 2007, s.14

7 Zeki Hafızoğulları, Ceza Hukuku; Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.360

den sosyalleştirilmesi ve topluma kazandırılmasıdır.[8] Cezasının infazı tamamlanmış mahkûmların, sosyal hayata hızlıca adapte olabilmeleri, sosyal sorumluluk bilinci içinde suçtan uzak kalarak hayatlarını sürdürebilmeleri ve sivil hayatta sağlıklı ilişkiler kurabilmeleri çağdaş infaz rejiminin temel amacı haline gelmiştir. Bu bağlamda cezaevlerini bir tür tedavi merkezi olarak gören yeni eğilimler baz alındığında, cezaevlerinin tutuklu ve hükümlülere bedensel ve zihinsel açıdan olduğu kadar insan onuru açısından da saygınlık görecekleri yaşam koşullarını sağlaması gerektiği düşünülecektir.[9]

Ancak mahkûmların sosyalleştirilmesi amacını törpüleyen çeşitli etmenleri göz ardı etmemek gerekir. Öncelikle cezaevi ortamının mahkûmları sosyal yaşama sağlıklı bireyler olarak yeniden entegre etmek için yeterince uygun olduğu söylenemez. Bu nedenle kişilerin özgürlüklerini bağlayan yaptırımlara mümkün olduğunca az başvurulması ve cezaevi koşullarının bireyleri yeniden topluma kazandırmaya uygun etkin olanaklarla donatılması gerekmektedir.[10] Mahkûmların sosyalleştirilmesi konusunda cezaevlerini zorlayan ikinci husus ise yaşlılar, akıl hastaları ve uzun süreli hapis cezasına çarptırılmış veya tahliye olanağı mümkün görünmeyen mahkûmlardır. Ağır hastalığı bulunan yaşlılar tahliye edilip, akıl hastalarının ıslahı akıl hastanelerinde sağlanırken, uzun süre hapis cezasına mahkum edilenlerle tahliye olanağı zayıf görünen ağır suçları işleyenlerin, sosyal hayata geri dönme ihtimalleri düşük görüldüğü için, rehabilitasyon çalışmalarından etkin şekilde faydalanmaları beklenemeyecektir. Kaybolan bu etkinliğin sağlanabilmesi için bireyi hayata bağlanmaya motive eden bazı unsurların etkin şekilde kullanılması gerekmektedir. Bir mahkûmun ailesi ve yakınlarıyla ilişki kurabilmesi, haberleşme ve görüşme vasıtasıyla bu kişilerden soyutlanarak yaşamaya devam etmesinin engellenmesi, içsel dünyasının gereklerine dönük belli bir özgürlük alanına sahip olması ve ayrıca bir gün yeniden toplumsal yaşama geri dönebilme konusunda ümit beslemesi, erdemli ve sorumluluk sahibi bir birey olarak topluma yeniden kazandırılmasında büyük öneme sahiptir.

---

8 Veli Özer Özbek, s.16; Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.155

9 Reynaud Alain, Hapishanelerde İnsan Hakları, çev. İhsan Kuntbay, TODAİE Yayınları, Ankara, 1992, s.21.

10 Veli Özer Özbek, s.17

Bu bağlamda mahkûmların rehabilite edilmesi, esasında bireyin özel alanına, yani dokunulamaz ve engellenemez dünyasına ilişkin bir kavramdır. Mahkûmların toplumsal yaşama ıslah olmuş biçimde yeniden dönebilmeleri sosyal hayatla bağlarını koparmamış olmaları oranında başarılı olabilecektir. Dolayısıyla her ne kadar mahkûmiyet kavramının belli bir sınırlama alanını beraberinde getirdiğini kabul etmek gerekse de, bu sınırlama alanı hiçbir zaman mahkûmun özel hayatına yönelik müdahalelerde gözetilmesi gereken adil dengeyi aşmamalıdır.

2. MAHKÛMLARIN AİLE BAĞLARINI SÜRDÜRMESİ

2.a. Aile Ziyareti

Mahkûmun cezaevine girmesi ile bozulan ailevi ve toplumsal bağlarının, yeniden sosyalleştirme kapsamında onarılması için ailesi ve yakın çevresiyle ilişkisini sürdürmesi gerekmektedir. Böylelikle hükümlü olmanın zararlı sonuçları azaltılacak ve tahliye olduktan sonra sosyal hayata adaptasyon süreci hızlanacaktır.[11]

AİHM, cezaevi disiplinini bozucu eylemler karşısında mahkûmlara verilebilecek disiplin cezalarına ilişkin taraf devletlere geniş bir takdir hakkı tanırken, ziyaretçi kabul etme hakkının engellendiği hallerde bu yaklaşımından uzaklaşmaktadır. Bu noktada Mahkeme, Avrupa Cezaevleri Kurulu'nun 60/4 maddesi uyarınca hiçbir cezanın aileyle olan iletişim üzerine konulacak genel bir yasağı kapsamayacağı ilkesini benimsemektedir. Ayrıca, Mahkeme bu ilkenin normatif temellerinin iç hukukta açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatindedir.

Genel ziyaret yasağı konulamayacağına ilişkin olarak Mahkeme'nin bakış açısını Gülmez/Türkiye kararı[12] ortaya koyabilecek niteliktedir. Cezaevi disiplin kurulu, başvuranın cezaevine ait mallara zarar verdiği gerekçesiyle mahkûmun toplamda yaklaşık bir yıl boyunca ziyaretçi kabul etmesini yasaklamıştır. AİHM, yürürlükte olduğu tarihteki haliyle başvuru konusu cezaya dayanak teşkil eden Tüzüğün, uygulayıcılara çok geniş bir takdir alanı bıraktığını ve yetkili makamların başvuranın aile hayatına yaptıkları haksız müdahaleye karşı yerinde

11 Veli Özer Özbek, s.134
12 Gülmez/Türkiye, Baş. No. 16330/02, 20.05.2008

koruma sağlayabilecek derecede açık ve ayrıntılı olmadığını ve ayrıca somut olaya konu olan cezanın genel nitelikte bir yasaklama olduğunu belirterek, başvurucunun aile yaşamına müdahale edildiğine karar vermiştir.

Disiplini bozucu hareketleri karşısında mahkûmların ailesiyle yüz yüze görüşme olanağının genel bir yasak kapsamında engellenmesinin, yeniden sosyalleştirilmesi amaçlanan bireylerin ıslahı açısından olumlu etkiler doğurmayacağı açıktır. Ayrıca böylesi bir durumun mahkûmun ziyaretine giden aile fertleri açısından doğuracağı sonuçlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Bir mahkûmun aile fertleriyle iletişim kurmaya ne derece ihtiyacı varsa, aile fertlerinin de mahkûmla ilişkilerini devam ettirmeye aynı derecede hakkı olacaktır. Mahkûmlara konulan ziyaretin engellenmesi yasağı sadece onlara yönelik bir cezalandırma içermeyip, aile fertlerini de mağdur konumuna getirmektedir. Bu nedenle hangi suç işlenmiş olursa olsun, mahkûmla ailesi arasındaki ilişkinin varlığını sona erdirmeye yetmeyeceği için, aralarındaki ailevi bağları önemli ölçüde zedeleyici nitelikteki yaptırımların uygulanması hem mahkûmlar hem de onların aile fertleri açısından kabul edilebilir görünmemektedir.

Mahkeme, özel infaz rejimine tabi tutulan bazı mahkûmların aile ziyaretlerinin, kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla daha seyrek ve daha sıkı denetim şartları altında yapılmasına izin verilmesini, sınırlama amacına uygun olduğu gerekçesiyle demokratik toplum gereklerine aykırı bulmamaktadır. Nitekim Messina/İtalya davasında[13] mafya ilişkileri nedeniyle özel infaz rejimine tabi tutulan başvurucunun aile ziyaretleri bu kapsamda kısıtlanmış ve mektuplaşmaları sıkı denetim şartları altına sokulmuştur. Mahkeme, bu özel infaz rejiminin tutuklu ve hükümlülerin bağlantılı oldukları suç örgütleriyle kişisel ilişkilerde bulunma riskini en aza indirmek ve bu vesileyle suç çevreleriyle olan bağlarını koparmak amacıyla uygulandığını tespit etmiştir. İnfaz makamlarının mümkün olduğu kadar başvurucunun yakın aile bireyleriyle ilişkisini sürdürmesine yardımcı olmak istediklerini ve böylece başvurucunun hakları ile özel infaz rejimi arasında adil bir denge kurmaya çalıştıklarını belirten Mahkeme, başvurucuya uygulanan kısıtlamaların aile bağlarını sürekli nitelikte engelleyici olmadığından bahisle somut olayda ihlal bulmamıştır.

13 Messina/İtalya, Baş. No. 25498/94, 28.09.2000

2.b. Eş Görüşmesi ve Çocuk Sahibi Olabilme

Bazı ülkeler, ziyaretçi ve mahkûm arasındaki görüşme hakkını cinsel ilişkiyi de kapsayacak şekilde genişletmekte ve buna uygun ortam ve şartların sağlanmasını güvence altına almaktadır.[14] Mahkûmların cezaevinde kaldıkları müddetçe eşleri ile cinsel birlikteliklerini sürdürmesine izin veren özel bir ziyaret şekli olarak tanımlanabilecek eş ziyareti (conjugal visit) kavramı,[15] mahkûmların yalnızlık duygusunun azaltılmasını, ailenin bütünlüğünün sağlanmasını, cinsel yoksunluğun meydana getirdiği ruhsal ve fiziksel rahatsızlıkların önlenmesini ve bunların neticesinde tahliye olduğunda mahkûmun topluma daha kolay kazandırılmasını hedeflemektedir.

AİHM'ye göre, özel yaşam hakkı kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruyup kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde dış müdahalelere karşı korunmasını ve bu surette kişisel gelişimini sağlamasını güvence altına almaktadır.[16] Bu bağlamda cinsel birliktelik talebi, aile hayatının korunması kapsamında değerlendirilmelidir.[17]

ABD, Kanada, Suudi Arabistan, Mısır, Meksika, İspanya, Küba, Fransa, Brezilya ve Danimarka'da da uygulanan bu sistemde ülkelerin tercihine göre eş ziyareti ya cezaevi içinde yapılan özel bir odada (ABD, Kanada…) ya da cezaevi dışında tutulmuş özel bir dairede (Fransa, Danimarka…) gerçekleşmektedir. Mahkûmlara bu özgürlüğü tanıyan çoğu ülkede eş ziyareti sadece resmi eş ile gerçekleştirilebilirken, Brezilya'da resmi nikâhın varlığı, bulunması zorunlu bir şart değildir.[18]

Mahkûmlar lehine günümüz dünyasında sağlanan en gelişmiş haklardan biri olarak görülen eş ziyareti düzenlemelerine ülkemiz de kayıtsız kalmamış ve 2013 yılında çıkartılan Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik ile mahkûmlar açısından dev-

---

14 Timur Demirbaş, s. 257

15 Kent Normal Eliot, "The Legal and Sociological Dimentions of Conjugal Visitation in Prison", New England Journal on Prison Law, Vol. 2, Issue. 1, 1975, s.47, http://heinonline.org/HOL/Page?handle, 31.07.2013

16 Von Hannover/Almanya, Baş. No. 39320/00, 24.06.2004

17 Abdurrahman Eren, "Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların 'Eş Ziyareti' Hakkı", Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Basımevi, Ankara, 2009, s.289

18 http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?DocID=21580712, 17.07.2013

rim niteliği taşıyan bu hak iç hukuk düzenimize dâhil edilmiştir. Bu Yönetmelik'te hükümlü ve tutukluların ödüllendirilmesi ile ulaşılmak istenen temel amaç; *bu kişilerin yeniden sosyalleşmesini sağlamak suretiyle insan haklarına saygılı, hukukî ve toplumsal kurallara bağlı bireyler olmalarını teşvik etmek"* olarak belirtilmiştir. Buna göre, sadece kapalı cezaevlerinde bulunan mahkûmları kapsamak üzere en erken ayda bir, en geç ise üç ayda bir kez eş ziyareti ile mahkûmu ödüllendirme mümkün hale getirilmiştir. Mahkûmlara uygulanacak bu ödülün takdir mercii, cezaevi idare ve gözlem kuruludur. Bu ödüllendirmenin sağlanmasının kurul tarafından kabul edilmeyeceği haller Yönetmelikte biraz daha teferruatlı şekilde gösterilerek, AİHM'nin mahkûmlara getirilen sınırlamalara yönelik hukuki mevzuatta açıklık olması beklentisi karşılanmaya çalışılmıştır.[19]

Eş ziyareti uygulamasının kaçınılmaz sonuçlarından biri de mahkûmların eşleriyle birlikteliklerinin sonucu olarak çocuk sahibi olabilmeleridir. Çocuk sahibi olmak insan doğasının güdüsel arzularından kaynaklandığı ve bireyin dokunulamaz aile yaşamına ilişkin olduğu için müdahaleye çok açık bir husus değildir. Çocuk sahibi olabilme hakkı dünyanın her yerinde mutlak bir hak olarak tanınmamasına rağmen,[20] günümüz dünyasının çağdaş insan hakları değerleri böyle bir sınırlamayı kabul etmemektedir.

AİHM mahkûmların çocuk sahibi olabilmesini bir hak olarak değil de imkân olarak değerlendirmektedir.[21] Mahkeme'nin önüne bu konu Dickson/Birleşik Krallık davasında[22] gelmiştir. Cinayet suçundan mahkûm olduğu 15 yıllık hapis cezasını çekmekte olan Kirk Dickson, cezaevindeyken bir evlilik yapmıştır. Başvurucu kendisinin tahliyesi sonrasında gebe kalma ihtimali çok düşük olan karısıyla yapay döllenme yoluyla bir çocuk sahibi olmayı talep etmiş, fakat bu

---

19 AİHM'nin mahkûmlara yönelik hak ihlallerinde ısrarla üzerinde durduğu nokta, mahkûmların maruz kaldıkları yaptırımların yasal mevzuata açıkça düzenlenerek hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Verilen pek çok ihlal kararının gerekçesini bu husus oluşturmaktadır. Örnek olarak bkz. Argeti/İtalya kararı, Baş. No. 56317/00, 10.11.2005; Tan/Türkiye kararı, Baş. No. 9460/03, 03.07.2007

20 Örneğin Çin'de aileler kamu yararı gerekçesiyle sadece tek çocuk sahibi olabilirken, Myanmar'da Müslüman ailelerin etnik sebeplerle ikiden fazla çocuk sahibi olması yasaklanmış durumdadır.

21 Mehmet Arıcan, 4. Yargı Paketi: Mahrem Eş Ziyareti, http://www.ankarastrateji.org, 18.07.2013

22 Dickson/Birleşik Krallık, Baş. No. 44362/04, 04.12.2007

konudaki talebi, babası cezaevindeyken büyüyeceği düşünülen çocuğun menfaatleri ve başvurucuya çocuk yapma izninin verilmesinin mahkûmiyetin cezalandırıcı ve caydırıcı yönünü zedeleyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Çocuk sahibi olamamanın, hapis cezasının bir sonucu olsa da bu sonucun engellenemez nitelikte olmadığını belirten Mahkeme, oy çokluğu ile kamu yararı ve özel menfaatler arasında olması gereken adil dengenin gözetilmediği gerekçesiyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.[23]

Bugün için eş ziyareti uluslararası insan hakları hukuku açısından henüz genel kabul gören bir hak olmayıp bu konuda devletlere geniş takdir yetkisi tanınmaktadır. Böyle bir hakkı tanıma yönünde devletlerin pozitif bir yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmemekle birlikte bu alana yönelik kısıtlamaların aile hayatına orantısız bir müdahale oluşturması da kabul edilmemektedir.[24]

3. MAHKÛMLARIN DIŞ DÜNYA İLE BAĞLANTISI

3.a. Haberleşme Hakkı

3.a.a. AİHM'nin Genel Olarak Mahkûmların Haberleşme Hakkına Bakışı

Dış dünya ile iletişim, günümüz değerlerinde insan olmalarından ötürü özgürlüğünden yoksun bulunanlara tanınan bir hak olarak kabul edilmektedir. Hâlbuki daha önceki yıllarda bunlar bir hak olarak görülmeyip cezaevi sistemlerinde iyileştirme yöntemi olarak kabul edilmekteydi. Zamanla iyileştirme yöntemlerini çoğaltmak şeklindeki modern eğilim doğmuş ve dış dünya ile iletişimin üç görünüşü; mektuplar ve ziyaretler, tatiller veya izinler ve cinsel konulara ilişkin hususlar ortaya çıkmıştır.[25]

AİHM, cezaevlerinden gerçekleştirilen haberleşmeye yönelik her türlü müdahaleyi Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan

---

23 Bu ihlal kararının ardından İngiltere hükümeti başvurucuyu açık cezaevine nakledip onun ev iznine çıkmasına müsaade etmiştir. Ayrıca, Hükümet bu kararın ardından mahkûmların tıbbi destekli üreme kuruluşlarına erişimini sağlayan yeni bir politika benimsemiştir.AİHM Basın Duyuruları, Üreme Hakları (Bilgi Notu), http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/cocuklar/ureme_haklari.pdf

24 Abdurrahman Eren, s. 297

25 Suçluların Cezaevinde İyileştirilmesinde Yeni Yöntemler; Ceza ve İnfaz Milletlerarası Tesisi, Çev. Tosun Öztekin, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1967, s. 145

haberleşme hakkı kapsamında ele almaktadır.[26] Bu durum aslında haberleşme hakkının yanında dolaylı da olsa mahkûmlar hakkında bilgi toplama kavramı içinde de ele alınabilir niteliktedir.[27] AİHM, haberleşme hakkına yönelik Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan sınırlamaların yanında belli bazı sınırlama ölçütleri daha geliştirmiş ve bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin mümkün mertebe dar yorumlanması gerektiğini benimsemiştir.[28]

Haberleşme hakkı, AİHM tarafından sadece mektupları değil telefon ve teleks gibi araçlarla yapılan iletişimleri de kapsar şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu kavram sözleşmenin yaşayan bir belge olarak kabul edilip güncel şartlara uygun olarak yorumlanması ilkesiyle örtüşür şekilde teknolojik gelişmeler ışığında sürekli revize edilebilmektedir.[29]

Haberleşme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla herhangi bir mahkûm tarafından yapılan başvuruyu inceleyen AİHM, 8. maddeye ilişkin yaptığı değerlendirmelerde uyguladığı genel kriterleri bu türden başvurularda da uygulamaktadır. Buna göre Mahkeme üç aşamalı bir inceleme yapar. Yaptığı incelemede Mahkeme öncelikle şikâyet konusu olay ve işlemin haberleşme hakkına dâhil olup olmadığını, yani hükmün "uygulanabilirliğini" saptamakta, bu soruya olumlu yanıt alınması halinde, söz konusu işlem ya da alınan önlemin bir "müdahale" teşkil edip etmediğini araştırmakta ve bir müdahalenin varlığını tespit ettiğinde ise bu müdahalenin 2. fıkra bağlamında "meşruluk kazanıp kazanmadığını" incelemek suretiyle sonuca varmaktadır. Müdahalenin meşruluğunu incelerken, alınan kısıtlayıcı önlemin "öngörülebilirliği", "güdülen amacın meşruluğu" ve şikâyet konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekliliği" araştırılmaktadır.[30]

---

26 Ursula Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, s.19 vd.

27 Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.209

28 Abdülkadir Kaya, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme", Yargı Dünyası, Sayı. 129, s. 15

29 Gülay Aslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör; Sibel İnceoğlu), Şen Matbaa, Ankara, 2013, s.320

30 Şeref Gözübüyük , Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011, s.341

3.a.b. Mahkûmların Mektuplaşması

Mektuplaşma cezaevinde bulunan herkes açısından dış dünya ile bağlantı kurmanın önemli bir aracı olduğu için mahkûmların sosyalleştirilmesi adına hayati öneme sahiptir. Bu nedenle AİHM, mektuplaşmaya izin verilmemesi halinde mahkûmların dış dünyayla ve aileleriyle bağlantılarının önemli ölçüde zayıflayacağı bilinciyle, durumun mahkûmlar için taşıdığı özel önemi dikkate almaktadır.[31] AİHM'ye göre haberleşme hakkına müdahale mahkûmun tâbi olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın doğasında var olan bir özgürlük sınırlaması olmasına rağmen[32] müdahalenin öngörülen meşru amacın gerektirdiği ölçüyü aşmaması gerektiğini vurgulamaktadır.[33]

Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde genellikle mektuplar denetlenmekle birlikte uygulanan sistemler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.[34] İspanya, Danimarka ve Slovenya'da denetim sırasında hükümlü hazır bulunmakta iken, Belçika'da denetimi bizzat cezaevi müdürü gerçekleştirmektedir. İtalya'da ise mektupların denetlenebilmesi için hâkim veya savcının kararı gerekmektedir.[35] Bunun dışında Fransa, İngiltere, İsviçre gibi insan hakları noktasında önemli yol kat etmiş ülkeler de çeşitli istisnaları olmakla birlikte mahkûmların mektuplarının denetimini yapmaktadır.[36]

Mektuplaşmanın sınırlandırılmasına ilişkin mahkûmlarca yapılan başvurular, genel olarak hukuki mevzuatın belirsiz olması ile öngörülebilir ve mahkûmlarca erişilebilir olmamasına bağlı olarak hukukilik şartının yerine getirilmediği savına dayalı ihlal iddialarına odaklanmaktadır.[37] Gerçekten de gerek ülkemize gerekse de Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletlere baktığımızda mahkûmlara yönelik en sık rastlanan hak ihlallerinin hukukilik şartına uyulmadığı gerekçesiyle verildiği görülecektir. Nitekim Fethullah Akpulat/Türkiye kara-

---

31 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford University Press, 2009 (Avrupa Konseyi, 2012, Türkçe baskı), s.413

32 De Courcy/Birleşik Krallık, Baş. No. 2749/66, 111.07.1967

33 Pfeifer ve Plankl/Avusturya, Baş. No. 10802/84, 25.02.1992

34 Güçlü Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 91

35 Herzog-Evans Martine, L'intimite du detanu et de ses proches en droit compare, Paris, 2000, s.82 (Aktaran; Akyürek, s.91)

36 Güçlü Akyürek, s. 91-92

37 D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, s.413

rında[38] Mahkeme tam da bu noktaya işaret ederek, Cezaevi Disiplin Kurulu tarafından başvuranın İngiltere Başbakanı'na göndermek istediği mektuba sakıncalı olduğu gerekçesiyle el konulmasının, iç hukuk mevzuatının[39] mahkûmların haberleşmesini denetleme konusunda cezaevi yöneticilerinin takdir yetkilerini kullanım kapsamını yeterince açık bir şekilde belirtmediğini gerekçe göstererek, haberleşme hakkının ihlal ettiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde Ali Güzel/Türkiye kararında[40] başvuran, cezaevi yönetiminin kendisine gelen bir mektubu teslim etmemesini ve yine kendisinin farklı cezaevindeki başka bir tutukluya yazdığı mektubu göndermemesini dava konusu yapmıştır. AİHM, bu davada da yasal mevzuatın yeterince açık olmadığını ve ayrıca pratikteki uygulamanın da bu eksikliği gidermeye yetmediğini tespit ederek ihlal kararı vermiştir.[41]

Cezaevi yönetimine geniş takdir hakkı tanındığı için haberleşme hakkını ihlal eden bir diğer durum da içeriği anlaşılamayan mektupların sakıncalı olarak görülmesidir. Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri/Türkiye kararında[42] başvuruculların aile fertlerine yazmış oldukları Kürtçe mektupları ilgili adreslere göndermeyen cezaevi disiplin kurulu, mektupları tercüme edebilecek ne bir personelin ne de bunu yaptırmak için gerekli kaynağın bulunmadığını belirterek bu mektupların ancak başvuranların masrafları üstlenmesi koşuluyla yeminli tercüman tarafından çevrildikten ve içeriklerinin sakıncalı olmadığı anlaşıldıktan sonra alıcı adreslere gönderilebileceğini belirtmiştir. Kurul bu kararına dayanak olarak da tercüman masraflarını cezaevi yönetimin karşılamasını gerektirecek hiçbir yasal hükmün olmadığını göstermiştir. AİHM ise, somut olayda, devlete bu konuda pozitif bir yükümlülük atfederek, hiçbir yasal ya da düzenleyici hükmün tutukluların karşılıklı mektuplaşmalarında Türkçeden başka bir dilin kulla-

38 Fehhullah Akpulat/Türkiye, Baş. No. 22077/03, 15.02.2011

39 647 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 146. ve 147. maddeleri

40 Ali Güzel/Türkiye, Baş. No. 43955/02, 21.10.2008

41 Benzer sebeplere dayanan ihlal kararları için ayrıca bkz; Tan/Türkiye, Baş. No. 9460/03, 03.07.2007; Akar/Türkiye, Baş. No. 28505/04, 21.06.2011; Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No.5947/72, 25.03.1983, mektupların gönderilip gönderilmemesine vasinin karar vermesi sağlayan yasanın öngörülebilirlik koşuluna aykırı olduğuna ilişkin Herczegfalvy/Avusturya, Baş. No. 10533/83, 24.09.1992

42 Mehmet Nuri Özen/Türkiye, Baş. No. 15672/08, 24462/08, 27559/08, 28302/08, 28312/08, 34823/08, 40738/08, 41124/08, 43197/08 51938/08 ve 58170/08, 11.01.2011

nılmasını öngörmediğini ve bu bağlamda dayatılabilecek herhangi bir kısıtlama ya da yasaklamanın getirilmediğini gözlemlemiştir. Böylece, iç hukuk gereğince cezaevi yetkililerine sadece içerik bakımından mektupları denetlenme ve sansürleme yetkisi verilmesine rağmen, somut olayda yetkililerin bundan farklı bir uygulamaya başvurmalarının 8. maddeyle bağdaşmayacağına karar verilmiştir.

Mahkûmların haberleşmesine yönelik kurulan organizasyon açısından cezaevi idarelerine bazı pozitif yükümlülükler de düşmektedir. Mesela Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, yazılan mektupların gönderilmesi ve gelen mektupların alınması konusunda cezaevi yönetiminin görevlendirilmesi halinde, mektubun akıbeti hakkında mahkûmu bilgilendirme konusunda devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir.[43]

AİHM, mahkûmların avukatları ile olan iletişimine daha büyük bir önem atfetmiş ve bu alana özel bir koruma sağlamıştır. Öğretide, savunmanın hazırlanabilmesi için, tutuklu veya hükümlü ile avukatının özgürce mektuplaşabilmesi gerektiğini söyleyenler olduğu gibi,[44] bu kişilerin avukatlarıyla görüşme ve yazışmalarının hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın denetim dışı bırakılmasının, avukatın bu hakkını kötüye kullanmasına ve sanığın kayırılmasına yol açacağını söyleyenler de vardır.[45] AİHM'ye göre ise tutuklu ve hükümlülerin avukatlarıyla mektuplaşması hiçbir şekilde engellenmemelidir.

AİHM'nin bu konudaki yerleşik içtihadı, bir avukatla haberleşmenin ne amaçla olursa olsun AİHS'nin 8. maddesi uyarınca ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğu yönündedir.[46] Bu nedenle bir avukata gönderilen yahut bir avukattan gelen bir mektubun okunmasına, yalnızca yetkili makamların mektubun içeriğinin cezaevi kurumunun veya bir başkasının güvenliğini tehdit ettiği ya da başka bakımlardan suç teşkil eden bir niteliğe haiz olduğu kanaatine vardıklarında izin verilmesi uygun görülmektedir.[47]

---

43 Grace/Birleşik Krallık, Baş. No. 11523/85, 04.03.1987

44 Doğan Soyaslan, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara, 2000, s.180

45 Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s.349.

46 Campbell/Birleşik Krallık, Baş. No. 13590/88, 25.05.1992; Golder/Birleşik Krallık, Baş. No. 4451/70, 21.02.1975

47 Kepeneklioğlu/Türkiye, Baş. No. 73520/01, 23.01.2007

Campbell-Fell/Birleşik Krallık davasında[48] AİHM tutuklu veya hükümlü ile avukatı arasındaki yazışmalarla ilgili hususları kapsamlı bir incelemeden geçirmiştir. Mahkeme'ye göre, bir tutukluyla avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma nedeniyle, avukatın tutukluya yazdığı mektubun cezaevi yetkililerince açılabilmesi, ancak içinde olağan denetim yöntemi ile ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şeylerin bulunduğu konusunda benimsenebilir bir kuşkunun varlığı durumunda olanaklıdır. Bu durumda bile mektup gönderildiği kişinin önünde açılmalı, içerisinde sakıncalı bir nesne saptanmayınca, yöneticilerce okunmadan ilgilisine verilmelidir. Ancak, tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmaların içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya başlı başına bir suç oluşturması durumunda yazışmalara müdahalenin mümkün olabileceği belirtilmektedir. Mahkemece avukat-müvekkil ilişkisinin gerektirdiği gizliliğe saygı gösterme gereksiniminin, bu hakkın kötüye kullanılma olasılığından çok daha önemli olduğu gerekçe gösterilerek somut olayda m.8'in ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Avukatla yazışmaların salt olarak engellenmesi değil, geç ulaştırılması da bu kapsamda özel bir koruma rejimine tabi tutulmuştur. Mahkeme, cezaevi disiplinini bozucu hareketleri nedeniyle çeşitli yaptırımlara maruz bırakılan ve bu hususa ilişkin avukatına yazdığı şikâyet mektuplarının yirmi gün geç ulaştırılmasından şikâyetçi olan başvurucunun haberleşme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[49]

AİHM içtihatlarına göre mahkûmlara avukatlarıyla olan mektuplaşmalarında sağlanan özel koruma idari makamlar, mahkemeler ve özellikle de AİHM nezdinde yaptığı yazışmalarda da sağlanmalıdır. Nitekim 1996 tarihinde Avrupa Konseyi nezdinde kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önündeki Yargılama Sürecine Katılan Kişilere İlişkin Avrupa Sözleşmesi, mahkûmların AİHM'ye yaptığı başvuruları uluslararası ölçekte koruma altına almaktadır.[50]

---

48 Campbell-Fell/Birleşik Krallık, Baş. No. 7819/77, 28.06.1984

49 McCallum/Birleşik Krallık, Baş. No. 95111/81, 30.08.1990

50 Sözleşmenin AİHM nezdinde yapılan başvuruları korumayı amaçlayan 3. maddesi şu şekildedir;
1. Âkit devletler, bu Sözleşmenin l inci maddesinin l inci fıkrasında sayılan kişilerin, Mahkeme ile serbestçe yazışma hakkını tanırlar.
2. Tutuklular açısından bu hakkın kullanılmasında özellikle şunlar uygulanır:
a. Yazışmaları gereksiz gecikmeye mahal vermeden ve değiştirilmeden gönderilir ve muhatabına teslim edilir.
b. Bu kişiler hakkında, olağan yollardan Mahkemeye gönderdikleri bir yazı dola-

AİHM, Salapa/Polonya[51] davasında mahkûmların Mahkeme ile mektuplaşmalarında, mahkûmları Mahkeme'ye başvuru yapmaktan alıkoyabilecek şekilde denetime tabi tutmanın Sözleşme'de yer alan bireysel başvuru hakkını önemli derecede etkileyeceğini belirtmiştir. İç hukuk hükümlerinin mahkûmların mektuplaşabilecekleri kişi kategorileri arasında herhangi bir fark gözetmeksizin yetkililerin mektupları denetlemesine, açmasına ve okumasına dayanak oluşturan bir gerekçeli karar verme yükümlülüğü öngörmemesi Sözleşme ile bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, Polonya hukuk sisteminin AİHM organlarıyla yapılan yazışmaları özel bir statüye dâhil etmemesi haberleşme hakkını ihlal etmiştir.

Mahkûmların kamusal makamlarla veya bizzat Mahkeme ile yaptığı yazışmaların, cezaevi idaresince sadece engellenmesi değil bazı özel durumlarda okunması bile ihlal sebebi olarak görülmektedir. Sözleşme organlarına gönderilen veya sözleşme organlarından gelen mektupların okunmasının haberleşme hakkını ihlal ettiğini[52] düşünen Mahkeme, aynı kanaatini kamu denetçisi ile yapılan yazışmalarda da sürdürmüştür.[53]

3.a.c. Mahkûmların İletişiminin Denetlenmesi

Teknolojinin suçla mücadelede kullanılmaya başlanmasıyla birlikte bireyler arasındaki iletişimin denetlenmesi gitgide daha fazla başvurulan bir yöntem haline gelmiş ve bu durum bazı sakıncaları beraberinde getirmiştir. Bu gelişmeler bağlamında pek çok anayasada ve uluslararası sözleşmede iletişimin denetlenmesi çeşitli güvencelere bağlanmış ve bu surette kamu güvenliği ile haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği arasında denge oluşturulmaya çalışılmıştır.[54]

---

yısı ile herhangi bir şekilde disiplin işlemi yapılamaz.
c. Bu kişiler, Mahkemeye yaptıkları bir şikâyet sonucu ika edilen işlemlere ilişkin olarak, tutuklu bulundukları devlet mahkemelerinde yetkili bir avukatla yazışma ve kimsenin duyamayacağı biçimde danışma hakkına sahiptirler.
3. Önceki bendlerin uygulanmasında bir kamu makamı ancak, yasada öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, suç eylemlerinin açığa çıkarılıp kovuşturulmasının veya sağlığın korunmasının gerekli kılması hâlinde müdahalelerde bulunabilir.

51 Salapa/Polonya, Baş. No. 34487/97, 19.12.2002; Harrıs- O'boyle- Bates- Buckley, s.414

52 Valasinas/Litvanya, Baş. No. 44558/98, 24.07.2001

53 Niedbala/Polonya, Baş. No. 27915/95, 04.07.2000

54 Mustafa Taşkın, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları,

İletişimin denetlenmesi hususunda en etkin uluslararası koruma mercilerinden biri olan AİHM, iletişim bilgilerinin tespiti kavramını Malone/Birleşik Krallık davasında[55] bir telefondan aranan numaraları ve yapılan görüşmelerin süresini kaydeden bir cihazın kullanılması olarak tanımlamıştır.[56]

Mahkûmlara aileleri ile olan ilişkilerini devam ettirme olanağı tanıyan telefonla iletişim, ailesi ve yakınlarının bulunduğu yerden oldukça uzak yerlerde cezası infaz edilenler için oldukça pratik bir iletişim aracıdır. Ayrıca, okuma yazma bilmeyen mahkûmların mektuplaşma olanağından faydalanmalarının zorluğu da göz önüne alındığında konunun önemi farklı bir boyuta taşınmaktadır.[57]

Telefon dinlemelerinin sadece haberleşmeye saygı hakkını değil aynı zamanda özel hayatın gizliğini de ihlal etiğini[58] belirten Mahkeme'nin içtihatlarına baktığımızda, keyfiliklere yol açmayacak şekilde iletişimin resmi makamlarca ve meşru amaçlarla dinlenmesinin ihlal oluşturmayacağı sonucunu çıkarmak mümkündür.[59]

Telefon dinlemelerine ilişkin olarak AİHM nezdinde açılan davalara baktığımızda ihlale neden olan sorunların genellikle bu alana ilişkin ya hiçbir düzenleme olmaması ya da var olan düzenlemenin yeteri kadar açık olmamasından kaynaklandığını görmekteyiz.[60]

Mahkûmların telefonla iletişimi konusuyla ilgili bir kararında AİHM, telefon edebilme olanaklarının sınırlı olmasının dış dünya ile iletişimi kısıtladığına ilişkin şikâyette, Sözleşme'nin 8. maddesinin, diğer haberleşme olanakları mevcut ve yeterli olduğunda, telefonla iletişimi teminat altına aldığı şeklinde yorumlanamayacağına karar vermiştir.[61]

Ankara, 2008, s.290

55 Malone/Birleşik Krallık, Baş. No. 8691/79, 02.08.1984

56 Mehmet Yardımcı Murat, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.125

57 Handan Yokuş Sevük, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", *AÜEHFD*, C. VII, S.3-4 (aralık 2003), s.353 www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2003_VII_2_13 24.07.2013

58 Bkz. Kruslin/Fransa, Baş. No. 11801/85, 24.04.1990

59 Mustafa Taşkın, s.242

60 Sultan Üzeltürk, s.208

61 A.B/Hollanda, Baş. No. 37328/97, 29.01.2002,

Mahkeme'nin bir başka kararında, kaçma tehlikesi karşısında yüksek güvenlikli hücreye alınan başvurucular telefonlarının dinlenmesinin, haberleşmelerinin izlenmesinin ve hücrelerinin her gün denetlenmesinin kendilerine küçük de olsa bir özel yaşam alanı bırakmadığından şikâyetçidirler. Bu başvuru karşısında, başvuruculara ziyaretçileriyle cam bölme arkasından konuşabildiğini, yakın akrabalarıyla ayda bir kez açık görüş imkânına sahip olduğunu ve sınırlı sayıda da olsa grup aktivitelerine katılmalarına izin verildiğini tespit eden Mahkeme, özel hayata getirilen sınırlamaların meşru amaçların ötesine geçmediğini düşünerek başvuruda ihlal bulmamıştır.[62]

3.b. Mahkûmun Okuma Materyallerinden Mahrum Bırakılması

Mahkûmun dış dünyada olup bitene yabancı kalmaması ve gününün entelektüel birikimlerinden yararlanabilmesi, tahliye sonrasında sosyal hayata yeniden adapte olabilmesi açısından bir hayli öneme sahiptir. Mahkûmun dış dünyadaki kültürel gelişmelerle bağını sürdürmesi açısından gazete, dergi ve kitap gibi okuma materyallerine ulaşma imkânı kişisel gelişim ve sosyal davranışlar üzerinde büyük etkiye sahip olacaktır.

Hapishanelerdeki özel yaşamın zorluğundan dolayı mahkûmların okuma materyallerine ulaşımının sıkı şekilde denetlenmesi kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek adına meşru kabul edilebilir. Bu durumu gözeten Avrupa Konseyi organları, hapishane düzeni ile mahkûmların istediği yayına ulaşabilme özgürlüğü arasında adil bir denge kurma çabasına girmiş ve önüne gelen uyuşmazlıklarda ulaşılması yasaklanan yayınların kamu düzeni açısından tehlikesini irdelemiştir.[63]

T/Birleşik Krallık davasında[64] başvurucunun hapishane kütüphanesinden seçtiği kitapları bizzat kendisinin almasına izin verilmeyip, bunlar hapishane görevlilerince kendisine getirilmiştir. Ayrıca, belli bir süre sipariş verdiği gazetelerin kendisine ulaşmasına izin veril-

62 Lorse ve Diğerleri/Hollanda, Baş. No. 52750/99, 04.02.2003; Üzeltürk, s. 206

63 Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, Matra; Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s.155

64 T/Birleşik Krallık, Baş. No. 8231/78, 04.03.1982

miştir. Ancak, zamanla mali durumunun bozulması ve aldığı disiplin cezaları sebebiyle gazete ve dergilere ulaşımı sınırlandırılmıştır. Bu olay karşısında Komisyon, kitaplara erişimle dergi ve gazetelere erişimi ayrı ayrı incelemiştir. Başvurucunun kitaplara cezaevi görevlileri aracılığıyla da olsa ulaşmasının mümkün olduğunu tespit eden Komisyon, bu noktada bir sıkıntı görmemektedir. Ancak, aldığı cezadan dolayı gazete ve dergilere ulaşımı kısıtlanan başvurucunun, bilgiye ulaşmasının başka suretlerde sağlanması gerektiği gerçeği karşısında cezaevi yönetiminin pasif kalması ifade hürriyetinin ihlali şeklinde yorumlanmıştır.[65]

Okuma materyallerinin kısıtlanması açısından hukuki öngörülebilirliğin olmaması da AİHM nezdinde bir ihlal sebebi olarak öngörülmüştür. Herczegfalvy/Avusturya kararında,[66] akıl hastası olması sebebiyle faillere özgü akıl hastanesinde cezası infaz edilen mahkûm, kendisine bir disiplin tedbiri olarak okuma materyali, radyo ve televizyon sağlanmadığını, bunun da bilgilenme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Müdahaleye dayanak teşkil eden normun öngörülebilirliğinin olmadığına kanaat getiren Mahkeme, başvurucunun hak ihlaline maruz kaldığına hükmetmiştir.

Yine seri şekilde çıkan yayınlar için hepsini birden kapsayıcı yasaklar konulmasına da hak ve özgürlükler anlamında pek sıcak bakılmamaktadır. Konuya bu doğrultuda bakan Mahkeme, özel bazı yayınlarla ilgili talepleri reddetmenin veya bunlara ulaşmayı kısıtlamanın, tüm yayın için değil de, yayının her sayısı için ayrı ayrı değerlendirilmesi halini Sözleşmeye aykırı görmemiştir.[67]

4. MAHKÛMLARIN DİNİ HAYATI

Mahkûmların mahrem alanına ilişkin olarak özel koruma gerektiren alanlardan bir diğeri de dini yaşantıdır. Bu doğrultuda bireyin iç dünyasına ilişkin kabullerinin gereğini demokratik çerçevede yerine getirebilmesi insan olma vasfının en temel gereklerinden biridir.

Kişinin içsel alanına hitap eden inanç özgürlüğü mutlak ve sınırsızken, dışsal alana taşan din özgürlüğü açısından aynı şeyleri söy-

---

65 Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, s. 153-154

66 Herczegfalvy/Avusturya, Baş. No. 10533/83, 24.09.1992

67 Bkz, Malcolm Lowes/Birleşik Krallık, Baş. No. 13214/87, 09.12.1988; Leo Zwaak, Kasım Karagöz, Kemal Şahin, Murat Tümay, s. 155

lemek mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda AİHM içtihatları doğrultusunda din özgürlüğü kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu menfaatleri ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla sınırlandırılabilir niteliktedir.[68] Ancak, hiç şüphesiz bu sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle örtüşmeyen durumlarda söz konusu olmayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mahkûmlardan gelen din özgürlüğünün ihlali iddialarına yönelik olumlu bir yaklaşımda bulunduğu pek söylenemeyecektir.[69] Mahkeme'nin bu konudaki genel eğilimi mahkûmların içsel dünyasına hiçbir surette müdahale edilemeyeceği, ancak inancın gereğinin yerine getirilmesine bazı hallerde müdahale edilebileceği yönündedir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun önüne gelen bir başvuruda hapishane yönetimi, Budist bir mahkûmun okuyucu kitlesi budist olan bir dergide yayınlanmak üzere yazdığı makaleyi dergiye göndermemiştir. Başvurucu, makaleden hiçbir surette gelir sağlamadığını, makalesinin yayınlanmasının dindaşları ile arasında ilişki kurulmasını sağladığını ve bu durumun da budist dininde bir ibadet şekli olduğunu iddia etmiştir. Komisyon, hapishane yönetiminin mahkûmla iletişim kurması için budist bir din adamı arayışı noktasında samimi gayretlerinin olduğundan, bunu temin edemedikleri için başvurucuya her hafta budist dindaşlarına fazladan bir mektup yazma hakkı tanıdıklarından ve ayrıca budizm dininin uygulanmasında dindaşlarla haberleşmenin bir gereklilik olduğunun kanıtlanamadığından bahisle 9. maddede düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.[70] AİHK bu kararında 9. maddenin ihlal edilmediğine karar vermesine rağmen haberleşme özgürlüğüne ilişkin yaptığı değerlendirmede ihlal kararı vermiştir.

Söz konusu başvurudaki olay açısından ifade özgürlüğü anlamında bir değerlendirme yapmak da mümkündür. Günümüz dünyasında özgür ve demokratik bir devlet sisteminin en temel göstergelerinden

---

68 Hande Seher Demir, Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 94

69 Zühtü Arslan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s.51

70 Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No. 5947/72, 25.03.1983; Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayıncık, İstanbul, 2004, s. 571-596

biri olarak kabul edilen bilgi ve kanaati açıklama özgürlüğünün,[71] bazı durumlarda mesleki hassasiyete sahip olması gereken memur ve yargıçlara[72] dahi tanındığını düşünürsek, somut olayda başvurucu olan mahkûma tanınmaması kabul edilebilir görünmemektedir.

Komisyonun önüne gelen bir diğer başvuruda önceden Yahudi olup sonradan budizmi benimseyen başvurucu, sakal bırakmasının, yoga yapmasının ve tespih kullanmasının yasaklanmasıyla dini vecibelerini yerine getirmesinin engellendiğini iddia etmektedir. İddialar karşısında Komisyon, başvurucunun sakal bırakmasının engellenmesinin tanınmasını kolaylaştırması, yoga yapmasının ve tespih kullanmasının yasaklanmasının ise hapishane disiplininin sağlanması açısından gerekli olduğuna hükmedip, söz konusu sınırlamaların 9. maddenin 2. fıkrasına uygun nitelikte olduğuna karar vermiştir.[73] İhlal kararı verilmemesine rağmen Komisyon kararının satır aralarında, yoga yapılmasının ve tespih kullanılmasının hapishane düzenini bozmadıkça serbest bırakılması gerektiğine ilişkin düşülen şerh, uygulamacılara sınırlama amaçları noktasında tanınan takdir yetkisinin kapsamını göstermesi açısından önemli bir noktaya işaret etmektedir.

AİHM'ye göre, cezaevi yetkilileri, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin dini gereksinimlerini yerine getirebilmelerine ve bu gereksinimlerin yansıması niteliğindeki dini ayinlere katılabilmelerine izin vermelidir. Ayrıca, taraf devletler de iç hukuk düzeninde mahkûmların dini ayine katılmasına ve ruhani rehberliğe erişimine izin verilmesini güvence altına alan hükümleri koymakla yükümlüdür.[74] Bu konuya ilişkin olarak Poltoratskiy/Ukrayna kararı[75] önemli bir örnek teşkil etmektedir. Cinayet suçundan dolayı önce idam cezasına çaptırılan ve daha sonra bu cezası ömür boyu hapse çevrilen başvurucu, cezaevinde kendisini bir rahibin ziyaret etmesine izin verilmediğinden ve bu suretle din özgürlüğünün ihlal edildiğinden şikâyetçidir. Başvurucunun belli bir tarihe kadar rahip tarafından ziyaret edilmediğini ve haftalık dini ayinlere katılamadığını tespit eden

---

71 Monica Maccovei, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları, No.2, s.9

72 Kayasu/Türkiye, Baş. No. 64119/00, 13.11.2008

73 X/Avusturya, Baş. No.1753/63, 15.02.1965

74 Jim Mudock, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitabı, Sayı 9, s.38

75 Poltoratskiy/Ukrayna, Baş. No. 38812/97, 29.04.2003; ayrıca bkz. Kuznetsow / Ukrayna Baş. No. 39042/97, 20.04.2003

Komisyon, dini açığa vurma hakkına yönelik söz konusu sınırlamanın herkesçe ulaşılabilir ve öngörülebilir yasal hükümlere dayanmadığını ve bu nedenle 9. maddede korunan dini açığı vurma özgürlüğünün ihlal edildiğini belirtmiştir.

Mahkûmlara karşı zorunlu kıyafet ve çalışma yükümlülüğü getirilmesinin de dini inanışlarına bazı hallerde zarar verebileceği düşünülebilir. Komisyonun önüne gelen bir olayda, başvurucu inanç ve vicdanına ters düşecek nitelikteki hapishane kıyafetinden ve hapishane çalışmalarından yakınmıştır. Komisyon, kararında başvurucunun kendi elbiselerini giymesine izin verilmesinin ve zorunlu hapishane çalışmalarından muaf tutulmasının kendisine diğer mahkûmlara nazaran imtiyazlı bir durum oluşturacağını belirterek, 9. maddenin belirli bir tutuklu grubuna tercihli bir hak tanıma güvencesi sağlayacak şekilde genişletilemeyeceği şeklinde hüküm tesis etmiştir.[76] Fakat bu karara karşı biraz temkinli yaklaşılmalıdır. Unutmamak gerekir ki bazı dini inançlara sahip kişilerin inançları gereği belirli kıyafetleri giymekten kaçınabilmeleri olağandır. Mesela, sih erkeklerin inançları gereği başına taktıkları türban, zorunlu hapishane kıyafeti uygulamasıyla pek örtüşmemektedir. Böyle bir durumda mahkûm olan bir sihin, başına inancı gereği taktığı türbanın hapishane disiplinini bozucu hiçbir etkisinin bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla Komisyon'un 9. maddenin belirli bir gruba tercihi bir hak sağlama amacına hizmet etmeyeceği şeklindeki yorumunun katı algılanmasının yanlış olacağı görülmektedir.

SONUÇ

Çağdaş insan hakları doktrini, koruma yelpazesini, özgürlüğü kısıtlanmış durumda bulunan mahkûmlara daha etkin koruma sağlar şekilde genişletmiştir. Bu anlayışın gelişmesinde mahkûmları salt olarak hukuka aykırı davranışlarının bedelini ödeyen bireyler olarak gören eğilimlerin terk edilip, topluma yeniden kazandırılmaları amaçlanan bireyler olarak algılayan yeni anlayışların kabul görmeye başlamasının büyük bir etkisi vardır. Hiç şüphesiz mahkûmların sosyal hayata sağlıklı bireyler olarak kazandırılabilmeleri için kısıtlanmış şartlar altında da olsa mahrem bir alana sahip olmaları gerekmekte-

[76] Mcfeely ve diğerleri/Birleşik Krallık, Baş. No. 8317/78, 15.05.1980

dir. Mahkûmlara böylesi bir dokunulamaz alanın sağlanması, kendi benliklerini gerçekleştirebilmeleri ve aile bağlarını sürdürebilmeleri açısından motive edici bir unsur olarak etkin bir rehabilitasyon sürecinin gerçekleşmesine hizmet edecektir.

Bu doğrultuda mahkûmun ailesiyle ilişkilisini sürdürebilmesi için gerekli şartların sağlanıp güvence altına alınması, AİHS kapsamında mahkûmlara tanınması gereken özel hayat alanının vazgeçilmez unsurlarından biridir. Bu kapsamda hiçbir surette genel ziyaretçi yasağı konulamayacağını belirten Mahkeme, mahkûmun aile yaşamına müdahalenin sınırlarının çok da geniş yorumlanamayacağı kanaatindedir. Gerçekten de aileyle görüşmenin sınırlandırılmasının sadece mahkûm açısından değil, aynı zamanda ailesi açısından da bir mahrumiyeti beraberinde getirdiği ortadadır. Bu nedenle aile hayatına yönelik gerçekleştirilen kısıtlamaların etki alanının oldukça geniş olacağı gözden kaçırılmamalı ve mahkûmun ailesiyle olan ilişkisini hedef alan müdahalelerin kapsamı dar tutulmalıdır.

Mahkûmların sosyal hayattan kopuk yaşamamaları için gerekli imkânlardan biri de haberleşme yoluyla dış dünya ile bağlantı kurmaktır. AİHM, cezaevinden gerçekleştirilen haberleşmeye yönelik her türlü müdahaleyi haberleşme hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Bu alanda verilen ihlal kararlarında en sık rastlanan durum yasal mevzuatın yeterince açık olmamasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, mahkûmun avukatıyla, idari makamlarla ve yargısal organlarla yaptığı yazışmalara özel bir önem atfetmiş ve bu kapsamda yapılan denetimin sınırlarını oldukça dar yorumlamıştır.

AİHS kapsamında mahkûmların içsel dünyasının gereklerinin dışa vurumunu ifade eden ibadet hakkı da koruma altına alınmıştır. Cezaevi düzenini bozmadığı ve güvenlik açısından sakınca doğurmadığı sürece mahkûmların ibadet özgürlüğüne müdahale edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Mahkûmların özel hayatına getirilen sınırlamaların özünde işlenen suçun karşılığı olarak cezalandırma amacı ile kişinin sağlıklı bir birey olarak tekrar topluma kazandırılması amacı arasında adil bir denge oluşturma çabası yatmaktadır. Suçun mağdurunun tatmini ve kamunun yararı düşünüldüğünde mahkûmun sivil hayatta sahip olduğu haklara cezaevi koşullarında da sahip olması şüphesiz beklenemeyecektir. Ancak, bir insanın suç işledi diye cezaevinde kaldığı

müddetçe zor şartlar altında ve hiçbir mahremiyete sahip olmadan yaşamasını kabul etmek de günümüz insan hakları değerleriyle bağdaşır nitelikte değildir. Bu nedenle mahkûmların özel yaşamlarına sınırlama getirilmesi kabul edilmekle birlikte bu sınırlamanın sınırını tayin etme noktasında özel hayatın gizliliğinin korunması ve dokunulamaz bir mahrem alanın sağlanması mahkûmların yeniden sosyalleştirilmesi anlamında büyük bir öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

Akyürek Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011

Arıcan Mehmet, 4. Yargı Paketi: Mahrem Eş Ziyareti, (http://www.ankarastrateji.org)

Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005

Demir Hande Seher, Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008

Doğru Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Legal Yayıncık, İstanbul, 2004

Dönmezer Sulhi, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.1, Beta Yayınları, İstanbul, 1994

Eren Abdurrahman, "Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların 'Eş Ziyareti' Hakkı", Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Yetkin Basımevi, Ankara, 2009, s. 285-303

Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitapevi, Ankara 2011

Hafızoğulları Zeki, Ceza Hukuku; Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996

Harrıs D.J., O'Boyle M., Bates E.P., Buckley C.M, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Oxford University Press, 2009

Herzog-Evans Martine, L'intimite du detanu et de ses proches en droit compare, Paris, 2000 (Akt. Akyürek Güçlü, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011)

Kaya Abdülkadir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi ve Teknik İzleme", Yargı Dünyası, Sayı. 129, s. 13-19

Kent Normal Eliot, "The Legal and Sociological Dimentions of Conjugal Visitation in Prison", New England Journal on Prison Law, Vol. 2, Issue. 1, 1975, s.47-66

Maccoveı Monica, İfade Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitapları, No.2

Mudock Jim, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, İnsan Hakları El Kitabı, Sayı 9

Öncü Gülay Aslan, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (Editör; Sibel İnceoğlu), Şen Matbaa, Ankara, 2013

Özbek Veli Özer, İnfaz Hukuku, Orion Yayınları, Ankara, 2007

Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Özbek Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001

Reynaud Alain, Hapishanelerde İnsan Hakları, çev. İhsan Kuntbay, TODAİE Yayınları, Ankara, 1992

Sevük Handan Yokuş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", *AÜEHF*,, C. VII, S.3-4 (aralık 2003), s.335-384

Soyaslan Doğan, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfaz Rejimleri", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Ankara, 2000, s.162-191

Suçluların Cezaevinde İyileştirilmesinde Yeni Yöntemler; Ceza ve İnfaz Milletlerarası Tesisi (Çev. Tosun Öztekin), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1967

Taşkın Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

Ursula Kilkelly, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No.1

Üzeltürk Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004

Yardımcı Mehmet Murat, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları ve Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009

Zwaak Leo, Karagöz Kasım, Şahin Kemal, Tümay Murat, Matra; Yargıda İfade Özgürlüğüne Yönelik Farkındalığın Arttırılması Projesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2013

İnternet Siteleri

http://aihm.anadolu.edu.tr

http://heinonline.org

http://hudoc.echr.coe.int

http://hurarsiv.hurriyet.com.tr

http://www.ankarastrateji.org

http://www.cpt.coe.int

http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi

http://www.inhak.adalet.gov.tr

http://www.turkhukuksitesi.com

CEZA MUHAKEMESİNDE ŞÜPHELİ VE SANIĞIN FİZİK KİMLİK TESPİTİ

DETERMINING OF PHYSICAL IDENTITIY OF SUSPECT AND ACCUSED IN CRIMINAL PROCUDURE LAW

Ömer ÖMEROĞLU*

Özet: Ceza muhakemesi durağan değil, gelişen bir süreçtir. Bu süreçte gerçeğin kendisi aranmaktadır. Suçlar toplumsal yapıların ayrılmaz parçasıdır, bu nedenle tarih boyunca suç işlenmeyen bir toplum var olmamıştır. Suçluları bulmak önemlidir. Kimi zaman şüpheli veya sanık kimliğini bildirmeyebilir. Bu halde, kimliğin tespiti gerekecektir. Ceza muhakemesi şüpheli veya sanığın fiziki özelliklerini tespit ederek kimliği belirleyecek yöntemler geliştirmiştir. Parmak izi alımı, fotoğraf çekimi vs. bu gibi yöntemlerdir. Bu çalışmada ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığın kimlik tespitinin nasıl yapılacağı ve bunun hukuksal boyutları incelenmektedir.

Anahtar Sözcükler: Şüpheli, sanık, kimlik, fiziksel özellikler, fizik kimliğin tespiti

Abstract: Criminal procedure is not a stabile but a dynamic process. In this process what is sought is the reality itself. Throughout the history, crimes are indispensible part of society since, there has not been a society in which the people in that society did not experience any kinds of crimes. It is important to find out the criminals. Sometimes, the suspect or the accused may not be to identify his or her identity. In this case, it is crucial to identify his or her identity. Criminal procedure has developed some ways to determine the identity of suspect or accused by finding out the physical appearance. These techniques include finger printing, photography, and so on. In this study, how the identity of the suspect and the accused is going to be determined interms of criminal procedure and legal aspects of it has been examined.

Keywords: Suspect, accused, identitiy, physical appearance, determining of physical identitiy

* Kayseri Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ

Kolluk birimlerinin olağan devriye faaliyetini yürütürken yeni işlenmiş bir cinayetle karşılaşıp, şüpheliyi suç aletiyle birlikte yakaladıklarını varsayalım. Konunun savcıya bildirilerek adli soruşturmaya başlanmasıyla birlikte, şüphelinin kimliğini bildirmediğini ve kim olduğunu sakladığını kabul edelim. Şüpheli kimliğini bildirmemenin yaptırımını göze almış olabilir, hatta kimliğini yanlış bildirmek yoluna gidebilir. Özellikle örgütlü suçlarda, örgüt üyelerinin kod adlarını kullandıkları ve soruşturma mercilerine gerçek isimlerini bildirmedikleri görülebilmektedir. Şüpheli kendisini korumak amacıyla ya da başka sebeplerle kimliğini saklayabilir. Bir ucu aydınlığa açılsa da, diğer bir yönüyle karanlığı temsil eden Orta Çağda, insanlara şifa sunmak için bitkisel ilaçlar yapan kadınlar, mahkemelerce, cadı ilan edilip yakılarak cezalandırılırken(!), acı çekmeden ölmelerini sağlamak için üzerlerine bir kese barut atmak, merhamet göstergesi sayılmıştır. Bu tür uygulamalara tepki olarak gelişen ceza muhakemesi, kimi ülkelerin pratiğinde böyle olmasa da, genelde özgürlükçü bir devinim göstermektedir. Yaşayan bir bünye ve devamlı surette işleyen bir akış olarak ceza muhakemesi, masum insanların cezalandırılmasını engellemek amacıyla, şüphelinin kimliği belli olmadan hakkında dava açılmasına izin vermemekte, sistemimiz dahil bazı sistemler şüphelinin kimliğinin belli olmamasını iddianamenin iadesi nedeni sayabilmektedir. Amacı maddi gerçeği bulmak olan ceza muhakemesi özgürlükçü karakterini bozmadan, karşılaştığı sorunlara çare bulmak zorundadır. Selin taşkınlığını değil, suyun keyifli akışını temsil eden ceza muhakemesinin devinimi, özgürlüklerden ve haklardan ödün vermeden şüphelinin kimliğini doğru biçimde tespit etmek, özgürlük ve güvenlik dengesinde doğru çözüm üretmek gerektiğinin farkındalığındadır. Bu amaçla ceza muhakemesi örneğin, kimliğini saklayan şüphelinin bir yandan haklarını korurken, diğer yandan fiziki kimliğini tespite yönelik sınırlandırmalara da gidebilmektedir. Bu çalışmada şüpheli ve sanığın fiziki kimliğinin tespiti konusu incelenecektir.

I) TANIM:

Fiziki kimliğin tespiti kavramının doğru biçimde tanımlanabilmesi için, öncelikle kimlik tabiriyle neyin ifade edildiğinin belirlenmesi gereklidir. Sözlükte kimlik; kişinin kim olduğunu tanıtan belge,

toplumsal bir varlık olarak insana özgü olan belirti, nitelik ve özelliklerle, birinin belirli bir kimse olmasını sağlayan şartların bütünü biçiminde açıklanmaktadır[1]. Düşüncemizce kimlik, bireyi kendisi yapan ve başka bireylerden ayrılmasını sağlayan koşulların bütünü olarak tanımlanabilir. Çoğu zaman ceplerimizde taşıdığımız ve kimlik olarak adlandırdığımız belgeler, kimliğin kendisi olmayıp, onu tespite yarayan varakalardır. Kimlik, bireyin kendiliğini ifade eden bir kavramdır. Kendilik ise kişinin öz varlığını ifade etmektedir[2]. Bedeni açıdan kendi gibi olma kavramının bireyin doğuştan sahip olduğu farklı genlerle, yaşayarak edinip geliştirdiği deneyim, tutum ve duygularına bağlı olarak, dış görünümünü belirlediği bedeniyle yaşamını sürdürmesi olarak tanımlayabiliriz[3]. Bireyin bedeni olarak kendisi olmasını; gen yapısı, yüz şekli, iris görüntüsü, parmak izi gibi ayırt edici özellikleri sağlamaktadır. Öyleyse fiziki kimlik, bireyi başkasından ayıran bedensel görünüş ve farklılığını oluşturan beden ölçüleri, parmak izi, avuç izi, ayak izi, yüz şekli gibi fiziksel özellikler bütünüdür. Bu özelliklerin belirlenmesi ve kayda alınmasına fizik kimliğin tespiti adı verilmektedir[4].

II) AMAÇ:

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeği bulmak olduğu kabul edilir. Bu kabulün doğru olduğu kuşkudan uzaktır. Ceza muhakemesini, diğer hukuk muhakemelerinden ayıran şey, bu amaçtır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ceza muhakemesinin amacını vurgulayan *"…Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere ceza yargılamasının amacı somut gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde saptanmasıdır…"* biçimindeki gerekçesinin haklılığı açıktır[5]. Ancak, ceza muhakemesinin tek amacının gerçeği bulmak olduğu söylenemez. Ceza muhakemesinin masumu korumak, ceza yaptırımının realize olmasını sağlayarak toplumu korumak, adaletin sağlanmasına katkıda bulunmak, hukuk-

1 Türkçe Sözlük, Ankara 2005, Türk Dil Kurumu Yayını, s.366.
2 Ömer Ömeroğlu, "Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2008, C.10, Sa.2, s.101.
3 Ömeroğlu, s.101.
4 Bkz. Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Adalet Yayını. s.302.
5 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.05.2005 tarihli 2005/5-35 Esas ve 2005/51 Karar sayılı kararı, (http://www.kararara.com. Erişim Tarihi 03.11.2013).

sal barışı sağlamak gibi birçok amacı bulunmaktadır[6]. Ceza muhakemesinde fiziki kimlik tespitinin de birden fazla amacı bulunmaktadır.

Fiziki kimlik tespitinin ilk amacı maddi gerçeğin bulunmasını sağlamaktır. Şüpheli ve sanığın doğru biçimde tespit edilmemesi halinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün değildir. Ceza muhakemesi bir diyalektiğin adıdır. Diyalektik süreç tez, antitez ve sentez adı verilen üç boyutu içerir[7]. Şüphelinin hatalı tespiti, yanlış kişi hakkında dava açılmasına, sanığın doğru tespit edilememesi, suç işlemeyen kişinin mahkum olmasına neden olacaktır. Bu halde diyalektik süreç bozulacak ve anlamını yitirecektir. Böylelikle ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulmasının zorlaşacağı, hatta kimi zaman olanaksızlaşacağı hususları izahtan varestedir. Öyle ise, fizik kimliğin tespiti ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulması amacına gözle görünür biçimde hizmet etmektedir.

Fiziki kimliğin tespitinin bir amacı da, masumun korunması ilkesini hayata geçirmektir. Garçon, "*ben bir suçsuzu cezaevinde görmektense, on suçluyu dışarıda görmeyi tercih ederim*" derken, bir anlamda masumun korunması ilkesine dikkat çekmektedir[8]. Bir toplumda masumlar suçlulardan daha fazla korku duyuyorsa o toplumda ceza adaletinden bahsetmek mümkün değildir. Masumların cezalandırılması halinde gerçek suçlular dışarıda kalarak yeni suçlar işlemeye devam ederken, insanların zihninde oluşacak adli hataya kurban gitme ihtimali adalet ve toplumsal barışı zedeleyecektir[9]. Suçsuzların cezalandırıldığı bir toplumda, hukuksal güven ve sosyal huzurdan söz edilemeyecektir[10]. Masumların korunması ancak, şüpheli ve sanığın kim olduğunun belirlenebilmesiyle mümkün olabilecektir. Bu nedenle fizik kimliğin tespiti, masumun korunması amacını içermektedir.

---

6 Bkz. Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, Yetkin Yayını, s.47 vd, Öztürk, Bahri/ Mustafa Erdem Ruhan/ Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/ Esra Alan, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Seçkin Yayını, s.22, İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S: 58. s.41.

7 Faruk Erem, "Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması", (http://dergiler.ankara.edu.tr. Erişim Tarihi 03.11.2013).

8 Soyaslan, s.48.

9 Ali Koyuncu, "Ceza Adaleti Usul Hukuk İlişkisi ve Vicdani Kanaat", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2011, Sa.4. s.356.

10 Toroslu, Nevzat/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, Savaş Yayınevi. s.7.

Fiziki kimliğin tespiti, cezalandırma hak ve yetkisinin kullanılmasını sağlamaktadır. Cezalandırma hak ve yetkisi temelinde ister bireye, ister topluma ait olsun, bu yetkinin devlet tarafından kullanılacağından kuşku yoktur. Suç işleyenin, işlediği suçun cezasına katlanması gerekir. Doğal olarak bu, bir muhakeme süreciyle gerçekleşecektir. Suç işleyenin doğru biçimde tespit edilememesi halinde cezalandırma hak ve yetkisinin gerçek anlamda kullanıldığı söylenemeyecektir. Suç işlemeyenin cezalandırılması halinde cezalandırma yetkisinin kullanımı görüntüde kalacaktır. Kuşkusuzdur ki, bireyler ve toplum gerçek suçlunun cezalandırılması isteyecektir. Haklılığı kamu hukuku genel teorisinde ayrıca tartışılan birey ve toplumun cezalandırma hakkını devlete devrettikleri yolundaki teori doğru kabul edilse bile, bu yetki devrinin hak etmeyeni cezalandırmayı içermediği tartışmadan uzaktır. Bu durumda fizik kimliğin tespiti, gerçek suç işleyenin cezalandırılmasını sağlayarak, cezalandırma yetkisini doğru biçimde hayata geçirmek amacını da taşımaktadır.

Günümüzde cezanın infazı süreci infaz hukukunu ilgilendirmekte ve infaz hukuku adeta ayrı bir hukuk dalı oluşturmaya aday hale gelmektedir. İnfaz hukukunun ayrı bir dal olarak düzenlenmesi ve genel teorisinin oluşturulması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu düşünce infaz sürecinin ceza muhakemesinden faydalanmayacağı anlamına gelmeyecektir. Günümüzde azınlıkta kalsa da, ceza muhakemesinin cezanın infazını sağlamak amacı taşıdığı savunulmaktadır[11]. Ceza muhakemesinin böyle bir amacının varlığı kabul edilsin veya edilmesin, infaza ilişkin birçok sorun ceza muhakemesi yoluyla çözülmektedir. Şüpheli ve sanığın doğru tespiti, gerçek suçlunun hüküm almasını sağlayacağından, fizik kimliğin tespiti infazın doğru şekilde yapılabilmesi amacını da bünyesinde barındırmaktadır.

Yalnızca ceza muhakemesinin değil, muhakeme hukukunun kendisinin büyük ustası Nurullah Kunter'in de belirttiği üzere; şüphe en az iki taraflı, gerçeklik ise tektir[12]. Fizik kimliğin tespiti, kuşkuyu yenerek tek olan gerçeği ortaya çıkartmak, suçlunun cezalandırılmasını sağlamak ve masumu korumak gibi farklı birçok amacı taşımaktadır.

---

11 Ünver/Hakeri, s.12.

12 Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, Kazancı Yayını. s.33.

III) ÖNEMİ:

Fizik kimliğin en önemli özelliği, ana temellerinin zaman ve mekanın değiştirici ve korozyonik etkilerinden korunabilmesidir. Bireyin kilosu zamanla değişebilmekte, yer çekimi cildini ve kaslarını sarkıtabilmekte, saçlar dökülebilmekte, beyazlaşmakta, hatta bireyin elinden çıkan imza ve yazı bile karakter değiştirebilmektedir. Ancak, kişinin sesi, yürüyüşü, retina ve iris görüntüleri, el izi, parmak izi, üç boyutlu yüz verisi zamana ve mekana meydan okurcasına yaşadığı sürece kendiliğini korumakta ve tespite olanak vermektedir[13]. Southampton Üniversitesi'nce yapılan bir araştırma, kulağın yapısının doğumdan yaşlılığa kadar korunduğunu, ilerleyen zamanda yaşlanmayıp, sadece büyüdüğünü belirlemiştir[14]. Fizik kimliğin tespitinin diğer önemli bir özelliği kesine yakın doğrulukta veriler sunmasıdır. Hırsızlık mahallinde parmak izi bulunan şahıs, aksini savunsa da, bu izin varlığı, o şahsın olay yerinde bir vesile ile bulunduğunu kesine yakın biçimde gösterecektir. Bu özellikleri fizik kimlik tespitinin önemini de ortaya koymaktadır. Fiziki kimlik tespitinin önemi kolaylıkla değişmeyen, zamana yenilmeyen ve kesine yakın doğru veriler sunmakta oluşudur.

Kesine yakın bu verilerin delil olarak değerlendirilmesi ayrı bir konudur. Elbette ki, olay yerinde parmak izi bulunan kişinin olaya konu suçu işleyip işlemediğinin muhakeme süreciyle belirlenmesi ve bu izin delil oluşturup oluşturmadığının bu süreçte takdir edilmesi gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, "*…Görgü tanığı bulunmayan olayda, sanık aleyhine değerlendirilebilecek tek delil, katılanın aracının sağ kapı camında bulunan ve sanığa ait olduğu ekspertiz raporu ile tespit edilen sağ el orta parmak izidir. Ancak aracın diğer kısımlarında, özellikle de zarar verilen bölümlerinde sanığa ait parmak izi bulunamamıştır. Olay gecesi katılanın aracını bıraktığı kapalı otoparkın dolu olduğu ve katılanın da aracını diğer araçların çıkışını engelleyecek şekilde park ettiği dosya kapsamından anlaşılmakta olup, sanığın katılanın aracının yanından geçerken elinin cama değmiş olabileceğinin mümkün olması ve sanığın aksi ispatlanamayan bu yöndeki savunmasının hayatın olağan akışına da uygun bulunması karşısında, somut başka*

---

13 Albert Ali Salah / Berk Gökberk / Lale Akarun, "Üç Boyutlu Yüz Tanıma", GAP V. Mühendislik Kongresi Bildiriler Kitabı, 26-28 Nisan 2006, Şanlıurfa 2006. s.1.

14 (https://groups.google.com. Erişim Tarihi 05.11.2013).

bir delille desteklenmeyen ve aracın zarar gören bölümlerinde değil de, başka bir yerinde tespit edilen tek bir parmak izine dayanılarak sanığın atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesine imkan bulunmamaktadır…" yolundaki gerekçeyle, doğruluğu kesine yakın kabul edilen verilerin delil olarak değerlendirilmesinin ayrı bir konu olduğunu vurgulamaktadır[15].

IV) HUKUKSAL NİTELİĞİ:

Şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin bir koruma tedbiri niteliği taşıdığı belirtilmektedir[16]. Doktrinde koruma tedbirleri ceza muhakemesi sürecinin yürümesini sağlamaya, sonuçta uyuşmazlık konusu olaya uygun bir karar vermeye ve bu kararın infazını gerçekleştirmeye yönelik tedbirler olarak tanımlanmaktadır[17]. Şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin amacı başlığı altında anlattığımız üzere, bu kurum muhakeme sürecini sürdürmeye, uyuşmazlık konusunda doğru karar vermeye ve cezanın infazını sağlamaya yönelik bir tedbir mahiyeti taşıdığından, hukuksal niteliği açısından koruma tedbiri olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti yoluyla, gerçek şüpheli ve sanık belirlenebilmekte, böylelikle maddi gerçeğin ortaya çıkabilmesini sağlayan yol açılmakta, uyuşmazlık muhakeme sürecine taşınabilmekte ve bu suretle asıl uyuşmazlık konusunda karar verme olanağı doğmakta ve eğer var ise gerçek suçlu bulunarak, muhakeme sürecinde verilen kararın uygulamaya konulabilmesi mümkün olmaktadır. Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulması gereken tedbirler olarak tanımlandığına göre[18], bu tanıma birebir uyan şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespitinin bir koruma tedbiri sayılması gerektiği düşüncesindeyiz.

---

15 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.06.2013 tarih ve 2013/9-241 Esas ile 2013/293 Karar sayılı kararının tamamı için bkz. (http://www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi 09.11.2013).

16 Özbek, Veli Özer, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kısa Bir değerlendirmesi", (http://kisi.deu.edu.tr. Erişim Tarihi 09.11.2013).

17 Nur Centel, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 1994, C: 8, S: 1-3, s.70 vd, Aksoy İpekçioğlu, Pervin "Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İzmir 2007, C.9, Özel Sayı. s.1215.

18 Ünver/Hakeri, s.311.

V) ŞÜPHELİ VE SANIĞIN FİZİK KİMLİK TESPİTİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLER:

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Fizik Kimliğin Tespiti" başlıklı 81. maddesi şu düzenlemeleri içermektedir:

Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.

01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik de, şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin belirlenmesiyle ilgili düzenlemeler getirmiştir. 15. maddedeki bu düzenlemeler şu şekildedir:

Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle, fotoğrafı, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkal bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri, fizik kimliğin tespitinde kullanılan diğer teknik yöntemler ile kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

Fizik kimliğin tespitinde, öncelikli olarak elin iç yüzeyindeki derinin özel kıvrımlı şekilleri olan parmak ve avuç içi izleri, fotoğrafı ve eşkal bilgileri kullanılır. Bu işlemler olay yeri inceleme ve kimlik tespit konusunda özel eğitim almış uzman kolluk mensubu tarafından yapılır.

Fizik kimliğin tespiti açısından, kişinin ağzındaki dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınması diş tabibi tarafından yapılır.

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında da hakim veya mahkeme kararıyla fizik kimliğinin tespitine ilişkin işlemler yaptırılabilir.

PVSK'nun 5. maddesi: Polis; a) Gönüllü, b) Her çeşit silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunan, c) Başta polis olmak üzere, genel veya özel kolluk görevlisi ya da özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilen, ç) Türk vatandaşlığına başvuruda bulunan, d) Sığınma talebinde bulunan veya gerekli görülmesi halinde, ülkeye giriş yapan sair yabancı, e) Gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır. Birinci fıkraya göre alınan parmak izi, ait olduğu kişinin kimlik bilgileri ile birlikte, ne zaman ve kim tarafından alındığı belirtilmek suretiyle, bu amaca özgü sisteme kaydedilerek saklanır. Ancak, parmak izinin hangi sebeple alındığı sisteme kaydedilmez. Olay yerinden elde edilen ve kime ait olduğu henüz tespit edilemeyen parmak izleri, kime ait olduğu tespit edilinceye kadar, ilgili soruşturma dosya numarası ile birlikte sisteme kaydedilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 81 inci maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 21 inci maddesi hükümlerine göre alınan parmak izleri de bu sisteme kaydedilir. (a) bendi hariç birinci fıkra ile dördüncü fıkra kapsamına giren kişilerin ayrıca fotoğrafları alınarak, ikinci fıkrada belirlenen esaslara uygun olarak parmak izi ile birlikte sisteme kaydedilir Bu sistemde yer alan bilgiler, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hakim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilir. Kolluk birimleri, kimlik tespiti yapmak ya da olay yerinden alınan parmak izini karşılaştırmak amacıyla doğrudan bu sistemle bağlantı kurabilir.

Sistemde kayıtlı bilgilerin hangi kamu görevlisi tarafından ve ne amaçla kullanıldığının denetlenebilmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurulur. Sistemde yer alan kayıtlar gizlidir; altıncı ve yedinci fıkralarda belirlenen amaçlar dışında kullanılamaz. Sisteme kayıtlı olan parmak izi ve fotoğraflar, kişinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl geçtikten sonra sistemden silinir. Parmak izi ile fotoğrafların sistemde kaydedilmesi ve saklanması ile bu kayıtlardan yararlanmaya ilişkin diğer esas ve usûller, İçişleri Bakanlığı tarafından Adalet Bakanlığının görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir, hükmünü taşımaktadır.

Ceza muhakemesi sistemimiz açısından şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti bu düzenlemeler esas alınarak yapılacaktır.

VI) ŞÜPHELİ VE SANIĞIN FİZİK KİMLİK TESPİTİNİN KOŞULLARI:

1)Şüpheli ya da Sanığın Varlığı:

Ceza muhakemesi bir kişinin suç teşkil eden bir hareketi yapıp yapmadığı konusundaki basit başlangıç şüphesi ile başlar[19]. Şüpheli suç işlediğinden kuşku duyulan kişiyi ifade eder. Şüpheli sıfatı almak için olağan ve sıradan bir kuşku yeterliyken, sanıklık sıfatı için kuşkunun yoğunlaşması ve somutlaşması gerekir. 2005 yılında kabul edilen yeni CMK düzenlemesinden sonra sistemimiz açısından sanıklık sıfatı iddianamenin kabulü ile başlamaktadır. Şüpheli veya sanığın fiziki kimliğinin tespit edilebilmesi için, suç işlediğinden şüphelenilen ya da hakkında düzenlenen iddianamenin kabul edilmiş bulunduğu birisinin varlığı gerekmektedir.

2)Şüpheli veya Sanığın Fert Olarak Belli Olması:

Belli olmak meçhul olmamak anlamına gelmektedir. Meçhul olmak fert olarak bilinememek anlamını taşımaktadır[20]. Kimlik kişiler için "kim" sorusuna karşılık gelirken, fert olarak bilinme "hangisi" sorusuyla karşılanır. Bu anlamda ferden belli olmak ile kimliğin tespiti aynı şeyler değildir[21]. Onlarca, yüzlerce kişi arasından şu diye işaretlenebilen, ayrılabilen kişi, fert olarak belirlenmiş demektir. Yurtcan, bir futbol maçında hakemin kararından hoşnutsuz olan ve ona şişe atarak yaralanmasına neden olan kişinin sarı kazaklı, beyaz başlıklı

---

19 Üzülmez, s.47.

20 Kunter, s.409-410, Tosun, Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C:2, İstanbul 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.31.

21 Demirbaş'ın, CMK'nun 170. maddesinde düzenlenen iddianamede bulunması gerekli şüphelinin kimliği teriminin şüphelinin kimliği veya fert olarak bilinmesi biçiminde değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ayrıca değerlendirilebilir olmakla birlikte, başlı başına ferden bilinmek ile kimlik olarak bilinmek kavramlarının farkını göstermeye yeterli olduğu görüşündeyiz. Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2005, Y: 3, S: 32, s.2883.

biçiminde tespit edilmiş olmasını ferden belirleme saymaktadır[22]. Düşüncemizce de, kalabalık arasında varlığının diğer kişilerden ayırmaya yeterli bulgular elde edilen kişi, ferden belli olmuş sayılmalıdır. Bu kişiye suç isnadı yapılabilir[23]. Ancak ferden belirleme yetmez, ferden belirli olan kişinin kimliğinin de tespit edilmesi gerekir. Ferden belli olma, kimlik belirlemenin ilk aşamasıdır. Ferden belli olan şahsın kimliğinin belirlenmesine geçilecektir.

Kimlik konusunda birçok farklı tanım biçimi bulunmaktadır. Hukuksal ve adli açıdan bakıldığında kimlik; kişinin adı, soyadı, anne ve baba adı, doğum yeri ve tarihi ile nüfusa kayıtlı olduğu yeri gösteren bilgi kümesini ifade etmektedir[24]. PVSK'nun 4. maddesi gereği kolluk birimleri, genel kolluk görevinin ifası anlamında kimlik sorabilirler. Kimlik sorulan kişi, geçerli bir kimlik belgesi göstermek ya da kimliğini doğru biçimde açıklamak zorundadır. Kimlik belgesi taşımamak suç değildir, ancak kimliğini bildirmemek fiili kabahat sayılmış ve Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesinde yaptırıma bağlanmıştır[25]. Hukuk düzenince yaptırıma bağlanmış bir fiil hukuka uygun sayılamaz. Öyle ise, kimlik bildirmeme hukuka uygun bir eylem tarzı değildir. Düşüncemizce çok haklı bir mazerete dayalı olmadıkça kimlik bildirmeme, etik de sayılamaz. Kimliğini bildirmeyen kişinin niyeti toplumsal davranış normları tarafından sorgulanacak ve kınanacaktır. Şüphelinin ve sanığın kimliği hakkında beyanda bulunması ve bu beyanın doğru olması kendisine yüklenilmiş bir ödevdir[26]. Buna rağmen kişi kimliğini bildirmeyebilir. Doktrinde kimliğe ilişkin bilgilerin verilmesinin gerçekte esasa ilişkin açıklama yapmak veya kendini suçlamak anlamına geldiği olaylarda kimlik bildirme zorunluluğuna

22 Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, Alfa Yayını. s.137.
23 Kunter, s.410.
24 Ziyaettin Kaygusuz, "Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti", *Polis Bilimleri Dergisi,* Ankara 2008, C:10, S:1,s.86.
25 Daha geniş açıklama için bkz. Erdağ, Ali İhsan,Kolluğun Durdurma ve Kimlik Sorma Yetkisi (PVSK madde 4/A), *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 2010, Y:68, S:4, s.46.
26 Nurullah Kunter /Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", İstanbul 2008, Beta Yayını, s.500 vd, Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 2011, S:1, s.49.

istisna getirilmesi gerektiği savunulmaktadır[27]. Düşüncemizce de, bu görüş haklıdır. Anayasamızın 38. maddesi "…hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz…" hükmünü içermektedir. Fizik kimliğin tespitine ilişkin bilgi ve belgeler aynı zamanda bir kanıtlama aracı da sayıldığına göre[28], şüpheli ve/veya sanık kendisini suçlamak sonucunu doğuran kimlik belirleme sorusuna cevap vermek zorunda bırakılmamalıdır. Bu gerekçeyle veya başka nedenle kimlik bildirilmediğinde fizik kimliğin tespiti gerekebilecektir. Fizik kimliğin tespiti için ferden belirlilik zorunludur. Ferden belli olmayan kişinin fiziki özelliklerine ulaşılamayacağı ve bu konuda değerlendirmeye yapılamayacağı tartışmasız olduğuna göre, ferden belli olmak, fiziki kimliğin tespitinin ayrılmaz koşulunu oluşturmaktadır.

3)Kimliğin Belli Olmaması veya Kimlik Konusunda Tereddüde Düşülmesi:

Fizik kimliğin tespiti için şüpheli ya da sanığın kimliğinin bilinmemesi veya bu konuda tereddüde düşülmüş olması gereklidir. Fizik kimliğin tespiti beden muayenesindeki gibi olmasa da, beden kavramıyla ilintilidir. Bireyin parmak izinin, yüz şeklinin belirlenmesi ve kayda alınması küçümsenecek hadiseler değildir. AİHM 04.12.2008 tarihli S. ve Marper/İngiltere kararında bireylerin parmak izleri, hücre örnekleri ve gen yapıları açısından benzersiz olduklarını ve bireylerin benzersiz kişisel bilgilerinin alınmasının ve saklanmasının önemsiz sayılamayacağını belirtmiştir[29]. Bireyin parmak izinin alınması veya bedenindeki bir lekenin tespiti dışarıdan çok önemli görünmese de, iç dünyasını yaralayabilir. Gereklilik ve ölçülülük ilkelerinin fizik kimliğin tespiti açısından da değer taşıdığı ve geçerli olduğu açıktır. Konuyu düzenleyen CMK'nun 81. maddesi fizik kimlik tespitinin *"kimliğin teşhisi için gerekli olması halinde"* yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. İlk olarak 2001 yılı tasarısının 83. maddesinde yer alan şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin belirlenmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesinde *"Fizik kimliğin saptanması esasta soruşturma evresinde yapılması gereken alı-*

---

27 Demirbaş, s.2873, Kocaoğlu, s.48.

28 Bkz. Doğru, Osman "Sanık Öğüten Çarklar": İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, İstanbul 2012, Tesev Yayını,s.62, dpn.17.

29 Kararın tamamı için bkz. (http://www.inhak.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

şılagelmiş bir kolluk işlemidir ve şüpheliler ile sanıkların soruşturma ve kovuşturma makamlarınca tanınmasını amaçlamaktadır..." ibaresi yer almıştır[30]. Tasarı değiştirilerek 2004 yılı tasarısının 81 maddesine dönüştürülmüş ve bugünkü haliyle kanunlaşmışsa da, 2001 yılı tasarısının gerekçesindeki mantığın korunmuş olduğu söylenebilir. Fizik kimliğinin tespiti, özetinde, şüpheli ve sanığın doğru biçimde tanınmasını sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle doğru tanıma ve tanımlama konusunda gereklilik olmadıkça fizik kimliğin tespiti yoluna gidilememelidir[31]. Fransa ceza muhakemesi sisteminde, başka yöntem kalmaması ve kimlik tespitinde tek araç olması halinde fiziki kimliğin tespiti yoluna gidilebilmektedir[32]. İleride kullanmak üzere, ihtiyaten, fizik kimlik tespiti yapmaya olanak yoktur, böyle bir uygulama yapılması hukuka aykırılık oluşturur[33]. Gereklilik koşuluna aykırı biçimde fizik kimlik tespiti yapılmış ve bu tespitler mahkemece delil olarak kullanılmış ise, bu deliller hukuka aykırı sayılacaktır[34]. Düşüncemizce, gereklilik bulunması ilk olarak şüphelinin kimliğinin başka türlü belirlenememesi anlamına gelmektedir. Şüphelinin gerçek kimliğini saklaması ve kimliğine ulaşılması konusunda yardımcı olmaması gereklilik oluşturabilecektir[35]. Şüphelinin kimliğinin teşhis yoluyla veya bir tanığın beyanıyla belirlenebildiği durumlarda fizik kimliğinin tespiti konusunda gereklilik şartının oluşmayacağı görüşündeyiz. Teşhis, sözlük olarak, kim ve ne olduğunu anlama, tanıma, seçme, hukuki bir kavram olarak ise, şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya ta-

30 (http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

31 Aynı yönde Feridun Yenisey, "Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti", (http://www.caginpolisi.com.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

32 Ergin Ergül, "Kolluğun Kimlik Sorma Yetkisi ve Uygulaması", Gümrük Dünyası Dergisi, S:53, (http://www.gumrukkontrolor.org.tr. Erişim Tarihi 19.11.2013).

33 Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, Asil Yayını, s.303 vd, Ünver/Hakeri, s.296. Alman hukukunda önleyici tedbir olarak ileride ileride işlenen suçların aydınlatılmasında kullanılmak üzere fizik kimlik tespitine başvurulabilmekte ve bu konuda yasal düzenleme bulunmaktadır. Bkz. Turhan,s.304, dpn 591. Ayrıca bkz. Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, İstanbul 2009, Beta yayını, s.131 vd.

34 Soyaslan, s.258.

35 "...19.12.2005 tarihinde bir alışveriş merkezinde hırsızlık yaptığından bahisle yakalanan şüphelinin gerçek kimliğini saklayıp 1992 doğumlu D. olarak kendisini tanıttığı ve 20.12.2005 günü Üsküdar C. Başsavcılığına sevk edildiği; gerekli işlemlerin yapıldığı, bilahare fizik kimlik tespiti için karakola gönderildiğinde alınan parmak izlerinden gerçek adının 1989 doğumlu … olduğunun anlaşıldığı…" Yargıtay 11. Ceza Dairesi 25.05.2006 tarihli 2006/03535 Esas ve 2006/04709 Karar sayılı kararı, (http://www.kararevi.com. Erişim Tarihi 17.11.2013).

nığa gösterilmesi ve bu şekilde şüphelinin tanınması olarak açıklanmaktadır[36]. Mağdur, suçtan zarar gören veya tanıklara kendisi ya da elde edilmiş fotoğrafı gösterilerek kimliği belirlenebilen şüpheli ile sanık açısından, fizik kimliğin tespiti gereksiz ve anlamsız olacaktır. CMK'nun 52. maddesinde "Tanıklar...kimliğin belirlenebilmesine ilişkin hallerde ...şüpheli ile yüzleştirilebilirler..." düzenlemesi yer almaktadır. Şüpheli veya sanığın kimliğinin yüzleştirme yoluyla belirlenmesi mümkün ise, fizik kimliğin tespitine gerek kalmayacaktır.

Gereklilik ikinci olarak şüpheli veya sanığın kimliğinde tereddüde düşülmesiyle oluşacaktır. Şüphelinin kim olduğu belirlendikten sonra, kimliği konusunda tereddüde düşülebilir. Şüphelinin kimliğini doğru bildirmediği, başkasının kimlik bilgilerini kullandığı iddia edilebilir veya bu yolda güçlü bir kuşku oluşabilir. Bu durumda şüphelinin fizik kimliğinin tespit gerekliliği doğabilecektir. Sanığın fizik kimliğinin tespiti ise, adeta kimliği konusunda tereddüt yaşanmasına bağlıdır. Sanık; hakkında iddianame düzenlenmiş ve hakkındaki iddianamenin kabul edildiği kişi olduğuna göre, başlangıçta kimliği belirlenmiştir. Öyle ise, sanığın fizik kimliğinin tespiti, ancak belirlenmiş kimliğinin doğru olmayabileceği yönünde kuşku oluşmasıyla mümkün olabilecektir. Fizik kimliğin tespitini düzenleyen hükümler, CMK'nun sanık sıfatının başlangıcını öne çektiği anlamında yorumlanamaz. İlk bakışta şöyle bir düşünce akla gelebilir; sanık sayılmak için kimliğin zaten belirlenmiş olması gerekir, kimlik belli ise fizik kimlik tespitine dair gereklilik koşulu oluşmayacaktır. Bu nedenle CMK'nun sanığın fizik kimliğinin tespitine olanak tanıması soruşturma evresinde sorguya veya tutuklamaya sevk edilen şüphelilerin sanık sıfatı taşıdığını varsaymakta ve başlangıçtan fizik kimliklerinin tespitine izin vermektedir. Özellikle kanunun sanığın fizik kimliğinin tespiti için savcıyı görevlendirmiş olması, bu düşünceyi güçlendirebilir[37]. Başlangıçta akla gelebilse de, bu düşünce doğru görülemez. Bahsettiğimiz üzere, kanunun sanık sıfatının başlamasına ilişkin düzenlemesi, muhakeme hukuku amaçlarına uygunluğu tartışılsa da, çok net ve açıktır. Bu durumda sanığın fizik kimliğinin tespitine imkan verilmesinin, sanığın

---

36 Özen Z., İnci "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis'' , *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2009, S:85.s.106-107.

37 Sanığın fizik kimlik tespiti kararının kim ya da hangi özne tarafından verileceği ileride ayrıca tartışılacaktır.

kimliği konusunda tereddüde düşülmesi koşuluna bağlı olduğu kabul edilmelidir. Aynı biçimde sanığın fizik kimlik tespitinin, kovuşturma evresine özgü olduğu da, kanunun mantığı açısından daha doğru bir kabul olacaktır. Uygulamada da, sanığın fizik kimliğinin tespiti, kimliği konusunda tereddüt doğması üzerine kullanılan bir yöntemdir. Örneğin, Bursa 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin esas numarasını belirleyemediğimiz 2010 tarihli bir ara kararında R.B. İsimli sanığın kimliğinde tereddüt yaşanması üzerine, fiziki kimlik tespiti yoluna gidilmiştir[38]. Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun "…Dosyadaki bilgi ve belgelere göre sanığın kimliğinde tereddüde düşülmesini gerektiren bir durumun saptanmış olması halinde bozmaya gidilmesi zorunludur…" şeklindeki 21.06.2002 tarih 2002/3 Esas ve 2002/3 Karar sayılı kararı da, yeni CMK yürürlüğe girmeden alınmış bir karar olmakla birlikte, düşüncemizce sanığın kimliğinde tereddüt yaşanması halinde, bu tereddütün mahkemece giderilmesi gerektiği biçimde yorumlanabilecektir[39]. Özetle uygulamada sanığın fizik kimliğinin tespiti, kimliği konusunda tereddüt oluşması üzerine yapılmaktadır.

4) Suçun İki Yıl veya Daha Yüksek Hapis Cezasını Gerektirmesi:

CMK'nun 81. maddesine göre, şüpheli ve/veya sanığın fizik kimlik tespitinin yapılabilmesi için, suçun cezanın üst sınırının en az iki yıl ya da daha yüksek bir hapis cezasını içermesi gerekmektedir. Kanunun açık düzenlemesi karşısında hapis cezasının üst sınırının iki yıldan az olması halinde, diğer koşullar oluşsa bile, fiziki kimliğin belirlenmesine olanak bulunmayacaktır. Yine yalnızca para cezası öngören suçlar açısından şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti mümkün değildir. Türk Ceza Kanunu'nun 45. maddesi cezaları hapis ve para cezası olarak belirtmekte ve 46. maddesi hapis cezalarını ağırlaştırılmış müebbet, müebbet ve süreli hapis olarak üçe ayırmaktadır[40]. CMK'nun 81. maddesindeki üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar tabiri, süreli hapis cezalarına gönderme yapar gibi görünse de,

38 (http://www.haberciniz.biz Erişim Tarihi 20.11.2013).
39 Kararın tamamı için bkz. (http://www.kararara.com. Erişim Tarihi 22.11.2013).
40 Ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek, "Yeni Türk Ceza Kanununun Kısa Bir değerlendirmesi", (http://kisi.deu.edu.tr. Erişim Tarihi 22.11.2013).

ömür boyu hapis cezası ve bunun ağırlaştırılmış türü açısından fizik kimlik tespiti yapılabileceği kuşkusuzdur ve bu sonuç düzenlemenin doğasından anlaşılmaktadır.

5) Makul Bir Şüphenin Varlığı:

Ceza muhakemesinde soruşturmayı basit şüphe başlatacaktır. CMK şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitin yapılabilmesi için hangi boyutta bir şüphe aranacağını belirtmemiş ve şüphenin derecesi konusunda da ölçüt getirmemiştir. Düşüncemizce, fizik kimliğin tespiti için basit şüphe yeterli olmamalıdır. İddianame düzenlenebilmesi için dava açmaya yeterli, diğer deyişle yoğunlaşmış derecede bir kuşkunun varlığı gereklidir. Bu kuşku aynı zamanda sanık sıfatını almayı sağlayan kuşkudur. Fizik kimliğinin tespiti için bu derecede bir kuşkunun aranmasına gerek yoktur. Fakat, kuşkunun makul bir düzeye ulaşması aranmalıdır[41]. Aksi halde her basit kuşku düzeyinde fizik kimlik tespitine gidilebilecek, bu durum kişi özgürlüklerinin gereksiz biçimde sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Bunun yanında basit şüphe ile yetinmek, devleti tazminat sorumluluğu altında da bırakabilecektir[42]. Fizik kimliğin adından da anlaşılacağı üzere insanın fizik yapısından ve bedeninden veri elde edilmesiyle doğrudan ilgisi vardır. İnsan bedenine yönelik hukuksal koruma düzeyi her geçen gün artmakta ve insan bedenine ilişkin veriler insanlık onuru kavramı ve bundan da öte benzersiz olma hakkı adı altında korunmaktadır. Ceza muhakemesinde şüphe basit, makul, yeterli ve kuvvetli gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır[43]. Şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti konusunda, makul şüphe aranması, insanlık onurunun ihlal edilmemesi ve insan benzersizliğinin korunması anlamında büyük değer taşıyacak ve bu konuda alınacak tedbirleri de haklı kılacaktır. Kimliğini bildirmeyen ve bu konuda yardımcı olmayan kişi açısından makul şüphenin ilerisinde bir şüphe derecesinin aranmasının ise, abartılı bir yaklaşım olacağı görüşündeyiz.

---

41 Benzer yönde Turhan, s.304.

42 Benzer yönde bkz. Görkem Demirci, Koruma Tedbirlerinin Hukuka Aykırı Olarak Uygulanmasından Doğan Tazminat", *Konya Barosu Dergisi*, Konya 2012, Y:40, S:22, s.62 vd.

43 Özkan Gültekin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Kavramı",(http://www.terazi.com.tr. Erişim Tarihi 20.11.2013).

6) Ölçülülük İlkesine Uyulması Koşulu:

Ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi neredeyse tüm tedbirlerin ortalama koşuludur. Bu koşul şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti konusunda da aranmalıdır. Ölçülülük koşulunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenebilmesi için öncelikle elde edilecek yarar ile verilebilecek zarar arasında bir değerlendirme yapılmalıdır[44]. Verilmesi muhtemel zarar, elde edilecek yarardan çok fazla ise ölçülülük koşulunun gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Zarar ve fayda neye göre belirlenecektir? Düşüncemizce değerlendirme öncelikle muhakeme hukukunun amaçları açısından yapılmalıdır. Örneğin zamanaşımının oldukça yakın olduğu bir dava dosyasında sanığın fizik kimlik tespiti için geçecek sürenin, davayı zaman aşımına uğratacağı açıkça görülüyorsa, kesin olarak söylememekle birlikte, fizik kimlik tespitinin ölçülülük koşuluna uygun kullanılmadığı değerlendirilebilecektir. Diğer bir değerlendirme şüpheli ve sanığın beden ve sağlık bütünlüğü açısından yapılmalıdır. Cilt kanserine yakalanmış birinin parmak, ya da avuç izinin alınması tedavi sürecini aksatacak ya da olanaksız kılacaksa, ölçülülük ilkesi fizik kimlik tespiti yaptırılmamasını gerektirebilecektir. Soruşturulması şikayet koşuluna bağlı bir suçun şüphelisi hakkında, şikayet bulunmuyor olmasına rağmen fizik kimliğinin tespiti ölçülü bulunmayabilecektir. Yine, bilgisayar ortamında saçsız ve sakalsız fotoğrafları elde edilebilecek kişinin, saçları ve sakallarını keserek fotoğrafını almak, ölçülü olmayabilecektir. Ölçülülük koşulu her olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

7) İnsanlık Onuruna Uygun Davranılması Koşulu:

Her tedbirin insanlık onuruna uygun biçimde kullanılması gerekir. Fizik kimliğin tespiti de insanlık onuruna uygun biçimde yapılmalıdır. AİHM Jalloh/Almanya kararında, uyuşturucu madde şüphelisine kusturucu madde verilerek, suç konusu maddelere ulaşılmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bulmuş olduğu gibi, bu tür bir müdahalenin insan onurunu zedeleyici nitelikte olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre somut olayda, delillere, bunların doğal yollarla çıkmasını bek-

44 Özge Apiş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, İstanbul 2012, C:18, S: 1.s.280.

lemek suretiyle de ulaşmak mümkün iken, kusturucu kullanılmasının kabul edilmesi mümkün değildir[45]. Elbette ki, bireyin fotoğrafının çekilmesi, iris renginin belirlenmesi, parmak izinin alınması, kusturucu madde verilmesiyle bir görülemez. Bununla birlikte, gerek iç hukuk ve uluslararası hukuk kurallarının, gerekse AİHM'nin fizik kimliğin insanlık onuruna uygun tespit edilmesi gerekliliğini aradığını tahmin etmek zor olmasa gerektir. Şüpheli veya sanığın fizik kimliğinin tespiti için avuç izinin alınması mümkündür. Ancak, bu uygulamanın herkesin göreceği biçimde, halka açık bir meydanda yapılması tedbir değil, başlı başına ceza sonucunu doğuracaktır. İnsanlık onuruna uygun hareket edilmesi, fizik kimlik tespitinin ayrılmaz koşuludur.

VII) FİZİK KİMLİK TESPİTİNE KİMİN KARAR VERECEĞİ SORUNU:

Şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti konusu ilk defa 2001 tasarısının 83. maddesinde düzenlenmiş ve fizik kimliğini tespitine soruşturma ve kovuşturma makamlarının karar vereceği belirtilmiş olup, 2004 tasarısında düzenleme yapılırken, komisyon gerekçesinde fizik kimliğinin tespitine hakim tarafından karar verileceği ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da yetkili olduğu öngörülmüştür. Fakat CMK yürürlüğe girmeden 5355 sayılı kanunla değişiklik yapılmış ve fizik kimliği tespiti konusunda savcının yetkili olduğu düzenlemesi getirilmiştir[46]. CMK'un 81. maddesinde şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespitine Cumhuriyet savcısının karar vereceği vurgulanmıştır. Soruşturma aşamasında, uygulamada gerçekte bu konuma gelmemiş olmakla birlikte, soruşturmanın kralı olarak kabul edilen savcının kararıyla fizik kimliğin tespitinin mümkün olması doğaldır. Soruşturmanın üst yetkilisi olan savcının soruşturma sırasında fiziki kimliğin tespitine karar verebilmesi düşüncemizce de mümkün görülmelidir.

Ancak kovuşturma evresinde işten el çekmiş olan savcının sanığın fizik kimlik tespitine karar verebilmesi değerlendirmemize göre çelişki oluşturmaktadır. Soruşturmanın kralı sayılan savcının bu konumu kovuşturmanın başlaması ile birlikte nihayet bulacaktır. Artık savcı bir

45 Apiş, s.281, dpn.55.
46 Ünver/Hakeri, s.295.

özne olarak muhakemeye dahil olsa da bu aşamada oluşabilecek kimlik tereddütlerinin giderilmesinde mahkemenin yetkisinin başlaması muhakeme sürecine daha uygun olacaktır. Konuyla ilgili yönetmelikte kovuşturma aşamasında sanığın fizik kimlik tespitinin hakim ya da mahkeme kararıyla yapılabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kanun ile yönetmelik ilişkisinin bir üst norm, alt norm ilişkisi olduğu değerlendirildiğinde kanunun düzenlemesinin uygulamaya esas alınması gerekmektedir. Bununla birlikte muhakemeyi yürüten mahkemenin, savcının yetkili olduğu bir konuda öncelikle karar alabileceği de kabul edilmelidir. Çünkü çok, kendi içerisinde azı da içermektedir ve kanunun savcıyı yetkilendirmesine rağmen, mahkemenin kovuşturma aşamasında sanığın fizik kimlik tespitine karar verebileceğinden kuşku duyulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Uygulamada yönetmelik hükmüne dayalı olarak mahkemelerin fizik kimlik tespitine gidebilecekleri kabul edilmektedir[47]. Kanaatimize göre yönetmelik hükmü olmasa da, mahkemenin kendi önündeki muhakeme sürecinde savcıya verilmiş fizik kimliği tespiti konusunda, öncelikle karar verme yetkisinin bulunduğu kabul edilebilecektir.

Bu durumda soruşturma aşamasında şüphelinin fizik kimliğinin tespiti konusundaki karar mercinin savcılık olduğu kanunun açık düzenlemesinden çıkarken, mahkeme aşamasında savcı ile birlikte mahkemenin karar verme yetkisi olduğu kabul edilmelidir. Kanun ve yönetmelik ilişkisinde kanun düzenlemesi öncelik taşıdığından mahkemenin sanığın kimliğinde tereddüt bulunması halinde, bu konuda karar vermek yerine fizik kimliğinin tespiti işlemlerinin yapılmasını savcıdan istemesi de düşüncemizce mümkündür. Çünkü kanun savcıyı kovuşturma aşamasında da bir karar mercii olarak kabul etmiştir. Bu durumda savcının mahkemeden gelen bu talebi değerlendirerek bu konuda bir karar vermesi gerekecektir.

Bu konuda karşılaşabilecek bir sorun da yönetmelik hükmü karşısında savcının soruşturma aşamasında fizik kimlik tespitine ilişkin, hakimden karar isteyip isteyemeyeceğidir. Düşüncemizce savcının bu konuda kendi karar verme yetkisi bulunduğu gibi, yönetmelik hükümleri bir yana, hakimden bu konuda karar isteyebileceğini kabul

47 İsmail Ademoğlu "Parmak izi", (http://www.hukukturk.com. Erişim Tarihi 28/11/2013).

etmek muhakeme hukuku amaçlarına uygun bir yorum olacaktır. Çünkü hakim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilmesi ve bu yolla kararın yeniden gözden geçirilmesinin sağlanması mümkündür. Oysa savcının kararına karşı gidilebilecek böyle bir yol bulunmadığından savcının bu konudaki kararı derhal kesinleşecektir. Savcının bu kararına karşı başsavcıya başvurmanın mümkün olduğu düşünülebilir ise de, bu yöntemin etkin olduğunu söylemek mümkün değildir. Savcının bu konuda, başsavcının talimatına uymasının gerekip gerekmeyeceği de ayrıca tartışmalıdır[48]. Bu durumda savcı tarafından alınacak fizik kimliğin tespitine ilişkin karara karşı muhatapların etkin bir başvuru olanağı bulunmadığı açıktır. Oysa fizik kimliğin tespiti kişinin bedensel verilerinin kayıt altına alınmasını içerdiğinden kişi özgürlüğüyle doğrudan ilgili bulunmaktadır. Kişi özgürlükleri ile ilgili bu konuda kişilerin itiraz yoluna başvurabilmeleri için, savcının hakimden karar istemesinin daha doğru bir yöntem olacağını ve mümkün bulunabileceğini düşünmekteyiz.

Bununla birlikte talepte bulunulan hakimlik makamının kanunun düzenlemesini esas alarak konuyla savcılığın görevlendirilmiş olduğu gerekçesine dayanarak kendisine yöneltilen fizik kimliğin tespiti talebini reddetmesi veya değerlendirilmek üzere savcılığa göndermesi olasıdır. Bu nedenle ileride de anlatacağımız üzere kanunda, soruşturma aşamasında hakim ve kovuşturma aşamasında ise mahkemenin fizik kimlik tespiti konusunda karar vermeye yetkili olduğu yolunda bir değişiklik yapılmasının yararlı olacağı görüşündeyiz.

PVSK'nunda yapılan 2007 yılı değişikliklerden sonra kolluk görevlileri, gözaltına alınan şüphelilerin parmak izlerini alarak, kaydedebilecektir. Bu düzenleme kolluğun fiziki kimlik tespiti yapabileceği anlamına gelmektedir. Yine kolluk gönüllülük esasına bağlı olarak şüphelilerin parmak izini alabilecektir. Gözaltına alınan şüpheliler açısından, kolluk fotoğraf çekimi de yapabilecek ve bu fotoğrafları kayıt altına alabilecektir. 2007 yılı değişikliği ile PVSK kolluk birimlerine fizik kimliğin tespiti konusunda, gönüllü şüpheliler ve gözaltına alınan şüpheliler açısından kısmi yetki vermiş olmaktadır. Kolluk birimleri gönüllü şüphelilerin parmak izini almak, gözaltına alınan şüphelilerin parmak izini almak ve fotoğraflarını çekmek suretiyle fi-

48 Benzer tartışmalar için bkz. (http//www.adalet.org. Erişim Tarihi 26.12.2013).

zik kimlik tespiti yapabilecektir. PVSK'nun 5. maddesi: Polis; gönüllü,... gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır... düzenlemesini taşımaktadır. Düzenleme "alır" ibaresi nedeniyle mecburi yetki şeklindedir, bu nedenle kolluk birimleri koşulları varsa, parmak izi alarak ve fotoğraf çekerek fizik kimlik tespiti yapmak konusunda karar almak ve uygulamak durumundadır. Bu düzenleme, kanundaki koşullara bağlı olarak, kolluk birimlerini de, fizik kimliğin tespiti konusunda mecburi yetki kullanan kısmi bir karar mercii haline getirmiş bulunmaktadır.

VII) ŞÜPHELİ VE SANIĞIN FİZİK KİMLİĞİNİN TESPİTİ MUHAKEMESİ:

Ceza muhakemesinde suçun işlenip işlenmediğinin ve işlenmiş ise kim tarafından işlendiğini tespitine yönelik ve esasa ilişkin karar verilmesine dair muhakemeye asli ceza muhakemesi adı verilmektedir. Suç yaşamın ayrılmaz bir parçası olduğuna göre, suçu bir cezanın takip etmesi doğaldır. Devletin ya da toplumun cezalandırma hak ve yetkisinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği asıl ceza muhakeme sürecinde değerlendirilecektir. Bu sürecin amacına uygun bir biçimde yürütülebilmesi ve başarıya ulaştırabilmesi bazı sorunların çözümünü de beraberinde getirmektedir. İşte bu sorunların çözümü yan, tali bir muhakeme ile yapılacaktır. Bu sorunların çözümüne ilişkin muhakeme sürecine tali muhakeme denilmektedir. Şüphelinin ve sağının fizik kimlik tespitine ilişkin muhakeme süreci asıl ceza muhakeme sürecini ilgilendiren bir yan sorunun çözümüne yönelik bulunduğundan, şüpheli ve sanığın fizik kimliği tespitinin bir tali muhakeme olduğu kabul edilmelidir. Bu tali muhakeme süreci şüpheli ve sanığın doğru biçimde tespitine ilişkin olup asıl muhakeme sürecinin sonuca ulaştırılmasına yönelecektir. CMK'nun 81. maddesinde konuyla ilgili kararın savcılar tarafından verileceğinin düzenlenmiş olması, fizik kimlik tespitini tali muhakeme konumunun dışına çıkartmayacaktır. Unutulmamalıdır ki ceza muhakemesi tez ve antitezin çelişmesi ile ulaşılacak bir süreci ifade etmektedir. Savcı da bu sürecin ayrılmaz bir parçasıdır. Ceza muhakemesi, muhakemeye katılan süjelerin işlemlerinden meydana gelen bir bütündür. Bu bütünün içerisinde bir hukuki sonuca ulaşmak ve muhakemeyi bu amaca uygun biçimde ilerletmek için yapılmış olan irade açıklamalarını muhakeme işlemi olarak ad-

landırmak gerekir[49]. Savcı tarafından yapılması bir işlemin muhakeme işlemi olmak niteliğini değiştirmeyecektir. Ceza muhakemesi süreci hem soruşturma hem de kovuşturma evresini içeren bir süreçtir ve bu süreç savcılık işlemlerini de kapsayan bir mahiyete sahiptir. Bu nedenle daha çok dava sürecini ifade edebilir biçimde yorumlanabilen ceza yargılaması terimi yerine ceza muhakemesi terimini kullanmak düşüncemizce daha doğru olacaktır.

Asıl ceza muhakemesi için geçerli ana ilkeler, tali ceza muhakemesi için de geçerli olacaktır[50]. Tali muhakeme süreci, ihbar veya talep üzerine ya da re'sen başlayacaktır. Savcı, mahkeme ya da yetkili olduğu yukarıdaki açıklamalarımıza göre kabul edilebilecek hakim, ihbar veya talep üzerine ya da re'sen fizik kimliğin tespiti konusundaki tali muhakeme sürecini başlatacaktır. Fizik kimliğin tespitine yönelik tali muhakeme süreci, genellikle kolluk birimlerinden gelen ihbar ve taleplerle başlamaktadır. Konumu ve yetkisi itibarıyla şüphelinin kimliği konusundaki tereddütleri, ilk başta kolluğun yaşaması doğaldır ve doğal olarak bu konudaki ihbar ve talepler ilk önce kolluk birimlerinden gelmektedir. Fakat, suçtan zarar gören ve mağdur da böyle bir talepte bulunabilecektir. Vatandaşlık hakkının kullanılması anlamında muhakeme süreciyle ilgili olmayan kişiler de bu konuda ihbarda bulunabilecektir. Örneğin mahallesindeki kendisine ait olmayan evden hırsızlık yapılan komşu, şüphelinin gerçek kimliğini kullanmadığı ihbarında bulunabilecektir. Bu konudaki tali muhakemeyi yürütecek merci re'sen de, süreci başlatabilecektir. Savcının ifadesini aldığı şüphelinin kimliği bildirilen kişi olmadığını anlaması veya bu konuda makul şüpheye ulaşması halinde fizik kimlik tespitine dair tali muhakeme süreci devreye girecektir. Aynı şey mahkeme açısından da geçerlidir. Mahkeme re'sen duyduğu makul kuşku üzerine fizik kimliğin tespiti tali muhakemesinin gerekliliğine karar verebilir. Katılan da mahkemeden bu yönde bir talepte bulunabilir. Burada karşılaşılabilecek bir sorun savcının kovuşturma evresinde mahkemeden

---

49 Hakan Karakehya, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Erzincan 2007, C: XI, S: 3-4.s.132, Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, Beta Yayını,s.538.

50 Metin Feyzioğlu,"Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayını, s.397 vd, dpn. 19.

bu konuda bir talepte bulunup bulunamayacağıdır. Çünkü CMK'nun 81. maddesi kovuşturma safhasında da savcıyı görevlendirmiş gibi bir düzenleme taşımaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere kovuşturmanın merkezi, icra alanı mahkemedir Çok, kendi içerisinde azı da içerir. Bu nedenle kovuşturma aşamasında savcıya tanınmış olan fizik kimliğin tespiti konusunda mahkemenin evleviyyetle yetkili olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda kovuşturma evresinde savcının mahkemeden şüphelinin fizik kimlik tespitini isteyebileceği de kabul edilmelidir.

Fizik kimliğin tespitine ilişkin tali ceza muhakemesi ister savcı, ister hakim, isterse mahkeme tarafından yürütülsün asıl ceza muhakemesine dair ilke ve kurallara göre yürütülecektir. Kim tarafından yürütülürse yürütülsün, tali muhakeme sonucu ulaşılan hüküm bir karar şeklinde ortaya çıkmalıdır. Tali muhakeme süreci de, bir muhakeme türüdür ve işbirliği ile elbirliği içerisinde varılacak kolektif sonuç bir karar ile ifade bulmalıdır. Bu muhakeme sürecinin doğasından kaynaklanan bir zorunluluktur. İlgililer ulaşılan sonucu bilmeli ve anlayabilmelidir. Karar sürecin yargısal denetimini de mümkün kılacaktır. Burada denilebilir ki, savcının bu konudaki kararına karşı yargısal denetim yolu yoktur; bu nedenle savcının ulaştığı sonucu karar şeklinde açıklaması anlamsız ve gereksizdir. Oysa bu düşünce doğru sayılamaz. Öncelikle belirtmeliyiz ki, fizik kimliğin tespiti bir koruma tedbiridir ve ilgililerin koruma tedbirlerinin uygulanmasından doğan kimi zararlardan dolayı tazminat isteme hakları vardır[51]. Bireylerin bu haklarını gereği gibi kullanabilmeleri için kendilerine bir karar ulaştırılması doğru olacaktır. Ayrıca hukukun genel kuralları, bireylerin, haklarında başlatılan bir sürecin nasıl sonuçlandığından bilgili olmaları, sürecin sonucunu öğrenebilmelerini zorunlu kılmaktadır. Öyleyse savcı tarafından da yürütülse, fizik kimliğin tespiti süreci sonunda oluşacak hükmün bir karar şeklinde açıklanması doğru olacaktır. Uygulamada, savcılar kolluk tarafından gelen taleplerin altına "uygundur" şeklinde bir ibare yazmakla yetinmekte, bazen bu yola da gitmeyerek kolluk birimlerine fizik kimliği tespiti yapılmasına ilişkin sözlü ya da yazılı talimat göndermektedir. Düşüncemizce kim ta-

51 Bkz. Şerafettin,Elmacı "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemenin Koşulları", *Adalet Dergisi,* Ankara 2013, S:46, s.274 vd.

rafından yürütüldüğüne bakılmaksızın, fizik kimliğin tespitine ilişkin ulaşılacak sonuç, bir karar biçimde ortaya çıkmalı ve mutlaka ilgililere tefhim ya da tebliğ edilmelidir. CMK'nun "Kararların açıklanması ve tebliği" başlıklı 35. maddesinin 2. fıkrası, "Koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hakim veya mahkeme kararları, hazır bulunmayan ilgilisine tebliğ olunur" düzenlemesini taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre koruma tedbiri niteliği taşıdığını düşündüğümüz fizik kimliğin tespiti kararının hazır bulunamayan şüpheli ve sanığa tebliği zorunlu olmayacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih 2009/5 Esas, 2009/11 Karar sayılı kararında da koruma tedbirlerine ilişkin kararların tebliğ zorunluluğunun dışında kaldığı hususuna vurgu yapılmıştır[52]. Ancak, ceza muhakemesi mevzuatı, CMK'ndan ibaret değildir. AİHM, Altınok (31610/08) ve Öz (6840/08) kararlarında savcı mütalaasının sanıklara tebliğ edilmemesi nedeniyle ülkemizi mahkum etmiştir[53]. Savcı mütalaasının tebliğ edilmemesini hatalı bulan AİHM'nin, savcının, hakimin ya da mahkemenin şüpheli ve sanığın özgürlüğünü kısıtlayan bir tedbire ilişkin kararının tebliğ edilmemesine hoşgörüyle bakacağı düşünülemez. Hak arama özgürlüğü, "adaleti bulma", "hakkı olanı elde etme" ve "haksızlığı giderme" amacıyla yasama yürütme ve yargı organlarına başvuruyu güvence altına almaktadır[54]. Hak arama özgürlüğü anayasal olarak güvence altına alınmıştır. Aleyhlerine alınan koruma tedbirlerine ilişkin kararların tebliğ edilmemesi halinde, bireylerin hak arama özgürlüklerini gereği gibi kullanamayacakları açık olduğuna göre, fizik kimliğin tespitine dair kararların şüpheli ve sanığa tebliğinin anayasal bir gereklilik olduğu kabul edilmelidir.

Karar verilmeden önce yani muhakeme sürecinde fizik kimliği tespit edilecek olan şüpheli ve sanığa işlem hakkında ayrıntılı bilgi verilmeli ve diyecekleri sorulmalıdır. Fizik kimliğin tespiti bedensel verilere ulaşılması ve bunların kaydedilmesi anlamına gelmektedir. Kişinin bedensel verilerinin alınması maddi ve manevi bütünlüğün korunmasıyla da ilintili olduğundan kişi yapılacak işlemler konusunda bilgilendirilmelidir. Olabilir ki, bu işlemlerin muhatabı olmak istemeyen şüpheli veya sanık, kimlik bilgilerini doğru biçimde bildirebilir.

52 (http://www.istanbulbarosu.org.tr. Erişim Tarihi 04.12.2013).
53 (http://www.basin.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 04.12.2013).
54 Köküsarı, İsmail, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara 2011, C:XV, S: 1,s.166.

Ayrıca fizik kimliğin tespiti için şüpheli ve sanığın fiziken var olması gerektiğine göre, diyeceklerinin sorulması da düşüncemizce zorunluluktur. Hazır olan yani fiziken mevcut bulunan şüpheli ve sanığa, uygulanmasına kendisi neden olsa bile, hürriyeti sınırlayıcı mahiyetteki bu tedbirin tali muhakemesinde diyeceklerinin sorulması gerekir. Aksi halde bireye savunma hakkı verilmeden özgürlüğü kısıtlanmış olur. Kaldı ki, şüpheli ve sanığın bu konuda söyleyebilecekleri fizik kimliğinin tespiti muhakemesini konusuz ve anlamsız bırakabilir. Örneğin, sanığın bir başka mahkemece fizik kimliği belirlenmiş olabilir ve sanık bunu söyleyebilir. Bu durumda yeni bir fizik kimliği tespiti işlemine gerek kalmayacaktır. Mahkeme, usul ekonomisi ve maslahata uygunluk ilkelerinden hareketle diğer mahkemenin fizik kimliğinin tespiti kararından yararlanabilir.

Karar kim tarafından verilirse verilsin, gerekçe taşımalıdır. Gerekçe, özellikle, makul şüphenin neden ve nasıl oluştuğunu ve bu tedbire başvurmanın haklılığını göstermelidir. Uygulamada bu konuda alınan kararların, çoğu zaman gerekçe içermediği görülmektedir. Koruma tedbirlerinin alınması ve uygulanması, tazminat sorumluluğu doğurabileceğinden, bir koruma tedbiri niteliğinde değerlendirdiğimiz fizik kimlik tespitine yönelik kararın gerekçe taşıması ve bu gerekçenin tedbiri haklı kılması düşüncemizce zorunlu olmalıdır. Ayrıca doktrinde de belirtildiği üzere, koruma tedbiri talepleri, kararları ve bu kararların uygulanmaları ile ilgili olarak şekil ve esas bakımından hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi, şüpheli ve sanık haklarının korunması açısından çok önemlidir[55]. Bu önem başlı başına gerekçeyi haklı kılar. Bundan da öte, kararların gerekçe taşıması CMK'nun 34. maddesinin emredici hükmüdür.

VIII) ŞÜPHELİ ve SANIĞIN FİZİK KİMLİK TESPİTİ KARARININ KAPSAMI ve YERİNE GETİRİLMESİ:

1)Kapsam:

Fizik kimliğin tespiti kararı, şüpheli ve sanığın fotoğrafının çekilmesi, eşkalinin belirlenmesi, beden ölçülerinin çıkartılması, parmak,

55 Şen, Ersan, "Ceza Yargılaması Süreci", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2011, S:97, s.281.

avuç, ayak[56], kulak, dudak izinin alınması, diş izinin, iris görüntüsünün elde edilmesi, ses ve görüntüsünün teknik cihazlarla kaydedilmesi gibi yöntemlere başvurulması iznini kapsamaktadır. Karar kendi içerisinde teknik cihazlarla kayıt yapılabilmesini kapsadığı gibi, saç, bıyık ve sakal gibi dış görünüm değişikliklerine de olanak sağlamaktadır[57]. Uygulamada bu kapsamdaki tedbirlerden fotoğraf çekme ve parmak izi alımı, diğerlerine göre daha fazla kullanılmaktadır.

Düşüncemizce karar "şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin yapılmasına" biçimindeki bir ibareden ibaret kalmamalı, karar mercii, tedbirlerden hangisi ya da hangilerine başvurulacağını da, yani kapsamını açıkça belirtmelidir. Bireyin diş izinin alınması, ağzında önemli bir hastalık bulunması halinde ciddi sağlık problemleri oluşturabilir. Kişinin saç, sakal veya bıyığının kesilmesi, inanç ve kendini ifade etme özgürlüğünün ihlal edebilir. Gebe bir kadının fizik kimliğinin tespiti için radyolojik cihazlara bağlanması, doğal doğum sürecini etkileyebilir. Bu nedenle karar merciinin, başlangıçta gerekli olan tedbirleri doğru biçimde belirleyerek, fizik kimliğin tespitinin kapsamını açık şekilde belirtmesi gerektiği görüşündeyiz. Bu konuda kolluk birimlerine takdir hakkı tanımanın, her zaman olmasa da, kişi özgürlüklerini sınırlama sonucu doğurabileceği düşüncesindeyiz. Karar merciinin, fizik kimliğin tespitine dair kararının kapsamındaki tedbirlerin tespite yeterli gelmemesi halinde, ek bir kararla gerekli yeni tedbirin uygulamasına karar vermesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

2)Fizik Kimliği Kararının Yerine Getirilmesi:

Kural olarak fizik kimliğin tespitine ilişkin karar kolluk birimlerince uygulanacaktır. Kolluk birimlerinin fizik kimlik tespitine ilişkin kararın uygulanması konusunda orantılılık ve ölçülülük ilkelerine uygun olarak zor kullanabilme yetkilerinin olduğu açıktır. Aksi halde kararın yerine getirilmesinin sağlanabilmesi güçtür. Kimliğini bildir-

56 Fizik kimliğin tespiti için, bir şekilde ellerini kaybetmiş şüpheli ve sanığın ayak izinin alınması mümkün ve bazen gerekli olabilecektir. Konuyu düzenleyen CMK'nun 81. maddesinde yer alan, "... fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak..." şeklindeki düzenlemenin, teşhisi kolaylaştıracak diğer özellikler ibaresinin ayak izinin alınmasına olanak verdiği düşüncesindeyiz.

57 Bkz. Turhan, s.304.

me yükümlülüğüne rağmen buna uymayan şüpheli veya sanığın, bu konudaki kararın uygulanmasına rıza göstermemesi halinde, orantılı ve ölçülü zor kullanımı yoluyla fizik kimliklerinin tespit edilemeyeceğini savunmak, yükümlülüğüne uymayan kişinin hukuk kuralları aracılığıyla ödüllendirilmesi anlamına gelir ki, bu kabul edilemez. Hukuk kuralları yükümlülüklerine uymayan kişileri ödüllendirerek, bu kişilere yükümlüklerine uyanlar arasında eşitsiz uygulamaya da, neden olmamalıdır. Bu sebeple, kolluk birimlerinin ölçülü ve orantılı olmak şartıyla, fizik kimliğinin tespiti kararlarını zor kullanarak uygulayabilecekleri, işin doğasının bir gereğidir. Karar yerine getirilirken bu konuda uzmanlaşmış kolluk görevlilerinin kullanılması gerekmektedir. Parmak izi, iris görüntüsü vs. almak ve kaydetmek, uzmanlık ve tecrübe isteyen işlemlerdir. Uzman olmayan kolluk görevlilerinin işlemleri yerine getirmesi, fizik kimliği tespiti işlemlerinin neticeye ulaşmamasına sebep olabileceği gibi, daha vahim sonuçlara da neden olabilir. Parmak izlerinin hatalı kaydedilmesi nedeniyle, suçsuz birinin mahkum olmasının vahameti izahtan varestedir. Bu nedenle uygulama uzmanlaşmış kolluk görevlileri tarafından yapılmalıdır.

Kolluk görevlilerinin süreci, bir ya da daha fazla hekimin katılımıyla gerçekleştirmeleri gerekebilir. Konuyla ilgili yönetmelik maddesi dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınmasının diş hekimi tarafından yapılacağını hükme bağlamıştır. Bunun dışında hekim yardımı ve katılımı zorunlu tutulmamışsa da, kolluk birimlerinin, gerekirse karar mercii ile işbirliği içerisinde her olayın özelliğine göre, hekim yardımı gerekip gerekmediğini takdir etmeleri gerektiği düşüncesindeyiz. Parmak izi alımı kolluk tarafından gerçekleştirilmektedir ve ülkemiz açısından bu konudaki kolluk işlemlerinin son derece başarılı olduğu söylenmelidir. Ancak, en ufak kanamada ölme riski bulunan bir hemofili hastasının parmak, avuç izi vs. alınırken, az da olsa kanama riskine karşı hekim yardımı gerekebileceği, iris görüntüsü kaydedilen kişinin, körlük riski altında olması halinde, uzman bir hekimin katılımının zorunlu bulunabileceği değerlendirilmelidir.

Fizik kimliğinin tespiti işlemi ile, ilgilinin gerçek kimliğine ulaşılabilmesi mümkündür. Fakat, bazı hallerde fiziki tespitlere rağmen gerçek kimliğe ulaşılamayabilir. Bu durumda fizik kimlik tespiti yapılan kişiye sırf muhakemede kullanılmak üzere geçici bir kimlik verilecektir. Bu kimlik, isim, soy isim, baba ve anne adı, doğum tarihini

de içermelidir. Ülkemizde halen uygulanan UYAP sistemi nedeniyle sistemde nüfus kaydı olmayanlar hakkında dava açılması mümkün bulunmadığından, geçici kimlik bilgilerinin nüfus kayıt sistemine aktarılması da gereklidir. Hatta ilgiliye geçici bir vatandaşlık numarası verilmesi de gerekebilir. Bununla birlikte, nüfus kaydı oluşturulurken, fizik kimliğin tespitine dayalı oluşturulan kimliğin mahiyeti konusunda şerh oluşturulmalıdır. Görüşümüzce, fizik kimliğin tespiti amacıyla oluşturulan bu kimlik bilgileri ceza muhakemesi hukukunun amaçları dışında kullanılamaz. Bu bilgilere dayalı olarak ilgili aleyhine bir hukuk davası açılması, düşüncemizce doğru olmayacaktır. Çünkü, HMK bünyesinde davalıların fizik kimliğinin tespitine imkan veren bir düzenleme yoktur ve bu bilgilerin kullanımı, dolaylı da olsa davalının fizik kimliğinin tespitinin yapılmış olması sonucunu doğuracaktır. Oysa, hukuk muhakemesinde bu tür kişisel özgürlüğü sınırlandırıcı işlem yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespiti, ceza muhakemesine özgü bir kurum olma niteliğine sahiptir. Kanaatimizce, bu yolla elde edilen veriler yalnızca ceza muhakemesinde kullanılabilir. Bu kimlik üzerinden şahıslara vergi cezası kesilmesi bile mümkün olmamalıdır.

IX) KANUN YOLLARI:

Kanun yolu hakim ve mahkeme kararlarına karşı gidilebilen bir hukuksal yol niteliği taşıdığından savcının şüpheli veya sanığın fizik kimlik tespitine ilişkin kararına karşı kanun yoluna başvurulma imkanı bulunmadığı açıktır. Savcının bu kararına karşı başsavcıya başvurarak kararın değiştirilebilmesi konusunda talepte bulunulması düşünülebilir ise de, savcının bu konudaki kararının yargısal bir karar olduğu ve ceza muhakemesi sürecini ilgilendirdiği açıktır. Başsavcıların savcıları idari açıdan denetleyebilme yetkilerinin bulunmaktadır. Ancak, savcının yargısal nitelikteki bu işlemine karşı başsavcının bir karar düzeltme ya da değiştirme yetkisi bulunmadığı kanaatindeyiz. Savcının fizik kimlik tespiti konusundaki yargısal yetkisine müdahale için CMK başsavcıya bir görev ve yetki vermemiştir. Böyle bir görev ve yetkinin verilmesinin doğruluğu da ayrıca tartışmalıdır. Değerlendirmemiz göre başsavcının en fazla, savcıdan kararını gözden geçirmesini isteyebilme yetki ve görevinin bulunduğu kabul edilebilir.

Fizik kimliğinin tespiti konusundaki kararını savcının yeniden gözden geçirerek kendisinin değiştirmesinin mümkün olabileceği görüşündeyiz. Çünkü, kendi kararında hata olduğunu ya da fizik kimlik tespitinin koşullarının oluşmadığını fark eden savcının bu kararını geri alabilmesi doğal ve muhakeme sürecine de uygun olacaktır. Bu nedenle savcının fizik kimliği tespiti konusundaki kararına karşı bir kanun yolu mevcut bulunmamakla birlikte savcıdan bu kararını yeniden gözden geçirmesi ve değiştirebilmesinin istenmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Açık bir düzenleme olmadıkça mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemeyeceğinden, mahkemenin bu konudaki kararının ancak asıl hükümle birlikte temyiz ve istinaf yollarıyla hukuksal denetime tabi tutulabileceği düşüncesindeyiz. Temyiz yolunda asıl kararla birlikte mahkemenin vermiş olduğu fizik kimliğinin tespitine ilişkin kararın yalnızca hukuksal denetimi yapılabilirken, ülkemiz açısından Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete girdiğinde (bu mahkemelerin görev alanına giren konularda), istinaf yoluyla bu kararların hem hukuksal hem maddi denetimi yapılabilecektir[58]. CMK bünyesinde düzenlenmiş bulunmakla birlikte ülkemiz açısından henüz istinaf yolu faaliyete geçirilmemiştir. Bu sebeple mahkemenin fizik kimliğin tespitine dair kararlarının fiilen, asıl hükümle birlikte temyiz yoluyla incelenebileceğini söylemek mümkündür. Burada dikkat çekilmesi gereken bir husus bulunduğu düşüncesindeyiz. CMK savcıyı yetkili kılmakla birlikte, ilgili yönetmelik hükümleri şüpheli ve sanığın fizik kimliğin tespiti konusunda hakimin de karar verebileceğini belirtmektedir. Normlar hiyerarşisinde kanun ve yönetmelik çatışmasında daha üst norm olan kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır ve bu nedenle kendisine bu konuda talep iletilen hakimin, kendisinin değil savcının yetkili olduğunu belirterek, normlar hiyerarşisine dayalı bir gerekçeyle istemi reddetmesi olasıdır. Ancak, yönetmelik hükümlerine dayalı olarak hakimin karar vermesi halinde, bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü hakim kararlarına karşı itiraz yolu esastır.

58 Yeni CMK düzenlemesinde istinaf klasik anlamından farklı olarak, hem olay kanı, hem de hukuksal tanı denetimine izin vermektedir.

X) FİZİK KİMLİĞİNİN TESPİTİNE İLİŞKİN VERİ VE KAYITLARIN YOK EDİLMESİ:

CMK'nun 81. maddesinin 1. fıkrası gereği şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespiti sonucu elde edilen veriler, kayda alınarak soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyalara konulacaktır. Yani, fizik kimliği tespiti sonucunda kaydedilen veriler doğrudan soruşturma ve kovuşturma dosyalarının içerisine alınacaktır. Kanunun açık düzenlemesinden çıkan sonucu fizik kimliği tespiti sonrasında elde edilerek kayıt altına alınan verilerin soruşturma ve kovuşturma dosyaları dışında muhafazasının mümkün bulunmadığıdır. Kayıtlar soruşturma ve kovuşturma dosyalarının içerisinde alınacak ve burada saklanacaktır. Bu dosyalar dışında yedekleme ve benzeri yöntemlerle bu kayıtları saklamak mümkün değildir. Aksini kabul kanun koyucunun açık arzusuna aykırılık oluşturur. Ancak, PVSK'nun 5. maddesi, CMK'nun 81. maddesine göre alınan parmak izlerinin ve fotoğraflarının kolluktaki sisteme kaydedileceğini belirttiğinden, parmak izi ve fotoğrafların saklanmasında bir istisna bulunmaktadır. Bu istisna dışında fizik tespitine esas ayak izi, iris rengi gibi verilerin kolluk sisteminde saklanması doğru değildir. Soruşturma ve kovuşturmanın selameti açısından eğer yedekleme yapılması gerekiyorsa bunların da yine soruşturma ve kovuşturma dosyası kapsamında muhafaza edilmeleri gerekecektir.

CMK'nun 81. maddesinin 2. fıkrası gereği kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı itiraz süresinin dolması, bu kararlara karşı yapılan itirazın reddi, davanın beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar ile sonuçlanması halinde, bu kararların kesinleşmesi üzerine sözü geçen kayıtlar bizzat savcının huzurunda yok edilerek bu husus tutanağa bağlanmalıdır. Soruşturma devam ettiği sürece kayıtların muhafaza edilmesi ve yok edilmemesi gerekmektedir. Soruşturma takipsizlik ya da kanunun deyişiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanabilecektir. İddianame ile dava açılması da yeni bir safhaya geçilmesi ve soruşturmanın sona ermesi anlamına gelecektir. Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlar itirazı mümkün bulunduğundan itiraz süresinin dolması veya yapılan itirazın reddi üzerine kayıtların yok edilmesi gerekecektir. Kovuşturma safhasının devamında da kayıtların muhafazası gerekmektedir. Kovuşturma evresinin beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına

ilişkin kararlarla sonuçlanması halinde, bu kararların kesinleşmesine bağlı olarak bahsi geçen kayıtların yok edilmesi gerekecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, CMK'nun silmeyi değil, yok etmeyi aradığıdır. Bilgisayar ortamında silinen kayıtların, özel bazı programlarla yeniden elde edilebildikleri bilinmektedir[59]. Bu nedenle yok etme sonucunu doğuracak bir işlem yapılmalı, gerekli ise verilerin bulunduğu harddiskler dahi, kanun koyucunun bu konudaki iradesine uygun olarak, yeniden kullanılamayacak biçimde tahrip edilmelidir. Yok etme işlemi savcı huzurunda ve onun denetiminde yapılmalıdır. Yok etme işleminin huzurunda yapıldığı savcının, verilerin yedeklenip yedeklenmediğini makul biçimde araştırması ve yedekleme yapılmadığından emin olması gerektiği düşüncesindeyiz. Eğer yedekleme varsa, yedekleme işleminin yasaya aykırılığının araştırılması ve bu konuda gereğinin ifasıyla birlikte, yedeklenmiş kayıtların da yok edilmesini temin etmenin, savcıya ait bir görev olduğu görüşündeyiz[60].

CMK son kararları, yani uyuşmazlığı doğrudan veya dolaylı şekilde çözen kararları, beraat, mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın düşmesi ve reddi kararları olarak açıklamaktadır. Davanın düşmesi ve reddi, uyuşmazlığı dolaylı şekilde çözmekte, diğerleri ise doğrudan çözüme bağlamaktadır[61]. CMK'nun 81. maddesi doğrultusunda mahkumiyet, davanın düşmesi ve reddi kararlarının varlığı halinde, şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespitine ilişkin kayıtların yok edilmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Mahkumiyet kararının varlığı ve bu kararın kesinleşmesi, mahkum olanın suç fiilini işlediğini göstermektedir. Suç fiilini işleyerek kanun koyucunun iradesine aykırı hareket eden ve bu anlamda iradesinin tehlikeliliğini ortaya koyan, buna ilaveten kimlik bilgilerini bildirme yükümlülüğüne uymayan bireyin, ileride suç işleme ihtimaline karşı, bahsedilen kayıtların yok edilmemesi ve saklanması, düşüncemizce

---

59 Bkz. Balı, Yunus, "Gutmann metodu(35 kez silme) nedir?", (http://www.dijitaldeliller.com. Erişim Tarihi 13.12.2013).

60 Düşüncemizce CMK'nun 81. maddesindeki koşullar oluştuğunda, PVSK'nun 5. maddesine göre kolluktaki sisteme kaydedilen parmak izi ve fotoğraflar da, yok edilmelidir. Aksi halde parmak izi ve fotoğrafları kaydedilenler ile iris rengi, kulak izi vb. kaydedilenler arasında, kayıtların saklanması ve yok edilmesi açısından eşitsizlik oluşacaktır.

61 Toroslu/Feyzioğlu, s.305.

de doğru ve muhakeme hukukunun amaçlarına uygundur. Ancak, ceza verilmesine yer olmadığına dair verilen kararlarla neticelenen muhakemede, fizik kimliğin tespitine ilişkin kayıtların yok edilmesinin, her zaman, yerinde olmayabileceği görüşündeyiz. CMK'nun 223. maddesinin 4. fıkrasının düzenlemesi gereği, işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir[62]. Kanunun düzenlemesi işlenen filin suç oluşturma özelliğinin devam ettiği belirtmektedir. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar, fiilin o kişi tarafından işlendiğini gösterecek ve kesin hükümle birlikte birey suçlu sayılacaktır. Bu kişinin fizik kimliğinin tespitine ilişkin kayıtların yok edilmesi konusunda, mahkumiyet hükmünden farklı bir düzenlemeye gerek bulunmadığı görüşündeyiz. Fiili suç sayılan ve kimliğini bildirme konusundaki yükümlülüğüne uymayan kişilerin, sırf ceza verilmesine yer bulunmaması nedeniyle ayrıksı bir konuma tabi tutulmaları çelişki oluşturur. Hakkında şahsi cezasızlık nedeni bulunan hırsızlık sanığının, bulunmayandan, fiilin suç oluşturması açısından farkı olmadığına göre, fiziki kimlik tespitine dair kayıtların yok edilmesi açısından da farkı olmamalıdır. Sonuç itibarıyla, hakkında şahsi cezasızlık nedeni olan kişi de, diğeri gibi kimliğini bildirme yükümlülüğüne uymamıştır. Aynı yükümlülüğe uymayan iki kişiden birine, sırf hakkında şahsi cezasızlık nedeni var diye, kayıtların silinmesi konusunda ayrıcalık oluşturacak bir uygulama yapılmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

CMK'nun 81. maddesi beraat ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlarla sonuçlanan muhakeme sürecindeki fizik kimliğin tespitine dair kayıtların yok edileceğini düzenlemektedir. Demek ki, davanın reddi halinde bu kayıtların yok edilmesi söz konusu olmayacaktır. Davanın reddi sanık hakkında aynı fiil nedeniyle açılmış bir dava veya verilmiş bir hüküm bulunmasına bağlıdır. Sanık hakkında açılmış bir dava veya verilmiş bir hüküm varsa, kimliği zaten önceden tespit edilmiş demektir. Öyle ise, davanın reddi kararının verileceği bir muhakeme sürecinde fizik kimliğin tespitine gerek yoktur, önceki

62 Erkan Şenses "Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, S:105, s.382.

dava ve hükme esas kimlik bilgilerinden yararlanmak yeterlidir. Buna rağmen fizik kimliği tespit edilmiş ise, kimliği önceden belirlenmiş olan kişiye yönelik kayıtların saklanması anlamlı olmayacağından davanın reddi halinde, fizik kimlik tespitine dair kayıtların yok edilmesine ilişkin düzenleme yapmak doğru olacaktır.

Danıştay 10. Dairesi'nin 2007/4364 Esas ve 2010/10458 Karar numaralı 06.12.2010 tarihli kararında " *…Bu durumda, davacının(sanık kastedilmektedir)*[63] *yakalanıp yargılanması aşamasında alınan parmak izi kaydı ile fotoğraf kayıtlarının, beraat kararı üzerine silinmeyip, "kimlik tespiti" amacıyla kullanılmak üzere saklanması yolunda tesis edilen dava konusu işlemde, konuyu düzenleyen mevzuat hükümlerine ve hukuka aykırılık bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır…"* şeklindeki gerekçeyle beraat eden sanığa yönelik fizik kimlik tespiti işlemlerinin kimlik tespiti amacıyla saklanmasında sakınca bulunmadığına karar vermiştir[64]. Bu kararın benzersiz olma hakkından, özel hayatın gizliliğinin korunmasına kadar birçok açıdan değerlendirilmesini yapmak mümkündür. Ancak bu değerlendirmelerin konumuzun sınırlarını aşacağı açıktır. Bu sebeple, sözü geçen değerlendirmelere girmiyoruz. Fakat şu değerlendirmeyi de yapmak istiyoruz; yolda yürürken kar yağışı nedeniyle ayağı kayan bir kişinin, düşmemek için yakınında bulunan otomobile tutunmak zorunda kaldığını varsayalım. Kısa bir süre önce bu otomobilden hırsızlık yapılmış olsun. Bu şahsın parmak izinin araç üzerinde kalması doğaldır. Aynı şahsın hırsızlık suçundan yargılanıp beraat etmesi halinde, kararın kesinleşmesine rağmen, parmak izinin herhangi bir isim altında devamlı surette saklanması doğru olur mu? Beraat bir aklanma ise, bu şahsı diğerlerinden ayırmak anayasal eşitlik ilkesine uygun sayılır mı? Bu sorulara olumlu cevap vermek olanaksızdır. Devletin kimlik tespit etme görev ve yetkisinin bulunduğu tartışmadan uzaktır. Ancak bu yetkinin, ayağı kayan bireyin, kendini kurtarma refleksi üzerinden kullanılmaması gerektiği de, çok açıktır. Beraat aklanma ise, ki böyle olduğu tereddütsüzdür, beraat eden şahsın fizik kimlik tespitine yönelik kayıtların saklanması, onun konumunun masum sayılan diğer kişilerden ayrı tutulması neticesini

63 Burada davacı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet suçunun sanığıdır.

64 (http://www.kararara.com. Erişim Tarihi 15.12.2013).

doğurur. Düşüncemizce bu kabul edilemez. CMK'nun 81. maddesinin düzenlemesi açıktır ve düzenleme emredici nitelik taşımaktadır. Beraat eden sanığın fizik kimlik tespitine ilişkin kayıtların, karar kesinleştiğinde yok edilmesi gerekir. Bunların herhangi bir isim altında muhafazası mümkün olmamalıdır.

XI) ÖNERİ ve DEĞERLENDİRMELER:

CMK'nun şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin yapılabileceğine ilişkin düzenlemesinin, eleştirilebilir yönlerine rağmen yararlı olduğu düşüncesindeyiz. Bu düzenleme öncesinde kimlik tespitinin evrak üzerinden yapıldığı ve verimli olmadığı, şüpheli ve sanığın parmak izinin alınamaması, fotoğrafının çektirilip kaydedilememesinin ceza adaleti sistemini aksattığı doktrinde eleştirel biçimde belirtilmekte, konuyla ilgili yasal düzenleme yapılması gerekliliğinden söz edilmekteydi[65]. CMK şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespitine ilişkin düzenleme yapmakla, doktrinde belirtilen ve uygulamada da ihtiyaç duyulan bir gereksinime, tam anlamıyla olmasa da, cevap vermiştir. Bununla birlikte bazı eksiklikler ve sorunlar bulunduğunu değerlendirmekteyiz.

Düşüncemizce bir eksiklik veya sorun, şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespiti konusunda karar mercii açısından kanun ve yönetmelik arasında oluşturulan farklılıktır. CMK'nun 81. maddesine göre, karar mercii hem soruşturma hem kovuşturma evrelerinde savcıdır. Oysa ilgili yönetmeliğe göre, her iki safhada şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespiti hakim ve mahkeme kararıyla yapılabilecektir. Fizik kimliğinin tespitine kimin karar vereceği sorunu başlığı altında anlattığımız üzere çok, kendi içerisinde azı içerdiğinden, bu konuda düzenleme olmasa da, mahkemenin kovuşturma evresinde sanığın fizik kimliğinin tespitine yetkili olduğunun kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Bizce asıl sorun kovuşturma evresinde mahkeme ile birlikte, savcının da yetkilendirilerek, sanığın fizik kimliğinin tespiti konusunda iki başlılık oluşturulmuş olmasıdır. Kovuşturma safhasında mahkemenin savcıdan sanığın fizik kimliğinin tespiti istemesi halinde, düşünce-

---

65 Burhan Caner Hacıoğlu, "Türk Ceza Adalet Sisteminin İşleyişindeki Etkinlik Konulu Araştırma Raporu Üzerine Bir Değerlendirme",(http://hukuk.erzincan.edu.tr. Erişim Tarihi 15.12.2013).

mizce sorun oluşmayacaktır. Çünkü, savcı kanunun açık düzenlemesi karşısında yetkili olup, bu konuda koşullar oluşmuşsa fiziki kimliğin tespitine karar vermelidir. Mesele, savcının ve mahkemenin aynı anda kendilerini yetkili görüp, farklı kararlara ulaşmaları halinde çıkacaktır. Örneğin, mahkemenin sanığın fizik kimliğinin tespitine yer olmadığına karar verirken, savcının sanığın fizik kimliğinin tespitine karar vermesi halinde sıkıntı çıkacağı açıktır. Kolluk bu kararlardan hangisini uygulayacaktır? Bu konuda düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanun ve yönetmelik arasındaki bu farklılık, bir yasal düzenlemeyle giderilmelidir. Görüşümüzce soruşturma safhasında savcının, kovuşturma safhasında mahkemenin yetkili olduğu düzenlenmeli ve soruşturma aşamasında, şüpheliye ek güvence getirme açısından hakimden de bu konuda karar istenebileceği hüküm altına alınmalıdır. Çünkü, hakimin bu konudaki kararına itiraz mümkündür, oysa savcı kararına karşı böyle bir yol yoktur.

Düşüncemizce, diğer bir eksiklik ya da sorun, şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin bir kararla yapılması gerektiğinin düzenlenmemiş olmasıdır. Fizik kimliğinin tespiti bir kararla yapılmalıdır. Değerlendirmemize göre fizik kimliğin tespiti bir koruma tedbiridir ve ilgililer tedbirin içeriğini ve gerekçesini bilebilmelidir. Ayrıca karar halinde ortaya çıkması, yargısal denetimi kolaylaştıracaktır. Uygulamada savcı tarafından kolluğa gönderilen sözlü ve yazılı talimat ya da mahkemelerin yazılarıyla fizik kimlik tespiti yapılmasını yerinde bulmuyoruz; fizik kimlik tespiti yolunda muhakeme faaliyeti sonucunun bir karar ile ortaya konulması, daha sağlıklı ve muhakeme hukukunun amaçlarına daha uygun olacaktır. Kararlar mutlaka gerekçe taşımalıdır. Gerekçesi olmayan kararın, karar olma niteliği dahi, tartışmalıdır. Bu nedenle konuyla ilgili karar, şüpheli ve sanığın kimlik tespiti yoluna neden gidildiğini içeren gerekçeyi taşımalıdır[66]. Aynı biçimde kararın içerik ve kapsamı da net biçimde anlaşılır olmalıdır. Karar, fizik kimliğin tespitine şeklinde genel geçer ifadeler taşımamalıdır. Kararın kapsamının net olmaması halinde, örneğin, yalnızca fotoğ-

66 Ceza mahkemesi kararlarının gerekçe taşımasının zorunluluğu konusunda bkz. AİHM'nin 15.10.2001 tarihli Papon-Fransa ve 06.09.2005 tarihli Salov-Ukrayna kararları, Serkan Cengiz/Fanrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy Mcbrıde/ Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını s.210-211.

raf çekimi yeterli olabilecekken, ilgilinin diş izlerinin alınması yoluna gidilebilecektir. Bu durumda ölçülülük ve orantılı olma koşulları ihlal edilebilecektir. Bu nedenle uygulamada görülebilen "şüphelinin fizik kimliğinin tespitine" veya "sanığın fizik kimliğinin tespitine" biçimindeki kararlar yerine, fizik kimliğinin tespitiyle birlikte, nasıl ve ne türde bir tespit yapılacağının da, kararda açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda CMK bünyesinde, şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitinin karar şeklinde vücut bulması gerektiğine dair düzenleme yapılmasının yararlı olacağını değerlendiriyoruz.

CMK'nun 35. maddesi koruma tedbirlerinin hazır bulunamayanlara tebliğ edilmesinin zorunlu olmadığı kuralını getirmiştir. Şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespiti bir koruma tedbiri olduğuna göre, CMK'nun 35. maddesi esas alınırsa, fizik kimliğinin tespitine yokluğunda karar verilen şüpheli ve sanığa, bu kararın tebliğine gerek bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Anayasa hak arama özgürlüğünü düzenlemiş, AİHS adil yargılanmayı bir hak olarak tanımıştır. Hakkındaki özgürlüğü kısıtlayan karardan, ilgilisinin haberdar olması gerekir. Kararın tebliği üzerine, belki de parmak izini vermek için kendisi kolluk birimlerine başvurabilecek olan bireyin, aynı amaçla yolda yürürken kolluk birimlerince çevrilerek parmak izi alımına götürülmesi, demokratik bir uygulama olmasa gerektir. Bireyin kimliğini başlangıçta saklamış olması, bu konudaki karardan sonra da, mutlaka saklayacağı anlamına gelmez. Bireye hakkındaki karara uyma şansı verilmelidir. CGTİK'nun 20. maddesi hapis cezasına mahkum olanlara bile, infaza davet edilme olanağı vermektedir. Aynı olanağın yokluğunda fizik kimliğinin tespitine karar verilen şüpheli ve sanığa verilmemesi için hiçbir sebep yoktur. CMK'nun 35. maddesindeki koruma tedbirlerinin hazır bulunamayanlara tebliğinin gerekmediğine ilişkin düzenlemesini ayrıca tartışılabilir bulmakla birlikte, anayasal hak arama özgürlüğüne dayalı olarak, yokluğunda fizik kimliğinin tespitine karar verilen şüpheli ve sanığa, bu kararın tebliğ edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

AİHM kararlarına göre, kovuşturma organlarının bilgi toplamayı haklı kılan nedenlerinin bulunması, bu bilgilerin saklanmasını haklı kılmamaktadır. Mahkemeye göre, şüphenin ortadan kalkması ile, bilgilerin ortadan kaldırılması, yani yok edilmesi gerekmektedir. AİHM'nin 8022/77 sayılı McVeigh-İngiltere davasında vardığı sonuç

budur[67]. Mahkeme mahkumiyet halinde bu bilgilerin belirli bir süre saklanabileceğini kabul etmektedir[68]. PVSK'nun 5. maddesi gereği, CMK 81. maddesine dayalı olarak yapılan fizik kimliği tespiti sonrasında elde edilen parmak izi ve fotoğrafların kolluktaki sisteme kaydının yapılması gerekmektedir. Aynı kanun gereği bu kayıtların ilgilinin ölümünden itibaren on yıl ve her halde kayıt tarihinden itibaren seksen yıl saklanması söz konusudur. Oysa CMK'nun 81. maddesi hükmü beraat ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin kararların kesinleşmesiyle birlikte, fizik kimliğin tespitine ilişkin veri ve kayıtların yok edilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. İki yasa arasındaki bu çelişki giderilmelidir. Bununla birlikte, AİHM'nin kararları gereği, CMK'nun düzenlemesinin esas alınması ve en azından beraat eden sanıklara ilişkin veri ve kayıtların yok edilmesi uygun olacaktır.

Ceza muhakemesi bir işbirliği sürecidir. Katılanın ileri sürdüğü deliller, muhakemenin seyrini değiştirebilir. Gerçek anlamda muhakemeye katılma yetkisi olmayan kişinin, sahte bir kimlikle yargılamaya dahil olduğunu varsayalım. Bu durum varsayımsal olarak bile kabul edilemez görünmektedir. Muhakemeye katılmayı hak etmeyen birinin öne sürdüğü delillerle, masum birinin mahkum olması da, aynı biçimde kabulden uzaktır. Mağdurun ve suçtan zarar görenin de doğru biçimde tespiti gereklidir. Oysa, CMK bünyesinde sadece şüpheli ve sanığın fizik kimliğinin tespitini düzenlemiştir. Maddi gerçeğin bulunabilmesi için, CMK kapsamında mağdur, suçtan zarar gören ve katılanın da fizik kimlik tespitine esas düzenlemelerin yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespitine ilişkin düzenlemelerin CMK bünyesinde yapılmasından sonra, PVSK kapsamında yapılan değişiklikle kolluğa gözaltına alınan şüphelilerin ve gönüllü şüphelilerinin parmak izlerinin alınması ve gözaltına alınan şüphelilerin fotoğraflarının kayıt altına alınması şeklinde fizik kimlik tespiti yetkisi vermesi, düşüncemizce yerinde olmamıştır. PVSK'nun konuyla ilgili

---

67 M. Bedri Eryılmaz, , "Teşhis, Yer Gösterme, Adli Muayene, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İnceleme ve Fizik Kimliğin Tespiti", (http://lms.atauni.edu.tr.Erişim Tarihi 02.11.2013).

68 M. Bedri Eryılmaz, , " 5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri İki Adım Geri", *Ankara Barosu Dergisi* , Ankara 2007, Y:65, S:3, s.72.

düzenlemesi mecburi yetki niteliği taşımaktadır. PVSK'nun 5. maddesi: Polis; gönüllü,...gözaltına alınan, kişilerin parmak izini alır... düzenlemesini getirmiştir. Düzenleme "alabilir" ifadesi yerine "alır" biçiminde olduğundan, değerlendirmemize göre, mecburi yetki niteliği taşımaktadır. Bu durumda kolluk birimleri gönüllü olan ve gözaltına alınan tüm şüphelilerin parmak izini almak suretiyle, fizik kimlik tespiti yapacaktır. Mevcut düzenleme gözaltına alınan bütün şüphelilerin parmak izlerinin alınması ve kaydedilmesi sonucunu doğurmaktadır[69]. Bu durum, fizik kimlik tespitine ilişkin gereklilik koşuluyla bağdaşmamaktadır. Düşüncemizce PVSK ile CMK'nun bu konudaki kurallarından farklı bir düzenlemeye gidilmesine gerek bulunmamaktadır. Kolluk birimleri gözaltı için zaten savcıdan izin alacaklarına göre, fizik kimlik tespiti konusunda savcıdan talepte bulunarak sorunu çözmeleri mümkün iken, gözaltına alınan tüm şüphelilerin fizik kimliğinin, parmak izi alımı yoluyla tespiti, uygulamayı genelleştirecek ve kurumun gereksinime dayalı kullanımını anlamsız kılacaktır. Bu nedenle PVSK bünyesindeki bu düzenlemenin kaldırılmasının uygun olacağını değerlendiriyoruz.

SONUÇ

İşlenen suçu bir cezanın takip etmesi gerekliliği ve maddi gerçeği bulma amacı, ceza muhakemesini bir devinim sürecinde tutmaktadır. Bu süreç içerisinde ceza muhakemesi ihtiyaç duyduğu kurumları geliştirmektedir. Ceza bir muhakeme süreciyle realize olacaktır. Muhakeme sürecinin amacına ulaşması şüpheli ve sanığın doğru biçimde tespitiyle mümkündür. Şüpheli ve sanığın kimliği bilinemeden süreç yürütülemez. Bazen şüpheli ve sanığın kimliğinin bildirmemesi, hatta gizlemesi mümkündür. Kimliğini doğru bildirmek hukuki ve ahlaki bir yükümlülük olsa da, bireyler bu yükümlülüğü uymayabilir. Hatta, bireyler bu konuda yaptırımı da göze alabilir. Ceza muhakemesi süreci bu halde özgürlük ve güvenlik dengesini bozmadan, kimliği belirlemeye yönelik tedbirleri almak zorundadır. Bu tedbirler genelde fotoğraf çekmek, parmak izi almak, bedenin dış özelliklerini belirlemek ve bunları kaydetmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu türlü kimlik tespitine fizik kimlik tespiti adı verilmektedir. Yeni CMK bünyesinde, dokt-

69 Eryılmaz, 5681..., s.71.

rindeki talep ve eleştirilere paralel olarak, şüpheli ve sanığın fizik kimlik tespiti düzenlenmiştir. CMK bünyesinde konunun düzenlenmesi düşüncemizce son derece faydalı olmuştur. Çünkü, fiziki veriler adeta zamana meydan okuyan, değişmez tespitler sunmaktadır. Bu tespitler muhakemenin doğru yürütülmesini sağlayacaktır. Fizik kimlik tespitinin faydaları ile beraber, özgürlüğü sınırlayıcı yönü de bulunmaktadır. Bu nedenle fizik kimlik tespiti yoluna gereklilik bulunmadıkça gidilmemeli ve tedbir ölçülü kullanılmalıdır. Fizik kimlik tespitinin bir tali muhakeme süreci olduğu göze alınarak, süreç ceza muhakemesi kurallarına uygun yürütülmeli, sonuç bir kararla açıklanmalı ve karar tebliği edilmelidir. CMK ve konuyla ilgili yönetmelikten doğan karar merciinin savcı, hakim ya da mahkemeden hangisi olduğu yolundaki çelişki giderilmeli, soruşturma safhasında savcının yetkili olduğu ancak hakimden de bu konuda karar istenebileceği, kovuşturma safhasında mahkemenin yetkili olduğu düzenlemesi yapılmalıdır. Fiziki kimlik tespitine ilişkin verilerin kaydedilmesinin özel hayatın gizliliği ve benzersiz olmak hakkıyla ilintisi göz önüne alınmalı, suç işlemediği anlaşılan ya da suç işlediği kanıtlanamayan ve bu nedenle masum kabul edilen kişilere ilişkin kayıtların yok edilmesinde hassasiyet gösterilmelidir. PVSK bünyesinde yer alan gözaltına alınan şüphelilerin parmak izinin alınması ve fotoğraflarının çekilerek kaydedilmesi konusunda kolluk birimlerine adeta mecburi yetki veren düzenleme kaldırılarak, konuyla ilgili CMK hükümlerine göre hareket edilmelidir. Yine değerlendirmemize göre mağdur, suçtan zarar gören ve katılanın da fizik kimlik tespitlerine olanak veren düzenlemeler CMK bünyesinde yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Ademoğlu İsmail, "Parmak izi", (http://www.hukukturk.com. Erişim Tarihi 28/11/2013).

Aksoy İpekçioğlu Pervin "Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İzmir 2007, C.9, Özel Sayı, s.1215-1254.

Apiş Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi*, İstanbul 2012, C:18, S: 1, s.267-296.

Balı Yunus, "Gutmann metodu(35 kez silme) nedir?", (http://www.dijitaldeliller.com. Erişim Tarihi 13.12.2013).

Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/Mcbrıde Jeremy/Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, Türkiye Barolar Birliği Yayını.

Centel Nur, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 1994, C: 8, S: 1-3, s.69-99.

Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, Beta Yayını.

Demirbaş Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesi Alınması ve Müdafilik", *Legal Hukuk Dergisi*, İstanbul 2005, Y: 3, S: 32, s.2871-2883.

Doğru Osman "Sanık Öğüten Çarklar": İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, İstanbul 2012, Tesev Yayını.

Elmacı Şerafettin, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İstemenin Koşulları", *Adalet Dergisi,* Ankara 2013, S:46, s.274-291.

Erem Faruk, "Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması", (http://dergiler.ankara.edu.tr. Erişim Tarihi 03.11.2013).

Ergül Ergin, "Kolluğun Kimlik Sorma Yetkisi ve Uygulaması", *Gümrük Dünyası Dergisi*, S:53, (http://www.gumrukkontrolor.org.tr. Erişim Tarihi 19.11.2013).

Eryılmaz M. Bedri, " 5681 Sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'ndaki (PVSK) Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum: Bir Adım İleri İki Adım Geri", *Ankara Barosu Dergisi ,* Ankara 2007, Y:65, S:3,s.63-79.

Eryılmaz M. Bedri, "Teşhis, Yer Gösterme, Adli Muayene, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İnceleme ve Fizik Kimliğin Tespiti", (http://lms.atauni.edu.tr.Erişim Tarihi 02.11.2013).

Feyzioğlu Metin,"Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, Galatasaray Üniversitesi Yayını, s.397-425.

Gültekin Özkan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Kavramı", (http://www.terazi.com.tr. Erişim Tarihi 20.11.2013).

Hacıoğlu Burhan Caner, "Türk Ceza Adalet Sisteminin İşleyişindeki Etkinlik Konulu Araştırma Raporu Üzerine Bir Değerlendirme",(http://hukuk.erzincan.edu.tr. Erişim Tarihi 15.12.2013).

(http//www.adalet.org. Erişim Tarihi 26.12.2013).

(http://www.basin.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 04.12.2013).

(http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

(https://groups.google.com. Erişim Tarihi 05.11.2013).

(http://www.haberciniz.biz Erişim Tarihi 20.11.2013).

(http://www.inhak.adalet.gov.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

(http://www.istanbulbarosu.org.tr. Erişim Tarihi 04.12.2013).

(http://www.karararа.com. Erişim Tarihi 03.11.2013).

(http://www.kararevi.com. Erişim Tarihi 17.11.2013).

(http://www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi 09.11.2013).

İnci Özen Z., "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis" , *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2009, S:85, s.105-136.

Karakehya Hakan, "Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Erzincan 2007, C: XI, S: 3-4, s.131-147.

Kaygusuz Ziyaettin, "Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti", *Polis Bilimleri Dergisi,* Ankara 2008, C:10, S:1, s.81-116.

Kocaoğl, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi,* Ankara 2011, S:1, s.29-58.

Koyuncu Ali, "Ceza Adaleti Usul Hukuk İlişkisi ve Vicdani Kanaat", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2011, S:4, s.351-369.

Köküsarı İsmail, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara 2011, C:XV, S: 1, s.163-208.

Kunter Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, Kazancı Yayını.

Kunter Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku", İstanbul 2008, Beta Yayını.

Ömeroğlu Ömer, "Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2008, C.10, S:2, s.99-132.

Özbek Veli Özer, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kısa Bir değerlendirmesi", (http://kisi.deu.edu.tr. Erişim Tarihi 09.11.2013).

Özbek, Veli Özer, "Yeni Türk Ceza Kanununun Kısa Bir değerlendirmesi", (http://kisi.deu.edu.tr. Erişim Tarihi 22.11.2013).

Öztürk Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin F/Alan Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Seçkin Yayını.

Salah Albert Ali/Gökberk Berk/Akarun Lale, "Üç Boyutlu Yüz Tanıma", GAP V. Mühendislik Kongresi Bildiriler Kitabı, 26-28 Nisan 2006, Şanlıurfa 2006.

Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, Yetkin Yayını.

Şen Ersan "Ceza Yargılaması Süreci", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2011, S:97, s.269-300.

Şenses Erkan "Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2013, s.379-400.

Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, Savaş Yayınevi.

Tosun Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C:2, İstanbul 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, Asil Yayını.

Türkçe Sözlük, Ankara 2005, Türk Dil Kurumu Yayını.

Ünver Yener/Hakeri Hakan Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Adalet Yayını.

Üzülmez İlhan, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2005, S: 58, s.41-72.

Yenisey Feridun, "Durdurma, Kimlik Sorma, Kimlik Tespiti", (http://www.caginpolisi.com.tr. Erişim Tarihi 16.11.2013).

Yenisey Feridun, Kolluk Hukuku, İstanbul 2009, Beta yayını.

Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1994, Alfa Yayını.

AVUKATIN HAKLARININ ÖNÜNDEKİ ENGELLER

LIMITATION ON THE RIGHTS OF THE LAWYER

Çağrı YÜCEL*

Özet: Genelde avukatlığın sorumluluk ve ceza boyutu incelenirken, avukatlığın en önemli unsurlarından birisi olan avukatın hakları ihmal edilmektedir. Aslında avukat sahip olduğu bu haklar sayesinde görevini ifa edebilmektedir. Ancak özellikle son yıllarda bu hakların önünde önemli engeller getirildiği gözlemlenmektedir. Bu makalede avukatın bazı haklarının önündeki engeller incelenecektir.

Anahtar Kelimeler : Avukatın hakları, avukatlık hakları.

Abstract: Although the responsibility and punishment aspect of attorneyship is commonly examined, the right of the lawyer, which is one of the most important components of attorneyship, is largely ignored. In fact, the lawyer is able to perform her or his job thanks to these rights she or he holds. However, it has been observed that important limitations on these rights have been used especially in recent years. In this article, the limitations on some of the rights of the lawyer will be investigated.

Keywords: Rights of the lawyer, rights of the attorneyship.

Giriş

Avukatlar arasında genelde Avukatlık Ceza Kanunu veya Avukatın Ceza Kanunu şeklinde adlandırılan Avukatlık Kanunu ve bu Kanun'a bağlı olarak ihdas edilen mevzuatın avukatlara birçok yükümlülük ve bu yükümlülüklere aykırılık sebebiyle disiplin ve/veya cezai sorumluluk getirdiği bilinmektedir. Nitekim avukatlık hukukuna ilişkin az sayıdaki eserde bu durum açıkça görülmektedir. Yine birçok avukat bu yükümlülüklere aykırı davranma iddiasıyla disiplin kovuşturması veya ceza soruşturmasına muhatap olmaktadır. Genel olarak staj eğitim çalışmalarında avukatın yükümlülüklerine çok geniş yer ayrılmakta, avukatın yükümlülüğü ve yükümlülüğün ihlali halinde avukatın muhatap olabileceği durumlar ayrıntılı bir şekilde işlenmektedir.

* Avukat, Eskişehir Barosu – Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

Avukatlık Kanunu ve bağlı mevzuatta sadece avukatın yükümlülükleri düzenlenmiş değildir. Aksine avukatın yükümlülüklerinin yanında avukatın hakları da yer almaktadır. Gerek Avukatlık Kanunu gerek diğer mevzuatta yer alan bu haklar sayesinde avukatlık mesleği icra edilebilmesine rağmen, çoğu zaman bunun farkına varılmamakta, aslında en haklı olunan konuda dahi bilgisizlik veya başka sebeplerle geri adım atılmakta, hakkın kullanılmasını engelleyen adli veya idari karar verildiğinde, farkında olunmayan hakkın önemi anlaşılmaktadır. İşte bu sebeple avukatın hakları da avukatın yükümlülükleri kadar ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir.

Bu çalışmanın amacı, çok geniş olan bu hakların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi değildir. Ülkemizde avukatın birçok hakkı olmasına rağmen, hakların kullanılmasının hukuka aykırı karar ve uygulamalarla engellendiği görülmektedir. İşte bu kapsamda avukatın haklarından bazılarının önüne konulan engeller ve bu engellerin hukuka aykırılığı inceleme konusu yapılacaktır.

1. Genel Olarak Avukatın Hakları

Ülkemizde maalesef avukatlık hukukunun tüm boyutlarıyla inceleyen çok az sayıda eser bulunmaktadır. Bu eserlerde avukatın haklarının farklı şekillerde sınıflandırıldığı görülmektedir. Her ne kadar avukatın haklarını, hak ve yetki şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutan bir görüş[1] bulunmaktaysa da, kanaatimizce avukatın haklarını bir bütün olarak değerlendiren ve bu hakları iş edinme, mesleki çalışma yapma, meslek örgütü ile ilişkiler, iş sahibi ilişkileri ve sosyal güvenlik yönünden sınıflandıran görüş[2] daha isabetlidir.

Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin II. fıkrası ile yargının kurucu unsuru olarak kabul edilmiş avukatın, bu görevini ifa edebilmesi için gerekli haklara sahip olması gerekmektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu, farklı düzenlemelerle, avukatın buna ilişkin haklarını düzenlemiştir. Daha önceleri bu hakların ve özellikle avukatın tekel hakkının genişletilmesi yönünde öneriler yapılmaktayken, bugün mevcut hakların nasıl korunacağı üzerine düşünülmektedir. Gerçekten bu çalışmada sa-

1 Meral Özkan Sungurtekin, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 2012, s.203-378. Özkan'a göre, haklar sahiplerine yetkiler de vermektedir ve bu sebeple yetki hakkın mevcudiyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

2 Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, s.281-432.

dece bir kısmını inceleyebileceğimiz mevzuat, karar ve uygulamalarla, avukatın haklarının giderek budandığı, ama aslında budanan hakkın sadece avukatın değil, kişilerin hakkı olduğu görülecektir.

Gelinen aşamada sadece avukatların değil, avukatların meslek örgütü olan baroların da haklarının kısıtlanmaya çalışıldığı ve hatta kısıtlandığı tespit edilmelidir. Ancak burada da aslında hakkı kısıtlananın barolar değil, yine kişiler olduğu göz ardı edilmektedir. Çalışmamızda doğrudan avukatın haklarının önündeki engeller incelenecek olmakla birlikte, bu başlık altında baroların önemli bir hakkına getirilen kısıtlamaya kısaca değinmek isabetli olacaktır.

Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinin I. fıkrasında baroların hukukun üstünlüğü ile insan haklarını savunmak ve korumak amacının bulunduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye dayanan barolar, özellikle idarenin birçok eylem ve işlemine karşı idari yargıda dava açmakta ve açılan bu davalarda baroların dava ehliyeti olduğu kabul edilmekteydi[3]. Buna karşılık Danıştay, yıllardan beri istikrarlı bir şekilde verdiği bu kararlarından dönerek, baroların dava açma ehliyetini dar olarak yorumlamaya başlamıştır[4]. Danıştay'ın bu kararları geleceğe, avukatlığa ve barolara bakış açısı yönünden önemli işaretler vermektedir. Maalesef hukuk kültürü ve bilincinin yeterli seviyelerde olmadığı toplumlarda hak arama bilincinin de istenen seviyelerde

---

3 12.D, 24.12.1997, E.1996/611, K.1997/4255 (SMİP); DİDDK, 07.10.2004, E.2004/2163, K.2004/788 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları - SMİP).

4 6.D, 08.06.2011, E.2010/12920, K.2011/2120 (SMİP); 14.D, 21.09.2011, E.2011/13742, K.2011/796 (SMİP). Buna karşılık 8.D, 25.05.2012, E.2009/3301, K.2012/3510 sayılı kararında Ankara Barosu'nun, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırlarında bulunan park ve piknik alanlarında içki içilmesinin yasaklanmasına ilişkin işleminin iptali için açtığı davada, Ankara Barosu'nun İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen şekliyle bir menfaatinin ihlal edilmediği gerekçesiyle, işlemin iptaline karar veren Ankara 9. İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuştur (Karar yayımlanmamıştır). Ancak bozma kararından sonra davaya tekrar bakan Ankara 9. İdare Mahkemesi, 19.09.2013, E.2013/1333, K.2013/1254 sayılı kararında, "...1136 sayılı Yasa'nın 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan yasal değişiklikten sonra baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır. Avukatlık Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra dava açma ehliyetini bulunup bulunmadığı saptanırken ... menfaat ilgisinin olaya özgü, ancak daha geniş yorumlamak gerekir. Dolayısıyla dava konusu uyuşmazlığın niteliği göz önünde bulundurulduğunda davacı baronun menfaat ilgisinin bulunduğu açıktır..." gerekçesiyle, ilk kararında ısrar etmiştir (http://www.ankarabarosu.org.tr/images/Duyurular/9idare.pdf - erişim tarihi: 12.01.2014).

olmaması doğaldır. Ülkemizde de bu kültür ve bilincin halen yeterli seviyelerde olmadığı dikkate alındığında[5], baroların dava açma ehliyetinin dar yorumlanmasının yine kişilerin haklarını doğrudan etkileyeceği unutulmamalıdır. Kanaatimizce Anayasa'nın 36. maddesinin I. fıkrasında belirtilen hak arama özgürlüğü, geniş bir şekilde yorumlanarak toplumu ilgilendiren idari davalarda baroların dava ehliyetinin olduğu kabul edilmelidir.

2. Avukatın Delil Toplama Hakkının Önündeki Engeller

2.1. Avukatın Delil Toplama Hakkı

2001 değişiklikleriyle Avukatlık Kanunu'na giren avukatın delil toplama hakkı[6] Kanun'un 2. maddesinin III. fıkrasında düzenlenmiştir[7]. Ancak belki maddenin avukatın haklarıyla ilgili olmayan bir maddede düzenlenmesi[8], belki delil toplama yetkisinin sadece mahkeme ve savcılıklarda görülmesi ama belki de en önemlisi konuya ilişkin yeterli bilgi sahibi olunmaması sebebiyle, maalesef bu madde yeterince uygulanamamaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının ihdas edilmesindeki temel amaç, avukatın konuyla ilgili olarak tüm delillere ulaşabilmesine olanak tanınması ve bu sayede avukatın bu delillere

---

5 Belirtmek gerekir ki, barolar da bu seviyenin yükselmesi için bazı çalışmalar yapabilirler. Kişilerin hukukla ilgili bilinçsizliklerini azaltmak, farkındalığı arttırmak, kısacası kişilere haklarını hatırlatmak için konuyla ilgili kitapçıklar dağıtılması, okullarda ve mahallelerde buna ilişkin kısa ve basit konferanslar verilerek kişilerin bilgilendirilmesi, yazılı ve görsel medyada tanıtımların yapılması gerekmektedir. Böylece hem kişilerin hukuk bilinci ve farkındalığı artacak, hem de kişiler haklarının daha fazla farkına vararak avukata daha fazla ihtiyaç duyacaktır.

6 Danıştay'ın henüz bu değişiklik yapılmadan önce de avukatın, avukatlık hizmetinin yürütülmesi için gereken belgeleri incelemesinin mümkün olduğu yönündeki kararı için bkz. 10. D, 21.03.1996, E.1994/7677, K.1996/1617 (SMİP).

7 Avukatın delil toplama hakkının bulunmadığı yönünde bkz. Özkan, s.19.

8 AK m.2, avukatlığın amacını düzenlemekte olup, avukatın delil toplamaya yetkisinin aslında bu maddede değil, avukatın haklarının düzenlendiği AK m.35 vd.'da düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde bkz. Çelikoğlu, Cengiz Topel: "Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Delil Toplama Yetkisi, TBBD 2012, S.100, s.303. Nitekim Türkiye Barolar Birliği tarafından 2012 yılında yapılan Avukatlık Kanunu değişiklik önerisine ilişkin olarak hazırlanan Eskişehir Barosu'nun görüş ve önerilerinde de bu husus belirtilmiş, delil toplama yetkisinin Avukatlık Kanunu Değişiklik Taslağı'nın 35/B maddesi altında toplanması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Barolar Birliği 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma Metinine İlişkin Eskişehir Barosu'nun Görüş ve Önerileri, s.22.

göre hukuki süreci yönlendirerek yargılama sürecinin uzamasının önlenmesidir[9]. Bu hüküm her ne kadar Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmişse de aslında düzenleme Anayasa'nın 36. maddesinin bir sonucudur. Zira Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiş olup, adil yargılanmanın en önemli unsurlarından birisi, yargılamanın makul bir sürede gerçekleştirilip bitirilmesidir. Ülkemizdeki yargılama süreçleri incelendiğinde delillerin toplanmasının yargılama sürecini geciktirdiği görülmektedir. Dolayısıyla avukatın delil toplama hakkının sınırları genişlediği ölçüde, mahkemelerin delillerin toplanması için harcadıkları süre de azalacaktır. Ayrıca bir kişinin konuyla ilgili tüm delillere ulaşabilmesi aynı zamanda savunma hakkının da bir gereğidir[10].

Avukatın delil toplama hakkı kapsamında avukatın incelemesine sunulacak bilgi ve belgeler, avukatın gerek duyacağı bilgi ve belgeler olmalıdır. Bir başka ifade ile bilgi ve belge incelemek isteyen avukat, bu bilgi ve belgeyi inceleme gerekçesini bildirmelidir[11]. Avukatın incelemek istediği bilgi ve belge ile müvekkili arasındaki ilişkiyi belirtmesi yeterli olup, bu bilgi ve belgeyi nerede, nasıl kullanacağına ilişkin açıklama yapması gerekmemektedir[12].

Avukatın delil toplama hakkının sınırı, avukatlık görevinin yerine getirilmesidir[13]. Bu sebeple, bir taşınmazın satışına aracılık etmek amacıyla tapudaki bilgi ve belgeleri toplamak isteyen avukatın faaliyeti avukatlık faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, böyle bir talebin reddedilmesi gerekmektedir. Zira bir avukatın emlak komisyonculuğu yapabilmesi mümkün değildir[14].

---

9 Hasan Tahsin Gökcan, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2012, s.820; Güner, s.288.

10 1. D, 27.06.2008, E.2008/721, K.2008/800 sayılı kararına göre, "…soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu..." (SMİP).

11 Gökcan, s.820; Güner, s.292; Vuraldoğan, Kemal: "Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı", EBD 2005, S.7, s.33.

12 Vuraldoğan, s.33-34. Avukatın delil toplama hakkına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. 1. D, 10.04.2002, E.2002/26, K.2002/52 (KİBB).

13 Güner, s.291. Sınır belirlenirken TMK m.2'den de yararlanabileceği yönünde bkz. Çelikoğlu, s.302; Güner, s.291.

14 Delil toplama hakkının amaç dışı kullanılması durumunda avukatın sorumlulu-

2.2. Hakkın Önündeki Engeller

Avukatın delil toplama hakkının önündeki ilk engel, avukatın delil toplama hakkının düzenlendiği Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasında avukatın bilgi ve belge talebini karşılamakla yükümlü olanlar sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki bu saymanın isabetli bir şekilde yapıldığı iddia edilemez. Zira hükümde vakıflardan söz edilmesine rağmen, derneklerden söz edilmemiştir. Aynı şekilde hükümde, uygulaması çok geniş olan özel hukuk kişileri, özellikle şirketlerden söz edilmemesi düşündürücüdür. Uyuşmazlıkların çoğunluğunun özel hukuk kişileri arasında olduğu dikkate alındığında, özel hukuk kişilerinden delil toplanamaması önemli bir eksiklik olarak tespit edilmeli ve kapsam tüm özel hukuk tüzel kişilerini kapsayacak şekilde genişletilmelidir[15].

Avukatın delil toplama hakkının önündeki ikinci engel, kanunlardaki özel hükümlerin saklı tutulmasıdır. Gerçekten avukatın delil toplama hakkı sınırsız olmayıp, özel hükümler sebebiyle bu hak sınırlanabilmektedir. Avukatın delil toplama hakkını sınırlayabilen hükümlerin hepsinin bu çalışma kapsamında incelenebilmesi mümkün değildir[16]. Bununla birlikte, avukatların sürekli olarak karşılaştığı iki sorunun burada daha ayrıntılı bir şekilde irdelenmesi gerekmektedir. Avukatlık Kanunu 2. maddesinin III. fıkrasında noterlerin bilgi ve belgelerin incelenmesine yardımcı olmak zorunda olduğu düzenlenmiş olmasına rağmen, noterler Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerini gerekçe göstererek bilgi vermekten kaçınmaktadır. Noterlerin her türlü bilgi ve belgeyi Noterlik Kanunu'na göre incelettirmekten imtina edebileceği kabul edildiğinde, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasındaki düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Nitekim uygulamada da çoğu zaman anlamının kalmadığı görülmektedir. Acaba noterler tarafından yapılan bu uygulama hukuka uygun mudur?

Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle Noterlik Kanunu'nun 54. ve özellikle de 55. maddesinin daha yakından incelenmesi gerekmektedir. Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinde noterlerin ve noterlik katiplerinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiş ve kanunlardaki emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla, öğrenilen

---

ğunun doğacağı açıktır.

15 Çelikoğlu, s.302-303.

16 Örneğin Ban.K m.73, VUK m.5, İYUK m.20/III.

sırların açıklanması yasaklanmıştır. Kanun'un 55. maddesinde ise noterlik evrak ve defterlerinin gizliliği ve hangi hallerde kim tarafından incelenebileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu hükümde düzenlenen husus özellikle bir soruşturma veya kovuşturma ya da dava sebebiyle noterdeki bir belgenin nasıl inceleneceği, hangi koşullarda noter dairesinin dışına çıkarılacağıdır. Buna karşılık bir avukatın müvekkili ile doğrudan ilgili bir belge yönünden bu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. Uygulamada avukatlar, doğrudan müvekkillerini ilgilendiren bir ihtarname, sözleşme gibi bir belgeyi incelemek veya belgeden örnek alabilmek için notere başvurduklarında, bu talep Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddeleri gerekçe gösterilerek başvuru reddedilmektedir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için şu basit örnek verilebilir. Avukat, müvekkiline tebliğ edildiği iddia edilen bir ihtarnameyi ve tebligat parçasını incelemek, gerekirse bu belgelerden örnek almak istemektedir. Avukatın bu talebinin Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrası kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Avukatın bu talebinin Noterlik Kanunu'nun 55. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilerek reddedilmesi ise mümkün değildir. Noterler, bu bilgi ve belgeleri üçüncü kişilere açıklamaktan imtina edebilirler. Bununla birlikte, ihtarnamenin doğrudan muhatabı olan bir kişinin avukatının, bu ihtarnameyle ilgili bilgi talep etmesi, sır saklama yükümlülüğünü veya evrakın gizliliğini ihlal etmez. Bu sebeplerle kanaatimizce Noterlik Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerinde yer alan hükümlerin, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasında belirtilen özel hükümlerden[17] olduğu kabul edilse dahi[18], bunun mümkün olduğu kadar dar yorumlanması ve avukatın incelemek istediği belgeyle ilgisini gerekçelendirmesi durumunda bu belgeyi inceleyebilmesi ve hatta bundan örnek alabilmesi mümkün olmalıdır[19]. Dolayısıyla noterlerin bu yakla-

---

17 AK m.2/III'te geçen "kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla" ibaresinin yürürlükteki kanunların yanında, usulünce onaylanarak Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası sözleşmelerdeki özel hükümleri de kapsadığı yönünde bkz. 10. D, 06.03.2007, E.2004/10375, K.2007/891 (SMİP). Buna karşılık, AK m.2/III'teki özel hükümlerin, idarenin kendi iç işlemlerini düzenleyen talimatları kapsamadığı yönünde bkz. Ankara 4. İdare Mahkemesi, 21.01.2003, E.2002/837, K.2003/35 (Güner, s.291 dn.16); 8. D, 22.12.2010, E.2010/8563, K.2010/7231 (SMİP).

18 Serkan Ağar, / Zeynep Bahadır, "Avukatın Dosya İncelemesine Getirilen İdari Sınırlamanın Kanunu Aykırılığı", TBBD 2008, S.75; Çelikoğlu, s.299 dn.67; Güner, s.292.

19 4. D, 16.03.2011, E.2009/695, K.2011/1094 sayılı kararına konu olayda avukat,

şımdan vazgeçmeleri için gerekirse Türkiye Noterler Birliği nezdinde girişimlerde bulunulmalı, bu girişimlerden sonuç alınamaması durumunda ise konunun yargıya taşınması ve gerekirse kanun değişikliği yapılması için çalışılması gündeme gelmelidir.

Noterlik Kanunu'ndaki düzenleme sebebiyle karşılaşılan bu sorunun bir benzeri hatta daha fazla olarak vergi müdürlüklerinde yaşanmaktadır. Vergi müdürlükleri, Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesindeki vergi mahremiyeti düzenlemesini gerekçe göstererek, avukatların müvekkilleriyle ilgili taleplerini reddetmektedir[20]. Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinde de yine tıpkı Noterlik Kanunu'nun 54, 55. maddelerindeki gibi, vergi işlemlerine ilişkin bilgi sahibi olanlar için sırların saklanması yönünde bir yükümlülük getirmiştir. Buna karşılık uygulamada bu hüküm çok geniş yorumlanmakta, avukatın müvekkiliyle ilgili bilgi talepleri geri çevrilmekte, hatta Avukatlık Kanunu'nun avukatın kanunu olduğu, kendilerini bağlamadığı dahi ileri sürülebilmektedir. Halbuki, hakkında idari bir işlem tesis edilen veya edilecek olan bir kişinin avukatı, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasına dayanarak, o işleme konu olabilecek tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmelidir. Belirtmek gerekir ki, doktrin[21] ve Danıştay[22]

---

hakkında cezalı vergi tahsilatı yapılan müvekkiline ilişkin tüm tarh, tahakkuk, tahsilat vs. evraklarının vergi müdürlüğünden AK m.2/III'e göre talep etmiş ancak vergi dairesi VUK m.5'i gerekçe göstererek avukatın bu talebini reddetmiştir. Bu red işleminin iptali için dava yerel mahkemece kabul edilmiş ve söz konusu karar onanmıştır (SMİP). Bu karardan yola çıkarak noterlerin de ilgilisiyle doğrudan bağlantılı evrakları avukata incelettirmesinin bir zorunluluk olduğu söylenebilecektir.

20 Vergi mahremiyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ağar, Serkan: "Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı", ABD 2012, S.2, s.369-379.

21 Ağar, s.388.

22 4.D, 16.03.2011, E.2009/695, K.2011/1094 sayılı kararında, "…davacı vekili tarafından, davacıdan tahsil olunan cezalı vergi işlemlerine ait tüm tarh, tahakkuk, tahsilat, evrak ve ödeme suretleriyle diğer bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin tarafına verilmesi istemiyle yapılan başvurunun istenilen bilgi ve belgelerin 213 sayılı Kanunun 5'inci maddesi gereğince vergi mahremiyetini ihlal sayılacağı belirtilerek reddedilmesi üzerine davanın açıldığı, vergi mükellefleriyle ilgili olup vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilen ilgilerin vergi dairesi yetkililerince ifşa edilememesi gerektiği, davacı vekilinin idareye yaptığı başvuru davacının işleri için ve vekil sıfatıyla yapılan bir müracaat olup bu istemin reddi üzerine menfaati ihlal edilen kişinin vekil olmayıp davacının kendisinin olduğu, tarh dosyasından rahatlıkla temin edilebilecek uyuşmazlık konusu belgeler vergi mahremiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden söz konusu başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Davalı idare, dava konusu yazıyla söz konusu belgelerin avukata verilemeye-

da aynı görüşte olup, vergi müdürlükleri tarafından bu taleplerin reddi halinde ret işleminin iptali için mutlaka dava açılmalı ve bu talebi açık kanun hükmüne rağmen yerine getirmeyen kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulmalıdır.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki üçüncü engel Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının yeterince bilinmemesidir. Önemle belirtmek gerekir ki, sadece bilgi ve belge sağlamakla yükümlü olanlar bakımından değil, avukatlar bakımından da bilinmezlik veya az bilinirlik söz konusudur. Ülkemizde avukatlığın en önemli sorunlarından birisi, avukatlar arasında Avukatlık Kanunu'nun belki de en az bilinen kanun olmasıdır. Bu sorunun doğal sonucu, bu temel hakkın dikkate alınmamasıdır. Öte yandan bilgi ve belge sağlama yükümlülüğüne sahip kişilere başvurulduğunda da kişiler bilgisizlik sebebiyle buna mesafeli yaklaşmaktadır. Kanaatimizce bu engelin ortadan kaldırılması için hakkın kapsamıyla ilgili olarak avukatlar ve stajyer avukatlar eğitime tâbi tutulmalı, özellikle kamu kuruluşları yetkilileri ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmelidir.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki dördüncü engel Adalet Bakanlığı'nın bakış açısıdır. Adalet Bakanlığı'nın 20.12.2006 tarihli 26029 sayılı görüş yazısında aynen "...1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan değişikliğim avukatlar lehine sınırsız bir serbesti tanımadığının dikkate alınarak uygulama yapılması gerektiği düşünülmektedir..." denilmektedir[23]. Bu görüş yazısına ilişkin aşağıda ayrıntılı inceleme yapılacağından[24], burada sadece bu bakışı belirtmek yeterli olacaktır.

Avukatın delil toplama hakkının önündeki beşinci engel yargı kararlarıdır. Bir yargı kararının engel olarak görünmesi çok hoş olmasa da, bu kararın hukuka aykırı olması ve kanun tarafından verilmiş bir

---

ceğinin belirtildiği, buna karşın vekil israfından davacı adına açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerektiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir… temyiz isteminin reddine..." denilerek, vergi mahremiyetinin avukatın delil toplama hakkının önünde bir engel olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir (SMİP).

23 Adalet Bakanlığı 20.12.2006, 26029 sayılı görüş yazısı. Görüş yazısı için bkz. Ağar / Bahadır, s.391. Aslında söz konusu görüş yazısı, avukatın dosya inceleme hakkına ilişkin bir yazı olup, avukatın dosya inceleme hakkı başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

24 Bkz. aşa.

hakkı ortadan kaldırdığı veya hakkın kullanımını zorlaştırdığı görüldüğünde bu terimin kullanılması zorunluluğu daha iyi anlaşılabilecektir[25]. Yukarıda farklı yerlerde anılan yargı kararları incelendiğinde, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinin III. fıkrasının kanuna uygun olarak yorumlandığı ve uygulandığı görülmektedir. Zira bu kararlarda, avukatın delil toplama hakkının mevcut olduğu isabetli bir şekilde ortaya konulmuştur. Bununla birlikte delil toplama faaliyetinin avukatların yanında bulunan katipler ve stajyer avukatlar tarafından yapılamayacağına ilişkin Danıştay kararının ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Söz konusu kararda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 44. maddesinin I. fıkrası gereğince nüfus kayıt örneklerinin ancak vekillere verilebileceği, her ne kadar Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasında avukatın işlerini stajyer avukat veya sekreteri eliyle yapabileceği belirtilmekteyse de bu hükmün davalara ilişkin olduğu, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ayrık bir düzenleme yapılmadığı belirtilerek nüfus kayıt örneklerinin stajyer avukat (kararda belirtilmemekle birlikte sekreter) eliyle alınmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir[26]. Danıştay'ın bu kararına katılabilme imkanı bulunmamaktadır.

Öncelikle nüfus kayıtlarının gizli olması, vatandaşların kimlik ve adreslerinin devlet güvencesi altında korunması, bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşımının sıkı şartlara tâbi tutulması isabetli ve zorunludur. Bununla birlikte, açık kanun hükümlerinin gereksiz bir şekilde zorlanması sonucunda, avukatın Avukatlık Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olan bir hakkının engellenmesi kabul edilemez. Avukat birçok müvekkili ile vekalet ilişkisine girebilmekte ve bu kişilerden vekaletname almaktadır. Vekaletini aldığı bu kişilerin işleri sadece mahkemeler, savcılıklar ya da icra müdürlüklerinde değildir. Bu kişilerin nüfus, tapu, kadastro, banka, sigorta şirketi gibi farklı yerlerde avukatlık hizmetine ihtiyaç duyması mümkündür. Bu yerlerden birisi de nüfus müdürlükleridir. Avukatın yetkisi Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasında açıkça düzenlendiğine göre, bu hükmün artık avukatlık hizmetinin görülmesi bakımından genel bir hüküm olarak kabul edilmesi zorunludur. Aksine bir kabul sadece nüfus hizmetlerinde değil, tüm buna benzer kuruluşlara avukatın gitmesini zorunlu

25 Belirtmek gerekir ki, aynı gerekçeyle diğer başlıklar altında da yargı kararlarının bir engel teşkil ettiğinden söz edilecektir.

26 8. D, 22.03.2011, E.2008/11035, K.2011/1750 (KİBB).

tutar, Avukatlık Kanunu'ndaki hükmü tamamen etkisizleştirir ve avukatı bir bakıma sekreter konumuna getirir. Avukatlık Kanunu'ndaki bu genel düzenleme sebebiyle, her kanunda ayrıca işin sekreter veya stajyer avukat eliyle yapılabileceğinin vurgulanması gereksiz ve kanun yapma tekniğine aykırıdır. Kanaatimizce gerek Danıştay kararına konu İçişleri Bakanlığı'nın yazısı, gerek Danıştay kararında korunmak istenen menfaat, vatandaşların nüfus bilgilerinin gizliliği ve bundan dolayı devletin sorumluluğunu azaltmaktır[27]. Gerçekten nüfus kayıtlarının gereği gibi tutulması ve saklanmasından dolayı idarenin sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte, müvekkili ile vekalet ilişkisini ortaya koyan avukatın, işi kendi yanındaki stajyer avukat veya sekreter eliyle yapabilmesi Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin I. fıkrasının açık sonucudur[28]. Buna karşılık, nüfus müdürlüğünden sekreter veya stajyer avukat vasıtasıyla alınan bir nüfus kaydının amaca aykırı kullanılmasından dolayı, avukatın ve eylemi gerçekleştiren sekreter veya stajyer avukatın sorumlu olacağı tartışmasızdır.

3. Avukatın Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Hakkının Önündeki Engeller

3.1. Avukatın Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Hakkı

Avukatlık Kanunu'nun 46. maddesinin II. fıkrasında düzenlenen ve belki de avukatın her gün yaptığı işler kapsamında değerlendirilebilecek dosya inceleme ve dosyadan örnek alma işi, son yıllardaki uygulamalarla adeta ortadan kaldırılmış veya hukuka aykırı olarak güçleştirilmiştir.

---

27 Nitekim nüfus müdürlüklerinin aynı gerekçelerle kanunların farklı hükümlerini yerine getirmekten kaçınmaya çalıştıkları görülmektedir. Örneğin, bir disiplin soruşturması sonucunu tebliğ etmek isteyen Eskişehir Barosu, muhatabın adresine ulaşamaması sonucunda, muhatabın adresini nüfus müdürlüğünden talep etmiştir. Söz konusu talep, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Halbuki AK m.141/III'te yönetim kurulunun bir soruşturma dosyası ile ilgili bilgileri, her türlü adli ve idari merciden talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu genel düzenlemeden sonra, her kurumun özel kanununa ayrıca bu hususun yazılması gerekmemektedir. Nitekim bu gerekçelerin paylaşılmasından sonra sorun çözülmüştür.

28 Dikkat edilirse AK m.46/I'de işten söz edilmektedir. Hükümde kanaatimizce bilinçli olarak dava dosyası, icra takibi, adliyelerdeki iş gibi dar bir kavram kullanılmamış ve avukatın mahkemeler dışında da işleri olduğu kabul edilerek, hükmün geniş yorumlanmasına imkan tanınmıştır.

Avukatın bir dosyayı incelemesi ve gerektiğinde dosyadan dosyadaki tüm delillere ulaşabilmesi yine adil yargılanma hakkının bir sonucudur. Zira bir avukat, takip edeceği bir dosya ile ilgili tüm bilgilere ulaşabilmeli ve bu sayede dosya kapsamında gerekli avukatlık hizmetini verebilmelidir.

Avukatın bir dosyayı inceleyebilmesi için dosyaya vekaletname ibraz etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu hükmün amacı henüz vekaletname almayan avukata dosyayı inceleme fırsatı vererek gerekli araştırmayı yapmasını ve hukuki duruma göre işi alıp almayacağına karar verme imkanını sağlamaktır. Avukatın dosyayı incelemesi için vekaletname almasının zorunlu kılınması durumunda, avukat önce vekaletname alacak, bu vekaletnameyi dosyaya ibraz edecek, dosyayı inceleyecek ve ondan sonra işi almamaya karar verirse istifa ederek ya da müvekkilince azledilerek o dosyayı takip etme yükümlülüğünden kurtulacaktır[29]. Nitekim Kanun Koyucu, bu sakıncaları görerek avukatın dosya inceleme hakkını vekaletname ibrazına tâbi tutmamıştır.

Avukatlık Kanunu, dosya inceleme için vekaletname zorunluluğu aramamış ve fakat isabetli olarak dosyadan örnek alınabilmesi için vekaletname ibrazını zorunlu tutmuştur. Dosya inceleme hakkı sadece avukata değil, aynı zamanda stajyer avukata da tanınan bir haktır.

3.2. Avukatın Dosya İnceleme Hakkının Önündeki Engeller

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki birinci engel mevzuattan kaynaklanmaktadır. Avukatın dosya inceleme hakkı kapsamında dosyanın incelenmesine ilişkin tutanak düzenlenmesi yönünde bir hüküm Avukatlık Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamasına rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 42. maddesinin II. fıkrasında bu yönde bir düzenleme yapılmıştır. Düzenlemenin amacı anlaşılamadığı gibi, düzenleme normlar hiyerarşisi bakımından hem Avukatlık Kanunu hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırıdır. Maalesef aynı hüküm Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 54. maddesinin VI. fıkrasında da yer almaktadır. Bu hüküm de yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'ndeki hükmün hukuka aykırılığına ilişkin gerekçelerle hukuka aykırıdır.

---

29 Hükmün amacına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Güner, s.289.

Henüz engel çıkarmamış olmakla birlikte, önümüzdeki günlerde tartışılabilecek bir mevzuat hükmüne de burada değinmemiz gerekmektedir. Dosya inceleme hakkı özel olarak Avukatlık Kanunu dışında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 157. maddesinde de düzenlenmekteydi. Bu düzenlemede aynen "...Her iki taraf veya vekilleri dava dosyasını tetkik ve mütalâa edebilirler" ifadesi yer almaktaydı. Buna karşılık 01.10.2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin birinci fıkrasında "Zabıt kâtibinin gözetimi altında taraflar veya fer'i müdahil, dava dosyasını inceleyebilir..." denilmesi sebebiyle, acaba avukatların dosya inceleme hakkının ortadan kaldırıldığı veya dosya incelemenin hâkimin onayına bağlı olduğuna ilişkin bir yorum yapılabilir mi? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. Öncelikle önceki tarihli Avukatlık Kanunu, sonraki tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel bir kanundur. Kural olarak bu durumda özel kanunun uygulanacağı kabul edilmekteyse de bu ilkenin her zaman uygulanabilmesi mümkün olmadığından, kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerekmektedir[30]. Mevcut düzenlemede kanun koyucunun iradesi araştırıldığında ise, avukatın dava dosyasını inceleyebileceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Zira bu hükmün gerekçesinde açıkça "...Davanın tarafları, katılanlar ya da Avukatlık Kanununun açık hükmüne göre avukatlar dosyayı inceleyebilecektir..." denilmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin avukatların dosya inceleme hakkını ortadan kaldırdığı düşünülse de, avukatın dosya inceleme hakkı Avukatlık Kanunu kapsamında devam etmektedir[31].

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki ikinci engel uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Bu uygulamalardan ilki avukatın UYAP üzerinden dosya incelemesinin hâkimin iznine tâbi tutulmasıdır. Dosyada vekaletnamesi olmayan bir avukat, UYAP üzerinden dosya incelemek istediğinde hâkimden izin almak zorunda bırakılmaktadır. Avukatlık Kanunu'nda dosya inceleme hakkı bakımından herhangi bir izin şartı öngörülmemiştir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesinin I. fıkrasında dava ile ilgili bulunanların hâkimin izni ile dosyayı inceleyebileceği belirtilmekteyse de bu hükümde geçen "ilgili" teriminin avukatı kapsamadığı hem hü-

30 Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1997, s.130.
31 Krş. Özkan, s.339 dn.277.

kümden hem gerekçeden açıkça anlaşılmaktadır. Mahkemelerin inceleme taleplerini reddetmesinin hiçbir hukuki dayanağı yoktur. Dolayısıyla avukatın herhangi bir izin almaksızın dosyayı UYAP üzerinden incelemesinin sağlanması kanun gereğidir[32].

Uygulamadan kaynaklanan ikinci sıkıntı, ceza soruşturma dosyalarının vekaletname olmaksızın avukatlar tarafından incelenemeyeceğine ilişkin uygulama ve kararlardır. Konuyla ilgili son düzenleme Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik ile yapılmıştır[33]. Bu Yönetmelik'in 54. maddesinde, mülga Yönetmelik'in 46. maddesindeki ifade aynen korunmuştur. Mülga Yönetmelik'e göre, vekaletnamesi olmayan bir avukatın soruşturma dosyasını inceleme talebinin cumhuriyet başsavcılığınca reddi üzerine karara itiraz edilmiş, karar sulh ceza mahkemesince kaldırılmış, karara karşı yapılan itiraz da asliye ceza mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak söz konusu karara karşı Adalet Bakanlığı kanun yararına bozma yoluna başvurmuş ve avukatın dosyayı incelemesine izin veren karar, kanun yararına bozulmuştur[34]. Nihayet son olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 09.12.2013 tarihli duyurusu ile vekaletname olmaması durumunda avukatların soruşturma dosyasını inceleyebileceklerini ve fakat bunun için ilgilinin avukata bir talepte bulunduğuna ilişkin belgenin avukat tarafından ibrazının zorunlu olduğu bildirilmiştir[35]. Ancak maalesef aşağıda Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun kararında da geçen talep şartının hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır.

Avukatın dosya inceleme hakkının önündeki dördüncü ve en yeni engel Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 10.01.2013 tarihli kararıdır. Bu karar aynen "Temyiz incelemesi için Yargıtay Ceza Dairesine gelen dosyaları; sanık müdafiliğini (vekaletname, yetki belgesi, mahkeme

---

32 Bu sorunun çözümü için TBB ile Adalet Bakanlığı arasında görüşmeler yapıldığı bilinmektedir. Yapılan bu görüşmelerde TBB'nin önerisi, dosyanın incelenmesi talebinin sunulmasından itibaren üç gün içinde reddedilmeyen inceleme taleplerinin kabul edilmiş sayılmasıdır. Ancak kanaatimizce bu izin sürecinin tamamen kaldırılması gerekmektedir. TBB ile Adalet Bakanlığı arasındaki görüşmelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.barobirlik.org.tr/Detay19916.tbb (Erişim tarihi: 11.09.2013).

33 RG 06.08.2013, S.28730.

34 15. CD, 25.02.2013, E.2013/2162, K.2013/8283 (SMİP).

35 Duyuru için bkz. http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Duyurular/sorusturma-asamasinda-avukat-dosya-incl.pdf (Erişim tarihi: 14.01.2014).

kararı, tutuklu veya hükümlü ise sanık tarafından cezaevi veya mahkeme kanalıyla gelmiş dilekçe veya faks ile belgelemek, tutuksuz ise huzurda sözlü beyanıyla) kanıtlamak şartıyla avukat veya yetkilendireceği kişilerin inceleyebileceğine 10.01.2013 tarihinde oy çokluğuyla karar verildi" şeklindedir. Görüldüğü üzere Yargıtay Başkanlar Kurulu, hiçbir gerekçe göstermeye ihtiyaç duymaksızın[36], avukatların dosya inceleme hakkını sınırlayıcı bir karar almış ve bu kararı uygulamaya koymuştur. Söz konusu kararın iptali için dava açılmıştır[37]. Bu kararın herhangi bir hukuki dayanağı olmadığı belki kararın gerekçesinin olmamasından da anlaşılmaktadır. Maalesef daha önce il adalet komisyonlarınca hiçbir hukuki dayanağı olmaksızın duruşma zabıtlarının UYAP üzerinden alınmasına ilişkin verilen karardan sonra, yine bir hukuki dayanaktan yoksun karar ülkenin en önemli yüksek mahkemelerinden biri tarafından verilmektedir. Kararın birçok yönden eleştirisi mümkün olmakla birlikte, burada sadece kısaca şunu belirtmekle yetiniyoruz. Yargıtay normlar hiyerarşisini tamamen göz ardı etmiş, adeta kendisini bir norm yapıcı olarak kabul ederek, hukukta olmayan bir yükümlülüğü hem avukatlara hem de ilgili kişilere getirmiştir. En kısa zamanda hukuka aykırı bu karardan dönülmesi sadece avukatın hakkı bakımından değil, kişilerin hakları bakımından da önemlidir.

3.3. Avukatın Dosyadan Örnek Alma Hakkının Önündeki Engeller

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, avukatın dosyadan örnek alma hakkının önünde iki temel engel bulunmaktadır[38].

Bu engellerden birincisi, zorunlu müdafilik ve vekillik çerçevesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre görevlendirilen avukatların dosyadan örnek almalarının fiilen imkansız hale getirilmesidir. Bilindiği üzere zorunlu müdafilik veya vekillik çerçevesinde görevlendiri-

---

36 Bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, Anayasa m.141/III maddesinin açık hükmüne rağmen, hukukumuzda gerekçesiz ya da yetersiz gerekçeli karar sayısı hızla artmaktadır. Yeterli gerekçeyi içermeyen yargı kararlarının olağan karşılanmaya başlandığı bir hukuk devletinde, hukuki güvenlikten söz edebilmek mümkün değildir.

37 Dava dilekçesi için bkz. http://www.ankarabarosu.org.tr/Detay.aspx?SYF=8100 (Erişim tarihi: 11.09.2013)

38 Bazı mahkemelerin duruşma zaptını vermeyerek, UYAP'tan alınması yönündeki uygulamaları TBB ve baroların girişimleri ile sona erdiğinden, şimdilik bu engel ortadan kalkmış görünmektedir.

len avukatlar, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ndeki ücretlerin çok altında bir ücretle avukatlık hizmeti vermektedir. Bu hizmetleri verirken avukatların bazı harcamalar yapması mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafi ve Vekillerin Görevlendirilmesi ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 8. maddesinin II. fıkrasında zorunlu yol giderlerinin ödeneceği açıkça belirtilmiş, buna karşılık avukatın dosyadan örnek alması sebebiyle yapacağı fotokopi harcamaları düzenlenmemiştir. Nitekim bunu esas alan Adalet Bakanlığı 27.03.2013 tarihli yazısında açıkça bu gerekçeyi göstererek, zorunlu müdafi ve vekilin fotokopi masraflarının karşılanmayacağını açıkça ifade etmiştir[39]. Söz konusu Yönetmelik hükmünün hukuka aykırı olduğu ve adil yargılanma hakkını engellediği tartışmasızdır. Bir avukat dosyayı incelese dahi, bu avukatın dosyanın tamamını aklında tutması beklenemez. Özellikle duruşma sırasında avukatın yeni bir soru sorması, önündeki önceki beyanlarla yeni beyanlar arasındaki çelişkileri fark etmesi ve buna göre savunmasını yapması avukatın olağan uygulamalarıdır. Aslında Yönetmelik bu hükmüyle zorunlu avukatlığın sadece şeklen bir avukatlık olduğunu, bu avukattan sadece şeklen duruşmalara girmesinin beklendiğini ikrar etmektedir. Adalet Bakanlığı'nın zikredilen yazısında da belirtildiği gibi, en kısa zamanda bu konuda bir değişiklik yapılarak, fotokopi giderlerinin de avukata ödeneceğine veya doğrudan adliyelerde Adalet Bakanlığı'na ait fotokopi makinelerinin ücretsiz kullanılabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir[40].

Hakkın önündeki ikinci engel ise, dosyadan örnek almak isteyen avukattan dilekçe istenmesi, hatta bazı mahkemeler tarafından bu dilekçenin her gelen yazı için ayrı ayrı istenmesidir. Bir başka ifade ile bazı mahkemeler, farklı kurumlardan farklı zamanlarda gelen yazılar veya karşı taraf delilleri için her defasında dilekçe talep etmektedir. Avukatlık Kanunu'nda buna ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, mahkemeler mülga Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği'nin 37. maddesinin I. fıkrasındaki "İş Sahiplerinin

39 http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/cmk20130403.pdf (Erişim tarihi: 11.09.2013)

40 Aslında sadece bir gecede kanunların çok kolayca değiştirildiği ve kısa sürede yürürlüğe girdiği ülkemizde, Adalet Bakanlığı'nın bu basit yönetmelik değişikliğini hemen yapması beklenmekteyse de maalesef yazıdan sonra aradan geçen süreye rağmen böyle bir değişiklik yapılmamıştır.

her türlü istemlerinin imzalarıyle tevsiki gerekir" şeklindeki hükmü esas alıyorlardı. Aslında bu hüküm de avukattan dilekçe alınmasının dayanağı olamamakla birlikte, anılan yönetmelik Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği ile ilga edilmiştir. Bu sebeple mahkemelerin dilekçe talebine dayanak gösterdikleri hüküm de artık yoktur. Kaldı ki, böyle bir hüküm olsa dahi bu hükmün avukatın dosyadan örnek alma hakkını zorlaştıracak şekilde yorumlanabilmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce avukatın dosyadan örnek alma hakkı bir kanunda düzenlenmiş olup, normlar hiyerarşisi çerçevesinde avukatın bu hakkının bir yönetmelikle engellenmesi veya zorlaştırılması mümkün değildir[41]. Öte yandan avukatın dosyadan örnek alabilmesi bir hak olduğuna göre, usulüne uygun olarak ibraz edilen vekaletname ile birlikte avukat, gizlilik kararı olmayan tüm delil ve belgelere ulaşma imkanına sahip olmaktadır. Bir başka ifade ile vekaletnamenin sunulması ile birlikte, hâkimin dosyadan örnek vermeme gibi bir yetkisi olmayacaktır. Hâkimin karar verme yetkisinin bulunmadığı bir konu ile ilgili olarak ayrıca avukattan dilekçe talep edilmesi hem gereksizdir hem de dosyanın hacmini arttıran bir durumdur. Nitekim Adalet Bakanlığı da yayımlamış olduğu 23.11.2012 tarihli görüş yazısında dosyadan örnek almak isteyen avukattan ayrıca dilekçe alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir[42].

4. Avukatın Tekel Hakkının Önündeki Engeller

4.1. Avukatın Tekel Hakkı

Avukatın tekel hakkı, belli işlerin sadece avukatlar tarafından yapılabileceğini belirtmektedir[43]. İlk bakışta sanki avukatlara iş alanı açılabilmesi, avukatların daha fazla menfaat elde edebilmesi için sağlanan bir hak gibi algılansa dahi[44], bu hakkın amacı karmaşık hukuki

41 Ağar / Bahadır, s.392.

42 Bkz. http://www.ankarabarosu.org.tr/images/diger/62/20130206binder.pdf (Erişim tarihi: 12.09.2013).

43 Tekel hakkı terimi yerine avukatlık tekeli teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı yönünde bkz. İyimaya, Ahmet: "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.161.

44 Nitekim avukatın tekel hakkının bir uygulaması olan ve bazı anonim şirketlerin avukat tutmasını zorunlu kılan AK m.35/III'ü şirketler üzerinde yük olarak gören Maliye Bakanı Mehmet ŞİMŞEK'in açıklamaları için bkz. http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/ShowNew.aspx?id=23566910 (Erişim tarihi: 16.09.2013). Bununla birlikte AK m.35/III ile getirilen zorunlu avukatlığın, tekelin amacıyla

sorunların çözümünün ve kişilerin hakkını aramasının ancak hukuk eğitimi almış belirli statüde yer alan kişiler tarafından gerçekleştirilebilmesinin mümkün olmasıdır[45].

Avukatın tekel hakkının kapsamı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasında belirtilmiştir. Burada hakkın kapsamına ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapılmayacaktır[46]. Ancak avukatın tekel hakkıyla ilgili olarak dikkate alınmayan veya daha az dikkate alan bir hususa dikkat çekilmelidir. Genel olarak hem toplumda, hem yargı makamlarında avukatın tekel hakkının sadece duruşmalara girmek, yargı makamlarında müvekkili temsil etmek şeklinde algılandığı görülmektedir. Halbuki Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrası "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek..." şeklinde başlamaktadır. Görüldüğü gibi avukatın tekel hakkı mahkemelerde başlamayan çok geniş bir haktır. Günümüzde bu hakkın farklı kişilerce bariz bir şekilde ihlal edildiği görülmesine rağmen, maalesef ihlal edenler hakkında gerekli işlemler yapılmamaktadır.

Avukatlık Kanunu, sadece avukatın tekel hakkını düzenlememiş ayrıca buna aykırı davranan kişiler hakkında cezai yaptırım da getirmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde cezai yaptırım düzenlenmesine rağmen, uygulamada yargı organlarının bu hükümleri uygulamakta çekingen davrandıkları görülmektedir.

4.2. Avukatın Tekel Hakkının Önündeki Engeller

Avukatın tekel hakkının önündeki birinci engel, avukatın tekel hakkı kapsamındaki işleri yapan kişiler ile bu kişilere Avukatlık Ka-

---

bağdaşan ölçülü bir genişleme olduğu yönünde bkz. İyimaya, s.162. Kanaatimizce günümüzde hukukun karmaşık ve farklı uzmanlıklar isteyen yapısı dikkate alındığında, sağlıklı ve büyük bir ekonomi isteyen herkesin zorunlu avukatlığı desteklemesi ve hatta genişlemesinin önünü açması gerekmektedir. Bu sayede uyuşmazlık sayısının azalacağı, yargının yükünün hafifleyeceği de açıktır. Anayasa Mahkemesi de 30.06.2011, E.2010/10, K.2011/110 sayılı kararında aynı gerekçeyi belirterek, hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir (RG, 18.02.2012, S.28208). Ancak burada önemle belirtmek gerekir ki, bu yarar şeklen var olan avukatlarla değil, belli alanlarda uzmanlaşan, şirketlere ihtiyaç duyulan konularda doğru danışmanlık yapan avukatlarla mümkün olacaktır. Dolayısıyla avukatlıkta uzmanlaşma konusunda daha ciddi çalışmalar yapılmalıdır.

45 Güner, s.139; İyimaya, s.156, 161; Özkan, s.55-56.

46 Ayrıntılı açıklama için bkz. Mehmet Şirin Erdoğan, "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.161; Güner, s.145-146.

nunu'ndaki yaptırımı uygulamayan yargı kararlarıdır. Bu engel kapsamında belirtilmesi gereken ilk kişiler arzuhalcilerdir. Bilindiği gibi, Türkiye'deki tüm adliyelerin yakınında bulunan, dükkanlarının girişinde açıkça "dilekçe yazılır", "dava açılır", "icra takibi için gerekli evraklar düzenlenir" yazan arzuhalciler, Avukatlık Kanunu'na açıkça aykırı işlem yapmaktadır[47]. Yapılan bu aykırı işlemler aleyhine özellikle barolar tarafından suç duyurusunda bulunulmakta ve fakat bununla ilgili olarak farklı kararlar verilmektedir. Yargıtay eski tarihli bir kararında, avukat olmadığı halde başkaları için delil tespiti ve şikayet dilekçeleri yazan bir kişinin Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesine aykırı davrandığına karar vermiştir[48]. İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesi de avukat olmadığı halde avukatlık yetkilerini kullanan kişinin cezalandırılmasına karar vermiştir[49]. Bununla birlikte aynı konuyla ilgili olarak Eskişehir Barosu tarafından da suç duyurusunda bulunulmuş ve fakat Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı, "...şüphelilerin iş yeri açma ve çalışma ruhsatlarının bulunduğu ve 'Arzuhalci' sıfatıyla büro işlettikleri, kelime anlamıyla 'arzuhalcinin'- okuma yazması olmayan kimselere para ile dilekçe, mektup vb. şeyler yazan kimse olarak tarif edildiği, nitekim şüphelilerin de bir avukata gidecek kadar parası olmayan ve adli mercilere yada diğer resmi kurumlara dilekçe yazmayı bilmeyen kişilere dilekçe vb. yazmak için büro açtıkları ... şüphelilerin bir avukat gibi takip edip avukatlara ait diğer yetkileri kullandıklarına ilişkin şikayetçi kurumun soyut iddiaları dışında delil bulunmadığından..." gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş[50], bu karara karşı itiraz edilmesine rağmen, talep bu kez de Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir[51]. Önemle belirtmek gerekir ki, avukatın tekel hakkının olduğu ve bu sebeple avukat olmayan kişilerce özellikle mahkemelerde yapılan işlemlerin

47 Erdoğan, s.142, 153; Güner, s.146; Özkan, s.51 dn.128.

48 7. CD, 13.09.1973, E.1973/8935, K.1973/10002 (YKD 1975, S.2, s.138).

49 İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 10.09.2013, E.2009/383. Karara ilişkin haber için bkz. http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=8502 (Erişim tarihi: 16.09.2013). Aynı yönde bkz. Bakırköy 18. Asliye Ceza Mahkemesi, 20.11.2012, E.2012/300 (http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=7505, Erişim tarihi: 18.09.2013).

50 Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı'nın Sor. 2013/3688, K.2013/5281.

51 Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi'nin Değ. İş. 2013/611. Bu red kararı üzerine kanun yararına bozma talebiyle Adalet Bakanlığı'na başvurulmuş olup, bu başvuru henüz sonuçlanmamıştır.

geçerli olmayacağına ilişkin birçok karar bulunmasına rağmen[52], arzuhalcilerle ilgili güncel bir karar tespit edilememiştir. Ancak barolar hukuka aykırı bu uygulamaların peşini bırakmamalı, gerekirse tekrar tekrar farklı kişiler hakkında suç duyurusunda bulunarak, hukuka açıkça aykırı olan ve kişilerin hakkını da tehlikeye sokan bu uygulamanın son bulması için çalışmalıdır.

Avukatın bu hakkının önündeki ilk engelle ilgili sigorta hasar takibi şirketler veya kişiler de mutlaka anılmalıdır. Günümüzde rizikoların ve bu rizikolarla ilgili yaptırılan sigortaların artması sonucunda, kişiler adına sigorta şirketlerinde hasar dosyaları açan, bu dosyaları takip eden kişi ve şirketler ortaya çıkmıştır. Genellikle %20 - %30 gibi yüksek yüzdelerle işi alan bu kişiler, işlerin sigortacı nezdinde takibi için bir vekaletname almakta ve bu kapsamda parayı sigortacıdan tahsil etmektedir. Hiçbir denetimden geçmeyen ve bazı durumlarda ciddi mağduriyet yaratan bu kişiler aslında tamamen Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasını ihlal etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay, bu gibi kişilerin sadece kaza mağdurlarını sigorta şirketleri nezdinde temsil ettiğini kabul ederek, yerel mahkemenin mahkumiyet kararını bozmuştur[53]. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Yargıtay kararında, avukatın yetkilerinin kullanılmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Aslında bu kabul, avukatın tekel hakkının sadece mahkemeler önünde olabileceğine ilişkin görüşün bir yansımasıdır. Halbuki, sigorta takipçisi diyebileceğimiz kişi tarafından kullanılan yetki tam olarak avukatların kullanması gereken bir yetkidir. Çünkü Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesinde hukuki konularda mütalaa vermenin sadece avukatlar tarafından yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir[54]. Sigorta sözleşmeleri veya uygulamadaki adıyla sigorta poliçeleri daha yakından incelendiğinde, bu sözleşmelerin özel hukukun en zor sözleşmelerinden birisi olduğu açıkça görül-

---

52 11. HD, 03.11.2003, E.2003/3657, K.2003/10218 (Muşul, Timuçin: Notlu İçtihatlı Avukatlık Kanunu-Noterlik Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s.90; 6. HD, 16.06.2010, E.2010/3612, K.2010/7391 (SMİP), 13. D, 08.06.2010, E.2010/1922, K.2010/4843; YHGK, 25.01.2006, E.2005/12-753, K.2006/13 (SMİP).

53 7. CD, 06.02.2013, E.2010/9674, K.2013/2498 sayılı kararına göre, "…1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 35. maddesinde ... şeklinde düzenleme karşısında sanığın avukatlara ait hak ve yetkileri kullanmayıp sadece sigorta şirketleri nezdinde kaza mağdurlarını temsil ettiği gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilemez..." (SMİP).

54 Avukatın kanun işlerinde ve hukuki konularda mütalaa verme hakkının kapsamına ilişkin tartışmalar için bkz. Özkan, s.50-51 dn.126.

mektedir. Birçok sözleşmedeki hak ve yükümlülükler sadece kanuna göre çözümlenirken, sigorta sözleşmelerinden doğan hak ve yükümlülüklerde kanun yeterli olmamakta, genel şartlar, poliçe özel şartları ve klozları birlikte değerlendirilmektedir. Özellikle özel şartlar ile klozların, genel şartlar ve kanuna uygun olup olmadığı teknik bir konudur. Son yıllarda sigortacılar bakımından da bilgilendirme yükümlülüğünün doğması, tüketicilerin taraf olduğu sigorta sözleşmelerinin farklı şekilde yorumlanması gibi etkenler, konunun teknik boyutunu daha da arttırmaktadır. Dolayısıyla böyle bir konuyla ilgili görüş bildirmek, hak sahiplerini buna göre doğru yönlendirmek işin uzmanı avukatlar tarafından yapılmalıdır. Bir kez daha hatırlatılmalıdır ki, avukatın tekel hakkının amacı kişilerin haklarının sağlıklı ve doğru bir şekilde korunmasıdır. Böylesine teknik bir konunun konuyla ilgili hiçbir hukuki bilgisi olmayan kişilerce takibi, telafisi zor zararların doğmasına da sebep olabilecektir. Bundan sonra bu bakış açısıyla konu yeniden yargıya götürülmeli ve olayın arkası bırakılmamalıdır. Ayrıca sigorta şirketleri ve Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği ile iletişime geçilerek, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin I. fıkrası hatırlatılmalı, sigorta takipçileri tarafından yapılan işlemlerin hukuka aykırı olduğu ve tıpkı yargı kararlarında olduğu gibi, bu kişilerce yapılan taleplerin dikkate alınmaması talep edilmelidir.

Avukatın tekel hakkının önündeki ikinci engel maalesef avukatların kendisidir. Yıllar boyunca avukatlık, uyuşmazlıkların doğumundan sonra, uyuşmazlığın çözülebilmesi için mahkemeler önünde tarafların temsil edilmesi gibi algılanmış, buna karşılık avukatlığın danışmanlık boyutu göz ardı edilmiştir. Özellikle şirket sözleşmelerinin yapılması, şirket genel kurullarının toplanması gibi sürekli yapılan ve aslında tamamen hukuki birer iş olan bu işler tamamen mali müşavirlere terk edilmiştir. Her ne kadar Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 2. maddesi ile bu meslekleri icra edenlere, özellikle muhasebe kayıtlarının tutulması ve bunlarla ilgili danışmanlık yapılması hakları verilmişse de, şirket kuruluş sözleşmesinin tamamen hukuki bir konu olduğu açıktır. Dolayısıyla bu konuyla ilgili de gerekli girişimler yapılmalı ve fakat öncelikle avukatların bu konuyla ilgili uzmanlıklarının arttırılması amacıyla yaygın, kapsamlı ve yeterli eğitim çalışmalarına başlanmalıdır. Bu eğitim sadece şirket kuruluşları, genel kurullar vs. ile sınırlı olmamalı, ayrıca ticari defterler, bu defterlerin okunması gibi temel muhasebeye ilişkin bilgileri de kapsamalıdır.

KAYNAKÇA

Ağar Serkan, "Vergi Mahremiyeti vs. Bilgi Edinme Hakkı", ABD 2012, S.2, s.361-392.

Ağar Serkan / Bahadır Zeynep, "Avukatın Dosya İncelemesine Getirilen İdari Sınırlamanın Kanunu Aykırılığı", TBBD 2008, S.75, s.385-293.

Çelikoğlu Cengiz Topel, "Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Delil Toplama Yetkisi, TBBD 2012, S.100, s.281-316.

Erdoğan Mehmet Şirin, : "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.138-155.

Gökcan Hasan Tahsin , Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2012.

Güner Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011.

Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1997.

İyimaya Ahmet, "Avukatlıkta Tekel Hakkı", Hukuk Kurultayı 6-10 Ocak 2004, Ankara 2004, s.156-170.

Muşul Timuçin, Notlu İçtihatlı Avukatlık Kanunu-Noterlik Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006

Özkan Sungurtekin Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 2012.

Vuraldoğan Kemal, "Avukatlık Kanunu madde 2 uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı", EBD 2005, S.7, s.31-36.

İHALE YOLSUZLUKLARINDA YENİ TREND "AÇIK İHALE" USULÜNÜN TERKİ "PAZARLIK YOLUYLA İHALE" USULÜNÜN KEŞFİ

NEW TREND OF PROCUREMENT CORRUPTION: ABANDONMENT OF OPEN PROCUREMENT PROCEDURE/ DISCOVERY OF NEGOTIATED PROCUREMENT PROCEDURE

Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU*

Özet: Türkiye'de 2000'li yıllarda yaşanan ekonomik bunalımla birlikte kamu ihalelerinde yolsuzluk, usulsüzlük, siyasi himayecilik, kayırmacılık ve kamu kaynaklarının belli kesimler arasında paylaşımına yönelik yaygın uygulamalar bulunmaktaydı. Bu yasadışı uygulamaların önüne geçilebilmesi amacıyla 2002 yılında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çıkartılmıştır. Yeni ihale kanunu ile, vatandaşlardan toplanan vergilerle oluşturulan kamu kaynaklarının harcanmasında kamu yararı, şeffaflık, eşitlik, rekabet, katılımcılık ve verimlilik ilkeleri esas alınmıştır. 2002 yılından bu zamana kadar söz konusu kanunda 100'ün üzerinde değişiklik yapılmış ve kanunun getiriliş amacı kamu idareleri tarafından terkedilmiştir. 4734 sayılı Kanun'da temel ihale usulleri; açık ihale usulü ile belli istekliler arasında ihale usulü olup pazarlık usulü, istisnai durumlarda başvurulan bir ihale yöntemi olarak mevzuatımızda yer almaktadır. Buna rağmen ülkemizde çoğu zaman konu itibariyle pazarlık usulüne tabi olmayan kamu alımlarının, eksik rekabet ortamı içerisinde kapalı kapılar arkasında bu usulle yapıldığı ve kamu kaynaklarının usulsüz bir şekilde özel teşebbüslere aktarıldığı görülmektedir. Bu makalede 4734 sayılı Kanun'da yer alan ve istisnai durumlarda kullanılan pazarlık usulü ile ihale yöntemi hakkında ülkemiz uygulamaları hakkında örnekler verilmekte, ihale usulsüzlüklerinin ihale yolsuzluklarına dönüş hikâyesi anlatılmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Pazarlık usulü ile ihale, ihalenin ilanı, rekabet, kaynakların verimli kullanılması, yolsuzluk.

Abstract: During Turkey's economic crisis in the 2000's, there has been corruption, irregularities, political safeguarding, favoritism and sharing of specific sectors of public resources regarding public business tenders. To end and prevent these illegal activities, Turkey passed article number 4734, the Public Procurement Law, in 2002.

* Dr., İpek Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

With this new law, spending of taxpayer money for public prosperity has been based on the principles of transparency, equality, competition, participation and productivity. From 2002 to present day, there have been over 100 changes made to the law and the laws purpose of legislation has been abandoned by government officials. The fundamentals of Article 4734 can be summarized with the open procurement method and procurements made with certain requests, however there can be exceptions in which case there are special negotiated procedure. Although these exceptions are for only special circumstances, most of Turkey's procurements are violations of the law. Also public procurements are imperfect competition, causing monopoly between businesses. Another example of violating Article 4734 is that these tenders are being made behind closed doors, absolutely obsolete to the public. This is due to the fact of someone trying to hide the illegal transfers being made of public resources to private businessmen. This Article gives examples of the misuse of the negotiated procedure that takes place in Article 4734 in Turkey, showing how tender irregularities are transforming into procurement corruption.

Keywords: procurements with the negotiated procedure, publication of procurements, competition, productive use of resources, corruption.

GİRİŞ

İhale kavramı geniş anlamda; idarenin yapacağı bir sözleşmenin tarafını seçmek üzere yürüttüğü süreci, dar anlamda ise idarenin belirli bir işi istekliler arasından seçeceği birisine yaptırmak üzere "yürüttüğü süreci" ifade etmektedir. Bu süreçte bir yandan tek kutuplu, diğer yandan çoklu, iki taraflı ilişki düzlemlerinden oluşan bir ilişki kompleksi kurulmaktadır. İlişkide tek kutuplu bir düzlem vardır. Çünkü hem ihale usulü hem de talep kamusal irade tarafından belirlenmektedir. Devlet veya idare, ilişkisinin belirleyicisi konumundadır. İdari sözleşmelerdeki şartnameler, idarenin tek taraflı olarak belirlediği koşul ve kuralardır[1]. İhale aslında idarenin sözleşmeleri-

[1] Özay, s. 549. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 4'üncü maddesine göre İhale; "Bu kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri" ifade etmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 4'üncü maddesine göre ise İhale; "Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri" ifade etmektedir.

nin hazırlığında geçen bir aşamadır ve kendi içinde birçok işlemden oluşmaktadır. İdarenin sözleşmelerinin oluşması öncesinde birden fazla işlemin yapılması ile oluşan zincir işlemler niteliğindedir[2]. Bu çerçevede ihale sürecindeki her bir işlemin ayrılabilir işlem kuramı gereği[3] şikayet, itirazen şikayet ve iptal davasına konu olabilmesi de mümkündür. İhale süreci sonunda ise idarenin tek yanlı icrai işlemi ile ihale sonuçlandırılmaktadır[4]. Sonuç olarak kamu ihalesi; idarenin sözleşme yapmadan önce hazırlık aşamasında uymak zorunda olduğu işlemler bütünüdür[5].

Aslında ihale işleminin bir "zincir işlem niteliği" ilgili kanunlarda yer alan tanımlardan da anlaşılmaktadır. Zira 4734 sayılı Kanun'da ihale kavramının; "**ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri**" kapsadığı, 2886 sayılı Kanun'da ise; "**sözleşmeden önceki işlemleri"** kapsadığı açıkça belirtilmekle, ihale işlemlerinin birden çok işlemden oluşan süreci ifade ettiği şekilde tanım oluşturulmaktadır. Nitekim doktrinde de ihale kavramı ile ilgili; "İdarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin veya bir işin **yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan** rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecini ifade eden bir dizi işlemler" şeklinde bir tanımlama yapılmaktadır[6]. Bu tanımlamadaki; *"imzalanacak sözleşmelerin oluşum süreci"* ve *"bir dizi işlemler"* ifadeleri idare hukuku kapsamında ihale işlemlerinin niteliklerinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Aynı zamanda makale konusu itibariyle bu tanımlamadaki; *"yasada öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı"* ifadeleri de ihalelerin ancak yasada öngörülen usul kuralları çerçevesinde yapılması gerekli olan işlemler olması gerektiği noktasında büyük önem taşımaktadır.

---

2 Uz, s. 9.

3 Ayrılabilir işlem kuramı; bulunduğu yer neresi olursa olsun içinde bulunduğu süreç ve ya ilişkiden bağımsız olarak tek başına hukuki sonuç doğuran idari işlemlerin iptal davası denetimine tabi tutulduğu yöntemi ifade etmektedir. Gözler, C. I, s. 711. Sezginer-A, s. 15., Sezginer-B, s. 245. Özay, s. 512-514, 519-521, 541.

4 Kutlu, s. 203-204.

5 Kutlu, s. 92.

6 Kutlu, s. 76.

İhaleler; alım ve satım konusuyla ilgili piyasa fiyatının bulunmadığı ya da belirsiz olduğu durumlarda fiyat oluşturma sürecinde önemli bir role sahiptir. Hemen her ülkede kamunun ihtiyaç duyduğu mal, hizmet ve yapım işlerinin uygulanacak belli usuller sonrasında belirlenecek bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınması işlemi; "kamu alımları" olarak nitelendirilmekte ve belli kurallara tabi tutulmaktadır[7]. Ekonomik hayattaki değişimin büyük bir kısmı kamu ihaleleri aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. İdareler mal, hizmet ve yapım işleri alımlarında, fiyatlandırma mekanizması olarak genellikle ihale uygulamalarını tercih etmektedir. Önemli büyüklükteki iktisadi değişime aracılık yapan kamu ihalelerinde etkinliği artırmak kamu tasarrufuna önemli katkılar sağlamaktadır. Etkin bir kamu alımı, talep edilen mal ve hizmeti en ucuz (optimal) fiyattan temin edebilecek tedarikçiyi seçebilmeyi gerektirmektedir. Tedarikçilerin, yolsuzluk, siyasi himayecilik ve rekabeti bozucu davranışları kamu alımlarında etkinlik arayışını olumsuz etkilemektedir[8].

Kamu alımlarının optimum bir düzeyde gerçekleştirilebilmesi için bütün isteklilerin katılımına açık olacak şekilde rekabetin sağlanması, ihale sürecinin en başından sonuna kadar geçilen bütün aşamalarda saydamlığın, güvenilirliğin ve hesap verilebilirliğin egemen kılınması, etkinlik ve verimliliğin ön planda tutulması ve nihayet etkin ve hızlı işleyen bir denetim mekanizmasının oluşturulması gerekir[9]. Saydamlık kamu alımları için hayati bir öneme sahip olup ayrımcılığın önlenmesi ve objektif kamu alımları ilkelerinin de tamamlayıcısıdır. Saydamlık, ihalelerin ilan edilmesi, açıkça belirlenmiş değerlendirme prosedürü, pazarlık usulünün sınırlı olarak kullanılması, ihale ilanlarının açık ve anlaşılabilir olması ile ihalelere ilişkin ilanlardan herkesin haberdar olabileceği şekilde duyurulmasını zorunlu kılmaktadır[10].

Etkin bir kamu alım piyasası kamu sektörünün, hem ihtiyaçlarını en uygun koşullarda satın almasını hem de vergi verenlere karşı sorumluluğunu yerine getirmesini sağlayacaktır. Kamu alımlarının ülke ekonomisi içinde ulaştığı büyüklük de dikkate alındığında, bu piyasanın etkin çalışmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Çok çeşitli sek-

7 Uz, s. 1.
8 Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. I.
9 Uz, s. 3. Kutlu, S. 191.
10 Uz, s. 27.

törlerde gerçekleşen ve hem ekonomik hem de sosyal yönü bulunan kamu alımları, yoğun bir şekilde düzenlenmekte ve bu düzenlemeler pek çok tedarikçiyi etkilemektedir. Kamunun en büyük veya tek alıcı olduğu sektörler bakımından bu etki daha fazla önem taşımaktadır[11].

Kamu ihalelerinde idarenin sözleşmeci tarafı seçme serbestliği büyük ölçüde sınırlandırılmıştır[12]. İdare özel hukuk kişilerinde olduğu gibi sözleşme yapacağı kişiyi hiçbir kurala tabi olmaksızın tam bir irade serbestisi içinde seçemez. Burada kamu yararı amacını gerçekleştirmek bakımından en uygun kişinin âkit olarak belirlenmesi gerekir. Sözleşme yapılacak kişinin seçimi kamu ihalesi olarak anılan süreçle mümkün olmakta[13] idarenin sözleşme yaparken izleyeceği usul kuralları kamu ihale usulü olarak isimlendirilmekte ve özel bir yasal düzenleme konusu yapılmaktadır[14].

Kamu alımlarının düzenlenmesi ile amaçlanan pek çok unsur olmakla beraber, alım süreci sonunda harcanan kamu kaynakları karşılığında ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin en uygun koşullar ve en iyi değer ile elde edilmesi, yapılan düzenlemelerin nihai amacını oluşturmaktadır[15].

Kamu alım sisteminde "doğruluk" kavramı, kamu alım personeli ve özel sektör katılımcıları için tanımlanmış davranış kurallarını ifade etmektedir. Kişilerin kendi çıkarları uğruna kamusal kaynakları kullanabilecekleri durumların ortaya çıkabileceği kamu alımları, yolsuzluğa en açık hükümet faaliyetinden birisi olarak tanımlanmaktadır. Başarılı bir kamu alım sistemi rüşvet, kayırmacılık ve benzeri her türlü etik dışı davranışı dışlayacak şekilde tasarlanmalıdır. Kamu alım sisteminde rekabeti arttırmanın en etkili yollarından biri sistemin doğruluğunu sağlamaktır[16].

Kamu ihalelerinde esas olan "açık ihale" usulüdür. Açık ihale usulü, ihalenin kapalı kapılar arkasında ve belli kişiler arasında yapılmasından ziyade şeffaf, aleni, katılımcı, fırsat eşitliğini esas alan bir anla-

11 Ünübol, s. 1.
12 Gözler, s. 455.
13 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, S. 463.
14 Tan, S. 318.
15 Ünübol, s. 8.
16 Ünübol, s. 9-10.

yışla yapılması ilkesidir. Şeffaflık ilkesi; rekabet ve ayrım gözetmeme ilkelerinin tamamlayıcısıdır. Bu ilke, diğer iki ilkenin uygulanmasında denetimi sağlar. Şeffaflık, ihalenin ilanı ile istekli olabileceklerin ihale koşullarını ve ihale ile ilgili tüm bilgileri bilmelerini gerektirir[17]. Açık, adil, rekabetçi ve güvenilir ihale kurallarının net bir biçimde belirlenmesiyle idareler firmalardan sadece yüksek gelir değil aynı zamanda **"toplumsal refah"** adına optimal teklifi de alabilmektedirler[18].

Kamu ihalelerinde rekabet ortamının daraltılması ve eksik rekabet dolaylı olarak toplumsal refahı tehdit etmektedir. Tekel, tekelci rekabet ve oligopol piyasalarından oluşan eksik rekabet piyasaları, firmalara ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatını belirleyebilme gücü vermektedir[19]. Bu güç ise kamu alımlarında kaynakların verimli kullanılmasını engellemekte kamu alımları olması gerekenden daha yüksek maliyetle gerçekleştirilmektedir. Bu çerçevede açık ihale usulü ile rekabete açık bir ihale yöntemi yerine pazarlık usulü ile davet edilen 3 istekli arasında ihale yapılması ciddi şekilde rekabet ortamını daraltmakta ve eksik rekabeti beraberinde getirmektedir.

Açık ihale usulü ile hedeflenen amaç bazı olağanüstü durumlarda terkedilebilmekte ve "pazarlık usulü" ile ihtiyaçlar karşılanabilmektedir. Bu hususlar Kanun'da sınırlı sayıda sayılarak belirlenmiş olup doğal afet, salgın hastalık, can ve mal kaybı tehlikesi gibi önceden öngörülemeyen ve ivedilik arz eden durumlardır[20]. Benzer şekilde savunma, güvenlik alanındaki özel durumlarla, seri üretim tabi olmayan veya özgün ve karmaşık işlerle, açık ve belli istekliler arasında gerçekleştirilemeyen işlerde "pazarlık usulü" yöntemiyle kamu hizmetleri için gerekli ihtiyaçların karşılanması amaçlanmıştır. Pazarlık usulünde uygulamada çoğunlukla ilan yapılmamakta sadece ihaleye 3 istekli **davet edilerek** (katılımın sağlanması şart değildir) mal ve hizmet alımları sonuçlandırılmaktadır. Üstelik pazarlık usulünde sadece 3 istekliyi davet etmek yeterli olup bu isteklilerden 2 tanesi teklif göndermese ve sadece bir istekli teklif gönderse bile bu istekli ile sözleşme yapılarak iş ihale edilebilmektedir.

---

17 Kutlu, s. 120.

18 Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, S. 10.

19 Taner Güney -Yolsuzluk Ve Refah, Kütahya 2013. Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı Doktora Tezi. S. 12.

20 Sancaktar, s. 552.

I- İhalelerdeki Usul Kuralları ile Yolsuzluk Arasındaki İlişki

Kamu ihaleleri ile yolsuzluk kavramı arasında kanaatimce yakın bir ilişki bulunmaktadır. Kamu İhale Kurumu'nun varlığı da bu ilişki dolayısıyla büyük önem taşımaktadır. İhalelere ilişkin usuli kurallara uygun hareket edilmesi yolsuzluğun önlenmesinde yadsınamaz bir öneme sahiptir. İhale usulü ile ilgili kurallara uyulması, daha sonra ihalelerin esası ve içeriği itibariyle oluşabilecek yolsuzlukların önlenmesinde bir güvence niteliği taşımaktadır.

Son yıllarda gerekli şartlar oluşmadığı halde açık ihale usulünden vazgeçilerek "pazarlık yolu ile ihale usulü" benimsenmeye, dolayısıyla kanunun getiriliş amacı göz ardı edilerek belli kişi ve gruplar arasında ihale usulü (pastanın paylaşılması) yaygınlık kazanmaya başlamıştır[21]. 2008 yılından bu zamana kadar 4734 sayılı Kanunda yapılan sistematik değişikliklerle pazarlık usulünde yapılan ihalelerde ihalelerin ilan edilmesi şartı kaldırılmış, ihale dokümanlarının sadece davet edilen kişilere satışı düzenlemesi getirilmiş ardından da ihaleye davet edilmeyen kişilerin ihale süreçlerini şikayet etmelerinin önü tamamen kesilerek hak arama hürriyeti ve mahkemelere ulaşma hakkı açıkça engellenmiştir. Aşağıda örnekleriyle açıklandığı üzere adeta bir yolsuzluk ekonomisi *ülkemizde yapılan ihalelere egemen olmaya başlamıştır.*

Aslında bu **rutin dışı** ihale usulü daha önce Hatay'da yaşanan ve kamuoyunda ALİ DİBO olayı olarak bilinen ihalelerle, İstanbul'daki bir takım belediyelerin ihalelerinde yapılmaya çalışılmış ancak o zamanlar Kamu İhale Kurumu tarafından bu ihalelerin büyük çoğunluğu iptal edilmiştir. Ancak geçmişte iptal edilen bu ihalelere rağmen son yıllarda yapılan kamu ihalelerinde tekrar **"pazarlık suretiyle ihale"** usulüne geri dönülmeye başlanmıştır. Kamu kaynakları yine kapalı kapılar arkasında, ihaleye katılıp katılmamaları, teklif verip vermemeleri önemli olmaksızın yalnızca 3 istekli davet edilerek ve rekabet-şeffaflık-açıklık-katılımcılık ilkeleri göz ardı edilerek yapılma-

[21] 2013 yılı itibariyle açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen halâ pazarlık usulü ile ve ihaleye davet edilen 3 kişi aracılığıyla kamu alımlarının gerçekleştirildiği pek çok somut örnek bulunmaktadır. Özellikle İstanbul Valiliği İl Halk Sağlığı Müdürlüğü tarafından yapılan bazı sağlık ihalelerinde (örneğin laboratuvar hizmeti alımı gibi) pazarlık usulü ile mal ve hizmet alınmaya devam edildiği, ihaleye katılmak ve ihale dokümanı satın almak isteyen kişilere doküman satışı yapılmayarak rekabet ortamının engellendiği görülmektedir.

ya başlanmıştır ki kamu kaynaklarının bu şekilde **rutin dışı** bir ihale usulü ile belli kişiler arasında paylaşılması büyük miktarlarda kamu zararının doğmasına da sebebiyet vermektedir.

Son yıllarda 4734 sayılı Kanun'da yapılan çok sayıdaki değişiklik çerçevesinde; bu günkü konumu itibariyle "kurumun yolsuzlukla mücadele misyonunun olmadığı" yönünde bazı anlayışlar ortaya çıkmıştır[22]. Özellikle Ali Dibo olarak bilinen olay (açık ihale usulü ile yapılması gereken ihalenin, yalnızca ihaleye davet edilen 3 istekli arasında pazarlık usulü ile yapılması) kapsamında yoğun olarak yapılan tartışmalarda konunun "yolsuzluk" olarak değil "usulsüzlük" olarak savunulması tercih edilmiştir. Kanaatimce başta Danıştay ve Yargıtay kararları olmak üzere fiili uygulama bu iddialarla bağdaşmamaktadır. Zira Kamu İhale Kurumu zaten bağımsız düzenleyici denetleyici bir kurul olarak ekonomik kolluk kurumudur. Bir ekonomik kolluk kurumunun yolsuzlukla mücadele misyonunun olmadığını iddia etmenin kurumun varlık sebebi ile bağdaşır yanı bulunmamaktadır. Kaldı ki yasal mevzuat ve yargısal içtihatlar kamu ihaleleri ile ilgili süreçleri yöneten ihale yetkilileri hakkında 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu kapsamında soruşturma yürütülmesi gerektiğini belirtmesine ve söz konusu Kanun çerçevesinde soruşturmaların yürütülmesine rağmen sistemli ve yoğun olarak ihale usuli yolu ile yapılan yanlışlıkları sadece usulsüzlük olarak görmenin yargı kararları ve yasal düzenlemelerle bağdaşır yanı bulunmamaktadır[23].

---

22 Milliyet 16.05.2008, 22.12.2008 Hürriyet- "KİK, Yolsuzluk Peşinde Koşmayacak Artık Ali Dibo'ları Görmezden Gelecek".

23 Bknz. Danıştay 1. Daire Esas: 2012/1266 Karar: 2012/1472 Tarih : 17.10.2012, Bknz. Danıştay 1. Daire Esas : 2010/101 Karar : 2010/207 Tarih : 04.02.2010 Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi Muhammet Güney'e göre de ihaleye fesat karıştırma suçuna, 5237 sayılı TCK'nın "İkinci Kitabı" nın "Topluma Karşı Suçlar" ın düzenlendiği bölümde yer verilmiştir. 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesinde "Resmi ihale, alım satımlara fesat karıştırma suçu da sayılmış olup bu suçtan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacağı belirtilmiştir. Görev veya sıfatları itibariyle özel soruşturma ve kovuşturma usulüne tabi olanlar ile müsteşarlar, valiler ve kaymakamlar dışında kalan kamu görevlileri hakkında bu suçtan soruşturma izni alınmadan doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir. Güney, s. 146.

5506 sayılı[24] Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun açısından tartışıldığında da kamu ihalelerindeki usuli kurallara uyulmasına yönelik kuralların önemi ortaya çıkmaktadır. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin "Kamu Alımları ve Kamu Maliyesinin Yönetimi" başlığını taşıyan 9'uncu maddesine göre;

1. Her Taraf Devlet, iç hukuk sisteminin temel ilkelerine uygun olarak, diğerlerinin yanında, yolsuzluğun önlenmesinde de etkili olan; saydamlık, rekabet ve karar alma sürecinde nesnel kıstaslara dayanan uygun tedarik sistemlerini kurmak için gerekli adımları atacaktır. Bu sistemler, diğerlerinin yanında, aşağıdaki hususlara dayanacak ve uygun olarak belirlenecek asgari bedelleri dikkate alabilecektir:

a) Potansiyel ihale katılımcılarının ihale tekliflerini hazırlamaları ve sunmalarına yeterince zaman tanıyacak biçimde, sözleşme şartlarına ve ihale davetlerine ilişkin hususlar dahil olmak üzere, alım usullerine ve sözleşmelere ilişkin bilgilerin kamuoyuna duyurulması;

b) Seçim ve ihale kıstasları ile teklif kuralları dahil olmak üzere, ihaleye katılım şartlarının önceden belirlenmesi ve yayınlanması;

c) Usul kurallarının doğru olarak uygulandığını müteakiben teyit etmeyi kolaylaştırmak amacıyla, kamu alım kararlarında nesnel ve önceden belirlenmiş kıstasların kullanılması;

d) Bu fıkra uyarınca konulan usul kurallarına uyulmaması halinde, yasal müracaat hakkı temin etmek üzere, etkili bir itiraz sistemini içeren etkili bir dahili inceleme sisteminin oluşturulması;

e) Uygun halerde, kamu alımından sorumlu personele yönelik olarak, belli kamu alımlarına ilişkin menfaat beyanı, personeli değerlendirme usulleri ve eğitim şartları gibi konuları düzenlemek üzere önlem alınması.

Yukarıda belirtilen ve Türk Hukuku açısından da bağlayıcı konumda bulunan Uluslararası Sözleşme hükümleri uyarınca da; "ihaleye katılım şartlarının önceden belirlenmesi ve yayınlanması, usul kurallarının doğru olarak uygulandığını müteakiben teyit etmeyi kolaylaştırmak amacıyla, kamu alım kararlarında nesnel ve önceden belirlenmiş kıstasların kullanılması, usul kurallarına uyulmaması halin-

[24] 24.05.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

de, yasal müracaat hakkı temin etmek üzere, etkili bir itiraz sistemini içeren etkili bir dahili inceleme sisteminin oluşturulması" yolsuzlukla mücadele edilmesi hususunda üzerinde önemle durulan hususlar arasında bulunmaktadır. Bu ulusal ve uluslararası bağlayıcı düzenlemeler karşısında ihalelere ilişkin usuli işlemlere uyulmamasını sadece usulsüzlük olarak değerlendirmek ve bu konunun yolsuzlukla ilgili olmadığını savunmanın haklı ve hukuki bir yanının bulunmadığı düşünülmektedir.

İhalelerde etkinliği bozan bu karar ve davranışları izole etmek için öncelikle şeffaf, istekliler arasında ayrımcılık yapmayan ve rekabete açık bir ihale tasarımı yapılmalıdır. Daha sonra da bu kurallar etkili bir biçimde icra edilmelidir. Bu kuralların icrası bir taraftan ihale kurallarını düzenleyen mevzuat diğer taraftan da ihalelerde yolsuzluk, siyasi himayecilik ve rekabeti bozucu davranışları düzenleyen mevzuat setiyle sağlanmaktadır[25].

İlan yapılmayan ve sınırlı sayıda katılımcıdan oluşan pazarlık usulü ile ihaleler istekliler arasında uyumlu eylem ve davranışlarla kartel anlaşmalarına en müsait ihale yöntemi niteliğindedir. Zira uygulamada görüldüğü üzere pazarlık usulünde ihalenin kime verileceği önceden bir şekilde belli olduğundan, şekli olarak hukuka uygunluğu gerçekleştirmek adına ihale üzerinde kalacak istekli iki adet "yan teklif" getirmekte, daha sonra da danışıklı tekliflerle ihaleler gerçekleştirilmektedir.

Rekabet Kurulu kararlarından da anlaşıldığı üzere ihale piyasalarında bir grup teklif sahibi bir araya gelip bir kartel oluşturarak bir nesneyi piyasada ederinin üzerinde bir fiyattan satıp, oluşan rantı kendi aralarında paylaşmak üzere anlaşma yapabilmektedirler. Bu anlaşmalar sonucunda kartel üyeleri birbirleri arasında asla rekabete girmemekte; kazanılan rant kartelin mülkiyetine geçmekte ve anlaşmadan sağlanan kazanç kartel üyeleri arasında paylaşılmaktadır. Yahut kartel üyeleri arasındaki centilmenlik anlaşması gereği dönüşümlü fedakarlıklarla ihaleler birbirlerine bırakılabilmektedir. Kamu alımları gibi sürekli tekrarlanan ihalelerde kartel anlaşmasını bozan

25 Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. II.

teklif sahiplerini sonraki ihalelerde kartel tarafından cezalandırmak (örneğin, yıkıcı fiyatlandırma uygulamak) daha kolay olduğundan, ihale öncesinde kartel oluşturmak ihtimali de daha yüksektir. Kamu alımlarında kartel anlaşması oluşturarak devlete pahalı mal ve hizmet tedarik edilmesi; kaynak dağılımında etkinliği bozmakta, kamu açıklarını artırmakta ve nihayet vatandaşın ödediği vergilerin karşılığını alamamasına neden olmaktadır[26].

II- Temel İhale Usulleri: Açık İhale usulü/ Belli İstekliler Arasında İhale Usulü

4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 4'üncü maddesinde ihale usulleri tanımlanmıştır. Buna göre pazarlık usulü; Kanunda belirtilen hallerde kullanılabilen, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin;

1-Teknik detaylarını,

2- Gerçekleştirme yöntemlerini,

3- Belli hallerde fiyatını,

isteklilerle görüştüğü usulü ifade etmektedir[27]. Aslında Avrupa Birliği sisteminde pazarlık usulü ile amaçlanan; idare ile isteklilerin ihale konusu işle ilgili bazı hususları müzakere edebilmelerinin önünün açılabilmesidir. Bu nedenle pazarlık usulünün "negotiated procedure" olarak ifade edilmesi de anlamlıdır. Ülkemiz uygulamasında ise pazarlık usulü daha çok, açık ihale ve ilan şartlarından imtina edebilmenin yasal bir dayanağı imiş gibi algılanıp uygulanmakta, ihale konusu işin teknik detayları, gerçekleşme yöntemleri ve fiyatı konusunda herhangi bir müzakere, görüşme, pazarlık yapılmamaktadır.

---

26 Emek, Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması Ve Korunması, s. 35-36.

27 Avrupa Birliği' nde kamu alımları ile ilgili olarak 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' ne göre de pazarlık usulü, idarenin tedarikçilere, yüklenicilere veya hizmet sağlayıcılarına kendi seçimleriyle ilgili olarak danıştığı ve onlarla sözleşme koşullarını, örneğin, teknik, idarî veya mali koşulları görüştüğü bir usuldür. Pazarlık usulünde idareler, fiyatlar, teslim tarihleri, miktarlar, teknik özellikler ve teminatlara özel atıfta bulunarak sözleşme şartlarının belirlenmesinde aktif bir rol oynayabilmekle birlikte bu usulde de, özellikle, teklifleri ve tekliflerin sunduğu avantajları etkin bir biçimde karşılaştırması, istekliler arasında eşit muamele ilkesini uygulaması gerekir. Alyanak, s. 171, Lüleci, s. 40.

Kanun metninde açıkça pazarlık usulünün; **"kanunda belirtilen hallerde kullanılabileceği**" açıkça zikredildiğinden idarelerin hangi hallerde pazarlık usulüne başvurabilecekleri bağlı yetki kuralları çerçevesinde belirlenmiştir.

Kanun'un 5'inci maddesinin 4'üncü paragrafına göre "4734 sayılı Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel ihale usulleri olup[28] diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilmektedir.

Kanun'un "Açık ihale usulü" başlığını taşıyan 19'uncu maddesine göre açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği usuldür. Açık ihale usulü, ülkemizde uygulanan temel ihale usulü olup aleniyeti, şeffaflığı, rekabeti, katılımcılığı sağlamaya en müsait ihale yöntemi olarak bilinmektedir. 2012 yılı ihale istatistikleri incelendiğinde ülkemizde 71.414 adet kamu alım miktarı açık ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olup bu alım sayısının toplam büyüklüğü 61.977.853.000 TL miktarındadır. Söz konusu kamu alımları için harcanan bedel 2012 yılında yapılan tüm ihalelerin % 80, 87' sine ulaşmaktadır[29].

Kamu alım ihalelerinde diğer temel ihale usulü olan belli istekliler arasında ihale usulü 4734 sayılı Kanun'un 20'nci maddesinde düzenlenmiştir. "Belli istekliler arasında ihale usulü" yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür[30]. Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilmektedir.

---

28 Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 28.2 ve 28.3 maddelerine göre de kamu idarelerinin alımlarının "açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulü" ile gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yönergeye göre idareler ancak 30 ve 31. maddelerinde belirtilen sınırlı durumlarda pazarlık usulüne başvurabilmektedirler. Yönerge' ye göre, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün idarelerin kamu ihaleleri gerçekleştirirken normal şartlar altında başvurmaları gereken standart usuller olduğunu açıkça ifade etmektedir. Alyanak, s. 16, s. 167.

29 2012 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 4.

30 Ayrıca bknz. 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlığını taşıyan 4'üncü maddesinde ihale usulleri tanımlanmış olup bu tanımlamaya göre Belli istekliler arasında ihale usulü: Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idare tarafından davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usulü ifade etmektedir.

Bu usulde; kanunda belirlenen yeterlilik ilkelerine (10 uncu madde) uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmakta ve belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmemektedir. Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilmektedir. İhaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilmektedir. Teklif veren istekli sayısının üçten az olması nedeniyle ihalenin iptal edilmesi durumunda, ihale dokümanı gözden geçirilerek varsa hatalar ve eksiklikler giderilmek suretiyle, ön yeterliği tespit edilen bütün istekliler tekrar davet edilerek ihale sonuçlandırılabilmektedir.

2012 yılı ihale istatistikleri incelendiğinde ülkemizde 624 adet kamu alım miktarı belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olup bu alım sayısının toplam büyüklüğü 7.749.420.000 TL miktarındadır. Kamu alımları için harcanan bu bedel 2012 yılında yapılan tüm ihalelerin % 10,11' ine tekabül etmektedir[31].

III- Pazarlık Usulü İle İhale Hangi Hallerde Yapılabilir

Pazarlık usulü ile ihale Kanun'un 21'inci maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bazı durumlarda pazarlık suretiyle ihale yapılması mümkün olup bu haller kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır. Kanun metninde pazarlık usulünün; **"kanunda belirtilen hallerde kullanılabileceği**" açıkça zikredildiğinden idarelerin hangi hallerde pazarlık usulüne başvurabilecekleri bağlı yetki kuralları çerçevesinde belirlenmiştir. Aşağıda sayılan bu durumların mevcut olup olmadığı idari yargı denetimine tabidir. Bağlı yetki halinde; idari işlemin sebep unsurunu oluşturan vakıa, fiil ve durumların mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde idare Kanun'un öngördüğü yönde Kanun'un öngördüğü kararı almak zorundadır[32]. *İdare aşağıdaki hallerin varlığı halinde belli bir hareket tarzını seçmek, belli bir çözümü benimsemek yani bu hallerde pazarlık*

31 2012 Yılı Kamu Alımları İzleme Raporu, s. 4.
32 Gözler, C I, s. 941.

usulünü uygulamak zorundadır[33]. Bu haller dışında idarelerin pazarlık usulü ile ihale yapmaları konusunda serbest hareket etme imkanları ve bir takdir yetkileri bulunmamaktadır. Kanun'da belirlenen sebeplerin ortaya çıkması durumunda idare bir seçim yapma, değerlendirme imkanına sahip olmaksızın belli şekilde hareket etme zorunluluğu ile karşı karşıyadır[34]. Bağlı yetki aslında idarenin kanuniliğinin özel bir uygulama şekli olarak karşımıza çıkmaktadır[35]. Bağlı yetki kuralları çerçevesinde 4734 sayılı Kanun'da pazarlık usulü ile yapılabilecek haller şu şekilde sayılmaktadır:

a- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,

b- Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması,

c- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması.

d- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

e- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.

f- 2014 yılı itibariyle idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına[36] kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 28' inci maddesine göre de pazarlık usulü ile ihale; yalnızca Yönergenin 30 ve 31'inci maddelerinde belirtilen durumlarla sınırlı olarak başvurulacak istisnai bir yol olarak düzenlenmiştir. Yönerge' nin 28'inci maddesinde pazarlık usulü ile ihalenin ancak **"belirli durumlarda ve belirli koşullar altıda"** yapılabileceği açıkça ifade edilerek bu usulün istisnai durumlarda başvurulabilecek bir usul olduğu

33 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 139.
34 Karahanoğulları, s. 502.
35 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 139.
36 Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

açıkça belirtilmektedir. Yönergenin söz konusu maddelerinde "önceden ilana tabi olan konular" ile "ilana tabi olmayan konular" ayrı ayrı belirtilmiştir[37].

4734 sayılı Kanun kapsamındaki idarelerce yapılacak ihalelerde öncelikle açık ihale usulünün esas alınacağı, diğer ihale usullerinin Kanun'da belirtilen özel hallerde kullanılacağı, İdarelerin, ihaleyi pazarlık usulü ile yapabilmesi için, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendinde yer alan doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması ve bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğması şartlarının **bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu** anlaşılmaktadır[38].

İdarenin, ihaleyi 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesi kapsamında pazarlık usulü ile yapabilmesi için, madde metninde yer alan iki şartın bir arada ve birbirine bağlı olarak gerçekleşmesi zorunludur. Birinci şart, doğal afet, salgın hastalık, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması, ikincisi ise, bu nedenlerle ihalenin ivedi olarak yapılması zorunluluğunun doğmasıdır. Bir durumun Kamu İhale mevzuatı ve 4734 sayılı kanunun 21 maddesinin (b) bendi açısından ***"idarece öngörülmeyen olay"*** olarak değerlendirilebilmesi için; ortaya çıkan olay, ihale yapılmasını gerektiren durumdan önce idare tarafından ***"öngörülemez"*** nitelikte olmalı, öngörülememe halinin de objektif kriterlere göre yerinde bulunması ve idarenin iradesinden bağımsız olması gerekmektedir. İhale konusu işin pazarlıkla temin edilmesi gerektiğine ilişkin idarece gösterilen gerekçenin önceden öngörülmeyen olay kapsamında değerlendirilmesi sonucunda ihalenin ilansız olarak pazarlık usulü ile gerçekleştirilmesi işleminde haklılık payı olacaktır. Aksi halde ihale usulü 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde sayılan temel ilkelere aykırılık teşkil edecektir[39]. Önceki Kurul kararları ince-

37 Alyanak, s. 171.

38 Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217. Kamu İhale Kurul Kararı, 2010/Uy.Iı-1186.

39 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/Uy.Iı-1809, "Öngörülemezlik" İle İlgili Bu İfadeler Kurul Üyeleri Ali Kemal Akkoç Ve Hakan Günal'ın Muhalefet Şerhinden Alınmıştır.

lendiğinde kanaatimce doğru bir yaklaşımdan hareket edilerek; idarelerin olağan, her yıl tekrar edilen, öngörülebilen ve süreklilik arz eden ihtiyaçları için yapılacak ihalelerin pazarlık usulü ile yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır[40].

Kurul; idarenin ihale gerekçesinde belirtilen mevcut alt geçitlerin yeterli olmadığı, aydınlatmaların yetersiz olmasından ve yaya kaldırımının inşa edilmemesinden dolayı akan **trafiğin tehlikeli bir hal alması hususlarının** ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülemeyen olaylar olarak nitelendirilemeyeceği ve ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği gerekçesi ile pazarlık usulü ile yapılan "D-400 Karayolu Alt Yapı, yol, kaldırım ve Refüj Düzenlemesi İşi İhalesini" iptal etmiştir.

Danıştay; idarece işin aciliyet gerektirme sebepleri arasında deprem riskinden bahsedilmekle birlikte İstanbul'da 1999 yılında yaşanan büyük deprem felaketinden 6 yıl geçtikten sonra gerçekleştirilen pazarlık usulü ile ihalede, belirtilen gerekçenin kabulüne olanak bulunmadığına karar vermiş idarenin, depremden 6 yıl sonra yaptığı ihalede pazarlık usulünü tercih etmesindeki aciliyet/ivedilik gerekçesini samimi bulmamıştır[41].

---

40 TMO Genel Müdürlüğünün, Yönetim Kurulu Kararı uyarınca gönderilen talimatları çerçevesinde pazarlık usulü ile ihaleye çıkıldığı, ancak anılan talimatlarda devam etmekte olan sözleşme süresinin sona erdiği tarihe kadar ihale sürecinin tamamlanamaması halinde ihale sonuçlanıncaya kadar, güvenlik hizmetlerinin doğrudan temin yoluyla alınması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, idarenin daha önce güvenlik hizmeti alımı yaptığı ve devam eden sözleşmenin sona ereceği tarihin önceden belli olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, güvenlikle ilgili hizmet alımının idarenin olağan, öngörülen süreklilik arz eden ihtiyacı olduğu anlaşılmış olup anılan Kanun maddesindeki "özel bir durum" un oluştuğuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belgeye ulaşılamamıştır. Bu çerçevede….. söz konusu işin, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (c) bendi kapsamında pazarlık usulü ile ihale edilmesinin, Kanunun anılan hükmü ile 5 inci maddesinde belirlenen temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında mevzuata aykırılığı tespit edilen ihale işlemleri hakkında düzeltici işlem belirlenmesine gerek bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle; İhale sürecinde yapılan ve yukarıda mevzuata aykırılıkları belirtilen işlemlerin düzeltici işlemle giderilemeyecek nitelikte olduğu tespit edildiğinden, 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesi (b) bendi gereğince, ihale işlemlerinin ve ihale kararının iptaline oybirliği ile karar verildi. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/ Uh.Z-1439

41 Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.

1- Süreklilik Arz Eden Mal ve Hizmet Alımlarının Kesintiye Uğratılmadan Pazarlık Usulü ile Temini

Bazı durumlarda ihale sürecinin uzaması, idarelerin ihale zamanlaması konusunda süreci öngörememeleri vb. nedenlerle ihale sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde kamu hizmetlerinin sürdürülebilirliğinin temin edilmesi gerekmektedir. Bu sürekliliği ve hizmetlerin sürdürülebilirliğini teminen yıl sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden alımların kesintiye uğratılmamasını teminen ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların pazarlık usulü ile temin edilebilmesinin yolu açılmıştır[42].

Kamu İhale Genel Tebliğ' inin; "Süreklilik arz eden **mal ve hizmet alımlarının** kesintiye uğratılmadan temini" başlığını taşıyan 20'nci maddesine göre;

"4734 sayılı Kanunun 62' nci maddesinin (b) bendinde ertesi mali yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki mali yıl sona ermeden ihaleye çıkılabileceği düzenlenmiştir. Böylece ihale ile ilgili ilan süresi ve ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı da dikkate alınarak ertesi yılda gerçekleştirilecek bu tür mal ve hizmet alımı ihalelerine mali yıl sona ermeden çıkılabilmesine imkan tanınmıştır. Ancak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendindeki "idare tarafından önceden öngörülemeyen olaylar" kapsamında değerlendirilerek, anılan madde hükmü ve 62 nci maddenin (ı) bendinde yer alan esaslar da dikkate alınarak aynı Kanunun 21' inci maddesinin (f) bendi ya da 22' nci maddesinin (d) bendinde belirtilen tutarlara kadar olanların bu maddelere göre temin edilebilmesi idarenin yetki ve sorumluluğundadır".

Süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları ile ilgili **"esas ihale usullerinin tamamlanamaması"** hususunun **"önceden öngörüle-**

42 Uz, s. 199.

meyen sebep" olarak kabul edilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira idarelerin, ihale usulüne bağlı olarak şikayete konu olsun veya olmasın asgari/azami ihale sürecini tespit edebilmeleri, önceden öngörebilmeleri ve ona göre ihtiyaçlarına yönelik programlama yapıp ona göre ihale sürecini başlatmaları mümkündür. İdarelerin, bu programlamaya göre ihaleye önceden çıkabilmeleri de mümkünken bu konunun idare tarafından önceden öngörülemez olay olarak düşünülmesi doğru olmadığı gibi kötüye kullanımları da beraberinde getirecektir. Zira idarelerin bu sayede, koşulları oluşmadığı halde pazarlık usulünü işletmeleri ve esas ihale usullerinden kaçınmaları mümkündür. Bu uygulama; Kanun'un temel ilkelerini düzenleyen 5'inci maddesi ile idarelerin uygulamada dikkat edecekleri hususları düzenleyen 62'nci maddesine ve ihale usullerinin düzenlendiği maddelere aykırı sonuçlar doğurabilecektir[43].

Benzer şekilde süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarında temel ihale usullerinden kurtulmak amacıyla veya ödeneklerin zaman içerisinde bölüm bölüm tahsis edildiği gerekçesi ile ihtiyacın bölümlere ayrılması suretiyle kısa süreli ve birbirini takip eden pazarlık usulleri yoluyla ihtiyaçların temin edilmeye çalışılması da hukuka aykırı olacaktır[44].

---

43 Uz, s. 201.

44 Hastanenin bu işe ait ödeneğinin daha önceden çıkmış olmasına rağmen gerekli yasal koşulları yerine getirerek 7 veya 6 ay süreli açık usulde ihale yapmak yerine sürekli olarak pazarlık usulü ile ihale yapması ve bu ihalede mevzuata aykırı davranarak hastanenin temizlik hizmeti işlerini yapan firmaya işi ihale etmesinin şüphe uyandırdığı hususları ile pazarlık usulü ile yapılan 1 aylık Hasta ve Ziyaretçileri Yönlendirme hizmeti ihalesinin bitim tarihinden 1 gün önce idarenin yeniden pazarlık usulü ile ihale yaparak işi oldu bittiye getirmesi ve gerekli ödeneğin çıkmış olmasına rağmen 3 ay süre ile pazarlık usulünde ihale yapmış olmasının firmalarında haklı şüphelere yol açtığı ve bu ihalede 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerine aykırı hareket edildiği hususları iddia edilmektedir. İdarenin başvuru sahibinin şikayetine verdiği 13.05.2004 tarih ve 080274 sayılı cevabi yazıda, "Hastanenin daha önceden yapmış olduğu Hasta ve Ziyaretçileri Yönlendirme Hizmetleri İhalesi 1 aylık olduğundan Açık İhale Usulü ile ihalenin yapılmasına Kanunen gerekli süre olmadığından dolayı 1 aylık yapmış oldukları pazarlık ihalesinin bitim tarihinden önce yeniden pazarlık usulü ile ihale yapılmasında Kanunen ve kurumlarınca sakınca olmadığı" belirtilmiştir. ..İdarenin söz konusu ihtiyacı süreklilik arz eden bir hizmet alımını gerektirdiğinden, konuyla ilgili ihtiyacın yeterli süre öncesinde tespiti ve bu ihtiyacın karşılanması için planlama yapılabilmesi mümkün olup; açık ihale usulü için gerekli sürecin işletilmesi halinde sürecin uzayacağı, işin aksayacağı gibi gerekçelerle, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendinin uygulanması mevzuata aykırı görülmüştür. 4734 sayılı

Bu hüküm çerçevesinde idarelerin "**süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları"** ile ilgili olarak yılın sonunda ya da ertesi yılın başında çıkılan ihalelerde önceden öngörülemeyen nedenlerle ihale sürecinin uzadığı durumlarda süreklilik arz eden bu alımların kesintiye uğratılmamasını teminen, ihale sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 2014 yılı alımları için;

a- İdarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları,

b- Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idarelerin 47.373,- TL, diğer idarelerin 15.783,- TL' sini aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve iaşeye ilişkin alımları,

pazarlık usulü ile gerçekleştirilebilecektir.

Ancak yeni ihale süreci tamamlanıncaya kadar **"geçiş aşaması"** için kesintiye uğratılmaması amaçlanan bu ihalelerin "süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu" özellikle göz önünde bulundurulacaktır. Burada ihale süreci tamamlanıncaya kadar "geçiş aşaması" için çözüm olarak kabul edilen pazarlık usulünün sadece "mal ve hizmet alımları" ile ilgili olduğu, yapım işleri ihaleleri ile ilgili olarak geçiş sürecine yönelik pazarlık usulü ile ihale yapılamayacağı hususuna dikkat edilmelidir[45].

Kanunun 5 inci maddesinde yer alan ödeneksiz ihaleye çıkılamaz hükmü gereğince, ödeneğin konulduğu tarih ile önceden tam olarak bilinmesi mümkün olmayan ihale işlemlerinin sonuçlandırıldığı tarih arasında kalan ve ertelenmeyecek nitelikteki süreklilik arz eden hizmet alımları için …2003/3 sayılı Kamu İhale Tebliği gereğince İdare tarafından, temel usuller olarak belirtilen açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulüne göre ihale işlemlerinin başlatılması, fakat ihale sürecinin belirli bir zaman alacağı dikkate alınarak bu süreç sonuçlandırılıncaya kadar geçecek süre içindeki ihtiyaçların 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi gereğince pazarlık usulü ile temin edilmesi gerektiği halde, idare bu düzenlemeleri gözetmeksizin ihtiyacını bölümlere ayırmış, önce 1 aylık sonra da 3 aylık ihtiyacını pazarlık usulü ile giderme yolunu seçmiştir. Bu durumda, …İhale usulünün seçiminde hata yapıldığı, bu hatalı idari işlemin, zincirleme idari işlemlerden oluşan ve karma işlem niteliği taşıyan ihale sürecindeki diğer işlemlerin hukuksal nedeni olarak, bu işlemleri de Kanuna aykırı hale getirdiği anlaşılmıştır. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2004/UK.Z-792.

45 Bu çerçevede Kurul; "Kent Katı Atık Depolama Alanı Düzenlenmesi Yapım İşi İhalesinde" geçiş süreci için işin pazarlık usulü ile ihale edilmesinde ihale konusunun "yapım işi" olması gerekçesi ile 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi çerçevesinde pazarlık usulü ile geçiş sürecine yönelik ihale yapılamayacağına karar vermiştir.

2- Pazarlık Usulünde İhale Süreci-Teknik Görüşmeler ve Fiyat Tekliflerinin Alınması

"Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi" hallerinde yapılacak pazarlık usulü ile ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre **yeterliği tespit edilen**[46] istekliler, öncelikle ihale konusu

İdare tarafından, 04.01.2009 tarih ve 4940 sayılı İhale Usulünün Tespitine İlişkin Tutanakta; Bursa Büyükşehir Belediye Başkanlığı Hizmet Alımları İhale Komisyonunun 18.12.2006 tarih ve 121 sayılı kararı ile Remzi Sütçü'ye ihale olunan Kent Katı Atık Depolama Alanı ve Ambalaj Atıkları Toplama ve Ayırma Tesisi İşletimi İle Tıbbi Atıklar ve Ambalaj Atıklarının Ayrı Toplanması-Taşınması işinde aralık 2008 tarihi itibariyle işin %93 üne gelindiği, işin keşfinin süresinden önce dolması ve yeterli gelmemesi nedeniyle yeni bir ihalenin yapıldığı, ancak yapılan itiraz nedeniyle ihalenin kısa sürede neticelenmeyeceğinin anlaşıldığı, bu sebeple süreklilik arz eden işin aksamaması amacıyla 3 aylık geçici bir süre için Kent Katı Atık Depolama Alanı Düzenlenmesi Yapım İşinin önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması durumu göz önüne alınarak pazarlık usulü ile ihale edilmesinin uygun olacağı ifadelerine yer verilmiştir. Kamu İhale Genel Tebliğinin, esas ihale usulleri ile başlatılan ihale sürecinin belli bir zaman alacağı ve bu sürecin tamamlanmasına kadar geçecek sürenin de idare tarafından önceden öngörülemeyen olay kapsamında değerlendirilmesi ve bu geçiş aşamasında pazarlık usulü ile ihaleye çıkılabilmesine imkân tanıyan söz konusu düzenlemesinin, sadece süreklilik arz eden mal ve hizmet alımlarına münhasır olduğu dikkate alındığında yapım işi olarak ihalesi gerçekleştirilen inceleme konusu ihalede, 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesine dayanılarak ihaleye çıkılabilmesinin hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.I-1030

46 İhale konusu iş ile ilgili tecrübe, deneyim, yeterlilik, profesyonelliğin belirlenmesinde de Kanun genel çerçeveyi belirlemiştir. Kanun hem ekonomik ve mali yeterlilik hem de mesleki ve teknik yeterlilik alanında standartlar belirlemektedir. Kanun'un "İhaleye katılımda yeterlik kuralları" başlığını taşıyan 10'uncu maddesinde ekonomik, mali, teknik, mesleki yeterlilik konusunda hangi bilgi ve belgelerin istenileceğini de düzenlemiştir. Bankalardan temin edilecek malî durumla ilgili belgeler, bilanço veya bunlara eşdeğer belgeler, iş hacmini gösteren toplam ciro veya ihale konusu iş ile ilgili taahhüt altındaki ve bitirilen iş miktarını gösteren belgeler ekonomik ve malî yeterliği gösteren bilgi ve belgeler olarak düzenlenmiştir. Ticaret/sanayi veya meslek odasına kayıtlı olarak faaliyette bulunulduğuna ilişkin belgeler, kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında taahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak yapım işleri, denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler (mühendis ve mimarlara ilişkin), kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler, üretim ve/veya imalat kapasitesine, araştırma-geliştirme faaliyetlerine ve kaliteyi sağlamasına yönelik belgeler mesleki ve teknik yeterliliği

işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunmaları gerekmektedir.

Teknik detaylar ve işin gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarla ilgili ilk tekliflerin sunulmasının ardından, ikinci aşamada idarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonunun her bir istekli ile teknik görüşmeler yürütmesi söz konusu olmaktadır. Bu görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine üçüncü aşamada; bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenilmektedir.

Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak **son yazılı fiyat teklifleri alınarak** ihale sonuçlandırılmaktadır. Kurum inceleme kararlarında da belirtildiği üzere ihalede fiyat görüşmesi neticesinde verilen ikinci teklifte, ilk verilen teklif mektupları üzerinde karalama yapılmak suretiyle teklif verilmesi halinde teklif mektuplarının geçersiz hale geleceği kabul edilmektedir[47].

---

ispat konusunda talep edilen belgelerdir. Aynı şekilde yeterli sayıda ve nitelikte personel çalıştırıldığına veya çalıştırılacağına ilişkin bilgi ve/veya belgeler, teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler, tesis, makine, teçhizat ve diğer ekipmana ilişkin belgeler, kalite kontrolden sorumlu olan ilgili teknik personel veya teknik kuruluşlara ilişkin belgeler, uluslararası kurallara uygun şekilde akredite edilmiş kalite kontrol kuruluşları tarafından verilen sertifikalar, tedarik edilecek mallarla ilgili numuneler, kataloglar ve/veya fotoğraflar mesleki ve teknik yeterliliği ispat konusunda talep edilen bilgi ve belgeler arasındadır. Bu bilgi veya belgelerden hangilerinin yeterlik değerlendirmesinde kullanılacağının, ihale dokümanında ve ihale veya ön yeterliğe ilişkin ilân veya davet belgelerinde belirtilmesi gerekmektedir.

47 Kanun'un "Tekliflerin hazırlanması ve sunulması" başlığını taşıyan 30'uncu maddesine göre Teklif mektubu ve geçici teminat da dahil olmak üzere ihaleye katılabilme şartı olarak istenilen bütün belgeler bir zarfa konulup zarfın üzerine isteklinin adı, soyadı veya ticaret unvanı, tebligata esas açık adresi, teklifin hangi işe ait olduğu ve ihaleyi yapan idarenin açık adresinin yazılması, zarfın yapıştırılan yerinin istekli tarafından imzalanıp mühürlenmesi gerekmektedir. Teklif mektupları yazılı ve imzalı olarak sunulmakta olup, teklif mektubunda ihale dokümanının tamamen okunup kabul edildiğinin belirtilmesi, teklif edilen bedelin rakam ve yazı ile birbirine uygun olarak açıkça yazılması, üzerinde kazıntı, silinti, düzeltme bulunmaması ve teklif mektubunun ad, soy ad veya ticaret unvanı yazılmak suretiyle yetkili kişilerce imzalanmış olması zorunludur. Mal alımı ihalelerinde, ihale dokümanında alternatif teklif verilebileceğine dair hüküm bulunması halinde, alternatif tekliflerde aynı şekilde hazırlanarak sunulabilmektedir. Tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar sıra numaralı alındılar karşılığında

Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması veya savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu ya da idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına[48] kadar olan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

3- Pazarlık Usulünün Seçilmesindeki Gerekçenin Açıklanması ve İdari İşlemin Sebep Unsuru

Bilindiği üzere bir idari işlem belli unsurların bir araya gelmesi ile oluşur. Bunlar; idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi açısından büyük önem taşımaktadır. İhale hukukunda pazarlık usulünün seçilmesi ve bu usulle ihalelerin yapılması konusunda idari işlemin gerekçesi veya sebep unsuru ön plana çıkmaktadır. Sebep unsuru; idareyi böyle bir işlem yapmaya yönelten etken veya bir başka ifade ile işlemin gerekçesidir[49]. Sebep; idari işlemden önce gelen hukuki veya fiili etkenlerdir[50]. İhale hukukunda pazarlık usulü ile ihalenin/idari işlemin yapılmasına dayanak teşkil eden etken veya gerekçeler mevzuatta açıkça sıralanmış olup bu konuda bir belirsizlik söz konusu değildir[51]. Bu çerçevede örneğin işin **"acele (ivedi) olarak"** karşılanması gerekliliği tek başına pazarlık usulü ile ihaleye haklı gerekçe olamaz. Pazarlık usulü ile ihale yapılabilmesi için kanunda sayılan durumlarla sınırlı olarak hukuken geçerli, muteber ve her halükarda özel menfaat

---

idareye verilmesi gerekmekte olup bu saatten sonra verilen teklifler kabul edilmemekte ve açılmaksızın iade edilmesi gerekmektedir. Tekliflerin iadeli taahhütlü olarak da gönderilmesi mümkündür. Posta ile gönderilecek tekliflerin ihale dokümanında belirtilen ihale saatine kadar idareye ulaşması şarttır. Postadaki gecikme nedeniyle işleme konulmayacak olan tekliflerin alınış zamanının bir tutanakla tespit edilmesi gerekmektedir. Verilen teklifler, zeyilname düzenlenmesi hali hariç, herhangi bir sebeple geri alınamaz ve değiştirilemez.

48 Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

49 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 391-392, Günday, s. ……

50 Gözler, C I, s. 893.

51 İdari işlemin sebebi; açıkça belirtilebileceği gibi sebep belirsiz kavramlarla (milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı vb.) da ifade edilebilir ya da sebep hiç gösterilmeyebilir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 394-395, Gözler, C I, s. 896-899

ve yararları değil kamu yararını esas alan[52] bir anlayıştan hareket edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde idareler tarafından gösterilen sebebin veya gerekçenin çoğu zaman hiç mevcut olmadığı, düzmece sebepler uydurulduğu[53] veya ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasına gerekçe oluşturmayacağı görülmektedir ki bu aşamada Gözler'in İdare Hukuku literatürüne kattığı "sebep saptırması" kavramının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu gün ülkemizde kamu ihalelerin kapalı kapılar arkasında belli kişilere paylaştırılması ve kamu kaynaklarından pay alınmasında tam anlamıyla "sebep saptırması" yolunun izlendiği görülmektedir. Sebep saptırmasında; idare belirli bir işlemi gösterdiği sebebe değil gerçekte var olan bir başka sebebe dayanarak tesis etmektedir[54]. Örneğin pazarlık usulü ile ivedilikle, kapalı kapılar arkasında ihale yapılmasına gerekçe gösterilen fiili olay çoğu zaman doğal afetler olarak gösterilse de ortada henüz bir doğal afet (deprem, sel vb.) olmayan durumlarda faraziyeye dayalı "olabilir" ihtimalinden hareketle ihaleler yapıldığı görülmektedir. Aynı şekilde salgın hastalık veya can veya mal kaybı gerekçesi ile pazarlık usulü ile yapılan ihalelere gerekçe gösterilen olayların çoğunda da ortada henüz fiilen gerçekleşmiş bir olay bulunmamasına rağmen ihtimallerden, faraziyelerden yola çıkılarak ihale konusu işlerin çoğunlukla belli siyasi mensubiyeti olan kişilere yaptırıldığı gözlemlenmektedir.

Hukukilik denetimi açısından geçmişte Kurum tarafından ihalenin pazarlık usulü ile yapılmasının hangi gerekçeye dayandığı ilgili idareden sorularak itirazen şikayet incelemesi yapılmıştır. Ancak en son 2008 yılında yapılan değişiklikle pazarlık usulü ile ilgili ihalelerde aleniyet-açıklık ilkesi terkedildiğinden, daha çok kapalı kapılar arkasında ve sadece davet edilen belli kişiler arasında yapılan ihalelerde Kurum'a itirazen şikayet yolu ile ulaşan şikayet sayıları ciddi surette azaldığından, pazarlık yolu ile ihaleye çıkılmasındaki gerekçenin hukukilik denetimine yönelik incelemeler de ortadan kalkmıştır.

İdarenin pazarlık yolu ile ihaleye çıkma gerekçesi ile Kurum'un bu gerekçe üzerindeki hukukilik denetimi ***"ani, beklenmeyen, idare***

52 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 392,
53 Gözler, C I, s. 925.
54 Gözler, C I, s. 923.

tarafından önceden öngörülemeyen haller" ve ***"ihalenin ivedi olarak yapılmasında zorunluluk bulunan haller"*** üzerinde yoğunlaşacaktır.

Kurum kararlarında da belirtildiği üzere pazarlık usulü ile ihalede aslolan; idari faaliyetin ve kamu hizmetlerinin devamlılığının sağlanmasıdır. Zira pazarlık usulü öncelikle *ani, beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülemeyen"* ve *"ihalenin ivedi/acil olarak yapılmasının zorunlu olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.*

4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmıştır. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir. İlan yapılmayan haller nitelikleri itibariyle incelendiğinde; ***"ani, beklenmeyen, idare tarafından önceden öngörülemeyen"*** ve ***"ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu"*** olaylar olarak genellemeye tabi tutulabilir. Pazarlık yolu ile yapılan bir ihalede; ***"ani, beklenmeyen, öngörülemeyen, ivedi"*** nitelikli işler idari işlemin "sebep unsuru" açısından hukukilik denetimine açıktır[55]. Bu hüküm çerçevesinde; ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen ve ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olduğu;

&- Doğal afetler, (deprem, sel,

&- Salgın hastalıklar,

---

55 Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Valiliği tarafından davalı idareye gönderilen 04.07.2005 tarih ve 8062 sayılı yazıda, İstanbul'un jeopolitik konumu, hızla artan nüfusu ile tarihi, ticari, kültürel ve turistik değerleriyle önemli bir merkez olması nedeniyle her açıdan dünya şehri standartlarına ulaştırılmasının zorunlu olduğu, ayrıca, deprem bölgesinde olması sebebiyle olası bir deprem nedeniyle can ve mal kaybına uğrayan bölgelere ulaşımın sağlanması açısından yol, köprü, kavşakların hızlı bir şekilde tamamlanarak hizmete açılmasının gerekli olduğu, diğer taraftan önemli turistik merkezlere ve NATO zirvesi, Eurovizyon Şarkı Yarışması, Şampiyonlar Ligi Finali, Formula Yarışması gibi düzenlenecek ve düzenlenmesi muhtemel olan ulusal ve uluslararası kongre ve müsabakaların gerçekleşeceği merkezlere kolay ulaşımın sağlanarak hizmet kalitesinin ve araç güvenliğinin arttırılması gerektiği belirtilerek, gerekli olan yol, köprü ve kavşak düzenlemelerinin ivedilikle ihale edilmesi hususunda gereğinin yapılmasının talep edilmesi üzerine, davalı idarenin Altyapı Koordinasyon Merkezi'nin 24.08.2005 tarih ve 2005/7 sayılı kararıyla, dava konusu işin ivedilik gerektirdiği gerekçesiyle 4734 sayılı Kanun'un 21/b maddesi uyarınca pazarlık usulü ile ihale edilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217 İçtihat

&- Can veya mal kaybı tehlikesi,

&- Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması,

&- İdarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına[56] kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları.

Kanunda pazarlık usulü ile ihale yapılmasına hukuki gerekçe oluşturacak durumlar yukarıda belirtildiği gibi açıkça sayılmış olup bu usulle yapılan ihalenin sebep unsuru yönünden hukuki denetim Kanun maddesinde sayılan durumlarla sınırlı olarak incelemeye tabi tutulabilecektir.

4- Pazarlık Usulünde Kanun "ihtimali" durumu değil "fiili durumu" esas almaktadır

Kanun'un 21'inci maddesinin lafzında *"doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen* ***olayların ortaya çıkması*** *üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması veya savunma ve güvenlikle ilgili* özel durumların ortaya çıkması *üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması"* durumları sayılmakta olup açıkça **"olayların ortaya çıkması**" ve **"özel durumların ortaya çıkması"** şeklinde ifadeler kullanılarak ihtimali bir durumdan değil fiilen gerçekleşmiş, somut vakıalardan bahsedilmektedir.

Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde idareler henüz gerçekleşmemiş ancak **gerçekleşme ihtimali** bulunan olaylardan hareketle bu usulün seçildiği yönünde gerekçeler ileri sürebilmektedirler. Bu çerçevede örneğin deprem bölgesinde bulunan ve deprem olabileceği ihtimaline binaen mal/hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulü ile yapılmasına yönelik gerekçe Kurul tarafından haklı bulunmamıştır.

Buna karşılık Kurul; örneğin somut olarak gerçekleşmiş bir depremin hemen sonrasında güncel olan ihtiyaçlar nedeniyle yapılan ihalelerin pazarlık usulü ile yapılabileceğine karar vermiştir[57]. Aynı şekilde

---

56 Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

57 Hakkari Valiliği 14.02.2005 tarih ve 939 sayılı Sağlık Bakanlığına yazılan yazısında, Hakkari ili ve ilçelerin 1 inci derece deprem kuşağında yer alması ve olası deprem ihtimaline karşı vatandaşa daha etkin ve verimli bir sağlık hizmeti verilebilmesi ve kapasitenin yetersiz olması sebebiyle Hakkari Merkez ve Yüksekova

ortada somut bir durum olmamasına rağmen salgın hastalık ihtimali veya can ve mal kaybı ihtimaline binaen mal/hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulü ile yapılması ihale mevzuatına aykırılık teşkil edecektir.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından; İstanbul'un deprem bölgesinde olduğundan hareketle deprem olma ihtimalinden yola çıkılarak pek çok işin pazarlık usulü ile ihale edilmesine yönelik gerekçe Kurul tarafından de hukuken kabul edilebilir bulunmamıştır. Kurul kararında şu ifadelere yer verilmektedir[58]:

İstanbul Valiliğinin 04.07.2005 tarihli yazısında bu iş ile birlikte diğer yol, köprü ve kavşak düzenlemeleri inşaatlarının ivedilikle yapılması istense de bu yazının işin pazarlık usulü ile *yapılmasının hukuki gerekçesi olamayacağı açıktır. Çünkü 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin*

İlçelerine acilen Devlet Hastanesi hizmet binası yapılmasını istemiştir. Bunun üzerine, "30.03.2005 tarih ve 5327 sayılı Kanunun 3. Maddesi gereği 25.01.2005 tarihinde Hakkari meydana gelen 5.5 şiddetindeki depremde ağır hasar gören ve Bayındırlık Bakanlığı teknik elemanlarınca kullanılamaz hale gelen Hakkari Devlet Hastanesi hizmet binasının bir bloğu Sağlık Bakanlığının onay emirleri gereği anılan hastanenin yıkımı ihale yoluyla yapılarak bina enkazı tamamen kaldırılmıştır. Hastanenin geriye kalan ikinci blok ise depreme dayanıklık testinin olumsuz olduğu rapora dayanarak İlimizin birinci deprem bölgesi oluşu göz önüne alınarak can ve mal kaybına sebebiyet vermemek için çok acilen mevcut 2 bloğun yıkılarak yerine acilen yeni hastane binası yapılabilmesi için 4734 sayılı Kanununun 21/b maddesi gereği yapılması zaruri hale gelmiştir. Anılan hastanenin ilimizde tek yataklı tedavi kurumu oluşu ve bina sıkıntısı nedeniyle mevcut bina imkanları yetersiz olduğundan; ve Açık İhale Usulü ile yapılması düşünüldüğünden İhale ilanı Sözleşme süresi fazla zaman alacağından ihalenin ivedi olarak yapılmasında İlimize yarar sağlanacağını kanaatine varılmıştır. Yüksekova Devlet Hastanesinin müfettiş raporuna istinaden acilen boşaltılması hizmet veren mevcut binanın sağlık yapısı olarak inşa edilmediğinden şu anki işleyişi ile koşullara ve sağlık sunumlarına müsait görülmemiştir. Anılan raporların göz önüne alınarak Hakkari ve çevresinin birinci derece deprem bölgesi olduğundan oluşacak herhangi bir depremi sebebiyet vereceğinden zaman kaybına daha fazla tahammül olmayıp acilen 4734 Sayılı kanunun 21/b maddesi gereğince ihale yapılması zarureti doğmuştur; Ayrıca şu an faaliyete bulunan Yüksekova Devlet Hastanesinin mevcut imkanları göz önünde bulundurulduğundan şu anki mevcut nüfusa cevap verememektedir." gerekçesi ile Hakkari Merkez ve Yüksekova İlçelerine 150 Yataklı Devlet Hastanesi yapılması işinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun 21/b Maddesine göre ihale edilmesine ihale yetkilisince onay verildiği anlaşılmıştır. ….hastane inşaatlarının ivedilikle yapılmasına gerekçe oluşturan raporlar dikkate alındığında incelenen ihalenin 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre pazarlık usulü ile ihale edilmesinin mevzuata aykırı bulunmadığı anlaşılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UY.Z-1930.

58 Kamu İhale Kurul Kararı, 2008/UY.Z-104

*birinci fıkrasının (b) bendinde pazarlık usulünün şartı olarak **"ani ve beklenmeyen veya önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması"** durumu düzenlendiği halde, söz konusu yazıda sadece İstanbul'un deprem bölgesinde olduğundan bahisle **"ani ve beklenmeyen veya önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkmasının ihtimal dahilinde olduğu"** ifade edilmiştir. 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ani ve beklenmeyen olayların **"ortaya çıkma ihtimalini"** değil "ortaya çıkması" durumunu pazarlık usulünün kullanılabilmesinin gerekçesi olarak kabul ettiği dikkate alındığında Valilik tarafından yazılan yazının da hukuken "ihalenin usulünü tespit etmekte dayanak olarak kullanılamayacağı" anlaşılmıştır.*

5- Pazarlık Usulünde İlan Yapılmayan Durumlar

İhalenin ilanı; ihale konusu iş için istekli olabilecek adaylara ihalenin duyurulması işlevini görmekte olup ilan, rekabet ve açıklık ilkesinin de bir gereğidir[59]. İhaleden beklenen amaç yönünden ihalelerin ilgililere duyurulması ana kuraldır ve ilan şartı eksiksiz yerine getirilmelidir. Ayrıca ihale ilanının, ihaleye katılım doğrultusunda işletmelerin karar verebilmeleri için gerekli tüm hususları içermesi gerekir[60]. Danıştay da; ihaleden beklenen amacın ihaleye katılacakları azami ölçüye çıkarmak olduğu ve bunun da ancak ihalenin ilan edilmesi ile mümkün olabileceği ve bu suretle de kamu yararının tesis edilebileceğine hükmetmiştir[61].

İhalenin ilan edilmesi; kamu yararı, devlet menfaati, idarenin menfaati yönünden[62] birinci derecede öncelikli olmasına rağmen 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine 2008 yılında eklenen[63] **fıkra ile** (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu "anlaşılamaz bir şekilde" kaldırılmıştır. Bu şekilde aleniyet ve ihaleye katılımın azami sayıya ulaşması yönündeki hedeften de vazgeçilmiştir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik

59 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 477., Kutlu, s. 222.
60 Kutlu, s. 222.
61 Kaya, s. 142.
62 Sayın Kaya'nın belirttiği üzere Danıştay bazı kararlarında ihalenin duyurulması ile ilgili olarak; "kamu yararı" kavramı yerine "devletin menfaati" ve "idarenin menfaati" kavramlarını da kullanabilmektedir. Kaya, s. 142.
63 (Değişik ikinci fıkra: 20/11/2008-5812/7 md.)

belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenmektedir. Yukarıda sayılan haller nitelikleri itibariyle kamu hizmeti sunumunda ihtiyaç duyulan mal/hizmetlerin ve yapım işlerinin vakit geçirilmeksizin, acilen/biran önce giderilmesinin zorunlu olduğu haller olarak karşımıza çıkmaktadır.

Pazarlık usulünde 4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmış olup, ilan yapılmayan bu hallerde **en az** üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenmektedir. İdarelerin ihaleyi en uygun şartlarla ve bedelle yapabilmesi, tarafsız olmasına ve istekliler arasında serbest rekabete imkan verecek ortamı yaratmış olmasına bağlıdır[64]. Bu amaçla ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılımının sağlanması önemli olmasına rağmen 2008 yılında yapılan kanun değişikliği ile maalesef serbest rekabet, tarafsızlık, ekonomik açıdan en avantajlı teklifin (piyasa rayiçlerine en uygun ve gerçekçi bedeller üzerinden işin ihale edilmesi) bulunmasına yönelik üstün bir takım amaçlardan vazgeçilmiştir.

Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 31' inci maddesinde pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde hangi durumlarda "**ihale öncesi ilan yapılmayabileceği"** (negotiated procedure without publication) düzenlenmiştir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir[65]:

1- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için ihaleye ilişkin başlangıçtaki koşulların esaslı değişikliğe uğramamış olması ve talep edilmesi durumunda açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihalelerde hiç teklif sunulmaması ya da uygun teklif verilmemesi veya hiç başvuru yapılmaması halinde ilan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir (m. 31, 1/a bendi).

2- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için teknik veya sanatsal nedenlerle veya münhasır hakların korunmasıyla ilgili sebeplerle ihalenin sadece belirli bir ekonomik operatöre verilebili-

64 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 484.
65 Alyanak, s. 174-176.

yor olması durumunda ilan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. (m. 31, 1/b bendi)

3- Yapım işi, mal alımı ve hizmet alımı ihaleleri için kesinlikle gerekli olması şartıyla, ihale makamınca önceden öngörülemeyen olaylardan kaynaklanan acil durumların söz konusu olması nedeniyle, açık veya belli istekliler arasında ya da ilanlı pazarlık usulü için gerekli sürelere uyulmasının mümkün olmadığı durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Acil durumun doğrulanması amacıyla ortaya konan durumlar hiç bir şekilde ihale makamından kaynaklanmamalıdır (m. 31, 1/c bendi).

4- Mal alımı ihaleleri ile ilgili olarak; ilgili ürünler sadece araştırma, deney, çalışma veya geliştirme amaçlarına yönelik olarak imal edildiğinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Ticari devamlılığı sağlamak ya da araştırma ve geliştirme maliyetlerini karşılamak amacıyla gerçekleştirilen seri üretimler bu kapsamda değerlendirilemez (m. 31, 2/a bendi).

5- Mal alımı ihaleleri ile ilgili olarak; mevcut mal veya ekipmanların kısmi olarak değiştirilmesi veya mevcut mal veya ekipmanların genişletilmesi amacıyla **asıl tedarikçiden yapılan ilave mal alımlarıyla ilgili ihalelerde** ya da tedarikçi değişikliğinin ihale makamını, kullanım ve bakımı sırasında uygunsuz veya orantısız teknik zorluklara yol açacak farklı teknik özelliklere sahip mallar satın almaya zorlayacak olması halinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Bu türden ihalelerin ve yinelenen ihalelerin süresi genel kural olarak üç yılı aşamaz (m. 31, 2/b bendi).

6- Ticaret ve emtia borsalarında işlem gören malların alınmasına yönelik mal alımı ihaleleri ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir(m. 31, 2/c bendi).

7- Alacaklılarla yapılan bir anlaşma veya ulusal kanun veya diğer düzenlemelerdeki benzer usullere göre nispeten avantajlı şartlar altında, faaliyetlerini tasfiye eden bir tedarikçiden ya da iflasa bağlı olarak kayyum veya tasfiye memurundan yapılan mal alımı ihaleleri ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir (m. 31, 2/d bendi).

8- Bir tasarım yarışmasını takip eden ve yürürlükteki kurallar uyarınca başarılı olan adaya ya da başarılı adaylardan birine ihalenin verilmesinin gerekli olduğu hizmet alım ihalelerinde ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. Ancak birden fazla başarılı aday olması halinde, başarılı olan adayların tamamının pazarlık sürecine katılmaya davet edilmeleri gerekmektedir. (m. 31, 3. bendi)

9- Yapım işleri ihaleleri ve hizmet alımı ihaleleri ile ilgili olarak, yapım işini yürüten ya da hizmeti gören ekonomik operatöre verilmek şartıyla; başlangıçtaki projede veya yapılan ihalede yer almayan, fakat öngörülmeyen koşullar nedeniyle ilgili yapım işinin ya da hizmetlerin ifası için gerekli hale gelen ilave yapım işleri veya hizmetler, bu türden ilave yapım işleri veya hizmetlerin, ihale makamları için esaslı bir külfete sokmayacak şekilde, teknik veya ekonomik olarak ilk sözleşmeden ayrılmasının mümkün olmadığı işler veya ilk sözleşmenin ifasından ayrılabilir olmasına rağmen, sözleşmenin tamamlanması için zorunlu olan bu türden ilave yapım işleri veya hizmetler ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale edilebilir. Ancak ilave yapım işleri veya hizmetlere ilişkin olarak gerçekleştirilen ihalelerin toplam bedelinin, ilk sözleşme bedelinin %50'sini aşmaması gerekmektedir (m. 31, 4/a).

10- Açık ihale ya da belli istekliler arasında ihale usulü ile gerçekleştirilmiş olan ilk ihalenin esas aldığı ana proje ile uyumlu olması şartıyla, aynı ihale makamı tarafından ilk ihalenin bırakıldığı ekonomik operatöre, **aynı tür yapım işleri ya da hizmet alımının tekrarı niteliğindeki yeni yapım işleri veya hizmet alımı ihalelerinin verildiği haller** ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale edilebilir. Bu işlerde ilk proje ihaleye çıkarıldığında, bu türden bir usulün kullanılma olasılığı açıklanır ve ihale makamları tarafından müteakip yapım işleri ve hizmetlerin toplam yaklaşık maliyeti dikkate alınır. Bu usul ancak, ilk sözleşmenin imzalanmasını takip eden üç yıl süresince kullanılabilir. (m. 31, 4/b).

Avrupa birliği uygulaması ile Türk Kamu İhale uygulamasındaki temel fark; Avrupa Birliği uygulamasında "acil durum" kavramının çok katı ve dar yorumlanmasıdır. Bu durumda acil durumu gerekçelendirmek için gösterilen koşullar hiçbir şekilde idarenin eylemleriy-

le alakalı olmamalıdır. Bu öngörülemeyen olaylara ilişkin gerekçeler Adalet Divanı tarafından çok dar, sıkı ve katı yoruma tâbi tutulmaktadır. Divan, acil durumla ilgili çok dar bir tanım yapmış olup bu usule başvurmanın acil durumun öngörülemeyen olaylar sebebiyle gerçekleşmediği durumlarda yasal olmadığını belirtmiştir. Bu usule başvurulmasına ilişkin gerekli koşulların oluştuğunu ispat etmek de idareye aittir[66]. Ülkemiz uygulamasında ise günümüzde yapılan pek çok ihale acil, yaşamsal, geciktirilmeksizin ivedilikle karşılanması gereken mal ve hizmet özeliği taşımadığı halde pazarlık usulü ile ihale edilerek sözleşmeler imzalanmaktadır.

6- Pazarlık Usulünde İlana Tabi İhale Konuları

Pazarlık yolu ile yapılan ve ilana tabi olmayan ihale konuları yukarıda incelenmiştir. Buna karşılık pazarlık usulü ile yapılan diğer bazı ihaleler ise ilana tabidir. *İhale ilânlarında bulunması zorunlu hususlar 4734 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesinde belirtilmiştir. Bu hususlar; ihalenin belli kişiler arasında ve kapalı kapılar arkasında değil şartları sağlayan herkesin katılımına ve rekabete açık aleni, şeffaf şekilde yapılmasını sağlamaya yönelik hususlardır*[67].

Pazarlık usulü ile yapılmasına rağmen ilana tabi ihale konuları şunlardır:

a- Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması,

b- İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması.

---

66 Alyanak, s. 175.

67 Kanun'a göre ihale ilânlarında; idarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası, ihalenin adı, niteliği, türü, miktarı, mal alımı ihalelerinde teslim yeri, hizmet alımı ve yapım ihalelerinde ise işin yapılacağı yer, ihale konusu işe başlama ve işi bitirme tarihi, uygulanacak ihale usulü, ihaleye katılabilme şartları ve istenilen belgelerin neler olduğu, yeterlik değerlendirmesinde uygulanacak kriterler, ihalenin sadece yerli isteklilere açık olup olmadığı ve yerli istekliler lehine fiyat avantajı uygulanıp uygulanmayacağı, ihale dokümanının nerede görülebileceği ve hangi bedelle alınacağı, ihalenin nerede, hangi tarih ve saatte yapılacağı, tekliflerin ihale saatine kadar nereye verileceği, teklif ve sözleşme türü, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, isteklice belirlenecek tutarda geçici teminat verileceği, tekliflerin geçerlilik süresi, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceği hususlarının belirtilmesi zorunludur.

c- İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi.

Avrupa Birliği' nin 2004/18/EC sayılı Kamu Satın Alma Yönergesi' nin 30' uncu maddesinde **"İlan yapılmak şartıyla pazarlık usulü ile ihale edilebilecek işler"** (negotiated procedure with prior publication) düzenlenmiştir. Bu haller şu şekilde sıralanabilir[68].

1- Başlangıçtaki ihale konusu işin koşullarında esaslı değişiklikler yapılmaması şartıyla, açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ya da rekabetçi diyaloğa katılanlar tarafından, düzensiz tekliflerin ya da ulusal hükümler uyarınca kabul edilemez nitelikteki tekliflerin sunulması halinde; belirtilen kriterleri karşılayan ve önceki açık ya da belli istekliler arasında ihale usulü ya da rekabetçi diyalog sırasında ihale sürecinin usulüne göre teklif vermiş olan isteklilerin tamamını pazarlık usulü ihaleye çağırdıkları durumlarda ihale ilanı yayımlamalarına gerek yoktur. (m. 30, 1/a)

2- Yapım işi, mal ya da hizmet alımının doğası gereği ya da bunlara bağlı risklerin önceden toplam bir bedel belirlemeye imkan tanımadığı istisnai durumlarda ilan yapılmaksızın pazarlık usulü ile ihale gerçekleştirilebilir. (m. 30, 1/b)

3- Hizmet alımlarında; sözleşmeye ilişkin şartların, sağlanacak hizmetin niteliğinin, açık ve belli istekliler arasında ihale usulü kurallarına göre en iyi teklifin seçilmesi yoluyla ihalenin sonuçlandırılmasına izin verecek netlikte belirlenemediği durumlar, (m. 30, 1/c)

4- Sadece araştırma, test ve geliştirme amacıyla gerçekleştirilen ve kar amacı gütmeyen ya da araştırma ve

geliştirme maliyetlerini karşılamayı amaçlamayan yapım işleri ihaleleri; (m. 30, 1/d)

Yönerge'nin verdiği yetkiye göre yukarıda belirtilen durumlarda ihale makamlarının, ihale ilanında, şartnamelerde ve eğer varsa ek belgelerde belirtmiş oldukları şartlara tekliflerin uyum sağlamasını temin etmek ve en iyi teklife ulaşabilmek amacıyla sunulmuş olan

68 Alyanak, s. 172-173.

teklifleri isteklilerle müzakere edebilmeleri mümkündür. Pazarlık süresince ihale makamlarının, tüm isteklilere eşit muamele edilmesini sağlama yükümlülükleri vardır. Özellikle ayrımcı bir şekilde bazı isteklilere diğer istekliler karşısında avantaj sağlayacak bilgilerin verilmesi mümkün değildir.

7- İdari İşlemin Amaç Unsuru Bakımından Pazarlık Usulünün Değerlendirilmesi

Devletçe üstlenilmiş kamu hizmetlerinin üretilmesi ve kamu yararı, idari işlemin amacı olarak kabul edilmektedir. İdarenin faaliyetinde kişisel amaç güdülmüşse veya siyasal amaç izlenmişse kamu yararı bulunmamaktadır[69]. Devlet yetkileri, özel yararlar, kişisel bir takım menfaatlerin tatmini için kullanılmayacakları gibi kişisel ve siyasi eğilimlerin gerçekleştirilmesinde araç olarak da kullanılmaz[70]. Aksi halde bir idari makamın, yetkilerini kullanması gerekli olan amaçla değil de bir başka amaçla kullanmasından söz edilir ki bu durumda "yetki saptırması" ndan bahsetmek gerekecektir[71].

Aslında pazarlık usulü ile ihale usulünde genel olarak bir kamu yararından söz edilse dahi özel amaç olarak; kamu açısından giderilmesi zorunlu ve yaşamsal öneme sahip bir takım ihtiyaçların ivedilikle karşılanması söz konusudur. Burada şikayet, itirazen şikayet veya idari yargı denetimi açısından pazarlık usulünün uygulanmasındaki "amacın belirginleştirilmesi" ve sebep/amaç öğesinin birlikte değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle idari işlemin yapılmasındaki gerekçede amacın belirtilmesi, işlemin denetlenmesi açısından büyük faydalar sağlayacaktır[72]. Kamu yararının veya çoğunluğun yararının zıddı; kamu zararı/toplum zararı/çoğunluğun zararıdır. Pazarlık usulü ile yapıla ihale nedeniyle mali, sosyal, toplumsal boyutuyla kamuya bir zarar verilmemiş olmasına dikkat edilmelidir[73].

"Kamu ihaleleri" kavramı ile "kamu yararı" kavramı arasında doğrudan ilişki söz konusudur. İhalenin her aşamasında kamu yararı-

69 Karahanoğulları, s. 471.
70 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 400.
71 Gözler, s. 978.
72 Karahanoğulları, s. 476, 482.
73 Sancaktar, s. 346.

nın bulunduğunu söyleyebilmek mümkündür. İhale sürecinde, ihaleye çıkılmasında, ihale şartnamesinin hazırlanmasında, ihale komisyonunun kurulmasında, ilana çıkılmasında, ihaleye katılımda, ihalenin onaylanmasında kamu yararı önem arz etmektedir[74]. Hatta ihaleye çıkma zorunluluğu olmamasına rağmen bir iş için ihaleye çıkılması doğrudan kamu yararı ile ilgili olduğu gibi bir iş için ihaleye çıkılmaksızın takdir hakkı kullanılmak suretiyle işin gördürülmesi de kamu yararına aykırıdır. Danıştay; bir iş için ihaleye çıkıldığında ihalenin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığını öncelikle denetlemektedir[75].

Kamu yararı açısından karşılaştırıldığında ihtiyaç duyulan mal/hizmet ve yapım işlerinin ivedilikle, gecikme olmaksızın belirli kişilerden biran önce karşılanmasındaki amaç, bu alımlar için rekabete açık ihale yapılması amaçlanan yarardan daha üstün niteliktedir. Zira belli şartların varlığı halinde kamu yararının, açık ihale usulü ile değil pazarlık usulü ile tesis edilebileceği öngörüsünden hareket edilmektedir. Söz konusu hallerde belli formel ihale usullerinin uygulanmaması ve ilan yapılmaması idari işlemin **"amaç"** unsuru ile yakından ilişkilidir. Zira pazarlık usulünün seçilmesiyle; açık ihale usulü ile ihale edilemeyen veya gecikmesinde sakınca bulunan acil ve yaşamsal öneme sahip işler nedeniyle bazı şekli ihale usulleri uygulanmamakta, ilan yapılmasından vazgeçilmekte ve kamu yararı adına bir an önce ihtiyaçların giderilmesi amaçlanmaktadır. Burada kamu yararı açısından bir derecelendirme, sıralama, ilkeleri yarıştırma söz konusu olup "açık ihale yapılması suretiyle rekabetin sağlanması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılması amacı"; yaşamsal öneme sahip ve acilen giderilmesi gereken ihtiyaçların temini amacıyla pazarlık usulünün uygulanmasına ve belli kişiler arasında ihale yapılması uygulamasına feda edilmektedir.

Sayın Gözler' in "sebep saptırması" olarak ifade ettiği ve varolmayan farazi/ihtimali sebeplerden yola çıkılarak yapılan pazarlık usulü ile ihalelerde aslında bir başka hukuka aykırılık olarak "usul saptırması" ortaya çıkmaktadır. Usul saptırması; belirli bir amaç için kanun tarafından öngörüle usulün uygulanması gerekirken başka bir amaç

74 Kaya, s. 138.
75 Kaya, s. 138-140.

için öngörülen usulün uygulanmasıdır[76]. Belirtilen gerekçelerle belli formaliteler ve usuli kurallar çerçevesinde ancak açık ihale usulü uygulanarak yapılabilecek ihaleler, pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmekte kanun tarafından başka amaçlar için öngörülen bir ihale usulü devreye sokulmaktadır.

Pazarlık usulü ile yapılabilecek ihaleler Kanun'da açıkça sayılmış olup bu haller; *"açık veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması, savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. ihalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması, ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi ve 2014 yılı itibariyle idarelerin yaklaşık maliyeti 157.923 Türk Lirasına[77] kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları"*

8- Pazarlık Usulünde Hak Arama Hürriyetinin ve Mahkemelere Ulaşma Hakkının Engellenmesi

Son yıllarda kamu idareleri tarafından gerçekleştirilen ihale işlemlerindeki hukuka aykırılıkların başında, açık ihale usulüne tabi olup pazarlık usulüne tabi olmayan ancak pazarlık usulü ile kapalı kapılar arkasında yapılan ihalelerde 3. Kişilerin *şikayet* haklarının kullanılmasının da engellenmesidir. Zira mevcut hukuki durum itibariyle ihaleye davet edilmeyen kişilerin bu ihale sürecini dava etmeleri mümkün olmadığından hiç kimse; "bu ihalelerin pazarlık usulü ile yapılamayacağını", bir başka ifade ile açık ihale usulüne tabi olduğunu iddia ve dava konusu yapamamaktadır.

Bu hukuksuzluğa gerekçe olarak Kanun'un 28'inci maddesi gerekçe gösterilmektedir. *Özellikle 2012 yılında Kanun'a eklenen bir cümle ile ihalelerin belli kişiler arasında ve kapalı kapılar arkasında yapılmasına yönelik düzenleme yürürlüğe konulmuştur. Bu yeni düzenleme ile kanaatimce şeffaf-*

76 Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 405.
77 Bknz. 30.01.2014 tarih ve 28898 sayılı Resmi Gazete.

lık, açıklık, katılımcılık, rekabet ilkeleri kamu yararı aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulama kabiliyeti kazanmıştır.

Kanun'un "*İhale ve ön yeterlik dokümanının verilmesi*" başlığını taşıyan 28'inci maddesine göre; İhale ve ön yeterlik dokümanı idarede bedelsiz görülebilir. Ancak, ön yeterlik veya ihaleye katılmak isteyen isteklilerin bu dokümanı satın almaları zorunludur.

Kanuna 2012 yılında 6353 sayılı Kanun ile eklenen cümle ile; "İlan yapılmayan ihalelerde, ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satılır**".** Bu hükme göre ilan yapılmayan ihale usulü olan **"pazarlık usulünde"** ihale dokümanı sadece idare tarafından davet edilenlere satıldığından ve pazarlık usulüne tabi bazı ihalelerde ilan da yapılmadığından bu tür ihalelerde katılımcılık, rekabet, şeffaflık, açıklık ilkeleri de tamamen devre dışı bırakılmaktadır. Uygulamada ihale yetkilileri pazarlık usulü ile yaptıkları ihalelerde kendi belirledikleri kişiler dışında 3. Kişilerin ihale dokümanı almalarına yanaşmamakta, başka bir ifade ile ihale dokümanı satmamaktadırlar. Aslında burada "idari işlemin sebep unsurunun eşitlik ilkesine aykırı şekilde uygulanmasından kaynaklanan bir hukuka aykırılık" söz konusudur. İşin pazarlık usulü ile ihale edilmesi için gerekli şartlar oluşmuş olsa bile bu usul izlenerek yapılacak ihalenin de eşitlik ilkesine uygun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. pazarlık usulü ile yapılacak ihalede ihale dökümanların satımı veya ihale sürecinin yönetimi idarenin keyfi uygulamalarına tabi değildir. Bir idari işlem için mevcut ve geçerli bir sebep olsa bile idare bu sebep bakımından eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır[78].

İdarelerin, ihale dokümanı satmamaya yönelik bu mütemerrit davranışları karşısında **"istekli olabileceklerin"**, doküman satmama iradesini tespit ettirmeleri yoluyla şikayet ehliyeti elde etmeleri; ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik hukuki başvuru yollarını işletmeleri mümkündür.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmeliğin "Başvuru ehliyeti" başlığını taşıyan 5'inci maddesine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia

78 Gözler, C I, s. 924.

eden; istekli olabilecekler ön yeterlik ve/veya **ihale dokümanının verilmesi**, ön yeterlik ve/veya ihale ilanında veya ön yeterlik ve/veya ihale dokümanında yer verilen düzenlemeler ve/veya bu düzenlemeler ile idari uygulamalar arasındaki uyumsuzluklar hakkında şikayet başvurusu yapabilmektedirler[79]. Ancak pazarlık usulünde ihaleye sadece idarenin belirlediği 3 kişi davet edildiğinden, bu 3 kişi dışındaki diğer kişilerin ihale dökümanı satın almasına da izin verilmediğinden şikayet veya itirazen şikayet başvurusu açısından "başvuru ehliyetleri" ellerinden alınmaktadır.

Ayrıca ihaleye davet edilmeyen kişiler ihale dokümanı da satın alamadığından ihale aşamasındaki hukuksuzlukları şikayet/itirazen şikayet ve idari yargıda dava açma hakları da ellerinden alınmış olmaktadır. Bu tür bir uygulama hak arama hürriyetine ve mahkemelere ulaşma hakkına getirilen çok önemli bir sınırlama niteliğindedir.

İhale mevzuatına göre şikayet/itirazen şikayet ve idari yargıda dava **"ehliyetine"** kimlerin sahip oldukları açıkça düzenlenmiştir. Mevzuata göre ancak aday, istekli veya istekli olabileceklerin şikayet, itirazen şikayet ve dava ehliyetleri bulunmaktadır.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Yönetmelik'in[80] "Başvuru ehliyeti" başlığını taşıyan 5'inci maddesine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya

---

79 İtirazen şikayet başvurusu ve eklerinin incelenmesi sonucunda, başvuru sahibi Doğanay İnşaat Taah. Nak. Paz. Tic. ve San. Ltd. Şti vekili Av. Hüseyin Çınar'ın 04.09.2009 tarihinde Dhabi Erentalu Alke İnşaat Anonim Şirketi ve Doğanay İnşaat Taahhüt Nakliye Pazarlama Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi adına ihale dokümanı satın almak amacıyla Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığına gittiği, ancak kendisine idarede Yapım İhaleleri Şube Müdürü olarak görev yapan kişi tarafından "ihalenin 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesi gereğince hak edişten ödenmek suretiyle yeterli görülen firmaların davet edilmesi suretiyle 09.09.2009 tarihinde yapılacağı ve bu ihaleye ihale makamınca yeterli görülen firmalardan hangilerinin davet edilip edilmeyeceği idarenin takdirindedir. İlgili sebeplerden dolayı davet edilenlerin haricindeki firmalara ihale dokümanı satmıyoruz" denilerek ihale dokümanı satılmadığı, bütün bu hususların adı geçen avukatın talebi üzerine Ankara 41 inci Noterliği tarafından düzenlenen 04.09.2009 tarihli tutanak ile yerinde tespit edildiği görülmüştür. Bu durumda, ….ihale dokümanını satın almak için idareye başvurduğu noter tutanağı ile tespit edilen başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatını haiz olduğu ve ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik başvuru ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330

80 Resmi Gazete Tarihi: 03.01.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27099.

zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden; **"istekli olabilecekler, adaylar ve istekliler"** başvuru ve şikayet ehliyetine sahiptir.

İhalelere Yönelik Başvurular Hakkında Tebliğ' in[81], "Şikayet başvurusunda bulunabilecekler" başlığını taşıyan 3'üncü maddesine göre de ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday ve istekliler ile istekli olabilecekler şikayet başvurusunda bulunabilir.

4734 sayılı Kanun'un Tanımlar başlığını taşıyan 4'üncü maddesinde aday, istekli ve istekli olabilecekler de ayrı ayrı tanımlanmıştır. Bu tanımda belirlenenler aynı zamanda şikayet/itirazen şikayet/idari dava süreçlerinde başvuru ehliyetine sahip kişiler olmaları itibariyle de önem taşımaktadır. Kanuna göre;

Aday; Ön yeterlik için başvuran gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri,

İstekli; Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesine teklif veren tedarikçi, hizmet sunucusu veya yapım müteahhidini,

İstekli olabilecek; İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi,

ifade etmektedir. Bu tanımlar çerçevesinde pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde ihaleye davet edilmeyen kişiler ihale dokümanı satın alamadıklarından ve ihaleye teklif veremediklerinden şikayet/itirazen şikayet/idari dava açma ehliyetleri de bulunmamakta başka bir ifade ile ihaleye davet edilmeyen kişilerin hak arama hürriyetleri engellenmektedir[82].

---

81 Resmi Gazete Tarihi: 28.01.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27124.

82 Kurul'un, şikayet ehliyetine yönelik kanun ve yönetmelik hükümlerini lafzi yoruma tabi tutarak, ehliyet yönünden şikayet başvurusu imkanını ortadan kaldıracak bazı kararlar verdiği görülmektedir. Bir kararında Kurul, şartlar oluşmadığı halde ihalenin 4734 sayılı Kanun'un 21' inci maddesine göre pazarlık yöntemi ile yapıldığı yönündeki itirazen şikayet başvurusunu, ihaleye davet edilmeyen şikayet sahibinin ihale dosyası almaması ve dolayısıyla istekli olabilecekler kapsamında olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Kendisi ihaleye davet edilmeyen ve dolayısıyla ihale doküman dosyası alamayan isteklinin, özellikle de ihale yöntemine ilişkin

Kurul, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde, kendilerinin ihaleye davet edilmediği ve ihale doküman dosyası taleplerinin idarelerce geri çevrildiği iddiaları ile yapılan itirazen şikayet başvuruları hakkında karar verirken, başvuru sahiplerinin ihale doküman dosyası almak istediklerini idareye bildirme konusunda gerekli çabayı gösterip göstermediklerini incelemekte, bu bağlamda şifahi talebi yeterli saymamaktadır[83].

İhaleye davet edilmeyen 3. kişiler bu ihaleleri öğrenemediğinden, bu ihaleler ilan da edilmediğinden; söz konusu kişiler 5 günlük itiraz süresini de kullanamamakta hatta çoğu zaman kapalı kapılar arkasında yapılan bu ihaleleri aylar sonra öğrenebilmektedirler.

Nitekim Kurul kararlarına yansıyan uyuşmazlıklardan da anlaşılacağı üzere istekli olabilecekler ihalede idarelerden ihale dokümanı satın almak istediklerinde kendilerine bu dokümanlar satılmamakta, daha sonraki aşamada ise şikayet/itirazen şikayet haklarını kullanmak istediklerinde de bu sefer ihale dokümanı satın almadıklarından "istekli olabilecekler" statüsünü taşımadıkları gerekçesi ile ehliyet yönünden başvuruları reddedilmektedir[84]. Bu şekilde "pazarlık" usulüne tabi olmayan ihaleler kapalı kapılar arkasında gerçekleştirilmekte Kamu İhale Kurumu da açıkça açık ihale usulüne tabi olan ve pazarlık usulüne tabi olmayan bu ihaleleri resen inceleyip/harekete geçip (resen inceleme ve harekete geçme yetkisi olmadığı gerekçesi ile) iptal etmemektedir. Tam anlamıyla bir hukuksuzluk yumağı içerisinde, idareler tarafından eksik rekabet ortamında önceden belirlenmiş kişiler arasında yapılan bu ihalelerle kamu kaynakları belli kişilere yönelik olarak el değiştirmektedir.

---

olarak şikayet ehliyetinin bulunmadığını iddia etmek, ilgilinin idari başvuru hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Bastık, s. 72. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UM.Z-1901.

83 Bastık, s. 90, Bu konudaki kararlar için Bknz. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.1028, 2010/UH.II-911, 2009/UH.II-3084, 2009/UH.I-1303, 2008/UY.Z-1654

84 Bu konuda Diyarbakır Kayapınar Belediye Başkanlığı tarafından, açık ihale usulüne tabi olarak yapılması gerekmekte iken pazarlık usulü ile yapılan Temizlik Hizmet Alım İhalesi'nde kendisine ihale dokümanı satılmayan tüzel kişi tarafından yapılan itirazen şikayet başvurusu Kurul tarafından "şikayet ehliyetinin yokluğundan dolayı" reddedilmiştir. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.I-3528.

9- "En az" 3 isteklinin davet edilmesi Şartı

4734 sayılı Kanun'un 21'inci maddesine 2008 yılında eklenen fıkra ile (b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunluluğu kaldırılmış, ilan yapılmayan hallerde en az üç isteklinin davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermelerinin isteneceği düzenleme altına alınmıştır.

Kanun'da pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde en az 3 isteklinin davet edilmesi gerektiği düzenleme altına alınmıştır. Aslında Kanun'da daha fazla isteklinin ihaleye davetine engel olmamasına rağmen uygulamada idarelerin ısrarla sadece 3 istekliyi ihaleye davet ettikleri ve bu isteklilerden teklif verenlerin değerlendirilmesi sonucu ihaleyi sonuçlandırdıkları görülmektedir. Bu konu daha önce Kurum tarafından incelenen uyuşmazlıklara da yansımış olup bu uyuşmazlıklardan kamu idarelerinin 3'ten fazla kişiye ihale dokümanı satmaya yanaşmadığı buna karşılık Kurum'un, ***"doküman satın alarak ihaleye katılabilecek en fazla istekli sayısına ilişkin bir sınırlama yapılmadığı***" görüşünden hareketle pazarlık usulü ile ihalelere daha fazla kişinin katılımının sağlanması görüşünde olduğu anlaşılmaktadır[85].

Kurul'a göre pazarlık usulü ile dahi yapılsa ihaleye katılımın artırılmasının ihalenin ivedi olarak yapılmasına engel teşkil etmeyeceği gibi idareyi ek bir külfete sokarak ihale sürecini de uzatmayacaktır. Aksine, hem yapılacak ihaleye katılımın artırılmasıyla istekliler arasında rekabet sağlanarak, idarelerin kullanımında bulunan kamu kaynaklarının etkin ve verimli şekilde kullanılması sağlanacak, hem de ilansız olarak çıkılan ihale ile kamu kaynaklarının belli kişilere haksız şekilde aktarıldığına yönelik kamuoyunda oluşabilecek algılamaların önüne geçilecektir[86].

---

85 "…başvuru konusu yapım işi ihalesinin açık ihale usulü yerine 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendi uyarınca pazarlık usulü ile yapılmasının öngörüldüğü, kaldı ki, 4734 sayılı Kanun ve Uygulama Yönetmeliklerinde Kanunun 21 inci maddesinin (b) bendine göre gerçekleştirilen ihalelerde idare tarafından davet edilmesi gereken en az istekli sayısının düzenlendiği, doküman satın alarak ihaleye katılabilecek en fazla istekli sayısına ilişkin bir sınırlama yapılmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, ihale dokümanını satın almak için idareye başvurduğu noter tutanağı ile tespit edilen başvuru sahibinin istekli olabilecek sıfatını haiz olduğu ve ihale dokümanının verilmesi işlemlerine yönelik başvuru ehliyetinin bulunduğu sonucuna varılmıştır". Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330

86 Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UH.Z-3007

10- Açık İhale Usulü İle Yapılması Gerekmesine Rağmen Pazarlık Usulü İle Yapılan İhalelere Örnekler

Son yıllarda kamu sağlık kuruluşlarının tıbbi sarf malzemesi ihalelerinde açık ihale usulünün terkedildiği ve pazarlık usulü ile ihale yönteminin uygulandığı görülmektedir ki bu tür ihale uygulamalarının da hukuka aykırı olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu konuda önceki yıllarda pazarlık usulü kullanılmak suretiyle yapılan ihaleler iptal edilmiştir.

Kamu sağlık kuruluşları, yıllık ihtiyaç listelerini belirleyerek bu ihtiyaçları karşılayacak vasıfları haiz cihaz ve kitlere ait teknik şartnameleri uzman hekimlerince, idari şartnamelerini ise idarece belirleyerek yapılacak ihaleye ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'ndan uygunluk izni talep etmektedirler. Kamu İhale Kurumu'nun uygun görmesi halinde, hastaneler tıbbi cihaz firmalarından, diğer hastanelerden ve Ticaret ve Sanayi Odası'ndan muadil ürünlerin birim fiyatlarını temin ederek yaklaşık maliyet oluşturmakta ve bunu Kamu İhale Kurumu'nda yayınlanmak üzere ilan etmektedir. Bu süre zarfında ve yaklaşık maliyet aşamasında ilgilenen firmalar itirazlarını yapmak veya Kamu İhale Kurumu'na şikayet başvurusunda bulunmak suretiyle şartnamelere müdahale edebilmektedir. Sağlık kuruluşunun veya şirketin haklılığına göre ihaleler onaylanmakta veya iptal edilmektedir. Sağlık kuruluşlarının, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi gibi ihtiyaçlarını önceden planlayarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda sayılan temel ihale usulleri ile temin etmeleri esastır. Bu bağlamda sağlık kuruluşlarında tıbbi cihaz ve malzemelerin temel temin esası açık ihale usulüdür[87].

Sağlık kuruluşlarının tıbbi sarf malzemesi alımlarında olduğu gibi geçmiş yıllarda Belediyeler (özellikle İstanbul Büyükşehir Belediyesi) tarafından yapılan ihalelerde de "açık ihale" usulüne tabi ihalelerin "pazarlık" usulü ile yapıldığı ancak Kamu İhale Kurulu tarafından bu ihalelerin aslında yanlış usulle yapıldığının da tespit edildiği[88] görül-

87 Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2007-2-87, Karar Sayısı : 08-74/1180-455

88 Kurul tarafından verilen kararda aslında bu hukuka aykırılığın ihalenin "iptal edilmesini" gerektirmesine rağmen iptal kararı verilmesi mümkün olmadığından (ihale ile ilgili olarak sözleşmenin imzalanmış olması, şikayet/itirazen şikayet süresi içerisinde işin ifasına başlanılması nedeniyle) Kurul tarafından "tespit edilen mevzuata aykırılıkların idareye bildirilmesine" karar verilmiştir. Ayrıca Kurul üyesi Adem Kamalı'nın bu konudaki muhalefet şerhine rağmen (mevzuata aykı-

mektedir. Bu ihaleler öncesinde İstanbul Valiliği ile İstanbul Büyükşehir Belediyesi arasındaki yazışmalar da oldukça dikkat çekici olup ihalelerin pazarlık usulü ile yapılmasında bu Valilik yazısı gerekçe gösterilmektedir. İstanbul Valiliği tarafından Büyükşehir Belediye Başkanlığına yazılan yazıda[89];

"İstanbul'un jeopolitik konumu, 15 milyona yaklaşan nüfusu, tarihi, ticari, kültürel değerleriyle Türkiye'de ve dünya coğrafyası içinde önemli yeri olduğu, bunun da İstanbul'un her açıdan yaşanabilir dünya şehri standartlarına ulaşmayı zorunlu kıldığı, ayrıca bölgenin **deprem** coğrafyası içinde yer alması nedeniyle olası bir depreme karşı yol, köprü, kavşak ve viyadüklerin açık tutulması, alternatif yol güzergahlarının sağlanması, diğer taraftan şehrin nüfusunun hızla artması, turizm hareketleri, önemli ulusal ve uluslararası spor müsabakaları, organizasyonlar ve kongrelerin düzenlenmesi nedeniyle altyapı hizmetlerinin ve idarenin yol, köprü ve kavşak düzenlemelerinin **ivedilikle ihale edilmesinin zorunlu** olduğu belirtilmiştir".

Ancak İstanbul Valiliği'nin ihalenin ivedilikle yapılmasına yönelik yukarıda belirtilen ifadeleri; işin pazarlık usulü ile yapılmasına gerekçe olamayacağı gibi Kurul kararında ifade edildiği üzere ihale sürecinde idarelerce yapılan işlemler işin **"ivedi"** olup olmadığı konusunda tereddütleri de beraberinde getirmektedir. Zira bu kadar hayati öneme ve ivediliğe sahip işlerin, Valilik yazısından 16 ay sonra pazarlık usulü ile ihale edilmeye çalışılması aslında bahse konu işlerin ivedilikle ihale edilmeyi gerektirmeyen işler olduğu konusundaki en büyük kanıttır[90]. Kurul kararında; "Ani ve beklenmeyen veya idarece önceden öngörülemeyen olayların "ortaya çıkması" halinde pazarlık usulünün

---

rılıkların idari ve/veya cezai yönleriyle gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına bildirilmesi gereği) bahse konu hukuka aykırılıklarla ilgili İçişleri Bakanlığı'na da bildirim yapılmamıştır.

89 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2008/UY.Z-104

90 Söz konusu ihaleye ilişkin itirazen şikayet başvurusu İstanbul Üniversitesi İktisat fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Recep Seymen tarafından yapılmış ve sayın Profesör tarafından bu şekilde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın ihaleleri ile ilgili 7 adet hukuka aykırı işlemi tespit ettirilmiştir. Bknz. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-99 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-100 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-101 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-102 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-103 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-104 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-105

kullanılabileceği hükmü dikkate alındığında; incelemeye konu ihalenin bu nitelikte bir olay olmadığı, ihalenin açık ihale usulü ile yapılabileceği, ayrıca idarenin pazarlık usulünü seçmesinin gerekçesi olarak gösterilen artan trafik hacminin meydana getirdiği olumsuzlukların ortadan kaldırılması ve trafiğin kanalize edilmesi hususunun "ani ve öngörülmeyen" bir olay olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı" hususlarına vurgu yapılmıştır.

Kanaatime göre aşağıda verilen Kurul karar örneklerinde uyuşmazlığa konu olan ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin "açık ihale" usulü ile yapılması gerekmektedir. Pazarlık usulü ile ihale yapılmasının **"konu yönünden"** kapsamına girmeyen aşağıdaki ihaleler pazarlık usulü ile yapılarak rekabet şartlarının oluşturulmadığı, kamu kaynaklarının verimli kullanılıp kullanılmadığının denetlenemediği bir ortamda ihaleler gerçekleştirilip sonuçlandırılmıştır.

&- T.C. Başbakanlık Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından **pazarlık usulü ile yapılan** "İstanbul Şişli Seyrantepe Arazisinde 52.000 Kişi Kapasiteli Stadyum ve 4.500 Adet Otoparktan Oluşan Spor Kompleksi İnşaatının İkmali" yapım işi ihalesi[91],

&- Mardin Valiliği Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından 11.05.2009 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** "Mardin Merkez Kız Meslek Lisesi Bahçe ve Çevre Düzenlemesi" ihalesi[92]

&- İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü tarafından 17.11.2009 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** "75 Adet Ambulans Alımı" ihalesi[93]

&- Adana Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından 28.05.2010 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** "Atıksu Arıtma Tesislerinin Bakım Onarım ve İşletilmesi Hizmeti İşi" ihalesi[94]

&- Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş. tarafından 22.02.2010 tarihinde **pazarlık usulü ile yapılan** "İzmir Mavişehir Kuzey Üst Bölge 2. Etap Konutları İle Adaiçi Altyapı ve Çevre Düzenlemesi İkmal İnşaatı İşi" ihalesi[95]

---

91 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Iıı-2330
92 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Iı-1809
93 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UM.Iı-3134
94 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.Iıı-1823
95 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/Uy.Iıı-1589

İSKİ Genel Müdürlüğü tarafından 17.03.2010 tarihinde 21 inci maddenin (b) bendi uyarınca **pazarlık usulü ile yapılan** "Asya Bölgesi Abonelerinin 180 Gün Süre İle Sayaç Endekslerinin Tespiti ve Fatura Dağıtımı" ihalesi[96]

Aslında kamu ihalelerinde açık ihale usulünden ziyade belli kişiler arasında ihale yapma alışkanlığı Türk Kamu Yönetiminde siyasi iktidarların sıklıkla başvurduğu bir yöntemdir. Geçmişte bu konu Bakanların Anayasa Mahkemesi huzurunda yüce divan sıfatıyla yargılamalarına[97] da sebebiyet vermekle birlikte zaman içerisinde gücü elinde bulundurun siyasi iktidarların kendi yandaşlarına para aktarma usulü olarak kullanılan davetiye/pazarlık yoluyla ihale sisteminden hiçbir zaman vazgeçilememiştir.

---

96 Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1278 (Bu ihale daha sonra KİK tarafından başka bir gerekçe ile iptal edilmiştir)

97 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 9.11.2004 tarihli 15 inci Birleşiminde görüşülerek Bayındırlık ve İskan eski Bakanı KA' nın; Bakanlığı döneminde, ihalelerin tamamına yakınının istisnai bir usul olan davetiye usulüyle yapıldığı, böylelikle istisnai ihale usulünün uygulanmasının kural haline getirildiği, önceleri asgari 20 veya daha fazla firma ihaleye çağrıldığı halde bu dönemde 3 ila 10 firmanın davet edildiği, davet edilen firmalar arasında ortaklık ve akrabalık ilişkileri ile adres birlikteliklerinin olduğu, ihalelerde yapılan kırımların (daha önceki ve sonraki dönemlerde ortalama % 20'nin altına düşmediği halde) ortalama % 10'lara düştüğü, niteliği gereği ancak belli nitelikteki firmalardan birine verilmesi gerekli işlerin istenilen nitelikleri taşımayan firmalara verildiği, ayrıca sair nedenlerle 2886 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde öngörülen rekabet ve açıklık ilkesine aykırılık oluşturulduğu, kanunların tanıdığı takdir hak ve yetkisinin Kanunun amacına uygun kullanılmadığı, Bakanlıkta meydana gelen haksızlık, yolsuzluk ve usulsüzlükleri önleme noktasında gerekli ve yeterli önlemleri almayıp denetimleri yapmadığı ve bu nedenlerle kamunun zararına sebebiyet verdiği, Belli istekliler arasında davetiye usulüyle yapılan ihalelerin bazılarında "bu firma ile ilgilenin" diye Müsteşar Yardımcısı SA ile Danışmanı SD' ye talimat verdiği ve ilgili ihalenin bilahare ismi verilen firmalara verildiği, Bakanlıktaki uygulamaların ihalelerle ilgili gizli ittifak oluşumuna sebebiyet verdiği ve bu suretle de kamunun zararına neden olduğu, …..bu nedenlerle; adı geçenin bu fiil ve davranışlarıyla Türk Ceza Kanununun 240 inci ve 366 ncı maddeleri ile 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 13 üncü maddesini ihlal ettiği kanaat ve sonucuna varılarak, bu maddelerden muhakeme edilmek üzere, Anayasanın 100 üncü maddesi uyarınca Yüce Divana sevkine 2 geçersiz, 8 boş, 3 çekimser ve 9 red oyuna karşılık 408 kabul oyuyla karar verilmiştir." Türkiye Büyük Millet Meclisinin 12.11.2004 gün ve 25641 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan kararı şöyledir: "Karar No: 827 Karar Tarihi: 9.11.2004 Yüce Divan'a sevk edilen Sayın Bakan daha sonra burada yapılan yargılamada Beraat etmiştir. Bknz. Anayasa Mahkemesi Yüce Divan Kararı Esas Sayısı: 2004/4 (Yüce Divan) Karar Sayısı: 2007/2 Karar Günü : 5.10.2007

11- Pazarlık Usulü ile Bir Vurgun Örneği Olarak "Ali Dibo" Olayı

Kamuoyunda pazarlık usulü ile yapılan ihaleler nedeniyle bir "yolsuzluk ekonomisi oluşturulduğuna" yönelik en büyük algı; ALİ DİBO olayı olarak adlandırılan ve Hatay ilinde gerçekleştirilen 271 Kamu İhalesinin bir siyasi partinin yöneticileri arasında paylaştırıldığı şeklindeki iddialar üzerine oluşmuştur. Söz konusu siyasi partinin Grup Başkanvekili olan bir milletvekilinin il yöneticilerine el yazısı ile yazmış olduğu bir nottan yola çıkılarak yapılan soruşturma sonucunda; Hatay Valiliği tarafından kaymakamlıklar, Sağlık, Milli Eğitim, Bayındırlık, Vakıflar Bölge ve Mahalli İdareler Müdürlüklerinden gelen bilgiler sonucunda toplam 271 ihale ile ilgili olarak[98];

1- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi **Ö**A'ya; Antakya Devlet Hastanesi ve Doğumevi yufka ekmek, yiyecek, genel temizlik, güvenlik ihtiyaçları; Köy Hizmetleri ve belediyeye araç kiralama; Yayladağ Lisesi hizmet alımı olmak üzere toplam 16 İhale,

2- Siyasi Parti Eski İl Gençlik Kolları Başkanı, Belediye Meclis üyesinin kardeşi **Öİ'ye**; Sağlık Müdürlüğü; Reyhanlı, Kırıkhan, Dörtyol, İskenderun, Körfez, Antakya, Hatay devlet hastaneleri; İskenderun ve Antakya doğumevleri; SSK Antakya Hastanesi tıbbı cihaz, malzeme, ilaç alımı olmak üzere toplam 169 ihale,

3- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi **İZ** : Antakya Doğumevi tıbbi malzeme, kumaş alımı; belediye araç kiralama; Hassa Hastanesi temizlik ve otomasyon hizmetleri olmak üzere toplam 10 ihale,

4- Siyasi Parti İl Disiplin Kurulu Üyesi MB : Karlısu, Salmanuşağı, Çökak, Kışlak, Çabala ilköğretim okulları inşaatları; Köy Hizmetleri hidrofor tesisi yapımı; sağlık ocağı inşaat ve onarımı olmak üzere toplam 10 ihale,

5- Siyasi Parti İl Sekreteri YS: Devlet Hastanesi demirbaş alımı, İl Sağlık Müdürlüğü koltuk alımı, sağlık ocağı onarımı olmak üzere toplam 3 ihale,

---

98 Bu olayı ilk kez Hürriyet Gazetesi yazarı Şükrü Küçükşahin ortaya çıkarmıştır. "Bu da Ali Dibo'nun Resmi Belgesi", Küçükşahin-23.03.2006 Hürriyet, "KİK, Ali Dibo'da Game Over Dedi" Küçükşahin, 30.11.2006 Hürriyet.

6- Siyasi Parti İl Yönetim Kurulu üyesi HÖ: Bayındırlık, Vakıflar, MİT Antakya, MİT İskenderun binaları ile İskenderun Cezaevi onarımları; Kaletepe ilköğretim okulu inşaatı olmak üzere toplam 7 ihale,

7- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi AS: Doğumevi tavuk eti alımı olmak üzere toplam 8 İhale,

8- Siyasi Parti İl Yönetim Kurulu üyesi MT: MEB kitap dağıtımı; kırtasiye alımı, Antakya Devlet Hastanesi ve Doğumevi büro kırtasiye malzemeleri olmak üzere toplam 11 ihale,

9- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi MH: Antakya Belediyesi ile İl Sağlık Müdürlüğü araç ve ambulans kiralama, sigortalama olmak üzere toplam 12 ihale,

10- Siyasi Parti İlçe Yönetim Kurulu üyesi **ŞÇ:** Antakya Devlet Hastanesi demirbaş, doğumevi büro malzemeleri alımı olmak üzere toplam 2 ihale,

Açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen pazarlık usulü ile ihale edilmiştir.

2006 yılında ilk kez ortaya çıkan ve Hatay ilindeki kamu ihalelerinin, açık hale usulüne tabi olmasına rağmen "pazarlık usulü" ile belli bir siyasi partinin mensuplarına dağıtılmasına ilişkin olan yüzlerce ihale ülkemizde "ihale usulü" üzerinde yapılan bir sistemli yolsuzluk uygulamasına güzel bir örnek niteliği taşımaktadır. Bu ihale yolsuzlukları tamamen basında yer alan haberler ihbar kabul edilerek ve Kurum'un resen başlattığı incelemeler sonucunda ihale iptal kararları ile sonuçlanmıştır. Ancak ilerleyen zamanlarda "düzenleyici denetleyici otorite" olarak kabul edilen Kamu İhale Kurumu' nun bu tür haberleri ihbar kabul ederek resen inceleme yapma yetkisi de maalesef kanun değişikliği ile elinden alınmış ve ihale yolsuzlukları ile mücadelede Kurum'un yetkilerine büyük bir darbe vurulmuştur. Gelinen nokta itibariyle bu gün Kamu İhale Kurumu hiçbir şekilde pazarlık usulünde ihaleye davet edilenler dışındaki kişilerin itirazen **şikayet** başvurularını işleme almamakta, söz konusu "danışıklı" ihalelerde de zaten ihaleye davet edilenler hiçbir şekilde birbirleri hakkında Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet başvurusunda bulunmamaktadırlar.

11- Pazarlık Usulü İle Yapılan İhalelerde Kaynakların Verimli Kullanılması İlkesinin İhlali

Kanun'un "Temel ilkeler" başlığını taşıyan 5'inci maddesine göre idareler, yapacakları ihalelerde kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu tutulmuşlardır. Kamu kaynaklarının ihale yoluyla etkin, verimli ve tutumlu harcanması gelir bütçesine de katkı sağlamaktadır[99]. Bu çerçevede kaynakların verimli kullanılması kamu kaynaklarının harcanmasına esas teşkil eden yaklaşık maliyetin isabetli hesaplanmasının önemini ortaya çıkarmaktadır. Yaklaşık maliyet kamu kaynaklarının harcanmasında kamu yararı ile doğrudan ilişkili bir kavram olup yüksek fiyatlardan değil makul fiyatlar üzerinden kamu adına mal ve hizmet temininin sağlanması açısından önemlidir. Dolayısıyla ihaleye katılan isteklilerin tekliflerinin değerlendirilmesinde ihale yetkililerinin özel çıkar ve yararları değil kamu yararını esas alan bir eleme/değerlendirme/hesaplama yöntemi uygulamaları büyük önem taşımaktadır. Aksi uygulamalar ihale yetkililer hakkında idari ve cezai sorumluluk doğmasına da sebebiyet verecektir[100].

Kanun'un "Yaklaşık maliyet" başlığını taşıyan 9'uncu maddesine göre; "Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi yapılmadan önce idarece, her türlü fiyat araştırması yapılarak katma değer vergisi hariç olmak üzere yaklaşık maliyet belirlenir ve dayanaklarıyla birlikte bir hesap cetvelinde gösterilir. Yaklaşık maliyete ihale ve ön yeterlik ilânlarında yer verilmez, isteklilere veya ihale süreci ile resmî ilişkisi olmayan diğer kişilere açıklanmaz".

---

99 Doğanyiğit- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, s. 99.

100 "…en düşük teklif sahibi iki isteklinin teklifinin ihale komisyonunca mevzuata aykırı şekilde değerlendirme dışı bırakılarak, ayrıca birim fiyat teklif cetvelinde aritmetik hata bulunmayan en düşük teklif sahibi istekliyi aritmetik hata bulunduğu gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakarak ihalenin 366.966,84 TL yüksek teklif veren istekli üzerinde bırakılmasına neden olunduğu anlaşılmıştır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Temel İlkeler" başlıklı 5 inci maddesine göre idarelerin, ihalelerde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve ihtiyaçlarının uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olması gerektiğinden, söz konusu ihalede idare tarafından yukarıda sayılan temel ilkelere aykırı işlem tesis edildiği sonucuna varılmıştır. Mevzuata aykırı işlemlerle ilgili olarak sorumluluğu bulunanlar hakkında gerekli inceleme ve/veya soruşturma yapılmak üzere konunun İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesi gerekmektedir. Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.II-921.

İdareler her türlü fiyat araştırması yaparak açacakları ihalenin yaklaşık maliyetini belirlemeleri gereklidir. İdareler, yaklaşık maliyetin tespitinde geçmiş yıllarda şekillenen sözleşme fiyatlarından, meslek odası ve kamu kurumlarının yayınladığı birim fiyatlardan, bakanlık tebliğlerindeki fiyatlardan, konusunda deneyimli yüklenici veya alt yüklenici olarak faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlardan alınacak ihale konusu işe benzer nitelikteki işlere ilişkin maliyetlerden ve idarenin piyasa araştırmasına dayalı rayiç ve fiyat tespitlerinden yararlanabilirler. Bu yöntemlerden biri, birkaçı, tamamı kullanılarak yaklaşık maliyetin belirlenmesi mümkündür. Bir yöntemin diğerine göre uygulama önceliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla yaklaşık maliyetin tespitinde karayolları, bayındırlık, DSİ gibi kamu kurumu analiz ve rayiçlerinin kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır[101].

Kanun'un 36/2'nci fıkrası uyarınca yaklaşık maliyetin, istekli teklifleri ile birlikte açıklanması gerektiğinden yaklaşık maliyetin gizliliği ilk oturumda sona ermektedir. İhale zarfları açılıp teklifler açıklandıktan sonra ihale komisyonu idarenin ihale öncesi tespit ettiği yaklaşık maliyeti açıklamak durumundadır. Pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde yaklaşık maliyet, son yazılı teklifler ile birlikte açıklanması gereklidir[102].

Yaklaşık **m**aliyet**in h**esa**planması, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde daha da fazla önem kazanmaktadır. Zira yaklaşık maliyete ilişkin** fiyat araştırması yapılması aşamasında kendilerinden fiyat talep edilen kişiler daha sonra pazarlık usulünde ihaleye davet edilerek fiyat rekabeti ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi ihlal edilmekte**, yakla**şık maliyet hesabında görüş belirten kişiler daha sonra ihale aşamasında istekli sıfatı ile ihaleye taraf olmaktadırlar. İlan yapılmayan pazarlık usulü ile ihalelerde 3. **k**işilerin katılımına ve fiyat teklifine de izin verilmediğinden, yaklaşık maliyet hesabında kendiler**ind**en fiyat araştırması yapılan kişiler tekrar pazarlık aşamasına davet edilerek ancak bu kişiler tarafından teklif edilen fiyatlar etrafında bir ihale fiyatı ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde bir **y**olsuzluk döngüsü ihale sürecinin tamamına egemen olmakta; yaklaşık maliyet hesabından başla-

101 Doğanyiğit- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, S. 96.
102 Doğanyiğit- İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, S. 97.

yarak, ihaleye davet, fiyat teklifi vb. tüm aşamalar (önceden kazananı belli olan) danışıklı fiyat teklifleri etrafında şekillendirilmektedir.

Açık ihale usulüne tabi olmasına rağmen pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde **"ekonomik açıdan en avantajlı teklifin"** belirlenmesi de oldukça zorlaşmaktadır. Zira rekabet ortamının tam olarak sağlanmadığı, ilan ve katılım ilkelerinin sınırlandırıldığı bir ihale söz konusudur. Kanun'un 40'ıncı maddesine göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, **ekonomik açıdan en avantajlı teklifi** veren isteklinin üzerinde bırakılmaktadır. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenmektedir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerlerinin veya nispi ağırlıklarının da belirlenmesi gerekmektedir. pazarlık usulünde bu değerlendirmeler sadece davet edilen 3 istekli arasında yapılabilmekte iken açık ihale usulü uygulamasında istekli olabilecek daha fazla kişi arasında bir değerlendirme yapılması imkanı vardır.

Pazarlık usulünde olduğu gibi ihaleye katılımı sınırlayan kurallar, daha az sayıda taraf olması halinde tarafların anlaşmasının ve anlaşmayı sürdürmesinin daha kolay olması nedeniyle danışıklılığı arttırabilmektedir. İhaleye katılımın az olması, katılımcılar arasında bir kartel anlaşması yapılmasının maliyetini düşürmekte, az sayıda katılımcı ile tarafların koordinasyonu ve anlaşmanın bozulması halinde ceza mekanizmasının işletilmesi daha kolay olmaktadır. Katılımcı sayısı arttığında ise, anlaşmaya uymayanların tespiti zorlaşacağı için, anlaşma taraflarının anlaşmaya uymayarak kendi kazançlarını arttırma güdüleri artacaktır[103]. Bu çerçevede pazarlık usulünde en az 3 kişi davet edilerek yapılan ihalelerde katılımcılar arasındaki muhtemel kartel anlaşmalarına da zemin hazırlanmaktadır.

12- İhale Yetkililerinin İdari ve Cezai Sorumluluğu

Açık ihale usulüne tabi olmasına (Pazarlık usulüne tabi olmama-

[103] Ünübol, s. 43

sına) rağmen ihale yöntemi olarak pazarlık usulünün tercih edilmesi pek çok hukuki sonucu beraberinde getirmektedir. En başta pazarlık usulünün pek çok alanında ilan yapılmamakta ve sadece 3 isteklinin daveti ile ihale yapılmaktadır. Çoğu uygulamada görüldüğü üzere ihale yetkilileri kendi davet ettikleri kişiler dışında diğer 3. Kişilere ihale dokümanını satmaktan dahi imtina etmektedirler. Kanunda ihaleye davet edilecek isteklilerin alt sınırı belirlendiği halde pazarlık usulü ile yapılacak ihaleye katılacak isteklilerin üst sınırına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle pazarlık usulünde talep eden her kişiye ihale dokümanı satılabileceği gibi ihaleye katılmalarının engellenmesi de mümkün değildir. Ancak ülkemiz uygulamasında kapalı kapılar arkasında sadece davet edilen 3 istekli arasında (çoğunlukla danışıklı tekliflerle) yapılan pazarlık usulü ihaleleri, Kanun'un 5'inci maddesindeki temel ilkelere tamamen aykırılık teşkil etmektedir. İhalelerde rekabet ortamı, açıklık, şeffaflık sağlanamadığı gibi kamu kaynaklarının verimli kullanılıp kullanılmadığı da belli değildir.

Kanun'un 17'nci maddesinde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar incelendiğinde ihale yetkililerinin davranışlarının; "İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak" şeklinde kanunda belirlenen yasak fiil ve davranışlara birebir uyduğu görülmektedir. Bu yasak fiil veya davranışlarda bulunanlar hakkında yine Kanun'un 60'ıncı maddesindeki idari ve cezai sorumluluğu düzenleyen hükümleri uygulayabilmek mümkündür.

İlgili madde hükmüne göre; ihale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulunduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır. Ayrıca, fiil veya davranışlarının özelliğine göre haklarında ceza kovuşturması da yapılır ve hükmolunacak ceza ile birlikte tarafların uğradıkları zarar ve ziyan genel hükümlere göre kendilerine tazmin ettirilir. Bu Kanuna aykırı fiil veya davranışlardan dolayı hüküm giyen idare görevlileri, bu Kanun kap-

samına giren işlerde görevlendirilemezler. 5 inci maddede belirtilen ilkelere ve *İdarelerce uyulması gereken diğer kuralları düzenleyen hükümlere* (62 nci maddede belirtilen kurallara) aykırı olarak ihaleye çıkılmasına izin verenler ve ihale yapanlar hakkında da yukarıda belirtilen müeyyideler uygulanır.

Yukarıda belirtilen hukuki gerekçeler çerçevesinde pazarlık usulüne tabi olmadığı halde kamu ihalelerinin pazarlık usulü kullanılmak suretiyle ihale hukuku ile ilgili temel ilkelerin ihlal edilmesi, talep edenlere ihale dokümanı satılmaması veya ihaleye katılmalarının engellenmesi suretiyle; rekabet, açıklık şeffaflık, ihaleye katılımcılık, kamu kaynaklarının kullanımında verimlilik ilkelerine aykırı hareket eden ihale yetkilileri hakkında 5237 sayılı TCK'nın Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı birinci bölümünde düzenlenen 257'nci madde hükmünün (görevi kötüye kullanma/kişilerin mağduriyeti, kamunun zararına neden olunması veya kişilere haksız kazanç sağlama öğelerinin) ihlaline sebebiyet verecek ve ilgili maddeler uyarınca ceza soruşturması açılmasını gerektirecektir[104].

Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi Sayın Muhammet Güney'e göre; "Belli bir ihale usulü ile yapılması gereken işin farklı bir ihale usulü ile yapılması durumunda eylemin niteliğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Mevzuata göre olması gerekenin dışında farklı bir ihale usulünün benimsendiği durumlarda örneğin açık ihale usulü ile yapılması gereken bir ihalenin belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılması veya pazarlık usulü ile yapılması durumunda, hileye dayanan cebir veya tehdit uygulanarak gerçekleştirilen bir davranış

104 Mesela Kapalı Zarf Usulüyle Yapılması Gereken Bir İhalenin Sadece Pazarlık Usulüyle Yapılmış Olması, İhaleye Fesat Karıştırma Olarak Değerlendirilmemelidir. Burada Bir Usule Aykırılık, Yerine Göre, Görevi Kötüye Kullanma Suçunu Oluşturma Bağlamında Değerlendirilebilir. Nitekim Yargıtay Tarafından Da İhale Usulünün Yanlış Uygulanmasının Görevi Kötüye Kullanma Suçuna Vücut Vereceği Hüküm Altına Alınmıştır. ("…İhale Konusu Olan 35.194 Kg Dikenli Teli, Kapalı Zarf Yerine, İhale Yasası Hükümlerini Aşmak İçin, Bölerek Pazarlık Yöntemiyle Almaktan İbaret Eylemleri, TCK'nın 240. Maddesinde Tanımlanan, Görevde Yetkiyi Kötüye Kullanmak Suçunu Oluşturur" Yargıtay 4.Ceza Dairesi, T.09.02.1998, E:1988/21, K:1998/669). Eğer Hile Yoksa O İşe Özgü Olarak Öngörülen İhale Usulüne Göre Yaptırılmamış Olması, Ceza Hukuku Bakımından Sorumluluğu Gerektirmez. Suçun Oluşması İçin, Herhangi Bir Zararın Oluşması Zorunlu Değildir. Zarar Meydana Gelmese Dahi, Suç Oluşacaktır. Ancak Zararın Meydana Gelmiş Olması Halinde, Suçun Daha Ağır Cezalandırılması Gerekecektir. Saraç, S. 35-36.

da bulunmadığı için ihaleye fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır. Bu tür durumlarda ihaleyi gerçekleştiren kamu görevlileri bakımından görevi kötüye kullanma suçu bağlamında değerlendirme yapmak gerekmektedir"[105].

5237 sayılı Kanun'un "ihaleye fesat karıştırma" başlıklı 235 inci maddesinde, kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere ve yapım ihalelerine fesat karıştıran kişinin, **beş yıldan oniki** yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmış ve hangi hâllerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılacağı tek tek belirtilmiştir[106]. TCK'nın 235'inci maddesi uyarınca "İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek" ihaleye fesat karıştırma suçuna vücut veren fiiller arasında sayılmaktadır. 4734 sayılı Kanunda ihalelerde eşitlik ilkesinin geçerli olacağı işaret olunduktan sonra 10 uncu maddede ihaleye katılacak olanlardan "ekonomik ve malî" yeterliliğin ve "meslekî ve teknik" yeterliliğin belirlenmesi maksadıyla birtakım belgelerin istenilebileceği belirtilmiş, 11 inci maddede de ihaleye katılamayacak olanlar sayılmıştır. Bu durumda, kanunda sayılan yasaklı kişilerden olmayan ve istenilen yeterlilik koşullarını karşılayan herkesin ihaleye katılabileceği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. İşte ihaleye katılma yeterliliğine sahip olan kişilerin birtakım hileli davranışlarla ihaleye katılımının engellenmesi hâlinde fesat karıştırma suçu işlenmiş olacaktır[107].

---

105 Güney, S. 152.

106 TCK'nın 235'inci maddenin gerekçesinde "bu hükümle korunmak istenen hukukî değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal ve hizmet alım ve satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak, kamu görevlilerine duyulan güvendir." denilerek, kamuoyunda ihalelerde yolsuzluk yapıldığı ve rant sağlandığı yönündeki genel kanaât ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Diğer taraftan, fiilin zarar meydana gelmemiş olsa dahi cezalandırılması ve failin sadece kamu görevlileri değil diğer kişilerin de olabileceği göz önünde bulundurularak hem kamu idaresinin itibarının hem de devletin ekonomik çıkarlarının korunduğu, dolayısıyla korunan hukukî değerin karma nitelikte olduğu şeklinde görüşler bulunmaktadır. Artuk/Gökcen/Yenidünya, 515-516, Sarıtaş, s. 57.

107 Sarıtaş, s. 57.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli mal ve hizmetlerin satın alınması ile yapım işlerine yönelik ihaleler; fiyat oluşum sürecinde büyük önem taşımaktadır. İhaleler yoluyla belli usuller çerçevesinde, bir bedel karşılığında özel kişilerden satın alınma süreci işletilmekte olup etkin bir kamu alım süreci ile, mal/hizmet alımı ve yapım işlerinin kamu açısından en uygun fiyattan temin edilmesi amaçlanmaktadır. Bu toplumsal refahın da gereği olup rekabet ortamının daraltılması toplumsal refahı tehdit etmektedir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesini teminen şeffaf, açık, rekabetçi bir ihale sürecinin işletilmesi gerekir. Kamu ihalelerinde idarenin sözleşmeci tarafı seçme özgürlüğü bulunmamaktadır. İdare sözleşme yapacağı kişileri keyfi ve sınırsız bir takdir yetkisi ile belirleyemez. Kamu yararı açısından ihale süreçlerinde kamu kaynaklarının en uygun koşullarda ve fiyattan temin edilmesi amacı önem kazanmaktadır. 4734 sayılı Kanun ile getirilen kamu alımlarında esas olan, açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü olup ihalelerin şeffaf, aleni, serbest rekabet ortamı içerisinde yapılması açısından açık ihale usulü; en uygun ihale usulüdür. Açık ihale usulünden, kanun tarafından sınırlı sayıda belirtilen özel durumlarda vazgeçilebilmekte ve istisnai bir usul olarak pazarlık usulü ile ihtiyaçlar karşılanabilmektedir. Pazarlık usulünde çoğunlukla ilan yapılmamakta olup ihaleye davet edilen 3 istekli ile ihaleler sonuçlandırılmaktadır. Ülkemiz ihale uygulamalarında açık ihale usulüne tabi olması gereken kamu alımlarının büyük çoğunluğu pazarlık usulü ile yapılmakta ve gerek idareler gerekse Kamu İhale Kurumu tarafından bu usulsüzlük görmezlikten gelinmekte, belli kişiler arasında kapalı kapılar arkasında ilan edilmeyen ihalelerin yapılmasına göz yumulmaktadır. 2003 yılından bu zamana kadar 4734 sayılı Kanunda yapılan değişikliklerle pazarlık usulüne tabi bazı ihalelerin ilan edilmesi şartı kaldırılmış, ihale dokümanlarının, sadece ihaleye davet edilen kişilere satılacağına yönelik düzenleme getirilmiş ve ihaleye davet edilmeyen kişilerin ihale süreçlerini şikayet etmeleri de önlenerek kişilerin mahkemelere ulaşma hakkına açıkça engel konulmuştur. Böylece pazarlık usulü ile kaynakların verimli kullanılıp kullanılmadığının denetim imkânı da ortadan kalkmıştır. Şeffaf bir kamu alım sürecinden bahsedilebil-

mesi için pazarlık usulü ile ihalelerin mümkün olan en az sayıya çekilmesi gerekmektedir. Şu anda mevcut olan ihale mevzuatı, pazarlık usulü ile yapılan ihalelerin önlenmesine yönelik pek çok hukuki boşluk içermekte olduğundan ihalelerde şeffaflığı ve rekabeti artıracak, idarelerin uyguladığı ihale usullerinin mevzuata uygun olup olmadığına yönelik denetime imkân verecek yeni yasal düzenlemelere gereksinim bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin yayınları 4. Baskı Ankara 2013.

Alyanak Servet, "Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunun Genel İlkeleri" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı. Doktora Tezi Ankara 2009.

Artuk Mehmet Emin / Gökcen Ahmet, Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007

Bastık Serdar, Kamu İhalelerinde İdari Başvurular, Uzmanlık Yeterlilik Tezi Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnşaat ve Malzeme Genel Müdürlüğü Ankara, Temmuz 2011

Doğanyiğit, :İhalenin Ruhu-Yaklaşık Maliyetin Gizliliği, s. 99.

Emek Uğur, :Kamu İhalelerinde Rekabetin Sağlanması ve Korunması, Yayın No DPT:2657, İktisadi Sektörler Ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü Hukuki Tedbirler Ve Kurumsal Düzenlemeler Dairesi Başkanlığı Kasım 2002

Gözler Kemal, İdare Hukuku, C I, 2. Baskı Ekin Kitabevi Bursa 2009.

Güney Muhammet, Kurumsal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele, Seçkin Yayıncılık Ankara 2013.

Karahanoğulları, Onur İdarenin Hukukla Kavranması, Yasallık ve İdari işlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi 2. Baskı Ankara 2012.

Kaya Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, XII Levha yayınları, İstanbul 2011.

Küçükşahin Şükrü, "Bu da Ali Dibo'nun Resmi Belgesi", 23.03.2006 Hürriyet,

Küçükşahin Şükrü, "KİK, Ali Dibo'da Game Over Dedi" 30.11.2006 Hürriyet.

Lüleci Büşra, :Avrupa Topluluğu Kamu İhale Mevzuatı Ve Sorunları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Sancaktar Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları 2. Baskı Ankara 2012.

Saraç Onur Alp, Kamu İhale Sisteminde Yasaya Aykırı Durumlar, Ege Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. İzmir 2010.

Sarıtaş Hatice, İhaleye Fesat Karıştırma Ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Sayıştay Dergisi, Sayı: 73

Sezginer Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınevi Ankara 2000. (Sezginer-a).

Sezginer Murat, İdari İşlem-İcrailik-Ayrılabilir İşlem-Yargısal Denetim, İÜHFM, C. 69, S.1-2, s. 241-250. (Sezginer-b).

Ünübol Neyzar, :Kamu Alım Piyasalarının Etkinliğinde Rekabetin Rolü: Rekabetin Korunması, Sağlanması Ve Rekabet Savunuculuğu,

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 119. Anayasa Mahkemesi Kararı, (Yüce Divan Kararı) Esas Sayısı : 2004/4 Karar Sayısı : 2007/2 Karar Günü : 5.10.2007

Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.

Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217.

Danıştay 13. Daire, Esas: 2009/4101, Karar: 2010/8217

Yargıtay 4.Ceza Dairesi, Esas:1988/21, Karar:1998/669).

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2007-2-87, Karar Sayısı : 08-74/1180-455

Kamu İhale Kurul Kararı, 2010/UY.II-1186.

Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.II-1809,

Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UH.Z-1439

Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.I-1030

Kamu İhale Kurul Kararı, 2006/UY.Z-1930.

Kamu İhale Kurul Kararı, 2008/UY.Z-104

Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330

Kamu İhale Kurulu Kararı, 2006/UM.Z-1901.

Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.1028,

Kamu İhale Kurulu Kararı 2010/UH.Iı-911,

Kamu İhale Kurulu Kararı 2009/UH.II-3084,

Kamu İhale Kurulu Kararı 2009/UH.I-1303,

Kamu İhale Kurulu Kararı 2008/UY.Z-1654

Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.I-3528.

Kamu İhale Kurul Kararı, 2009/UY.III-2330
Kamu İhale Kurul KaraRI, 2006/UH.Z-3007
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2008/UY.Z-104
Kamu İhale Kurulu KararlarI, 2009/UY.Z-99
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z -100
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-101
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-102
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-103
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-104
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.Z-105
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.III-2330
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UY.II-1809
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2009/UM.II-3134
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1823
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UY.III-1589
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2010/UH.III-1278
Kamu İhale Kurulu Kararı, 2012/UH.II-921.

DANIŞTAY'IN NAKLEN ATAMALARDA "AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA EŞ DURUMUNUN GÖZETİLMESİ" İLKESİNE YAKLAŞIMI

COUNCIL OF STATE'S APPROACH TO "TO TAKE CARE OF PARTNER'S SITUTION" WHILE TRANSFFER OF PUBLIC SERVANTS BY APPOINTMENT

Seçkin YAVUZDOĞAN*

Özet: Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi, Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yüklemiştir. Özellikle naklen atama işlemlerinde takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin durumlarda nelere dikkat edilmesi konusunda Danıştay'ın görüşlerini belirttiği Danıştay kararlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Kamu hizmeti, kamu görevlisi, naklen atama, aile birliği, eş durumunun gözetilmesi

Abstract: Protecting the unity of family is one of the most important constitutional rule. We have particularly mentioned the Council of State decisions where the supreme court has given opinions referring to what caution should be given in using discretionary powers in transfer procedures by appointment.

Keywords: public service, public servant, transffer of public servant by appointment,unity of family, to take care of partner's situation

GİRİŞ

Kamu hizmetini etkin, verimli ve amacına uygun bir şekilde yürütmekle mükellef bulunan idare, bu amacın gerçekleşmesinde aktif rol oynayan kamu görevlileri üzerinde belli tasarruflarda bulunabilir. Çünkü, belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Buna karşılık aynı idarenin yapacağı bu tasarruflar kamu görevlilerinin kişisel, özlük haklarına, daha geniş bir ifadeyle mevzuata aykırı olamayacaktır.[1]

* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

1 Cemil Kaya, "Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72",*SÜHFD*,C.6, 1998, s.638.

Kamu hizmetinin kişi unsurunun büyük bir kısmını devlet memurları oluşturur. Dolayısıyla devlet memurlarının hukuki statüsü, idarenin işleyişinde önemli bir etkendir. Devlet memurlarının nitelikleri, atanmaları, çalışma koşulları, memurluk statüsünün sona ermesi gibi sebeplerin yanı sıra nakilleri de memurluk mesleğinin dolayısıyla idarenin niteliğinin etkin bir göstergesidir. Devlet memurlarının hangi koşullarda görevlerinin ve yerlerinin değiştirilebileceği hususu yürüttükleri kamu hizmetinin içeriğini doğrudan etkiler.

Maddi ve manevi getirilerinin yeterliliği tartışmaya açık olan devlet memurluğunu meslek olarak seçen, hayatını bu işe adayan bir kişi için kötüye kullanılabilecek bir naklen atama yetkisi yıkım olabilir. Kamu personel hukukunun uygulamaya yansıyan en büyük sorunu naklen atamalardır. Zira mevzuatın yetersiz olması ve idareye geniş takdir hakkı tanımış olmasından dolayı "naklen atamalardaki hukuka aykırılıklar" adeta kanayan yara niteliğindedir.

Anayasa'nın 41. maddesinin 1. ve 2. fıkrası "Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" şeklindedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrası ise "Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aile biriminin muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir." şeklindedir. Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Devlet Memurları Kanunu madde 72/2'de sözü edilen hüküm eşi arzu ettiği takdirde aynı yerde çalışmasına dolayısıyla aile birliğini korumaya matuftur. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refa-

hını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük getirmiştir.

Danıştay'a göre, bu maddeyle Anayasa koyucu aileyi parçalamaktan kurtarmak, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşımıştır.[2]

"Nakil" kelimesi, diğer sözlük anlamları yanında, bir memurun bir yerden başka bir yerdeki göreve atanması anlamında da kullanılmaktadır. Güran nakil kavramını, "Tahvil, esas itibariyle amme hizmetinin iyi işlemesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için tatbiki gereken bir tedbir ve müessesedir"[3] şeklinde, Can ise "Nakil ilke olarak kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idari bir tasarruftur"[4] şeklinde tanımlamıştır.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin kurallar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun IV. Kısmında yer alan "yer değiştirme" başlıklı 3. Bölümünde düzenlenmiştir. 72.madde "yer değiştirme suretiyle atama", 73.madde "karşılıklı olarak yer değiştirme", 76. madde "memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi" ne ilişkindir. Aynı bölümde vekalet görevi, ikinci görev yasağı, ders görevi gibi nakille alakalı olmayan düzenlemelere de yer verilmiştir. Sınıf değişikliğine dair 71. madde hükmü nakile ilişkin olmasına rağmen 2. Bölümde düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda aynı anlam değişik kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin, kanunun inceleme konumuzla ilgili hükümlerini içeren 3.bölümünde başlık olarak "Yer değiştirme" kelimesi kullanıldığı hâlde, aynı Kanunun 72.maddesinde "Yer değiş-

---

2 Danıştay 5. Dairesi'nin 25.1.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, *DD*., S.91, s.513, 1996.

3 Sait Güran, "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi", *İÜHFM,* C.XXIX, S.1-2, 1963.

4 Cavit Can, "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", *DD*., Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.

tirme suretiyle atama" dan söz edilmekte, 74.maddesinde "Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri"nden bahsedilmekte, 76.maddesinde de "Memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi"nde uygulanacak ilkeler gösterilirken, aynı maddenin ilk fıkrasında "naklen atayabilirler" sözcüklerine de yer verildiği görülmektedir. Ayrıca, "Bulundukları yerden başka yerlerdeki görevlere nakledilen" memurların aylıklarının veriliş şeklini düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 169.maddesinde de "görev yeri değiştirilen" memurlardan söz edildiği de göz önünde tutulacak olursa, hukuk dilimizde aynı kurumu ifade eden sözcüklerin seçimi ve kullanılmasında ortak bir yol izlenmediği kolayca anlaşılmaktadır.[5] Bu bağlamda adı geçen terimleri eş anlamlı olarak belirtmek gerekir. Naklen atama, "yer ve görev değişikliği" olarak anlaşılmalıdır.

Bütün idarî faaliyetlerde ve bu faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan bütün idarî işlemlerde amaç kamu hizmetidir. Yani bu gibi işlemlerle de varılması düşünülen hedef kamu hizmetinin naklen atanılan yerde daha rasyonel ve daha verimli olarak yerine getirileceği inancıdır[6]. Naklen atamalara memurun üst makamlara hazırlanması, kurum ve dairelerde belirli birimlerde yığılmaları düzenlemek, tatmin ve ödüllendirme veya başka gerekçelerle başvurulabilir. Naklen atama hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu amaçla tesis edilen bir işlem memuru cezalandırma amacına yönelik bir müeyyide olarak görülmemeli, kamu hizmetini ön planda tutan bir araç olarak görülmelidir. Ancak en tehlikeli kullanım naklen atamaların cezaya, bir idari yaptırıma dönüşmesidir ve bunun örnekleri de azımsanmayacak derecededir.[7]

Bu açıklamalardan sonra naklin tanımını yapmak gerekirse nakil, ilke olarak, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idarî bir işlemdir. Devlet memurlarının aynı hizmet örgütü

---

5 Mustafa Avcı, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002 ,s.37.

6 Can (1981): s.96.

7 Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003, s.153.

içinde başka bir yere veya göreve naklen atanmasında göz önünde tutulacak amaç kamu hizmetidir.[8] Memur ise, bu fonksiyonun en iyi bir şekilde ifası için bir takım yetki ve görevler taşıyan kişisel unsur durumundadır. O hâlde, naklen atama, hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu kurumun pozitif esaslarını koyarken ön plânda "hizmeti" bulundurmak, sistemi sadece kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesini sağlamak şeklinde düzenlemek, daha sonra da bu anlayış ve uygulamanın yanında kamu görevlilerini de güvenceden yoksun bırakmamak ve özellikle naklin aslî niteliğini unutarak onu, bir disiplin cezası veya memur aleyhine bir müeyyide olarak kullanmamak gerektiğine özen göstermek lazımdır[9]. Memur güvenliğini en fazla tehdit eden ve idarecilerin keyfi kullanımına açık olan bu nedenle de en fazla uyuşmazlık doğuran konulardan birisi naklen atamalardır.[10] Sık sık yapılacak naklen atamalar uzmanlaşmayı engelleyebilir ve yürütülen kamu hizmetinin yavaşlamasına, kalitenin düşmesine sebebiyet verebilir. Ayrıca naklen atama işlemi tesis edilirken memurun ailesinin karşılaşabileceği muhtemel sorunlar da göz ardı edilmemelidir.[11]

Bu çalışmada sırasıyla aile ve aile birliğinin tanımından sonra naklen atamalarda "eş durumunun gözetilmesi" yükümlülüğünün doğması için bulunması gerekli şartlar, idarenin "eş durumunun gözetilmesi" yükümlülüğünü ortadan kaldıran haller ve eşin atanacağı yerde diğer eşin çalıştığı kurumun teşkilatının bulunmaması durumunda yapılması gerekenler incelenecektir.

I. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA AİLE VE AİLE BİRLİĞİ

Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yüklemiştir.

8 Avcı (2002): s.38.
9 Güran (1963): s.155-176.
10 Oğurlu (2003): s.151.
11 Oğurlu (2003):s.155.

Anayasa'nın "Ailenin Korunması" kenar başlıklı 41. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanun'un 03.10.2001 tarihinde kabulü ve 15.10.2001 tarihinde 24556 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle değiştirilmiştir. Bu değişiklikle Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına "ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiştir. Değişiklik sonrasında 41. madde aşağıdaki hali almıştır: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin korunması açısından iki önemli açılımı vardır.[12] Bunlardan ilki, yapılan değişiklikle eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Değişiklik gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme getirme amacı vurgulanmıştır. Diğeri, ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir.[13] Madde gerekçesinde, ailenin sosyal yapısının ve millet hayatında oynadığı rolün, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kıldığı belirtilmiştir.

Aile kavramı Medeni Kanun (MK)'da da tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde[14] dar, geniş ve en geniş anlamda aile kavramlarının tanımı üzerine görüş birliği sağlanmıştır. Dar anlamda aile, sadece eşlerden (karı ve koca) meydana gelen ve evlilik birliği esas alınarak belirlenen bir kavramdır. Geniş anlamda aile, eşlerin yanı sıra onların çocuklarını da kapsar. Anne, baba ve çocuklardan oluşan bu aileye velayet ailesi adı da verilmektedir.[15]

---

12 Ailenin korunmasına ilişkin en açık anayasal hüküm 41. madde olmakla birlikte, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." ifadesini içeren 20. madde de ailenin korunmasına hizmet eder niteliktedir.

13 Emel Badur, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84,s.63.

14 Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, 10.bs., İstanbul, 2006, s. 5-6; Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 18-19; Şahin Akıncı, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", GÜHFD, 2004, C. 8, S. 1-2, s. 22. Aile kavramı ve tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali Uçar, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara, 2003, s. 21 vd., Akıntürk (2006):s.6; Ayan (2004):s.18.

15 Badur (2009):s.71.

En geniş anlamda aile ise, aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir. MK'nın 367. maddesinin de dikkate alınmasıyla, en geniş anlamda ailenin aynı çatı altında yaşayan kan ve kayın hısımlarıyla, bir sözleşme ilişkisine dayanarak birlikte yaşayan dadı, hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişileri de kapsadığı kabul olunmaktadır.[16]

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde sözü edilen "aile"nin velayet ailesi (geniş anlamda aile) yani anne, baba ve çocuklardan oluşan aile olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddede "… yer değiştirme suretiyle tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarla izin verilir…" hükmü bulunmakta ve sadece eşlerden söz etmektedir. Hal böyle olunca Devlet Memurları Kanunu'nun aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlikten yani "en geniş aile"den söz etmediği açıktır.

II. NAKLEN ATAMALARDA EŞ DURUMU GÖZETİLİRKEN UYULMASI VE BULUNMASI GEREKLİ ŞARTLAR

Naklen atamalarda eş durumu gözetilirken konuyu ikiye ayırarak inceleme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Zira, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar ile eşlerin aynı kurumda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar farklıdır. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki genel kaide eş durumu gözetilmeden tesis edilen bir naklen atama işleminin hukuka aykırı olduğudur.[17]

---

16 Badur (2009): s.71.

17 "…Davalı idarede avukat olan davacının Bölge Müdür yardımcısı vekili olarak görev yaptığı sırada geçirdiği soruşturmaya dayanılarak Bitlis Bölge Müdürlüğüne avukat olarak naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul Devlet Kitapları Müdürlüğünde memur olarak çalıştığı anlaşıldığından, işlemin 657 sayılı Yasanın değişik 72.maddesine aykırı olarak eş durumu değerlendirilmeden tesis edilmesinde bu yönden hukuka uyarlık görülmemiştir…"Danıştay 5.Dairesi'nin 01.07.1992 tarih ve E.1991/414, K.1992/2126 sayılı kararı, *DD*., S.89, s.286.

A. Eşlerin Ayrı Kurumlarda Çalışmaları Durumunda Eş Durumunun Gözetilmesi

Devlet Memurları Kanunu' nun 72.maddesinin 2.fıkrasında eşlerin farklı kurumlarda veya aynı kurumun başka yerdeki teşkilâtında olmaları durumu düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir nakil işleminde eş durumunun gözetilerek işlem tesis edilebilmesi için aranan şartlar şöyledir; yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılan bir atama olması, kurumlar arasında gerekli koordinasyonun sağlanması, memur olan diğer eşin de isteğinin bulunması, atanacak eş memurun da Kanunun 74 ve 76. maddelerindeki esaslara göre atanması. Ancak nakil işlemlerinde eş durumunun gözetilmesi konusundaki bu yasal yükümlülüğe idarelerin pek uyduğu söylenemez.

1. Kurumlar Arasında Koordinasyon Sağlanması

Danıştay 5. Dairesi verdiği bir kararda Maliye Bakanlığında görev yapan ve bir başka yere atanan davacının öğretmen olan eşinin durumunun atama sırasında gözetilmeden işlem tesis edilmesini iptal sebebi saymış ve kararında koordinasyon zorunluluğunun ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin ilkeyi de belirtmiş bulunmaktadır. Kararın özeti şu şekildedir;

"...Bu hükümlere göre, yer değiştirme suretiyle yapılacak atama ve nakillerde aile birliğinin korunması amacıyla koordinasyon sağlanması için nakil işleminin tesisinden önce maddede öngörülen usûle göre idarece gerekli diğer işlemlerin tamamlanması zorunluluğu açıktır. Başka bir anlatımla, 657 sayılı Kanun'un dayanağını Anayasa'nın 41.maddesinden alan 72.maddenin 2.fıkrası uyarınca, ayrı kurumlarda çalışan eşler yönünden nakil işleminin tesisinden önce kurumlar arasında koordinasyon sağlanmak suretiyle; aynı kuruma bağlı olarak çalışan eşler yönünden ise eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerlerin ilgili kurumca önceden belirlenmesi, diğer eşin isteği hâlinde bu yere nakledileceğinin kendisine tebliği şeklinde işlem yapılması gerekmektedir...." Yukarıda özetine yer verilen Danıştay kararı uyarınca kurumlar naklen atama işlemini tesis ederken eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerleri belirlemeli ve eşin de isteğinin bulunması durumunda belirlenen yere naklinin yapılabileceğinin tebliğ edilmesi gereklidir.

Ancak, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 72. maddesi uyarınca devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorunda olan idare yürütülen bir soruşturma sonucu kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varması halinde eşin görev yaptığı kurum ile koordinasyon sağlamadan önce naklen atama yapabilir.[18] Ancak Danıştay'ın genel görüşü koordinasyon sağlanması gerektiği yönündedir.[19]

---

18 "…Bu nedenle kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varılan durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.
Davacının Gaziantep Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü olarak görev yaptığı dönemde edindiği bazı malları bildirmemesi, haksız mal edindiği ve kurum dışında bazı kişilerle çıkar ilişkilerine girdiği yolunda ihbar ve iddialarda bulunulması üzerine açılan idari soruşturmada aynı yerde görev yapan bazı memurların ifadelerine de aynı iddialara yer verilmesi, adalet müfettişinin suç duyurusu üzerine hakkında ceza davası açılması, İdari Yargı Adalet Komisyonunun naklen atanmasını istemesi üzerine naklen Hatay Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü görevine atandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hakkındaki iddialar ve bu iddialarla ilgili olarak açılan idari soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve sonucunda kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir…" Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.2.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı, DD., S.125,s.31-32, 2010.

19 ...Davacı, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme suretiyle Atanmasına İlişkin Yönetmeliğin 6.maddesine göre, 1.hizmet bölgesinde bulunan İstanbul ilindeki zorunlu çalışma süresini tamamlamış ise de, eşi İstanbul Hâlide Edip Adıvar İlkokulunda öğretmen olarak çalışmakta bulunduğundan, bu durum göz önünde tutulmaksızın ve kurumuyla gerekli koordinasyon sağlanmaksızın davacının İstanbul Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığından Bolu Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığına naklen atanmasında bu yönden mevzuata uyarlık bulunmadığı açıktır..." Danıştay 5.Dairesinin 4.3.1992 tarih ve E:1991/3332, K:1992/563 sayılı kararı, DD., S. 88, s.319.
...Dosyanın incelenmesinden, Konya il merkezi Selçuklu ilçesi... Ortaokulu... Öğretmeni olan davacının, görev yaptığı okulda bir bayan öğretmene karşı zaman zaman uygunsuz söz ve davranışlarda bulunarak huzursuzluğa yol açması olayına ilişkin olarak düzenlenen soruşturma raporundaki öneri üzerine Konya ili Cihanbeyli ilçesi... kasabası... öğretmenliğine atandığı anlaşılmakta olup, dava konusu nakil işleminde sebep yönünden hukuka aykırı bir durum bulunmamakta ise de, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden davacının eşinin SSK Konya Sigorta Müdürlüğünde memur olarak görev yaptığının ve davacının naklen atanması konusunda eşinin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması yoluna gidilmediğinin anlaşılması nedeniyle davacının nakline ilişkin işlemde bu yönden mevzuata uyarlık bulunmamakta olup, davanın reddi yönündeki mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih

2. Eşin İsteğinin Bulunması Gereği

Memurların naklen atanmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, ayrı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Aksi halde idari işlem iptal edilir.[20] Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde "…memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması… yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu maddeye göre yapılan bir naklen atama işleminde eşler aynı kurumda veya ayrı kurumlarda çalışsın idarenin aile birliğini gözetme ve gerekli koordinasyonu sağlama yükümlülüğünün doğması için mutlaka diğer eşin isteğinin bulunması gereklidir. Diğer eşin isteğinin bulunmaması idareyi, eş durumunu gözetme yükümlülüğünden kurtarır. [21]

İdarenin naklen atamada eş durumunu gözetebilmesi için eşin de isteğinin bulunması gerekmektedir. Danıştay bir kararında bu durumu şöyle belirtmiştir;

"...Davacının... eşinin davacının yeni görev yerine naklen atanması için bir isteğinin bulunmadığı dosya içeriği ile davalı idarenin temyiz dilekçesinden anlaşıldığından; olayda eş durumunu gözetme yükümlülüğü bulunmayan davalı idarenin eş durumunu dikkate almadan davacıyı naklen atadığından bahisle mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir[22]".

B. Eşlerin Aynı Kurumlarda Çalışmaları Durumu

Devlet Memurları Kanunu'nun 72.maddesindeki eş durumu ile ilgili düzenleme eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hususuna ilişkin bulunmakta; eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde eş durumunun nasıl gözetileceği hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, Anayasanın amir hükmü gereğince, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin yine aynı kurumun başka bir yerdeki birimine

---

ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, DD., S.92, s. 254.

20 Kaya (1998):s.643.

21 Kaya (1998): s.647.

22 Danıştay 5.Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, *DD.*, S.90, s.346.

naklen atanması halinde de memur olan diğer eşin de isteği var ise aynı yere atanması veya niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması yine idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla Anayasa ile getirilen ilke uyarınca yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aynı kurumda çalışan eşlerin durumunun da gözetilebileceği doğal olup, bu konuda düzenleme olmamasını aksine yorumlamanın anılan ilke karşısında mümkün bulunmadığı açıktır.

Aynı kurumda çalışan eşlerden birinin aynı kurumdaki başka bir yere atanması durumunda diğer eşin de aynı yere atanması veya durumuna uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması gerekir. Eşlerin aynı kurumda çalışması durumuna ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda da aile birliğinin korunması ilkesi göz önünde tutulmalı ve hüküm onlar için de uygulanmalıdır.[23]

Kamu görevlisinin eş durumundan naklen atamaya tabi olması durumunda, eşlerden her ikisi de zorunlu atamaya tabi ise aynı kurumda olsun ya da olmasın, unvan,görev ve kadro bakımından daha üstte olan kamu görevlisine göre işlem yapılır ve üst konumda olan eşe bağlı olarak eşin ataması gerçekleştirilir. Eşlerden birinin yer değiştirme suretiyle atamaya tabi olmaması durumunda yer değiştirmeye tabi olmayan eşin durumu öncelikli olarak dikkate alınır ve işlem yapılır.[24]

Ancak aynı kurumda çalışan eşin eş durumu nedeniyle naklen atanması için herhangi bir isteğinin bulunmadığı durumlarda eş durumunu gözetme yükümlülüğünün bulunmadığını da vurgulamak gerekir.

Maddede aynı kurumda çalışan eşlerden söz edilmemesi, eş durumunun dikkate alınmayacağı anlamına gelmez.[25] Maddenin bu şekilde düzenlenmesinin temelinde memuru atayacak olan kurumun eşinden de bilgi sahibi olduğu ve bu durumu doğal olarak göz önünde bulun-

---

23 Mehmet Sağlam, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara, 1999, s.34.

24 Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik, m.12, RG.,25.06.1983,sy.18088, m.9.

25 Danıştay 5. Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, *DD*., S. 90, s.346.

duracağı düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca, memurun atandığı yerde eşin atanacağı teşkilat yoksa veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev yoksa, eşe belirli koşullarda izin isteme hakkı tanınmıştır.

1. Eşin Memur Olması Gereği

Özür grubuna dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesi gerekir. Ayrıca, eşlerden birinin bağlı olduğu nüfus idaresinden alınacak evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi gerekir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin " Eş Durumunun Belgelendirilmesi" başlıklı 14.maddesinde, (B) özür grubuna(Eş Durumu) dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13/12/1960 tarih ve 160 sayılı Kanuna tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirilmesi gerekir" hükmünü öngörmüştür. Ancak kanundaki ve yönetmelikteki "memur" ifadesinin sadece devlet memurlarını mı kapsadığı ya da bu ifadenin kamu görevlisi olarak mı anlaşılması gerektiği tartışmaya değerdir. Danıştay ilk zamanlar "memur" ifadesinin sadece devlet memurlarını kapsadığına ilişkin kararlar verirken yakın tarihli kararlarında "memur" ifadesinin kamu görevlileri olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmektedir.

2. Danıştay'dan naklen atamalarda "memur" lafzı için genişletici yorum

Danıştay Beşinci Dairesi, özellikle tüm kurumsal yönetmeliklerin dayanağını teşkil eden "Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik" te yer alan "memur" kelimesiyle ilgili önemli bir karar vermiştir. Danıştay kararında özetle "Belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (A) bendinde düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabulünün" gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay Beşinci Dairesi kararında, eşi bir üniversitede, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi olarak uzman statüsünde çalışan bir memur için, diğer eşin de mutlak surette 657'e tabi memur statüsünde çalıştırılması zorunluluğunun olmadığına karar vermiştir. Danıştay, idari hizmet sözleşmesi ile çalışan uzmanın daimi statüde çalıştırılacağının yasa ile güvence altına almasını gerekçe göstererek, sadece diğer eşin memur olmaması nedeniyle eş durumu naklinin yapılmamasına dair işlemde hukuka uygunluk bulunmadığına karar vermiştir.

Kamuda memurların yanı sıra, 926 sayılı Kanuna tabi askeri personel, 2802 sayılı Kanuna tabi hakim ve savcılar, 2914'e tabi tabi öğretim üyeleri çalışmaktadır. Bu karar, daimi statüde çalıştırılacağı yasal güvence altına alınan kamu personelinin, memur olan eşlerinin, eş durumu nakillerinin yapılabileceği anlamına gelmektedir.

Kararda Danıştay özetle; personel hukukunun temel kavramlarından olan kadronun, kamu görevlisi ile idare arasında bağ kuran önemli bir araç olduğunu. asli ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütüldüğü yerde varlığından söz edilebilen "kadro" kavramının; personelin bulunduğu yeri, yaptığı işi gösteren ve yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetini tanımlayan önemli bir kavram olduğunu, 657 sayılı Kanunun 33. maddesinde öngörülen "Kadrosuz memur çalıştırılamaz." kuralı ile memurların bir kadroya bağlı olarak istihdam edilmelerinin zorunlu olduğunun ifade edilerek, kadro ile memur arasındaki bağlantının net bir şekilde ortaya konulduğunu, bu bağlamda, belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.[26]

[26] Danıştay 5. Dairesi'nin 03.02.2012 tarih ve E. 2010/7742, 2012/386 sayılı kararı. Nitekim bazı İdare Mahkemelerinin bu konuyla ilgili somut kararları Danıştay'ı isabetli bir şekilde yönlendirmiştir. "… Her ne kadar davalı idare tarafından davacının eşinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında memur olmadığı belirtilmekte ise de 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2/a maddesinde katma bütçeli idarelerin bu kapsamda olduğunun belirtilmesi, üniversitelerin de 5018 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar katma bütçeli idarelerden sayılması, bu kanun yürürlüğe girdikten sonrada katma bütçeli idare kavramı kaldırılmış ve özel bütçeli idareler düzenlenmiş olduğundan, üniversite personelinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sayılacağı ve yönetmeliğin 20. Madde hükmünün uygulanacağı açıktır…"Antalya 3. İdare Mahkemesi'nin 04.06.2010 tarih ve E.2009/1113, K.2010/646 sayılı kararı.(Karar kişisel olarak elde edilmiştir.)

III. İDARENİN NAKLEN ATAMALARDA "AİLE BİRLİĞİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ"NÜ KALDIRAN HALLER

A. Memurun İsteği Üzerine Naklen Atama

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, memurun isteği üzerine yapılabilecek naklen atamalar ile idare tarafından yapılan naklen atamalar arasında eş durumunu gözetme yükümlülüğü bakımından fark bulunmaktadır. Bireylerin isteği üzerine idarenin yapacağı naklen atamalarda idarenin eş durumunu gözetme gibi bir yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır.

İdarenin re'sen gerçekleştirdiği naklen atama işlemlerinin aksine kamu görevlisinin talebi üzerine gerçekleşen atama işlemlerinde aile bütünlüğünü koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Talep üzerine naklen ataması gerçekleşen kamu görevlisinin atanmasından sonra, kamu görevlisi diğer eşin, eş durumundan naklen atanmasını talep etmesi durumunda idareyi, ailenin bütünlüğünü yeniden kurmakla yükümlü tutmak mümkün değildir.[27]

İdarece re'sen yapılan naklen atamalarda eş durumunun göz önüne alınması gerekli iken, kişilerin isteği üzerine yapılan yer değiştirme ve atamalarda durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Aile birliğinin aile bireylerinin birinin iradesi dahilinde bozulması halinde, ilgililerin durumlarını belgelendirerek yer değiştirme isteğinde bulunmaları ve idarenin de konuya ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde bu yöndeki talebi değerlendirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yargı kararlarıyla idareyi aile birliğini yeniden tesis etmekle yükümlü kılmak mümkün olmadığı gibi aksine yorum aile birliğinin korunması ilkesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Daha açık bir deyimle, boş kadro imkanlarını değerlendirerek istediği yere tayin yaptıran bir kamu görevlisinin eşinin de aynı yere naklini uygun görmek kamu görevlisi olan eşlerin istedikleri yerde çalışmalarına ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı bir duruma gelmelerine yol açar ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından büyük sakıncalar yaratır. Ancak, her idari işlem gibi, eş durumuna dayalı yer değiştirme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin de hukuken geçerli ve kabul edilebilir sebeplere dayanması gereklidir.[28]

---

27 Nusret İlker Çolak, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", *AÜHFD*, Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2, s.158.

28 Benzer yönde bkz. Danıştay 5.Dairesi'nin 13.3.1995 tarih ve E.1991/3950,

B. Yeterli Ulaşım İmkanlarının Mevcudiyeti

Yeterli ulaşım imkanları idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırabilir. Ancak yeterli ulaşım imkanlarının varlığı, görevin ifası, mali imkan, sağlık durumu gibi göreve etkili hususları olumsuz etkilememelidir. Naklen atamada idarenin bu gerekçeye dayanabilmesi için, memurun görev yerine ulaşmasını sağlayacak vasıtaların yaygın olması ve bu yolla kamu hizmetinin kesintisiz ve eksiksiz işlemesinin sağlanması, memura gereğinden fazla maddi külfet yüklememesi ve memurun sağlık durumunun elverişli olması gerekmektedir. Bu ölçütler subjektif değerlendirmeye açıktırlar ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.[29] Danıştay bir nakil işleminde aile birliğinin korunmuş sayılabilmesi için memurun atandığı yeni yerle evi arasında sadece ulaşım imkânlarının mevcut olmasını yeterli görmemiş ve bir kararında Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un 72/2.maddesinin amacından da hareketle şu gerekçeye kararında yer vermiştir; "...Getirilen bu düzenlemelerle ailenin parçalanmaktan kurtarılması, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunun devam ettirilmesi ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamın sağlanması amaçlanmış bulunmaktadır...

...Öte yandan her ne kadar mahkeme kararında, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un72/2.maddesi uyarınca davacının nakli sırasında eş durumunun da dikkate alınması gerektiği, ancak Konya ili içinde yeterince ulaşım olanaklarının bulunması nedeniyle bu durumun dikkate alınmamasının işlemi sakatlamayacağı gerekçesine yer verilmiş ise de, davacının yeni atandığı yere her gün gidip gelebileceği ve böylece aile birliğinin bozulmayacağı esasına dayanan böyle bir gerekçenin kabul edilebilmesi için davacının her gün gidip geleceği mesafenin ve ulaşım durumunun görevini aksatıp aksatmayacağının, ayrıca bu şekilde sürekli gidip gelmeye davacının mâli imkânlarının, sağlık durumunun ve bunlar gibi göreve etkili diğer hususların elverişli olup olmadığının araştırılıp değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Davacı tarafından, yeni görev yeri olan Cihanbeyli ilçesi ...kasabasının Konya il merkezine 80 km. den fazla bir mesafede bulunduğu, kullanmaya elverişli tek ulaşım aracının ...'dan sabah saat

---

29 K.1995/956 sayılı kararı, *DD*., S.90, s.567,1996.
Kaya (1998): s.642.

7.30'da Konya'ya, Konya'dan saat 14.30'da ...'a giden Belediye otobüsü olduğunun ileri sürülmesi karşısında davacının yeni görev yerine her gün gidip gelmesinin yukarıda değinilen hususlar yönünden inceleme ve değerlendirilmesi yapılmadan sadece ulaşım olanaklarının yeterli bulunduğundan hareketle olayda eş durumunun nazara alınmamasının işlemi sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmasında hukukî isabet görülmemiştir[30]".

C. Aile Birliğinin Korunması ve Kamu Yararı Arasında Denge Kurulması Zorunluluğu

Kamu yararı, kişisel çıkarların toplamı olmayıp, bunlardan bağımsız da değildir. Diğer bir ifadeyle kamu yararı, muhtelif kişi ve grupların yararları arasında bir denge kurmaktan ibarettir. Kamu yararı kavramı, kapsam bakımından hizmet gereği kavramından daha geniştir. Hizmet gereği, esas itibarıyla bir teşkilat içinde söz konusu olmasına karşılık, kamu yararı, bütün Devlet ve ülke yararı için geçerlidir. Kamu yararı belirsiz ve esnek bir kavramdır. Kamu yararı, toplumsal değerlerin bir yansıması olduğundan zaman ve mekan içinde değişen, bulunduğu zamana göre şekillenen bir kavramdır. Sadece zaman ve mekana göre değil aynı zamanda kanunların ifa ettiği fonksiyonlara göre de değişen bir kavramdır.[31] Kamu yararı bir düzenleme ve sınırlama kriteri işlevi de görür. Kamu yararı kavramı idarenin sahip olduğu yetkilerin, takdir yetkisi ve bağlı yetki gibi, sınırlarının Danıştay tarafından değerlendirildiği bir denetim aracı olarak karşımıza çıkar. Kamu yararı idari yargı organları tarafından idarenin yetkilerinin sınırını çizen bir işlev görür.[32]

Kamu yararı özel yarardan farklıdır. Kamu, herkese açık olan, herkesi ilgilendiren, özelden farklı olandır. Kamusal fikirler özel fikirlerden, kamu yararı da özel yarardan ayrılır. Kamu hukuku ilişkilerinin belirlenmesinde kamu yararının üstün tutulup tutulmadığına bakılır. Kamu yararı, bununla birlikte, idare yanında özel kişilerin faaliyetlerinin de bir amaç taşımasını engelleyen bir kavram değildir.[33] Kamu

---

30 Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, *DD*., S.92. s. 254.

31 Cemil Kaya, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, On iki Levha Yayıncılık,1. Bs., İstanbul,2011, s.2.

32 Kaya (2011):s.3.

33 Kaya (2011):s.4.

yararı, kamu esenliğinin sağlanmasıdır. Kamu esenliği, birçok özel ve kamusal menfaatlerden oluşan ve herhangi bir çatışma durumunda bile mevcut olan kamu yararıdır.

Kişisel yarar, kamu yararının zıddıdır. Kişisel yarar daha çok özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan bir kavramdır. Kamu hukuku ilişkilerinde kişisel yarar değil kamu yararı öndedir. Kamu yararı esas itibariyle çoğunluğun yararıdır. Kamu yararı bireylerin yararına değil kamunun esenliğine hizmet eder.[34]

Kamu yararı takdir yetkisiyle birlikte kamu personelinin naklen atanmasında önemli bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. Kamu görevlilerinin naklen atanmaları hususunda İdarelere mevzuat ile takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp kamu hizmetinin gerekleri ile sınırlandırılmıştır. İdare tarafından gerçekleştirilen naklen atama işlemlerinde kamu yararının bulunup bulunmadığı Danıştay içtihatlarıyla anlaşılabilir.

Danıştay kamu görevlilerinin naklen atanmasını gerektiren haklı bir neden olmaksızın atama yapılmasını, görevde başarısızlık ve hizmete ilişkin herhangi bir kusur tespit edilememesi durumlarında naklen atama işlemlerini "kamu yararı" bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmektedir. Danıştay bir kararında görevinde başarılı bir idare amiri olduğu anlaşılan davacı kaymakamın sadece sınıf ve derece eşitliğinin korunduğundan bahisle Hukuk İşleri Müdürlüğüne yapılan atamasının kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi sebebine bağlı olmadan yapıldığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.[35]

Düşünce özgürlüğünü cezalandırmak amacıyla yapılan naklen atama işlemlerinde, kariyer ve liyakat ilkeleri göz ardı edilerek yapılan naklen atama işlemlerinde[36], aynı görevde uzun yıllar çalışıldığı ve yıpranıldığı gerekçesiyle yapılan naklen atama işlemlerinde[37], aile

---

34 Kaya (2011):s.47.

35 Danıştay, 5.Dairesi'nin 12.02.1991 tarih ve E.1988/3400, K.1991/178 sayılı kararı, *DD*.,S.82,s.385.

36 "İdarenin boş bulunan bir kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisi var ise de; davacının Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl Daire Başkanlığı yaptığı dikkate alındığında … İl Kültür Müdür Yardımcılığına atanmasında atandığı görev ve unvan bakımından takdirde açık hata bulunduğundan, Mahkemece söz konusu atamanın iptaline dair verilen kararda hukuka aykırılık görülmemiştir…" Danıştay 5.Dairesi'nin 24.05.1999 tarih ve E.1998/2282, K.1999/1682 sayılı kararı, *DD*., S.103, s.431.

37 "…Kamu hizmetinde sorumlu görevlere gelebilmek uzun yıllar çalışma ve değ-

birliğinin korunması ilkesi gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde, kamu personelinin hukuken geçerli sağlık raporlarına itibar edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde[38], kamu personelinin görevinde yetersiz, verimsiz ya da başarısız olduğu somut olarak tespit edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde[39], sübut bulmayan iddialara dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde[4041], istihbari

---

şik sorumluluk kadrolarında görev yaptıktan sonra mümkün olmakta ve kişilerin yıllar içinde edindikleri deneyimlerinden üst görevlere getirilmeleri suretiyle yararlanılmaktadır. Bu durumda, kişinin aynı üst görevde uzun yıllar bulunmuş olması, kamu yararı ve kamu hizmetleri gerekleri karşısında sadece bu nedenle görevinden alınması için haklı ve yeterli neden teşkil etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, davalı idare dava konusu işlemin davacının uzun yıllar aynı görevde bulunması nedeniyle yıprandığı gerekçesiyle tesis edildiğini belirtmiş olup, bu iddiasının incelenmesinden de davacı hakkında iddiaları geçerli kılacak bir kanıt elde edilememiştir…" Danıştay 5.Dairesi'nin 28.01.1987 tarih ve E.1986/714, K.1987/129 sayılı kararı.

38 Davalı idarece, dava konusu işleme diğer bir gerekçe olarak davacının kullandığı sağlık raporlarından bahsedilmekte ise de, söz konusu sağlık raporlarının sahteliği veya geçersizliği konusunda davalı idare iddiası veya dosyaya sunulmuş herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Danıştay 2. Dairesi'nin 15.02.2005 tarih ve E.2004/4041, K.2005/627 sayılı kararı, *DD*., S.109, s.112.

39 "…Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, belediye başkan yardımcılığı görevine atanacaklar için mevzuatta herhangi bir öğrenim şartının öngörülmediği sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile olay birlikte incelendiğinde, davacının öğrenim durumu gerekçe gösterilerek Belediye Başkan Yardımcılığı görevinden alınması mümkün olmadığı gibi, davacının görevinde yetersiz veya başarısız olduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmaksızın kurulan atama işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, aksi yönde verilmiş olan mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir…" Danıştay 5. Dairesi'nin 31.01.2005 tarih ve E.2003/4864, K.2005/402 sayılı kararı, *DD*., S.109, s.510.

40 "Davacının müdür başyardımcılığı görevi için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığının, yöneticilik deneyiminin ve hizmet içi eğitim durumunun olup olmadığının sorulduğu ve aday veya adaylar hakkında düzenlenen değerlendirme formlarının ve eklerinin davalı idareden istenildiği, ancak verilen cevabı yazılardan ilgili kurumlarca yapıldığı iddia edilen tahkikat ile ilgili belirli bir olay veya durum gösterilmediği gibi diğer hususlarda da cevap verilmediğinin görüldüğü, bu durumda hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklamayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan bilgiye dayanılarak ve ayrıca müdür başyardımcılığı için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususları değerlendirilmeden ve hizmet gerekleri göz önünde alınmadan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 2. Dairesi'nin 04.03.2005 tarih ve E.2004/3266, K.2005/831 sayılı kararı, *DD*., S.110, s.133.

41 "…657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76.maddesi "Kurumlar Görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları bulundukları kadro derecelerine işit veya 68.maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, ku-

bilgilere dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde[42], sicil notları dikkate alınmadan yapılan naklen atama işlemlerinde[43], kamu görevlisinin durumuna uygun bir yer gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde kamu yararı bulunmamaktadır.

Buna karşılık Danıştay, kamu hizmetini etkin ve verimli yürütmek için yapılan naklen atama işlemlerini[44], ihtiyaç nedeniyle yapılan

---

rum içinde aynı veya başka yerlerdeki kadrolara naklen atayabilirler "hükmünü taşımaktadır…
…Görevinde herhangi bir başarısızlığı saptanmayan davacı hakkında salt soruşturma yapılmış olmasına dayanılarak ve soruşturmada elde edilen bilgiler değerlendirilmeksizin adı geçenin genel müdürlük makamıyla koordineli ve güven ortamı içinde çalışamayacağı sonucuna varılmasında ve bu durumunun işlemin nedenleri arasında gösterilmesinde ise kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlılıktan söz edilemez…" Danıştay 5. Dairesi'nin 06.11.1991 tarih ve E.1991/1187, K.1991/2049 sayılı kararı, *DD*., S.88, s.327.

42 "Bu durumda, davacının köyün ve ilçenin huzuru için ne gibi sakıncalar yaratacağı hususunun somut olarak ortaya konulamadığı, faaliyette bulunduğu şeklindeki duyumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekliyle içeriği itibariyle hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan doğruluğu kanıtlanmamış istihbari bilgilere dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, Gaziantep İdare Mahkemesinin 31.1.2001 günlü, E:2000/850, K:2001/97 sayılı kararının gerekçesinin yukarıda belirtildiği şekilde değiştirilecek sonucu itibariyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 12.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1822, K.2005/1657 sayılı kararı, *DD*., S.111.

43 "…Davacının dosyada mevcut sicil raporlarının 1994 yılına ait olanının 76 puanla (iyi), 1995 yılı sicil raporunun 75 puanla (orta), 1996 yılı sicil raporunun 68 puanla (orta) düzeyde doldurulduğu görülmüş olup; bu sicil notları itibariyle söz konusu sicil raporlarının 657 sayılı Yasanın 119.maddesinde yer alan hüküm uyarınca "olumlu" olarak kabul edilmeleri gerektiği açık ise de; …. İlçe Milli Eğitim Müdürü olarak görev yapan davacının 1994, 1995 ve 1996 yıllarına ait sicil raporlarında 1.sicil amiri konumunda bulunan ve bu nedenle davacıyı ve çalışmalarını yakından izleme olanağına sahip olan İlçe Kaymakamının, davacının özellikle "yöneticilik yeteneği" ile ilgili "olumsuz" değerlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda; davalı idarece, bu sicil raporları esas alınmak suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmediğinden söz etmeye olanak bulunmamaktadır…" Danıştay 5. Dairesi'nin 11.01.1999 tarih ve E.1998/2434, K.1999/74 sayılı kararı.

44 "İdarenin naklen atama konusunda sahip olduğu bu yetkisini kullanarak işlem tesis edebilmesi için memurun soruşturma geçirmesi sicillerinin olumsuz olması ya da disiplin cezası alması gibi bir nedene dayanması zorunluluğu da bulunmamaktadır.
Bu itibarla, Mahkemenin iptal kararına dayanarak aldığı, davacının herhangi bir soruşturma geçirmediği, disiplin cezası almadığı ve sicillerinin de olumlu olduğu yolundaki gerekçesinde de hukuka uyarlılık bulunmadığı gibi, yasalarla kendisine verilen görevleri etkin ve verimli bir biçimde yürütmek ve bu amaçla gereken önlemleri almakla yükümlü olan idarenin boş bulunan kadroya hizmet gereği

naklen atama işlemlerini, şiddet uygulayan müdür yardımcının başka bir okula öğretmen olarak atanmasını[4546] kamu yararına uygun bulmuştur.

Kamu görevlilerinin naklen atanabilmesi için kamu görevlisinin disiplin cezası alması, soruşturma geçirmesi zorunlu değildir. Başka sebeplere dayanılarak tesis edilen naklen atama işlemleri de hukuka uygundur.[4748]

---

atama yapması tabii olduğundan; olayda Konya Defterdarlığında Personel Müdürü olarak görev yapan davacının kazanılmış hakları korumak suretiyle ve hizmetinden yararlanılması amacıyla boş bulunan Karaman Defterdarlığı Personel Müdürlüğü kadrosuna naklen atanmasında idarenin hizmet dışı nedenlere dayandığı hususunda herhangi bir bilgi ve belge ortaya konulamadığından, söz konusu işlemde sebep ve maksat yönlerinden de hukuka aykırılık bulunmamıştır." Danıştay 5. Dairesi'nin 25.01.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, ***DD***., S.90.

45 "Bu durumda bazı öğrencilere karşı şiddet uyguladığı yapılan soruşturma ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.
Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddi ile İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.6.2003 günlü, E:2003/1, K:2003/852 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 26.12.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi." Danıştay 2. Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve E.2004/4419, K.2005/4361 sayılı kararı, *DD*., S.112, s.95; Benzer yönde Danıştay 2. Dairesi'nin 02.05.2005 tarih ve E.2004/4552, K.2005/1547 sayılı kararı, *DD*., S.110, s.127.

46 "…Bu durumda, bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı yapılan idari soruşturma ve Keşan Sulh Ceza Mahkemesi kararı ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir…" Danıştay 2. Dairesi'nin 13.11.2009 tarih ve E.2008/1091, K.2009/4153 sayılı kararı, *DD*., S.123, s.176.

47 Kaya(2011):s.174.

48 "Dosyanın incelenmesinden, Bakanlık Müfettişlerince düzenlenen ve dava konusu işlemin dayanağı olarak davalı idarece sunulan 28.2.2000 tarih ve 8844/14, 21 sayılı soruşturma raporunda, davacının Konya İli İlköğretim Müfettişliği görevi sırasında Konya İli……..İlçesi,…… Köyüne denetim amacı ile Grup Başkanı…'ın başkanlığında, onun özel otosu ile giderken grupta bulunan bir bayan ilköğretim Müfettişi'ne sözle tacizde bulunduğu, uygunsuz söz, tutum ve davranışlar sergilediği sabit görülerek disiplin yönünden 3 günlük maaş kesimi cezası, idari yönden aynı ilde görev yapması sakıncalı görülerek başka ilde görevlendirilmesinin teklif edildiği, bu teklif doğrultusunda davacının Konya ilinden alınarak İstanbul İline İlköğretim Müfettişi olarak atandığı anlaşılmaktadır..
…Bu durumda, davacının konuşmalarıyla ve değişik yorumlara yol açacak eylem ve davranışlarıyla diğer İlköğretim müfettişini rencide ettiği açık olup, soruştur-

Danıştay bazı durumlarda sadece eş durumunun gözetilmemiş olmasını iptal sebebi saymamakta, kamu hizmetinin gerekleri yönünden de bir değerlendirme yapılmasını gerekli görmektedir;

"...Belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Her ne kadar yukarıda yer alan Yönetmelik hükümleri, eşinin 217 sayılı KHK' ye tâbi bir kurumda görev yapması nedeniyle davacıya yerinde bırakılma isteminde bulunma olanağı vermekte ve kural olarak eş durumunun gözetilmesi gerektiğini belirtmekte ise de; aynı hükümlerin, 1.bölgedeki hizmet süresini dolduran davacıyı yerinde bırakma konusunda idareye takdir hakkı tanıdığı ve eş durumunun gözetilmesi yönünden getirdiği korumanın da sınırsız olmadığı kuşkusuzdur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 657 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen 72.maddesi hükmü de naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine ancak belli koşullarla sınırlı bir koruma getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hâllerinde, isteğe bağlı olarak, eş kural olarak ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet boyunca 4 yılı geçmeyecektir....

...Yukarıda yer alan kurallar ve yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, 657 sayılı Kanun'a tabi bulunan bir kamu görevlisinin belli bir bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile biriminin korunması ilkesi ile kamu hizmetinin düzenli bir biçimde yürütülmesi gereği arasında bir denge kurulması ve sadece eş durumu değil, hizmet gerekleri de gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir..." [49]

---

ma konusunun niteliği ve içeriği de göz önünde bulundurulduğunda mesleğin saygınlığını zedeleyeceği, aynı yerde eğitim ve öğretim olumsuz etkileyebileceğinden hizmetin gereği olarak farklı bir yerde görevlendirilmesi şeklinde dava konusu işlemi tesis eden idareye bu konuda tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanıldığı anlaşıldığından dava konusu işlemde neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1587, K.2005/1661 sayılı kararı, *DD*., S.111, s.112.

49 Danıştay 5.Dairesi'nin 30.11.1995 tarih ve E.1993/3870, K.1995/3827 sayılı kararı, *DD*., S.92, s.374.

657 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 72. maddesi hükmü naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine belli koşullarla kısmi bir koruma sağlamaktadır. Maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hallerinde, eş ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet süresince 4 yılı aşamayacaktır. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile birliğinin korunmasına ilişkin ilke ile kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi gereği arasında hassas bir denge kurulmalı ve naklen atamalarda bu husus değerlendirilmelidir.[50]

Bazı durumlarda kamu hizmetinin aksayacağına kanaat getirildiğinde memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce de naklen atama işlemi tesis edilebilir. Danıştay davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığında öğretmen olarak görev yapmasına ve bu naklen atama işleminin kurumla gerekli koordinasyon sağlanmadan yapılmasına ve aile birliğinin korunması ilkesine aykırı olmasına rağmen hakkındaki iddialar ile ilgili olarak soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve kamu hizmetinin aksayacağı gerekçesiyle tesis edilen işlemi hukuka aykırı bulmamıştır.[51]

Devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, idare, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorundadır.

Kamu yararının sağlanması amacıyla üstlendiği kamu hizmetini en iyi şekilde yürütmek zorunda olan idarenin, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin düzenli ve gereğine uygun bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak durumunda olduğu durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Baskın kamu yararının bulunmadığı durumlarda ise kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir. Amaç, hukuk

---

50 Sağlam(1999): s.31.

51 DİDDK, 25.02.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı, *DD*.,S.125,s.33.

kurallarında, uyarlanma ilkesinin de etkisiyle yapılması gereken değişiklikler karşısında, ilgililerin hak ve menfaatleri bakımından duyarlılık göstererek hem gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlamak, hem de kendilerinde önceki düzenlemelerin devamı konusunda beklenti yaratılan kişilerin, öngörülemeyen değişikliklerden dolayı olumsuz etkilenmelerini önlemektir.[52] Haklı beklentilerin korunması ilkesi idareyi, işlemler yaparken, değiştirirken ya da tamamen yürürlükten kaldırırken kişilerin bu düzenlemelerden beklenmedik bir şekilde olumsuz olarak etkilenmelerini önleyici tedbirler almaya iten ilke olarak ortaya çıkar.[53] Yakın tarihli bir kararında Danıştay konu ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir;

"…Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.

Ailenin korunması, Anayasa ile tanınmış sosyal bir haktır ve kamu hizmetinin daha verimli yerine getirilmesi bakımından, kamu görevlileri için daha da önem taşır.

Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de makul bir beklentidir. Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiyi karşılayabilir.

Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir.

Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de göz önünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi." [54]

---

52 Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs.,İstanbul, 2010, s.43.

53 Bülbül (2010):s.46.

54 Danıştay 5.Dairesi'nin 14.03.2006 tarih ve E.2003/3647, K.2006/1140 sayılı kararı, *DD*., sy.113.

D. Eşin İşçi Olması

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesine göre aynı kurumda çalışan eşlerden birinin hizmetin başka bir yere naklini gerekli kılması halinde, diğer eşin de coğrafi bakımdan aynı veya aile bütünlüğünün bozulmasına yol açmayacak kadar yakın bir yere, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları halinde ise diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle bu eşin de isteği halinde aynı veya yakın yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın eşinin memur olmadığı ileri sürülerek isteği olmadıkça başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur. Dolayısıyla İdarenin aile birliğini koruma yönündeki yükümlülüğü eşi kamu görevlisi olan bir kamu görevlisi için mevcuttur. Eşi işçi olan kamu görevlileri bakımından İdarenin aile birliğini koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Danıştay içtihatları da bu yöndedir;

"...Bu durumda, 1.bölgedeki zorunlu hizmet süresini tamamlayan ve yerinde bırakılma istemi daha önce bir kez kabul edilmiş olan davacının, eşinin DSİ Genel Müdürlüğünde işçi statüsünde çalışması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 72.maddesinde öngörülen ücretsiz izin müessesesinden yararlanmasının mümkün olamayacağı hususu da dikkate alındığında, doldurduğu istek formunda tercih ettiği iller arasında yer alan ve vergi kontrol memuruna ihtiyaç duyulan Bilecik iline kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin tesisi sırasında davacının eş durumunun gözetilmediği gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmesinde hukukî isabet görülmemiştir[55]".

Danıştay bir kararında eşin özel işyerinde çalışıyor olması durumunda da eş durumunun gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir;

"Dava dosyasının , incelenmesinden Yozgat Bira Fabrikası Müdür Ve Müdür Yardımıcısının Soruşturma Sonucu görevlerinden alınma-

55 Danıştay 5.Dairesi'nin 28.12.1995 tarih ve E:1993/5573, K:1995/4496 sayılı kararı, *DD.*, S.91, s. 298.

sının müfettişce teklif edilmesi üzerine ; İstanbul Bira Fabrikası Müdür Yardımcısı Olan davacının , "yönetim boşluğunu doldurmak" amacı neden gösterilerek ve karşılıklı yer değiştirme suretiyle Yozgat Bira Fabrikası Müdür Muavinliği , görevine atandığı anlaşılmaktadır. Ancak , davacının eşinin İstanbul'daki özel Bir bankada şube müdürü olarak görev yapıyor olması , çocuklarının ise sınav sonucu girilebilen özel okul ve üniversitede okuyor bulunması karşısında , yukarıda hükmü yazılı olan anayasa Ve 657 Yazılı Kanun Hükümleri uyarınca, aile birliğinin gözetilmediği açıktır. Kaldı ki Yozgat Bira Fabrikası'ndaki yönetim boşluğunun mutlaka davacıyla doldurulmasının gerekli kılacak bir hususta ortaya konulamamıştır."[56]

Ancak yukarıda özetine yer verilen karar 1987 yılına ait eski bir karardır. Yaptığımız araştırmalarda Danıştay'ın eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdare'nin aile birliğini koruması gerektiğine ilişkin başka bir kararına ulaşılamamıştır. Nitekim çok yakın tarihli bir kararında Danıştay, yine, eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdareyi "aile birliğini korumak" la yükümlü bulmamıştır;

"Uyuşmazlıkta, davacının …A.Ş firmasında mühendis olarak çalışan eşinin devlet memuru olmaması nedeniyle, idarenin, davacının eş durumunu gözetmek suretiyle atama yapma zorunluluğu bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, davacının eş durumu dikkate alınarak atamasının yapılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır…"[57]

Ancak kanaatimizce, naklen atanmaları sırasında eş durumunun dikkate alınması yönünden kamu görevlilerinin eşlerinin memur olup olmaması esasına göre gruplandırılması Anayasa'nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca kamu görevlilerinin başka yerlere atanmaları sırasında eş durumu ve aile birliğinin dikkate alınmasına birtakım sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamaların da yukarıdaki amaca ve eşitlik ilkesine aykırı olmaması icap eder. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması amacıyla sınırlayabilirler. Örneğin görev

56 Danıştay 5.Dairesi'nin 07.05.1987 tarih ve E.1987/680, K.1987/739 sayılı kararı.
57 DİDDK'nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararı, *DD*. S.134,s232.

yaptığı yerde hizmeti yürütecek yeterli eleman olmaması nedeniyle naklen atama talebi reddedilebilir. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara olmayanlara nazaran imtiyaz tanınması anlamına gelir.[58]

E. Eşin Serbest Meslek İcra Ediyor Olması

Eşin serbest meslek icra ediyor olması durumunda ise konu farklı bir boyut kazanır. Bir kamu görevlisinin eşinin serbest meslek sahibi olması durumunda, isteği olmadıkça başka bir yere nakledilemeyeceğinin kabul edilmesi, kamu yararını sağlamak amacını ve kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi görevini kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılar.[59] Aynı şekilde eşi serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest meslek icra eden eşinin istek ve iradesine bağlı tutmak, bu durumda olanları ayrıcalıklı bir duruma sokmak sonucunu doğurur ve kamu hizmetinin yürütülmesi açısından da sakıncalar içerir.[60]

Danıştay, eşi serbest meslek icra edenler yönünden aile birliğini gözetme zorunluluğunu kabul etmemiştir. [61]

Bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın , isteği olmadıkça , başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış ; idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur.

---

58 Benzer yönde bkz. DİDDK'nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararındaki karşı oy yazısı, *DD*. S.134,s.232.

59 Danıştay 5. Dairesi'nin 13.03.1995 tarih ve E.1991/3950, K.1995/956 sayılı kararı, *DD*., S.90.

60 İbrahim Pınar, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.700.

61 Danıştay Beşinci Dairesi'nin 18.4.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı. Benzer yönde "Öte yandan başta da denildiği gibi, eşi aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerektirmesi halinde , eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık , eşi serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest çalışan eşin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayış , 2. durumda olanların öncekilere göre ayrıcalıklı bir duruma sokmasının yanı sıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından da büyük sakıncalar yaratır ki ; 657 sayılı yasanın 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yol kabul edilemez. Bu itibarla davacının bu iddiasının da hukuken geçerli bir yönü bulunmamaktadır." Danıştay 5.Dairesi'nin 18.04.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı,*DD*.,S.91, s.421.

IV. ATANILAN YERDE EŞİN ÇALIŞTIĞI KURUMUN TEŞKİLATININ BULUNMAMASI DURUMUNDA İZİN HAKKI

Devlet Memurları Kanununun 72. Maddesinin ikinci fıkrasında yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de isteği halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Örneğin eşi Çevre ve Şehircilik Bakanlığında çalışmakta olan Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Uzmanı bir kimsenin eşinin İl Müdürü olarak Malatya'ya atandığını düşünelim. Malatya'da DPT'nin örgütü bulunmadığına göre, bu personele isteği halinde eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere ve memuriyeti boyunca en fazla dört yıl süreyle belirli koşullarda izin verilecektir.

Malatya'da DPT'nin temsilciliğinin bulunduğunu farz edelim. Bu durumda, temsilcilikte, "uzman" kadrolarının bulunmaması veya bulunmasına rağmen dolu olması üzerine yine ilgiliye isteği üzerine eşinin görev süresiyle sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verilecektir.

Bu durumda olan memura, eşinin atandığı yerin özelliğine göre aylıklı ya da aylıksız izin verilmektedir.

Şayet atanan memur olağanüstü hal bölgesinde dahil iller ile bu illere mücavir illerde ve kalkınmada 1. ve 2. derecede öncelikli yörelerde görevli ise bu kişilere belli oranlarda aylık ödenmesi de hükme bağlanmıştır. Eşleri, bu fıkrada sayılan yerler dışında görevli olanların ise ücretsiz izinli sayılacağı belirtilmiştir.

Bu şekilde sayılan yerlerde izinli sayılanlara, aylık ve tazminatlarına karşılık olarak, aylık taban ve kıdem aylığı, ek gösterge, zam ve tazminatlarının yasal kesintiler düşüldükten sonraki net miktarının;

a. Eşleri olağanüstü hal bölgesine dahil illerle mücavir illerde görevli olanlara % 60'ı

b. Eşleri kalkınmada 1.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 50'si

c. Eşleri kalkınmada 2.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 25'i

Kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenir.

Olağanüstü hal bölgesine dahil illerin veya bu illere mücavir illerin aynı zamanda kalkınmada 1'inci ve 2'nci derecede öncelikli yöre olmaları halinde ödenecek tazminat % 60 tutarıdır.

İzinli olanların kademe ilerlemesi, emeklilik ve diğer bütün hakları ve yükümlülükleri devam eder. Ancak, ücretsiz izin verilenlerin bu sürelerinin emeklilikten sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının her ay kendileri tarafından SGK'ya yatırılması gerekir. Aylıklarının bir kısmını tazminat olarak alanların emekli kesenek ve karşılıkları, kurumlarınca SGK'ya yatırıldığından, bu şekilde izinli olanların izinli oldukları süre, diğer memurlarda olduğu gibi memuriyette geçmiş sayılarak emeklilik süresinin hesabında aynen dikkate alınır.[62]

Bu suretle kendilerine izin verilenlere aylık, ek gösterge, taban aylığı, kıdem aylığı, yan ödeme ve her türlü zam ve tazminatlarının kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktarının; eşinin olağanüstü hal bölgesinde görev yapanlara % 60'ının, kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara % 50'sinin ve ikinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara ise % 25'inin kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenmesi gerekmektedir. Eşleri yukarıdaki yerler dışında görevli bulunan memura ise herhangi bir ödeme yapılması imkanı olmayıp , bunlar aylıksız izinli sayılabileceklerdir. Ancak ücretli veya ücretsiz olarak izinli sayılacakların bu imkandan yararlanma süreleri memuriyetleri süresince 4 yılı geçemeyecektir.

Bu maddeye dayanılarak aylıksız izinli sayılanların bu sürelerinin emeklilik hizmetlerinden sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının ilgililerce her ay SGK'ya gönderilmesi şarttır.

SONUÇ

Nakil sırasında memur olan diğer eşin de durumunun gözetilmesi kanunen bir zorunluluk olduğu halde memurun öğrenim gören ço-

62 Mustafa Dönmez, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara,2000, s.116.

cukları bakımından Devlet Memurları Kanunu herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte de memurun öğrenim gören çocuğunun bulunması naklen atamada göz önüne alınacak kriterlerden biri olarak düzenlenmemiştir. Memurun kendisinin öğrenim görmesi durumu da yönetmelikte bir özür olarak değerlendirilmemiştir. Ancak kurumların özel yönetmeliklerinde bu husus naklen atamalarda dikkate alınacak hususlardan biri olarak düzenlenmiş olabilir. Özel yönetmeliklerde aksi düzenlemeye yer verilmedikçe çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda dikkate alınması gerekli hususlardan değildir. Ancak bu husus tartışmaya açıktır. Zira kamu personelinin naklen atama mevzuatında eşin çalışıyor olması ve çocukların öğrenim durumlarının dikkate alınmaması Anayasa'nın 41. maddesine aykırılık oluşturur. Sözü edilen personelden yönetmeliklerinde özel düzenlemeler bulunanlar bakımından çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda göz önünde bulundurulması gereken bir kriter iken, özel düzenleme bulunmayan memurlar için çocukların öğrenim durumunun naklen atamalarda nazara alınmaması "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı olur. Özel mevzuatta özel bir düzenleme yapılmamış olması idarenin anayasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Eş durumundan nakil isteyebilmek için diğer eşin de memur olması gerektiğine ilişkin Danıştay'ın katı yaklaşımı değişmiştir. Danıştay yakın tarihli kararlarında "memur" kavramını geniş yorumlamaya başlamış, eşin "kamu görevlisi" olması durumunda eş özründen nakil istenebileceğine ilişkin hükümler kurmaya başlamıştır. Ancak eşin "serbest meslek" icra ediyor olması, haklı olarak, naklen atamalarda bir özür olarak değerlendirilmemektedir. Tabi bunda idare mahkemelerinin verdikleri kararların yönlendirici etkisi gözden kaçmamaktadır.

Eş durumu dikkate alınırken memurların eşlerinin kamu görevlisi olup olmamasına göre gruplandırılması ve eşi kamu görevlisi olmayan memurlar bakımından naklen atama taleplerinin sırf bu gerekçe ile reddedilmesi Anayasa'nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Yapılması gereken Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesindeki ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesin-

deki "memur" ifadesinin madde metninden çıkartılmasıdır. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması ve sürekliliği ilkesi uyarınca sınırlayabilirler. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara imtiyaz tanınması anlamına gelir.

KAYNAKÇA

Akıncı Şahin, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2.

Akıntürk Turgut, Aile Hukuku, 10.bs., İstanbul, 2006.

Avcı Mustafa, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002.

Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.

Badur Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84.

Bülbül Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs.,İstanbul, 2010

Can Cavit, "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", DD., Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.

Çolak Nusret İlker, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", *AÜHFD,* Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2.

Dönmez Mustafa, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara,2000.

Güran Sait, "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi", İÜHFM, C.XXIX, S.1-2.

Kaya Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, Oniki Levha Yayıncılık,1. Bs., İstanbul,2011.

Kaya Cemil, "Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu madde 72",SÜHFD,C.6, 1998.

Oğurlu Yücel, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003.

Pınar İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Sağlam Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara, 1999.

Uçar Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.

VERGİ DENETİMİ AÇISINDAN BEYAN EDİLEN GELİRİN DOĞRULUĞUNUN TESPİT YÖNTEMLERİ*

METHODS TO DETERMINE THE DECLARED INCOME FOR THE PURPOSE OF TAX AUDITS

Abdullah KARABOYACI**

Özet: Gelir üzerinden alınan vergiler bakımından beyan usulünün geçerli olduğu ülkemizde mükellefler, kar maksimizasyonu içerisinde hareket ederek çeşitli yöntemlerle gelirlerinin bir kısmını vergi idaresine bildirmemek suretiyle beyan dışı bırakmaktadırlar. Bu yöntemlerin bir kısmı hukuk tarafından korunurken, bir kısmı hukuka aykırı nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda asli görevlerinden birisi mükellefler tarafından beyan edilen gelirlerin doğruluğunu kontrol etmek olan vergi idaresi, bu amacı gerçekleştirebilmek için yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama gibi araçları kullanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vergiden kaçınma, vergi kaçakçılığı, vergi planlaması, yoklama, vergi incelemesi, arama, bilgi toplama.

Absract: Some of taxpayers in our country where statement method is valid for taxes received on income, tend not to declare some portion of their income through various ways by acting in profit maximization. Some of these ways are suitable to the tax laws, but the others are not. In this scope, tax offices whose one of the main duties is to check the accuracy of the declarations of taxpayers uses the means of inspection, tax inspection, inquiry, and gathering of information to fulfill its obligations.

Keywords: Tax avoidance, tax fraud, tax planning, inspection, tax inspection, inquiry, gathering of information.

* Çalışmanın meydana gelmesinde önemli katkıları bulunan Avukat Öznur ÖNAT'a teşekkür ederim.

** Vergi Müfettişi (Eski Maliye Müfettişi)

1. Giriş

Kamusal hizmetlerin gerektirdiği giderler ile kamu borçları dolayısıyla ortaya çıkan yükleri karşılamak amacıyla, egemenlik gücüne göre, karşılıksız olarak gerçek ve tüzel kişilerden alınan cebri niteliğe sahip ödemeler şeklinde tanımlanan vergiler[1], devletlerin giderlerini karşılamak için başvurdukları temel gelir kaynağıdır. Türk vergi sisteminin ana omurgasını ilk olarak 1949 yılında kabul edilen 3 kanun oluşturmaktadır[2]. Bunlardan mülga 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 5421 sayılı Gelir Vergisi Kanunu 1961 yılında, mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ise 2006 yılında yeniden yazılmıştır[3]. Bu kanunlara 1985 yılından geçerli olmak üzere 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu (KDV) da eklenmiştir[4]. Genel olarak mükellefler tarafından yapılan beyana dayanan bu sistemde, mükellefler elde ettikleri kazancı beyan etmekte ve vergilendirme işlemi de idare tarafından mükellefin beyanı esas alınarak yapılmaktadır[5].

Kendilerinin beyan ettikleri gelirleri üzerinden vergi ödeyen mükelleflerin kar maksimizasyonu ile hareket ederek gerçek gelirlerinin bir kısmını beyan dışı bırakmaları hem mümkün hem de tabiidir. Bu nedenle de mükellefler tarafından beyan edilen gelirlerin doğruluğunu araştırmak vergi idaresinin asli görevlerinden birisidir. Zira, vergi demek, tetkik ve kontrol demektir[6]. Bu bakımdan, beyana dayanan vergilendirmenin en önemli iki unsuru denetim ve cezadır[7].

Vergi yasaları ile vergiye tabi tutulan yükümlü ve işlemlerin tam olarak kavranabilmesi ve vergi idaresi ile yükümlülerin mevcut vergi

---

1 Abdurrahman Akdoğan, Kamu Maliyesi, 14. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2011, s.119.

2 Bekir Baykara, "Vergi İncelemesi", Vergi Dünyası Dergisi, Sayı.313, (Eylül 2007), II-B bölümü, www.vergidunyasi.com.tr, (09/03/2014)

3 04/01/1961 Tarih ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, 31/12/1960 Tarih ve 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu, 13/06/2006 Tarih ve 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

4 06/06/2002 tarihinde kabul edilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu da vergi gelirleri arasında çok önemli bir yere sahiptir. Hatta gelinen noktada, vergi gelirleri açısından değerlendirildiğinde KDV ve ÖTV'nin, GVK ve KVK'ya göre daha fazla tahsilat sağladığı görülmektedir.

5 Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, 3. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s.185.

6 03/06/1949 tarih ve 5421 sayılı Mülga Gelir Vergisi Kanunu Gerekçesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Sıra Sayısı 147, http://www.tbmm.gov.tr, (06/03/2014),

7 Baykara, II-B bölümü.

sisteminde yer alan ilke ve kurallara uygun davranıp davranmadıklarını belirlenmesi amaçlarına yönelik olarak gerçekleştirilen işlemlerin tümü[8] şeklinde tanımlanabilen vergi denetimi ekonomik, mali ve sosyal amaç ve sonuçları olan kapsamlı bir kavramdır. Mali açıdan kamu giderlerinin finansal kaynağı olan vergilerin tahsilini hızlandıran ve kolaylaştıran denetim, ekonomik ve sosyal açıdan gelir dağılımında eşitliğin sağlanması ve ekonomik istikrarın gerçekleştirilmesi bakımından önemli bir yere sahiptir.

Mükellefler, gelirlerinin bir kısmını ya da tamamını çeşitli yollarla beyan dışı bırakmaktadırlar. Vergiden kaçınma, vergi kaçakçılığı ve vergi planlaması olarak sayılabilen bu yöntemlerden, vergiden kaçınma kanunlarda yer alan muafiyet ve istisna gibi hükümlerden yararlanılarak gelirlerin bir kısmının kanuna uygun olarak beyan dışı bırakılması anlamına gelirken; vergi kaçakçılığı, kanunlarda suç olarak sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle bazı gelirler üzerinden vergi ödenmemesi durumudur. Vergi planlaması ise, mükelleflerin hem kanunlardaki hükümlerden yararlanmak hem de kendi işletmelerindeki organizasyon yapısında çeşitli değişiklikler yapmak suretiyle ödedikleri vergi miktarını azaltmalarıdır.

Vergi idaresinin, mükelleflerin beyan dışı bıraktıkları gelirleri tespit etmekte kullandığı çeşitli denetim araçları vardır. Yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama şeklinde ifade edilebilen bu araçların her birinin kendine has özellikleri vardır ve etkinlikleri birbirlerinden farklıdır. Ancak bu yöntemlerden birisinin başarısı, büyük oranda diğerlerinden de faydalanılmasına bağlıdır. Bu yönüyle söz konusu araçlar, esas olarak birbirleriyle bağlantılı olarak kullanıldığında başarılı sonuçlar vermektedir.

Mükellefler tarafından beyan edilen gelirlerin doğruluğunu kontrol etmek ve sağlamak için kullanılan müesseselerin neler olduğunu ve bu müesseselerin etkinliğini değerlendirme amacıyla hazırlanan bu çalışmada, öncelikli olarak elde edilen gelirlerin beyan dışı bırakılma yöntemleri üzerinde durulmuş, sonrasında ise beyan dışı bırakılan bu gelirlerin tespit edilmesinde kullanılan denetim araçlarına yer verilmiştir.

8 Fazıl Tekin ve Ali Çelikkaya, Vergi Denetimi, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.43.

2. Gerçek Gelir ile Beyan Edilen Gelirin Farklılaştırılma Yöntemleri

Sınıf farkı gözetilmeksizin tüm vatandaşların vergi ödemekle yükümlü olmaları, verginin temel ilkelerindendir[9]. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün hayata geçiş biçimi kişiden kişiye farklılık gösterebilmektedir. Zira ekonomik insan (homo economicus)[10], ihtiyaçlarının karşılanması için ya da daha fazla servet sahibi olmak adına gelirini fazlalaştırmanın peşindedir[11]. Bunun yollarından birisi de elde edilen geliri azaltan faktörlerden birisi olan verginin ödenmemesi ya da eksik ödenmesidir. Bu kapsamda bir kısım gelirin beyan dışı bırakılmasının nedeni, mükelleflerinin vergi sonrası net kazançlarını artırmak isteğidir[12]. Bir diğer ifadeyle, devlet tarafından getirilen vergiler, mükellefler tarafından gelirlerini azaltan mali bir yük olarak algılanmakta ve bu algıya dayanılarak vergiye karşı çeşitli yollarla tepki gösterilmektedir[13]. Mükellefler daha az vergi ödemek amacıyla vergiden kaçınma, vergi kaçakçılığı ya da vergi planlamasına başvurarak gelirlerinin bir kısmını ya da tamamını beyan dışı bırakabilmektedirler.

1.1. Vergiden Kaçınma

En genel haliyle vergi matrahının çeşitli yollarla azaltılması ya da tamamen kaldırılmasını ifade eden vergiden kaçınmanın[14] tanımına ilişkin olarak literatürde, "yasal bir hak olup olmadığı" konusunda birbirinden farklılaşan yorumlar söz konudur. Vergiden kaçınmanın

---

9 Nitekim bu husus Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 73'üncü maddesinde, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür." ifadesi ile açık olarak belirtilmiştir.

10 Klasik iktisat teorisindeki tanımlamayla, kendisine her koşulda maksimum fayda sağlayan seçeneği tercih eden, hep rasyonel davranan ve kendi çıkarını düşünen iktisadi insan modelidir.

11 A. Kerim Gök, "Vergi Direncinin Gelişimi", *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt. XXII, Sayı.1, (2007), s. 146.

12 Fatih Savaşan ve Hakkı Odabaş, "Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Nedenleri Üzerine Amprik Bir Çalışma", *Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi,* Cilt.5, Sayı.10, (2005), s.6.

13 Yasemin Taşkın, "Vergi Psikolojisi ve Vergiye Karşı Mükellef Tepkileri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Seri:54, 2010, s.87.

14 Serkan Acinöroğlu, "Vergiden Kaçınma ve Vergi Kaçakçılığıyla Mücadelede Avrupa Birliğinin 1 Ocak 2013 Tarihli Son Eylem Planının Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.379, (Mart 2013), s.189.

yasal bir hak olduğu ve bu özelliğiyle de vergi kaçakçılığından ayrıldığını ifade eden görüşlere göre, vergiden kaçınma, kanunlara aykırı hareket etmeden vergiyi doğuran olayın meydana gelmesine engel olmak suretiyle vergi borcundan kurtulma çabalarını ifade eder[15]. Verginin genelliği ilkesi gereği herkes vergi ödemekle yükümlüdür ancak, kanunlarda yer alan vergi avantajlarından yararlanmak da kişilerin en doğal hakkıdır[16]. Bir diğer ifadeyle, vergi kanunlarındaki muafiyet ve istisna hükümlerinden yararlanarak ya da verginin konusuna girmeyen türden kazanç elde ederek vergiden kaçınılması mümkündür ve bu durum herhangi bir şekilde suç teşkil etmemektedir[17].

Diğer taraftan, kimi yazarlar tarafından ise vergiden kaçınmanın yasal bir hak olmadığı, kanunların özüne aykırı işlemlerin de vergi kaçakçılığı kapsamında olduğu ve bu nedenle de vergiden kaçınmanın mükelleflerin yararlanabilecekleri hukuksal bir durum olmadığı savunulmaktadır[18]. Bu bakımdan vergiden kaçınma ile vergi kaçakçılığı arasında farkın belli belirsiz olduğu ifade edilmektedir[19].

Doktrinde yer alan tartışmalara rağmen, genel kabul olarak mükelleflerin kanunlarda yer alan hükümlerden hareketle vergi yükümlülüğü doğuran işlemlerden kaçınmaları hukuksal açından kabul görmekle birlikte, özellikle özel hukuka ait kavram ve kurumların olağan kullanım amaçları dışında kötü niyetle kullanılarak vergisel sonuçların ortaya çıkmasının engellenmesi halini ifade eden "peçeleme" durumunda, vergilendirme açısından görünürdeki işlem değil, gerçek niyet ve hareket dikkate alınır[20]. Peçeleme işleminde taraflar, esasında gerçekleştirmeyecekleri bir hukuki duruma, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmemesi adına başvurmakta ve bu haliyle de kanunu dolan-

---

15 Akdoğan, s.164; İsmail Türk, Kamu Maliyesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s.198; Selahattin Tuncer, "İşletme Vergiciliğinden Vergi Planlamasına", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:181, (Ocak 2008), IV-A bölümü, www.yaklasim.com, (09/03/2014)

16 Halil Nadaroğlu, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1996, s. 279.

17 Bülent Şişman, İşletmelerde Vergi Planlaması Yöntemleri, Ankara: Yaklaşım Yayınları, Nisan 2003, s. 41

18 Özhan Uluatam, Kamu Maliyesi, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003, s. 298; Saygın Eyüpgiller, "Vergiden Kaçınma ve Vergi Peçelemesi", Yaklaşım Dergisi, Sayı: 113, (Mayıs 2002), II-A bölümü, www.yaklasim.com, (09/03/2014)

19 Şükrü Kızılot, Türk Vergi Hukukunda Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002, s. 43.

20 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, Ekim 2008, s.26

maktadırlar. Bir diğer ifadeyle, peçeleme de kanuna karşı hile durumu söz konusudur[21]. Peçelemede mükellefler, kanunun lafzi hükümlerine uyuyor gözükseler de, aslında ruhuna aykırı hareket etmektedirler[22]. Bu haliyle de belirli bir hukuki formun, vergiye ilişkin yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla kullanılması, hukukun genel ilkelerinden olan objektif iyi niyet ilkesine aykırılık oluşturmaktadır[23]. Peçeleme halinde vergilendirme bakımdan, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 3/B maddesi[24] gereğince, peçeleme işlemi olarak kullanılan hukuki işleme bakılmaksızın, işlemin gerçek mahiyetine göre işlem yapılır.

1.2. Vergi Kaçakçılığı

Mükellefler tarafından vergiye karşı verilen tepkiler içerisinde en yaygını olan vergi kaçakçılığı[25], kanunlara aykırı hareket etmek suretiyle verginin ödenmemesi ya da olması gerekenden daha az ödenmesidir[26]. Vergiden kaçınmaya benzer şekilde vergi kaçakçılığı açısından da hareket noktası olarak tahsilin ya da tahakkukun dikkate alınmasına göre farklılaşan tanımlamalar söz konusudur. Bir kısım yazar tarafından, vergi borcu doğmuş olmasına rağmen kanunlara aykırı hareket etmek suretiyle verginin hiç ödenmemesi ya da gerçek miktarından daha az ödenmesi[27] olarak tanımlanan vergi kaçakçılığı; diğer bir kısım yazar tarafından ise, VUK'ta yer alan vergi ziyaı kavramına paralel olarak, vergiye ilişkin yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi nedeniyle ödenmesi gereken verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi olarak ifade edilmektedir[28].

Vergi kaçakçılığı tanımlarının ortak noktası, suçun maddi unsurunu oluşturan kanuna aykırı harekettir. Gerçekten de vergi kaçakçı-

---

21 Övül Çölgezen, "Vergi Kaçakçılığı, Vergiden Kaçınma ve Vergi Planlaması", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.347, (Temmuz 2010), s.75.
22 Karakoç, s.123.
23 Öncel, Kumrulu ve Çağan, s.28.
24 "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır."
25 Çölgezen, s.73.
26 Acinöroğlu, s.189.
27 Eyüpgiller, II-A bölümü.
28 Halil Seyidoğlu, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, İstanbul: Güzem Can Yayınları, 2002, s. 697.

lığını suç haline getiren nokta, aksi davranışın kanunla yasaklanmış olmasıdır. Vergi kaçakçılığında mükellefler gerçek dışı beyanda bulunarak ya da hiçbir şekilde beyanname vermeyerek bir kısım gelirlerini vergi dışında bırakmaktadırlar.

1.3. Vergi Planlaması

Vergi planlaması, mükelleflerin, işletmeleri üzerindeki vergi yükünü azaltmak için, kanunların kendilerine verdiği hakları en uygun şekilde kullanarak katlanacakları vergi yükünü azaltmaya yönelik çabalarıdır[29]. Kar etme amacı ile faaliyet gösteren firmaların, karlarını maksimize etmek için kullanabilecekleri yöntemlerden biri de gerek kanunlarda yer alan muafiyet ve istisna hükümlerinden olabildiğince fazla yararlanmak, gerekse işletmelerinin yapıları ile iş süreçlerini gözden geçirerek maliyetlerini düşürüp hasılatlarını artırmak suretiyle vergi yüklerini en aza indirmek yönünde politikalar gerçekleştirmektir[30].

3. Gerçek Gelir ile Beyan Edilen Gelir Arasındaki Farkın Tespit Yöntemleri

Türk vergi sisteminde mükelleflerin beyan ettikleri gelirlerin doğruluğunun kontrol edilmesi için kullanılan müesseseler VUK'un 127 ila 152'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplama şeklinde ifade edilen söz konusu dört müessese, beyan edilen gelir ile gerçek gelir arasındaki farkı sadece beyandan geriye doğru giderek değil, aynı zamanda vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği andan beyannamenin verildiği tarihe kadar geçen süreçteki tüm işlem ve mükellefiyetlerin yerine getirilmesini sağlayarak tespit etmek amacındadır.

1.4. Yoklama

Yoklama müessesesi, VUK'un 127 ila 133'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Yoklamanın amacı, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir.

---

29 Tuncer, II-B bölümü.

30 Cemal İbiş, "İşletmelerde Vergi Planlaması", Mali Çözüm, Sayı.68, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2004), s.73.

Vergilemeye etki yapan hususların, mükellefler tarafından hiç bildirilmemesi, eksik ya da geç bildirilmesi vergi kaybına neden olabileceğinden, bu tür davranışların ortaya çıkartılmasında yoklama müessesinden yararlanılır[31]. Yoklama doğrudan beyan dışı bırakılan verginin tespitine imkân vermemekle birlikte, buna sebep olabilecek hallerin gerçekleşmemesi için zamanında bilgi edinilmesini sağlar[32]. Bir diğer ifadeyle yoklama, vergilendirme sürecindeki olayların fotoğrafını çekmek suretiyle tespitini gerçekleştirir[33]. Diğer taraftan, tespit edilen bilgiler anlık olduğundan, yoklamanın yapıldığı zaman dilimi için geçerlidir[34].

Yoklama ile tespit edilecek hususlar arasında günlük hasılat tespiti, ödeme kaydedici cihaz kullanma mecburiyeti olan mükelleflerin bu mecburiyete uyup uymadıkları, bu cihazların belirlenmiş esaslara uygun olup olmadığı, işyerlerinde bulundurulması gereken yasal defterlerin bulunup bulunmadığı ve bu defterlere usulüne uygun olarak kayıt yapılıp yapılmadığı, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi gereken belgelerin düzenlenip düzenlenmediği, faturasız mal bulundurup bulundurulmadığı, taşıtlar vasıtasıyla nakledilen mallara ilişkin belgelerin düzenlenip düzenlemediği ile bu malların tespiti gibi hususlar yer almaktadır. Kendisinden beklenen faydaların sağlanabilmesi için ne zaman yapılacağı konusunda mükelleflerin önceden bilgilendirilmediği[35] yoklama konusunda yetkili olan görevliler, VUK'ta tadadi olarak sayılmıştır. Buna göre yoklama vergi dairesi müdürleri, yoklama memurları, yetkili makamlar tarafından yoklama işi ile görevlendirilenler, vergi incelemesine yetkili olanlar ile gelir uzmanları tarafından yapılır.

Yoklama müessesesinin VUK'ta yer alan denetim araçları içerisinde ilk sırada yer alması tesadüf olmasa gerektir. Zira vergi idaresi ilk kez, yoklama ile vergiye ilişkin yükümlülükler hakkında bilgi sahi-

---

31 Kamil Mutluer, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011, s.85

32 Yılmaz Özbalcı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010, s.431

33 Şükrü Kızılot ve Metin Taş, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s.113

34 Nihal Saban, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2009, s.186.

35 Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 15. Baskı, Ankara: Siyasal Yayınevi, 2003, s.165.

bi olmaktadır. Mükellefler tarafından mükellefiyet türüne göre belirlenen süreler içerisinde[36] verilmesi gereken işe başlama dilekçesinin ardından vergi dairesi tarafından bildirimin yapıldığı gün veya bu mümkün değilse ertesi işgünü içerisinde[37] mükelleflerin işyerlerinde yapılacak bir yoklama ile işe başlamanın tespiti yapılır[38]. Bu tespitler genelde, mükelleflere ilişkin olarak vergi dairesi tarafından yapılan ilk tespitlerdir. Bu sırada tutulan yoklama tutanaklarında, adres, faaliyetin konusu, çalışan kişi sayısı, kira sözleşmesi, iş yerinde bulunan malzeme ve teçhizat, vb. gibi mükelleflere ilişkin birçok bilgi kayıt altına alınır.

Yoklama, mükelleflerin genel eğilimleri hakkında bilgi edinmek için de önemli bir fırsattır. Örneğin günümüzde vergi idaresinin çözmeye çalıştığı en önemli vergisel sorunlardan birisi olan, gerçek bir ticari faaliyet olmaksızın sadece sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirilmesinde iş yeri olarak gösterilen yer çoğu zaman, yapılacağı iddia edilen ticari faaliyet açısından yetersiz imkânlara sahip olan yerlerdir. İş yerinde yeterli makine, malzeme veya işgücünün olmaması ya da işyerinin göstermelik bir çalışma ofisi gibi düzenlenmesi en sık karşılaşılan durumlardır. Bu tür tespitler sonrasında söz konusu mükelleflerin yakından izlenmesi, vergi kanunlarına aykırı birçok hareketin önceden engellenmesine imkân verebilecektir.

Yoklama, mükelleflerin işe başlamalarında olduğu gibi hem işe devam ettikleri süre içerisindeki faaliyet ve hareketlerinin tespit edilmesine hem de işini bırakan mükelleflerin zamanında tespit edilerek, vergisel yükümlülüklerinin gecikme olmaksızın yerine getirilmesine imkân verir. Vergi incelemesi ya da arama gibi çeşitli cebri yaptırımlara sahip olmaması bakımından mükellefler nezdindeki etkisi göreceli olarak az olmakla birlikte, diğer denetim araçlarına göre uygulanma-

---

36 Gelir Vergisi mükellefleri tarafından işe başlama tarihinden itibaren 10 gün içinde bu başvurunun yapılması gerekirken, kurumlar vergisi mükelleflerinin bildirimleri ticaret sicil memurları tarafından ticaret sicil kaydının yapıldığı tarihten itibaren 30 gün içinde gerçekleştirilmelidir.

37 İşe başlama bildiriminin serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir tarafından imzalanmış veya yeminli mali müşavirlerce tasdik edilmiş olması halinde vergi numarası hemen verilir ve işe başlamanın tespiti için yapılan yoklama 30 gün içinde yapılır.

38 Gelir İdaresi Başkanlığı, Gelir Vergisi Mükelleflerinde İşe Başlama ve İşi Bırakma, 2007, s.16.

sının daha kolay olması ve kendisinden sonra uygulanacak denetim araçlarına gerekli bilgilerin aktarılması açısından büyük önem taşıyan yoklama müessesesi, vergi idaresinin mükelleflerin vergiye olan gönüllü uyumunu sağlayacak politikalar için kullanabileceği önemli araçlardan birisidir.

Aşağıdaki tabloda yer alan bilgilerden görüleceği üzere, yıllar itibariyle faaliyet gösteren mükelleflerin yarısına yakın bir kısmı nezdinde yoklama faaliyeti gerçekleştirilmekte ve bunun neticesinde de kimi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle ceza uygulanması söz konusu olmaktadır.

Yıl	Faal Mükellef Sayısı[39]	Denetime Katılan Personel Sayısı	Denetlenen Mükellef Sayısı	Kesilen Özel Usulsüzlük Cezası (TL)
2007	8.371.599	6.320[40]	4.513.740	134.235.029
2008	8.423.382	48.357	4.313.620	176.213.518
2009	8.476.096	47.370	3.811.489	153.171.031
2010	8.671.470	45.109	3.753.669	150.326.505
2011	8.803.915	45.634	3.462.338	128.094.973
2012	8.423.382	47.556[41]	4.428.127	150.437.509

Tablo 1: Yaygın Yoğun Vergi Denetim Sonuçları[42]

Diğer taraftan, daha önce ifade edildiği üzere, yoklama, mükelleflerin mevcut iş durumlarının tespit edilmesinin yanı sıra vergi idaresinin bilgisi dışında ve mükellefiyet tesis ettirmeksizin faaliyete bulunan mükelleflerin tespitinde de önemli bir rol oynamaktadır[43]. Buna

39 Gelir vergisi, kurumlar vergisi, gayrimenkul sermaye iradı dolayısıyla gelir vergisi, gelir stopaj vergisi, katma değer vergisi, basit usulde ticari kazanç elde eden gelir vergisi mükelleflerinden oluşmaktadır. Potansiyel mükellefler dâhil değildir. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 2011 Faaliyet Raporu'nun 60'ıncı sayfası ile 2012 Faaliyet Raporu'nun 98 sayfasında yer alan bilgilerden hareketle hazırlanmıştır.

40 Denetlenen mükellef sayısının diğer yıllarla yaklaşık olarak aynı olmasına rağmen denetime katılan personel sayısının diğer yıllara nazaran çok az olması, sayısal bilgi de bir yanlışlık olduğu izlenimi doğurmaktadır.

41 Gelir İdaresi Başkanlığının 2012 Faaliyet Raporu'nun 65'inci sayfasında yer verilen aylık ortalama sayıdan hareketle hesaplanmıştır.

42 Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2012, Ankara, 2013, s. 65, Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2011, Ankara, 2011, s. 38

43 Bu duruma örnek olarak kira gelirlerinin beyan edilip edilmediğinin kontrol edil-

ek olarak, yılbaşı ve dini bayram günleri gibi özel tarihlerde gerçekleştirilen hasılat tespiti işlemleri de mükelleflerin durumlarının tespit edilmesi bakımından önemlidir[44].

	Yılı	Denetlenen Mükellef Sayısı	Yeni Tesis Ettirilen Mükellefiyet Sayısı	Hasılat Tespiti Yapılan İş Yeri Sayısı	Tespit Edilen Hasılat Miktarı	Kesilen Özel Usulsüzlük Cezası Miktarı (TL)
Yılbaşı	2010	44.502	231	4.981	43.226.561	1.272.556
	2011	69.348	492	4.445	43.106.718	2.145.671
	2012	99.893	961	6.106	61.045.254	3.005.072
Kurban Bayramı	2010	101.981	968	4.668	52.118.841	2.282.958
	2011	127.765	1.315	3.816	43.303.030	3.310.756
	2012	137.670	1.070	3.981	33.143.724	3.247.677
Ramazan Bayramı	2009	82.182	854	1.750	28.740.067	2.534.380
	2011	82.633	531	3.556	96.899.061	2.080.603
	2012	145.283	1.545	5.492	59.873.188	4.324.375

Tablo 2: Yılbaşı Tatili, Ramazan Bayramı ve Kurban Bayramı Süresince Yapılan Yaygın ve Yoğun Vergi Denetim Sonuçları[45]

Diğer taraftan, yoklamanın vergisel yükümlülüklerin tespit edilmesinin yanı sıra kayıt dışı istihdamın belirlenmesi ve kayıt altına alınması yönünden de ekonomiye olumlu bir katkısı vardır. 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 59/7'nci maddesinde[46] bu yönde bir düzenlenme yapıl-

mesi verilebilir. Bu kapsamda, ilgili vergi dairelerince hazırlanan yoklama programları ile vergi idaresinin vergi kayıtları haricinde sağladığı bir takım diğer veri ve bilgiler de işlenerek yıllar itibari ile ödenen kira bedelleri, kiracı nezdinde tespit edilmekte ve bu tutanaklara dayalı bilgiler değerlendirilerek kiraya verenin (ev sahibi, zilyedi vs.) beyanname verme durumu tetkik edilmektedir. Mustafa Çolak, "Kayıt dışı Gayrimenkul Gelirlerinin Tespiti ve Yoklama Tutanaklarının İşlevi", Yaklaşım Dergisi, Sayı.133, (Ocak 2004), III numaralı bölüm, www.yaklasim.com, (11/03/2014)

44 Ancak bu noktada mükelleflerin yılbaşı ve bayram günlerindeki günlük hasılatlarından yola çıkılarak yılın tamamı için bir gelir hesaplaması yapılması yanlış değerlendirmelerin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu açıdan söz konusu bilgilerin diğer destekleyici bilgiler ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.

45 Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2011, s.38.

46 5510 sayılı Kanunun 59'uncu maddesinin yedinci fıkrası ile anılan Kanun kapsamındaki işyerlerinde kamu idareleri denetim elemanlarına; kendi mevzuatları gereğince yapacakları inceleme, araştırma, denetim ve soruşturmalarda işyerlerinde

mış ve sonrasında 27/09/2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de Kamu İdarelerinin Denetim Elemanlarınca Yapılacak Tespitler Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Bu kapsamda Maliye Bakanlığı tarafından yapılan yoklamalar sırasında, 2007 ila 2012 yılları arasında sırasıyla 12.458, 11.064, 4.933, 4.391, 6.046, 7.905 kayıt dışı istihdam tespit edilmiştir[47]. Konuya ilişkin olarak yayımlanan 2011/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi[48] ile kamu kurumlarının konuya hassasiyetle yaklaşması konusunda bilgilendirme yapılmıştır. 21/12/2011 tarihli ve 28149 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2011/21 sayılı Başbakanlık Genelgesi ekinde yer alan 2011-2013 Kayıt Dışı Ekonomiyle Mücadele Stratejisi Eylem Planı'nın 17 numaralı eylemi kapsamında 07/05/2012-14/05/2012 tarihleri arasında kayıt dışı faaliyette bulunduğu değerlendirilen yerlerden başlanarak tüm il ve ilçe merkezlerinde Sosyal Güvenlik Kurumu denetim elemanlarını ile birlikte yoklama, yaygın ve yoğun denetim çalışmaları yapılmış ve 5.574 personelin katıldığı bu çalışmalar neticesinde 405.472 mükellef denetlenmiş, 13.089 adet yeni mükellefiyet tesis ettirilmiş ve toplam 5.197.608,31.-TL ceza kesilmiştir[49]. Diğer taraftan yakın zamanda, Maliye Bakanlığının 5000 kişilik yoklama memuru kadrosu ile Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) 1500 kişilik denetim ekibinin ortak konularda denetim yapabilmeleri için Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB) ile SGK'nın bir protokol yapması beklenmektedir[50].

Yoklama gerçekleştirilirken, elde edilen bilgilerin dayanak oluşturacağı idari işlemlerin hukuken sakatlanmaması için tespitlerin hukuk kuralları çerçevesinde yapılmasına dikkat edilmelidir. Bu kapsamda, yargı organları tarafından verilen kararların dikkate alınması uygun olacaktır. Örneğin, mükellefler nezdinde yapılan yoklamalarda bir

---

çalışanların SGK'ya kayıtlı olup olmadıkları ile kayıtlı olanların gerçek ücretleri üzerinden SGK'ya bildirimlerinin yapılıp yapılmadığı hususlarında denetim yetkisi tanınmış ve bu konuda kamu idarelerinin denetim elemanlarına yükümlülük getirilmiştir.

47 Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2012, s. 66, Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2011, s. 39

48 2011/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi , http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#, (20/03/2014)

49 Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2012, s. 63.

50 Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile Maliye Bakanlığı denetim gücünü birleştiriyor, 2013, http://ekonomi.haber7.com/turkiye-ekonomisi/haber/987280-maliye-ve-sgk-ortak-denetim-yapacak, (20/03/2014)

mükellefin birden fazla belgeyi düzenlemediğinin tespit edilmesi halinde, düzenlenmeyen her bir belge için ayrı ayrı değil, tespit sayısı esas alınarak sadece bir özel usulsüzlük cezası kesilmesine[51] ve hakkında tespit yapılan mükellefi temsil etmeyen kişi tarafından imzalanan yoklama fişlerine dayanılarak ceza kesilmemesine dikkat edilmelidir[52].

1.5. Vergi İncelemesi

Vergi incelemesine ilişkin hususlar VUK'un 134 ila 141'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Vergi kanunlarında vergi incelemesinin bir tanımı bulunmamaktadır. VUK'un 134'üncü maddesinde yer alan ve vergi incelenmesinden maksadın, ödenmesi gereken verginin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğunu belirten hüküm amaç yönünden yapılan bir belirlemedir[53] ve bir tanım yapılmak istendiğinde bu ifadelerden hareket edilmektedir. Nitekim, vergi incelemesinin tanımının yer aldığı 31/10/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'teki *"İnceleme yapmaya yetkili olanlar tarafından, öden-*

---

51 Danıştay 4. Dairesi'nin, 12/04/2001 Tarih, 2001/657 Esas ve 2001/1510 Karar Numaralı Kararı'nda "V.U.K.'nun 353/2. maddesinde her bir belge için özel usulsüzlük cezası kesileceği şeklinde yapılan düzenleme belge nev'ini belirlemek için yapılmış olup, aynı nev'i belgenin düzenlenmediğinin tespiti halinde tespit sayısının esas alınması gerekmektedir.....Tespit sayısı esas alınarak sadece bir usulsüzlük cezası kesilmesi gerekirken ayrı ayrı özel usulsüzlük cezası kesilmesinde isabet görülmemiştir." ifadelerine yer verilmiştir. (Şükrü Kızılot, Danıştay Kararları ve Özelgeler, Cilt.6, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002, s.1204)

52 Danıştay 4. Dairesi'nin 05/02/2002 Tarih ve 2001/3459 Esas ve 2002/357 Karar Numaralı Kararı: "Davacı adına, kargo şirketi aracılığıyla sevk ettiği emtia için sevk irsaliyesi düzenlemediğinden bahisle özel usulsüzlük cezası kesilmişse de; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 131. maddesine göre, yoklama neticelerinin tutanak mahiyetinde olan "yoklama fişine" geçirileceği, bu fişlerin yoklama yerinde iki nüsha tanzim olunarak tarihleneceği, bulunursa nezdinde yoklama yapılana veya yetkili adamına imza ettirileceği, bunlar bulunmaz veya imzadan çekinirlerse keyfiyet fişe yazılarak yoklama fişinin, polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalattırılacağı hükme bağlanmış olup, olayda dava konusu cezaya dayanak olan yoklama tutanağının anılan kanun maddesine aykırı olarak araç sürücüsü nezdinde düzenlenmiş olması ve sevk edilen emtia için sevk irsaliyesi düzenlendiğinin de anlaşılmış olması sebepleriyle, davacı adına kesilen özel usulsüzlük cezasında yasal isabet yoktur." http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, (10/03/2014)

53 Tahir Erdem, 6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2011, s.49.

mesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan faaliyet"[54] ifadesi esas olarak "Amaç" başlığını taşıyan VUK'un 134'üncü maddesinin tekrarından ibarettir. Vergi İdaresi tarafından daha önce yapılan bir tanıma göre ise, vergi incelemesi, *"gerekli olduğunda yapılacak fiili envanter, yoklama veya arama sonucu ele geçirilecek defter ve belgeler ile araştırma sonucu elde edilecek bilgi ve bulgular da dahil olmak üzere, mükellefin defter, belge, hesap ve kayıtlarının incelenmesi suretiyle mükellef tarafından ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun saptanmasıdır."*[55]

Doktrinde de, vergi incelemesine yönelik olarak, beyanların ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla yükümlünün defter kayıtları, belgeleri ve envateri üzerinde yapılan derinlemesine bir araştırmadır[56] şeklinde VUK'un anılan maddesi referans alınarak yapılan tanımların yanı sıra; mükellef ve sorumluların vergi ile ilgili işlemlerinin, yapılmasından veya yapılmaları gereken aşamadan sonra, vergi idaresinin yetkili elemanlarınca denetlenmesinin[57] vergi incelemesi olarak kabul edildiği şeklinde ifade edilen tanımlamalar da bulunmaktadır.

Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar VUK'un 135'inci maddesinde belirtilmiştir. Türkiye çapında, bölge düzeyinde ve il düzeyinde inceleme yetkisine sahip olan inceleme elemanlarından oluşan yapıda[58], 10/07/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 646 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile değişiklik yapılmış ve vergi inceleme ve teftiş birimleri Vergi Denetim Kurulu (VDK) adıyla birleştirilmiştir[59]. Yapılan düzenleme, mesleklere giriş şartları, yetiştirilmeleri

---

54 Tanım ilk kez, anılan Yönetmeliğin 28'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılan 31/12/2010 tarihli ve 27802 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yapılmıştır.

55 Gelir İdaresi Başkanlığı, Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi, Ankara, 2007, s.8.

56 Öncel, Kumrulu ve Çağan, s.100.

57 Turgut Candan, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2001, s.153

58 Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları ve Gelirler Kontrolörleri tüm Türkiye çapında yetkili iken, vergi denetmenleri bölge düzeyinde ve vergi dairesi başkanı/defterdar ile GİB'in merkez ve taşra teşkilatında görev yapan müdürleri il düzeyinde inceleme yetkisini haiz idiler.

59 Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları, Gelirler Kontrolörleri ve Vergi Denetmenleri "Vergi Müfettişi" unvanını almış, bunların tamamının yetkisi Türkiye düzeyi olarak belirlenmiş ancak, inceleme yetkisinde mükelleflerin büyüklükleri itibariyle farklılaştırma yapılmıştır.

ve yaptıkları görevler birbirinden farklı olan kamu görevlilerinin tek bir unvan altında birleştirilmesi, GİB içerisinde asli görevi vergi incelemesi olan personel kalmaması, on iki bin kişilik bir kadronun Bakana bağlı olarak çalışmasının modern yönetim ilkeleri ile bağdaşmaması, değişikliğin KHK ile yapılması nedeniyle getirilen değişikliğe neden ihtiyaç duyulduğunun bilinememesi gibi açılardan eleştirilmiştir[60]. Bununla birlikte söz konusu yapının vergi denetimindeki çok başlılığı gidereceği, vergi incelemelerinde etkinliğin sağlanacağı ve kayıt dışı ekonominin önlenmesine katkı sağlayacağı yönünde görüşler de söz konusudur[61].

Hakkında vergi incelemesi yapılacak olan mükelleflerin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak yakın zamana kadar herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildi. 646 sayılı KHK ile değiştirilen 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 20'nci maddesinde, VDK'nın görevlerinden birisinin, her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak suretiyle oluşturulacak risk analiz sistemi üzerinden mükelleflerin faaliyetlerini gruplar ve sektörler itibarıyla analiz etmek, mukayeseler yapmak ve bu suretle risk alanlarını tespit etmek olduğu ifade edilmiştir. Bu düzenleme vergi incelemelerinin tamamının risk odaklı bir şekilde belirleneceği anlamına gelmemekle birlikte, risk unsurlarının doğru belirlenmesi, vergi incelemelerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır. Diğer taraftan, risk analizinde hangi bilgilerin ne tür modeller ile kullanılacağının kamuoyuna açıklanmamasının hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmektedir[62].

---

60 İbrahim Yumuşak, "Kırk Küp Kırkının Da Kulpu Kırık Küp: 646 sayılı Kanun Hükmünde Kararname", Vergi Dünyası Dergisi, Sayı.360, (Ağustos 2011), s.20-25; Mehmet Ali Ceylan ve Ahmet Tunalı, "646 sayılı KHK Sonrası Bir Değerlendirme: "Vergi Denetim Kurulu" Kuruluş Amacına Ne Kadar Hizmet Edebilecek", *Vergi Dünyası Dergisi,* Sayı.360, (Ağustos 2011), s. 28-31.

61 Mehmet Sena Ekici, "Vergi Denetiminde Uzmanlaşma ve İşbölümüne Dayalı Yeni Bir Dönem Üzerine Genel Bir Değerlendirme", E-Yaklaşım Dergisi, Sayı. 228, (Aralık 2011), IV numaralı bölüm, www.yaklasim.com, (10/03/2014); Cemil Rakıcı, "Vergi Denetiminin Yeni Yapısı ve Denetimin Kayıtdışılığı Önleme Fonksiyonu", *Zonguldak Kara Elmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* Cilt.7, Sayı. 14, (2011), s.359.

62 Funda Başaran Yavaşlar, "Türk Hukukunda Vergi İncelemesi, *Vergi Sorunları Dergisi,* Sayı.261, (Haziran 2010), 3.1.2.3. numaralı bölüm, www.vergisorunlari.com.tr, (09/03/2014)

Vergi incelemesi, tam ve sınırlı olmak üzere iki farklı şekilde yapılmaktadır. Tam inceleme, bir mükellefin, bir vergi türü itibariyle bir veya birden fazla vergilendirme dönemine ilişkin her türlü iş ve işlemlerinin bütün matrah unsurlarını içerecek şekilde incelenmesi iken; sınırlı inceleme[63], tam inceleme dışında kalan vergi incelemesidir[64].

Vergi incelemesi, neticesi alınmamış hesap dönemi de dâhil olmak üzere, tarh zamanaşımı süresi sonuna kadar her zaman yapılabilir ve vergi incelemesinin ne zaman yapılacağının önceden haber verilmesi zorunlu değildir. Bu bakımdan vergi incelemesi, vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği yılı takip eden 5 yıl sonunda ortaya çıkan tahakkuk zamanaşımı ile ceza kesme zamanaşımı süreleri (usulsüzlük cezasında iki yıl, özel usulsüzlük ve vergi ziyaı cezasında 5 yıl) içerisinde her zaman kullanılabilecek bir denetim yoludur[65].

Vergi incelemelerinin, belirlenmiş süreler içerisinde gerçekleştirilmesi, hukuk devleti ilkesinin bileşenlerinden birisi olan hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir[66]. 6009 sayılı Kanun[67] ile 2010 yılında yapılan değişikliğe kadar, aramalı incelemeye ilişkin hüküm dışında[68], vergi kanunlarında incelemelerin tamamlanmasına yönelik azami süreleri belirleyen bir düzenleme bulunmamaktaydı. 6009 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi ile VUK'un 140'ıncı maddesinin birinci fıkrasına 6'ncı bent olarak eklenen hüküm ile incelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde ise en fazla altı ay içinde vergi incelemelerinin bitirilmesinin esas olduğu ve aksi durum halinde altı ayı geçmemek üzere ek süre verilebileceği ifade edilmiştir. Böylece mükellefler açısından bir belirsizlik ortadan kaldırılmış ve sınırlı incelemenin en fazla 12 ayda, tam incelemenin ise en fazla 18 ayda tamamlanması gerektiği belirlenmiştir[69].

---

63 6009 sayılı Kanun öncesinde sınırlı inceleme tabiri yerine, kimi zaman kısa inceleme ifadesi de kullanılmaktaydı.

64 Söz konusu tanımlar 31/10/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te yapılmaktadır.

65 Yavaşlar, 4 numaralı bölüm.

66 Nas, XI numaralı bölüm.

67 01/08/2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 23/07/2010 tarih ve 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

68 "Arama neticesinde alınan defter ve vesikalar üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde bitirilerek sahibine bir tutanakla geri verilir."

69 İnceleme görevinin başka bir inceleme elemanına devredilmesi halinde, inceleme

Çeşitli yönleri, yapılış biçimleri, etkileri değişik olmakla birlikte hukuk yönü ağır basan bir müessese[70] olan vergi incelemesi, idare hukuku bakımından hazırlık işlemi mahiyetindeki bir idari işlemdir. Vergi incelemesi neticesinde vergi inceleme raporu, vergi tekniği raporu, vergi suçu raporu ve görüş ve öneri raporu gibi raporlar düzenlenir[71]. Vergi incelemesi raporları ile vergi tekniği raporları, vergi daireleri tarafından düzenlenen vergi/ceza ihbarnamelerinin gerekçesini ve ekini oluştururlar.

Vergi denetiminde gerçekleştirilen yeni yapılanmanın vergi incelemelerinde etkinlik ve verimlilik sağlaması zaman içerisinde gerçekleşebilecektir. Bu süreç içerisinde görülen eksikliklerin giderilmesine yönelik olarak yapılacak düzenlemeler bu sürenin kısalmasını sağlayabilecektir. Yeni yapının eski kurulların yerini almasını beklemek pek doğru olmaz. Zira örgütlenme biçimi, insan kaynağını temin etme ve yetiştirme stratejisi ile çalışma esasları birbirinden farklıdır. Bununla birlikte yeni yapının başarılı olması ülke ekonomisi için faydalı sonuçlar doğuracaktır.

Vergi denetim araçları içerisinde aramadan sonra en etkili yöntem olan vergi incelemesinin risk analiz sonuçlarına göre yapılacak olması vergi incelemelerinin verimliliğinin artmasına katkı sağlayacaktır. Ancak risk kriterlerinin doğru belirlenmesi ve analiz yöntemlerinin doğru seçilmesi bu aşamada büyük önem taşımaktadır.

Mükellefler açısından tutukluluk hali olmayan ceza soruşturmasından daha zahmetli olabilen[72] vergi incelemelerinin belirli bir sürede tamamlanması için azami sürelerin öngörülmesi, hukuk devleti ilkesinin önemli bileşenlerinden birisi olan öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik açısından oldukça önemlidir. Bu şekilde hakkında vergi incelemesi yürütülen mükellefler, bu sürecin en fazla ne kadar sürede tamamlanabileceğini bilecek ve ekonomik, mali ve iş süreçlerine ilişkin planlamalarını bu doğrultuda yapabilecektir. Diğer taraftan bu

---

kalan süre içinde tamamlanacakken; sınırlı incelemenin, sonradan ortaya çıkan durumlar nedeniyle tam incelemeye dönüşmesi halinde, inceleme süresi sınırlı incelemeye başlanılan tarih itibarıyla hesaplanır.

70 Nusret Beygo, "Vergi İncelemesinin Anlamı ve Yeri", *Vergi Dünyası Dergisi,* 1. paragraf, Sayı.11, (Temmuz 1982), www.vergidunyasi.com.tr, (09/03/2013).

71 Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği, Üçüncü Bölüm

72 Bekir Baykara, B-2 numaralı bölüm.

durum, hem inceleme ve denetim birimini hem de vergi inceleme elemanlarına çeşitli sorumluluklar yüklemektedir. İdari birimler incelemelerin hukuka uygun olarak, süresinde, verimli ve etkin bir şekilde yapılmasından sorumlu iken, inceleme elemanları ise görevlerini belirlenen sürelerde ve hem mükellefin hem de Devletin çıkarlarını koruyacak bir titizlik içerisinde yapmak durumundadırlar.

Vergi incelemesi yoklama, bilgi toplama ve arama olarak ifade edilen diğer denetim araçları ile karşılaştırıldığında, yoklama ve bilgi toplamaya oranla daha kapsamlı ve aramaya ilişkin olarak da daha kolay uygulanabilir bir yöntemdir[73]. Diğer bir açıdan, vergi incelemesini diğer denetim yollarından ayıran 3 temel özellik bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, vergi incelemesinin vergi beyannamesi üzerinde yer alan bilgilerden bunların kaynağı olan vergiyi doğuran olaya kadar tüm durum, olay ve belgelerin araştırılmasını, tespitini ve kanunlara göre yorumlanmasını içerir olması iken; ikincisi, vergi incelemesinin mükelleflerin Anayasa ile teminat altına alınan kişisel ve ekonomik haklarına müdahale edebilmesi ve üçüncüsü ise, beyan esasına dayanan vergi sisteminin düzgün işleyebilmesini sağlayan bir idari işlem olmasıdır[74].

Diğer taraftan, vergi incelemesini diğer denetim araçlarından ayrı düşünmek mümkün değildir. Vergi incelemesinin diğer denetim araçlarına kıyasen sahip olduğu üstünlük biraz da yürütülmesi sırasından söz konusu denetim araçlarından faydalanmasından ileri gelmektedir. İnceleme elemanları yaptıkları incelemelerde daha önce düzenlenmiş olan tutanaklardan yararlandıkları gibi çeşitli bilgilerin elde edilmesi için yeniden yoklama yapılmasına da ihtiyaç duyabilmektedirler. Benzer şekilde inceleme elemanları, VUK'un kendilerine verdiği bilgi alma yetkisi ve mükelleflere yüklediği bilgi verme sorumluluğu kapsamında ihtiyaç duydukları hemen her bilgiye ulaşabilmektedirler. Aramanın gerçekleştirilmesinin ardından elde edilen bilgi ve belgeler büyük oranda vergi incelemesi için kullanılmaktadır.

---

73 Yavaşlar, 1 numaralı bölüm.

74 Malik Günday, "Gönüllü Beyan Sisteminde Vergi İncelemesinin Asli Amacı ve İdari İşlem Olma Niteliği", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı.93, (Haziran 1996), 1 numaralı bölüm, www.vergisorunlari.com.tr, (09/03/2014)

Vergi Türü	İncelenen Mükellef Sayısı	Rapor Sayısı	İncelenen Matrah (TL)	Bulunan Matrah Farkı (TL)	Matrah Farkı Üzerinden Tarhı Önerilen Vergi Toplamı (TL)
Gelir Vergisi	1.641	1.942	1.586.197.618	18.430.305	5.180.306
Kurumlar Vergisi	709	850	4.251.799.781	18.600.315	4.581.149
Katma Değer Vergisi	4.536	4.977	9.136.386.241	334.385.008	142.277.905
Banka Sigorta Mua. Vergisi	5	9	1.124.673	489.412	24.464
Veraset ve İntikal Vergisi	5	5	-	320.100	29.437
Damga Vergisi	66	86	1.071.568.451	111.849.011	3.276.376
Geçici Vergi	971	1.229	60.782.428	38.685.827	4.212.617
Diğerleri	4.737	4.993	314.287.167	232.295.564	8.849.955
Toplam	12.670	14.091	16.422.146.359	755.055.542	168.432.209

Tablo 3: Vergi Türleri İtibariyle 2011 Yılı İnceleme Sonuçları[75]

Vergi Türü	İncelenen Mükellef Sayısı	Rapor Sayısı	Bulunan Matrah Farkı (İkmalen) (TL)	Bulunan Matrah Farkı (Re'sen) (TL)	Tarhı Önerilen Vergi Toplamı (TL)	Önerilen Ceza Toplamı (TL)
Kurumlar Vergisi	6.569	9.690	730.336.451	2.881.512.035	597.221.130	1.004.059.710
Kurum Geçici Vergi	3.259	5.152	257.470.203	4.030.703.133	417.619.880	682.880.632
Gelir Vergisi	5.768	9.216	2.453.333	689.957.108	223.582.29	501.875.292
Gelir Geçici Vergi	3.688	6.415	6.732.043	1.189.008.507	85.958.809	140.128.500
Katma Değer Vergisi	53.521	99.286	318.672.698	7.022.801.103	3.750.769.267	8.887.103.974

75 Vergi Türleri İtibariyle 2011 Yılı İnceleme Sonuçları, http://www.kayitliekonomiyegecis.gov.tr/alt.php?sayfa=istatistik_gib_1, (20/03/2014)

Vergi Türü	İncelenen Mükellef Sayısı	Rapor Sayısı	Bulunan Matrah Farkı (İkmalen) (TL)	Bulunan Matrah Farkı (Re'sen) (TL)	Tarhı Önerilen Vergi Toplamı (TL)	Önerilen Ceza Toplamı (TL)
Banka Sigorta Mua. Vergisi	1.112	1.898	28.304.951	1.701.193.010	82.580.661	107.636.606
Özel Tüketim Vergisi	1.450	2.510	9.837.871	566.764.883	2.571.361.540	5.934.085.985
Damga Vergisi	338	673	18.504.309.207	9.722.860.446	69.506.793	81.640.429
Gelir Vergisi Stopaj	2.785	4.366	195.351.470	2.585.439.173	366.834.171	499.984.394
Kurumlar Vergisi Stopaj	181	266	192.133.610	688.005.457	90.811.321	103.985.530
Diğerleri	4.109	5.075	1.499.943.474	851.168.817	305.067.379	1.143.503.425
Toplam	82.780	144.547	21.745.545.311	31.929.413.672	8.561.313.249	19.086.884.477

Tablo 4: 2013 Yılı Vergi İncelemesi Sonuçları[76]

2011 yılında gerçekleştirilen vergi inceleme sonuçlarını gösteren tabloda yer alan bilgiler incelendiğinde, mükellefler tarafından beyan edilen matrahın yaklaşık %5'i kadar matrah farkı bulunduğu ve 168 milyon TL vergi tarhı önerildiği görülmektedir. 2012 yılında, vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından toplam 46.845 mükellef nezdinde vergi incelemesi yürütülerek 4.535.523.091.-TL vergi tarh edilmesi ve 8.776.095.415.-TL ceza kesilmesi istenmiştir[77]. 2013 yılında gerçekleştirilen vergi incelemeleri neticesinde ise 53 milyar TL matrah farkı tespit edilirken, bu farka istinaden 8,5 milyar TL vergi ve 19 milyar TL ceza önerilmiştir. 2011 yılı rakamlarının, 13/2/2011 tarihinde kabul edilen ve geniş kapsamlı bir mali af öngören 6111 sayılı Kanun, yıl içinde gerçekleştirilen seçim ve vergi denetim birimlerinin yeniden organizasyonu gibi nedenlerden ötürü düşük kalmış olabileceği değerlendirilmektedir.

Beyan usulünün işlerliği açısından önemli bir etkisi olan vergi incelemesinin amacı, esas olarak doğru ve gönüllü beyanı sağlamaktır.

76 Vergi Denetim Kurulu, 2013 yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2014, s.45-47
77 Vergi Denetim Kurulu, 2012 yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2013, s.43

Bu bakımdan vergi incelemesi, mükelleflerin inceleme riskini almayarak gelirlerini doğru bir şekilde beyan etmelerini sağlayabilmektedir[78]. Vergi incelemesinin temel amacı olan bu önleyiciliğin yanı sıra beyan dışı bırakılan gelirlerin tespit edilerek Hazineye intikalinin sağlanması ikinci amaç olarak ortaya çıkmaktadır[79]. Mükellef nezdinde öğretici olma özelliği[80] de bulunan vergi incelemesi, mükelleflerin vergi ile ilgili işlemlerinin gerçek mahiyetinin, beyan dışı bırakılan hasılat miktarının ve vergi kanunlarına aykırı diğer hususların tespit edilmesine yönelik bir faaliyettir[81]. Bu bakımdan ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun tespit edilmesinin yanı sıra sağlanmasını da kendisine amaç edinen vergi incelemesi sırasında vergi incelemesine yetkili olanlara tanınan kimi ayrıksı cebri tahsil usulleri de vardır. İhtiyati tahakkuk, ihtiyati haciz ve teminat isteme şeklinde belirtilebilen ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da yer alan hükümler bu amaca hizmet etmektedir. Diğer taraftan, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamaktan kasıt, eksik ödenen verginin tamamlattırılması iken, fazla ödenen verginin de mükellefe iade edilmesidir. Bu bakımdan vergi incelemesi, sadece Devletin değil mükellefin de hukukunu gözeten bir müessesedir.

1.6. Arama/Aramalı İnceleme

Arama VUK'un 142 ila 147'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca VUK'un 147'nci maddesinde yer alan *"Bu bölümde açıkça yazılı olmıyan hallerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun[82] arama ile ilgili bulunan hükümleri uygulanır."* hükmü gereğince Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan ilgili maddelerin de[83] dikkate alınması gerekmektedir.

---

78 Mehmet Tuncer ve Ali Övet, "Türkiye'de Vergi İnceleme Oranı, Vergi Denetiminde Örgütlenme Sorunu ve 6009 Sayılı Yasa: Bir Anket ve Sonuçlar", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı.218, (Şubat 2011), III numaralı bölüm, www.yaklasim.com, (11/03/2014)

79 Günday, 2 numaralı ayrım.

80 Gelir İdaresi Başkanlığı, Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi, s.7.

81 Candan, s.153.

82 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesi gereğince yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan atıflar, 04/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) ilgili maddelerine yapılmış sayılmaktadır.

83 Söz konusu hükümler, CMK'nın 116 ila 134'üncü maddeleri arasında yer almaktadır.

Arama, vergi hukukunun yanı sıra Anayasa ile güvence altına alınan birçok hak ve özgürlüğün özüne dokunan bir müessesedir[84]. İçerisinde "arama" ve "el koyma" tedbirlerini barındıran bir inceleme türü[85] olan aramalı vergi incelemesinin amacı, gerçek vergi matrahını gösteren defter, belge, bilgisayar, digital veriler dâhil her türlü kaynağa ulaşabilmektir[86]. Mükelleflerin beyanlarının kontrol edildiği denetim türlerinden birisi olan aramalı vergi incelemesini diğer türlerden ayıran en önemli özellik, mükelleflerin rızasına bakılmaksızın işlenen suça[87] ilişkin unsurlara sulh hâkiminden alınan bir karar ile el konulmasıdır[88]. Sulh hâkimi tarafından verilecek kararda, arama nedeni, aranacak kişi ve yerlerin açık adresleri ile kararın geçerlilik süresinin yazılı olması gerekir[89].

İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla, bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emarelerin bulunması durumunda, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer şahısların iş yerleri, meskenleri gibi yerler ile üzerlerinde arama yapılabilecektir. Aramanın yapılabilmesi için, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi ve sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi gerekmektedir[90]. Danıştay tarafından verilen bir kararda da, arama yapılabilmesi için, ancak bir ihbar ya da inceleme elemanları tarafından görülen lüzum üzerine sulh hâkimi tarafından verilmiş bir karar olması gerektiği ifade edilmiştir[91]. Bir di-

---

84 Bumin Doğrusöz, "Aramalı Vergi İncelemesi", *Yaklaşım Dergisi,* Sayı.206, (Şubat 2010), II numaralı bölüm, www.yaklasim.com (09/03/2014)

85 Emrah Akın, "Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", *Yaklaşım Dergisi,* Sayı.167, (Kasım 2006), I numaralı bölüm, www.yaklasim.com, (09/03/2014)

86 Raci Ün, "Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları I", Yaklaşım Yayınları, Sayı.191, (Kasım 2008), I-A numaralı bölüm, www.yaklasim.com (09/03/2014)

87 Kastedilen suç, VUK'un 359'uncu maddesinde düzenlenen "vergi kaçakçılığı suçu"dur.

88 Engin Hepaksaz, Fatih Çevikcan ve Ersan Öz, "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği", *Vergi Dünyası Dergisi,* Sayı.354, (Şubat 2011), s.150

89 Doğrusöz, III numaralı bölüm.

90 İlişkileri sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına ihtiyaç duyulan aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh hakimi, bunlardan diğer sulh hakimlerinin yetkisinde bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir.

91 Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 27/12/2002 Tarih ve 2002/549 Esas ve 2002/ 633 Karar Numaralı Kararı, www.danistay.gov.tr, (10/03/2014)

ğer ifadeyle, arama yapmaya vergi inceleme elemanları yetkilidir ancak arama, bu kişiler tarafından doğrudan uygulanabilir bir yöntem değildir[92].

Yapılacak ihbar üzerine işlem yapabilmesi için, ihbarın 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un 4 ve 6'ncı maddelerine uygun olması gerekir[93]. Bununla birlikte dilekçe ve bilgi edinme hakkının kullanımına ilişkin 2004/12 sayılı Başbakanlık Genelgesinin de dikkate alınması gerekmektedir[94]. İhbar üzerine yapılan aramada ihbar sabit olmazsa, nezdinde arama yapılan kimsenin muhbirin adının bildirilmesini istemesi halinde, muhbirin isminin bildirilmesi mecburidir.

Aramanın gece yapılması mümkün değildir. Aramada bulunan ve incelemesine lüzum görülen defter ve belgeler müfredatlı olarak[95] bir tutanakla tespit olunur. Arama yapılan hallerde inceleme çabukça ve her işten önce yapılmalı ve arama neticesinde el konulan defter ve vesikalar üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde bitirilerek sahibine bir tutanakla geri verilmelidir. İncelemelerin haklı sebeplere binaen üç ay içinde bitirilmesine imkân olmayan hallerde sulh yargıcının vereceği karar üzerine bu süre uzatılabilir. Aramalı incelemedeki süre kısıtı, mükellef üzerindeki olumsuz etkinin bir an önce sonlandırılması amacının bir sonucudur.

---

92 Erdem, s.173.

93 3071 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde, TBMM'ye veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı, soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerektiği hükümlerine yer verilmiş ve "İncelenemeyecek dilekçeler" başlığını taşıyan 6'ncı maddesinde ise, TBMM'ye veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerden; (a) belli bir konuyu ihtiva etmeyenlerin, (b) yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili olanların ve (c) 4'üncü maddede gösterilen şartlardan herhangi birini taşımayanların incelenemeyeceğini hüküm altına alınmıştır.

94 Söz konusu Genelge'de, dilekçe hakkının kullanımı çerçevesinde idareye yapılan her türlü başvuruya ilişkin olarak yapılan inceleme neticesinde, ad, soyad ve adres bulunmayan, imza taşımayan, belli bir konuyu içermeyen ya da yargı mercilerinin görevine giren konularla ilgili dilekçelerin cevaplandırılmayacağı; ancak, bu unsurları ihtiva etmemekle birlikte, başvurulara olayla ilgili inandırıcı mahiyette bilgi ve belgelerin eklenmesi veya somut nitelikte bilgi, bulgu ya da olaylara dayanılması söz konusu ise, bu hususların ihbar kabul edilerek idarece işlem yapılabileceği ifade edilmiştir.

95 Vesikaların dosya ve dosya içinde sayı itibariyle tespit olunması müfredatlı tespit demektir.

Diğer taraftan, aramalı inceleme müessesesi, mükelleflerin konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve kişi dokunulmazlığı gibi çeşitli temek hak ve özgürlüklerine müdahale etmekte ve bu yönüyle de mükellefler üzerindeki olumsuz bir etki meydana getirmektedir. Bu nedenle arama istisnai olarak başvurulan bir usuldür[96]. Mükelleflerin çeşitli temel hak ve özgürlüklerine onların onayı olmaksızın müdahale etme imkanına sahip olan arama müessesesi, bu özelliği nedeniyle diğer denetim araçlarından ayrılmaktadır. Ancak bu özellik aynı zamanda aramanın, hâkim kararı ile yapılma, belli sürede bitirilme, vb. gibi çeşitli sınırlamalara tabi olması sonucunu da doğurmaktadır.

Arama, VUK'un 359'uncu maddesinde yer alan kaçakçılık suçlarının işlendiğine ilişkin olarak yapılan bir ihbar veya inceleme elemanının kanaatine üzerine başlatılan bir süreçtir. Bu bakımdan aramada, suç teşkil eden fiillerin ve suç unsurlarının tespiti, bunlara el konulması ve peşinden yapılan vergi incelemesi ile tespit edilen hususların düzenlenen raporlarla ortaya konulması amaçlanmaktadır[97]. VUK'un 359'uncu maddesinde düzenlenen ve hürriyeti bağlayıcı cezayı öngören suçlar haricindeki vergi suçları için arama yapılması mümkün değildir[98]. Benzer şekilde, mükelleflerin normal vergi incelemesi ile tespit edilebilecek olan vergi dışı bırakılan gelirleri için de aramalı inceleme yapılması söz konusu olmaz[99].

Mükelleflerin elde ettikleri gerçek gelir miktarları ile beyan ettikleri gelir arasındaki farkın tespiti için kullanılabilecek en etkili araçlardan birisi olan aramanın, vergi incelemesinin diğer denetim araçlarından faydalanmasın da olduğu gibi, elde edilen bilgi ve belgelerin somutlaştırılması ve hukuki bir forma dönüştürülmesi için diğer denetim araçları ile desteklenmesi gerekir. Aramanın gerçekleştirilmesinin hemen ardından, elde edilen bilgi ve belgeler üzerinden yapılan vergi incelemesi süreci başlamaktadır. Diğer taraftan, inceleme süre-

96 Mehmet Arslan, Vergi Hukuku, 7. Baskı. Bursa: MKM Yayınları, 2011, s.272.
97 Hepaksaz, Çevikcan ve Öz, s.151
98 Bumin Doğrusöz, "Aramalı İncelemenin İncelikleri", Referans Gazetesi, 24 Aralık 2009, http://www.bumindogrusoz.com/m.aspx?id=492, (18/03/2014)
99 Mehmet Yaşin, "Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunda Yer Alan Düzenlemeler Bağlamında Aramalı Vergi İncelemesinde Özellikli Bazı Durumlar-I", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı.199, (Temmuz 2009), s.57.

cinde bankalar, kamu kurumları ya da mükelleflerden bilgi alınması gereken durumlarda VUK'un verdiği bilgi alma yetkisi çerçevesinde ihtiyaç duyulan bilgilere ulaşılabilme imkânı vardır.

1.7. Bilgi Toplama

VUK'un 148 ilâ 152'nci maddelerinde düzenlenen bilgi toplama müessesesi ile vergi idaresine, mükelleflere ilişkin araştırmalarını yürütürken mükelleften, mükellef ile ilgili herhangi bir işlem yapan üçüncü kişilerden, kamu idare ve müesseselerinden bilgi alma yetkisi tanınmıştır[100]. Bilgi toplama, belirli bir amaca yönelmiş aktif bir çalışmadır. Bu müessesede esas olarak bilginin toplanması, sınıflandırılması, yorumlanması, saklanması ve kullanıma sunulması işlevleri yer almaktadır[101].

Beyana dayan vergi sisteminde, bilgi toplamanın ikili bir fonksiyonu vardır. Vergiye gönüllü uyum bunlardan birincisidir. Buna göre işlemleri hakkında bilgi alınabileceğini bilen mükellef, mükellefiyetine ilişkin hususlarda daha dikkatli olma ihtiyacı hissedecektir. Diğer taraftan, bilgi toplama müessesesi, gerek vergi incelemesi gerekse vergi idaresi tarafından yapılan diğer çalışmalar sırasında gelirlerini doğru bir şekilde beyan etmeyen mükellefler tarafından beyan dışı bırakılan verginin tespit edilmesine de imkan verir[102]. Bilgi toplama aracılığı ile vergi idaresinin edineceği bilgi, VUK'un 3/B-II maddesi[103] açısından delil niteliği taşır[104].

---

100 İdris Hakan Furtun, "Türk Hukuku'nda Vergi Mükellefini Denetleme Araçları", Bahri Öztürk ve Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), "Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı" içinde (300-312), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.310

101 Mehmet Ali Çakır, "Vergilendirmede Bilgi Toplama", *Sayıştay Dergisi*, Sayı.32 (Ocak-Mart 1999), s.29.

102 Özbalcı, s.449.

103 "İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.
Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.
İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir."

104 Furtun, s.312.

VUK'un 148'nci maddesi hem vergi idaresine hem de vergi incelemesine yetkili olanlara mükellefler, mükellefiyete ilişkin bilgiler ve mükelleflerle muamalede bulunanlara ilişkin olarak geniş bir bilgi alma yetkisi vermektedir. Bu noktada, alım-satım işlemleri, gerçekleşmemiş olsa bile vergi konusuna girecek bir muamele için yapılmış ön görüşmeler, mükellefe ait emtianın nakil ve muhafazası, kredi verilmesi, mevduat kabulü şeklindeki muamelelerin hepsi mükellefle muamelede bulunma deyiminin içine girmektedir[105]. Diğer taraftan, mükelleflerin banka hesapları, nüfus kayıtları, kamu kurumlarında bulunan diğer bilgileri de bilgi alma kapsamında vergi idaresine ya da vergi inceleme elemanlarına verilebilmektedir.

Talep üzerine verilen bilgilerin yanı sıra kimi kişi ve kurumların vergi idaresine sürekli olarak bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Sulh yargıçları, icra, nüfus ve tapu memurları, yabancı memleketlerdeki Türk konsolosları veya konsolosluk görevini yapanlar, mahalle ve köy muhtarları, bankalar, şirketler ve emanet kabul eden tüzel kişiler, kendi bilgileri halindeki ölüm ve intikal olaylarını, ertesi ayın 15'ine kadar, vergi dairesine bildirmekle yükümlüdürler. VUK'un verdiği yetkiye dayanılarak Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan düzenleyici işlemler ile kurumlar vergisi mükellefleri ile ticari kazanç elde eden gelir vergisi mükelleflerinin iş yeri, hasılat, çalışan kişi sayısı, vb. bilgilerini kapsayan "Mükellef Bilgileri Bildirimi"nin ve bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerin belirli bir haddi aşan mal ve hizmet alım ve satımlarına ilişkin bildirimlerin[106], elektronik ortamda yapılması mecburiyeti getirilmiştir.

Kendisinden bilgi talep edilenler, özel kanunlarda yazılı gizlilik hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten çekinemezken, kanunen bilgi vermekten imtina edebilecekler VUK'ta tahdidi olarak sayılmıştır[107]. Bilgi verme mecburiyetine uymayanlara VUK'un mükerrer 355'nci maddesi gereğince özel usulsüzlük cezası kesilmektedir. Ancak, söz

105 Özbalcı, s.450.
106 Ba-Bs Formları.
107 Buna göre, haberleşmenin gizliliği ilkesi gereği posta, telgraf ve telefon idaresi, mesleklerinin icrası nedeniyle öğrenip açıklamama yükümlülüğü altında bulundukları meslek sırları dolayısıyla doktorlar, avukatlar gibi bir kısım serbest meslek erbabından (meslekleri sebebiyle ve meslekleriyle ilgili olmak üzere edindikleri bilgilerle sınırlı olmak üzere) bilgi vermesi istenemez. Furtun, s.312.

konusu cezanın uygulanabilmesi için bilgi isteme yazısında, bu yazıya cevap verilmemesi veya eksik cevap verilmesi hainde VUK'ta öngörülen cezaların uygulanacağının belirtilmiş olması gerekmektedir[108].

Bilgi toplama, vergi idaresi tarafından son zamanlarda yoğun olarak kullanılan denetim araçlarından birisidir. Henüz başlangıç aşamasında olsa da bu bilgiler, çeşitli çapraz kontrollere tabi tutulmakta ve bu şekilde belirlenen riskli mükellef veya işlemlere yönelik olarak diğer denetim araçları kullanılmaktadır[109]. Bilgi toplama, vergi incelemelerinin verimli ve başarılı olması için çok önemli bir fonksiyona sahiptir. Vergi inceleme elemanları tarafından diğer mükelleflerden, bankalardan ya da çeşitli kamu kurumlarından elde edilen bilgiler mükelleflerin defter ve belgeleri ile karşılaştırılmakta ve çoğu zaman bu bilgiler sayesinde beyan dışı bırakılmış gelirlere ulaşılmaktadır. Bu bakımdan bilgi toplama müessesenin doğru çalışması diğer denetim yöntemlerinin de başarılı sonuçlar vermesi ve sonuç olarak vergilendirilmemiş gelirlerin ortaya çıkarılmasına katkı sağlayacaktır. Ancak şüphesiz ki, hem bu yöntemin hem de diğer yöntemlerin hukuk kurallarına uygun olarak kullanılması gerekir.

4. Sonuç

Kamu harcamalarının temel finansman bileşenlerinden birisi olan vergiler, kişiler açısından çoğu zaman bir maliyet unsuru olarak görülür. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da elde edilen gelirin bir kısmının vergilendirilmesini önlemek için çeşitli yollara başvurulur. Bunların bir kısmında kanunların tanıdığı imkânlardan faydalanılması söz konusu iken; bir kısmında ise kanunlarda öngörülenlere aykırı olarak hareket edilmektedir.

Mükellefler tarafından mali bir yük olarak kabul edilen vergilere karşı bir takım tepkiler verilebilmektedir[110]. Olumlu anlamda gö-

---

108 Gürol Ürel, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 2. Baskı, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2007, s.294.

109 Son dönemde uygulamaya konulan Önceden Hazırlanmış Kira Beyanname Sistemi bu konuya verilebilecek örneklerden birisidir. Gelir İdaresi Başkanlığı, bankalar, posta idaresi, belediyeler, vb. kurum ve kuruluşlardan temin ettiği bilgileri analiz etmekte ve kira geliri elde eden kişilerin beyannamelerini taslak halinde hazırlayarak onların onayına sunmaktadır.

110 Taşkın, s.87.

nüllü uyum ve olumsuz açıdan çalışmaktan imtina etmek, tüketimi, tasarrufu, üretim ve yatırımı azaltmak, vergiden kaçınmak ve vergi kaçakçılığı şeklinde ortaya çıkabilen mükellef tepkileri, vergiye ilişkin algının bir sonucudur. Bu tepkilerden en yaygın olanı ise, vergiden kaçınmanın ancak kanunların imkân tanıdığı durumlarda gerçekleştirilebildiği dikkate alındığında, gelirlerin bir kısmının kanunlara aykırı olarak beyan dışı bırakılması, bir diğer ifadeyle vergi kaçırmaktır.

Vergi idaresinin asli görevlerinden birisi de beyan dışı bırakılan gelirlerin tespit edilmesi ve gerekli yaptırımların uygulanmasıdır. Kişilerin beyan dışı bıraktığı gelirlerin tespit edilmesine yönelik olarak Türk vergi sisteminde kullanılan denetim araçları yoklama, vergi incelemesi, arama ve bilgi toplamadır. Bireylerin tam anlamıyla vergiye gönüllü uyumundan bahsetmenin mümkün olmadığı dikkate alındığında, vergi denetiminin önemi daha fazla ön plana çıkmaktadır. Bu açıdan, vergi denetiminin etkinliği ve cezaların caydırıcılığı mükellefleri vergi ödemeye yöneltmektedir[111].

Bir kısım mükellefin beyan etmediği gelirlerin tespit edilmesi, kanunlara uygun olarak beyanda bulunan mükelleflerin haksız rekabete uğramalarının önlenmesi açısından da önemlidir. Diğer taraftan, denetim araçları sadece kayıt altında olan mükelleflerin beyanlarının doğruluğunun araştırılmasını değil, vergiyi doğuran olayların varlığının da tespiti suretiyle kayıt dışı kalan mükelleflerin ve dolayısıyla beyan dışı bırakılan vergilerin de ekonomiye kazandırılmasını sağlar. Bu neticesi itibariyle de denetim araçları, vergilemede adalet ve eşitliğin sağlanmasına katkı yapar.

Yoklama, mükelleflerin vergisel yükümlülüklerinin tespitinin ilk kez yapıldığı denetim aracıdır. İşe başlama bildirimleri ile başlayan bu süreçte, gerçekleştirilmesinin kolay ve sıkı şekil şartlarına bağlanmamış olması, mükellefle birebir temas kurularak ve çoğu zaman işyerinde faaliyete ilişkin işlemlerin bizzat görülmesi suretiyle yapılması yoklamanın sahip olduğu avantajlardır. Vergisel işlemlerin yanı sıra kayıt dışı istihdamın tespit edilmesinde de önemli bir rolü olan yoklama, ekonomik faaliyetlerin kayıt altına alınmasına yardımcı olur.

111 Coşkun Can Aktan, "Vergi Psikolojisinin Temelleri ve Vergi Ahlakı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Cilt.26, Sayı.1, (Ocak 2012), s.15

Vergi incelemesi, beyan dışı bırakılan gelirlerin somut olarak ortaya konulduğu bir denetim aracıdır. Vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından yürütülen bu faaliyet, yoklama, arama ve bilgi toplamadan da yararlanarak mükelleflerin beyan etmedikleri gelirlerin tespit edilmesine ve bu durumun bir anlamda hukuki bir iddia metni olan vergi inceleme raporları vasıtasıyla vergi daireleri tarafından tahsil sürecinin başlatılmasına imkân vermektedir. Vergi incelemelerinde uyulacak usul ve esaslarda yakın zamanda yapılan mükellef haklarına yönelik olumlu düzenlemeler söz konusu olmakla birlikte, uygulamada ortaya çıkan sorunlara ilişkin olarak ihtiyaç hissedilen değişikliklerin yapılması, sürecin hem daha hukuki hem de daha etkin yürütülmesini sağlayacaktır.

Mükellefler tarafından beyan dışı bırakılan gelirlerin tespit edilmesinde kullanılan araçlardan arama müessesesi, uygulanması sıkı şekil şartlarına bağlanmış olmakla birlikte, en fazla bilgiye sahip olma imkânı sağlaması açısından diğer araçlara nazaran daha etkindir. Ancak sadece arama yapılarak bir sonuca gidilmesi de zordur. Zira aramanın hemen ardından vergi incelemesi süreci başlamakta ve arama ile elde edilen bilgiler vergi incelemesi sayesinde analiz edilerek hukuki bir sonuca bağlanmaktadır.

Bilgi toplama, son dönemde vergi idaresinin gerçekleştirmeye çalıştığı risk odaklı denetim faaliyetleri için ihtiyaç duyduğu veri tabanını oluşturmak için başvurduğu kaynaklardan birisidir. Ayrıntılı bir şekilde hazırlanan formların mükellefler tarafından elektronik ortamda verilmesi talep edilmekte ve bu şekilde elde edilen bilgiler vergi kayıp ve kaçağının tespit edilebilmesi için çapraz kontrollere tabi tutulmaktadır. Bunun yanı sıra bilgi toplama, diğer denetim araçlarına verdiği katkı ile de gerçekleştirilen denetimin başarılı olmasını sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

Acinöroğlu Serkan, "Vergiden Kaçınma ve Vergi Kaçakçılığıyla Mücadelede Avrupa Birliğinin 1 Ocak 2013 Tarihli Son Eylem Planının Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.379, Mart 2013, ss.188-197.

Akdoğan Abdurrahman, Kamu Maliyesi, 14. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2011.

Akın Emrah, "Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı.167, Kasım 2006, www.yaklasim.com, (09/03/2014).

Aktan Coşkun Can, "Vergi Psikolojisinin Temelleri ve Vergi Ahlakı", Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, Cilt.26, Sayı.1, Ocak 2012, ss.14-22.

Arslan Mehmet, Vergi Hukuku, 7. Baskı. Bursa: MKM Yayınları, 2011.

Baykara Bekir, "Vergi İncelemesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.313, Eylül 2007, www.vergidunyasi.com.tr, (09/03/2014).

Beygo Nusret, "Vergi İncelemesinin Anlamı ve Yeri", *Vergi Dünyası Dergisi,* Sayı.11, Temmuz 1982, www.vergidunyasi.com.tr, (09/03/2014).

Çakır Mehmet Ali, "Vergilendirmede Bilgi Toplama", *Sayıştay Dergisi*, Sayı.32 Ocak-Mart 1999, ss.29-30.

Candan Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2001.

Ceylan Mehmet Ali ve Ahmet Tunalı, "646 sayılı KHK Sonrası Bir Değerlendirme: "Vergi Denetim Kurulu" Kuruluş Amacına Ne Kadar Hizmet Edebilecek", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.360, Ağustos 2011, ss.27-32.

Çolak Mustafa, "Kayıtdışı Gayrimenkul Gelirlerinin Tespiti ve Yoklama Tutanaklarının İşlevi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı.133, Ocak 2004, www.yaklasim.com, (11/03/2014).

Çölgezen Övül, "Vergi Kaçakçılığı, Vergiden Kaçınma ve Vergi Planlaması", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.347, Temmuz 2010, ss. 73-77.

Danıştay 4. Dairesi'nin 05/02/2002 Tarih ve 2001/3459 Esas ve 2002/357 Karar Numaralı Kararı, http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm, (10/03/2014).

Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 27/12/2002 tarih ve 2002/549 Esas ve 2002/ 633 Karar Numaralı Kararı, www.danistay.gov.tr, (10/03/2014).

Doğrusöz, Bumin. "Aramalı İncelemenin İncelikleri", Referans Gazetesi, 24 Aralık 2009, http://www.bumindogrusoz.com/m.aspx?id=492, (18/03/2014).

Doğrusöz, Bumin. "Aramalı Vergi İncelemesi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı.206, Şubat 2010, www.yaklasim.com (09/03/2014).

Ekici Mehmet Sena, "Vergi Denetiminde Uzmanlaşma ve İşbölümüne Dayalı Yeni Bir Dönem Üzerine Genel Bir Değerlendirme", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı. 228, Aralık 2011, www.yaklasim.com, (10/03/2014).

Erdem Tahir, 6009 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Sonrasında Vergi İncelemesi, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2011.

Eyüpgiller Saygın, "Vergiden Kaçınma ve Vergi Peçelemesi", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı: 113, Mayıs 2002, www.yaklasim.com, (09/03/2014).

Furtun İdris Hakan, "Türk Hukuku'nda Vergi Mükellefini Denetleme Araçları", Bahri Öztürk ve Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), "Vergi Hukuku Örneğinde Hukuka Uygun Ve Etkin Kamu Denetimi Sempozyum Kitabı" içinde (300-312), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.310.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Gelir Vergisi Mükelleflerinde İşe Başlama ve İşi Bırakma, Ankara, 2007

Gelir İdaresi Başkanlığı, Tüm Yönleriyle Vergi İncelemesi, Ankara, 2007.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2011, Ankara, 2012.

Gelir İdaresi Başkanlığı, Faaliyet Raporu 2012, Ankara, 2013.

Gök A. Kerim, "Vergi Direncinin Gelişimi", *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt. XXII, Sayı.1, 2007, ss.143-163.

Günday Malik, "Gönüllü Beyan Sisteminde Vergi İncelemesinin Asli Amacı ve İdari İşlem Olma Niteliği", *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı.93, Haziran 1996, www.vergisorunlari.com.tr, (09/03/2014).

Hepaksaz Engin, Fatih Çevikcan ve Ersan Öz, "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.354, Şubat 2011, ss. 149-157.

İbiş Cemal, "İşletmelerde Vergi Planlaması", Mali Çözüm, Sayı.68, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, ss.72-79.

Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, 3. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 15. Baskı, Ankara: Siyasal Yayınevi, 2003.

Kızılot Şükrü, Danıştay Kararları ve Özelgeler, Cilt.6, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002.

Kızılot Şükrü, Türk Vergi Hukukunda Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002.

Kızılot Şükrü ve Metin Taş. Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2009.

Mutluer Kamil, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.

Nadaroğlu Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1996.

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

Özbalcı Yılmaz, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Ankara: Oluş Yayıncılık, 2010.

Saban Nihal, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2009.

Rakıcı Cemil, "Vergi Denetiminin Yeni Yapısı ve Denetimin Kayıt dışılığı Önleme Fonksiyonu", *Zonguldak Kara Elmas Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt.7, Sayı. 14, 2011, ss.345-362.

Savaşan Fatih ve Hakkı Odabaş, "Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Nedenleri Üzerine Amprik Bir Çalışma", *Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Cilt.5, Sayı.10, 2005, ss.1-28.

Seyidoğlu Halil, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, İstanbul: Güzem Can Yayınları, 2002.

Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ile Maliye Bakanlığı denetim gücünü birleştiriyor, 2013, http://ekonomi.haber7.com/turkiye-ekonomisi/haber/987280-maliye-ve-sgk-ortak-denetim-yapacak, (20/03/2014).

Şişman Bülent, İşletmelerde Vergi Planlaması Yöntemleri, Ankara: Yaklaşım Yayınları, Nisan 2003.

Taşkın Yasemin, "Vergi Psikolojisi ve Vergiye Karşı Mükellef Tepkileri", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, Seri:54, 2010.

Tekin Fazıl ve Ali Çelikkaya, Vergi Denetimi, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.

Tuncer Mehmet ve Ali Övet, "Türkiye'de Vergi İnceleme Oranı, Vergi Denetiminde Örgütlenme Sorunu ve 6009 Sayılı Yasa: Bir Anket ve Sonuçlar", *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı.218, Şubat 2011, www.yaklasim.com, (11/03/2014).

Tuncer Selahattin, "İşletme Vergiciliğinden Vergi Planlamasına", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:181, Ocak 2008, www.yaklasim.com, (09/03/2014).

Türk İsmail, Kamu Maliyesi, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Uluatam Özhan, Kamu Maliyesi, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2003.

Ün Raci, "Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları I", Yaklaşım Yayınları, Sayı.191, Kasım 2008, www.yaklasim.com (09/03/2014).

Ürel Gürol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 2. Baskı, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2007.

Vergi Denetim Kurulu, 2012 yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2013.

Vergi Denetim Kurulu, 2013 yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2014.

Vergi Türleri İtibariyle 2011 Yılı İnceleme Sonuçları, http://www.kayitliekonomiyegecis.gov.tr/alt.php?sayfa=istatistik_gib_1, (20/03/2014).

Yaşin Mehmet, "Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunda Yer Alan Düzenlemeler Bağlamında Aramalı Vergi İncelemesinde Özellikli Bazı Durumlar-I", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı.199, Temmuz 2009, ss.55-58.

Yumuşak İbrahim, "Kırk Küp Kırkının Da Kulpu Kırık Küp: 646 sayılı Kanun Hükmünde Kararname", *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı.360, Ağustos 2011, ss.18-26.

Yavaşlar Funda Başaran, "Türk Hukukunda Vergi İncelemesi, *Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı.261, Haziran 2010, www.vergisorunlari.com.tr, (09/03/2014).

03/06/1949 tarih ve 5421 sayılı Mülga Gelir Vergisi Kanunu Gerekçesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Sıra Sayısı 147, http://www.tbmm.gov.tr, (06/03/2014).

2011/3 sayılı Başbakanlık Genelgesi , http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx#, (20/03/2014).

8,7 milyar liralık vergi cezası, 2013, http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/22352570.asp, (15/03/2014)

DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA VERGİ HUKUKUNDA İKTİSADİ, TİCARİ VE TEKNİK İCAPLAR

ECONOMIC, COMMERCIAL AND TECHNICAL REQUIREMENTS IN TAX LAW IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COUNCIL OF STATE

Cihat ÖNER*

Özet: Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 3'üncü maddesi ile ispat yükünde ana kural olarak belirlediği iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygunluk, vergi hukuku tartışmalarında sadece bu yükü tersine çeviren bir olgu olarak ele alınmaktadır. Yazında kuralın içeriği ve kapsamına ilişkin tartışmalara yeterince yer verilmediği, konunun Danıştay kararlarına atıf yapılarak açıklanmaya çalışıldığı gözlenmektedir. Bu nedenle çalışma ilk olarak Danıştay kararlarından elde edilen olguların belli bir sistematikte irdelenmesini amaçlamaktadır. İncelenen kararlar, alım-satımlarda, kullanılan belgelerin geçerliliğinde, üretim sürecinde, alacak-borç ilişkilerinde, işlemlerinin şekil şartlarında, vergi kolaylıklarından yararlanmada ve faaliyetin niteliğinde olmak üzere çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmıştır.

Anahtar Kelimler: İktisadi, ticari ve teknik icaplar, normal ve mutat durum, ispat yükü, resen araştırma ilkesi.

Abstract: The compliance with the economic, commercial and technical requirements which were determined as the main rule of the burden of proof in the Article 3 of the Tax Procedural Code (TPL) has been handled only as a phenomenon in the tax law discussions that reverses this burden. It is observed that the debates on the nature and scope of the rules have not been provided sufficiently in the literature; the subject is tried to be explained by referring to the Council of State's decisions. Therefore, this research primarily aims at systematically analysing the data obtained from the Council of State's decisions. The examined decisions are categorized under the headings of purchase-sales relations, validity of the used documents', the production process, the asset-liability relationships, formal requirements of the operations, benefiting from tax allowances and the nature of the activities.

Keywords: Economical, commercial and technical requirements, normal and usual case, the burden of proof, the principle of ex officio inquiry.

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. coner@law.ankara.edu.tr

Giriş

Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 3'üncü maddesi ile ispat yükünde ana kural olarak belirlediği iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygunluk, vergi hukuku tartışmalarında sadece bu yükü tersine çeviren bir olgu olarak ele alınmaktadır. Yazında kuralın içeriği ve kapsamına ilişkin tartışmalara yeterince yer verilmediği, konunun Danıştay kararlarına atıf yapılarak açıklanmaya çalışıldığı gözlenmektedir[1]. Bu nedenle araştırmada kullanılabilecek en önemli kaynak Danıştay kararları olmaktadır. Kaldı ki doğası gereği bu icaplar, somut olay bazında ele alınmalıdır. Zira her somut olayda iddia ve ispat edilecek husus değişiklik göstermektedir.

Kavramın içeriğinin doldurulmasında yararlanılacak en uygun olgular da yine Danıştay kararında bulunmaktadır. Dolayısıyla çalışma ilk olarak Danıştay kararlarından elde edilen bilgilerin belli bir sistematikte irdelenmesini amaçlamaktadır. Her bir somut olayda Danıştay'ın iktisadi, ticari ve teknik icaplardan ne anladığı araştırılabilir; ancak bu araştırmanın belli bilimsel ölçütlere uygun olması zorunludur. Sistematiğe ilişkin bilimsel ölçüt kararların iktisadi, ticari ve teknik icapları belirlediği somut olaylarda hangi temelden hareket ettiği üzerine kurulmuştur. Bunun sonucunda incelenen kararlar, alım-satımlarda, kullanılan belgelerin geçerliliğinde, üretim sürecinde, alacak-borç ilişkilerinde, işlemlerinin şekil şartlarında, vergi kolaylıklarından yararlanmada ve faaliyetin niteliğinde olmak üzere çeşitli başlıklar altında sınıflandırılmıştır. Şüphesiz ki bu sınıflandırma yeni kararlar ile zenginleştirilebilir ve çalışmaya yeni başlıklar eklenebilir. Bu araştırma ile ucu açık bir tartışmanın başlatıldığı söylenebilir.

I. Kavramsal Çerçeve

VUK 3'üncü maddesinin son fıkrasında *"İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir"* hükmü ispat yüküne ilişkin ana kuralı koymaktadır[2]. Bu maddede yer alan

---

1 Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Özdiler Küçük Eda, Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss.87-90.

2 Bu ana kural, hayatın olağan akışı karinesi olarak adlandırılmaktadır. Bu karine uyarınca vergilendirmeye dayanak olan olayların iktisadi, ticari ve teknik icaplara

icapların ne anlama geldiği şu şekilde açıklanabilir: İktisadi icaplardan içinde bulunulan ekonomik ortam ve koşullar anlaşılmaktadır[3]. Ticari icaplardan kasıt ticari örf ve adettir. Teknik icaplar ise herhangi bir imalat faaliyetinde bulunması gereken unsurlar ve mamuldeki özellikleri içermektedir.[4] İlk olarak, hukuktaki genel kurala uygun bir biçimde, vergi hukukunda da iddia sahibinin maddi olguya ilişkin iddiasını ispat ile yükümlü tutulduğu ortadadır. Ancak bir olaydan kendi lehine sonuç çıkartacak olan tarafın, bunu ispat etmesi zorunludur. Özellikle ekonomik, ticari ve teknik icaplara uymayan durumlar ile olayın özelliğine göre normal ve olağan sayılmayan durumlar iddia edilmişse, iddia sahibi bunu ispat etmekle yükümlü tutulmuştur.[5] Dolayısıyla bu bir ikna sürecidir. Olayın neden iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymadığı ya da mutat olmadığı konusunda uyuşmazlığın görüldüğü aşamaya göre ya vergi idaresi ya da mahkeme ikna edilmelidir. İkna sürecinde vergi hukukuna ilişkin ispat araçları kullanılabileceği gibi resen araştırma ilkesi de uygulama alanı bulacaktır. Aşağıda her bir somut olaydaki iddiaların ikna edici olup olmadığı ya da Danıştay'ın bunları nasıl değerlendirdiği tartışılmaktadır.

İktisadi, ticari ve teknik icaplar yanında olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumun iddia olunması halinde de ispat yükü bunu iddia eden tarafa düşer. Bu genel olarak vergi idaresinin yararına işleyen bir karinedir[6]. Aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı üzere normal ya da mutat durumlar bazen iktisadi, ticari ve teknik icaplar ile birlikte ele alınmakta, bu icaplara aykırılıklar normal ve mutat olmayan durumlar olarak kabul edilmektedir. Bu yüzden söz konusu icapların normal ve mutat olmayanın tespiti bakımından da bir

---

uygun olarak oluşmuş olduğu ve hayatın olağan akışına göre normal ve mutat şekilde ortaya çıktıkları kabul edilir. Bkz. Kaneti Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.50.

3 Başka bir tanımlamada iktisadi icaplar, insanların kişisel çıkarları gereği topluma egemen olan ekonomik sistemin kurallarının gerektirdiği gibi davranmaları olarak tespit edilmektedir. Bkz. Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s.838-839.

4 Mualla Öncel - Ahmet Kumrulu - Nami Çağan, Vergi Hukuku (22. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.202.

5 Öncel-Kumrulu-Çağan, a.g.e., s.202.vd.

6 Zira vergilendirme işlemini vergi dairesi yapmaktadır; vergi yükünün gerçekte olmadığını ispat mükellefe düşmektedir. Saban Nihal, "Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat", *Danıştay Dergisi*, S.82-83, 1992, s.8.

işlev kazandığı söylenebilir. Ancak bazı durumlarda normal ve mutat olmayanın iktisadi, ticari ve teknik icaplardan ayrı düşünülmesi gerekir. Maddenin kaleme alınış biçimi de böyledir. İncelenen kararlarda ise bu ayrım bazen gözetilmiştir. Genel olarak normal ve mutat olamayan durumlar iktisadi, ticari ve teknik icaplar ile birlikte ele alınıp somut olaydaki ispat yükü tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bazen de somut olayda uygulanacak iktisadi, ticari ve teknik bir icap bulunmadığı için hayatın olağan akışı dikkate alınarak ispat yükünün hangi tarafta kalacağı belirlenmektedir. Dolayısıyla iktisadi, ticari ve teknik icapların normal ve mutat olan ile birlikte ele alındığı kararlar bakımından böyle bir ayrım çok anlamlı görülmeyebilir. Zira bu icaplara aykırılık çoğu zaman normal veya mutad olana da aykırıdır. Bu nedenle bazı kararlarda her iki durum birlikte ele alınmıştır.

II. Alım - Satımlarda İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Bu başlık altında Danıştay'ın alım-satım ilişkilerinde iktisadi, ticari ve teknik icaplardan ne anladığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zira Danıştay'a göre alım satımlarda en önemli husus, iktisadi, ticari ve teknik icaplar ile normal ve mutat olmayan durumların neler olduğunun açıklanmasıdır. Bu doğrultuda Danıştay toplumsal bütünün her alanında ortaya çıkan hızlı değişim ve gelişmeler dikkate alındığında, iktisadi, ticari, teknik icaplar ile normal ve mutat olmayan durumların neler olduğunun olay esnasındaki koşullar esas alınarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Dolayısıyla aşağıda incelenecek kararlar Danıştay'ın temel yaklaşımını ortaya koymaktadır.

Danıştay'a göre ticari yaşamda mal satın alan mükellefin, malı satanın vergi ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği hususunda bilgi sahibi olması mümkünüdür. Ancak bir mükellefin diğer bir mükellef hakkında çeşitli bilgilere sahip olmaması da olağan bir durumdur. Örneğin alım satımda bulunulan mükelleflerin, birbirlerinin katma değer vergisi beyannamelerini verip vermediği, hâsılatının ne kadar olduğu, kullandığı belgelerin (şekil şartlarının doğru olması kaydıyla) vergi dairesinin izniyle bastırılıp bastırılmadığı konularında bilgisinin olmaması da normaldir.[7] Bu durumda ispat yükü, kendileri-

[7] Dnş. 9. D., E. 2008/1565, K. 2009/4934, T. 18.12.2009.

ne ait vergi ödevleri veya benzer işlemler söz konusu olduğunda mükelleflere yüklenmektedir. Alım satımda sırasında tarafların birbirlerinin iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun davranıp davranmadığını bilme yükümlülüğü yoktur.

Bir mükellefin vergi ile ilgili sorumluluklarını yerine getirmeyerek yasal olmayan fiillerinden doğan mali sonuçlardan iyiniyetli ve olayla irtibatı olup olmadığı somut olarak ortaya konulmadan bir başka mükellefi sorumlu tutmak hukukun temel ilkeleriyle de bağdaşmaz. Örneğin bir mükellefin alışlarının bir kısmının veya tamamının sahte olmasından hareketle satışlarının da sahte olduğu sonucuna ulaşılmak, ticari yaşamın gerçekleriyle örtüşmez. Sahte fatura kullanan mükellefler arasında, alış ve satışlarını sahte fatura ile belgelendirerek tamamen sahte fatura komisyonculuğu yapanların yanı sıra, maliyetlerini yükseltmek ve daha vergi ödemek amacıyla, sadece sahte mal alış faturası kullanan mükellefler de vardır. Bu durum aynı zamanda iyiniyetli mükellefleri de zor durumda bırakacaktır.[8]

Bu kararlardan çıkarılacak ilk sonuç herkesin kendi işlemleri ile ilgili ispat yüküne katlanacağıdır. Alım satımda karşı tarafın da iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun davrandığını kanıtlama zorunluluğu yoktur. İspat yükü taraflardan her biri üzerine ayrı ayrı düşecektir. İlişkinin alım satım gibi karşılıklı bir ilişki olması, kolektif bir ispat yükünün ortaya çıkmasına neden olmaz.

Ancak bu belirleme her alım satım için geçerli değildir. Bazen alım satımda kararlaştırılan bedelin ticari icaplara uygun olup olmadığı tartışmalı olabilir. Örneğin Danıştay, üst hakkının maliyet bedelinin çok altında satılmış olmasının ticari icaplara aykırı düştüğüne karar vermiştir.[9] Bu durumda tarafların her ikisinin de ispat yükü altında olduğu söylenebilir.

Zira Danıştay'ın da belirttiği üzere vergilendirme işlemi yapılırken, kanuna uygun olarak şekillenen işlemlerin biçimselliğinin ötesine geçilerek, işlemin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerekmektedir. Bu araştırma ilk etapta vergi idaresi tarafından yapılmalıdır. Bir ticari ilişkideki gerçek

8 Dnş. 9. D., E. 2008/1565, K. 2009/4934, T. 18.12.2009.
9 Dnş. 7. D., E. 2008/1923, K. 2010/3454, T. 04.11.2010.

mahiyetin, sonradan yapılacak bir inceleme ile ortaya konulması oldukça zor, hatta bazen imkânsızdır. Gerçek mahiyetin tespitindeki bu güçlük nedeniyle, VUK'un 3'üncü maddesinde, ispat külfetinin hangi tarafa ait olduğu hususu önem arz etmektedir. Buna göre, bir mükellef, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durumu iddia ederse, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Buradaki esas konu, iktisadi, ticari ve teknik icaplar ile normal ve mutat olmayan durumların hangi durumlar olduğunun açıklanmasıdır. Toplumsal bütünün her alanında ortaya çıkan hızlı değişim ve gelişmeler dikkate alındığında, iktisadi, ticari ve teknik icaplar ile normal ve mutat olmayan durumların neler olduğunun olay esnasındaki koşullar esas alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.[10]

Başka bir olayda tarafların alım satımda uyguladıkları iskonto tartışma konusu olmuş birbirleriyle sürekli bir ithalat-ihracat ilişkisi içerisinde bulunan firmaların, karşı taraftan gelen emtianın aranan evsafa uymaması durumunda mal bedeli üzerinden ıskonto uygulaması ticari hayatın icaplarına uygun bulunmuştur.[11] Vergi idaresi buna karşı çıkmış; ancak söz konusu ıskontoların yapılmadığı ve belgelerin içeriğinin gerçek olmadığı yönünde herhangi bir iddia ileri sürmemiştir. İnceleme raporunda sadece belgelerin VUK'da belirtilen şekil şartlarını taşımadığına değinilmektedir. Bu durumda ispat yükü vergi idaresine düşmektedir. Danıştay da gerçek giderin saptanması esnasında göz önünde bulundurulması gereken iskontonun aslında yapılmadığı yönünde bir tespit bulunmadığından, sadece bu belgelerin şekil şartlarına uygun olmadığı ileri sürülerek bu giderlerin kabul edilmemesi suretiyle bulunan matrah farkı üzerinden yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet görmemiştir.[12] Sonuç olarak düzenlenen belgelere ilişkin mevzuatta ayıca bir hükmün bulunmadığı durumlarda belgelerin iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun olarak düzenlendiği kabul edilmeli, ispat yükü bunun aksini iddia eden tarafa düşmelidir.

Vergiyi doğran olayın gerçek mahiyetinin araştırıldığı bir başka olayda, mükellef tarafından dökme likit petrol gazı için öngörülen oran üzerinden vergisi ödenerek belli bir miktar gaz satın alındığının

10 Dnş. 9. D., E. 2008/3402, K. 2010/84, T. 20.01.2010.
11 Dnş. 9. D., E. 2008/3402, K. 2010/84, T. 20.01.2010.
12 Dnş. 3. D., E. 1997/3764, K. 1999/970, T. 11.03.1999.

ve davacı şirketin kayıtlarına intikal ettirilmediğinin inceleme ile sabit olduğu iddia edilmiştir. Denetim elemanı, olayda mükellef lehine hareket edip kayıt dışı bırakılan tüm alışların değil, dökme ve oto gaz olarak yapılan kayıtlı satışların oranlarını dikkate alarak bir hesaplama yapmıştır. Sonuçta, kayıt dışı bırakılan LPG'nin oto gaz olarak satılan miktarı tespit edilmekte, bu miktar üzerinden resen tarhiyat yapılarak davacının alışlarını kayıt dışında tutarak gizlemeye çalıştığı ve LPG'yi dökme gaz olarak sattığı iddia edilmiştir. Danıştay ise bu durumun ekonomik, ticari icaplara ve hayatın olağan akışına aykırı olacağını belirlemektedir. Başka bir ifadeyle, alışları kayıt dışı tutularak gizlenmeye çalışılan LPG'nin daha karlı olan oto gaz olarak satıldığının kabulü, ekonomik, ticari icaplara ve hayatın olağan akışına daha uygundur. Bu durumda davacının, normal ve mutat duruma uygun olmayan alışlara konu dökme LPG'nin aynı şekilde satışının yapıldığını kanıtlaması gerekir.[13] Bu olayda vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin tespiti sırasında, mükellef tarafından yapılan işlemlerin hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı araştırılmış ve mükellefin kendi için daha kârlı bulduğu bu işlemi neden tercih ettiğini ispatlaması gerektiği ortaya konulmuştur. Dolayısıyla ticari hayatta işletmenin kârını arttırmak için seçilen yöntemin de ticari icaplara uygun olması gerekmektedir. Bu konu aşağıda faaliyetin niteliği başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

Alım satımlarda kullanılan belgelerin de ticari icaplara uygun olması ya da bunlara uygun düzenlenmesi gerekir. Zira Danıştay'a göre fatura, bir ticari işletmeden emtia satın alan kimseye, satıcı tarafından düzenlenerek verilen ve alıcının borçlandığı tutarı gösteren ticari bir belgedir.[14] Bir faturanın VUK'un kayıt ve belge düzenine ilişkin kurallarına göre emtia veya hizmeti alan tacirin yaptığı alışa kanıt oluşturabilmesi için emtia veya hizmetin faturayı düzenleyen tarafından yapılması gereklidir. Satıcının ve alıcının iradesiyle fatura düzenlenmeksizin emtia teslimi yapılan hallerde de tarafların, bedelin ödendiği ve emtianın teslim edildiği ortadadır. Ancak alıcının emtia girişini kayıtlarında gösterebilmek için faturaya ihtiyaç duyduğu bilinmektedir. Bu şekilde temin elden faturalarda bazen teslim edilen herhangi bir emtia veya hizmet bulunmamakta, taraflar bu işlemi kayıtlarına

13 Dnş. 7. D., E. 2008/5507, K. 2009/3054, T. 17.06.2009.
14 Dnş. VDD., E. 2008/878, K. 2010/145, T. 26.03.2010.

dâhil etmekte ve aralarındaki işleme gerçek bir teslim görüntüsü verilebilmek amacıyla gerekli tüm işlemleri tamamlamaktadır. Danıştay sadece fiili bir durum olarak belirlediği bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağını, belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla temin edilen faturalarda şeklen gösterilen emtia bedelinin gerçekten yüklenilen maliyetin varlığına kanıt oluşturmayacağını hüküm altına almaktadır.[15] Dolayısıyla bu işlemlerin gerçek olduğuna ilişkin ispat yükü işlemin taraflarına düşmektedir. Yapılan işlemin muvazaalı olmadığı taraflarca ispatlanmalıdır.

Alım satım bedelinin tartışmalı olduğu bir başka olayda, davacının satın aldığı fabrika binasının bedelini aktifinde farklı bir değerle kaydettiği tespit edilmiştir. Bu kaydın binanın gerçek değerini temsil etmekten uzak olduğu iddia edilmektedir. Danıştay'a göre, yapılacak gerçeklik araştırmasında satış bedelinin veya gerçeğe en yakın değerin tespiti zorunludur. Zira vergilemede satışa konu fabrikanın vergi dışı başka amaçlarla yaptırılan değer tespitinin ve saptanan kıymetinin esas alınması ticari ve ekonomik gereklere uygun düşmemektedir.[16] Dolayısıyla iktisadi, ticari ve ekonomik icaplara uygun düşen, binanın VUK hükümlerine göre tespit edilecek değerinin vergilendirmeye esas teşkil etmesidir.

Alım satım bedelinin iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun olduğunun mükellef tarafından kanıtlanması gerektiğinin ortaya konulduğu bir başka olayda mükellef, dava dilekçesinde taahhüt işi nedeniyle akaryakıt kullanmasının zorunlu olduğunu ileri sürmüştür. Mükellef, ihtilaf konusu olan yılda belli bir miktar motorin aldığını, ancak iş makinesi, silindir ve ekskavatör çalışması ve nakliye işi nedeniyle bir miktar fatura düzenleyemediğini iddia etmektedir. Ancak Danıştay'a göre ilke olarak tüm faturalarda yapılan iş miktarının ve teslim edilen taahhüt işlerine ait hakediş belgelerinin gösterilmesi, tüketilen motorin miktarının söz konusu alışlara uygunluğunun mükellef tarafından kanıtlaması gerekmektedir.[17] Bu durumda mükellefin faturalardaki akaryakıt alışının gerçekliğini yahut faturaların, maliyetleri yükseltmek veya belgesiz alışları belgelendirmek amacıyla temin edilmediğini ispat etmesi şarttır.

---

15 Dnş. VDD., E. 2008/878, K. 2010/145, T. 26.03.2010.
16 Dnş. VDD., E. 1998/63, K. 1999/102, T. 26.02.1999.
17 Dnş. VDD., E. 2007/697, K. 2009/111, T. 20.03.2009.

Benzer şekilde faturaların alım satımda gerçekten kullanılıp kullanılmadığının ispatı da mükellefe düşmektedir. Danıştay, mükellefe faturaların kullanılmadığını hukuken geçerli belgelerle kanıtlama yükümlülüğü yüklemektedir. Böyle bir durumda defterlerinde kayıtlı ve fiilen kullanıldığı saptanan faturalardaki hâsılat tutarı esas alınarak hesaplanan, ibraz edilmeyen her bir fatura ile elde edilebilecek ortalama komisyon gelirine göre bulunan matrah farkı üzerinden tarhiyat yapılması hukuka uygun bulmuştur.[18] Burada tartışılması gereken husus mükellefin her beyanını ispat etmek zorunda olup olmadığıdır. Vergi idaresinin tartışmaya açtığı her durumun mükellef tarafından ispatlanacağını ileri sürmek ispat yükünün sürekli mükellef üzerinde kalması sonucunu doğurur. Kanunun bu amacı güttüğü ileri sürülemez.

Danıştay mükelleflerin beyanlarının gerçek olduğu karinesinden yararlanamayacağı durumları ve ispat yükünün neden mükelleflerin üzerinde kaldığını şu şekilde açıklamaktadır: Kurumlar Vergisi, mükelleflerin beyanına dayanılarak tarh ve tahakkuk ettirilen bir vergidir. İlk tahakkuk vergi mükellefinin beyanının doğruluğuna dayanılarak yapılır; ancak VUK'un 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına bağlı bentlerde yazılı durumlar ortaya çıkarsa, mükellefler beyanlarının doğruluğuna ilişkin karineden faydalanamazlar.[19]

Örneğin vergilendirme döneminde belli bir hâsılatı olan ve kurumlar vergisi beyannamesine ek gelir tablosunda bir miktar genel yönetim gideri bildiren kurumun, önceki yıl stokunda görülen ve vergisi ihtilaflı döneme devreden emtiadan daha az satışı olmasına karşın, dönem başı stokundan fazla emtia alıp, önceki yıl stokundan yüksek miktarda emtia stokunu sonraki yıla devretmesi ticari gereklere aykırı görülmüştür. Danıştay'a göre bu durumda mükellefin hâsılat ve maliyet kayıtlarının gerçek durumu yansıtıp yansıtmadığı defter ve belgeleri incelenerek saptanmalıdır. Defter ve belgelerin incelenmek üzere istendiğinde ibrazdan kaçınılması durumunda hâsılat ve maliyet kayıtlarının doğruluğu mükellef tarafından kanıtlanmalıdır.[20] Fakat bu olayda resen tarhiyat nedenlerinden bahsedilmemektedir. Sadece gerçek bilgilere inceleme yapılarak ulaşılabilmesi ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli görülmüştür.

18 Dnş. VDD., E. 2006/89, K. 2006/216, T. 06.07.2006.
19 Dnş. VDD., E. 2008/582, K. 2009/74, T. 06.03.2009.
20 Dnş. VDD., E. 2008/890, K. 2009/178, T. 17.04.2008.

Benzer şekilde beyan dışı bırakılan değer artışı kazancının, resmi kayıtlar üzerinden tespit edilmiş olması durumunda da ispat yükü yer değiştirmekte, mükellefçe taşınmazın tespit edilen tutarın altında bir tutarla satıldığının hukuken geçerli belgelerle ispatlanması gerekmektedir.[21]

Ama bazen bedeli araştırma yükümlülüğü mahkemelere de düşebilir. Şöyle ki, alım satım bedelinin emsallerden faklı olduğu durumlarda neden böyle bir bedel uygulandığının araştırılması ve talep edildiğinde mükellefçe ispatlanması gerekir. Zira Danıştay'a göre ticari işletmeler, kâr elde etmek amacıyla faaliyet gösteren kuruluşlardır. Satılan malın mümkün olan en yüksek fiyatla satılması kârı artırıcı bir unsurdur. Satışa konu emtianın mümkün olduğunca aracılar devre dışı bırakılarak doğrudan satılması firmaların lehine bir durum olmakla birlikte, bu husus ticari hayatta her zaman mümkün olmamaktadır. Satıcı firmanın büyüklüğü ve organizasyon yeteneğine göre işlemler değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla serbest bölgelerin ve ticari işletmelerin kuruluş amaçlarına aykırı görünen bazı faaliyetlerin aslında bu amaçlara aykırı olmadığı, yürütülen faaliyetin özelliğinden veya işletmenin organizasyon şeklinden kaynaklandığının ilgililerce kanıtlanma imkânı bulunmaktadır. Kaldı ki resen araştırma ilkesi gereği bu iddiaların mahkemelerce incelenmesi de şarttır.[22]

Danıştay'a göre vergilendirmeye esas teşkil edecek işlemlerin gerçekliğinin araştırılması sırasında idareye düşen görevlerin yerine getirilip getirilmediği de denetlenmelidir. Örneğin verilen hizmet bedellerinin bir kısmının nakit, bir kısmının kredi kartı ile bazen iki ayrı kredi kartı kullanılarak ödendiği, bazı müşterilerin nakit ihtiyacı için de kredi kartı kullanıldığı yolundaki iddiaların inceleme elemanınca dikkate alınması gereklidir. Kullanılacak yöntem değişiklik gösterebilir; asıl amaç gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle araştırma sırasında inceleme elemanın, bankadan aldığı ayrıntılı kredi kartı dökümleri ile mükellef kurum tarafından aynı dönem için düzenlenen yasal hâsılat belgelerini karşılaştırması, belgeler üzerinde yazılan tarih ve saat bilgileri kullanarak yazar kasa fişi ve slip tutarlarının bölünmüş olabileceğini dikkate alması yeterli görülmektedir. Bundan sonra ispat yükü

21 Dnş. 4. D., E. 2008/1934, K. 2010/5194, T. 21.10.2010.
22 Dnş. 4. D., E. 2007/5566, K. 2009/4736, T. 08.10.2009.

mükellefe düşecektir, zira mükellefin bu iddiayı kanıtlayacak ve yapılan incelemenin eksik sayılmasını gerektirecek somut bilgi ve belgeye dayanması zorunludur.[23]

İşletme sahibi veya paydaşlarının kredi kartı ve işletmeye tahsis edilen POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemler kural olarak, işletmenin, işletme sahibi veya paydaşına, işletmenin uğraş konusuna giren emtia veya hizmet teslimi yaptığını ifade eden işlemleridir. Bu işlemlerin, işletme sahibinin kişisel olarak ya da yakınlarının veya yakınlık duyduğu kimselerin ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla, sosyal amaçlarla yahut gerçekte müşterilerinden tahsilât için yapılması, işlem tutarının işletme hâsılatı dışında tutulmasını gerektirmez. Söz konusu kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla gerçekleştirilen işlemin, işletme sahibine yukarıda değinilen amaçlardan herhangi biriyle emtia veya hizmet teslimi dışında yapılması, işlemin yapıldığı tarihteki emtia veya üretilebilir hizmet dengesi değişmeksizin, işletme sahibinin işletmeye finansman sağlamasıdır. Bu takdirde işletme, işletme sahibi veya paydaşına borçlanacaktır. Böyle bir borçlanmanın varlığının da işletmenin yasal defterlerindeki alacak-borç kayıtlarıyla kanıtlanması gereklidir. Bu durumun varlığını ve doğruluğunu gösteren kanıtları sunması davacıdan istenmeksizin ve sunulduğu takdirde değerlendirilmeksizin karar verilmesi hukuka uygun düşmez.[24]

Danıştay bu ve benzeri uyuşmazlıklarda geçerli olmak üzere kredi kartının ne olduğunu da tanımlamaktadır. Danıştay'a göre kredi kartı, bankalar ve özel finans kurumları tarafından, müşterilerine gerek mal ve hizmet alışverişi gerekse nakit çekişi sağlamak maksadıyla verilen ve belli bir limit dâhilinde taşıyıcılarına, bedelini daha sonra ödemek kaydıyla alışveriş yapma imkânı sağlayan bir kredi aracıdır. Kedi kartının esas kullanım alanı mal ve hizmet alışverişi olduğundan, bir ticari işletmenin hesap döneminde elde etmesi gereken hâsılatının hesabında, kredi kartı ile yapılan mal ve hizmet satışından elde ettiği hâsılatın da dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle kredi kartının finansman ihtiyacının giderilmesinde kullanılması ticari icaplara uygun olmayıp, aksinin ispatı mükellefe aittir.[25]

---

23 Dnş. VDD., E. 2002/376, K. 2002/442, T. 29.11.2002.
24 Dnş. VDD., E. 2008/36, K. 2008/603, T. 10.10.2008.
25 Dnş. VDD., E. 2007/226, K. 2007/335, T. 19.10.2007; Dnş. VDD., E. 2006/117, K. 2006/159, T. 16.06.2006.

Bir başka olayda, matrah farkı belirlenirken, idarenin ilacın ithal maliyetini tespit edip defter ve belgelerle karşılaştırarak matrahın tespitine etki eden faktörleri açıkça ortaya koyup koymadığı araştırılmıştır. Bu süreçte vergi idaresi yurt dışında bulunan firmadan alınan ilaçlara ait fiyatlardan, daha yüksek bedelle ilaç ithal edildiğini tespit edememiştir. Ancak Danıştay'a göre idarenin araştırma yükümlülüğü burada bitmemektedir. Dışişleri Bakanlığı veya ekonomi ve ticaret müşavirlikleri gibi resmi kurumlar aracılığıyla ithal konusu ilaçların gerçek fiyatının ne olabileceği Sağlık Bakanlığı'nın izin verdiği diğer ithalatçı firmaların benzeri ilaçları hangi fiyattan ithal ettiği hususlarının da araştırılması gerekmektedir. Ayrıca ilaç satıcısı firmanın yurt dışında bulunması, sattığı ilaçların fiyatlarının ne olabileceği konusunda araştırma yapılmasını engellemeyecektir.[26] Görüldüğü üzere ispat yükünün yer değiştirmesi için idarenin üzerine düşen tüm araştırma yollarını tüketmesi şarttır. Zira bu olayda iktisadi, ticari ve teknik icaplara aykırılığı idare iddia etmektedir. Bu nedenle ispat yükü idare üzerinde kalmaktadır.

Bu yükümlülük sadece idareler değil mahkemeler bakımından da geçerlidir. Örneğin bir olayda mükellef tarafından ödemelerin çekle yapıldığını gösteren banka ekstreleri dosyaya sunulmuş ancak vergi mahkemesince bu iddialar dikkate alınmamış, ödemelerin mahiyeti araştırılmamış, fatura düzenleyen firma hakkındaki raporda yer alan tespitler esas alınarak söz konusu faturaların sahte olduğu kabul edilmiştir. Danıştay bütün bu hususları göz önünde tutarak, mükellefin lehine ve aleyhine olan iddiaların birlikte değerlendirilmediği, dava konusu tarhiyatın, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olacağı kuralına uygun olmadığını tespit etmiştir.[27]

Başka bir uyuşmazlıkta Danıştay'ın aynı yaklaşımı sürdürdüğü gözlenmektedir. Söz konusu olayda vergi idaresi, yalnızca şirket ortağının şahsi hesabına yatırılan döviz cinsinden paradan hareketle şirketin defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikaların vergi matrahının doğru ve kesin olarak tespitine imkân vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuç Danıştay ta-

26 Dnş. 4. D., E. 1998/128, K. 1998/2379, T. 03.06.1998.
27 Dnş. 4. D., E. 2009/4029, K. 2010/3462, T. 07.06.2010.

rafından hatalı bulunmuştur. Benzer biçimde şirket ortağının şahsi hesabındaki para nedeniyle, bu parayı havale eden firma nezdinde paranın menşei konusunda bir inceleme yapmadan, hesap sahibi şirket ortağının, havale tarihlerinden önceki banka hesapları, maddi olanakları araştırılmadan, tasarruflarını vergisi ödenmiş veya vergiye tabi olmayan kazançlardan sağladığını kanıtlayamadığı iddiasıyla resen tarhiyat yapılması da yasaya aykırıdır[28]. Bu iddiaların vergi idaresince ispatlanması gerekmektedir; zira mutad ve normal olan bu aktarımların hukuka uygun biçimde yapıldığıdır.

Bazen tüm işlemler usulüne uygun olarak kayıt altına alınsa bile faaliyetin tümü söz konusu icaplara aykırı görülebilir. Böyle bir durumda yine ilk olarak gerçeğin araştırılması gerekmektedir. Danıştay bir kararında iktisadi, ticari ve teknik icapları ayrı ayrı ele alarak gerçeğe ulaşmayı denemiştir. Söz konusu kararda ticari organizasyonu, sermayesi, ticari geçmişi olmayan bir kişiden mal alışının gerçek olduğunun iddia edilmesi, ticari icaplara uygun bulunmamıştır. İkinci aşamada yüksek tutarlara varan ödemelerin peşin ve nakit olarak elden yapılmasının ekonomik icaplara aykırı olduğu belirlenmiştir. Dikkat edilecek olursa burada yukarıda değinilen örnekten faklı olarak alım satım bedeli değil, ödemenin şekli tartışma konusu yapılmıştır. Son olarak, belge konusu malların depolama, ambar giriş çıkış ve nakliyesinin belgelendirilmemesi, bu hizmetleri verdiği belirtilenlerin mükellefiyetlerinin olmaması ya da sona ermesi gibi sebepler teknik icaplara uygun görülmemiştir.[29] Genel olarak incelenen Danıştay kararlarında VUK'un ilgili maddesinde ispat yüküne ilişkin ifade bütün olarak ele alınmakta, her bir icaptan ne anlaşılması gerektiği tartışılmamaktadır. Bu kararda ise alım satım sürecinde her bir işlemin hangi tür icaplara aykırı olduğu ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu belirleme çok önemlidir; zira kanunda ekonomik, ticari ve teknik icapların tek tek sayılmasının bir anlamı olmalıdır. Her bir icap ayrı bir olguyu kapsamaktadır.

Başka bir kararda yine ödemenin gerçekleştirilme biçimi iktisadi ve ticari icaplara aykırı görülmüştür. Danıştay'a göre örneğin, sadece %1 komisyon geliri elde eden ve bu gelirini beyan eden mükellefin, kanunen öngörülen orandaki komisyon gelirinin önemli bir bölümü-

28 Dnş. 4. D., E. 1998/3479, K. 1998/4821, T. 07.12.1998.
29 Dnş. 2. D., E. 2000/4292, K. 2003/3080, T. 14.05.2003.

nü hiçbir zorunluluğu bulunmadığı ve faaliyetinin bir gereği olmadığı halde kredi faizi olarak bankalara ödemesi, iktisadi ve ticari icaplara uymamaktadır. Bu iddiasını kanıtlama külfeti mükellefe düşmektedir.[30] Bu kararda ödemenin gerçekleştirilme şekli iktisadi ve teknik icaplara aykırıdır. Yukarıdaki karardan farklı olarak iki icap arasında bir ayrım gözetilmemiş, işlemler topluca değerlendirilmiştir. Kullanılan terimlerdeki değişiklik de dikkat çekicidir. Danıştay bazı kararlarında iktisadi, bazı kararlarında ekonomik icaplar ifadesini tercih etmektedir. Bu farklılık esasa etkili olmasa da terim birliği açısından dikkat edilmesi gereken bir husustur.

III. Kullanılan Belgelerin Geçerliliği ve Şekil Şartları Bakımından İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Danıştay kararlarında iktisadi, ticari ve teknik icapların tartışıldığı diğer bir alt başlık da işlemler sırasında kullanılan belgelerin geçerliliğidir. Bazen söz konusu belgelerinin kullanılıp kullanılmamasının bazen de kullanılan belgelerin mahiyetinin ispatlamasında karşılaşılan sorunlar aşağıda ele alınmaktadır. Dolayısıyla bu başlık altında incelenen uyuşmazlıklarda sıkça mükelleflerin şekli ödevleri ile ilgili yükümlülükleri tartışılmıştır.

Örneğin vergi mükelleflerinin, fatura, gider pusulası, sevk irsaliyesi vb. belgeleri bastırmalarına ve bunları kullanmalarına rağmen, hiçbir beyanname vermemeleri; fakat faaliyetlerinin ve işyerlerinin bulunmadığını vergi dairesine bildirmelerinden sonra fatura düzenlemeye devam etmeleri, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutat olmayan bir durum olarak kabul edilmektedir.[31] Burada dikkate edileceği üzere iktisadi, ticari, ve teknik icaplar ile normal ve mutat olan birlikte değerlendirilmiştir. Oysaki sadece ticari icaplara aykırılık ispat yükünün kimde kalacağının tespiti için yeterlidir.

Benzer şekilde mükellef tarafından incelemeye ibraz edilmeyen faturalar arasında yer alan bazı faturaların kullanıldığı saptandığında da ispat yükü mükellefe düşmektedir. Zira cilt halinde bastırılan faturaların takip ettikleri sıraya göre düzenlenmiş olması gerektiğinden,

30 Dnş. 3. D., E. 1996/6564, K. 1998/1037, T. 24.03.1998.
31 Dnş. 7. D., E. 2000/6830, K. 2002/3688, T. 20.11.2002.

bu numaralar arasında yer alan diğer faturaların da kullanıldığının kabulü zorunludur. Normal ve mutat olan bu durumun aksini kanıtlama mükellefe düşmektedir.[32] Benzer şekilde, kullanıldığı tespit edilen ilk ve son faturalar arasındaki bir faturanın da fatura nizamı açısından kullanıldığının kabulü gerekli olup, bu faturanın kullanılmadığı davacı tarafından kanunen geçerli belgelerle ispatlanmalıdır.[33] Danıştay'a göre vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti ortaya konulurken söz konusu faturaların gerçekten kullanılmadığının ve nedeninin mükellef tarafından ispat edilmesi gereklidir. Adına bastırdığı belgeleri hiç kullanmadığını iddia eden mükellef, bu iddiasını kanunen geçerli belgelerle ispatlamak zorundadır.[34]

Bazen mükelleften bunun tam tersinin istendiği de olmuştur. Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta, incelemeler sırasında izinsiz bastırılan bir adet faturanın kullanıldığı saptanmış, bu husus davacı tarafından da kabul edilmiştir. Ancak bu olayda mükellef sadece bir tek izinsiz fatura bastırdığını ve kullandığını iddia etmektedir. Danıştay ise tek bir faturanın bastırılmasını ekonomik ve ticari icaplara uygun bulmamıştır. Bu durumda Danıştay'a göre mükellefin kullandığı saptanan faturanın izinsiz olarak bastırılan bir cildin içerisindeki fatura olduğu ve numara sırasına göre söz konusu faturadan önceki faturaların tamamının kullanıldığının kabulü gerekmektedir.[35] Mükellefin bu iddia karşısında sadece tek bir sahte fatura kullandığını ispat etmesi yanında başka sahte fatura kullanmadığını ve cilt içindeki diğer faturaların sahte olmadığını da ispat etmesi gereklidir. Ancak bu durum varsayıma dayalı vergilendirme yapılamayacağı ilkesine uygun düşmemektedir. Burada önemli olan mükellefin sahte olarak düzenlediği ve kullandığı faturanın vergilendirmeye esas teşkil etmesidir. Cilt içerisindeki diğer faturaların sahte olmadığının ispatı mükellefe yüklenmemelidir. Zira bu bir varsayımıdır; mutat olan faturaların hukuka uygun olarak düzenlendiklerinin kabulüdür. Aksini ispat vergi idaresine düşmelidir.

32 Dnş. VDD., E. 2004/24, K. 2004/48, T. 07.05.2004.
33 Dnş. VDD., E. 2002/613, K. 2003/316, T. 13.06.2003; Dnş. VDD., E. 2002/591, K. 2003/315, T. 13.06.2003.
34 Dnş. 7. D., E. 2002/3742, K. 2003/3506, T. 10.06.2003.
35 Dnş. VDD., E. 2005/172, K. 2005/279, T. 12.09.2005; Dnş. VDD., E. 1999/441, K. 2000/134, T. 07.04.2000.

Şekli ödevler bakımından mükellefe düşen tüm işlemlerini kanunen tanımlanan defterlere usulüne uygun bir şekilde kaydetmektir. Bu yükümlülüğü yerine getiren mükellefler bakımından ayrıca mutat ve normal olanı kanıtlama söz konusu olamaz. Ancak Danıştay'a göre ticari işlemlerin kanuni defter ve belgeler dışında kanunda öngörülmeyen gayri resmi defterlere kaydedilmesi halinde, bu kayıtların vergi matrahını azaltacak nitelikte olmadığının ispatı bunu iddia eden mükellefe ait olacaktır.[36]

Bazı durumlarda Danıştay, belgelerin ve defter kayıtlarının vergi kanunlarında ve kanunların vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan idari düzenlemelerde öngörülen biçimsel kurallara uygun bulunmasını, belgelerin temsil ettiği vergiyi doğuran olayla ilgili diğer biçimsel işlemlerin noksansız yerine getirilmiş olmasını yeterli görmemektedir. Düzenlenen belgeler ve bu bilgilere dayanılarak gerçekleştirilen defter kayıtları vergilendirmeye esas alınmak için yeterli değildir. (Örneğin, mükellefiyet tesisi, belge bastırma izni alınması, sevk irsaliyesi düzenlenmesi, çek verilmesi, borsa tescili gibi işlemlerin yapılması gibi işlemler) Ayrıca söz konusu biçimsel işlemlerin, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti ile uyumlu olması zorunludur.[37] Örneğin Danıştay, faturaları bir bütün olarak ele almayı tercih etmektedir. Danıştay'a göre, bir cilt faturadan 35'incisinin düzenlenmiş olması diğer 50 faturanın düzenlendiği anlamına gelmez ise de, geriye doğru 34 adedinin düzenlendiğinin kabul edilmesini gerektirir. Dolayısıyla 35 adet fatura düzenlediği anlaşılan davacının bu cildin tamamını kullanmadığına ilişkin iddiasının ispat külfeti kendisine düşmektedir.[38]

Bununla birlikte vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyeti her zaman kümülatif bir değerlendirme ile tespit edilmemelidir. Danıştay'ın bu konuda yukarıda değinilenden farklı bir kararı da mevcuttur. Dava konusu olayda, vergi idaresince mükellefin defterlerinde kayıtlı bulunan 55 adet faturanın hepsinin aslı ile suretlerinin farklı düzenlendiği kabul edilip cezalı tarhiyat yapılmıştır. Ancak sonradan yapılan incelemede sadece 6 adet faturanın aslı ve dipkoçanlarının farklı olarak

36 Dnş. VDD., E. 2000/169, K. 2000/351, T. 27.10.2000.
37 Dnş. 3. D., E. 2006/30, K. 2006/2284, T. 26.09.2006.
38 Dnş. 3. D., E. 1991/3095, K. 1992/512, T. 11.02.1992.

düzenlendiği tespit edilmiştir. Danıştay'a göre bu durum diğer 49 adet faturanın da farklı olarak düzenlendiğinin kabulünü gerektirmez. Aslı ve suretinin farklı olduğu tespit edilemeyen, düzenlenerek defter ve belgelere kaydedilen diğer 49 adet fatura için de altı adet faturadaki en yüksek miktar dikkate alınarak tarhiyat yapılması vergilendirmede hakkaniyet ve maddi delillere dayanma ilkelerine ters düşmektedir.[39]

Buraya kadar incelenen Danıştay kararlarında faturaların ticari faaliyetler esnasında tutarlı bir uygulama ile belli esaslar çerçevesinde düzenlenmesi, ticari icapların gereği olarak görülmüştür. Bu tespit doğrultusunda faturalara suretlerinin asıllarına uygunluğu da ele alınmalıdır. Zira mevzuata göre faturalar en az bir asıl ve bir örnek olarak düzenlenmelidir. Danıştay'a göre bu şekilde düzenlenen belgelerde, asılın örneğe değil, örneğin asıla uygun olması esastır. Asılla örnek arasında farklılık bulunması halinde asılın vergilendirme işlemlerine dayanak alınması doğaldır. Normal ve mutat olan bu durumunun aksinin iddia edilmesi halinde ispat yükü iddia sahibine ait olacaktır.[40]

İspat yükünün idareye düştüğünün belirlendiği bir başka uyuşmazlıkta ise Danıştay şu şekilde karar vermiştir: Yapılan araştırmalar ile davacının fatura içeriği emtiaları gerçekten adı geçen kişilerden aldığı ve katma değer vergisini ödediği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla bu durumun aksi davalı idarece ispat edilmelidir.[41]

Sadece faturalar bakımından değil iktisadi, ticari ve ekonomik icaplarca düzenlemesi gereken diğer belgelerin düzenlenmemesi durumunda da ispat yükü mükellefin omuzlarındadır. Örneğin satışın yapıldığı emtia üzerinde kurum yetkilisiyle birlikte yapılan fiili ve kaydi envanter neticesinde bir kısım malların satıldığı halde belge düzenlenmediğinin, defter kayıtlarına intikal ettirilmediğinin ve ayrıca bu malların dönem sonu mal mevcudu olarak değerlendirildiğinin vergi inceleme raporu ile saptanması durumunda, bu malların dönem sonunda stokta bulunduğu iddiası mükellefçe ispatlanmalıdır.[42]

Mükelleflere sadece belge düzenleme ve defter tutma ödevi değil aynı zamanda bunların beş yıl boyunca muhafazası için azami özeni

39 Dnş. 9. D., E. 1998/1165, K. 1999/900, T. 03.03.1999.
40 Dnş. 7. D., E. 2000/8771, K. 2004/812, T. 05.04.2004.
41 Dnş. 4. D., E. 2008/2274, K. 2009/3773, T. 30.06.2009.
42 Dnş. 3. D., E. 2001/961, K. 2002/1907, T. 08.05.2002.

gösterme yükümlülüğü de yüklenmiştir. Bu konu ile ilgili bir olayda mükellef, fatura koçanının diğer yapraklarının arasından yalnızca tek bir faturanın yetkililerinin bilgisi dışında kaybolduğunu ve başka bir şirketin eline geçtiğini iddia etmiştir. Danıştay'a göre bunun normal ve mutat olarak kabulüne olanak yoktur.[43] Vergi mükellefleri bakımından normal ve mutat durum, mükellefiyetle ilgili olarak yapılan tüm hâsılat ve giderlerin, VUK'da ve bu kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yapılan idari düzenlemelerde öngörülen belgelerle tevsik edilmesi, tutulması zorunlu defterlere kaydedilmesi ve bu defterlerle dayanağı olan belgelerin istenildiğinde ibraz edilmek üzere muhafaza edilmesidir.[44]/[45] Bu durumda, bir mükellef için herhangi bir tahsilâtın açıklanan şekilde belgeye bağlanmamış olması, normal ve mutat sayılamayacağından, hatta kanuna aykırı bulunduğundan, belgesiz hâsılat ve giderlerin mükellefiyeti ile ilgili olduğunun bunu iddia eden mükellef tarafından kanıtlanması gerekmektedir.[46]

Bu başlık altında iktisadi, ticari ve teknik icaplar, yapılan işlemlerin şekil şartları bakımından da tartışılmalıdır. Zira yapılan işlemlerin ispat gücü, hatta bazen geçerlilikleri bu icaplara uygunlukları ile ölçülür. Dolayısıyla şekli şartlarının hem ispat hem de geçerlilik şartı olarak ayrı ayrı ele alınması gereklidir. Bu nedenle her bir somut olay yine kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

Bir özel hukuk işleminin geçerliliğinin iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygunluğunun tartışıldığı bir uyuşmazlıkta Danıştay şu şekilde karar vermiştir: Olayda bir iş makinesinin mükellef adına tescil edildiği, kamyon kiralama sözleşmenin tarihsiz olarak haricen hazırlanıp notere onaylatıldığı saptanmıştır. Söz konusu iş makinesinin önceki yıllarda mükellef adına tescilli olmaması ve aktifinde de bulunmaması nedeniyle mükellef tarafından tescil edildiği tarihten sonra taahhüt edilen yapım işlerinde kullanılabileceği açıktır. Ancak, akaryakıt harcamalarının doğruluğu sadece sözü edilen tescil belgesinin

43 Dnş. 7. D., E. 2000/9721, K. 2003/4890, T. 02.12.2003.

44 Dnş. 7. D., E. 2000/6671, K. 2002/2292, T. 06.06.2002; Dnş. 7. D., E. 2001/2709, K. 2002/2026, T. 23.05.2002; Dnş. 7. D., E. 2000/709, K. 2000/3461, T. 23.11.2000; Dnş. 7. D., E. 2000/1130, K. 2002/2903, T. 23.10.2000.

45 Dnş. VDD., E. 2007/490, K. 2008/730, T. 21.11.2008.

46 Dnş. 7. D., E. 2000/2152, K. 2000/2425, T. 25.09.2000; Dnş. 7. D., E. 2000/2147, K. 2000/2420, T. 25.09.2000.

varlığıyla değil, bu iş makinesinin fiilen kullanılmasını gerektiren ve bu tarihten sonra yapılmış bir imalatın varlığının belirlenmesiyle kanıtlanabilir.[47]

Kararda bu aşamaya kadar varsayıma dayalı vergilendirme olamayacağı yönündeki ilke uygulama alanı bulmaktadır. Daha sonra işlemin şekil şartları tartışmaya açılmaktadır. Danıştay'a göre hukuk düzenimizde kira sözleşmelerinin ilkece yazılı olması gerekmese de Türk Ticaret Kanunu hükümleri, tacirler arasındaki bu tür sözleşmelerin yazılı olmasını öngörmektedir. Dolayısıyla bu tür işlemlerde ticari icaplar uyarınca yazılı şekil şartına uyumalıdır. Ancak şekil şartına uyulmamış olması ilk aşamada ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaz. Öncelikle vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin araştırılması gerekir. Bu nedenle Danıştay, mükellef tarafından sunulan tarihsiz, haricen hazırlanıp notere onaylatılmış kira sözleşmesinin, sözleşmede gösterilen kira dönemi başlangıcındaki varlığı, sözleşmenin taraflarının alacak ve borç kayıtları göz önünde bulundurulmadan; kira ödemelerinden yapılmış vergi kesintisi ve beyanına ilişkin belgeler ile kiralananların yapım işine ait imalatlarda fiilen kullanıldığını gösteren diğer kanıtlar elde edilmeden, akaryakıt harcamalarının varlığına ve doğruluğuna kanıt kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.[48]

Bir başka olayda Danıştay, yapılan işlemin mahiyetini iktisadi ve ticari icaplara göre belirlemiştir. Somut olayda ilk olarak incelenen finansal kiralama işleminin ekonomik ve ticari icaplara uygun olabilmesi için finansal kira bedelinin satın alma değerinden düşük olması gerektiği tespiti yapılmaktadır. Daha sonra mükellefin kira bedellerinin tamamına yakınını ilk yılda ödediği ve diğer yıllarda ise sembolik ödemeler yaptığı, asıl amacın söz konusu taşınmazların satın alınması ve sözleşmelerin de satış sözleşmesi mahiyetinde olduğu sonucuna ulaşmıştır.[49] Burada işlemin şekil şartlarına ya da geçerliliğine ilişkin bir tartışma yapılmamakta ancak sözleşmenin gerçek mahiyetinin ne olduğu ortaya konulmaktadır.

Benzer bir olayda kira bedelinin ödenme şekli tartışma konusu olmuştur. Taraflarca kira bedelinin bir kısmının ayın olarak ödenmesi

47 Dnş. VDD., E. 2007/455, K. 2008/720, T. 21.11.2008.
48 Dnş. VDD., E. 2007/455, K. 2008/720, T. 21.11.2008.
49 Dnş. 4. D., E. 2009/2933, K. 2009/4672, T. 24.09.2009.

kararlaştırılmıştır. Bu durum ticari icaplara uygundur. Ancak vergiyi doğuran olayın tespiti için sözleşme uyarınca karşı tarafa ödenmesi gereken kısmının teslim edildiğinin ve bunun satıldığının somut olarak tespiti zorunludur. Dava konusu tarhiyat, kiracı şirket nezdinde çalışan iki şahsın ifadesine dayandırılmıştır. Ancak Danıştay bunu yeterli görmemiştir. Danıştay'a göre aynen ödemeye ilişkin teslimin yapıldığı ve söz konusu aynın davacı tarafından satıldığı varsayılarak uygulanan tarhiyatın kaldırılmasında hukuka aykırılık yoktur.[50] Dolayısıyla bu olayda vergi idaresinin sözleşmenin ayın olarak ödenmesi gereken kısmını ticari icaplara aykırılık iddiası ile tartışması mümkün değildir. Vergilendirme için teslim ve satım işlemlerinin gerçekleşmiş olması gereklidir.

Diğer bir uyuşmazlıkta sözleşmenin feshine ilişkin bir şartın ispat yükünü nasıl değiştireceği hüküm altına alınmaktadır. Danıştay'a göre POS cihazının işletmelere tahsis amacı, işletmenin sunduğu işlem bedellerinin bankadan nakden tahsiline olanak sağlamaktır. Cihazın başka amaçla kullanılması banka ile işletme arasındaki sözleşmenin feshini gerektiren bir nedendir. Kredi kartı ve POS cihazı aracılığıyla yapılan işlemlerin tümünün, kendisine POS cihazı tahsis edilen ticari, sınai, mesleki kazanç sahipleri ve diğer hizmet işletmelerinin işletme faaliyetinin konusunu oluşturan emtia ve hizmet teslimlerine ait olması, iktisadi, ticari ve teknik gereklere uygun düşen durumdur. Bu durumun aksinin iddia olunması halinde ispat yükü iddia sahibine aittir.[51]

Tapu müdürlüğünde yapılan satışlarda satışın mutat olmayan bir yolla gerçekleşmesi durumunda geçerliliği bunu iddia eden mükellefçe ispat edilmelidir. Zira bu satışlarda satış bedeli ortadadır ve satışa konu belgelerin sahteliği, gayrimenkullerin bu belgede yazılı bedelin dışında bir fiyatla satıldığı ya da tapuda yapılan satış işleminin satışı yapan kişi yönünden gerçeği yansıtmadığı iddia ediliyorsa bunu iddia eden tarafın ispatlaması gerekir. Mükellef, tarhiyata konu teşkil eden tarlanın tapu kayıtlarında üzerinde görünmesine rağmen gerçekte kardeşi ve yurt dışında bulunan iki kişiyle birlikte ortak alındığını, hisse devri tapuda başka türlü gösterilemediğinden parselasyon işle-

50 Dnş. VDD., E. 1998/380, K. 1999/316, T. 14.05.1999.

51 Dnş. VDD., E. 2007/330, K. 2008/727, T. 21.11.2008; Dnş. VDDGK., E. 2008/371, K. 2010/182, T. 16.04.2010; Dnş. VDDGK., E. 2009/204, K. 2010/177, T. 16.04.2010.

mi yapıldıktan sonra satış gibi gösterilerek hisselerin devredildiğini ve belirlenen bedel üzerinden harç ödendiğini ileri sürmektedir. Bu hususun sözü edilen kişilerin dosyada mevcut ifadelerinden anlaşılacağını iddia etmektedir. Ancak Danıştay'a göre tapudaki resmi kayıtların ifade ile ortadan kaldırılması hukuken mümkün değildir.[52] Dolayısıyla bu iddianın ispatı oldukça güçtür.

IV. Üretim Sürecinde İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Bu başlık iktisadi, ticari ve teknik icapların tartışılması gereken en önemli konularından biridir. Esasen bu icaplara uygunluk üretim sürecinde araştırılmalıdır. Ancak ticari faaliyetlerin çeşitliliği nedeniyle genel bir icaplar kategorisi oluşturmak imkânsızdır. Bu nedenle aşağıda yine somut olay bazında belli ilkeler tespit edilmeye çalışılacaktır. Ne yazık ki bu konuda sınırlı sayıda karara ulaşılabilmiştir.

Üretim süreci ile ilgili olarak uyulması gereken iktisadi, ticari ve teknik icaplar çeşitli aşamalara ilişkin olabileceği gibi sürecin tamamının dayandığı temel esasları da kapsayabilir. Örneğin Danıştay'a göre üretim sürecinde randıman veya verimlilik esası, üretime sevk edilen belli miktar ve nitelikte hammaddeden, belli üretim tekniğiyle, belli miktarda mamul üretebileceği gerçeğine dayanmaktadır. Dolayısıyla bu süreçte akılcı olması gereken bir işletmenin, belli zaman diliminde üretimde kullandığı enerjinin, bu zaman diliminde yapmış olduğu üretim için kendi teknolojisinin gerektirdiği enerji miktarına eşit olması işin doğası gereğidir. İşletmede bu miktardan fazla enerji kullanılması durumunda, teknik icaplara aykırı olan bu tüketim miktarının haklı nedenlere dayandığının kanıtlanmasının işletmeciye ait bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilemediği durumlarda işletmede kayıt dışı hammaddenin üretime verildiği ve bu hammaddeden elde edilen mamulün de kayıt dışı satılarak hâsılatın gizlendiği anlamına geldiği sonucu çıkarılabilir.[53] Görüldüğü gibi tüm üretim süreci göz önünde bulundurularak yapılacak bir çıkarımda, üretimin neden olağan koşullardan ayrılmak suretiyle gerçekleştirildiğinin mükellefçe ispatlanması gerekmektedir.

52 Dnş. 4. D., E. 2001/3489, K. 2002/2272, T. 29.05.2002.
53 Dnş. VDD., E. 2004/59, K. 2004/63, T. 25.06.2004.

Bir başka uyuşmazlıkta yine üretim süreci bir bütün olarak ele alınmış ve üretim için gerekli enerji miktarı tartışma konusu yapılmıştır. Olayda ilk olarak işletmede üretim ve diğer ihtiyaçlar için kullanılan bir elektrik sayacının bulunduğu tespit edilmiştir. Daha sonra belli miktardaki ürün için harcanması gereken elektrik enerjisi miktarı şirketin yetkilisinin huzurunda, fiili üretim sürecinde saptanmıştır. Çıkan sonuç, bir birim ürün için gerekli elektrik enerjisi miktarının, işletmenin kendi teknolojik özelliklerine uygun olduğudur. Bu durumda işletmenin tüm üretiminin kayıtlı üretim kadar olduğunun söylenebilmesi, üretim için harcanan elektrik enerjisi miktarının kayıtlı üretimin gerektirdiği elektrik enerjisi miktarına eşit olmasına bağlıdır. Ancak elektrik sayacından okunan elektrik enerjisi miktarının kayıtlı üretim için gerekli, fiili üretimle saptanan ve olabilecek tüm enerji kayıpları da dikkate alınarak hesaplanan elektrik enerjisi miktarından çok yüksek olduğu inceleme tutanakları ve elektrik faturaları ile tespit edilmiştir. Dolayısıyla aradaki bu farkın haklı nedenlere dayandığının mükellef tarafından hukuken geçerli belgelerle kanıtlanması gereklidir. Bu durum normal ve mutat olana aykırıdır.[54]

Üretim sürecinde mutat olarak maliyete dâhil edilmesi gereken işçilik bedellerinin hesaba katılmaması durumunda, bu konudaki ispat yükü şaşırtıcı bir biçimde incelemede bulunan vergi idaresine yüklenmiştir. Örnek olayda makine imalatı ve ticareti yapan kurumun vergisi ihtilaflı dönemde yaptığı ve hâsılatını dönem kazancına dâhil ettiği imalatının, faturalarında yer alan işçilik giderlerini hesaba katmaksızın gerçekleştirdiği yönünde herhangi bir tespit yoktur. Faturalarda yazılı işlerin yapılmadığı varsayımından hareketle eksik inceleme sonucu düzenlenen rapora dayanılarak yapılan tarhiyat hukuka uygun görülmemiştir.[55] Bu durumda vergi idaresi faaliyetin sürdürülmesi sırasında işçilik giderlerinin faturalandırılmadığını araştırıp ispat etmek durumundadır.

V. Alacak - Borç İlişkilerinde İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Alacak borç ilişkilerinde de iktisadi, ticari ve teknik icaplar büyük önem taşımaktadır. Ticari hayatın devamlılığı için alacak borç ilişkileri

54 Dnş. 7. D., E. 2001/350, K. 2004/572, T. 03.03.2004.
55 Dnş. VDD., E. 1999/283, K. 2000/39, T. 28.01.2000.

somut olayın özelliğine göre şekillenebilir. Yukarıda değinilen konularda olduğu gibi tüm alacak borç ilişkileri için geçerli iktisadi, ticari ve teknik icaplar söz konusu olamaz. Dolayısıyla ispat yükünün kime düşeceği, ilişkinin tüm koşulları göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Bu tür ilişkilerde doğası gereği iktisadi ve ticari icapların ön plana çıkacağı söylenebilir. Teknik icaplar değinildiği gibi daha ziyade üretim sürecinde önem kazanmaktadır.

Alacak borç işlemlerinde tarafların birbirleri olan ilişkileri önem taşımaktadır. Vergi sisteminde özellikle borçlanmalarda taraflar arasındaki akrabalık bağları ya da diğer yakınlıklar ilişki üzerinde her zaman şüpheye neden olmaktadır. Böyle bir ilişkinin tartışıldığı bir uyuşmazlıkta, yapılan araştırmalar sonucunda mükellef ile mükellefften faizle borç para aldıklarını söyleyen şahıslar arasında bir akrabalık bağı bulunduğu ve mükellef tarafından anılan şahıslara muhtelif zamanlarda borç para verildiği anlaşılmıştır. Mükellef bu borç verme işleminin, bir yönden gayrimenkul satışına diğer yönden araç satışına dayandığını, akrabalık bağı dolayısıyla da sözleşmeye bağlanmadığını ileri sürmüştür. Ancak Danıştay'a göre ticari icaplar, iş ve ticari ilişkilerin ve bunlardan kaynaklanan taahhüt ve taleplerin sözleşmeye bağlanmasını, yapılan avans ödemelerinin belgelendirilmesini ve kayda geçirilmesini gerektirmektedir.[56] Sonuç olarak bunun aksini ispat mükellefe düşmektedir.

Alacak borç ilişkilerinde şüphe, en çok, tarafların kötü niyetle hareket ettiği durumlarda netleşmektedir. Bu nedenle alacak borç ilişkilerinde peçeleme olup olmadığının da araştırılması gerekebilir. Dolayısıyla vergi idarelerine büyük iş düşmektedir. Özellikle öz sermayeyi belli oranlarda aşan borçlanmalarda, örtülü sermaye aktarımının bulunup bulunmadığı ortaya konulmalıdır. Örneğin somut bir olayda inceleme raporunda davacı şirketin, ilgili yılda, ortaklarından öz sermayesinin %24.41'i oranında borçlandığı belirtilmiştir. Danıştay'a göre uyuşmazlık tarihinde davacı şirketin borçlandığı tutarın öz sermayesine oranı, örtülü sermaye için kabul edilebilecek nitelikte değildir. (Günümüzde bu oran Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12'nci maddesinde üç kat olarak tespit edilmiştir.) Dava konusu olaydaki borçlanmaların ve bunların ödemesinin ertelenmesine ilişkin tespitler örtülü

56 Dnş. 7. D., E. 2001/4837, K. 2005/492, T. 23.03.2005.

sermayenin varlığını ortaya koymaya yeterli değildir. Davacı şirketin bu borçlanmalarının ticari hayatın icaplarına ters düştüğü, günümüz iş şartlarına uygun bulunmadığı söylenemez.[57]/[58] Bunun aksini ispat vergi idaresine düşmektedir.

Alacak borç ilişkilerinde ilişkinin karşılıklılık üzerine kurulduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Zira ticari ve iktisadi icaplar bunu gerektirir. Ancak ilişkinin nasıl şekillendiği başka bir tartışma konusudur. Karşılıklılık ise çeşitli biçimlerde olabilir. Örneğin Danıştay'a göre sözleşme düzenlenmediği halde, verilen paralar için senet alınmış olması, bu borçların faiz karşılığı verildiğini gösterir.[59]

Alacak borç ilişkisinin gerçek mahiyetinin araştırılmasında kullanılacak en önemli araçlardan biri de resen araştırma ilkesidir. İlişkinin doğru olarak analiz edilebilmesi için yeterli araştırmanın yapılması gereklidir. Dolayısıyla bu süreçte mahkemelerin mükelleften borçların varlığını ispat eden belgeleri istemesi doğaldır. Ticari defterlerin incelenmesi suretiyle borçların bu defterlere kaydedilip edilmediğinin araştırılması ve borçların öz sermaye hesabında dikkate alınıp alınmadığının ortaya konulması gereklidir. Kayıtlar tutulmuş ise beyannamenin borçlar hanesinde mükerreren gösterilip gösterilmediği de tespit edilmeli, hatta gerekirse bir bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Zira işletmenin borçları öz sermayesinin birer cüzü olarak kabul edilmelidir.[60]

Benzer bir uyuşmazlıkta Danıştay bu tespitini yinelemektedir: Olayda davacı şirket tarafından, yeniden değerlemeye tabi tutulan makine ve tesisler için amortisman ayrılmadan değerleme yapıldığının farkına varılmıştır. Bundan sonra, şirket yetkilileri yapılan kaydın ters çevrilerek iptal edildiğini, değer artış fonunun sermayeye ilave dışında herhangi bir suretle başka bir hesaba nakledilmesinin söz konusu olmadığını iddia etmiştir. Ancak bu şekilde kayıt yapılmasının başka bir hesaba nakil mi yoksa iptal mi olduğunun tespiti davacının defter ve belgeleri üzerinde yaptırılacak inceleme sonucunda ortaya

57 Dnş. 4. D., E. 2001/1483, K. 2002/878, T. 06.03.2002.
58 Dnş. 4. D., E. 2001/1482, K. 2002/881, T. 06.03.2002.
59 Dnş. 7. D., E. 2001/4837, K. 2005/49223, T. 23.03.2005.
60 Dnş. 7. D., E. 1986/1381, K. 1986/2375, T. 21.10.1986.

konulmalıdır.[61] Böyle bir araştırma yapmadan iktisadi, ticari ve teknik icapları tartışmak uygun değildir. Buradan çıkarılacak sonuç şudur: resen araştırma ilkesinin uygulanacağı durumlarda ispat yükünün tartışmaya açılması her zaman gerekli değildir.

VI. Vergi Kolaylıklarından Yararlanmak Bakımından İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Bu başlık altında mükelleflerin özellikle katma değer vergisi (KDV) indirimlerinden yararlanmak istemeleri durumunda işlemleri ile ilgili olarak ispat yüküne katlanıp katlanmayacakları ele alınacaktır. Vergi kolaylıkları söz konusu olduğunda gerek vergi idaresi gerek yargı yerleri daraltıcı bir yorum ile genellikle kolaylıklardan yararlanmak isteyen mükelleflerin iddialarını ispat etmelerini talep etmektedir.

Örneğin Danıştay, mükelleflerin KDV Kanunu'nun 29'uncu maddesinde düzenlenen indirimden yararlanabilmeleri için indirim konusu yapılacak işlemlerle ilgili fatura ve benzeri vesikalarının gerçeği yansıtması ve bu fatura ve vesikalarda gösterilerek indirim konusu yapılan verginin de gerçekten ödenmiş olmasını aramaktadır. Diğer bir ifade ile vergisini indirmek isteyen mükellef tarafından vergi daha önceden yüklenilmiş olmalıdır. Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla bir KDV ödenmesi, dolayısıyla yüklenilmiş bir KDV söz konusu olamayacağından vergi indirimi de yapılamaz. Bu nedenle vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçekten yapılmış bir teslime ilişkin olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.[62]

Bu tespitin nasıl yapılacağı ise bir başka Danıştay kararında şu şekilde açıklanmaktadır: Katma değer vergisine tabi işlemler yapan mükellefler, kendilerine teslim edilen emtia veya yapılan iş bedellerini maliyet kayıtlarına dâhil etmek zorundadırlar. Zira kazanç üzerinden alınan vergilerde vergilendirilmesi gereken matrah, ilgili kanunların hükümlerine göre belirlenmektedir. Sözü edilen yükümlüler yönünden yüklenilen katma değer vergisi, bir maliyet unsuru olarak

---

61 Dnş. 3. D., E. 1995/3462, K. 1996/834, T. 20.03.1996.

62 Dnş. VDD., E. 2008/380, K. 2009/69, T. 06.03.2009; Dnş. VDD., E. 2008/655, K. 2009/209, T. 15.05.2009; Dnş. VDD., E. 2008/809, K. 2009/159, T. 03.04.2009; Dnş. VDD., E. 2008/41, K. 2009/156, T. 03.04.2009; Dnş. VDD., E. 2007/500, K. 2008/762, T. 26.12.2008; Dnş. VDD., E. 2007/679, K. 2008/817, T. 24.10.2008.

düzenlenmemiş, yüklenilen bu verginin, yaptıkları teslim bedelleri üzerinden hesaplanacak katma değer vergisinden indirilmesi suretiyle katma değer vergisinin nihai tüketiciye kadar yansıması öngörülmüştür. Bu nedenle, katma değer vergisi hesaplamak ve yüklendiği bu vergiyi indirmek durumundaki bir yükümlü olan davacı adına gelir vergisi tarhiyatı yapılmamış olması, katma değer vergisinin varlığı ile ilgili bu davanın çözümüne etkili değildir. Satıcının ve alıcının bu yöndeki iradesiyle fatura düzenlenmeksizin emtia teslimi yapılan hallerde tarafların, emtia bedeli ödemesi ve emtia teslimini yaptıkları ancak alıcının, kayıtlarında emtia girişini gösterebilmek için fatura teminine gereksinme duyduğu bilinmektedir. Bu şekilde fatura temininde, teslim edilen herhangi bir emtia veya hizmet bulunmamakla birlikte fatura düzenlenmekte, faturada gösterilen emtia veya hizmet bedeline göre katma değer vergisi hesaplanmakta, amaca ulaşılabilmesi için faturanın tarafları bu işlemi kayıtlarına dâhil ederek gerçek bir teslim görüntüsü verilebilmesinin gerektirdiği diğer tüm işlemleri tamamlamaktadır. Sonuç olarak sadece fiili bir durum olan bu yapay işlemlere hukuksal sonuç bağlanamayacağı açıktır.[63]

Başka bir olayda vergi kolaylığından yararlanmak isteyen mükellef mutat olamayan bir durumu iddia ettiği için iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Mükellef bilirkişi tarafından düzenlenen bir rapora dayanarak bazı defterlerinin "kullanılamaz" halde olduklarını iddia etmektedir. Danıştay'a göre ise iş yerinde defter, belge ve bilgisayarların tahribi ve özellikle işçi ayaklanması, kimlikleri bilinsin bilinmesin, failleri hakkında emniyet yetkililerinin ve adli makamların soruşturma yapmalarını gerektiren adli vakıalardır. Böyle bir vakıanın, anılan yetkililerce düzenlenen tespit tutanaklarına ve diğer belge ve kararlara geçmemiş olması olanaksızdır. Oysa olayda ne inceleme elemanına ne de mahkemeye, emniyet yetkililerince veya adli makamlarca düzenlenen herhangi bir belge ibraz edilmiştir. Davacı şirketin yasal defterlerin kullanılamaz durumda bulunması ve noter tasdikli bilgisayar yapraklarının (çıktılarının) parçalanmış olması, bunların okunamaz durumda olduklarını göstermez. Parçalanmış olsa dahi, parçalarından, ilgili kaydın neye ait olduğunun tespiti olanaklıdır. Ayrıca anılan raporda belgelerle ilgili herhangi bir saptama da yoktur.

63 Dnş. VDD., E. 2008/638, K. 2009/207, T. 15.05.2009.

Daha açık olarak, dosyada, tahrip olayının mücbir sebep sayılabilecek koşullarda gerçekten meydana geldiğine dair inandırıcı bir kanıt mevcut değildir. Bu durum karşısında, olayda KDV indiriminden yararlanabilmek için gerekli yasal defterlere kayıt koşulu gerçekleşmiş kabul edilemeyeceğinden, mahkemeye ibraz edilen faturaların gerçek mahiyete uygunlukları kanıtlanmış olsa dahi, indirim hakkı vermeleri olanaklı değildir.[64]

Bu karar çeşitli açılardan ilginçtir. Öncelikle mahkemenin bir gerçeklik araştırması yapmakta olduğu görülmektedir. Bu araştırma sırasında ispat yükünün mükellefte olduğu belirlenmiş ve mükelleften iddiasını ispat etmesi talep edilmiştir. Mükellef bu talep doğrultusunda, kullandığı faturaların gerçek olduğunu ispatlamıştır. Danıştay da bunu kabul etmektedir; ancak gerekli kayıtlar yapılmadığı için mükellefin indirimden yararlanması mümkün görülmemiştir. Danıştay kayıt yükümlüklerini yerine getirmeyi bir geçerlilik şartı olarak algılamaktadır. Kullanılan faturaların gerçek olduğu tespiti ise ispat şartına ilişkin bir belirlemedir. Dolayısıyla Danıştay'ın yaklaşımında belgelerin ispat aracı olarak kullanılabilmesi geçerlilik şartlarını taşımalarından ayrı ele alınmalıdır. Buradaki geçerlilik şartı kayıt yükümlülüğüdür; belgelerin gerçek olup olmadıklarına ilişkin bir tespit değildir. Bu araştırma VUK 3'üncü madde uyarınca gerçekleştirilecektir.

VII. Faaliyetin Niteliği Bakımından İktisadi, Ticari ve Teknik İcaplar

Bazı faaliyetlerin yürütülmesi ve devamlılığının sağlanması için uyulması gereken çeşitli iktisadi, ticari ve teknik icaplar mevcuttur. Bu icaplar hem faaliyetin niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilir hem de faaliyet yürütülürken bunlara uyulup uyulmadıkları denetlenmeye çalışılır. Bazı icaplar tüm ticari faaliyetler için geçerli olsa bile her faaliyetin kendine has özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca konunun özelliğine göre iktisadi, ticari ve teknik icaplar ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Danıştay önüne gelen bir uyuşmazlıkta verilen hizmetin karşılıksız yapılmasını iktisadi ve ticari icaplara aykırı bulmuştur. Burada

64 Dnş. 7. D., E. 2001/827, K. 2003/381, T. 06.02.2003.

da karşılıklılık, alacak borç ilişkilerinde olduğu gibi faaliyetin niteliği bakımından belirleyici olmaktadır. Olayda mükellef arsa karşılığı inşaat sözleşmesi ile bir faaliyet yürütmektedir. Mükellefin bir inşaatın yapımına başlanıldığı tarihten tamamlanıp bağımsız bölümlerinin arsa payı sahiplerine teslim edildiği tarihe kadar geçen süre içinde, inşaatın her aşamasında, yetki ve sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmıştır. Danıştay'a göre bu hizmetin karşılıksız verilmesi iktisadi ve ticari icaplara uygun değildir. Dolayısıyla müteahhitlik faaliyetinin bedel karşılığı yapıldığını ispat külfeti idareye yüklenemez.[65] Zira bu faaliyet sadece iktisadi ve ticari icaplar nedeniyle değil mutat ve normal olarak da ücret karşılığında sürdürülür.

Başka bir olayda faaliyetin yürütülme biçimi ve üretimde kullanılan girdi miktarı ile iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygunluğu denetlenmiştir. Olayda, yapılan araştırmalar sonucunda maliyetlerde gösterilen muhtelif çimento ve kireçle işin yapımında kullanılan taşlardan daha fazla miktarda taş yapılabilmesinin olanaklı olduğu tespit edilmiştir. Daha sonra il tarım müdürlüğünden işletmede kullanılan imalat malzemelerini gösteren liste talep edilmiştir. Yapılan karşılaştırmada, faturalada normalden çok daha fazla miktarda taş alındığını ortaya çıkmıştır. Ancak Danıştay'a göre faturalarda şeklen yer alan emtia bedeli gerçekten yüklenilen maliyetin varlığına kanıt oluşturmaz. İktisadi, ticari ve teknik gereklere aykırı olan bu durum nedeniyle, gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturalarda gösterilen taşlar alınmaksızın yapım işinin teslim edilemeyeceğinin mükellef tarafından kanıtlanması gerekmektedir.[66] Bu kararda da işin mahiyeti gereği tüm icaplar bir arada ele alınmıştır.

Bedel konusunun tartışıldığı bir başka olayda mükellef, fatura ve perakende satış fişlerini herhangi bir komisyon karşılığı düzenlemediğini iddia etmektedir. Ancak Danıştay bununun mükellefin mensubu olduğu mesleğin kurallarına aykırı bulmuş, faaliyetin içerdiği risk göz önünde bulundurulduğunda, karşılıksız yapılmasının ekonomik gereklere uygun düşmeyeceğine karar vermiştir. Sonuçta iddianın mükellef tarafından ispat edilmesi gerekmektedir.[67]

---

65 Dnş. 3. D., E. 2007/1449, K. 2008/824, T. 13.03.2008.
66 Dnş. VDD., E. 2008/863, K. 2010/140, T. 26.03.2010.
67 Dnş. VDDGK., E. 2008/810, K. 2010/186, T. 16.04.2010.

Bazen yürütülen faaliyetin mahiyetinin saptanması ve bedel karşılığı yapılıp yapılmadığının ortaya konulması kolay değildir. Olayda mükellef başkasına ait çekleri vadesinden önce kırmak suretiyle vade farkı adı altında gelir elde ettiğini iddia etmektedir. Danıştay'a göre öncelikle elde edildiği iddia edilen bu gelirin nitelendirilmesi şarttır. Bu nedenle olayda öncelikle iktisadi, ticari ve teknik icapların ve olayın özelliğine göre normal ve mutat olanın ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayda mükellefin ticari uğraşısının konusu, plastik ve inşaat malzemeleri alım satımıdır. Faaliyet konusu içerisinde çek kırma faaliyeti mevcut değildir. Danıştay'a göre ayrıca, "çek kırma" diye ticari bir faaliyet yoktur. Türk Ticaret Kanununun 707'nci maddesi uyarınca çek, görüldüğünde ödenen, kıymetli bir evraktır. Bu yüzden, vadeli senetler için uygulanabilir nitelikte olan senette yazılı tutarın "alacağına temlik-cirosu" suretiyle belli bir ıskontoyla üçüncü kişiden vadesinden önce tahsili anlamına gelen "kırma" müessesesinin çeklerle ilgili olarak uygulanması hukuken olanaksızdır. Sonuç olarak işin hukuk tekniği, normal ve mutad olanı budur; aksini ispat mükellefe düşmektedir.[68] Bu kararda Danıştay sürdürülen faaliyeti tümden olağan bulmamıştır.

Bu yaklaşımı destekleyen bir başka kararda Danıştay VUK'un 3'üncü maddesi uyarınca ispatlanamayan ve bu yönde hiçbir veri ileri süremeyen mükellefin iddialarına itibar edilemeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu olayda yine çekle ilgili bir takım iddialar ileri sürülmektedir. Olayın taraflarının, çeki alan ve veren kişilerin tutanaklarda yer alan ifadelerinde, birbirleriyle hiçbir ticari ilişkileri olmadıkları iddia edilmektedir. Ancak çekin ne tür bir hizmet ifası ve mal teslimi karşılığı alındığı hususu yükümlü şirket temsilcisi tarafından normal ve mutat olmayan, iktisadi ticari ve teknik icaplara uymayan bir ifadeyle açıklanmıştır. Bu ifadeler kararda yer almamaktadır. İlginç olan şudur ki tartışma konusu çekin bir emtia alım satımı ile ilişkisi bulunmadığı iddiasına karşı idare tarafından aksini kanıtlayıcı somut bir veri ortaya konulamamıştır. Ancak Danıştay bunu önemsememekte çekte yer alan tutarın, çekin alındığı şirkete yapılan bir emtia satımı karşılığı tahsil edilen tutar olduğunu kabul etmektedir.[69]

---

68 Dnş. 7. D., E. 1998/3614, K. 1999/3953, T. 30.11.1999.
69 Dnş. 11. D., E. 1995/3983, K. 1996/765, T. 04.03.1996.

Başka bir kararda Danıştay yine faaliyetin niteliğini dikkate almıştır. Olayda sunulan hizmete ilişkin temel giderlerin günlük olarak alınıp günlük olarak tüketilmesi nedeniyle bu tür işletmelerde dönem sonu stoku olarak sadece içecek türü emtianın olabileceğini, şirketin kıymetinde türü ve miktarı belli olmayan dönem sonu stoku bulunmasının iktisadi ve ticari icaplara uygun olmadığını hüküm altına almıştır.[70]

Faaliyetin sürdürülmesi ile ilgili iktisadi, ticari ve teknik icapların tartışıldığı bir karada Danıştay kurumlar arasındaki ilişkiyi irdelemektedir. Olayda bir şirketin serbest bölgede kurulu diğer bir şirket üzerinde tam bir denetime sahip bulunduğu anlaşılmaktadır. Şirketin ortakları ise Türkiye'de ikamet emektedir. Danıştay'a göre ortakları vasıtasıyla yönetilmesi mümkün bulunan bir şirketin, menfaat ilişkisi bulunmayan bir şahsa vekâlet yoluyla tüm idare ve denetimini devretmesi ve başka hiçbir firma ile ticari ilişkisinin bulunmaması, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uyan veya mutat ve olağan sayılan bir durum değildir.[71] Bu durumda ilişkinin mahiyetinin mükellef tarafından ortaya konulması beklenmektedir.

Diğer bir uyuşmazlıkta, yürütülen faaliyetin büyüklüğünün ve sürdürülebilirliğinin iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygunluğu tespit edilmeye çalışılmaktadır. Olayda ilk olarak büfe ve çayhane olarak kiralanan ve bu şekilde faaliyet gösteren işyerinin 38 m2 olduğu ortaya konulmuştur. Daha sonra işyerinin bulunduğu muhit de göz önüne alınarak, işlerin bir kişi, yani mükellef tarafından yerine getirilebilmesinin, ticari icaplar ve olayın özelliğine göre normal ve mutat bir durum olmayacağına karar verilmiştir.[72]

Faaliyetin niteliğinin anılan icaplara uygunluğunun değerlendirilmesinde dikkat edilecek diğer bir husus da faaliyetin kârlılığıdır. Olayda inceleme elemanından, davacının faaliyet gösterdiği sektördeki kârın iddia ettiği oranda olduğunu ortaya koyması beklenmektedir. Zira iddia olunduğu gibi, kayıt dışı hâsılatın tamamı kazanç olarak kabul edildiğinde ortaya çıkan kârlılık oranı ticari icaplara uygun değildir. Danıştay ayrıca ilk derece mahkemesine de bir görev yükle-

70 Dnş. 3. D., E. 2006/2472, K. 2007/994, T. 03.04.2007.
71 Dnş. VDD., E. 2003/287, K. 2003/483, T. 26.12.2003.
72 Dnş. 4. D., E. 1993/3336, K. 1994/1688, T. 24.03.1994.

mektedir. Mahkemenin sektördeki kârlılık oranını araştırması, tespit edilecek oranı kayıt dışı hâsılata uygulayarak kayıt dışı kazancı tespit etmesi gerekmektedir.[73]

Danıştay'a göre kazancın iktisadi, ticari ve teknik icaplara uygun bir şekilde yürütülen bir faaliyetten elde ediliyor olması gerekir. Olayda Amerikan Gelir İdaresi tarafından, ilgili kurumun faiz geliri elde ettiği bildirilmiştir. Davacı bu durumu kabul etmekte, ancak paranın kendilerinin değil, kendi gruplarına ait başka şirketlerin kurduğu konsorsiyuma ait olduğunu ve zorunluluk nedeniyle hesabın kendi adlarına açıldığını iddia etmektedir. Ancak bu durum ticari icaplara uygun ve mutat değildir. Davacı kurum iddiasını somut delillerle de ispatlayamamaktadır. Kendi adına kayıtlı bir hesabın başkasına ait olduğu iddiasının, sözle değil, somut ve hukuken geçerli delillerle ispatlanması gerekir. Aksi halde, bu iddiaya itibar edilmesi mümkün değildir.[74]

Sonuç

Esasen ispat yükünün tespiti için kullanılsa da iktisadi, ticari ve teknik icaplar somut olayların mahiyetinin kavranması bakımından da işlev görmektedir. Ticari hayatın gerektirdiği bir takım özen yükümlükleri bir kenara bırakılacak olursa, söz konusu icapların tüm faaliyetler ya da hukuki ilişkiler için geçerli oldukları ileri sürülemez. Dolayısıyla her bir somut olay bakımdan ayrı ayrı değerlendirilmeleri gerekir. Danıştay kararlarının sayı ve konu bakımından çok olmasının nedeni budur. Danıştay'ın sınıflandırılan kararlarında ilkesel bazda bir takım ölçütlerin geliştirildiği gözlenmektedir. Örneğin verimlik esası, randıman hesabı ve bedelsiz yapılacak işlerin niteliği gibi konularda genel bir yaklaşım ortaya konulabilir. Ancak Danıştay'ın her bir somut olayda iktisadi, ticari ve teknik icapları tek tek ele alıp incelediği de söylenemez. Varılan diğer bir sonuç da kararlarda kullanılan dilin terim birliğinden yoksun olduğudur. Bazı kararlarda iktisadi yerine ekonomik, bazı kararlarda icap yerine gereklilik ifadeleri kullanılmaktadır.

---

73 Dnş. 4. D., E. 2005/2513, K. 2005/763, T. 28.04.2005.
74 Dnş. 4. D., E. 2003/1204, K. 2004/480, T. 16.03.2004.

Genel olarak olaya uygulanacak kuralın ne olduğu ve ispat yükünün hangi tarafta kalacağı sorunu sadece VUK'un 3'üncü maddesine atıf yapılarak çözülmeye çalışılmıştır. İncelenen kararların pek azında her bir icap birbirinden bağımsız olarak tartışılmıştır. Bununla birlikte bazen olayın mahiyeti tüm bu icapların toptan ele alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu tür durumlarda olayın niteliği göz önünde bulundurularak genel bir değerlendirme yapılması yanlış değildir. Söz konusu genel değerlendirmenin resen araştırma ilkesine atfen yapıldığı söylenebilir.

Girişte açıklandığı üzere incelenen kararların bilimsel bir sistematikle ele alınması zorunludur. Bu nedenle her bir hukuki ilişki, her bir faaliyet ayrı ayrı değerlendirilmek yerine temel özellikleri göz önünde tutularak alt başlıklarda sınıflandırılmıştır. Ancak araştırma sırsında ulaşılan kararlardan biri yukarıdaki sınıflar içine yerleştirilemeyecek niteliktedir. Zira bu karar ne bir hukuki ilişki, ne ticari faaliyet ne de vergi kolaylıkları ile ilgilidir. Hakkın kötüye kullanımına ilişkin genel kuralın tartışıldığı bir karardır. Bu nedenle çalışmanın hareket noktasını teşkil etmektedir. Karar şu şekildedir:

"…yapılan 1 kuruş tutarındaki ödemenin davacı tarafından yapıldığının kabulü iktisadi icaplara uygun düşmediği gibi hayatın olağan akışına göre normal bir durum da sayılamayacağından söz konusu ödeme nedeniyle zamanaşımı süresinin kesildiğinden bahsedilmesine olanak olmayıp, ödeme emirlerinin ilanen tebliğinin ardından zamanaşımını kesen herhangi bir durumun ortaya çıkmadığı da dikkate alındığında…".[75]

Karar, Danıştay'ın iktisadi icaplara, hayatın normal ve mutad akışına bakışını özetlemektedir. Kararın temel hareket noktası hakkın kötüye kullanımının önlenmesi olsa da hâkimin hukuk yaratmasının tipik örneklerinden biri olarak değerlendirilebilir. İktisadi, ticari ve teknik icapların hukuk yaratılmasında kullanılmasının sınırlarını tespit etmek ise bir başka çalışmada ele alınacaktır. Zira yukarıda incelenen her karar hâkimin yarattığı hukukun bir yansımasıdır.

75 Dnş. 3. D., E. 2010/4340, K. 2012/3047, T. 25.09.2012.

KAYNAKÇA

Candan Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Kaneti Selim, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

Özdiler Küçük Eda, Vergi Hukukunda Karineler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Öncel Mualla-Kumrulu Ahmet-Çağan Nami, Vergi Hukuku (22. Bası), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Saban Nihal, "Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat", *Danıştay Dergisi*, S.82-83, 1992, ss.5-11.

Dnş. 2. D., E. 2000/4292, K. 2003/3080, T. 14.05.2003.

Dnş. 3. D., E. 1991/3095, K. 1992/512, T. 11.02.1992.

Dnş. 3. D., E. 1995/3462, K. 1996/834, T. 20.03.1996.

Dnş. 3. D., E. 1996/6564, K. 1998/1037, T. 24.03.1998.

Dnş. 3. D., E. 1997/3764, K. 1999/970, T. 11.03.1999.

Dnş. 3. D., E. 2001/961, K. 2002/1907, T. 08.05.2002.

Dnş. 3. D., E. 2006/2472, K. 2007/994, T. 03.04.2007.

Dnş. 3. D., E. 2006/30, K. 2006/2284, T. 26.09.2006.

Dnş. 3. D., E. 2007/1449, K. 2008/824, T. 13.03.2008.

Dnş. 3. D., E. 2010/4340, K. 2012/3047, T. 25.09.2012.

Dnş. 4. D., E. 1993/3336, K. 1994/1688, T. 24.03.1994.

Dnş. 4. D., E. 1998/128, K. 1998/2379, T. 03.06.1998.

Dnş. 4. D., E. 1998/3479, K. 1998/4821, T. 07.12.1998.

Dnş. 4. D., E. 2001/1482, K. 2002/881, T. 06.03.2002.

Dnş. 4. D., E. 2001/1483, K. 2002/878, T. 06.03.2002.

Dnş. 4. D., E. 2001/3489, K. 2002/2272, T. 29.05.2002.

Dnş. 4. D., E. 2003/1204, K. 2004/480, T. 16.03.2004.

Dnş. 4. D., E. 2005/2513, K. 2005/763, T. 28.04.2005.

Dnş. 4. D., E. 2007/5566, K. 2009/4736, T. 08.10.2009.

Dnş. 4. D., E. 2008/1934, K. 2010/5194, T. 21.10.2010.

Dnş. 4. D., E. 2008/2274, K. 2009/3773, T. 30.06.2009.

Dnş. 4. D., E. 2009/2933, K. 2009/4672, T. 24.09.2009.

Dnş. 4. D., E. 2009/4029, K. 2010/3462, T. 07.06.2010.

Dnş. 7. D., E. 1986/1381, K. 1986/2375, T. 21.10.1986.

Dnş. 7. D., E. 1998/3614, K. 1999/3953, T. 30.11.1999.

Dnş. 7. D., E. 2000/1130, K. 2002/2903, T. 23.10.2000.

Dnş. 7. D., E. 2000/2147, K. 2000/2420, T. 25.09.2000.

Dnş. 7. D., E. 2000/2152, K. 2000/2425, T. 25.09.2000.

Dnş. 7. D., E. 2000/6671, K. 2002/2292, T. 06.06.2002.

Dnş. 7. D., E. 2000/6830, K. 2002/3688, T. 20.11.2002.

Dnş. 7. D., E. 2000/709, K. 2000/3461, T. 23.11.2000.

Dnş. 7. D., E. 2000/8771, K. 2004/812, T. 05.04.2004.

Dnş. 7. D., E. 2000/9721, K. 2003/4890, T. 02.12.2003.

Dnş. 7. D., E. 2001/2709, K. 2002/2026, T. 23.05.2002.

Dnş. 7. D., E. 2001/350, K. 2004/572, T. 03.03.2004.

Dnş. 7. D., E. 2001/4837, K. 2005/492, T. 23.03.2005.

Dnş. 7. D., E. 2001/4837, K. 2005/49223, T. 23.03.2005.

Dnş. 7. D., E. 2001/827, K. 2003/381, T. 06.02.2003.
Dnş. 7. D., E. 2002/3742, K. 2003/3506, T. 10.06.2003.
Dnş. 7. D., E. 2008/1923, K. 2010/3454, T. 04.11.2010.
Dnş. 7. D., E. 2008/5507, K. 2009/3054, T. 17.06.2009.
Dnş. 9. D., E. 1998/1165, K. 1999/900, T. 03.03.1999.
Dnş. 9. D., E. 2008/1565, K. 2009/4934, T. 18.12.2009.
Dnş. 9. D., E. 2008/3402, K. 2010/84, T. 20.01.2010.
Dnş. 11. D., E. 1995/3983, K. 1996/765, T. 04.03.1996.
Dnş. VDD., E. 1998/380, K. 1999/316, T. 14.05.1999.
Dnş. VDD., E. 1998/63, K. 1999/102, T. 26.02.1999.
Dnş. VDD., E. 1999/283, K. 2000/39, T. 28.01.2000.
Dnş. VDD., E. 1999/441, K. 2000/134, T. 07.04.2000.
Dnş. VDD., E. 2000/169, K. 2000/351, T. 27.10.2000.
Dnş. VDD., E. 2002/376, K. 2002/442, T. 29.11.2002.
Dnş. VDD., E. 2002/591, K. 2003/315, T. 13.06.2003.
Dnş. VDD., E. 2002/613, K. 2003/316, T. 13.06.2003.
Dnş. VDD., E. 2003/287, K. 2003/483, T. 26.12.2003.
Dnş. VDD., E. 2004/24, K. 2004/48, T. 07.05.2004.
Dnş. VDD., E. 2004/59, K. 2004/63, T. 25.06.2004.
Dnş. VDD., E. 2005/172, K. 2005/279, T. 12.09.2005.
Dnş. VDD., E. 2006/117, K. 2006/159, T. 16.06.2006.
Dnş. VDD., E. 2006/89, K. 2006/216, T. 06.07.2006.
Dnş. VDD., E. 2007/226, K. 2007/335, T. 19.10.2007.
Dnş. VDD., E. 2007/330, K. 2008/727, T. 21.11.2008.
Dnş. VDD., E. 2007/455, K. 2008/720, T. 21.11.2008.
Dnş. VDD., E. 2007/490, K. 2008/730, T. 21.11.2008.
Dnş. VDD., E. 2007/500, K. 2008/762, T. 26.12.2008.
Dnş. VDD., E. 2007/679, K. 2008/817, T. 24.10.2008.
Dnş. VDD., E. 2007/697, K. 2009/111, T. 20.03.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/36, K. 2008/603, T. 10.10.2008.
Dnş. VDD., E. 2008/380, K. 2009/69, T. 06.03.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/41, K. 2009/156, T. 03.04.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/582, K. 2009/74, T. 06.03.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/638, K. 2009/207, T. 15.05.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/655, K. 2009/209, T. 15.05.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/809, K. 2009/159, T. 03.04.2009.
Dnş. VDD., E. 2008/863, K. 2010/140, T. 26.03.2010.
Dnş. VDD., E. 2008/878, K. 2010/145, T. 26.03.2010.
Dnş. VDD., E. 2008/890, K. 2009/178, T. 17.04.2008.
Dnş. VDDGK., E. 2008/371, K. 2010/182, T. 16.04.2010.
Dnş. VDDGK., E. 2008/810, K. 2010/186, T. 16.04.2010.
Dnş. VDDGK., E. 2009/204, K. 2010/177, T. 16.04.2010.

TARAFLARIN SULHE TEŞVİK EDİLMESİNDE ETKİLİ BİR ÖRNEK: İNGİLİZ HUKUK YARGILAMASINDA RESMÎ SULH ÖNERİLERİ

AN EFFECTIVE INSTANCE OF ENCOURAGING PARTIES TO SETTLE: FORMAL OFFERS TO SETTLE IN ENGLISH CIVIL PROCEDURE

Mustafa GÖKSU*

Özet: İngiliz Hukuk Usulü Kanununun 36. Kısmında düzenlenmiş olan resmî sulh önerileri ile taraflar, davanın başında, hatta yargılama işlemleri henüz başlamadan birbirlerine sulh önerileri getirebilmekte, söz konusu önerinin karşı tarafça kabul edilmemiş olması halinde ise bazı hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Resmî sulh önerisini kabul etmemiş olan davacı, dava sonunda verilen hüküm ile sulh önerisine kıyasla ek bir yarar elde edememiş ise yargılama giderleri bağlamında bazı yaptırımlarla karşılaşmakta ve davayı kazanmış olsa bile, yargılama giderlerinden sorumlu olabilmektedir. Resmî sulh önerisini kabul etmeyen davalı ise benzer bir durum söz konusu olduğu takdirde, yargılama giderleri bakımından ağırlaştırılmış bir sorumluluk ile karşı karşıya kalmakta, ayrıca uyuşmazlık konusunun değeri üzerinden karşı tarafa bir tazminat ödemek zorunda kalmaktadır.

Anahtar kelimeler: Medeni usul hukuku, yargılama giderleri, mahkeme içi sulh, resmî sulh önerisi, icra tazminatı

Abstract: Part 36 of the English Civil Procedure Rules provides a means for the parties to bring offers to settle at an early stage of the action, even before the commencement of the proceedings. These offers involve special legal consequences in case they are refused by the opposing party. If the claimant who refused the reasonable offer to settle of the defendant fails to better the offer with the judgment, he is held responsible for the defendant's judicial costs even if he prevails in the action. Similarly, the defendant who refused the reasonable offer to settle of the claimant faces judicial costs on higher basis and also additional damages to be paid to the claimant should he fail to better the offer with the judgment.

Keywords: Civil procedural law, judicial costs, judicial settlement, offer to settle, compulsory enforcement compensation.

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Common Law hukuk düzenine dâhil olan Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Avustralya ve Kanada gibi ülkelerde, uyuşmazlıkların büyük bir kısmının bir mahkeme hükmüne ihtiyaç kalmaksızın sulh ile sonuçlandığı artık bilinen bir olgudur[1]. Ancak bu durum, söz konusu ülkelerde sulhe teşvik bakımından yeni adımlar atılmasını engellememektedir. Çünkü uyuşmazlıklar büyük ölçüde sulh ile sonuçlanmakla birlikte, yargılama giderleri ile ilişkili olarak iki büyük problemin devam ettiği görülmektedir. Söz konusu ülkelerde, özellikle avukatlık ücretinin varabildiği boyutlar sebebiyle, yargılama maliyetleri çok yüksek olabilmekte[2]; sayıları az da olsa yargılamaya giden uyuşmazlıklarda giderler milyonlarla ifade edilebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. İkinci olarak, sulh her zaman dava açılmadan veya davanın hemen başında gerçekleşmemekte, bu da uyuşmazlık tarafların sulhüyle bitse dahi çoğu zaman yüksek miktarda yargılama giderleri yapılmasına neden olmaktadır.

Yukarıda bahsettiğimiz her iki probleme de çözüm olabilmesi amacıyla, 1999 yılında uygulamaya giren ve Hukuk Usulü Kuralları (*Civil Procedure Rules* – CPR) olarak isimlendirilen İngiliz Hukuk Usulü Kanununda, tarafların sulhe teşvik edilmelerini sağlamak amacıyla, belki de en etkili ikna aracı olan yargılama giderleri konusu esas alınarak bazı hükümler getirilmiş ve söz konusu hükümler Kanunun 36. Kısmında "sulh önerileri (*offers to settle*)" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu sebeple söz konusu önerilerin uygulama ve literatürde "36. Kısım önerileri" şeklinde ifade edildiği de görülmektedir.

36. Kısım hükümleri ile düzenlemiş olan ve bu makalenin konusunu oluşturan resmî sulh önerisi, genelde İngiliz hukuku, özelde de

---

1 Common Law hukuk düzenine dâhil olan ülkelerde tarafların sulh olması ile biten uyuşmazlıkların ilgili hukuk sistemlerindeki tüm uyuşmazlıklar içindeki oranı hakkında çok farklı istatistikler bulunmakla birlikte, bu rakamın yüzde doksan ile yüzde doksan dokuz arasında ifade edildiği görülmektedir. Hensler, D.R., "USA National Report", The Costs and Funding of Civil Litigation (Editors: C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka), Oxford 2010, s. 535; Maxeiner, J.R., "The American 'Rule': Assuring the Lion His Share", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 295.

2 Bu konu hakkında bkz. Reimann, M., "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 22.

yukarıda bahsettiğimiz Kanunun mimarı olan Lord Woolf tarafından ilk defa ortaya konulmuş bir hukuki kurum değildir. Söz konusu hukuki kurumun İngiliz hukukundan önce Kanada ve Avustralya hukuklarında da var olduğu, ayrıca davalı taraf ile sınırlı bir şeklinin, yukarıda bahsettiğimiz kanundan önce "*Calderbank* önerileri" adı ile İngiliz uygulamasına girmiş olduğu görülmektedir[3]. Çok kısıtlı da olsa benzer bir düzenleme ABD Federal Hukuk Usulü Kanununda da bulunmaktadır. Tüm bu uygulamaların ortak yanı, tarafça yapılan sulh önerisinin kapalı (gizli) olması (*sealed offer*) ve yargılama giderleri hariç olmak üzere uyuşmazlığın esasını etkilemeyecek şekilde (*without prejudice save as to costs*) yapılmasıdır. Bununla kastedilen, önerinin, kabul edilmediği takdirde, yargılama giderleri konusu haricinde hiçbir şekilde yargılamayı yürüten merciin (mahkeme veya hakem) önüne getirilememesidir[4]. Bu durum, Türk hukukunda tarafların sulh görüşmeleri sırasındaki ikrarları ile bağlı olmamaları hususuna benzetilebilir (HMK m. 188/3).

Yukarıda bahsettiğimiz şekilde yapılan bir sulh önerisini, alelade sulh önerilerinden ayıran temel fark, önerinin kabul edilmemesinin ve dava sonunda elde edilen hükmün, kabul etmeyen tarafa, öneriye kıyasla ek bir yarar sağlamamış olması halinin, yani daha yalın bir ifade ile yargılamanın boşu boşuna yapılmış olmasının bazı yaptırımlara bağlanmasıdır[5]. Dolayısıyla resmî sulh önerilerine bağlanan sonuçların doğmasının şartları, usulüne uygun bir sulh önerisinin getirilmiş olması, bu önerinin karşı tarafça reddedilmiş olması ve öneriyi reddeden tarafın dava sonunda hükümle elde ettiği sonucun, öneriye kıyasla kendisine ek bir yarar sağlamamış olmasıdır. Söz konusu hukuki sonuçlar, yargılama giderlerinin yükletilmesi ve/veya yükletilecek

---

3 Konumuz olan resmi sulh önerileri ve buna benzer diğer kurumlar pek çok Common Law hukuk sisteminde uygulanmakla birlikte, kıta Avrupası hukuk sistemlerinde görülmemektedir. CORTES, bu durumu, kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yargılama giderlerinin genelde daha düşük olması, tarafların uyuşmazlığı dava dışı usullerle çözme konusundaki beklentilerinin daha düşük olması ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurmanın geleneksel olarak daha düşük düzeyde bulunması faktörlerine bağlamaktadır (Cortés, P., "A Comparative Review of Offers to Settle—Would an Emerging Settlement Culture Pave the Way for their Adoption in Continental Europe?", Civil Justice Quarterly, 2012, S. 1, s.67).

4 Foskett, D., The Law and Practice of Compromise, 7th Ed., Wiltshire, 2010, s. 224.

5 Osborne, C., Civil Litigation 2005/2006, New York (Oxford) 2005, s. 343; YY., Freshfields' The Woolf Reforms in Practice, London 1998, s. 22-23.

miktarın arttırılması temellerine dayanmakla birlikte, 2013 yılında İngiliz Hukuk Usulü Kanununda yapılan (asimetrik) değişiklik ile davalı bakımından getirilen tazminat, usulü, Türk hukukundaki icra inkâr tazminatına benzer bir duruma getirmiştir.

Sulh önerisinin belli şekil şartlarına tabi olması ve öneriye kanunla bazı hukuki sonuçlar bağlanmış olması sebebiyle, Türk hukuk terminolojisini karşılaması bakımından "resmî sulh önerisi" kavramını kullanmayı uygun bulduk. Bu makalede öncelikle resmî sulh önerilerinin genel niteliği, İngiliz hukukundaki tarihi gelişimi ile Common Law hukuk düzeni içinde yer alan diğer bazı ülkelerdeki benzer uygulamalar hakkında özet şekilde bilgi verilecek, daha sonra konunun İngiliz hukukunda düzenlenişi ve uygulaması ayrıntılı şekilde incelenecektir. Konu ayrıca Türk hukuk yargılaması bakımından irdelenecek ve somut öneriler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Genel Olarak Sulh Önerileri ve İngiliz Hukuk Yargılamasında Yargılama Giderleri

Genelde Common Law hukuk düzeni içinde yer alan ülkelerin hukuklarında, özelde de İngiliz hukukunda uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü çok yaygın olduğu için, tarafların dava açıldıktan sonra birbirlerine sulh önerileri getirmeleri son derece olağandır. Nitekim Kanunun (CPR) 36. Kısmının ilk maddesinde de, resmî sulh önerisine ilişkin olarak yapılan düzenlemenin, tarafların birbirlerine başka bir şekilde sulh önerisi götürmelerine engel olmadığı ifade edilmektedir. Ancak Lord Woolf'un da raporlarında ifade ettiği üzere, yeni düzenlemenin yöneldiği amacın sadece tarafların sulh olmalarını teşvik etmek değil, asıl olarak sulhün tahkikat (duruşmalar) aşamasına geçilmeden, hatta dava başlamadan gerçekleşmesini sağlamak olduğu görülmektedir[6].

Dava sırasında taraflar ve mahkeme tarafından yapılan giderlerin dava sonunda taraflardan birine yükletilip yükletilemeyeceği, yükletilebilecekse bunun hangi oran ve temelde yapılabileceği konusu hu-

[6] Lord Woolf, Access to Justice: Interim Report To The Lord Chancellor On The Civil Justice System In England And Wales, London 1995, Chapter 24/1. Söz konusu raporlar ve etkileri hakkında ayrıca bkz: "Adalete Erişim", Nihaî Rapor (Çev. Mustafa Özbek), Mihder, S. 2006/2, s. 989-1002; A.G. Güralp, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011, s. 193 vd.

kuk sistemlerine göre farklılık göstermektedir. Yargılama giderlerini büyük ölçüde tarafların gerçekleştirdiği ABD ve İngiltere gibi Common Law ülkelerinde mesele söz konusu giderlerin karşı taraftan tahsil edilip edilemeyeceği bakımından değerlendirilmekte, Almanya ve Türkiye gibi özellikle delil toplama giderlerinin mahkeme aracılığı ile gerçekleştirildiği ve yargılama harçlarının da önem kazandığı hukuk sistemlerinde ise, dava süresince yapılmış olan yargılama giderlerinden nihai olarak hangi tarafın, hangi oranda sorumlu olacağı tespit edilmektedir. Her ikisi de Common Law hukuk düzeni içinde yer almalarına rağmen, ABD ve İngiltere hukukları, özellikle karşı taraf vekâlet ücreti bakımından, konuya neredeyse birbirlerinin zıttı şekilde yaklaşmaktadırlar. ABD hukukunda yargılama giderleri, özellikle de avukatlık ücreti kural olarak gideri yapan taraf üzerinde kalırken, İngiliz hukukunda yargılama giderleri, avukatlık ücreti de dâhil olmak üzere, yine kural olarak, davayı kaybeden tarafa yükletilmektedir. Hatta bu farklı yaklaşım uluslararası hukuk literatüründe kendi kavramlarını da yaratmıştır; birinci sistemin ABD kuralı, ikinci sistemin ise İngiliz kuralı olarak ifade edildiği görülmektedir[7]. Ayrıca hemen belirtmekte fayda vardır ki, İngiliz hukukunda davayı kazanma–kaybetme vakıası, kural olarak, Türk hukukundan farklı şekilde bir bütün olarak algılanmaktadır[8]. Dolayısıyla bir davacı, örneğin bir tazminat davası açtığı zaman, talep ettiğinden daha düşük bir tazminata hak kazansa bile, davayı kazanmış addedilmekte, yargılama giderleri de buna uygun olarak davalı tarafa yükletilmektedir[9]. Bu husus göz önüne alındığında, resmî sulh önerilerine bağlanmış olan yaptırımların ve dava sonundaki riskin, özellikle davalı bakımından ne kadar önemli olduğu daha iyi anlaşılabilecektir.

İnceleme konumuz olan resmî sulh önerileri ve buna benzer diğer kurumların temelinde yatan nokta, kendisine sulh önerisinde bu-

7 Stein, M.S., "The English Rule with Client-to-Lawyer Risk Shifting: A Speculative Appraisal", Chicago-Kent Law Review, Vol. 71, 2013, s. 603; Maxeiner, s. 287.

8 Anjomshoaa, P., "Costs Awards In International Arbitration And The Use Of "Sealed Offers" To Limit Liability For Costs", International Arbitration Law Review [2007] Issue 2, s. 2.

9 Zuckerman, A., Zuckerman on Civil Procedure, 3rd Ed., London 2013, s. 1272. Davacının taleplerinden bir kısmının reddi halinde ise genellikle daha esnek bir yorum yapıldığı görülmektedir (Cook, M.J., Cook on Costs 2012, Croydon 2011, s. 144-145).

lunulan tarafın öneriyi kabul etmeyip davaya devam etmesi ve dava sonunda öneri ile aynı veya daha kötü bir sonuca ulaşması halinde, davayı kazansa bile bazı yaptırımlarla karşı karşıya kalmasıdır. Bu yaptırımlar CPR'de 2013 yılında yapılan değişikliğe kadar yargılama giderlerinin belirlenmesi bakımından getirilmişken, söz konusu değişiklik ile davalı açısından Türk hukukundaki icra inkâr tazminatına benzer bir yaptırım da getirilmiştir. Kanunun 36. Kısmı, içtihatlar ve literatürde de ifade edildiği üzere, müstakil ve kendi içerisinde bir bütün olarak değerlendirilmesi gereken bir düzenlemedir[10]. Bu sebeple, resmî sulh önerisinin şartlarının gerçekleştiği bir durumda mahkeme, yaptırımların uygulanmasının "haksız" olduğu sonucuna varmadığı sürece, 36. Kısımda belirtilen yaptırımları uygulamak durumundadır; mahkemenin bu yöndeki takdir yetkisi, bir sonraki paragrafta ifade edeceğimiz genel takdir yetkisinden daha sınırlıdır[11]. Bu durum, davanın başında yargılama giderleri hakkında var olan belirsizliğin, tarafların makul[12] şekilde belirlenmiş sulh önerileri yoluyla ortadan kaldırılabilmesi olanağını doğurmaktadır[13].

Bir resmî sulh önerisinin şartlarının oluşmamış olduğu durumlarda ise mahkeme yargılama giderlerinin belirlenmesi bakımından geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Temel kural, davayı kaybeden tarafın, kazanan tarafın giderlerini ödemeye mahkum edilmesidir (CPR r. 44.2)[14]. CPR'nin, genel kuralı belirleyen 44.2 maddesi, aynı zamanda

---

10 Dando, M., "Part 36 – a self-contained code", 17.11.2010, http://www.lexology.com/library/ detail.aspx?g=0c88ab4b-0ab3-4636-9e20-85c40c09a5b7 , (Erişim tarihi: 14.07.2014).

11 Foskett, s. 221-222.

12 Rose, W. (Editor-in-Chief), Blackstone's Civil Practice 2010, Oxford 2009, s. 912.

13 Ward, D., L., "New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36", The Modern Law Review, Vol. 70, No. 2 (Mar., 2007), s. 282.

14 İngiliz hukuk yargılamasında uygulanan üç yargılama usulünden birisi olan küçük talepler usulünde (small claims track) (diğer iki usul: seri yargılama usulü -fast track- ve çok yönlü yargılama usulü -multi-track-) sabit bazı giderler dışında kural olarak bahsettiğimiz şekilde bir yükletilme olmamaktadır; her iki taraf kendi yargılama giderlerine katlanmaktadırlar. Bu konudaki diğer önemli bir istisna da CPR'ye 2013 reformu ile bedensel zarardan doğan davalar bakımından getirilen "nitelikli tek yönlü yargılama gideri yükletilebilmesi" (qualified one-way costs shifting) kuralıdır. Bu tür bir davada davacı davasını kaybettiği takdirde karşı tarafın yargılama giderlerini ödemekten kurtulmakta, kazandığı takdirde ise davalı, davacının yargılama giderlerini ödemek ile yükümlü olmaktadır. Kanunun 44.13 ve 44.17 maddeleri arasında düzenlenen söz konusu sistemde, bedensel zarardan doğan davayı açan davacı, ancak talep bakımından kötü niyetli olduğu anlaşı-

mahkemenin geniş takdir yetkisinin sınırlarını da çizmektedir. Buna göre mahkeme, taraflardan birinin diğerinin giderlerini üstlenmesi gerekip gerekmediğini, üstlenecekse bu üstlenmenin ne tutarda olacağını ve bu ödemenin ne zaman yapılaması gerektiği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre mahkemenin bu değerlendirmeleri yaparken göz önünde bulundurması gereken hususlar ise, tarafların hal ve tavırları (bundan neyin kastedildiği maddenin beşinci paragrafında daha ayrıntılı olarak açıklanmıştır), taraflardan birisinin davada kısmen de olsa başarılı olması ve taraflardan birisinin diğerine yaptığı 36. Kısım düzenlemesi dışında kalan kabul edilebilir bir sulh önerisinin varlığıdır[15].

Mahkeme, yargılama giderlerinin ödenmesine hükmederken, ya hızlı ve özet şekilde bir belirleme yapıp miktarı asıl kararına dâhil eder, ya da bir inceleme memuru (*assessment officer*) tarafından ayrıntılı bir gider raporu hazırlamasını ister (CPR r. 44.6). Görüldüğü üzere İngiliz hukukunda, Türk hukukunun aksine, yargılama giderleri mutlaka asıl davada çözümlenmesi gereken bir husus değildir. Bu duruma literatür ve uygulamada uydu dava (*satellite litigation*) adı verildiği de görülmektedir. Bu şekilde asıl davadan ayrı ek davaların mümkün olması, söz konusu ek yargılama faaliyetinde de yargılama giderleri yapılmasına neden olmakta, bu da hiç kuşkusuz yargılama giderlerinin daha da artmasına neden olmaktadır. Nitekim İngiliz hukukunda yargılama giderlerinin yüksekliği ve taşıdığı belirsizlik, aşağıda bahsedeceğimiz Lord Jackson Yargılama Giderleri Raporu ve bu rapor sonunda gerçekleştirilen 2013 reformuna da temel oluşturmuştur[16].

İngiliz hukukunda yükletilecek olan yargılama giderlerinin hesaplanması, Common Law hukuk düzenine dâhil olan diğer pek çok ülkede olduğu gibi iki farklı temel esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Söz konusu temeller, norm gider ödeme temeli (*standard basis*) ve tazmine yönelik gider ödeme temelidir (*indemnity basis*). Bunların

---

lırsa veya dava, hakkın kötüye kullanılması olarak görülürse ya da karşı tarafın sulh önerisini reddetmiş ise, davayı kazanan karşı tarafın giderlerini ödemekle yükümlü olmaktadır (Zuckerman, s. 633-654, 1375-1382).

15 Greene, D., The New Civil Procedure Rules, London 1999, s. 352; Williams, A., "The pitfalls of Part 36 settlement offers", www.internationallawoffice.com/newsletters/Detail.aspx?g=dd0613f6-f0f0-4d5e-b236-e05d989e794f (Erişim tarihi: 15.07.2014).

16 Zuckerman, s. 1272.

farkları ve ilgili değerlendirme yapılırken mahkemece göz önünde bulundurulması gereken unsurlar, CPR'nin 44.3 ve 44.4 maddelerinde belirtilmiştir. Özet olarak ifade edersek, ödenmesi gereken giderleri belirleyecek olan merci, yapıldığı iddia edilen giderleri gerekli olup olmadıkları yönünden araştırmakta ve takdir yetkisini norm temelde giderleri nihai olarak ödeyecek olan taraf, tazmine yönelik temelde ise kendisine ödeme yapılacak olan taraf lehine kullanmaktadır (CPR r. 44.3)[17]. Dolasıyla, yapıldığı iddia edilen yargılama giderlerinin, birinci ihtimalde haklı sebeple ve makul oranda gerçekleştirildiği, ikinci ihtimalde ise haksız ve orantısız şekilde gerçekleştiğinin ilgili tarafça ispatı gerekmektedir (CPR r. 44.4).

Görüldüğü üzere bir sulh önerisinin, yargılama giderleri bakımından sonuç doğurabilmesi için, mutlaka 36. Kısım düzenlemesine uygun olması gerekmemektedir. 36. Kısma dâhil olan ve olmayan sulh önerileri arasındaki temel fark, uygulanacak yaptırımlar bakımından mahkemenin sahip olduğu (veya olmadığı) takdir yetkisi bakımındandır[18]. 36. Kısma dâhil bir önerinin şartları gerçekleşmişse, mahkeme, kural olarak söz konusu yaptırımları uygulamak durumunda olacaktır[19]; diğer önerilerde ise kendisine 44. madde ile verilmiş olan takdir yetkisini kullanarak yargılama giderleri yönünde bir karar verebilecektir[20]. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, tazminata ilişkin olarak 2013 yılında getirilmiş olan ek yaptırım, 44. maddede bu yönde bir düzenleme olmadığı için, sadece 36. Kısım çerçevesinde getirilen sulh önerileri hakkında uygulanabilir.

B. Common Law Hukuk Düzenine Dâhil Olan Diğer Bazı Hukuklarda Uygulanan Benzer Kurumlar

Resmî sulh önerisi kurumu ve *Calderbank* önerileri, İngiliz kuralının uygulandığı, yani yargılama giderlerinin kaybeden tarafa yükle-

17 Andrews, N., "Costs and Conditional Fee Agreements in English Civil Litigation", Litigation in England and Germany (Editor: P. Gottwald), Bielefeld 2010, s. 197-198.

18 Gerlis, S. M., Loughlin, P., Civil Procedure, London, 2001, s. 301; Zuckerman, s. 1275.

19 Williams, s. 3.

20 Anjomshoaa, s. 9.

tildiği Avustralya hukukunda da bulunmaktadır[21]. Her eyaletin farklı hukuk usulü kanunlarına sahip olduğu Avustralya'da konu, tek tip hukuk usulü kanunlarını kabul etmiş olan eyaletlerden Queensland'ın 1999 tarihli Tek tip Hukuk Usulü Kurallarının (*Queensland Uniform Civil Procedure Rules* 1999) 352-365 maddeleri arasında "sulh önerisi" (*offer to settle*) başlığı altında, New South Wales'in 2005 tarihli Tek tip Hukuk Usulü Kurallarının (*New South Wales Uniform Civil Procedure Rules* 2005) ise 20.25 – 20.32 ve 42.13 – 42.17 maddeleri arasında "anlaşma önerileri" (*offers of compromise*) başlığı altında düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de İngiliz hukukundakine benzer şekilde taraflardan biri tarafından bir sulh önerisi getirilmekte, diğer taraf öneriyi reddeder ve elde ettiği hüküm öneriye kıyasla kendisine ek yarar getirmezse, yargılama giderlerine ilişkin olarak bazı yaptırımlarla karşılaşmaktadır. Örneğin davalının, davacının önerisini reddetmesi halinde, öneriden sonra oluşan giderlerden tazmine yönelik temel üzerinden sorumlu olması söz konusu olmaktadır[22].

Yargılama giderlerine olan yaklaşımı İngiltere ve Avustralya ile büyük ölçüde paralel olan Kanada hukukunda da resmî sulh önerisi uygulaması bulunmaktadır[23]. Farklı eyaletlerde farklı uygulamalar bulunmakla birlikte, örneğin 1990 tarihli Ontario Hukuk Usulü Kurallarının (*Ontario Rules Of Civil Procedure*) 49. maddesinde ve 2009 tarihli British Columbia Üst Mahkeme Hukuk Usulü Kurallarının (*British Columbia Supreme Court Civil Rules*) 9. maddesinde konunun, "sulh önerisi (önerileri)" (*offer(s) to settle*) başlığı altında ve İngiliz ve Avustralya örneklerine benzer şekilde düzenlendiği görülmektedir. Diğer uygulamalara benzer şekilde, Kanada örneğinde de karşı tarafın sulh önerisini reddeden tarafın, dava sonunda daha iyi bir sonuç elde edemediği takdirde yargılama giderleri bakımından daha ağır bir sonuçla karşılaşması söz konusu olmaktadır.[24]

---

21 Cameron, C., "The Price of Access to the Civil Courts in Australia – Old Problems, New Solutions: A Commercial Litigation Funding Case Study", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 60.

22 Porter, B., "Offers to Settle under the Uniform Civil Procedure Rules and Calderbank Offers", Hearsay - the Journal of the Bar Association of Queensland, Issue 68, June 2014.

23 Glenn, H. Patrick., "The Irrelevance of Costs Rules to Litigation Rates: The Experience of Quebec and Common Law Canada", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 100.

24 Schneider, C.N., Rule 49 Offers To Settle And The Deductible: "Dazed and

Aşağıda inceleyeceğimiz İngiliz hukukundaki resmî sulh önerilerine en azından başlık ve genel prensip bakımından benzeyen bir düzenleme ABD Federal Hukuk Usulü Kanununda (*Federal Rules of Civil Procedure*) da bulunmaktadır. Kanunun "hüküm önerisi" (*offer of judgment*) başlığını taşıyan 68. maddesine göre savunmada bulunan taraf, duruşma tarihinden en az on dört gün öncesine kadar karşı tarafa bir anlaşma önerisi getirebilir. Ancak madde başlığından da anlaşılacağı üzere burada söz konusu olan doğrudan bir sulh sözleşmesi değil, bu yönde bir hükme rıza gösterilmesi talebidir[25]. Maddenin ikinci fıkrasına göre söz konusu öneriler gizlidir ve yargılama giderlerinin belirlenmesi dışında mahkemeye sunulamaz. Maddenin son fıkrasına göre de eğer davacının dava sonunda elde ettiği hüküm, davalının önerisine oranla ek yarar sağlamıyorsa, davacı, önerinin yapılmasından sonraki yargılama giderlerinden sorumlu olur.

Federal Hukuk Usulü Kanununun 68. Madde hükmünün hemen hemen hiç uygulanmadığı literatürde ifade edilmektedir[26]. BONE, bu duruma neden olan sınırlama ve dezavantajları dört başlık altında özetlemektedir: Öncelikle ABD hukuk yargılamasının genel yapısı sebebiyle yargılamada genellikle en büyük gider olan avukatlık ücretinin, kural olarak, bu çerçevede davacıya yükletilmesi mümkün değildir[27]; bu da yaptırımın son derece kısıtlı olması anlamına gelmektedir. Ayrıca düzenleme sadece davalıya böyle bir öneri getirme imkânı getirmekte, öneri çok kısıtlı bir zaman aralığı içerisinde yapılabilmekte ve bir sulh sözleşmesi değil, hükme rıza söz konusu olmaktadır. Bu son dezavantaj, yazarın da belirttiği üzere düzenlemenin en anlaşılmaz kısmını ifade etmektedir[28]. Sulhün gizli tutulabilmesi, tarafın her hangi bir sorumluluk kabul etmeden davayı sona erdirebilmesi[29] gibi avantajlar, bir hüküm verilecek olması sebebiyle ortadan kalkmaktadır.

Confused", the Beard Winter Defender, February 2008, Issue 2, s. 1.

25 Karş. HMK m. 315/1, birinci cümlenin ilk kısmı.

26 Bone, s. 1566-1569; Cortes, s. 52.

27 Stein, s. 603; Maxeiner, s. 288

28 Bone, "To Encourage Settlement: Rule 68, Offers of Judgment, And The History Of The Federal Rules of Civil Procedure", Northwestern University Law Review, Vol. 102, No. 4, s. 1567-1568.

29 Osborne, C., Civil Litigation 2005/2006, New York (Oxford) 2005, s. 342.

C. Konunun İngiliz Hukukundaki Tarihsel Gelişimi ve Benzer Kurumlar

I. Hukuk Usulü Kuralları (1998) Öncesi Dönem: Mahkemeye Depo ve *Calderbank* Önerileri

Lord Woolf'un hazırladığı raporlar üzerine şekillenen ve İngiliz hukuk usulünü bir bütün olarak değiştiren Hukuk Usulü Kuralları (CPR) öncesinde, İngiliz hukukunda resmî sulh önerilerine benzer iki temel kurum bulunduğu görülmektedir. Bunlardan birincisi mahkemeye yapılan ödemeler (depo), ikincisi ise *Calderbank* önerisi veya *Calderbank* mektubu olarak ifade edilen ve mahkemeye deponun mümkün olmadığı hallerde kullanılabilen ve şimdiki resmî sulh önerisi uygulamasına nispeten daha çok benzeyen hukuki yol idi. Söz konusu düzenlemeler CPR öncesinde asli ilk derece mahkemelerinde ve Temyiz Mahkemesinde (*Court of Appeal*) uygulanan usulü belirleyen Yüksek Mahkeme Kurallarının (*Rules of the Supreme Court*[30] *-RSC-*) yirmi ikinci kısmında, yerel mahkemelerin yargılama usulünü belirleyen İlçe Mahkemeleri Kurallarının (*County Court Rules*) ise on birinci kısmında bulunmaktaydı.

Mahkemeye depo sisteminde, davalı taraf, para alacağı ve tazminat davaları ile sınırlı olmak üzere, kendisinin uygun gördüğü bir tutarı doğrudan mahkemeye depo etmekte, keyfiyet davacıya tebliğ edilmekte ve davacının cevabı beklenmekte idi. Ödeme ve depo davanın bir kısmı için yapılabilse de, sorumluluğun oranı gibi spesifik hukuki sorunlar hakkında yapılamıyordu[31]. Nitekim *Calderbank* önerileri ve konumuz olan resmî sulh önerileri ile bu dezavantaj ortadan kaldırılmıştır. Bu ödeme gerçek anlamda bir sulh önerisidir; nitekim sulhün temel unsuru olan karşılıklı fedakârlık bu depo imkânı bakımından

30 İngiliz hukukunda özellikle 2003 yılından itibaren yapılan bir dizi reform ile mahkemeler sistemi de değiştirilmiş ve daha önce asli ilk derece mahkemeleri için kullanılan yüksek mahkeme (Supreme Court) ismi, 2005 yılında en yüksek temyiz mahkemesi olarak kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne devredildiğinden, söz konusu asli ilk derece mahkemelerinin ismi Üst Adli Mahkemesi (High Court of Justice) olarak değiştirilmiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Slapper, G., Kelly, D., The English Legal System, Fourteenth Edition, Abingdon 2013, s. 167 vd.

31 Spesifik hukuki sorunlar hakkında sonuç içeren sulh önerilerinde, öneri kabul edilmediği takdirde yargılama giderlerinin yükletileceği tarafı belirlerken mahkeme salt mahkûmunbihi değil, söz konusu hukuki sorunu da göz önüne almak durumundadır.

da söz konusudur. Mahkemeye depo usulünü davalının getireceği bir sulh önerisinden ayıran temel fark, paranın depo edilmiş olması sebebiyle ödeme bakımından bir güvence sağlanmış olmasıdır.

Calderbank önerileri ve resmî sulh önerilerinde olduğu gibi, mahkemeye depo usulünde de, mahkemenin hükmünü vermeden önce, yapılan öneriden etkilenmemesi için söz konusu öneriden haberdar olmaması gerekiyordu. Kanundaki bazı istisnalar dışında önerinin miktarı bir yana, önerinin yapıldığı vakıasının bile mahkemeye bildirilmemesi gerekiyordu (RSC o. 22, r. 7). Bu sebeple usulün adı her ne kadar mahkemeye depo olsa da, ödeme davayı gören mahkemenin veznesine değil, düzenleme çerçevesinde yetkili kılınmış olan kurumlara yapılıyordu. Öneri (depo) karşı tarafça kabul edilmemiş ve mahkeme nihai kararını açıklamışsa, yargılama giderlerinin miktarı ve yükletileceği tarafın belirlenebilmesi için, söz konusu öneri mahkemeye sunulabilir hale geliyordu. Bu durum, giriş kısmında da ifade ettiğimiz üzere, İngiliz uygulama ve literatüründe "yargılama giderleri hariç olmak üzere uyuşmazlığın esasını etkilemeyecek şekilde" (*without prejudice save as to costs*) kavramı ile ifade edilmektedir[32]. Öneri gizlidir, ancak yargılama giderleri söz konusu olduğunda veya (prensip olarak) kabul edildiğinde gizli olmaktan çıkacaktır. Bu ilke, mevcut resmî sulh önerileri bakımından da geçerliliğini sürdürmektedir.

Davacı, öneri tahkikata geçilmeden yapılmışsa yirmi bir gün, tahkikat aşamasına geçilmişse iki gün (yerel mahkemelerde on dört gün) içerisinde öneriyi kabul etme hakkına sahipti. Davacı öneriyi kabul ederse dava (öneri davanın bir kısmına ilişkinse ilgili kısım) sona ermekte; ayrıca davacı yargılama giderlerinin tahsiline hak kazanmakta idi. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere İngiliz hukuk yargılamasında, Türk hukukunun aksine yargılama giderleri mutlaka asıl dava ile birlikte değerlendirilmemekte, yargılama giderleri asıl dava sonunda verilen hüküm çerçevesinde mahkemenin (veya yetkili merciin) daha sonra yapacağı inceleme ile belirlenebilmektedir. Bu incelemenin yapılabilmesi için davayı kazanan tarafın talebi gerekmektedir. Mahkeme içi ödemelerde ise RSC o. 62, r. 5(1) çerçevesinde davacı bu talebi yapmış sayılıyordu[33].

---

32 Foskett, s. 224-225.

33 O'Hare, J., Hill, R.N., Civil Litigation, 7th Edition, Glasgow 1996, s. 331.

Davalı hatalı bir şekilde davacının yargılama giderlerini de içerecek şekilde bir depo yapmış olsa dahi, ilgili düzenlemeler çerçevesinde davacıya ödenecek olan yargılama giderleri ayrıca hesaplanıyordu. Dolayısıyla, davalının önerisini kabul eden davacı, yukarıdaki paragrafta da belirttiğimiz üzere yapmış olduğu yargılama giderlerine hak kazanıyordu. Söz konusu tutar depo edilen tutar içerisinde yer almadığı için, mahkemece hesaplanan yargılama giderleri davalı tarafından ödenmediği takdirde davacı mahkemeye hüküm verilmesi için başvurabiliyordu.

Öneri (ödeme) kabul edilmediği takdirde, depo edilen tutar kural olarak veznede kalmaya devam ettiği için (RSC o. 22, r. 5), davayı kazandığı takdirde davacı söz konusu tutarı (veya kazandığı kadarını), mahkemenin kararı ile doğrudan vezneden alabiliyordu. Bu imkân, depo ve önerinin aynı zamanda bir teminat işlevi görmesini sağlıyordu. Nitekim Lord Woolf, 1995 tarihli Adalete Erişim Taslak Raporunda mahkeme içi ödeme sisteminin yeni sistem ile ortadan kaldırılmasını önermiş, ancak 1996 tarihli nihai raporunda mahkeme içi ödemenin yukarıda bahsettiğimiz avantajı bağlamında özellikle avukatlardan gelen itirazlar sebebiyle korunması gerektiği sonucuna varmıştır[34].

Davacı, öneriyi süre geçtikten sonra kabul etmek isterse, mahkemenin buna izin vermesi gerekiyordu; tahkikat aşamasına geçildikten sonra ise davalının rıza göstermemesi halinde, davacı mahkemeye bu yönde bir başvuru yapamıyordu[35].

Davacı, davalının sulh önerisini kabul etmediği takdirde, ilgili yaptırımların belirlenebilmesi için, dava sonunda verilen hüküm göz önünde bulunduruluyordu. Giriş kısmında da ifade ettiğimiz üzere, davacı dava sonunda sulh önerisine oranla kendisi bakımından daha avantajlı bir hüküm elde edemediği takdirde, İngiliz hukuk sistemi çerçevesinde davayı kazanmış olduğu kabul edilse bile, davalının, önerinin yapıldığı tarihten itibaren doğan yargılama giderlerini ödemek durumunda kalıyordu. İngiliz hukuk yargılamasında nihai sonuç

34 Lord Woolf, Access to Justice: Interim Report To The Lord Chancellor On The Civil Justice System In England And Wales, London 1995, Chapter 24/5; Lord Woolf, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, London 1996, Chapter 11/3.

35 O'Hare, Hill, s. 339.

blok olarak değerlendirilmekte ve davacı talep ettiğinin çok altında bir hüküm elde etse bile davayı kazanmış sayılmakta olduğu için, kendisine öneride bulunulan davacı öneriyi reddeder ve elde ettiği hüküm talep ettiğinden daha düşük bir tutar için olursa, davayı kazanmış sayılmasına rağmen, "davayı kaybetmiş olan" davalının yargılama giderlerini ödemesi söz konusu oluyordu.

Görüldüğü üzere mahkemeye depo sisteminin sonuç yaptırımı son derece basitti. Bu tür bir öneri sadece para alacağı ve tazminat davalarında ve yine sadece davalı tarafından yapılabildiği için, yaptırım sadece öneriden sonraki yargılama giderlerinin yükletileceği tarafın belirlenmesi bakımından önem kazanıyordu ve başarının, yani hüküm sonunda ek yarar elde edilip edilmediğinin tespiti nispeten kolay oluyordu. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere söz konusu belirleme ve hesaplama, mevcut sistemde çok daha karmaşık bir hal almıştır.

Calderbank önerileri (veya mektupları) ise, mahkemeye depo usulünün uygulanamadığı davalarda (örneğin bir şeyin yapılması şeklindeki alacak davaları veya boşanma davaları) mahkemeye depo usulüne ikame amacıyla uygulamada[36] ortaya çıkmış olan bir sulh önerisi usulü idi. Bu mektup davalı tarafından davacıya gönderilmekte, davacı öneriyi kabul ederse dava sona ermekte, reddederse yukarıda mahkemeye depo usulünde bahsettiğimiz sonuçlar ortaya çıkmaktaydı. Daha sonra pozitif düzenlemelere de girmiş olan *Calderbank* önerileri, bazı istisnalar haricinde, mahkemeye depo usulünün uygulanabileceği hallerde uygulanamıyordu. Söz konusu istisnalardan belki de en ilginci, asıl dava bittikten sonra mahkemece yapılan yargılama giderlerinin tutarının tespiti işi sırasında *Calderbank* önerisinin yapılabiliyor olması idi. RSC ve CCR'deki düzenlemelere göre, söz konusu işlem sırasında yargılama giderlerini ödeyecek olan taraf karşı tarafa bu şekilde bir öneri sunabiliyor, karşı taraf kabul ederse mahkemenin incelemesi son buluyor, kabul edilmediği takdirde ise öneri, yargılama giderlerinin tespiti işleminde oluşacak yargılama giderleri bakımından yukarıdaki paragraflarda bahsettiğimiz etkiyi haiz oluyordu (RSC o. 62 r. 27, CCR o. 38 r. 19A).

36 Calderbank v. Calderbank [1976] Fam. 93, [1975] 3 All ER 333, CA.

Calderbank önerileri, yukarıda mahkemeye depo usulünde bahsettiğimiz şekilde gizli yapılmaktaydı ve öneri kabul edilmediği takdirde mahkeme hükmünü verinceye kadar mahkemeye sunulamamaktaydı. Öneri kabul edilmediği takdirde davacı bakımından ortaya çıkan sonuçlar da yine mahkemeye depo usulünde belirtildiği şekilde idi; ancak, *Calderbank* önerilerinin getirilebildiği davalarda ortaya çıkacak olan başarı (veya başarısızlık), söz konusu davaların nitelikleri gereği daha sübjektif olduğu için, bu davalarda ileri sürülen önerilerin sonucu bakımından, mahkemeye depo usulüne kıyasla, mahkemelerin daha fazla takdir yetkisine sahip oldukları ifade edilmekteydi[37].

Mahkemeye depo usulü 2007 reformu ile tamamen ortadan kalkmış olmakla birlikte, *Calderbank* önerisi teorik olarak uygulanabilirliğini halen sürdürmektedir. Nitekim CPR'nin 36. Kısmının ilk maddesinde ifade edildiği üzere, bu Kısımda yapılan düzenlemeler, tarafların birbirlerine başka bir şekilde sulh önerisi getirmelerine engel değildir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yine aynı maddede belirtildiği üzere, 36. Kısım hükümlerine uyulmadan yapılan sulh önerileri, bu Kısımda düzenlenmiş olan yargılama giderlerine ilişkin hukuki sonuçları doğurmaz. Bu şekilde yapılan önerilerin kabul edilmemesi halinde mahkeme, yargılama giderlerinin yükletileceği tarafın belirlenmesinde Kanunun (CPR) 44. Kısmında kendisine verilen takdir yetkisini kullanacaktır[38].

II. CPR 36. Kısmın Kısa Tarihçesi

Yukarıda bahsettiğimiz her iki usul de içerik ve taraf bakımından sınırlı oldukları için, tarafların sulhe teşvikinin ve uyuşmazlıkların mümkün olduğunca erken aşamada tarafların sulhü ile sona erdirilmesinin önemine çok sayıda vurgu yapan taslak raporunda Lord Woolf, bu iki usulü ortadan kaldıracak şekilde yeni bir sistem önermiştir. Lord Woolf taslak raporunda, her iki tarafın da sulh önerisinde bulunabilmesini, mahkemeye yapılan ödeme sisteminin tamamen terkedilmesini, önerilerin, mahkemeye deponun aksine, davanın kusur gibi spesifik unsurlarını da içerebilmesini, bu usulün bazı yaptırımlarının seri yargılama usulünde uygulanmamasını, sulh önerisinin

37 O'Hare, Hill, s. 322.
38 Zuckerman, s. 1276.

kabul edilmemesi ve sonuçlarının oluşması halinde yasal faizin daha yüksek bir oranda hesaplanmasını, sulh önerisinin yargılama işlemleri başlamadan da yapılabilmesini ve mahkemenin bu tür bir sulh önerisinin kabul edilmediği bir davada, yargılama giderlerinin yükletilmesinde, özellikle tarafların delillerin sunulmasındaki tavırları çerçevesinde bir miktar takdir yetkisini taşımaya devam etmesi gerektiğini öngörmüştür. Lord Woolf'un nihai raporu da büyük ölçüde taslak raporuna benzemekle birlikte, yukarıda da bahsettiğimiz üzere seçimlik olmak kaydıyla mahkemeye depo usulünün devam ettirilmesi ve faiz oranın yükseltileceği oran gibi konularda bazı farklı görüşler ortaya konulduğu görülmektedir.

Lord Woolf'un resmî sulh önerileri konusundaki ifadeleri büyük ölçüde kanunlaşmış ve düzenleme yeni Kanunun (CPR) 36. Kısmını oluşturmuştur. Kanunun ilk halinde, Lord Woolf'un önerilerinin aksine, eski sistem olan mahkemeye depo usulünün büyük ölçüde devam ettirildiği görülmektedir[39]. Kanun özellikle davalı bakımından yeni sistemi neredeyse hiç benimsememiş, davalının para alacağı ve tazminat davalarında sadece eskiden olduğu gibi yargılama işlemleri başladıktan sonra, mahkemeye depo şeklinde bir sulh önerisi getirebileceğini düzenlemiştir (CPR eski r. 36.3)[40]. Ayrıca, yine Lord Woolf'un nihai raporundaki görüşünün aksine, resmî sulh önerisi, çok yönlü yargılama usulünün yanı sıra seri yargılama usulünde de tüm sonuçlarıyla birlikte uygulanabilir kılınmış, hatta mahkemenin gerekli görürse karşı taraf avukatlık ücretinin kural olarak kaybeden tarafa yükletilmediği küçük talepler usulünde dahi bu öneri ve sonuçlarını kabul edebileceği düzenlenmiştir (CPR eski r. 36.2(5)).

36. Kısım, bazı küçük değişikliklerle 2007 yılına kadar uygulanmaya devam etmiş, 2007 yılında yapılan reformla yeni bir 36. Kısım düzenlemesi yapılmıştır. Bu reforma duyulan ihtiyaç, bilhassa mahke-

---

39 Bu farklı yaklaşımın eski Adalet Bakanlığı'nın (Lord Chancellor's Department) yayınladığı "Taleplerin Yerine Getirilmesinde Mahkemeye Depo Usulü" isimli 2001 tarihli danışma raporunda da devam ettiği görülmektedir (Ward, s. 285). Nitekim raporda paranın doğrudan depo edilmiş olmasının önerinin samimi olduğu yönünde bir açıklık ve kesinlik sağladığı ifade edilmektedir (A Lord Chancellor's Department Consultation Paper Payments into court in satisfaction of claims, August 2001, http://www.dca.gov.uk/consult/pins/pins.htm, Erişim tarihi 14.07.2014).

40 Ward, s. 283-284.

meye depo usulünün devam ettirilmesi ve bu sebeple sistemin yeterince esnek olmaması üzerine olmuştur[41]. Söz konusu reform ile getirilen en önemli değişiklik, Lord Woolf'un taslak raporunda da öngördüğü üzere mahkemeye depo sisteminden tamamen vazgeçilmesidir. Böylece yeni düzenleme ile resmî sulh önerileri, hem davacı hem de davalı bakımından her tür davada başvurulabilir hale gelmiştir. Reformla ayrıca faiz, önerinin şekli (ve bunun sonuçları[42]) gibi diğer bazı konularda da büyük değişiklikler yapılmıştır.

Bu reformdan sonra da uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkmış, bu sorunlardan en önemlisi Carver v BAA Plc[43] davasında verilen karar ile kendisini göstermiştir. Kanunun yeni 36.14 maddesinde, önerinin reddi halinde hangi durumlarda sonuçlarını doğuracağını belirleyen ifadelerin muğlak olması sebebiyle konu tartışılmış ve bahsedilen davada mahkeme dava sonucunda elde edilen kazancın mahkeme tarafından daha geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği, sulh yerine hüküm ile elde edilen ek faydanın çok düşük olması halinin de önerinin reddinin davacı bakımından olumsuz sonuçlarını doğurması gerektiği sonucuna varılmıştır; zira böyle bir durumda elde edilen "küçük" fayda, dava ile harcanan vakit ve gideri haklı kılmamaktadır[44]. Bu karar ve uygulaması, teorik bağlamda haklılığı tartışılabilir olsa da, pratikte pek çok tereddüt ve soruna yol açmıştır. Eleştiriler özellikle yapılan önerinin sonuçlarının doğup doğmayacağının önceden öngörülemeyecek olması üzerine şekillenmiştir. Nitekim 2013 reformuna hazırlık oluşturan 2009 tarihli yargılama giderleri incelemesi raporunda Lord Jackson, bahsettiğimiz eleştirileri temel alarak, bu kararın uygulamasının yasal bir düzenleme ile ortadan kaldırılması gerektiğini ifade etmiştir[45]. Söz konusu düzenleme 2011 yılında yapılmış ve Kanun ifadesi daha net hale getirilmiştir. Bu çerçevede, hüküm ile elde edilen ek fayda, aradaki fark ne kadar

41 Cortes, s. 46.

42 Dwyer, D., "Introduction", The Civil Procedure Rules Ten Years On (Editor: D. Dwyer), New York 2009, s. 16.

43 Carver v Baa Plc [2008] EWCA Civ 412.

44 Cortés, P., "An Analysis of Offers to Settle in Common Law Courts: Are They Relevant in the Civil Law Context?", Electronic Journal of Comparative Law, vol. 13.3, September 2009, s. 4; YY., Thomson – Sweet & Maxwell Civil Procedure News, Issue 6, June 2008, p. 6.

45 Lord Jackson, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, Norwich 2009, s. 421-423.

küçük olursa olsun, sulh önerisinin üzerinde ise, öneriyi reddeden davacı lehine aleyhine sonuç doğurmaz[46].

36. Kısımdaki son önemli değişiklik, yukarıdaki paragrafta bahsettiğimiz Lord Jackson'ın yargılama giderleri hakkında sunduğu rapor sonucunda şekillenen CPR 2013 reformu ile gerçekleşmiştir. Yargılama giderlerine ilişkin olarak çok önemli değişiklikler getiren bu reform ile resmî sulh önerileri hakkında da esaslı bir değişiklik yapılmıştır[47]. Lord Jackson, raporunda, mevcut sistemin davalıları teşvik bakımından yetersiz olduğunu, davalıların, davacıların sulh önerilerini reddi halinde daha ağır yaptırımlarla karşılaşmaları gerektiğini ifade etmiş ve böyle bir durumda davalıya dava sonunda hükmolunan tutarın yüzde onu oranında bir tazminat yükletilmesi önerisinde bulunmuştur[48]. Lord Jackson ayrıca, para alacakları dışındaki davalarda da mahkemenin davanın değeri konusunu takdir etmesi ve söz konusu tazminatın takdir edilen tutar üzerinden hesaplanmasını önermiştir. Lord Jackson, bu yeni yaptırımın, hem davalıların getirilen sulh önerilerini kabul etmelerinin teşvik edilmesi bakımından, hem de bu şekilde daha yüksek bir tutar elde edileceği için davacıların makul sulh önerileri getirmelerinin teşvik edilmesi bakımından etkili bir araç olacağını ifade etmiştir[49].

Lord Jackson'ın bu önerisi 2013 reformu ile yasalaşmış, bu çerçevede davalının, davacının sulh önerisini reddetmesi ve dava sonunda verilen hükmün davacının sulh önerisine eşit veya davalının daha aleyhine olması halinde, aşağıda inceleyeceğimiz yaptırımlara ek olarak, para alacakları bakımından dava sonunda verilen hükmün yüzde onu, diğer alacaklar bakımından ise (Lord Jackson'ın önerisinden ayrılarak) takdir edilen yargılama giderlerinin yüzde onu tutarında bir tazminat yaptırımı getirilmiştir (CPR r. 36.14(3)(d)). Her iki halde de ödenecek ek tutar 75.000 İngiliz Pound'u ile sınırlandırılmıştır. Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, bu yeni düzenleme, Türk hukukuna yabancı bir

46 Zuckerman, s. 1292.

47 Bu değişikliklerin bir özeti için bkz. Shilvock, C., "United Kingdom: Jackson Cost Reforms: A Summary of The Key Changes to Civil Litigation Costs", http://www.mondaq.com/x/236810/real+estate/ Jackson+Cost+Reforms+A+Summary+Of+The+Key+Changes+To+Civil+Litigation+Costs (Erişim tarihi: 14.07.2014)

48 Lord Jackson, s. 424.

49 İbid, s. 426.

düzenleme değildir. Nitekim düzenleme, Türk İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan icra (inkâr) tazminatına çok benzemektedir. Her iki halde de likit bir para alacağı bulunmakta, borçlu bu borcu ödemeyip mahkemede yargılama işlemlerinin yapılmasına neden olmakta ve haksız çıktığı takdirde alacaklıya bir tazminat ödemek durumunda kalmaktadır[50]. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu yaptırım, İngiliz hukukunda, Türk hukukunun aksine sadece davalı bakımından getirilmiştir; davacıya bu şekilde bir yaptırım uygulanması mümkün değildir. Ayrıca İngiliz hukukunda, Türk hukukuna kıyasla, alacağın türü bakımından bir adım ileriye gidilmiş, söz konusu tazminat, para alacakları dışındaki davalar bakımından da düzenlenmiştir.

D. Resmî Sulh Önerisinin İçeriği ve Kanunda Öngörülen Şekil

Sulh önerisi getirilebilecek davaların türü bakımından CPR bir sınırlama getirmemiştir. Bu sebeple konusu para olmayan davalar bakımından da resmî sulh önerisi getirilebilir. Öneri dava konusunun tamamına veya bir kısmına ya da dava içerisindeki bir uyuşmazlık konusuna (örneğin sorumluluk veya kusur) ilişkin olabilir (CPR r. 36.2(d)). Salt tarafın sorumluluğuna ilişkin olarak da bir öneri getirilebilir (CPR r. 36.5). Eğer kusur oranını da içeren bir öneri getirilmişse, resmî sulh önerisinin yaptırımları bakımından şartların oluşup oluşmadığını tespit ederken mahkemenin, dava sonunda hükmolunan miktarın yanı sıra, hangi tarafın ne miktarda kusur taşıdığını da göz önüne alması gerekecektir; hatta salt kusur oranına göre bir öneri getirilmişse, hükmün asıl kısmı (hükmolunan şey) resmî sulh önerisinin sonuçları bakımından önemli olmayacak, sonuçların uygulanıp uygulanmayacağının tespiti için sadece mahkemenin kusur oranı hakkında vardığı sonuca bakılacaktır[51].

Kanunun 36.5 (maddi zararlardan doğan şahsi alacak davaları) ve 36.6 (ihtiyati zarar halleri[52]) maddelerinde sayılan haller dışında,

---

50 Yılmaz, E., "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, s. 675-754, s. 701, Postacıoğlu, İ., E., Altay, S., İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı., İstanbul 2010, s. 235.

51 Zuckerman, s. 1301-1302.

52 Bir Common Law kurumu olan ihtiyati zarar (provisional damage) kavramı, ilgili tarafın zararının ileride artma ihtimali bulunan bedensel yaralanma gibi hallerde, verilecek olan hükmün (maddi anlamda) kesin hüküm oluşturmasını önlemek

konusu para alacağı olan uyuşmazlıklarda davalı mutlaka en geç on dört gün içerisinde peşin ödeme önerisi getirmek zorundadır; daha geç tarihli ödeme taahhüdü içeren öneriler, ancak karşı taraf kabul ederse geçerli olur (CPR r. 36.4). Yukarıda bahsettiğimiz mahkemeye depo usulünün devamı olan bu düzenleme ile davacı bakımından eski sisteme daha yakın bir güvence getirilmiştir. Ayrıca, bir paranın ödeneceğinin taahhüt edildiği önerilerde, birikmiş olan faizlerin de kural olarak taahhüt edilen tutara dâhil olduğu kabul edilmektedir (CPR r. 36.3(3)).

36. Kısım dâhilinde olan bir sulh önerisinin kabulü, kural olarak, karşı taraf veya mahkemeden bağımsız olarak sonuç doğurduğu ve ortaya bağlayıcı bir sözleşme çıktığı için, önerinin içeriğinin açık ve net olması gerekmektedir[53]. Kanunun 36.8 maddesine göre öneride bulunulan taraf, öneride bulunan tarafa yedi gün içerisinde başvurarak muğlak olan önerinin açıklanmasını isteyebilir. Öneride bulunan taraf bu açıklamayı yapmazsa, karşı taraf mahkemeye başvurarak öneride bulunan tarafı bu açıklamayı yapmaya zorlamasını talep edebilir[54]. Mahkeme bu yönde bir karar verirse, önerinin yapıldığı varsayılan tarihi de belirtmek zorundadır (CPR 36.8(3)).

Sulh önerisi dava açılmadan (yargılama işlemleri başlamadan) yapılabileceği gibi, dava açıldıktan sonra veya kanun yolu aşamasında yapılabilir (CPR r. 36.3(2)). Ancak Kanun, atfedilen sonuçlar bakımından ilk derece yargılaması ile kanun yolu yargılamasını birbirinden ayırmıştır. Bu sebeple ilk derece yargılamasında yapılan bir öneri kanun yolundaki yargılama giderleri bakımından geçerli olmaz[55]; kanun yolu aşamasında yeniden bir öneri getirilmesi gerekmektedir (CPR r. 36.3(4))[56].

Bir sulh önerisinin 36. Kısım kapsamında değerlendirilebilmesi için, Kanunun 36.2 maddesinde belirlenmiş olan şartları taşıması ge-

---

amacıyla kullanılmaktadır (Gerlis, s. 303 vd; Zuckerman, s. 1084-1088). Kurum, Türk hukuku bakımından, Türk Borçlar Kanunu m. 75 düzenlemesine benzetilebilir. Bilindiği üzere bu hükme göre, bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

53 Sime, S., Civil Procedure, 13th Ed., New York (Oxford) 2010, s. 553.

54 Greene, s. 277.

55 Sime, s. 562.

56 Rose 930; Zuckerman 1276.

rekmektedir. Buna göre, öneri yazılı olmalı, önerinin bir 36. Kısım sulh önerisi olduğu açık şekilde belirtilmiş olmalı, önerinin kabulü halinde Kanunun 36.10 maddesine göre davalının davacının yargılama giderleri bakımından sorumlu olduğu yirmi bir günden az olmayan bağlayıcı süre (*relevant period*) yazılmalı[57], önerinin uyuşmazlığın tamamına mı yoksa bir kısmına mı ya da uyuşmazlık içerisindeki bir konuya mı ilişkin olduğu ve öyle ise hangi kısım veya konuya ilişkin olduğu ile herhangi bir karşı talebin (karşılık dava) göz önüne alıp alınmadığı öneride yer almalıdır[58]. Ancak şekildeki herhangi bir eksiklik veya hata önerinin tamamen 36. Kısım dışında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz; mahkeme, taraf usul işlemindeki eksikliği tamamlayabilir veya hatayı düzeltebilir[59].

Sulh önerisinin en önemli özelliklerinden bir tanesi, giriş kısmında da ifade ettiğimiz üzere gizliliği ve reddi halinde yargılama giderleri dışında davanın halli bakımından hiçbir etkisinin olmamasıdır. Kanunun 36.13 maddesine göre, bir sulh önerisinin yapıldığı vakıası davayı görecek olan hâkime haber verilmemelidir. Nitekim taraflardan birinin diğerine sulh önerisi getirmiş olması, davada öneriyi getiren tarafın aleyhine önyargılı davranmasına neden olabilir. Önerinin kabul edilmemesi yargılama giderleri bakımından önem taşıdığı, yargılama giderleri de İngiliz hukukunda asıl davadan ayrı olarak belirlenebildiği için, söz konusu önerinin, mahkeme yargılamayı bitirdikten ve hükmünü verdikten sonra ve yargılama giderlerine ilişkin kararın verilmesinden önce mahkemenin dikkatine sunulması gerekir. Kanuna göre önerinin mahkemeye sunulamaması kuralının üç istisnası bulunmaktadır: Davalı davacıya dava açılmadan önce kayıtsız şartsız ödeyeceğini taahhüt etmişse (*defence of tender*)[60], önerinin karşı tarafça kabulü üzerinde yargılama durmuşsa ve her iki taraf yazılı şekilde aksi yönde anlaşırlarsa önerinin yapıldığı vakıası ve içeriği mahkemeye sunulabilir (CPR r. 36.13(3)). Eğer aşağıdaki başlıkta açıklayacağımız üzere önerinin kabulü veya geri alınması için mahkemenin izni gere-

57 Bu şart duruşmaların başlamasına yirmi bir günden az kalmış olan hallerde uygulanmaz; zira böyle bir durumun sonuçları, aşağıda da ifade edeceğimiz üzere, Kanun tarafından ayrıca düzenlenmiştir (CPR r. 36.2(3)).

58 Simpson, E., "When is a Part 36 Offer Not a Part 36 Offer?" Resolution, Offshore – Spring 2012, s. 2.

59 Zuckerman, s. 1276; aksi yönde: Rose, s. 918.

60 Rose, s. 917.

kiyorsa taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, izin için başvuru asıl davayı gören hâkimden başka bir hâkime yapılmalıdır (CPR PD 36A.2 ve 36A.3)[61].

Mahkemenin yukarıda belirtilen kuralın hilafına sulh önerisinin varlığından haberdar olması, yargılamayı kendiliğinden ortadan kaldıracak bir sonuca yol açmaz; durumdan haberdar olan hâkim, adil yargılama ilkesini de göz önünde bulundurarak gerekli gördüğü takdirde davadan çekilebilir[62].

E. Bağlayıcı Süre, Resmî Sulh Önerisinin Geri Alınması ve Kabulü

CPR 36. Kısım hükümlerine uygun olarak hazırlanmış olan resmî sulh önerisinin, sonuçlarını doğurabilmesi için, karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekir (CPR 36.7). Aşağıda ifade edeceğimiz üzere önerinin geri alınması veya şartlarında değişiklik yapılması da yazılı tebligat yoluyla yapılmalıdır. Öneri, tebligatın yapıldığı tarihte yapılmış olarak kabul edilir ve bağlayıcı süre buna göre hesaplanır[63].

36. Kısım düzenlemesinde "bağlayıcı süre" (*relevant period*) olarak adlandırılan çok önemli bir süre bulunmaktadır. Bu süre, öneriyi getiren tarafın önerisi ile bağlı olduğu yirmi bir günden az olmayan süreyi ifade etmektedir. Kanunda yapılan tanıma göre bu süre, önerinin tahkikat aşamasından (duruşmaların başlamasından) en az yirmi bir gün önce yapıldığı hallerde yirmi bir günden aşağı olmamak üzere öneride belirtilen süre; diğer hallerde ise önerinin yapılmasından duruşmaların sonuna ya da mahkemenin belirleyeceği diğer bir zamana kadar olan süredir (CPR r. 36.3(1)(c)). Öneriyi getiren taraf, bu süre boyunca kural olarak getirdiği öneri ile bağlıdır; karşı taraf bu süre içerisinde öneriyi kabul ederse sulh sözleşmesi yapılmış olur. Bu süre içerisinde önerinin şartları karşı taraf bakımından iyileştirilebilir (örneğin karşı taraftan talep edilen para azaltılabilir); ancak önerinin şartlarının karşı taraf bakımından ağırlaştırılması veya önerinin

---

61 İbid, s. 913.

62 Sime, s. 562; YY., Inns of Court School of Law Civil Litigation 2005/2006, New York (Oxford) 2005 s. 257-258.

63 Foskett, s. 232-233.

tamamen geri alınması mahkemenin iznine bağlıdır (CPR r. 36.3(5)). Öneride bulunan taraf böyle bir izin talebinde bulunursa incelemeyi yapan hâkim, durumun, talebin ve davanın bulunduğu aşamanın özelliklerine göre bir değerlendirme yaparak karar verir. Önerinin geri alınacağı yönünde bir talepte bulunulacağının veya yapıldığının öğrenilmesinden sonra karşı tarafça önerinin kabul edilmesi kural olarak geçersiz sayılmaktadır[64].

Burada ayrıca belirtmemiz gerekir ki, 36. Kısım dâhilinde yapılan önerilerin tüm yönleriyle borçlar hukukuna (yani özel hukuka) tabi olmadıkları kabul edildiği için, öneri ve kabul halleri de bağımsız ve kendi içerisinde bir bütünlük arz eden 36. Kısım çerçevesinde değerlendirilmekte; bu sebeple de mesele zaman zaman genel sözleşme hukuku kurallarından farklılık arz etmektedir[65]. Bu durum Türk hukukuna hiç de yabancı değildir; nitekim Türk hukukunda da mahkeme içi sulh sözleşmeleri hem şekli hem de maddi hukuk sonuçları olan karma nitelikli bir usul sözleşmesi olarak kabul edilmekte ve hükümleri, özel hukuktaki (borçlar hukuku) genel hükümlerden farklı özellikler arz etmektedir[66].

Bağlayıcı süre geçtikten sonra ise, öneriyi getiren taraf, önerisini tek taraflı olarak geri alabilir. Ancak bu geri almanın açık bir şekilde yapılması gerekmektedir; süre geçtikten sonra önerinin kendiliğinden ortadan kalkacağına dair hükümler geçersiz kabul edilmektedir[67]. Ayrıca Kanuna göre geri alma ve değişiklik beyanları yazılı şekilde karşı tarafa tebliğ edilmediği takdirde geçersizdir (CPR r. 36.3(7), 36.7(2)). Yeni bir öneri yapılmış olması da eski öneriyi tek başına geçersiz kılmaz; eski önerinin açıkça geri alınmış olması gerekir[68].

---

64 Zuckerman, s. 1285.

65 İbid, s. 1284-1285.

66 Mahkeme içi sulh sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında bkz: Önen, E., Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 34-42; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, Altıncı Baskı, Ankara 2001, s. 3744-3747; Tanrıver, S., "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, Sa. 1-2, s. 334-336.

67 C v D [2011] EWCA Civ 646; Manby, P., The Court of Appeal clarifies the law on Part 36 offers of settlement, http://www.4newsquare.com/content/Publications/75.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2014), s. 4.

68 Zuckerman, s. 1285.

Önerinin kabulü de mutlaka yazılı şekilde yapılmalı ve tebligat vasıtasıyla karşı tarafa bildirilmelidir (CPR r. 36.9). Öneri, karşı tarafça geri alınıncaya kadar kabul edilebilir. Resmî sulh önerisini getiren taraf, bağlayıcı süre geçmeden önce önerisini geri almak için mahkemeye başvurmuşsa, sulh önerisinin kabulü beyanı, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, tek başına yeterli sayılmamaktadır; mahkemenin bu yönde bir değerlendirme yapması gerekir[69]. Bunun dışında, karşı tarafın öneriyi kabul ettiği yönündeki beyanı kural olarak tek başına sonuç doğursa da, bazı hallerde önerinin kabulü mahkemenin iznine tabi kılınmıştır. Bu istisnalar Kanunun 36.9(3) maddesinde sayılmakla birlikte, en önemli iki istisnanın, duruşmaların başlamış olması ve davalının birden çok olduğu durumlarda bunların yalnızca biri veya bir kısmının sulh önerisi getirmiş olmaları halleri olduğu görülmektedir. Ancak ikinci ihtimalde mahkemenin izni her koşulda gerekmemektedir. Eğer bu şekilde bir öneri yapılmış, davacı diğer davalılara karşı olan davasından vazgeçmiş ve söz konusu davalılar öneriye yazılı şekilde rıza göstermişlerse veya davacı diğer alacaklıların münferit sorumluluğu (*several liability*) olduğunu iddia edip onlar hakkında davasına devam edecekse mahkemenin izni aranmamaktadır (CPR r. 36.12)[70]. Bir üst başlıkta da ifade ettiğimiz üzere, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, izin için başvurunun asıl davayı gören hâkimden başka bir hâkime yapılması gerekmektedir (CPR PD 36A.3).

Sulh önerisini kabul beyanı bağlayıcı süre içerisinde ileri sürülmüşse, davacı, kabul beyanının öneriyi getiren tarafa tebliğ edildiği tarihe kadar gerçekleştirdiği yargılama giderlerinin tahsiline Kanun gereği kendiliğinden hak kazanır (CPR r. 36.10(1)). Davalının sulh önerisi davanın bir kısmına ilişkin olmakla birlikte, davacı öneriyi kabul eder ve talebin geri kalanından vazgeçerse, mahkeme aksine karar vermediği müddetçe aynı kural uygulanır (CPR r. 36.10(2)). Bu şekilde hak kazanılan yargılama giderleri kural olarak norm gider ödeme temeline göre hesaplanır (CPR r. 36.10(3)).

Sulh önerisi duruşma aşamasına yirmi bir günden daha az bir süre kala yapılmışsa ve öneri kabul edilmişse veya öneri bağlayıcı süre dolduktan sonra kabul edilmişse, tarafların aksine bir anlaşma

69 İbid.
70 Gerlis, s. 296.

yapmamış olmaları halinde, mahkemenin yargılama giderleri bakımından bir karar vermesi gerekir (CPR r. 36.10(4)). Bu halde mahkemeye bir takdir yetkisi verilmekle birlikte, takip edilmesi gereken temel kural da Kanunda yer almaktadır. Kanunun 36.10(5) maddesine göre yukarıdaki halde, kural olarak, davacı bağlayıcı sürenin bitimine kadar yaptığı yargılama giderlerine hak kazanırken; öneriyi kabul eden taraf, öneriyi getiren tarafın, bağlayıcı sürenin bitiminden önerinin kabulüne kadar geçen sürede yaptığı yargılama giderlerinden sorumlu olur.

Sulh önerisi kabul edildiğinde (veya duruma göre kabulüne mahkemece izin verildiğinde) dava durur (CPR r. 36.11(1)-(4)). Kabul edilen sulh önerisi davanın bir kısmına ilişkinse, durma hiç kuşkusuz sadece sulhe konu olan kısım için olacaktır[71]. Sulh önerisi davalının bir miktar paranın ödeyeceğini taahhüt etmesi şeklinde yapılmış ve öneri kabul edilmişse, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, ödemenin en geç on dört gün içerisinde yapılması gerekir; aksi takdirde davacı mahkemeye başvurarak bu yönde doğrudan bir hüküm verilmesini isteyebilir (CPR r. 36.11(6)-(7)). Para borcu dışındaki hallerde de sulh sözleşmesinin şartları yerine getirilmediğinde, yeniden bir dava açılmasına gerek olmaksızın ilgili taraf, doğrudan mahkemeye başvurarak sulh sözleşmesinin hükümlerinin icra yoluyla yerine getirilmesini talep edebilir (CPR r. 36.11(8)).

F. Resmî Sulh Önerisinin Kabul Edilmemesi ve Bunun Hukuki Sonuçları

I. Davalının Sulh Önerisinin Davacı Tarafından Kabul Edilmemiş Olması

CPR'nin 36.14 maddesi, resmî sulh önerilerinin reddi halinde ortaya çıkacak sonuçları düzenlemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanunun 36. Kısmında yazılı şartları haiz bir sulh önerisi yapıldığı zaman, karşı tarafın bunu açıkça reddetmesi gerekmez. Kanun, önerinin kabulünü yazılılık şartına bağlamışken, reddi için herhangi bir şekil şartı getirmemiştir; öneri sessiz kalma yolu ile de reddedilebilir[72].

71 İbid.
72 Rose, s. 919.

Düzenleme ile tespit edilmiş olan hukuki sonuçların gerçekleşmesinin şartı, davacının dava sonunda verilen hüküm ile, davalının getirdiği 36. Kısım sulh önerisine kıyasla daha yararlı (avantajlı) bir sonuç elde edememiş olmasıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Kanunun bu ifadesi biraz muğlak olduğu için yapılan değişiklikle "daha yararlı" kavramı bakımından da bir tanım eklenmiştir. Buna göre daha yararlı kavramı, fark ne kadar küçük olursa olsun, parasal olarak daha yüksek olan değeri ifade etmektedir. Buna göre elde edilen hüküm, davalının önerisinden 1 İngiliz Pound'u bile daha yüksek olsa, Kanunun öngördüğü yaptırımların şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Kanun mutlaka "daha avantajlı" bir sonuç aradığı için, davacının elde ettiği hükmün, karşı tarafın sulh önerisini birebir karşılaması halinde de davacının aleyhine sonuç oluşacaktır. Konusu para ile ölçülemeyen davalarda ise mahkemenin, hüküm ve sulh önerisinin karşı tarafa sağladığı (veya kabul edilseydi sağlayacağı) sonuçların karşılaştırılması bakımından yorum yapması gerekecektir. Bu tür davalar bakımından Carver davasında verilen kararda ifade edilen[73] "verilen savaşın haklı olup olmadığının tespitinde tüm ilgili etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği" görüşünün, mevcut düzenleme bakımından da uygulanması gerektiği literatürde ifade edilmektedir[74].

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, sulh önerisi dava içerisindeki bir uyuşmazlık konusuna ilişkin de olabilir (CPR r. 36.2(d), 36.5). Eğer asıl talep yanında örneğin kusur oranına ilişkin de bir öneri getirilmişse, sulh önerisinin şartlarının oluşup oluşmadığını tespit ederken mahkemenin, dava sonunda hükmolunan miktarın yanı sıra, tarafların hükümle tespit edilen kusur oranlarını da göz önünde bulundurması gerekecektir. Hatta sadece kusur oranına göre bir öneri getirilmişse, hükmolunan şey sulh önerisinin sonuçları bakımından önemli olmayacak, sonuçların uygulanıp uygulanmayacağının tespiti için sadece mahkemenin kusur oranı hakkında vardığı sonuca bakılacaktır[75]. Buna göre örneğin davalı kendisinin yüzde elli kusurlu olduğunu kabul ettiği bir sulh önerisi sunar, davacı dava sonunda tazminata hak kazanır fakat mahkeme davalının kusur oranının yüzde elliden daha düşük olduğu sonucuna varırsa, Kanunda belirtilen şartlar gerçekleş-

73 Carver v Baa Plc [2008] Ewca Civ 412.
74 Zuckerman, s. 1293.
75 İbid, s. 1301-1302.

miş olacağı için davacı, davayı kazanmış olmasına rağmen, davalının yargılama giderlerini ödemek durumunda kalabilecektir.

Davalının sulh önerisini reddeden davacı, hüküm ile, öneriye kıyasla daha avantajlı bir sonuç elde edemezse, Kanun tarafından davalı lehine bazı sonuçlar öngörülmüştür. Buna göre böyle bir durumda davacı, davalının bağlayıcı sürenin sona ermesinden itibaren oluşan giderlerinden ve bu giderler bakımından oluşacak faizden sorumlu olacaktır (CPR 36.14(2)). Burada belirtilen giderler norm gider ödeme temelinden hesaplanan giderler, faiz (davalı bakımından oluşan sonuçların aksine) ise olağan faizdir[76]. Olağan faiz (temel oran), Kanunun kavramlar kısmında tanımlandığı üzere, Birleşik Krallık Merkez Bankasının (*Bank of England*) diğer bankaların kullanımı için belirlediği faiz oranıdır. Davacının sadece bağlayıcı süre sonundan itibaren giderlerden sorumlu olması, elbette davayı kazanması haline münhasır olacaktır; davacı eğer davayı kaybetmişse, 44. Kısımda belirlenen kurallar sebebiyle kural olarak zaten davalının yargılama giderlerini üstlenmek durumunda kalacaktır.

Kanunun 36.14 maddesinin altıncı fıkrasına göre, resmî sulh önerisi geri alınmışsa veya şartları sonradan davacı bakımından ağırlaştırılmış fakat hüküm ile bu yeni şartlar alt edilmişse ya da mahkemenin aksine bir karar vermemiş olması koşuluyla önerinin duruşma aşamasına yirmi bir günden daha az bir süre kala yapılmış olması halinde, yukarıda bahsettiğimiz sonuçlar oluşmaz.

II. Davacının Sulh Önerisinin Davalı Tarafından Kabul Edilmemiş Olması

Davalı eğer davacının sulh önerisini kabul etmeyip davaya devam etmişse ve dava sonunda verilen hüküm davacının önerisindeki şartları karşılıyor veya davacı lehine ek yarar sağlıyorsa, davalı bakımından hukuki sonuçların gerçekleşmesi söz konusu olur. Kanunun burada kullandığı ifade, "davalı aleyhine olan hükmün, davacıya en az önerisi kadar avantaj sağlamış olması"dır (CPR 36.14(1)(b)). Yukarıda söz konusu ek yararın tespiti bakımından yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olduğu için tekrar etmeye gerek görmüyoruz.

---

[76] Harmer, C., "Other Major Changes", Civil Litigation Handbook (Ed. Peysner, J.), London 2001, s. 475.

36. Kısım sulh önerilerinin davalı bakımından sonuçları, davacı bakımından olan sonuçlarına kıyasla daha kapsamlıdır. Nitekim davacı aleyhine sonuçların oluşması sadece davayı kazanması halinde söz konusu olurken (kaybetmesi halinde genel yargılama gideri hükümleri geçerli olacaktır), davalı bakımından sonuçlar davayı kaybetmesi halinde söz konusu olacaktır. Davalı davayı normal bir durumda kaybetse zaten yargılama giderlerini ödemek durumunda olacağından, davacının sulh önerisini reddettiği durumlarda daha ağır yaptırımlarla karşılaşması gerekmektedir. CPR'nin 36.14 maddesinin 3. fıkrasında davalı bakımından dört yaptırım öngörülmektedir. Buna göre, aynı maddenin hemen yukarıda bahsettiğimiz (1)(b) fıkrasında belirtilen şartın oluşması halinde davacı şu unsurlara hak kazanır (CPR 36.14(3)):

1. Bağlayıcı süre sonundan itibaren başlamak üzere faiz hariç olmak üzere takdir edilen paranın üzerine hak edilen olağan faiz oranının yüzde onunu aşmamak üzere takdir edilecek ek faiz,
2. Bağlayıcı süre sonundan itibaren geçerli olmak üzere tazmin amaçlı temelden (*indemnity basis*) hesaplanan[77] yargılama giderleri (geri kalan kısım norm gider ödeme temelinden hesaplanır),
3. Hesaplanan yargılama giderlerinin üzerine, hak edilen olağan faiz oranının yüzde onunu aşmamak üzere takdir edilecek ek faiz,
4. Konusu para olan davalarda mahkemece verilen hükmün, diğer davalar bakımından ise takdir olunan yargılama giderlerinin yüzde onu oranında tazminat[78].

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, dördüncü sonuç, 2013 yargılama giderleri reformu ile getirilmiştir. Bu ek unsur ile konu, en azından para alacakları bakımından, sadece yargılama giderleri ile ilişkili ol-

---

77 Ward, resmî sulh önerisinin reddi halinde karşılaşılacak yaptırımlardan olan yargılama giderlerinin tazmin amaçlı temel üzerinden belirlenmesinden vazgeçilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, söz konusu imkânın varlığının, öneriyi getiren davacının, bu yaptırımın varlığı sebebiyle daha rahat şekilde harcama yapabileceğini, bunun da yargılama giderlerini arttıracağını savunmaktadır (Ward, s. 289-293).

78 Bu tazminatın hesaplanması bakımından bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Buna göre konusu para olan davalarda tazminat 500.000 İngiliz Pound'una kadar olan tutarlarda %10, üzerindeki tutarlarda ise ilk 500.000 İngiliz Pound'una kadar %10, üzeri için %5 olarak hesaplanır. Toplam tazminat 75.000 İngiliz Pound'unu geçemez (CPR r. 36.14(3)(d)).

maktan çıkmış, Türk hukukundaki icra inkâr tazminatına benzer bir boyuta gelmiştir. Davacı bakımından sonuçlar hakkında da ifade ettiğimiz gibi, sulh önerisi geri alınmışsa veya şartları davalı bakımından ağırlaştırılmış fakat hüküm ile bu yeni şartlar alt edilmişse ya da mahkemenin aksine bir karar vermemiş olması kaydıyla önerinin duruşma aşamasına yirmi bir günden daha az bir süre kala yapılmış olması halinde, davalı bakımından Kanunun öngördüğü sonuçlar oluşmaz (CPR r. 36.14(6)).

III. Mahkemenin 36. Kısım Yaptırımlarını Uygulamaması

36. Kısım hükümleri her ne kadar müstakil ve kendi içerisinde bütünlük arz eden bir düzenleme olması sebebiyle mahkeme tarafından uygulanması gereken bir düzenleme olarak görülse de[79], mahkemenin bu Kısımda belirlenmiş olan sonuçları uygulaması mutlak değildir. Kanun 36.14 maddenin ikinci fıkrasında davacı bakımından, üçüncü fıkrasında da davalı bakımından oluşan sonuçların, mahkemece "haksız" görülmemesi halinde uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu ifade ile yetinilmemiş, aynı maddenin dördüncü fıkrasında, mahkemenin bu yönde bir değerlendirme yaparken, yani Kanunda öngörülen şartların uygulanmasının bir "haksızlık" yaratıp yaratamayacağını değerlendirirken, hangi unsurları göz önüne alması gerektiği de belirlenmiştir.

Buna göre mahkemenin, sonuçların uygulanmasının "haksız" olup olmadığını değerlendirirken, resmî sulh önerisinin şartları, özellikle duruşmaların başlaması bakımından önerinin uyuşmazlığın hangi aşamasında yapılmış olduğu, öneri yapıldığında tarafların dava hakkında ne kadar bilgi sahibi oldukları ve tarafların sulh önerisinin yapılabilmesi ve/veya değerlendirilebilmesi bakımından bilgi vermek konusunda tutundukları tavır dâhil olmak üzere, davanın tüm yönlerini göz önünde bulundurması gerekir (CPR r. 36.14(4)). Taraflardan birisinin arabuluculuk görüşmelerine katılmamış olması ve davacının alacağının çok üzerinde bir talepte bulunmuş olması bu durumlara örnek olarak verilebilir[80].

79 Rose, s. 927.
80 Sime, s. 561.

İngiliz hukuk yargılamasında çok önemli bir yere sahip olan ve Kanunun 31. Kısmında çok ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olan delillerin taraflarca sunulmasını ifade eden delillerin ifşası (*disclosure*) kurumunun[81], 36. Kısım hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tespitinde de çok büyük önem taşıdığı göze çarpmaktadır. Nitekim bir sulh önerisinin yapılması ve bu önerinin karşı tarafça sağlıklı şekilde değerlendirilebilmesi için, dava ile ilgili bilgi ve belgelere sahip olunması gerekir. Bu çerçevede söz konusu önerinin makul şekilde yapılması bakımından en uygun zamanın ifşa işlemlerinin yapılmasından hemen sonraki dönem olduğu ifade edilebilir; ancak bu aşamada bile ciddi miktarda yargılama giderlerinin yapılmış olduğu hususu, İngiliz hukuku bağlamında gözden kaçırılmamalıdır.

36. Kısımda düzenlenen sonuçların uygulanmayacağı diğer bir durum, her iki tarafın da farklı sulh önerileri getirmiş olmaları, ancak hükmün her iki taraf için de kendi önerilerine nazaran ek yarar sağlayamamış olması halidir (örneğin davacının önerisinin 60 Pound, davalının önerisinin 40 Pound, hükmün 50 Pound olması). Böyle bir durumda, yukarıda bahsettiğimiz üzere İngiliz hukukundaki genel kural gereği davacı davayı kazanmış sayılacağından, davacının yine genel hükümler (CPR 44. Kısım) çerçevesinde yargılama giderlerinin tahsiline hak kazanması gerekir[82].

G. Konunun Türk Hukuk Yargılaması Bakımından Değerlendirilmesi

Türkiye'de, tüm yargı türleri, özellikle de hukuk yargılamasında son yıllarda yapılan düzenlemeler ile mahkemelerin yargı yükünün azaltılması ve bu çerçevede tarafların yargı yolu dışında uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik edilmesi hedeflenmektedir. Bu çerçevede özellikle 2013 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çok büyük önem arz etmektedir. Ancak

81 Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Göksu, M., "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi - (ABD ve İngiliz Hukuklarındaki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Bir Karşılaştırma)", MİHDER, 2009/2, Sayı 13, s. 251-282.

82 Gerlis, s. 302; Zuckerman, s. 1301.

Türk hukukunda uyuşmazlıkların, Common Law ülkelerindeki istatistikler bir tarafa, dikkat çekebilecek orandaki bir kısmının bile tarafların anlaşması ile sona ermesi en azından yakın gelecek bakımından bir hayal gibi gözükmektedir. Bu konuda, kanaatimizce, İngiliz hukukundaki resmî sulh önerileri bir örnek oluşturabilir. Ancak kurumun İngiliz hukukunda olduğu şekilde Türk hukukunda uygulanması, her iki hukuk sisteminin birçok bakımdan farklılık arz etmeleri sebebiyle mümkün değildir. Bu çerçevede kurumun Türkiye hukukunda uygulanabilir olup olmadığını tespit edebilmek için maddeler halinde bazı değerlendirmeler yapmayı uygun bulduk:

1. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, İngiliz hukuk yargılamasında hüküm ve yargılama giderlerinin tespiti birbirlerinden ayrı olarak değerlendirilebildiği için, mahkeme hükmünü verinceye kadar sulh önerisi mahkemeden gizli tutulabilmektedir. Ancak HMK m. 332 göz önüne alındığında bunun Türk hukuku bakımından mümkün olmadığı görülmektedir. Hâkimin dosyadan el çekmesini gerektiren bir nihai karar olan hükümden sonra hâkimin yargılama giderleri bakımından ayrı bir karar verebilmesi için usul kanunumuza bu yönde bir hüküm konulması gerekecektir. Aksi takdirde söz konusu önerinin sözlü yargılama aşaması sona erdikten ve mahkeme hükmünü vermeden mahkemeye sunulması düşünülebilir; fakat böyle bir durumda hâkimin (veya hâkimlerin) bu önerinin içeriğinden etkilenmeleri söz konusu olabilecektir.

2. İngiliz hukukunda, sulh önerisinin geri alınması veya kabulü gibi bazı işlemler için duruma göre mahkemenin izni gerekebilmektedir. Bu izin, gizliliğin ihlal edilmemesi için başka bir mahkemeden talep edilmektedir. Bu husus Türk hukukuna büyük ölçüde yabancıdır; nitekim Türk hukuk yargılamasında davaya bakan mahkemenin dava ile ilgili tüm usuli işler bakımından münhasıran görevli ve yetkili olduğu kabul edilmektedir. Davaya bakan mahkeme dışındaki mahkemelerin bir davaya dâhil olması adli yardım kararının reddine itiraz (HMK 337/2) veya hâkimin reddi (HMK m. 40) gibi istisnai hallerde ya da istinabe gibi bizzat mahkemenin talep ettiği hallerde gerçekleşmektedir.

3. Lord Woolf'un raporlarında da üzerine vurgu yaptığı üzere mevcut CPR uygulamasında, resmî sulh önerileri dava açılmadan önce de yapılabilmektedir. Türk hukukunda ise yapılacak bir sulh sözleşmesinin mahkeme içi sulh olarak değerlendirilebilmesi için mutlaka derdest bir dava bulunması gerekmektedir (HMK m. 313/1)[83]. Dolayısıyla Türk hukukunda böyle bir durum söz konusu olamayacaktır. Bu çerçevede Türk hukukunda önerinin yapılacağı en uygun zaman, kanaatimizce, tahkikat aşaması başlamadan önce, ön inceleme aşamasının sonudur (Karş. HMK m. 140/2). Dilekçeler aşaması ve özellikle ön inceleme duruşması sonunda taraflar kendilerinin ve birbirlerinin davadaki hukuki durumlarını çok daha iyi değerlendirebilirler. Bu sebeple makul ve kabul edilebilir sulh önerilerinin getirilebilmesi de daha olanaklı olur.

4. Türk hukuku bakımından bu hususta en önemli sorunlardan bir tanesini, ispat yönü oluşturmaktadır. Sulh önerisi mahkeme dışında yapıldığı için, böyle bir önerinin yapılıp yapılmadığının ve içeriğinin kolaylıkla ispat edilebilir olması gerekmektedir. Kanaatimizce bu husus noter şartı ile çözülebilir. Sulh önerilerinin noter kanalıyla yapılması tebligat, ispat vs. gibi sorunları ortadan kaldırabilir. Noterlik Kanununun meslek sırrını düzenleyen 54. maddesi de, önerinin gizliliği konusunda bir güvence sağlamaktadır.

5. Resmî sulh önerileri kurumunun İngiliz hukukuna uygunluğunun temelinde yatan sebeplerden birisi, yargılama giderlerinin yükletilmesi meselesinin bir kül olarak görülmesidir. Davayı kaybetme ve kazanma vakıaları bir bütün olarak görüldüğünden, davacı talebinin altında bir hüküm elde etse bile davayı kazanmış olarak addedilmekte, yargılama giderlerinden davalı sorumlu olmaktadır. Türk hukukunda ise, yargılama giderleri bakımından davanın kazanılan/kaybedilen kısmı esas alındığı için, yargılama giderlerinin yükletilmesi daha farklı değerlendirilmek zorundadır (HMK m. 326/2). Bu çerçevede göz önüne alınması gereken diğer bir husus da, davacı ve davalı arasında yargılama harçları bakımından var olan asimetrik ilişkidir. Davanın reddi halinde karar ve ilam harcı, davanın konusu para ile ölçülebiliyor olsa

83 Önen, s. 88.

bile, Harçlar Kanununun (1) Sayılı Tarifesine (III/2/a) göre maktu şekilde alınmaktadır. Bu durumda davacının davayı kaybetmesi ile davalının davayı kaybetmesi arasında karar ve ilam harcı bakımından çok büyük bir fark ortaya çıkmaktadır. Konu bakımından bu unsurun da mutlaka dikkate alınması gerekecektir. Kanımızca Türk hukuku bakımından en uygun yaklaşım, karşı taraf vekâlet ücreti ve diğer yargılama giderlerinin yükletilmesi ve İngiliz hukukunda olduğu gibi ve icra iflas hukukundaki icra tazminatına paralel şekilde dava konusu veya yargılama giderleri üzerinden bir tazminat yükletilmesi olacaktır.

6. Hemen yukarıdaki madde ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir nokta da, bu kurumun hangi davalar bakımından uygulanabileceği hususudur. Türk hukukunda sulh her dava bakımından yapılamayacağı için, resmî sulh önerisi de elbet aynı sınırlamalara tabi olacaktır. Taraflar sadece tasarruf ilkesinin uygulandığı davalarda bu tür bir öneri getirebileceklerdir (HMK m. 313/2). Bu çerçevede, hükmün sulh önerisine kıyasla daha avantajlı olup olmadığının tespiti Türk hukukunda, İngiliz hukukuna kıyasla nispeten daha kolay olacaktır.

Sonuç olarak resmî sulh önerileri usulünün, bazı önemli değişiklikler yapıldığı takdirde Türk hukukunda uygulanabilir olduğu ve tarafların uyuşmazlıklarını sulh yoluyla çözmelerine teşvik edilmeleri bağlamında faydalı olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu çerçevede, Türk hukukunda önce bazı önemli değişiklikler yapılması gerekmektedir. Öncelikle, kanaatimizce, mahkeme kararı olmadan haciz yapılmasını önleyecek şekilde yeni bir icra sistemi düzenlenmelidir[84]. Ayrıca 2012 tarihli Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısında[85] öngörülen fakat daha sonra vazgeçilen haciz yoluyla ilamsız takiplere başlanmadan önce, alacaklının, borçlunun bilinen en son adresine iadeli taahhütlü posta yoluyla meşruhatlı ödemeye davet yazısı gönderme-

84 Bu konuda bkz. Özekes, M., Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Özel Sayı, 2009, s. 921-940.

85 http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=100560 (Erişim tarihi: 14.07.2014).

sine dair zorunluluk, her hangi bir üst sınır olmaksızın mutlaka getirilmelidir. Ayrıca bu zorunluluk icra takibinin yanı sıra alacak davası açılması bakımından da söz konusu olmalıdır.

SONUÇ

İngiliz hukuk yargılamasında ve Common Law hukuk düzenine dâhil olan diğer bazı ülkelerde uygulanan resmi sulh önerileri aracılığı ile tarafların davanın çok erken bir aşamasında, hatta dava açılmadan önce dahi birbirlerine, özel bazı yasal sonuçlar bağlanmış olan resmî sulh önerileri getirebilmeleri imkânı sağlanmaktadır. Bu sulh önerilerini alelade sulh önerilerinden ayıran temel fark, resmî sulh önerilerinin reddedilmesi fakat dava sonunda verilen hüküm ile öneriye kıyasla daha avantajlı bir sonuç elde edilememesi halinde, öneriyi kabul etmemiş olan taraf hakkında bazı yaptırımların düzenlenmiş olmasıdır. Konu, 1999 tarihli İngiliz Hukuk Usulü Kanunun 36. Kısmında ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

İngiliz hukuk yargılamasında yargılama giderlerinin dava sonunda kime, hangi şekilde yükletilebileceği meselesi davanın tarafları bakımından bir belirsizlik arz etmektedir. Kanunun 44. Kısmında bu yönde mahkemeye çok geniş bir takdir yetkisi verildiği için taraflar, davanın başında ve dava sürerken ne gibi yargılama giderleri ile sorumlu olacaklarını çoğunlukla bilememektedirler. Resmî sulh önerilerinin sonuçları ise Kanun tarafından ayrıntılı şekilde düzenlendiği için, taraflar, bu şekilde bir öneri getirerek, dava sonunda yargılama giderleri bakımından var olan belirsizliği büyük ölçüde giderebilmektedirler.

Resmî sulh önerileri usulü belirli şekil şartlarına tabi tutulmuştur. Bu şartlara uymayan önerilerin 36. Kısım sulh önerileri olarak kabul edilmeleri kural olarak mümkün değildir. Önerinin yazılı şekilde yapılması ve karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekir. Bağlayıcı süre içerisinde öneri tek taraflı olarak kabul edilebilir. Süre dolduktan sonra ise kabul için mahkemenin izni gerekmektedir. Süre dolmadan önerinin geri alınması da yine mahkemenin iznine bağlıdır. Ancak tüm bu hallerde bahsedilen mahkeme (hâkim), asıl davayı gören mahkemeden başka bir mahkeme olmalıdır; zira söz konusu öneri, önerinin etkisin-

de kalmaması için hüküm verilinceye kadar asıl mahkemeden gizli tutulmalıdır. Bu kurala uyulmadığı takdirde davaya bakan hâkimin davadan çekilmesi söz konusu olabilir.

Sulh önerisi kabul edildiği takdirde uyuşmazlık sona erer. Öneri reddedilirse, dava sonunda verilen hüküm ile önerinin koşullarının karşılaştırılması gerekir. Davalı bir öneri getirmiş, davacı öneriyi reddetmiş ve dava sonunda verilen hükümle öneriye kıyasla daha avantajlı bir sonuç elde edememiş ise, davalının öneri süresinin bitiminden itibaren gerçekleştirdiği yargılama giderlerinden sorumlu olacaktır. Davacı bir öneri getirmiş, davalı öneriyi kabul etmemiş ve dava sonunda daha avantajlı bir sonuç elde edememiş ise, davacının bağlayıcı sürenin bitiminden itibaren doğan yargılama giderlerinden tazmin amaçlı ödeme temelinde ve ağırlaştırılmış bir faiz oranı ile sorumlu olacak; ayrıca, Türk hukukundaki icra inkâr tazminatına benzer şekilde, hükmün (veya yargılama giderlerinin) yüzde onu oranında bir tazminat ödemeye mahkûm edilecektir. Mahkeme, uygulamanın ilgili taraf bakımından haksızlık yaratacağı kanaatine ulaşmadığı sürece bu hükümleri uygulamak zorundadır.

Taraflarca belirli şekil şartlarına tabi olacak şekilde sulh önerilerinin getirilmesi ve bu önerilerin reddi halinde reddeden tarafın dava sonunda daha avantajlı bir sonuç elde edememiş olması üzerine bazı yaptırımlarla karşılaşması, kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da kabul edilebilir bir uygulama olacaktır. Benzer bir uygulama, kanaatimizce, Türk hukukunda uyuşmazlıkların tarafların sulhu yoluyla çözülmesinin teşvik edilmesi bağlamında faydalı olacaktır. Ancak bu çerçevede öncelikle Türk icra sisteminin mahkeme ağırlıklı olarak yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Anjomshoaa, P., "Costs Awards In International Arbitration And The Use Of "Sealed Offers" To Limit Liability For Costs", International Arbitration Law Review [2007] Issue 2, s. 1-10.

Bone, "To Encourage Settlement: Rule 68, Offers of Judgment, And The History Of The Federal Rules of Civil Procedure", Northwestern University Law Review, Vol. 102, No. 4, s. 1561-1622.

Harmer, C., "Other Major Changes", Civil Litigation Handbook (Ed. Peysner, J.), London 2001, 472-513.

Cameron, C., "The Price of Access to the Civil Courts in Australia – Old Problems, New Solutions: A Commercial Litigation Funding Case Study", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 59-106.

Cook, M.J., Cook on Costs 2012, Croydon 2011.

Cortés, P., "An Analysis of Offers to Settle in Common Law Courts: Are They Relevant in the Civil Law Context?", Electronic Journal of Comparative Law, vol. 13.3, September 2009 s. 1-12.

Cortés, P., "A Comparative Review of Offers to Settle—Would an Emerging Settlement Culture Pave the Way for their Adoption in Continental Europe?", Civil Justice Quarterly, 2012, s. 1, s. 42-67.

Coulthard, L., "The Pitfalls of Part 36", http://www.johnmhayes.co.uk/blog/the-pitfalls-of-part-36/ (Erişim tarihi: 15.07.2014).

Dando, M., "Part 36 – a self-contained code", 17.11.2010, http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c88ab4b-0ab3-4636-9e20-85c40c09a5b7, (Erişim tarihi: 14.07.2014).

Dwyer, D., "Introduction", The Civil Procedure Rules Ten Years On (Editor: D. Dwyer), New York 2009, s. 1-32.

Evans, M., "Settlement and Part 36 Offers —Technicalities Matter", The London Disputes Newsletter October 2012 s. 1-3.

Foskett, D., The Law and Practice of Compromise, 7th Ed., Wiltshire, 2010.

Gerlis, S. M., Loughlin, P., Civil Procedure, London, 2001.

Greene, D., The New Civil Procedure Rules, London 1999.

Güralp, A.G., Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011.

Hodges, C., "England and Wales: Summary of the Jackson Costs Review", The Costs and Funding of Civil Litigation (Editors: C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka), Oxford 2010, s. 303-312.

Hodges, C., Vogenauer, S., Tulibacka, M., "The Oxford Study on Costs and Funding of Civil Litigation", The Costs and Funding of Civil Litigation (Editors: C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka), Oxford 2010, s. 3-184.

Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV, Altıncı Baskı, Ankara 2001.

Lord Jackson, Review of Civil Litigation Costs: Final Report, Norwich 2009.

Lord Neuberger of Abbotsbury (Editor-in-chief), the Civil Court Practice, London 2014.

Lord Woolf, Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice

System in England and Wales, London 1996.

Lord Woolf, Access to Justice: Interim Report To The Lord Chancellor On The Civil Justice System In England And Wales, London 1995.

Manby, P., The Court of Appeal clarifies the law on Part 36 offers of settlement, http://www.4newsquare.com/content/Publications/75.pdf (Erişim tarihi: 15.07.2014).

McCloud, V., Civil Procedure Handbook 2010/2011, New York (Oxford) 2010.

O'Hare, J., Hill, R.N., Civil Litigation, 7th Edition, Glasgow 1996.

Önen, E., Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972

Osborne, C., Civil Litigation 2005/2006, New York (Oxford) 2005.

Peysner, J., "England and Wales Report", The Costs and Funding of Civil Litigation (Editors: C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka), Oxford 2010, s. 289-302.

Porter, B., "Offers to Settle under the Uniform Civil Procedure Rules and Calderbank Offers", Hearsay - the Journal of the Bar Association of Queensland, Issue 68, June 2014.

Postacıoğlu, İ., E., Altay, S., İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı., İstanbul 2010.

Reimann, M., "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis", Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (Editor: M. Reimann), New York 2012, s. 3-58.

Rose, W. (Editor-in-Chief), Blackstone's Civil Practice 2010, Oxford 2009.

Schneider, C.N., Rule 49 Offers To Settle And The Deductible: "Dazed and Confused", the Beard Winter Defender, February 2008, Issue 2, s. 1-2.

Shilvock, C., "United Kingdom: Jackson Cost Reforms: A Summary of The Key Changes to Civil Litigation Costs", http://www.mondaq.com/x/236810/real+estate/Jackson+Cost+Reforms+A+Summary+Of+The+Key+Changes+To+Civil+Litigation+Costs (Erişim tarihi: 15.07.2014).

Sime, S., Civil Procedure, 13th Ed., New York (Oxford) 2010.

Simpson, E., "When is a Part 36 Offer Not a Part 36 Offer?" Resolution, Offshore – Spring 2012 s. 1-2.

Slapper, G., Kelly, D., The English Legal System, Fourteenth Edition, Abingdon 2013.

Stein, M.S., "The English Rule with Client-to-Lawyer Risk Shifting: A Speculative Appraisal", Chicago-Kent Law Review, Vol. 71, 2013, s. 603-624.

Tanrıver, S., "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", (Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, S. 1-2, s. 333-348.

van Tonder, G., "Judicial Management of Costs Post Jackson", New Square Chambers Legal Update, April 2013, s. 1-2.

Ward, D., L., "New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36", The Modern Law Review, Vol. 70, No. 2 (Mar., 2007), s. 278-293

Williams, A., "The pitfalls of Part 36 settlement offers", www.internationallawoffice.com/newsletters/Detail.aspx?g=dd0613f6-f0f0-4d5e-b236-e05d989e794f (Erişim tarihi: 15.07.2014).

Wright, C., "The Jackson Reforms: a Round-up of Other Major Changes", New Square Chambers Legal Update, April 2013, s. 3-4.

Yılmaz, E., "İcra Tazminatı", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt 2, s. 675-754.

Zuckerman, A., Zuckerman on Civil Procedure, 3rd Ed., London 2013.

YY., Freshfields' The Woolf Reforms in Practice, London 1998.

YY., Inns of Court School of Law Civil Litigation 2005/2006, New York (Oxford) 2005.

YY., Thomson – Sweet & Maxwell Civil Procedure News, Issue 6, June 2008, p. 6.

KİRALAYAN VE KİRACININ KİRALANANDA YENİLİK VE DEĞİŞİKLİK YAPMASI

RENEWAL AND CHANGES MADE BY LESSOR AND LESSEE OVER THE LEASED

Asım KAYA*

Özet: Kiralananda kiraya veren tarafından bazı şartlar dahilinde yenilik ve değişiklik yapılabilmektedir. Bu şartlar, yapılacak yenilik ve değişiklik kira sözleşmesinin feshini gerektirmemeli, kiracının katlanabileceği şekilde olmalı ve dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Eski Borçlar Kanunu döneminde de kiraya veren kiralanan üzerinde bir takım onarımlar yapabilmekteydi.

Anahtar Kelimeler: Kiracı, kiraya veren, kiralanan, yenilik, değişiklik, yazılı rıza, zaruri tamirat.

Abstract: Renewal and changes over the leased can be made within a certain context by the lessor. These terms, renewal and changes to be made should not require the termination of the rental agreement, should be bearable by the lessee and must be in conformity with good faith. The lessor was able to make certain repairs in the period of former Law of Obligations.

Keywords: Lessee, lessor, leased, renewal, alteration, written consent, necessary repairs.

GİRİŞ

Yeni Türk Borçlar Kanunu kiraya verenin kiralananda yenilik ve değişiklik yapabilmesi yetkisiyle birlikte, sınırlı olarak da olsa kiracıya bu hakkı tanımıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu 321. madde ise kiracının yapabileceği yenilik ve değişiklik halini düzenlemektedir.

Bu çalışmamızda kira sözleşmesi, yenilik ve değişiklik kavramlarına değinildikten sonra TBK. 320. ve 321 maddelerinde yer alan kiralayan ve kiracının yapabileceği yenilik ve değişiklikler incelenecektir. Daha sonra ise Eski Borçlar Kanunu döneminde kiraya verenin ya-

* Fatsa Cumhuriyet Savcısı, asimkaya@adalet.gov.tr

pabileceği yenilik ve değişikliklerin zaruri tamirat halinde nasıl yapılabildiği, kiracının yapabileceği yenilik ve değişikliklerin ise hangi şartlarda mümkün olduğu, bu şartların gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar ele alınacaktır. Ancak çalışmamıza geçmeden önce şunu hatırlatmakta fayda vardır. Yenilik ve değişiklik konusu gerek esaslı onarımlardan gerekse ayıplı ifadan farklı kavramlardır.

1. Kira Sözleşmesi Tanımı ve Unsurları

Kira sözleşmesi bir yazarımıza göre şöyle tanımlanmaya çalışılmıştır; kira sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki bu akit ile bir kişi belirli bir bedel karşılığında bir şeyini başka bir kimseye geçici olarak terk etmektedir. Biz buradan kira sözleşmesinin rızai bir şekilde yapılması gerektiğini görüyoruz. Bu rızaların karşılıklı birleşmesiyle teslimden önce dahi sözleşme kurulmuş demektir. Böylelikle karşı tarafa bir şahsi hak verilmektedir. Kiralananın teslimiyle birlikte kiracı fer'i zilyet olmaktadır. Diğer taraftan şekil bakımından tanım incelendiğinde, kira sözleşmesinin şekle bağlı bir sözleşme olmadığını görüyoruz. Ancak bunun bir istisnası bulunmaktadır. Bu da kamu tüzel kişilerince kiralanan taşınmazlara ait kira sözleşmeleri yazılı şekilde düzenlenerek, noterce tasdiki zorunlu bulunmaktadır (Devlet İhale Kanunu, m. 57).[1] Ayrıca, ücretin verilmesi konusu geniş ele alınmış yani kiracı kiraya veren ilişkisinin kurulmasında nakit para vermek lazım gelmeyip bir işin veya herhangi bir şeyinde ücret olması mümkündür. Eğer bu sözleşme ile menkul bir mal veya hasılat getirmeyen bir gayrimenkul olursa o zaman sözleşme adi kira sözleşmesi ismini almaktadır. Hasılat getirmekte ise o zaman hasılat kirası ismini alacaktır.[2]

Adi kira sözleşmesinin unsurları ise taraflar, konu ve bedel olarak belirtilmiştir. Taraflardan kiraya verene kiralayan, kiralayana kiracı denir. Sözleşmede konu kiralanan şey olup bedel kira bedeli adını alır.[3] Taşınır ve taşınmazlar kira konusunu oluşturabilirler. Kira bedeli, kiracı tarafından kiralayana karşı ödenmektedir. Bu ödemenin nedeni

---

1 Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 9, Ankara, Yetkin, 2012, s. 218

2 Esat Arsebük, "Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler", 1949-06-01, *AÜHFD* , Ankara, 1949, s. 16

3 Şakir Berki, "Borçlar Hukukunda İcar", *AÜFHD*, Ankara, 1955. C. 1955, S. 1-4, S. 164,

ise kiralayanın kira konusu malı kiracının kullanımına bırakmasıdır. Bu unsurlardan hareketle kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu görüyoruz. Kiraya veren kira konusu malı sözleşme süresince kiracının kullanımına bırakmak zorunda olduğu için kira sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir.[4] Kira sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğinde olmayıp borçlandırıcı işlemlerdendir. Yani siz bir başkasının mülkiyetine giren bir şeyi birine kiraya verebilirsiniz. Son olarak kira sözleşmesi ayni değil şahsi bir hak sağlamaktadır. Kira sözleşmesi tapuya şerh verilse dahi bu böyledir.[5]

2. Yenilik Kavramı

TBK. 321. Maddenin "Gerekçe"si[6] incelendiğinde yenilik kavramının karşılığı olarak, kiralananın değerinin korunması için yapılan faaliyetler kullanılmaktadır.[7] Bir tanıma göre, yenilemek eski ve yetersiz olanın yerine yeterli olanın konulmasıdır. Bu faaliyetin kiralananın değerinin korunmasına yönelik olduğu savunulmaktadır.[8] Başka bir tanıma göre ise yenilik; yapılan faaliyet neticesinde eskiye oranla daha iyi ve nitelikli hale getirmektir. Bu tanımdan yapılan faaliyetin nitelikle bağlantılı olduğu görünmektedir. Yani kiralanan, ekonomik açıdan daha verimli hale dönüştürülmektedir. Örnek olarak ise; pencerelerin, ısıtma cihazının, taşıtın motorunun daha iyi olanla değiştirilmesi verilmektedir.[9]

3. Değişiklik Kavramı

Değişiklik kavramı ise TBK. 321. Maddenin "Gerekçe"si[10] incelendiğinde; kiralananın değerinin artırılması için yapılan faaliyetlerin

---

4 Ferhat Canbolat, Seçkin Topuz, "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2011,S.1, s. 2,

5 Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, s. 159

6 Ahmet Cemal Ruhi, Kira Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, C. 1, s. 559,

7 Mustafa Alper Gümüş, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitap, İstanbul, 2011, s. 174

8 Efrail Aydemir, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 113,

9 Cevdet Yavuz, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 243

10 Ahmet Cemal Ruhi, op. Cit., s. 559,

karşılığı olarak kullanılmaktadır.[11] Bir tanıma göre değişiklik; elverişsiz halde olanın elverişli hale getirilmesidir. Değişikliğin, kiralananı değerinin artırılmasına yönelik olduğu savunulmaktadır.[12] Bir başka tanıma göre ise, biçim veya durumun eskiye oranla daha farklı hale getirmektir. Örnek olarak ise taşınmaza asansör yapılması, duvarın delinmesi, mutfağa sonradan tezgah yapılması verilmektedir.[13]

4. Kiralananda Yenilik ve Değişiklik Yapılması

A) Kiraya Veren Tarafından (TBK. 320. Madde)

a) Kiraya Veren Tarafından Yenilik ve Değişiklik Yapabilme Şartları

aa) Kira sözleşmesinin feshini gerektirmemeli

İBK. 260'da bu durum kira ilişkisi feshedilmemişse şartı şeklinde kullanılmıştır. Kanunumuzda yer alan "kira sözleşmesinin feshini gerektirmeyen" kısmının "kira ilişkisi feshedilmemişse" şeklinde okunması gerektiği savunulmaktadır.[14] Yapılacak yenilik ve değişiklik kira sözleşmesinin feshini gerektirmemelidir. Örneğin TBK. 350 b.2'de yer alan yeniden inşa esaslı onarımlar böyledir.[15] Eğer yapılacak yenileme ve değişiklikler kira sözleşmesini sona erdirecek nitelikte ise kiraya veren sözleşme süresi bitmeden bu değişiklik ve yenilikleri yapamaz.[16]

bb) Kiracının katlanabileceği şekilde olmalı

Kiraya verinin yapacağı yenilik ve değişikliklerin, kiracı tarafından katlanabilir nitelikte olması gerekmektedir.[17] Kiraya verence yapılan yenilik ve değişikliklerin kiracı tarafından katlanılıp katlanılamayacağının değerlendirmesinin objektif ölçülere göre yapılması gerektiği savunulmaktadır. Yani burada bakılacak olan husus kiracının bu yenilik ve değişiklikler karşısındaki durumudur. Bu durum incelenirken, girişilen faaliyetin süresi, kiracının düşeceği durum, etkileme alanı ve

11 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 174
12 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 113,
13 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 243
14 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 176
15 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 243,
16 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 114
17 Ibid, s. 114

göreceği ekonomik karşılık gibi hususlara bakılması gerekmektedir. Bunun gibi kriterler incelendikten sonra ise sonuç olarak kiracının kullanım hakkı olağanüstü sınırlanmakta ise kiracının katlanabilirlik durumu gerçekleşmemiş demektir.[18] Kiracının katlanabileceği yenilik ve değişiklikleri yapmak aynı zamanda dürüstlük kuralının da bir gereği olarak ifade edilmektedir. Bu konuya örnek olarak, konuttaki yatak odasının asansör boşluğu haline getirilmesi, mutfağın banyoya, bahçenin otopark haline dönüştürülmesi verilebilmektedir.[19] Sonuç olarak kiracı için bu durum onun kullanma ve yararlanma imkanını en az etkileyecek şekilde gerçekleştirilmelidir.

cc) Dürüstlük kuralına uygun olmalı

Kanunda yer alan "Kiracının menfaatlerinin gözetmekle yükümlü olunması" kısmı TMK. 2 de yer alan dürüstlük kuralının somutlaşmış hali olarak ele alınmaktadır. Yani kiraya veren yapacağı yenilik ve değişikliklerde dürüstlük kuralı gereği olarak kiracının menfaatlerini gözetecektir.[20]

b) Kiraya verenin yenilik ve değişiklik yapması halinde kiracının hakları

ba) Kira bedelinde indirim yapılması

Kiraya verence yapılan yenilik ve değişiklikler kiralananın sözleşme anındaki durumdan daha kötü duruma getirdiği ölçüde kiracı kira bedelinin indirilmesini talep edebilir.[21]

bb) Oluşan zararın tazmini

Oluşan zararın tazmini indirimde olduğu gibi bir fedakârlığın denkleştirilmesi olarak ifade edilmektedir. Yalnız burada kiraya veren kusursuzluğunu ispatlarsa bu zararın tazmin etmeyeceği savunulmaktadır.[22] Kiralık bir işyerinde bu yenilik ve değişiklikler sırasında gelirde bir azalma olmuşsa bu miktarda zarar kapsamında istenebilecektir. Ayrıca, yapılan yenilik ve değişiklikler sonradan ortaya çık-

18 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 175
19 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 243
20 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 176
21 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 244
22 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 177

tığından kiralananda değer artışı olsa da aksi asıl sözleşmede belirtilmedikçe kiracıdan ek bir bedel istenemez.[23]

B) Kiracı Tarafından (TBK. 321. Madde)

a) Kiracı tarafından yenilik ve değişiklik yapabilme şartı olarak Kiralayanın Yazılı Rızası,

Kiracının kiralanan üzerinde yenilik ve değişiklik yapabilmesi için kiraya verenin bu konuda yazılı rızası şarttır.[24] Ayrıca, bu şekil şartı adi yazılı olarak yerine getirilebilir.[25]

b) Şartın Niteliği-Mutlak/Nisbi Emredici

Kiracı tarafından yapılan yenilik ve değişikliklerde kiraya verenin yazılı rızası bulunmalıdır. Bu şartın nispi emredici nitelikte olduğu savunulmaktadır.[26] Yani kiracı lehine daha geniş bir düzenleme getirilebilir.

c) Yazılı Rıza Şartı Bir Geçerlilik Şartı mı Yoksa İspat Şartı mıdır?

Yazılı şartın geçerlilik değil bir ispat şekli olduğu savunulmaktadır.[27]

d) Kiracının Geri Verme Borcuna Etkisi

Kiracının yapacağı yenilik ve değişikliklere rıza verilmesine rağmen iade sırasında eski haliyle istenmekte ise bu da yazılı hale getirilmelidir.[28] Bir Federal Mahkeme kararında bunun ayrıntılı olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.[29] Ancak, kiracı yapılan yenilik ve değişikliklerin de kiraya verenin verdiği rızayı aşmamalıdır.[30] Yazılı rıza olmadığı halde böyle bir değişiklik ve yenilik yapılmış fakat kiraya veren uzun süre sessiz kalmışsa, kiracının sorumluluğunda

---

23 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 115
24 Erzan Erzurumluoğlu, op. Cit., s. 94
25 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 245
26 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 247,
27 Ibid, s. 247,
28 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 116
29 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 247
30 Cevdet Yavuz, op. Cit., , s. 245

olduğu savunulmaktadır. (Konu ayrıntılı olarak Eski Borçlar Kanunu dönemindeki durumda tartışılacaktır) Bir Yargıtay kararı ise kısaca uzun süre sessiz kalmayı rıza verilmiş olarak kabul etmektedir.[31]

e) Yapılan Masrafların Kiralayandan Talebi

Kiracının kiralananda yaptığı yenilik ve değişiklikleri isteyebilmesi için kiracı ve kiraya veren arasında bir anlaşma olması şarttır.[32] Sözleşmede değer artış farkının istenebileceğine ilişkin bir hüküm yoksa değer artış farkı istenemeyecektir.[33] Kiracının kiralananda yaptığı yenilik ve değişikliklere ait bedelin, ne zaman isteneceği hususunda Yasa'da açıklık yoktur. Ancak, Tasarıdaki ilk halinde değer artış karşılığının kira sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte istenebileceği kabul edilmekteydi. Bir diğer husus ise talebin içeriğidir, burada önemli değer artışı talep edilebilecektir. Kanun her ne kadar objektif kriterlere göre önemli değer artış tutarının esas alınması gerektiğini belirtse de (321/3) burada belirlenecek miktarın "uygun" olması gerektiği savunulmaktadır.[34]

5. Eski Türk Borçlar Kanununa (EBK) Ait Düzenleme (251/1. Madde)

A) Kiracının Kiralananın Onarımına Katlanma Borcu

a) Kiralayanın Zaruri Tamiratı Yaptırabilmesinin Şartları

aa) Zaruri tamirat olmalı

Eski Borçlar Kanunu madde 251/1'e göre kiracının kullanma hakkına bir sınır getirildiği görülmektedir. Bu sınırda zaruri tamirata katlanma borcudur. Bu borca aykırı bir davranış aynı zamanda kira sözleşmesine de aykırılık teşkil eder.[35] İlke olarak kiralayan ister kiracının ihbarıyla isterse bizzat kendisi görmüş olsun zaruri tamiratın ortaya çıkması halinde bu tamiratı yapmak zorundadır. Yargıtay'ın bir kararına göre de kiraya veren kiralananın ihtiyacı olan zaruri ta-

31 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 116
32 Cevdet Yavuz, op. Cit., s. 245
33 Efrail Aydemir, op. Cit., s. 117
34 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 246- 249
35 Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, B., 2 Ankara, 2008, s. 216,

miratları yapmak zorundadır. Hatta bir sözleşme ile kiraya veren yıl içerisinde kiralanan üzerinde hiçbir tamirata karışmayacak ve yapmayacaktır yönündeki bir şartın BK. 249. maddesine aykırı görmüştür. Bu nedenle de geçerli saymamıştır. Sonuç olarak kiracının kiralanandan faydalanmasını engelleyen ve onun hakkını ihlal eden tamiratların kiraya verence yaptırılması gerektiği kanaatine varılmıştır.[36] Kiracıyı zor durumda bırakan sözleşme hükmünün geçersiz sayılmasının nedeni ise sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıyı korumaktır.[37] Karşılaştırmalı hukukta mesele irdelendiğinde benzer yönde ifadelerin ele alındığı görülmektedir. 30 Haziran 1972 tarihli Arrete federal instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (AMSL) 5. Maddeye göre; "sözleşmeyle bile olsa kiracının aleyhine bu tarz hükümler getirilemez" denmektedir. Sonuç olarak kiraya veren kiralananı kiracıya teslimden sonra da birtakım tadilatları yaparak kiracının kullanımına uygun halde bulundurmak zorunda olacaktır. Ancak burada Federal Mahkeme'nin bir başka kararında önemli bir hususa değinilmiştir. Kiracı tarafından yapılan yenileme ve değiştirmeler kiracının ödeyeceği bedelde dikkate alınmışsa bunları geçersiz saymak mümkün değildir. Bu da kiracıyı koruyan hususlara riayet eden bir çözüm şeklidir.[38]

Kiralayanın bu zorunluluğunun karşısında kiracının da söz konusu zaruri tamirata katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durum kiracının kiralananı kullanmasını, faydalanmasını engellese veya aksatsa da kiracının katlanma yükümlülüğü devam eder. Ancak kiralayan mümkün olan en uygun şekilde söz konusu tamiratı yapmalı ve gereken özeni göstermelidir.[39] Görüldüğü gibi kiracının müsaade borcu zaruri tamiratlar için geçerlidir. Böyle bir tamirat yoksa müsaade borcu da ortaya çıkmayacaktır. Zaruri tamiratın tanımı ise bir görüşe göre şu şekilde yapılmaktadır; söz konusu tamirat geciktirilmesi halinde eşyanın zarara uğraması gündeme gelecekse o tamirat zaruri tamirat sayılır. Zaruri tamirat kriterinin belirlenmesi hali, bir görüşe göre, iyi bir aile babasının durumu değerlendirilerek yapılması gerek-

36 Yargıtay 4. HD. 8.5.1954, 13111/2442 sayılı karar

37 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", *İÜHFM,* İstanbul, 1982, C. 48, S. 1-4, s. 148

38 Ibid., s. 149

39 Nihat Yavuz, Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, C. I, s. 1057

tiği söylenmektedir. Zaruri tamirata örnek vermek gerekirse; "damın, dış duvarların, tesisatın,[40] çürüyen pencere kasalarının yahut kalorifer borularının değişimi" gösterilebilir.

Zaruri tamirat halinde kiracı kiralanana girip çıkılmasına müsaade etmelidir. Fakat kiracı tabi ki eve giriş çıkış konusunda kendine en uygun zamanı seçebilir. Bunu ise aynı madde içerisinde yer alan "hakkına helal gelmemek şartıyla" kuralından çıkarabiliriz. Tabi ki her hak gibi bu hakta da Medeni Kanunda yer alan dürüstlük ilkesine uygun davranılmalıdır. Dürüstlük kuralı bu tür uyuşmazlıkları çözmede dikkate alınan en önemli unsurdur. Bu kurallar toplumda yazılı halde bulunmamalarına rağmen ortalama zekada olan her namuslu ve ahlaklı insanın uyması gerektiği kabul edilen ve toplum menfaatlerine uygun olduğu benimsenen kurallar bütünüdür. Dürüst davranma bir tanıma göre; doğru ve dürüst davranarak karşımızda olan insanın bize olan güvenine uygun harekette bulunmaktır. Karşılıklı güvenin burada önemli bir değerlendirme konusu olduğunu görmekteyiz.[41]

Eğer kiralanan Kat Mülkiyeti Kanununa tabi bir yer ise bu durumda KMK 23. madde geçerli olur. Yani kiracı diğer kat maliklerine veya ortak yönetime bu rızayı vermek zorundadır.[42] Bazı durumlarda öyle tamirat hali ortaya çıkar ki bu tür bir durumda kiracı kiralanandan tamamen çıkmak zorunda kalır. Tamiratın zorluğu bu şekilde olduğu takdirde kiracı kiralanandan geçici olarak çıkar. Ancak, bu tamirat süresince sözleşme hükümleri aynen korunduğu için tamirat sonunda teslimat yine aynı kiracıya yapılmalıdır.[43] Kiraya verenin zaruri tamirat hali dışında kiralanan üzerinde bir takım tamiratlara girişmesi hali ise nitelik itibariyle manevi ayıp kapsamına girmektedir.[44]

ab) Tamiri erteleme imkanı olmamalı

Kiralayanın tamiratı zaruri hallerde yapabilmesinin yanı sıra bu tamiratın aynı zamanda ertelemeye imkan vermemesi gerekir. Yani

---

40 Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, B. 2, İstanbul, 1974, C. II, s. 276

41 Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Beta Yayınları, İstanbul, 2007, C.1, B.6, s. 166-167

42 Abdulkadir Arpacı, Kira Hukuku ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul, 2002, s. 71

43 Fahrettin Aral, Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 269

44 Aydın Zevkliler, op. Cit., s. 195,

kiralayan tamiratı kira süresinin sonuna kadar ertelemesinde bir sakınca yoksa bu şart gerçekleşmez. Bu tür bir durumda kiralayanın tamirata başlamaması esastır.[45] Aslında zaruri tamirat ile ertelenememe hali çoğu zaman aynı anda bulunsa da bazen aynı anda bulunmayabilir. Bu şu demektir; tamirat zaruri ama ertelenebilir olduğu hallerde olabilir. Mesela, kira süresinin bitimine çok az süre kalmışken bu durum ortaya çıkmış ama kira süresi sonuna kadar bu durum ertelenebilir bir halde olabilir. Ayrıca, zaruri tamirat söz konusu olsa bile kiracı ancak kira süresi bitince taşınmazdan çıkarılabilir.[46]

b) Kiracının Zaruri Tamirat Halinde Tazminat Talebi

Zaruri tamirat halinde kiracının hakları korunmalıdır. Böyle bir durumda kiracının kiralananı kullanmasında bir azalma meydana geldiği için tazminat isteyebilir. [47] EBK. 251/1. Madde yer alan kiracının hakkına halel gelmemesi tabirinin amacıda zaruri tamirat nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazminini ve kiracının haklarının korunmasını sağlamaktır.[48] Kiraya veren kiracının tamirat nedeniyle uğradığı zararını tazmin etmek zorunda olduğu gibi, bu zorunlu tamirat geçici tahliyeye neden olmuş ise kiracının yeni yeri kabulü halinde kiracının müspet zararını tazmin etmek zorundadır. [49] Ayrıca, zaruri tamirat nedeniyle kiracının kiralanandan faydalanması önemli derecede azalmışsa, kiracı kira bedelinin EBK. 250. Maddeye göre indirilmesini talep edebilir. [50]

B) Kiracı Tarafından Gider ve Onarım Yapılabilmesi

a) Kiralayanın Rızası Olmalı

Kiracı çoğu zaman kira sözleşmesinde yer almayan bir takım yenilik ve değişiklikleri kiralanan üzerinde yapabilmektedir. Örneğin

---

45 Nihat Yavuz, Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, s. 1056

46 Aydın Zevkliler, Murat Aydoğdu, Hasan Petek Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, B. 6, s. 191,

47 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, , Vedat Kitapçılık, B. 3, İstanbul, 2008, C. I, s. 113

48 Necip Bilge Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 150

49 Abdulkadir Arpacı, , s. 71. (bkz. F.N. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt I, İstanbul, 1980, s. 593)

50 Necip Bilge, op. Cit., s. 151

bir işyeri kirasında kiracı kiralanan üzerinde işin gereklerine uygun gelecek tezgah, dolap vs. şeyleri kiralanan üzerine ekleyebilmektedir. Konut kiralarında da iyileştirme ve güzelleştirme kapsamında tesisat değiştirilmesi boyama yapılması gibi çalışmalar yapılabilmektedir.[51]

Eski Borçlar Kanunu döneminde de kiracının kiralayan üzerinde şartların gerçekleşmesi halinde bazı değişiklikler yapabildiğini görmekteyiz. Kiracının kiralayan üzerinde değişiklik yapabilmesi kiraya verenin rızası dahilinde gerçekleşebilmektedir. Taraflar önceden yapacakları bir sözleşme ile kiracının değişiklik yapabileceğini, bu değişikliklerin nelerden ibaret olduğunu ayrıntılı bir şekilde belirterek veya bu şekilde ayrıntılı olmasa dahi genel olarak belirterek düzenleyebilirler. Eğer kiracı ile yapılan sözleşmede kiralayan kiracının eski hale getirme yükümlülüğü bulunmuyor derse bu da bir rıza anlamındadır. Ancak burada dürüstlük kurallarına riayet edilmesi esastır. Böyle bir rıza sözleşme yapıldıktan sonra da verilebilir. [52]

aa) Rızanın şekli

Yukarıda belirtilen rızanın şekli incelendiğinde ise Yeni Türk Borçlar Kanununda olduğu gibi, yazılı şekil şartının olmadığını görüyoruz.[53] Ancak bazı hallerde nadiren de olsa yazılı onay şartının arandığı hallerde vardır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı Kira Kontratosu'nun 12. Maddesinin 1. Fıkrasına göre; "kiracı mal sahibinin yazılı onayını alarak masrafı kendisine ait olmak üzere şehir suyu, havagazı ve elektrik alabilecek ve apartmanda umumi anten tesisatı yoksa hususi radyo anteni yaptırabilecektir" denilerek bu tür eklemeler için kiraya verenin yazılı onayı aranmıştır. [54]

Yazılı rıza şartının olmadığını BK. 11. maddeden çıkarabilmekteyiz. (BK madde 11; Akdin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir). EBK. 11. maddeden de anlaşılacağı üzere, sözleşmeyi oluşturan irade beyanları belirli bir şekle uygun olarak yapılmak zorunda

---

51 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 142

52 Murat Doğan "Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHFD,* Ankara, 2004, C. VIII, S. 1-2, s. 453

53 Erzan Erzurumluoğlu op. Cit., s. 94

54 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 147

değildir. Yani burada şekil serbestisi prensibi hakimdir. Kanunun şekil kuralı getirmediği fakat örf ve adete göre şekle uymanın zorunlu olduğu haller olabilir. Bu tür durumlarda dahi hakim boşluk doldurarak şekil şartı getirememektedir. Ancak, kanunun öngörmemesine rağmen taraflar yaptıkları sözleşmede şekil şartı getirebilirler. Bu tür durumlarda, yapılan sözleşmenin geçerli olabilmesi için taraflarca getirilen şekil şartına uyulması gerekir.[55] Eski Borçlar Kanunu döneminde örtülü rıza şekli de geçerli kabul edilmekteydi. Mesela, kiracı kiralananda değişiklikler yapmak üzere bazı hazırlıklar yapmaktadır ve kiraya veren de bu hazırlıkları öğrenmiş veya görmektedir. Kiracının bu hazırlıklarına da herhangi bir şekilde müdahale etmediği gibi seste çıkarmamaktadır. Böyle bir durumda örtülü rızanın varlığı kabul edilir. Ayrıca doktrinde sonuçlandırıcı olaylar şeklinde de rızanın varlığı kabul edilir.[56] Örtülü irade beyanında neyin yapılmak istendiğini anlayabilmek için bu davranışın yapıldığı durum ve şartlara bakmamız gerekmektedir. Açık irade beyanlarında olduğu gibi örtülü irade beyanında da kural olarak irade unsuru ve beyan unsuru bulunmalıdır. İrade ve beyan unsurlarının yorumlanmasında[57] da durum ve şartların niteliği değerlendirilecektir. Bu değerlendirme ise ancak yorum faaliyetiyle gerçekleşebilir. Bu yorum faaliyeti güven teorisi esas alınarak yapılır.[58] Yapılan değişiklikler ve eklemeler sözleşmenin içeriğini değiştirir nitelikte ve varsayılan örtülü irade beyanıyla sözleşmenin içeriğinin değiştirildiği tartışılmakta ise üç durum ortaya çıkar. Birincisi, bir tarafça yapılan örtülü irade beyanları diğer tarafça açık olarak kabul edilir, ikincisi ise açık olarak yapılan irade beyanı örtülü olarak kabul edilir, üçüncüsü ise örtülü irade beyanı karşısında yine örtülü irade beyanında bulunma halidir.[59] Bu üç halde kiracı ve kiraya veren arasında uyuşmazlık konusu teşkil edebilir. Bu tür durumlarda çıkan uyuşmazlıklarda yine yorum faaliyetine başvurmamız gerekmektedir. Yargıtay bir kararında açık veya zımni bir muvafakatin bulunmadığı hallerde yapılan değişiklik ve yeniliklilerin davacı kiraya verence benimsenip benimsenmediğinin incelenmesi ge-

55 Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005, s. 116-117

56 Murat Doğan, op. Cit.,s. 45

57 Yorum konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HEPER, A., "Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2012, S. 1,

58 Feride Can Bolat, Seçkin Topuz, op. Cit., s. 4,

59 Ibid,

rektiği belirtilmiştir. Benimsenme hususu açıkça tespit edilmesi halinde bu durumun sözleşmede yer alan özel bir şart olarak nitelenmesi sonucu doğuracağına değinmiştir .[60] Karşılaştırmalı hukukta mesele değerlendirildiğinde ise Cenevre Hukuk Mahkemesi bir kararında benzer yönde meseleyi çözümlemiştir. Bu karara göre, kiracının yaptığı yenilik ve değişikliklere kiralayanca ses çıkarılmamışsa veya kira sözleşmesine dayanan haklarının saklı kalacağı hatırlatılmamışsa, kiracı bu durumda kiralayanın kendisine sonuçlandırıcı olaylarla onay verdiğini kabul edebileceği belirtilmiştir.[61]

ab) Rızanın kapsamı

Verilen rıza kira sözleşmesine göre kiracının kiralanan üzerinde yapabileceği yenilik ve değişiklikleri kapsayacaktır. Bu yenilik ve değişiklikler kalem kalem sayılabileceği gibi genel olarak da bahsedilebilir. Örneğin, kiracının salona bölme yapabilmesi, mutfak tezgahının yerinin değiştirilmesi şeklinde olabileceği gibi yatak odası ve mutfakta değişiklik ve yenilikler yapılabilir şeklinde de belirlenebilir. Bir görüşe göre, kiracının yapabileceği yenilik ve değişiklikler belirlenirken bunların masraflarının kim tarafından karşılanacağı, sözleşme sonunda eski hale getirme yükümlüğünün bulunup bulunmadığı, kiracı yapılan masraflar nedeniyle bir tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı hususlarını düzenlemeyen bir sözleşmenin tamam olmayacağı kabul edilmektedir. Uygulamada çoğu zaman kiracının değişiklik ve yenilik yapıp yapamayacağı hususuna veya yapabileceği kalemlere değinilerek diğer sorunlara pek değinilmemektedir. Bu durumda ise hakimin EBK. 2 fıkraya göre değil de Borçlar Kanunu kira sözleşmesine ilişkin hükümlere göre meseleyi çözmesi önerilmektedir.[62]

ac) Rızanın hukuki önemi

Kiracı kiralanan üzerinde kiraya verenin rızası olmadan herhangi bir değişiklik yapmaması gerekir. Kira konusu malın niteliğini ve özü-

60 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 145 (Y. 2 HD. 15/03/1965, E. 964/3633, K. 1416)

61 Ibid., s. 146,

62 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 149-150

nü değiştirici değişiklikler yapmama kuralı kiracının kiralananı özenle kullanma borcunun[63] da bir gereğidir.[64] Kiracının kiralananı özenle kullanma borcundaki kriter bir görüşe göre, kendi malını kullanırken gösterdiği gözen ve dikkati, kiralananı kullanırken göstereceği özen ve dikkatle aynı olması gerektiğidir.[65]

Kiracı kira sözleşmesinin kapsamına dahil olmayan değişiklik ve yenilikleri böyle bir rıza olmada yapamaz.[66] Bu durum kiralanın özüne dokunma, kullanma şekil ve amacını değiştirme şeklinde olabilir. Örneğin, konut kirasında iki oda arasındaki duvar yıkılamaz.[67] Böyle bir değişiklik kira sözleşmesine aykırılık demektir. Fransız Medeni Yasası da 1723. Maddesinde paralel bir düşünceyle kiracının kiralanan üzerinde bir değişiklik yapamayacağını kabul etmiştir. Kiracı ancak rıza varken bir takım değişiklikler ve yenilikler yapabilir. Rıza yokken yapılan değişiklikler sonucunda ortaya çıkan çekişmeyi hakim tarafların sözleşme ile kabul ettikleri koşullara göre çözecektir. Bu uyuşmazlık çözümlenirken kiralananın niteliğini dikkate alacak, kiralananın bulunduğu yerdeki yerel adetten faydalanacaktır. Örneğin, Yargıtay önüne gelen bir davada kiralananda kullanılmakta olan vestiyerin bulunduğu yerden başka bir yere alınması hakkında açılan davada eski hale getirme istemini kabul etmiş ancak 4500 liralık tazminat isteminin reddine ilişkin kararı onamıştır.[68]

Kiracıya kiralanan üzerinde yenilik ve değişiklik yapabilme yetkisinin verilmesinin en önemli sonucu olarak, kiracı sözleşme hükümlerine aykırı davranmadan kiralanan üzerinde yenilik ve değişiklik yapabilmektedir. Burada yapılan yenilik ve değişiklik verilen rızanın kapsamı dahilin de olmalıdır. İkinci olarak, kiracının yapacağı yenilik ve değişiklikler yine kiracı tarafından karşılanacaktır. Çünkü bu yenilik ve değişiklikleri kiraya veren yapmak zorunda olmadığı halde kiracı yapmaktadır. Üçünü olarak, kiralayan aksi belirtilmemişse ki-

63 Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2000, s. 154
64 Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, , Ankara, Turhan Kitapevi, 2008, B. 10, s. 215
65 Aydın Zevkiler, Murat Aydoğdu, Hasan Petek, op. Cit., s. 215,
66 Y. 6. HD., E. 2012/5539, K. 2012/10428, T. 10/07/2012 "Kiracılık ilişkisi sonlandırıldığına göre kiralananı teslim aldığı haliyle iade etme yükümlülüğü bulunmaktadır…"
67 Kenan Tunçomağ, op. Cit. , s. 273
68 Nihat Yavuz, Ayıplı İfa, Ankara, Seçkin, 2008, s. 216-217, 4.HD. 18/11/1976-7377/10061

racıdan sözleşme sonunda kiralananı ne halde teslim etmişse o haliyle iade edilmesini isteyemeyecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da bir kararına göre, kiraya verence kiralanan verilecek bir rıza ile kiracının değişiklik ve yenilik yapabileceği, kira sözleşmesinin sonunda eski hale getirme isteminden vazgeçilebileceği ve hatta kiracının bu değişiklik ve yenilemeler için kiralayandan bir bedel talep etmeyeceğinin öngörülebileceğini kabul etmiştir. Son olarak kiracının verilen rıza ile yapılan tadilatlardan kira sözleşmesi sonunda bir tazminat hakkı elde edemeyeceği savunulmaktadır. Ancak bu görüşü benimsemeyen yazarlarımızın olduğunu tekrar hatırlatmak gerekir. Bence de kira sözleşmesi sonunda böyle bir tazminat istenebilip istenemeyeceği hususu somut olay nazara alarak değerlendirilmeli, bu durumun istenemeyeceği haller ortaya çıkmakla beraber istenebileceği durumlarda söz konusu olabilir. Burada kira sözleşmesini zayıf tarafı olan kiracı korunmaya çalışılmakla beraber kiraya veren de pek fazla ezilmemelidir. [69] bu değerlendirme yapılırken de kiracının bir takım masrafları yaptığının değerlendirildiği kadar bu yapılan masrafların kiralanan üzerinde bir değer artışı veya kıymet meydana getirip getirmediği irdelenmelidir. Pek fazla değer artışı meydana getirmeyen, sadece kiracıya kullanım kolaylığı sağlayan hususlar için kiraya verenden tazminat talep etmek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Karşılaştırmalı hukukta mesele irdelendiğinde; Vaud Kantonu ticari kirasında benzer yönde çözüm getirildiği görülebilir. Burada kiracıya "kiracının yaptığı çalışmalarla gayrimenkulde neden olduğu fazla değer için ve bu fazla değerin malikin gerçek zenginleşmesini sağladığı ölçüde kiracının bir tazminat hakkı olduğu" vurgulanmıştır.[70]

b) Kiracının Geri Verme Borcuna Etkisi

Yukarıda kira sözleşmesini tanımlarken bu sözleşmenin kurulmasında bir şeyin geçici olarak başkasının kullanımına bırakılarak ve ondan yararlanmanın devredildiğini görmüştük. Burada mülkiyet geçmesi olmadığı için, bir geri verme borcu da ortaya çıkmaktadır. Bu

---

69 (27/06/1979, E. 1977/13-1089, K. 1243) Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 150-151

70 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", , İstanbul, 1982, *İÜHFM*, C. 48, S. 1-4, s. 159

borç asli bir borçtur. Bu borcun sözleşme sona erdikten sonra doğması onun sözleşmeden doğan bir borç olma niteliğini etkilemez.[71]

Eski Borçlar Kanunu 266. maddede kiracının geri verme borcu düzenlenmiştir. Buna göre kiracı, kiralananı nasıl teslim almış ise sözleşme sonunda o şekilde teslim etmek zorundadır. Bu teslimatı da mahalli adete uygun yapmalıdır. Ayrıca aynı Kanun'un 3. fıkrası gereğince kiracının kiralananı iyi bir hal ile teslim aldığı karinesi bulunmaktadır. Yasa gereğince kiracı kiralanandan iyi bir mal teslim almamış ise bunu belirtmelidir. Bu karineye göre kiracı iyi bir teslimat yapmamış ise bunu kiraya veren belirtmelidir. Böyle bir husus belirtilmemiş ise kiracının iyi bir hal ile teslimi gerçekleştirdiği kabul edilir. Geri verme borcunun bir sonucu olarak da kiracı eğer kira süresince kiralananda bir takım değişiklikler yapmış ise bunları eski hale getirmekle yükümlüdür. [72] Kiracının kiralananı iyi bir hal ile teslim aldığı karinesine karşılık gelmek üzere kiracının da kiralananı iyi bir hal ile teslim ettiği yönünde fiili bir karine olduğu savunulmaktadır.[73]

Kiracının geri verme borcunun bir etkisi olarak kiracının kiralayanı geri vermeden önce eski hale getirmekle yükümlü olacağı durumlar ortaya çıkabilir. Bu durum, kiracının kiralananı kiraya verenin rızası olmadan değişiklikler yapmışsa veya kötü kullanım sonucu değişiklikler meydana gelmişse ortaya çıkar.[74] Bu tür zarar verici şeylerin kiralanana yapılması ve geri verme sırasında kiraya verence bunların tespiti halinde, kirayaverenin daha önce kiracı tarafından kendisine verilen depozito miktarından bu zarara ait bedelin düşülebileceği savunulmaktadır.[75]

Kiraya veren kira sözleşmesi sona erdikten sonra[76] ilk haliyle iadeyi iki türlü hukuki sebebe dayanarak ileri sürebilir. Birinci olarak mülkiyet hakkına dayanarak ayni istihkak talebi ile diğeri ise kira sözleşmesine dayanarak şahsi nitelikte iade talebinde bulunabilir. Bu

---

71 Murat Doğan, op. Cit., s. 445
72 Ibid., s. 449
73 Aydın Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, B.8, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004, s. 236
74 Ibid., s. 451
75 Doğan Şenyüz, Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, B. 6 Bursa, Ekin, 2012, s. 315
76 Y. HD, 6. HD, E. 2012/2989, K. 2012/5971, T. 16/04/2012, eski haliyle iade isteminin kira sözleşmesinin sonunda olması gerektiğine dair.

durumda bu iki hak birbiriyle yarıştığından kiraya veren ikisinden herhangi birine başvurabilir. Kiracı kiralanana ait anahtarı teslimi ile iade borcunu yerine getirdiği kabul edilir.[77] Ancak kiracının yukarıda belirtilen anlamda bir rıza ile kiralananda bazı yenilik ve değişiklikler yaparsa ve verilen rızayı aşmadığı sürece, sözleşmede aksi belirtilmemişse, kiracının yaptığı bu değişiklikler için eski hale getirme yükümlülüğü olmaz. Yani geri verme borcunu yerine getirirken teslim almış olduğu haliyle teslim etmek zorunda kalmayacaktır.[78] Uygulamada Yargıtay'ın da bu yönde yapılan sözleşmeleri kabul ettiğini görmekteyiz.[79] Ayrıca, kira sözleşmesinde kiracının yapabileceği yenilik ve değişiklikler belirli şartlar dahilinde kabul edilmekle birlikte aynı zamanda kira sözleşmesinin sonunda kiracının iadesi sırasında kiracı eski hale getirmekle yükümlü tutulabilir. Bu durumda kiracı yapmış olduğu değişiklik ve yenilikleri kaldırarak kiralananı ilk haline getirmek zorundadır. Bir Yargıtay kararına göre özetle, kiracı ve kiraya veren kiralanan üzerinde kiracının tadilat yapabilme hususunu kabul etmişlerdir. Diğer yandan sözleşmenin matbu bölümünde geri verilme halinde nasıl iade edileceğine ilişkin olarak, kiralananın kiracı tarafından teslim alınmış hali ile kiraya verene iade edileceği kararlaştırılmıştır. Özel şartlar bölümünde ise bu konuyla ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmadığı anlaşılmıştır. Yargıtay bu durumda tadilata izin verildiği ancak eski hale getirme işlemi yapıldıktan sonra iade işleminin gerçekleşeceğini kabul etmiştir. [80] Ayrıca, İsviçre Borçlar Kanunda da benzer yönde bir hüküm olduğu görülmektedir. İBK 260a/II. Maddeye göre, yenilik ve değişikliklere verilen rızadan sonra kiracının geri verme borcu sırasında eski hale getirilmesi istenecekse, bunun yazılı olarak kararlaştırılmış olması gerektiği belirtilmektedir.[81]

Söz konusu iade borcu ele alınırken değişikliğin neden kaynaklandığı da meselenin bir başka yönüdür. Kiracının kiralananı normal kullanım koşullarında kullanırken kiralananda bir değişiklik meydana gelirse kiracı bundan sorumlu tutulmayacaktır. Bu hem kullanma-

77 Aydın Zevkliler, op. Cit., s. 218,
78 Murat Doğan, op. Cit., s. 453
79 (Y.HGK. 27.06.1979 T. E. 1977/13-1089, K. 1979/1243, İKİD, 1979, S. 7259-7260)
80 13. HD. 14/05/1991, E. 2893, K. 5444, Murat Doğan, op. Cit.,s. 453 dipnot.
81 Ibid.,, s. 454

dan hem de zamanın akışından kaynaklanabilir.[82] EBK madde 266/II'ye göre de "kiracı, sözleşme gereğince yaptığı kullanmadan dolayı meydana gelen değişiklikten sorumlu değildir" diyerek bu durumu teyit etmiştir. [83] Kiracının olağan kullanımı sonucu ortaya çıkan giderler karşısında sorumlu olup olamayacağının kararlaştırılması ise farklı görüşlere neden olmaktadır. Örneğin, doktrinde bir görüşe göre bu tür giderlerden kiracı sorumlu tutulamaz. Çünkü kiracı iktisadi yönden zayıf olan taraftır. Bu nedenle EBK. 267. Maddeyi emredici nitelikte kabul etmektedir. Yani bu tür durumlarda taraflar iade aşamasında badananın yapılması gerektiğini kabul etseler bile bu sözleşme geçerli olmayacak, kiracı badana yapma sorumluluğuna girmeyecektir. Bir görüşe göre de, kiracı bu tür değişikliklerin karşılığını zaten kira bedeli ile ödediğinden ayrıca bir sorumluluk altına sokulamaz. Aksi bir görüş hakkaniyet düşüncesine aykırı olur. Buna rağmen kiracı kendi isteğiyle yapması halinde bir uyuşmazlık ortaya çıkmaz.[84]

c) Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Bedelini Talebi:

aa) Gayrimenkul mülkiyetinde bağımlılık kuralına ilişkin hükümleri

Yukarıda belirtilen tarzda bir rıza olmadan yapılan giderler hakkında şöyle bir genel açıklama yapılabilir. Eski Borçlar Kanunu 258. Maddeye göre mülkiyet hakkı nedeniyle bir takım giderler ortaya çıkıyorsa bu giderler kiraya verene aittir. Bunun dışında kullanma ve yararlanma sonucu ortaya çıkan giderler ise kiracıya aittir. Ayrıca kiracı bazı ufak tefek ayıpları kiralayan hesabına giderebilmektedir. Uygulama ve doktrine göre; su borusunun sızması, merdivenlerdeki otomatiğin bozulması, sokak kapısındaki kilidin işlememesi ufak tefek ayıptır. Kiracının katlanacakları ise en basit örnekle badana ve boya işleri gösterilebilir.[85]

---

82 Yargıtay 6. HD, E. 2012/11919, K. 2012/13359, T. 16/10/2012 "..Kiralananın bulunduğu ana binanın yaşı ve durumu, davalının kiracı olarak kaldığı süre ve tespit edilen hasarlar dikkate alındığında, bunların bir kısmının taşınmazın uzun süredir kullanılmasından kaynaklandığı, bir kısmının da basit onarımlarla her zaman giderilebileceği görülmektedir. Basit bir onarımla giderilmesi mümkün olan bir hususun yerine getirilmemesi de akde aykırılık olarak kabul edilemez…"

83 Abdulkadir Arpacı, op. Cit.,s. 73

84 Murat Doğan, op. Cit.,s. 456

85 Nihat Yavuz, Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, s. 1059

Kiraya verenin veya gereken hallerde hakimin izni alınmadan kiracının yaptığı giderlerin bir kısmı gayrimenkul mülkiyetinde bağımlılık kuralına ilişkin hükümlere göre çözümlenir. Örneğin, kiracının yaptığı giderleri kiraya veren benimsememişse veyahut tamirin dışında giderlerse, bunlar yenilik ve değişiklik şeklinde ortaya çıkabilir, bu halde Medeni Kanunun kendi levazımıyla başkasının arsasına inşaat hükümleri uygulanır.[86]

Bu konunun uygulamada çözümlenme şekline bakacak olursak; Bu tür durumlarda İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında meseleyi şöyle çözmeye çalışmıştır. Söz konusu kararda kiralayanın rızası ile kiracı kiralanan evde merkezi ısı tesisatı yapmıştır. Burada inşaatın bir sözleşme ile arazi maliki ve malzeme maliki arasında ısı tesisatının yapımı konusunda bir anlaşma olduğundan Eski Medeni Kanun'un 649. Maddesinde belirtilen hükümlerin uygulanamayacağını belirtmekle beraber kira sözleşmesinin uzun süreli olması halinde uygulanabileceğini üstü kapalı olarak belirtmeye çalışmıştır. Daha sonraki bir kararında ise durumu daha açık şekilde ifade ederek malzeme maliki ile arazi malikinin yapım hususunda anlaşmanın olduğu hallerde ilgili sözleşme hükümlerine göre meselenin çözümleneceği belirtilmiştir. Yine Federal Mahkeme bir başka kararında ise kiracının bu şekilde yaptığı giderler için sözleşmede bu giderlerin nasıl karşılanacağı yönünde bir hüküm yoksa Medeni Kanunun'un haksız inşaata ilişkin hükmüne dayanamayacağını, bu nedenle tazminatta isteyemeyeceğini hükme bağlamıştır. Cenevre Hukuk Mahkemesi ise kiracının bu tür zararlarının haksız inşaata dair hükümlerle giderilebileceğini savunmuştur. Yargıtay'ın da benzer yönde kararlar verebildiğini görebilmekteyiz.[87] Ancak bu durum doktrinde özellikle Cevdet Yavuz tarafından çok açık bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştiriye ait nedenler ise; kiracı kiraya verenin muvafakati olmadan bir takım değişiklikler yaparsa bu durum karşısında kiracının kira sözleşmesine aykırı davrandığı, Medeni Kanun'un haksız inşaata ilişkin hükümlerinin uygulanması ise kira sözleşmesine ait hükümleri etkisiz hale getireceği, Bu hususun ancak kira sözleşmesinin hükümsüz ya da iptal edilebilir ol-

86 Ibid., s. 1060,

87 Yargıtay'a göre; "… kiracının yaptığı değişiklikler haksız yapı niteliğinde ise (örn. Havuz yapılması) haksız yapı hükümleri uygulama alanı bulur.", Mustafa Alper GÜMÜŞ, 2011, s. 246

duğu hallerde uygulanabileceğini savunmaktadır. Yapılan yenilik ve değişikliklerin kiralananın bütünleyici parçası haline gelerek kiraya veren tarafından kazanılmasını ise bağımlılık kuralına bağlamakla beraber bunun kaynağının kiracının iade borcundan geldiğini savunmaktadır.[88]

ab) Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler

Vekaletsiz iş görme kısaca, vekaleti olmadığı halde bir başkası yararına iş yapma halidir. Bu konuda iki tür vekaletsiz iş görmeden söz edilir. Birincisi gerçek vekaletsiz iş görme ikincisi ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede; işi gören kişi iş sahibinin yararına değil de kendi yararına hareket etmektedir. [89]

Kiracı yapılan tadilatların bedelini veya değer artışını sözleşmede bir hüküm varsa öncelikle bu hükme göre talep edebilir. Sözleşmede hüküm yok fakat değer artışını veya masraf bedelini talep ediyorsa, bu durumda eski hale getirmeye ilişkinde bir hüküm yoksa, eski hale getirme borcundan kurtulmakla beraber tazminat isteyebilmesi gerekmektedir. Tadilatın yapılabilmesi fakat herhangi bir gider talep edilemeyeceği hususu birlikte düzenlenmişse bu durumda kiracı tazminat talep edememektedir.[90] Doktrinde kiralayanın onayını alarak kiracı tarafından yapılan tadilatların bedellerinin istenemeyeceğini savunan görüşte vardır. Bu durumda tadilata onay verme halinin bedeli karşılama onayını birlikte taşımayacağı düşünülebilir. Ancak, kiralayanın onayı olmadan yapılan gider ve tamiratların bile istenebildiği durumda kiralayanın onayı alınmadan yapılan tamirat bedelinin istenememesi pek makul olmayacaktır.[91]

Kiracı yukarıda belirtilen tarzda bir sözleşme yokken bir takım giderler yaptığı durumlarda gider bedelinin ödenmesi konusunda birtakım uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir. Kiracı daha sonra böyle bir

---

88 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 160-161-162

89 Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 11, Ankara, Turhan Kitapevi, 2009, s. 378,

90 (Y. 13. HD. 9.10.1989, E. 2848, K. 5659, *Yasa Hukuk Mevzuat ve İçtihat Dergisi* C. XIII. S. 2, 1990 s. 232)

91 Murat Doğan, op. Cit., s. 471

uyuşmazlığa düşmemek için öncelikle dikkat etmesi gereken konu ufak tefek giderler dışındaki giderleri kiralayanın rızası alınmadan yapmamalıdır. Buna rağmen yapmış olduğu hallerde ancak kiralananın tahliyesi sırasında EBK md. 410 vekaletsiz iş görme kurallarına göre talep edebilir. Burada bir diğer husus ise kiracının katlanacağı giderler dışında kalan giderler için bu husus geçerlidir. Kiracın katlanacağı giderleri ise (temizleme giderleri gibi) kendisi karşılamalıdır. [92] Kiracı izin almadan bir takım giderleri yaptığı bazı hallerde ise EBK 414/2. fıkra hükmü uygulanır. Bu tür durumlar tadilattan öte olan giderlerdir yani yenilik ve değişiklik anlamında olabilecek giderler rıza ve izin ile yapılmamışsa EBK 414/2'ye göre karşılanır.[93] Yargıtay bir kararında özetle şu yönde hüküm kurmuştur. Lokanta olarak kiralanan bir dükkana bir takım imalatlar yapılmıştır. Kiracı bu işyerini boşaltmak zorunda kaldığı sırada yaptığı imalatların bedelini talep etmiştir. Yargıtay bu talepte, yapılan imalatların davalının rızası alınmadan yapıldığına dikkat çekmiştir. Yapılan imalatları da davacı kiracının yararına olduğu kanaatine varmıştır. Buna göre davacının kiralananda yaptığı imalatlardan gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre sorumlu olacağı kanaatine varılmıştır.[94] Ayrıca, uygulamada kiraya verenin yapması gereken bir tamir işi olduğu tamamen tespit edilememesine rağmen kiracı tarafından yapılan bir masrafın gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kira sözleşmesinin sonunda tazmin edilebileceği ve bu tazminde esas tespit edilmesi gerekenin gayrimenkulün değerinde meydana gelen fazlalık olduğu vurgulanmaktadır. Örneğin, Yargıtay'a ait şu kararda; "Kiraya verenin yapması gerekli bulunan ve ufak tamirlerin sınırını aşan tamir işleri için mes'ul tutulabilmesi ancak kendisine bu işlerin yapılması için kiracı tarafından uygun bir mehil verilerek ihtarda bulunulmuş olması ve bu ihtar üzerine kiralayanın, borcunu yerine getirmemiş olması halinde Borçlar Kanunu'nun 97. Maddesinin 1. fıkrası hükmünce hakimden izin alınmış bulunmasına bağlıdır. Hadisede bu şekilde muamele yapılmış olmadığı cihetle fırın için davacı kira-

92 Necmettin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul,1980, Fakülteler Matbaası, C. I, s. 525, dipnot, Y.4. HD. 14/06/1965-5381/3141

93 Nihat Yavuz, Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, s. 1060,

94 Mustafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Doktrin Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınevi İstanbul, 1992 C. 4 s. 549, 13. HD, 9/3/1987, 1024 E., 1335 K.

cı tarafından yapılmış bulunan masrafların akit hükümlerince kiraya verenden alınması düşünülemez. Esasen bu masrafların yapılması kiraya verene düşen masraflardan olup olmadığı da gereği gibi belli değildir. Fakat kiracı, bu masrafları kiraya verenin menfaati için değil, kendi menfaati için yapmış bulunduğundan ve kira akdinin sonunda bu masraflardan meydana gelecek şeylerden davalı kiraya veren tarafından benimsenmiş olacak kısımlardan dolayı gayrimenkulün değerinde meydana gelecek fazlalıktan ötürü Borçlar Kanunu 414. Maddesi hükmünce tazminat istemesi mümkün olur. Taraflar arasında kiraya verenlik ve kiracılık münasebeti henüz sona ermemiş olduğu için şimdi açılan davanın zamanından önce açıldığı görülmektedir. Bu cihetler düşünülmeksizin davacı lehine karar verilmiş olması kanuna aykırıdır" denilmektedir.[95] Yargıtay'ın daha yeni bir kararında da davalı kiraya verenin rızası alınmadan yapılan masraf bedellerinin vekaletsiz iş görme hükümlerine göre istenebileceği doğrultusundadır.[96] Yine bir başka yeni kararında kira parasını ödeyemeyip tahliye olan kiracının yaptığı faydalı ve zorunlu masrafları BK. 414 uyarınca isteyebileceği yönündedir.[97]

ac) Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler

Mamelekin herhangi bir dayanaktan yoksun olarak yer değiştirmesi halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulmaktadır. Kanun böylelikle başka yollarla giderilemeyen haksızlığa müdahale etmektedir.[98] Sebepsiz zenginleşmenin koşulu olarak iki koşul sayılmaktadır. Bunlardan ilki bir tarafın malvarlığında azalma olması halidir. Bu azalma malvarlığında meydana gelebilecek azalmaların önlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Sebepsiz zenginleşmede alacaklı tarafı teşkil eden kişi malvarlığı azalan taraftır. Bunun bu azalmaya karşılık diğer tarafta bir artma meydana gelmişse bu da sebepsiz zen-

95 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu, s. 163 (Yarg. 4. HD. 26/06/1965, E. 957/7738 K. 7579)

96 Y. 13. HD., 21/06/2010, E. 2010/1617, 2010/8862, Ahmet Cemal Ruhi, Kira Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, C. I, s. 561

97 Y. 13 HD., 31/05/2010, E. 2009/14275, 2010/7420) Ibid.,s. 561

98 Karl Oftınger. Raymond Jeanpetre, Çeviren, Kemal Dayınlarlı, Borçlar Kanununun Genel Kısmına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1990, s. 285,

ginleşmenin borçlusudur. Bu durumda ikinci şart olarak azalmaya karşılık gelen bir artma[99] olmalıdır. Bunun yanı sıra bu azalış ve artışın haklı bir sebebe dayanmaması gerekmektedir. Ayrıca, illiyet bağı bulunmalı ve hukuka ve ahlaka aykırılık unsurlarının da bulunmaması gerekir. Kısaca, haklı bir sebebin bulunmaması hallerini sayacak olursak bunlar şöyledir; haklı hiçbir sebep yoktur, sebep geçersizdir, sebep gerçekleşmemiştir veya sebep ortadan kalkmıştır.[100]

Sözleşmede hüküm olmamasına rağmen kiracı kiralanana bir takım eklemeler yaparsa bunlardan söküp alabileceklerini kira sözleşmesinin sonunda söküp alabilir.(Y. 13. HD. 14/02/1983, E. 8405, K. 841) Bu aynı zamanda eski hale getirme işlemine de sonuç verir. Fakat söküp alınamayacaklar için ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre kiracı bunları talep edebilir.[101] Yargıtay bir kararında kısaca şu hususları dile getirmiştir; "*Kiracının iyi halde iade borcu, kiralayanın kiralananı iya hale veya eski hale getirme yönünde ifaya hazırlık faaliyetlerinde bulunmasını gerektirir. Ancak kiracı tarafından kiralayanın rızası dışında kiralananda kira sözleşmesi sırasında yapılan ve kendisinin yapmakla yükümlü olmadığı iyileştirici değişiklikler bir bütünleyici parça ilişkisi kurarak gerçekleşmişse (örneğin çelik kapı takma, çatının kiremitlerinin değiştirilmesi, pencereye demir parmaklıklar takılması vs.) kiracı yasal veya sözleşmesel bir söküp alma hakkına sahip olmadıkça kiralananı eski haline getiremez, buna karşılık bütünleyici parça oluşturmayan eklentiler, kira sözleşmesinin bitiminde kiracı tarafından alınabilir. Kiracının kiralanana yaptığı iyileştirici masraf ve değişiklikler bakımından kiralayan karşı sahip olduğu tek olanak kendisi tarafından edim dışı zenginleşme sebebiyle kiralayana yönelik sebepsiz zenginleşme talebidir*".[102]

Doktrinde uzun süreli kira sözleşmelerinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Çünkü bu tür kira sözleşmelerinde kiracı amortismanı gerçekleşecek bir takım giderleri yapmış ama kira sözleşmesi vaktinden önce sona ermiştir. Bunun neticesinde de kiracının gerçekleşmeyen bir sebep dolayısıyla gider yapması nedeniyle kiraya verenin bu gerçekleşmeyen sebeple

99 Y. 6. HD, E. 2012/5200, K. 2012/9723, T. 28/06/2012,
100 Ahmet Kılıçoğlu, op. Cit., s. 380-382-383-385-386
101 Murat Doğan, op. Cit., s. 472
102 Mustafa Alper Gümüş, , s. 245, Y. 13 HD., 10/02/2005, 10361/1893, www.kazanci.com, Y. 6 HD, 05/03/2007, 61/2170, Y. 11 HD. 04/05/2004, 9543/4940,

zenginleştiği kabul edilmektedir. Federal Mahkeme içtihatlarına göre böyle bir sebepsiz zenginleşme halinin ortaya çıkabilmesi için, karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin sona erdirilmesi (süreden bitiminden önce), kiracının haklı bir sebeple sona erdirmesi veya kiralayanın haksız bir şekilde sonra erdirmesi şartlarından birinin mevcut olması gerektiği değerlendirilmektedir. Bir Yargıtay kararında özetle; kiracının bilgisi dışında kamulaştırılan binadan çıkmak zorunda kalan kiracının binaya yaptığı masrafları talep etmesi üzerine, yapılan masrafların binanın kamulaştırma bedelini artırdığından bahisle sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebileceği kanaatine varılmıştır. [103] Bunun nedeni olarak da kiracının hem sözleşme borcuna aykırı davranması hem de tazminat talebinde bulunmasının hakkaniyete, dürüstlük kurallarına uygun olmayacağı düşüncesidir.[104] Yargıtay'ın bir kararına göre de kendi kusuruyla sözleşmenin sona erdirilmesine neden olan kiracının taşınmaza yaptığı masrafları isteyemeyecekti.[105] Fakat bu konuda farklı bir görüş olarak şunu ifade etmekte fayda vardır; bu görüşe göre bu konuda kiracı hem kusurlu olarak sözleşmenin sona ermesine neden olmuş hem de giriştiği faaliyetler neticesinde sebepsiz zenginleşmenin alacaklısı konumuna gelmiş ise bu durumda iade talebi reddedilmeyecek fakat geniş ölçüde sınırlandırılacaktır.[106]

SONUÇ

Kiraya veren ve kiracının belirli şartların gerçekleşmesi halinde kiralananda bir takım yenilik ve değişiklikler yapabildiğini görmüş bulunmaktayız. Bu şartlar kiraya verenin yapacağı yenilik ve değişiklikler için; kira sözleşmesinin feshini gerektirmemesi, kiracının katlanabileceği şekilde olması ve dürüstlük kurallarına uygun olması gerektiğidir. Kiraya verenin bu değişiklikleri yapması halinde kiracının kullanma ve yararlanma hakkında azalma olması halinde kira bedelinde indirim, zarar görmesi halinde ise uğranılan zararın tazminini isteyebilecektir. Kiracı tarafından söz konusu yenilik ve değişiklikleri

---

103 Yargıtay, 13. HD, 23/02/2010, E. 2009/8247, 2010/2243, Ahmet Cemal Ruhi, s. 564

104 Cevdet Yavuz, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", s. 165

105 Yargıtay, HGK, 07/04/2004, 2004/13-208) Yargıtay, 13 HD. 11/02/2010, E. 2009/6546, 2010/1496, Ahmet Cemal Ruhi, s. 565

106 Mustafa Alper Gümüş, op. Cit., s. 245, bkz. Dipnot.

yapabilmesi ise kiraya verenin yazılı rızası koşuluna tabi tutulmuştur. Bu şartın nispi emredici olduğu ve ispat şartı olduğu görülmektedir. Kiracının geri verme borcuna etkisi ise iade aşamasında eski haliyle istenmekte ise bununda yazılı olarak belirtilmesi gerektiğidir. Ayrıca kiracının yapmış olduğu masrafları kiraya verence aralarında bir anlaşma olması halinde isteyebilecektir.

Konu kiraya veren açısından eski Borçlar Kanunu döneminde zaruri tamiratlar açısından incelenmiş, kiracı açısından ise uygulamada gelişen mahkeme kararları doğrultusunda incelenmiştir. Bu dönemde kiracı, kiraya verenin yapacağı ertelenemeyen zaruri tamiratlara karşı bir katlanma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu zaruri tamiratların yapılması sırasında bir zarara uğrayacak olursa bunun tazminini isteyebilecektir. Kiracı ise yine kiraya verenin rızası ile bu yenilik ve değişiklikleri yapabilecektir. Ancak burada rızanın şekli bakımından bir düzenleme mevcut olmadığından yazılı, sözlü ve benimseme şeklinde rıza ortaya çıkabilmektedir. Rızayla yapılan yenilik ve değişikliklere ait bedelin yine anlaşma kapsamında değerlendirilerek isteneceği anlaşma yoksa veya rıza olmadan bu değişiklikler yapılmışsa uygulamada haksız inşaat, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre konunun ele alındığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

Arpacı Abdulkadir, Kira Hukuku Ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul, 2002,

Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, B. 9, Ankara, 2009,

Ruhi Ahmet Cemal, Kira Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, C. 1,

Zevkliler Aydın, Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, B., 2 Ankara, 2008,

Zevkliler Aydın, Özel Borç İlişkileri, B. 8, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004

Zevkliler Aydın, Aydoğdu Murat, Petek Hasan, Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayınevi, B., 6, Ankara, 1998,

Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Beta, İstanbul, 2000,

Yavuz Cevdet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınevi, İstanbul, 2012

Yavuz Cevdet, "Adi Kirada Kiracının Yaptığı Gider Ve Onarımların Sözleşmenin Sona Ermesinde Hukuki Durumu", *İÜHFM,* İstanbul, 1982, C. 48, S. 1-4,

Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku Genel Ve Özel Hükümler, B. 6 Bursa, Ekim, 2012,

Aydemir Efrail, Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012,

Erzurumluoğlu Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Yetkin Kitapevi, B. 2. Ankara, 2012

Arsebük Esat, "Hususi Akit Tipleri Etrafında İncelemeler", 1949-06-01, *AÜHFD* , Ankara, 1949,

Aral Fahrettin, Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000

Aral Fahrettin, Hasan Ayrancı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B. 9, Ankara, Yetkin, 2012,

Canbolat Ferhat, Seçkin Topuz, "Taşınmazlara İlişkin Kira Sözleşmelerinin İçeriğinin Örtülü İrade Beyanlarıyla Değiştirilmesi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2011,S.1,

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, , Vedat Kitapçılık, B. 3, İstanbul, 2008, C. I,

Hatemi Hüseyin, Serozan Rona, Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992,

Akipek Jale G., Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku Beta Yayınları, B. 6 İstanbul, 2007, C.1,

Oftınger Karl, Jeanpetre Raymond, Çeviren, Kemal Dayınlarlı, Borçlar Kanununun Genel Kısmına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1990,

Oğuzman Kemal, Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2005,

Tunçomağ Kenan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, B. 2, İstanbul, 1974, C. Iı,

Şakir Berki, "Borçlar Hukukunda İcar", *AÜFHD*, Ankara, 1955. C. 1955, S. 1-4,

Doğan Murat "Adi Kirada Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHFD,* Ankara, 2004, C. VIII, S. 1-2, Http://Hukuk.Erzincan.Edu.Tr /Dergi /Makale/2004_VIII_19.Pdf

Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Doktrin Özel Borç İlişkileri, Beta Yayınevi İstanbul, 1992 C. 4

Bilge Necip, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü,

Feyzioğlu Necmettin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, İstanbul,1980, Fakülteler Matbaası, C. I,

Yavuz Nihat, Kira Parasının Tespiti Davasının Esasları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, C. I,

Yavuz Nihat, Ayıplı İfa, Ankara, Seçkin, 2008,

"ATATÜRK" MARKASININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ İLE İLGİLİ AB ADALET DİVANI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

OPINIONS AS REGARDS A DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE ON "ATATURK" TRADEMARK

Hamdi YASAMAN*

Özet: Kamu düzenine ve ahlaka aykırı işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği gerek AB mevzuatı gerek 556 sayılı KHK ile düzenlenmiştir. Konu ile ilgili önüne gelen bir olayda OHIM, "ATATÜRK" marka tescilini, söz konusu ibarenin marka olarak kullanılmasının Türk asıllı Avrupalı ortalama tüketici nezdinde rencide edici bir etki yaratacağı gerekçesiyle hükümsüz kılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Atatürk, kamu düzenine ve ahlaka aykırı işaret, marka tescil, ilgili halkın algısı, Türk asıllı AB vatandaşlarının algısı, rencide edici marka.

Abstract: Registration of trademarks which are contrary to public policy or to accepted principles of morality has been prohibited by virtue of both European and Turkish legislations. In a case where the invalidity of the trademark "ATATÜRK" has been sought, the Board declared it invalid on the ground that the use of the mark in relation to the contested goods would have an offensive impact provoked on the sensitivity of the average European consumer of Turkish origin.

Keywords: Atatürk, trademarks contrary to public policy or to accepted principles of morality, perception of relevant public, perception of the Turks and people of Turkish descent in the European Union, offensive impact of a trademark.

Arap asıllı iki İngiliz vatandaşı "ATATÜRK" ibaresini Avrupa Birliği nezdinde tescil için OHIM'e başvurmuş ve 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıflardaki tescil başvurusu kabul edilerek "ATATÜRK" markası 4638434 numara ile tescil edilmiştir. Bu tescil üzerine Türk Yetkililer söz konusu markanın hükümsüzlüğü talebinde bulunmuş, ancak OHIM İptal Birimi talebi reddetmiştir. Bu ret üzerine temyize başvurulmuştur.

* Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Temyiz başvurusu OHİM 2. Temyiz Kurulu tarafından kabul edilmiş ve "Atatürk" adının anılan sınıflarda tescilinin Türk asıllı AB vatandaşlarını rencide edici etkisi olduğu sonucuna varılarak markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiştir[1]. Arap asıllı İngiliz vatandaşları hükümsüzlük kararına karşı Adalet Divanı'na başvurmuş ise de davayı takip etmediğinden dolayı Divan hüküm vermeye yer olmadığına karar vermiştir[2].

Topluluk Markası Tüzüğü[3] tescilde mutlak ret sebebi olarak kamu düzenine ve ahlaka aykırı işaretleri saymıştır (m. 7/1-f). Aynı hüküm Türk Hukukunda da geçerlidir. 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinin (k) bendine göre kamu düzenine ve ahlaka aykırı markalar tescil edilemez[4]. Tescil edilmiş ise, bunların hükümsüzlüğünün talep edilmesi mümkündür. Marka olarak seçilen işaretin kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmaması gerekir. Seçilen markanın halkın toplumsal değerlerini rencide edici ya da ahlak anlayışına ters düşer nitelikte olmaması, malın konulduğu ürün veya hizmeti aşağılaması, insanlarda tiksinti ve nefret uyandırmaması esastır[5].

I- İLGİLİ TÜKETİCİ

Bir markanın tanınmış olup olmadığı, yanıltıcı olup olmadığı, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olup olmadığı markanın hitap ettiği ilgili çevre açısından irdelenir. Buradaki ölçü orta seviyedeki halkın anlayışı ve yanılmasıdır.

OHIM Temyiz Kurulu kararında, meseleyi incelerken Avrupa Birliğinde yaşayan Türkleri nazara almıştır. Türklerin, Avrupa Birliği vatandaşı olarak azımsanmayacak bir sayıda oldukları belirtilmiştir. Nazara alınacak halkın ise, bütün Avrupa Birliğinde veya Birliğin bir kısmında, hatta bir tek üye ülkede bile olabileceği vurgulanmıştır.

---

1 R 2613/2011-2, 17.09.2012

2 T-580/12, Yaqub v OHMI – Turkey, 12.09.2013

3 Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

4 Konu ile ilgili kararlar için bkz. Yasaman "Markanın Kullanılmasında Kısıtlamalar", Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, Şubat 2014, s.79 vd.

5 Yasaman, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, C.I, s.275; Poroy/Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, s.480, no. 465

Türk asıllı AB vatandaşlarının özellikle Almanya başta olmak üzere birçok AB ülkesinde bulundukları bir gerçek olarak kabul edilmiştir. Somut olayda, OHIM Temyiz Kurulu orta düzeydeki Avrupa Birliği tüketicisinin algısının önemli olduğunu belirtmiştir. Diğer bir ifade ile Avrupa Birliğinde yaşayan ve AB üye devletlerinde vatandaşlık kazanan Türk kökenli kişilerin algısı nazara alınmıştır. Bunların nazarında, Atatürk ibaresinin 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıflarda tescilinin Türk asıllı AB vatandaşlarını rencide edici olduğu sonucuna varmıştır.

II- KAMU DÜZENİNE VE AHLAKA AYKIRILIK

OHIM Temyiz Kurulu, kamu düzeni ve ahlaka aykırılığı Avrupa Birliği çerçevesinde incelemiş ve değerlendirmiştir. Burada, Türkiye'deki Atatürk algısı ve toplumsal değer tartışılmamış ve fakat Atatürk'ün Türk toplumu nezdindeki değeri üzerinde durulmuş ve Atatürk'ün modern Türkiye'nin kurucusu olarak algılandığı ve bir sembol haline geldiği vurgulanmıştır. Kararda Atatürk'ün tarihi rolünün ideolojik ve kültürel çok anlamı olduğu; imajı ve ismi fikri ve politik anlamda sembole dönüştüğü, Mustafa Kemal'e bu ismin verilmesi Türk asıllı AB vatandaşlarının, bu Devlet adamına gösterdikleri büyük saygıyı gösterdiği; bunun hayranlıktan ÖTE BİRŞEY olduğu belirtilmiştir. Türklerin politik, dini, sosyal ve kültürel değişimdeki rolü, Atatürk'ün milli bir sembol olduğunu İSPAT ettiğini, bu ibarenin sayılan sınıflardaki ürünlerde marka olarak kullanılmasının Türk asıllı AB vatandaşlarını rencide edici etki bulunduğu gerekçesi ile Avrupa Markası olarak tescil edilen markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki, şahıs isimleri ayırt edici ve ünlü kişilerin ve devlet başkanları da dahil politikacıların isimlerini içeren markalar tescil edilmekte ise de Atatürk'ün Türk halkı için manevi değeri göz önünde bulundurulduğunda bir sembol haline gelmiş bir ibarenin marka olarak kullanılması Türk halkı için rencide edici olacağı vurgulanmıştır.

SONUÇ: OHIM Temyiz Kurulunun bu kararı oldukça önemlidir. Avrupa Birliği Türklerin AB'de azımsanmayacak bir sayıya ulaştıklarını bir gerçek olarak kabul etmiştir. Türk asıllı AB vatandaşlarının modern Türkiye'nin kurucusu Atatürk'e olan saygılarının, hayranlıktan da öte bir şey olduğu ve Atatürk'ün Türkler nezdinde sembolleştiği

kararda vurgulanmıştır. Türkiye'de Atatürk'ü anlamazdan gelip, onu zihinlerde silmeye çalışan, Anayasa'dan çıkarmaya çalışan zihniyetin olduğu düşünüldüğünde, Avrupa Birliği hakimlerinin Atatürk'ü anlama ve yüceltmeleri son derece önemlidir. Bizim tam olarak anlamadığımız veya yok etmeye çalıştığımız ATATÜRK'ün Avrupa'daki ve giderek dünyadaki yerinin yadsınamayacağı bu karardan da anlaşılmaktadır.

OHIM 2. Temyiz Kurulu'nun 17 Eylül 2012 Tarihli Kararı – R 2613/2011-2[6]

Hükümsüzlük talebinde bulunan: Türkiye Cumhuriyeti

Topluluk Markası Sahibi: Muhammed Gauher Yaqub ve Muhammed Sujah Jioher Yaqub

Konu: 3603 C numaralı iptal işlemine dair temyiz başvurusu (Topluluk Markası tescil no. 4 633 434)

Başkan T. de las Heras, raportör G. Bertoli ve üye H. Salmi, registrar P. López Fernández de Corres'den oluşan 2. Temyiz Kurulu aşağıdaki 17 Eylül 2012 tarihli ve R 2613/2011-2 sayılı kararı vermiştir:

Olayların Özeti

1. 5 Ekim 2005 tarihli başvuru ile Muhammed Gauher Yaqub ve Muhammed Sujah Jioher Yaqub adlı şahıslar (topluluk markası sahipleri) ATATURK kelime markasını aşağıdaki sınıflarda tescil ettirmek istemişlerdir:

   3. Sınıf - Ağartma ve temizlik amaçlı maddeler; temizleme, cilalama, ovarak temizleme ürünleri ve aşındırıcı ürünler; sabunlar; parfümeri, yağlar, saç losyonları; diş macunları.

   5. Sınıf - İnsan ve hayvan sağlığı için ilaçlar; tıbbi amaçlı kimyasal ürünler; tıbbi kullanım için diyet maddeleri, bebek mamaları; bantlar; diş hekimliği için ürünler; dezenfektanlar; mikrop öldürücüler; mantar ilaçları; zararlı ot öldürücüleri.

---

6 Karar, Zeynep Yasaman Kökçü (Panthéon Sorbonne Paris 1 Hukuk Fakültesi) tarafından İngilizce ve Fransızca asıllarından tercüme edilmiştir.

25. Sınıf - Giysiler, ayak giysileri, baş giysileri.

29. Sınıf - Et, balık, kümes ve av hayvanlarının etleri; işlenmiş et ürünleri; kurutulmuş, konservelenmiş ve pişirilmiş meyve ve sebzeler; marmelat, reçel, kompostolar; yumurta, süt ve süt ürünleri; yenilebilir yağlar

30. Sınıf - Kahve, çay, kakao, şeker, pirinç, tapyoka, hint irmiği, suni kahve; un ve pastacılık ve fırıncılık mamulleri, buzlar; bal, şeker pekmezi; maya, kabartma tozu; tuz, hardal; sirke, baharatlar.

32. Sınıf - Biralar; maden suları, kaynak suları ve diğer alkolsüz içecekler; meyve suları; şerbetler ve içecek yapımında kullanılan diğer ürünler.

2. Başvuru, 20 Şubat 2006 tarih ve 8/2006 numaralı Topluluk Markası Bülteninde yayınlanmıştır.
3. Başvuru, 12 Eylül 2006 tarihinde talep edilen tüm sınıflarda tescil edilmiştir.
4. 13 Mayıs 2009 tarihinde, Stuttgart Başkonsolosluğu tarafından temsil edilen Türkiye Cumhuriyeti (iptal talep eden) 4 633 434 tescil numaralı Topluluk Markasının hükümsüzlüğü talebinde bulunmuştur (bundan sonra "TM" olarak anılacaktır).
5. Hükümsüzlük, TM'nin kapsadığı tüm sınıflar için talep edilmiştir.
6. Hükümsüzlük talebi, Topluluk Markası Tüzüğü m.52/1-a, yani Topluluk Markasının m.7/1-b ve m.7/1-f hükümlerine aykırı olarak tescil edildiği iddiasına dayanmaktadır.
7. 28 Ekim 2011 tarihinde İptal Birimi, hükümsüzlük talebini reddeden ve iptal talep edenin masrafları karşılamasına hükmeden "itiraz edilen" kararını vermiştir. İtiraz edilen kararın gerekçesi şu şekildedir:

− Markanın ayırt edici karakteri ilk olarak tescili istenen mal veya hizmetler bakımından, ikinci olarak ilgili halkın algısı bakımından değerlendirilmelidir. TM 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıfları kapsamakta olup makul derecede bilgilenmiş ve makul derecede dikkatli tüketicilere yöneliktir.

− Ofis'in Marka Kılavuzunun İnceleme başlıklı B Bölüm'ü uyarınca, "*Şahıs isimleri genellikle, ismin çok bulunmasına bakılmaksızın ve hatta*

Smith veya Garcia gibi yaygın isimler bile, (Adalet Divanı'nın C-404/02 sayılı kararı, par.30, 26) ayırt edicidir. Bu durum devlet başkanları da dahil önde gelen kişilerin isimleri için de geçerlidir. Devlet başkanlarının isimlerinin ayırt edici olmadığına dair önceki uygulamalar artık uygulanmayacaktır". Ofis'in web sitesinde de halka açık yayınlanmakta olan Ofis Kılavuzu'nda ifade edilen uygulamalar OHIM'in kabul ettiği kurallar dizisi olup daha yüksek bir mercinin kuralları ile uyumlu olması kaydıyla, OHIM bu kurallara uymak zorundadır.

− Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu markanın ayırt edici olmadığına dair iptal talep edenin ileri sürdükleri, uygun delillerle desteklenmemiştir. Örneğin iptal talep eden, Atatürk isminin Türkiye'de yasalar çerçevesinde korunduğunu ve bunun sonucunda hiçbir vatandaşın bu ismi alamadığını; yasaların Atatürk'ün şahsiyet haklarını koruduğunu ve isminden ekonomik olarak faydalanmak da dahil hatırasına müdahaleleri yasakladığını ileri sürmüştür. İptal Birimi, iptal talep edenin, ismin tek olmasından (Türkiye'de hiç kimsenin adı Atatürk olamaz) dolayı Türklerin ve Avrupa Birliğinde yaşayan Türk asıllı insanların söz konusu malların üzerindeki Atatürk ibaresini ticari kaynak göstergesi olarak algılamayacaklarını, zira bunları Atatürk'ün kendisinden (örneğin, mirasçıları veya Türk Devleti) kaynaklandığını veya Atatürk'e karşı bir hayranlık ifadesi olarak algılayacaklarını ileri sürdüğünü anlamıştır. Fakat bu sav, işaretin ayırt edici olmadığına dair ileri sürülenleri destekleyip desteklemediğine bakılmaksızın, huzurdaki hükümsüzlük işleminde nazara alınamaz, zira iptal talep eden iddialarına dayanak kanun maddesini sunmamıştır. Türk Hukuku iptal talep edilen tarafından ispat edilmesi gereken bir meseledir. Böyle bir delilin yokluğunda, iptal talep edenin Atatürk kelimesinin kaçınılmaz surette ve yanılma payı olmaksızın Türk devlet adamına işaret ettiği yönündeki iddiası önemini yitirmektedir.

− İptal talep edenin Almanya Patent Ofisi'nin kararına atfı söz konusu olduğunda da aynı sonuca varmak gerekmektedir. Burada belirtmek gerekir ki, TM sahiplerinin haklı olarak belirttiği gibi Ofis ulusal merci kararları ile bağlı değildir. Ancak yine de, kararın mantığı ve neticesi değerlendirilir. TM sahiplerinin haklı olarak ileri sürdükleri üzere, iptal talep eden, Atatürk'ün sadece Almanya'da yaşayan Türk asıllı insanların çoğu tarafından değil Alman halkının büyük bir bölümü tarafından da bilindiğine dair karardan sadece birkaç cümle sun-

muştur. Bununla birlikte, iptal talep eden ne Alman Patent Ofisinin kararını sunmuş ne de Alman Ofisinin "k.atatürk" markasını ayırt edici niteliği olmadığından dolayı hükümsüz kılıp kılmadığını veya Alman Ofisinin markayı ayırt edici nitelikten yoksun olduğu için hükümsüz kılmak amacıyla ortaya koyduğu nedenleri açıklamıştır. Bundan dolayı, iptal talep edenin Alman Patent Ofisinin kararına atfen iddialarının nazara alınması mümkün değildir.

– İptal Birimi iptal talep edenin Atatürk'ün Avrupa Birliği halkının büyük bir bölümünce tanındığı iddiasını tartışmamaktadır. Bununla birlikte, yukarıda belirtilen Ofis'in uygulamaları uyarınca, bu durum tek başına markanın ayırt edici olmamasını sağlamamaktadır. Ofis'in uygulamaları uyarınca, şahıs isimleri ayırt edicidir (16 Eylül 2004, C-404/02, Nichols kararı) ve Ofis, ünlü kişilerin ve devlet başkanları da dahil politikacıların isimlerini içeren markalara dahi karşı çıkmamaktadır.

– Açıklananlar ışığında, İptal Birimi, Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-b uyarınca ATATURK markasının 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıflarda tescilini kabul eden inceleme görevlisinin kararının Ofis'in güncel uygulamalarına uygun olduğu ve iptal talep edenin markanın ortalama Avrupalı tüketici nezdinde ayırt edici nitelikten yoksun olduğunu ispatlayamadığı sonucuna ulaşmaktadır. Bu bakımdan, Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-b ile bağlantılı olarak m.52/1-a uyarınca talep edilen hükümsüzlük talebinin reddedilmesi gerekmektedir.

– "Kamu politikası", demokratik bir toplumun ve hukuk devletinin işlemesi için gerekli olan hukuk kuralları bütünüdür. "Genel ahlak kuralları" bir toplumun düzgün bir şekilde işlemesi için mutlak olarak gerekli olan kurallardır. Dolayısı ile Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f, şahısların beğenisinin veya duygularının korunması ile ilgili değildir. Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f hükmünün ihlal edilebilmesi için, bir markanın halkın temel normlarını doğrudan ihlal etmesi gerekmektedir. Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f hükmünün mantığı, hukuk düzenini zayıflatacak bir tekel hakkının verilmesine sebep olacak markanın tescilinin engellenmesidir. Ahlaki nedenlerden dolayı olmasa da, en azından kamu düzeni ve halk nezdinde kargaşa yaratma riski nedenlerinden dolayı halkın önemli bir bölümünün dini duygularını ciddi bir şekilde rencide edici işaretler de tescil edilmemektedir. Ancak ret kararı, kolaylıkla rencide olabilecek veya hiçbir şey

olmamasına rağmen etkilenen halk kesiminin algısına dayanamaz, ret kararı ortalama duyarlılık ve hoşgörü eşiği olan makul insan kriteri çerçevesinde verilmelidir.

− İptal talep eden, Türk yasaları Avrupa Birliğinde geçerli olmasa dahi, bu yasaların Türklerin Atatürk'e hayranlıklarını, minnettarlıklarını ve ayrıca günümüzdeki önemini göstermekte olduğunu ileri sürmektedir. İptal talep eden buna ilaveten, Türklerin ve Avrupa Birliğinde yaşayan Türk asıllı kişilerin Atatürk'e hayran olması nedeniyle, söz konusu markanın "*dini ve sosyal olarak aşağılayıcı olup ticaret alanının önemli bir bölümünün duyarlılığını rencide edebileceğini; Atatürk isminin ticarileştirilmesinin Avrupa halkının büyük bölümünün ahlak duygusuna ters düşeceğini ve en azından Türk asıllı insanlar ile yerel halk arasında sosyal barışı bozacağını*" ileri sürmektedir.

− İlk olarak, İptal Birimi, iptal talep edenin Atatürk isminin halk tarafından kullanımını veya ticarileştirilmesini engelleyen hiçbir kanun metnini sunmadığını yinelemektedir. İkinci olarak, iptal talep edenin atıfta bulunduğu Türk Hukuku olup Avrupa Birliği için geçerli ve bağlayıcı değildir. Dolayısı ile, "kamu politikası" "demokratik bir toplumun ve hukuk devletinin işlemesi için gerekli olan hukuk kuralları bütünü" olarak tanımlanmakta olduğundan ve iptal talep edenin Atatürk isminin korunduğuna dair bir kanun hükmünün Avrupa Birliği içerisinde mevcut bulunduğunu ispatlayamadığından dolayı söz konusu markanın Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f uyarınca "kamu düzenine" aykırı olduğu iddiasının reddedilmesi gerekmekte olduğu sonucuna varılmaktadır.

− İptal talep edenin markanın "genel ahlak kurallarına" aykırı olduğu iddiası bakımından, Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f hükmünün mantığının, hukuk düzenini zayıflatacak bir tekel hakkının verilmesine sebep olacak markanın tescilinin engellenmesi olduğunun hatırlanması gerekmektedir. Bu madde uyarınca markaya itiraz edilebilmesi için, markanın normal duyarlılıktaki insanlar üzerinde açık bir şekilde rencide edici etkisinin olması gerekmektedir. Bu bakımdan Ofis, güçlü "olumsuz" çağrışım yaratan isimlerin tescilini kabul etmemektedir, ancak burada böyle bir durum söz konusu değildir.

− İptal talep eden, "ATATURK" markasının kullanımının, Türkler ve Avrupa Birliğinde yaşayan Türk asıllı insanlar arasındaki normal

duyarlılıktaki insanlar da dahil olmak üzere, normal duyarlılıktaki insanlar üzerinde açık bir şekilde rencide edici etki yaratacağını ispat edememiştir. İptal talep edenin markanın kullanılmasının dini ve sosyal olarak onur kırıcı olduğu iddiasını desteklemek amacıyla ileri sürdüğü esas savı olan Atatürk'ün Türkler ve Türk asıllı insanlar tarafından hayranlık duyulması bu olguyu değiştirmemektedir. İptal Biriminin düşüncesine göre, salt hayranlık duygusu beslenen tarihi kişilerin isimlerinin bilerek veya tesadüfen normal tüketim malları için marka olması, ortalama duyarlılık ve tahammül eşiği olan makul insanlar için ciddi bir hakaret teşkil etmemektedir. İtiraz edilen mallar 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıflarda olup bunlar günlük tüketimin sıradan ürünleridir. Ofis'in uygulamalarına göre, bu ürünler ile bağlantılı olarak tanınmış olduğu kabul edilen devlet adamının isminin itiraz edilen markada kullanılması, ki bu hiç kimseyi hiçbir şekilde rencide edici değildir, kabul edilebilir.

− Kaldı ki, TM sahipleri tarafından sunulan delillerden görüldüğü üzere, Atatürk ismi ve resmi Türkiye'de bir takım mallarda kullanılmaktadır. Kamu düzeni ve ahlaki kurallar söz konusu olduğunda, bu kullanım, markasal olsa da olmasa da, Atatürk'ün mirasının Türkiye'de kabul edilen bir şekilde kullanıldığını göstermektedir.

− Açıklananlar ışığında, İptal Birimi, iptal talep edenin itiraz edilen markanın Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f anlamında kamu düzenine ve genel ahlak kurallarına aykırı olduğunu ispatlayamadığı sonucuna varmaktadır.

8. 21 Aralık 2011 tarihinde, iptal talep eden itiraz edilen kararın tümüne karşı temyiz talebinde bulunmuştur. Gerekçeler 28 Şubat 2012 tarihinde sunulmuştur.

9. Temyiz talebi, Topluluk Markası Tüzüğü m.62 uyarınca İptal Birimi'ne yollanmış, 16 Mart 2012 tarihinde Temyiz Kurulu'na iletilmiştir.

10. 21 Mayıs 2012 tarihinde, Topluluk Markası sahipleri görüşlerini cevaben sunmuşlardır.

11. 31 Ağustos 2012 tarihinde, Ofis iptal talep edenden bir bildirim almış, kopyası Topluluk Markası sahiplerine bilgi amacıyla yollanmıştır.

Tarafların İddiaları

12. İptal talep eden, itiraz edilen Topluluk Markasının hükümsüz kılınmasını talep etmekte olup iddialarının özeti aşağıdaki gibidir:

– "Atatürk" "Türklerin Atası" anlamına gelmektedir. Bu, eşsiz bir isim ve bir çeşit unvan olup Türkiye Cumhuriyeti'nin özel bir yasası ve Türkiye Cumhuriyeti'nin iradesi ile Türklerin eski lider ve idolüne verilmiştir. Atatürk'ün kendisi, imajı ve ismi devletin sembolü haline gelmiş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihi mirasına dahil olmuştur. Atatürk, Türk Anayasasında bahse konu olmakta ve Türkiye genelinde çeşitli törenlerle anılmaktadır. "Atatürk" ismi, Türk Patent Enstitüsü ilkeleri uyarınca marka olarak tescil edilememektedir.

– "Atatürk"'ün anlamı sadece tüm Türkler ve Avrupa Birliğindeki Türk asıllı insanlar tarafından değil Avrupa Birliği içerisindeki diğer milletlerden insanlar tarafından da çok iyi bilinmektedir. Atatürk'ün anısı Birleşmiş Milletler ve UNESCO tarafından Atatürk'ün yüzüncü yaş gününde onurlandırılmıştır.

– Almanya Patent Ofisi hükümsüzlük kararında, "k.atatürk" markasının ("ATATURK" markası ile hemen hemen aynıdır) ayırt edici karakteri haiz olmadığı ve manevi haklara tecavüz teşkil ettiği gerekçeleri ile sicilden terkinine karar verilmiştir (kararın İngilizce tercümesi Temyiz Kuruluna sunulmuştur). Bu durum, "Atatürk" isminin marka olarak tescilinin Avrupa Birliği Üye Ülkelerinden en azından birinde kamu düzenine aykırı olduğunu göstermektedir.

– Atatürk'ün manevi değeri ve politik imajı çok önemlidir (Türk Anayasası ve ismin Türkiye'de özel yasalar ile korunduğu göz önünde bulundurulduğunda). Türkiye'deki ilgili yasalar ve Alman Patent Ofisinin kararı Türk ve Alman ilgili halkın algısını tayin etmeyi mümkün kılmaktadır.

– Avrupa Birliği Üye Devletlerinin hemen hemen hepsinde Türkler ve Türk asıllı insanlar yabancı uyruklular arasındaki en büyük grubu oluşturmaktadır. Avrupa Birliğinde yaşayan Türk halkı yaklaşık 5 milyondur. Türk vatandaşları, Avrupa, özellikle Almanya, Avusturya, İngiltere, Fransa, İsveç ve Hollanda halkının önemli bir kısmını oluşturmaktadır (bkz. Ek 14'deki Göçmen Türkler için Türk Departmanı istatistiği). İlgili halkın önemli bir kısmı, özellikle Türkler ve Avrupa

Birliğinde yaşayan Türk asıllı kişiler, kurucu liderlerinin isminin marka olarak kullanılması ile rencide olacaklardır. İsmin marka olarak kullanılması uzun vadede bu isme olan büyük saygıyı azaltacaktır. Çok değerli bir liderin çağrıştırdığı bu anlam, saygınlığı ile zaferlerine ve başarılarına ithaf olunmuş duyguları zayıflatacaktır. Normal duyarlılığa ve hoşgörüye sahip ortalama seviyedeki tüketici, liderlerinin ismini market raflarında deterjan veya iç giyim ürün markası olarak görmeye katlanamaz.

– Ayrıca, TM sahiplerinin "ATATURK" ismini marka olarak almak için hiçbir haklı menfaatleri bulunmamaktadır. Bu Topluluk Markası tescilinin, Atatürk ile tescil kapsamındaki ürünler arasında bir ilişki olduğu yönünde halkı yanlış yönlendirmesi muhtemeldir. Türkiye Cumhuriyeti'nin bu ismi koruyan ve koruyabilen tek kurum olmasından dolayı, söz konusu tescil Atatürk'ün kişilik haklarına tecavüz teşkil etmektedir.

– Türkiye, Avrupa Birliği'ne aday ülkedir. Bu bakımdan, Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği Üye Ülke olması halinde itiraz edilen marka Türkiye'de geçerli olacaktır.

– Markanın ayırt edici olmadığı hususunda belirtmek gerekir ki, ilgili halkın çok değer verilen devlet adamlarının isimlerini ticari kaynak olarak görme eğilimleri yoktur. İlgili halk, tarihe mal olmuş insanların isimlerinin kamu kurumlarında veya bayraklar, tişörtler, çakmaklar gibi anı eşyalarının üzerinde kullanılmasına aşinadır. "Atatürk"'ün "Mustafa Kemal Atatürk" ismini işaret eden tek terim olmasından ve Avrupa Birliğindeki genel halkın önemli bir bölümünce gayet iyi tanınmasından dolayı, bu genel halk "ATATURK" markasını özel bir devlet lideri olarak algılayacak ve işareti ürünün ticari kaynağı olarak düşünmeyecektir.

– "Atatürk Orman Çiftliği", "ATATURK" ibaresi gibi değerlendirilemez, zira bu bir tüzel kişilik olup halen kurucusunun adını taşımaktadır. Türk halkı, bu çiftliğin Atatürk tarafından kurulduğunu ve bağışlandığını, çiftliğin devlet kurumu olduğunu ve çiftlik isminde yer alan "Atatürk" ibaresinin yalnızca Türk devlet adamına ilişkin olduğunu bilmektedir.

– "Atatürk" markalı tişörtler veya başka ürünler bulunmamaktadır. "Atatürk" ismi (ve/veya imajı) tişört veya çıkartmalar gibi ürünler

üzerinde kullanılsa bile, bu isim ürünlerin üreticisine ait marka olarak görülmemekte, fakat hayranlık duyulan eski Türk devlet adamı olan Atatürk'ün kendisine atfen algılanmaktadır.

– Kamu menfaati bakımından belirtmek gerekir ki, marka tescili ile "ATATURK" ismi için bir tekel hakkının sağlanması halinde, bu durum hatıra ürünlerinin tanıtımında Mustafa Kemal Atatürk ile doğrudan bağlantılı ismi kullanmak isteyen kişileri daimi olarak ve haksız yere kısıtlayacaktır. Atatürk en ünlü Türklerden biri olup bu isim üzerinde bir kişiye tekel hakkı verilmesinin engellenmesi gerekmektedir.

13. Topluluk Markası sahipleri temyiz talebinin reddedilmesini ve iptal talep edenin mahkeme masraflarını ödemesine hükmedilmesini talep etmiştir. İddiaların özeti aşağıdaki gibidir:

– İptal talep eden, iddiasını desteklemek amacıyla çok sayıda ek delil sunmuş olup bunların neden ilk hükümsüzlük talebinin ileri sürüldüğü delil safhasında sunulmadığını gerekçelendirmemiştir. Bununla birlikte, bu delillerin dikkate alınmaması gerekmektedir, zira bunların çoğu başvuru tarihinden sonrasına tekabül etmekte veya Avrupa Birliği dışındaki kaynaklardan oluşmaktadır. Dolayısı ile, TM sahiplerinin beyanları sadece Avrupa Birliği ile ilgili eklere dair olacaktır.

- Google veya Wikipedia'da bir çok yazının bulunması burada yer alan bilgilerin Avrupa Birliği genel halkına yayıldığı anlamına gelmemektedir. Dolayısı ile bu, Avrupa Birliğindeki ilgili halkın önemli bir bölümü tarafından "ATATURK" markasının Mustafa Kemal Atatürk'ü işaret ettiğinin bilindiğine dair delil teşkil etmemektedir.
- Alman Patent Ofisinin kararı bakımından belirtmek gerekir ki, bu karar aynı marka ile ilgili değildir, zira "k.atatürk" şekil markası söz konusudur. Ayrıca, markanın tasarımı Mustafa Kemal Atatürk'ün kendi imzası olduğu intibaını vermekte olup Alman kararının neticesinde etkili olmuştur.
- Avrupa Birliği içerisindeki Atatürk Dernek Başkanlarından alınan yazılar bakımından belirtmek gerekir ki, bu dernek veya firmalar ortalama tüketicilerin genel özelliklerini yansıtmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu yazılar ilgili tüketicinin çoğunluğunun

"ATATURK" markasını rencide edici bulduğuna dair iddiayı destekler nitelikte değildir.

- Göçmen Türkler hakkındaki istatistikler bakımından belirtmek gerekir ki, Üye Devletlerin her birindeki Türk nüfus oranının yüzde kaçının itiraz edilen markayı kamu düzenine veya genel ahlak kurallarına aykırı bulduğuna dair bir delil sunulmamıştır.
- "Che Guevera" markasının tescili ile ilgili Fransız kararı İngilizce olarak sunulmamış olup bu nedenle dikkate alınmamıştır.

– Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-b ile ilgili olarak, "ATATURK" markasının sadece bir anlamı olduğuna dair hiçbir delil bulunmamaktadır. Söz konusu ürünlerin hitap ettiği tüketiciler "ATATURK" markasına değişik anlamlar yükleyebilir (örneğin, hindu, urdu ve punjabi dillerinde) veya uydurulmuş bir kelime olarak algılayabilirler. Ayrıca, bu markanın Mustafa Kemal Atatürk ile ilişkilendirilmesi ticari kaynak belirtmeyeceği anlamına gelmemektedir. Tescil başvurusunun yapıldığı tarihte, ünlü insanlar da dahil şahıs isim ve soyadlarının Avrupa Birliğinde marka olarak kullanılabilmesi OHIM tarafından kabul edilen bir uygulamadır. Tarihi ve günümüze dair birçok ünlü ve önemli kişilerinin isimleri marka olarak tescillidir (örneğin, 3 456 621 tescil numaralı "NAPOLEON" Topluluk Markası).

– "ATATURK" ibaresinde "ü" yerine "u" harfinin kullanılması markanın Mustafa Kemal Atatürk ile çağrışımını veya bağlantısını azaltmaktadır. Türk yasaları altında koruma altında olan ve diğer kaynaklarda da bahsi geçen isim "ATATURK" değil, "Atatürk" tür. Bu durum, Türk'ler tarafından fark edilecek önemli bir unsurdur.

– Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f bakımından, iptal talep eden itiraz edilen markanın Avrupa Birliğindeki ilgili halk kesimi için rencide edici olacağı iddiasını destekleyen delil sunmamıştır.

Gerekçeler

14. Temyiz talebi, Topluluk Markası Tüzüğü m.58, 59 ve 60 ile Topluluk Markası Uygulama Yönetmeliği m.48 ile uyumlu olup dolayısı ile kabul edilebilir.

15. Topluluk Markası Tüzüğü m.52/1-a uyarınca: "Topluluk Markasının 7. madde hükümlerine aykırı olarak tescil edilmesi halinde Ofis'e yapılan başvuru üzerine marka hükümsüz kılınır".

16. Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f uyarınca, kamu düzenine veya genel ahlak kurallarına aykırı markalar tescil edilemez. Tüzük m.7/2 gereğince, m.7/1'de yer alan tescil red nedenlerinin tüm Avrupa Birliği genelinde bulunmasına gerek olmayıp Birliğin sadece bir kısmında oluşması yeterlidir (bkz. 20 Eylül 2011 tarihli T-232/10 sayılı karar, par.26).

17. Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f'nin lafzı çok geniş olup yoruma açıktır. Bu madde açıkça Ofis'e marka koruması altına alınabilecek işaretlerin uygunluğunu değerlendirmede ahlaki muhakeme yapma görevi vermektedir. Saygısız veya hoşa gitmeyen ile ciddi şekilde kötüleyici ve rencide edici arasındaki sınırın işaret tarafından aşıldığını belirlemek son derece güçtür. Bu bakımdan, ahlaki nedenlerden dolayı olmasa da en azından kamu düzeni ve halk nezdinde kargaşa yaratma riski nedenlerinden dolayı halkın önemli bir bölümünün dini duygularını ciddi bir şekilde rencide edici işaretler de tescil edilmemektedir (bkz. 6 Temmuz 2006 tarihli R 495/2005-G sayılı karar, par. 14).

18. İşaretin kamu düzenine veya genel ahlak kurallarına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi, işaretin marka olarak kullanılması sonucu Avrupa Birliğindeki veya Birliğin bir kısmındaki ilgili halk nezdinde oluşan algıya göre yapılmalıdır. Bazı durumlarda, Avrupa Birliğinin bir kısmı sadece bir Üye Devletten ibaret olabilir (bkz. 20 Eylül 2011 tarih ve T-232/10 sayılı karar, par.50).

19. Dilsel, tarihsel, sosyal veya kültürel nedenlerden dolayı ilgili halk tarafından kamu düzenine veya genel ahlak kurallarına aykırı olarak algılanması muhtemel işaretler tüm Üye Devletlerde aynı değildir (bkz. 20 Eylül 2011 tarih ve T-232/10 sayılı karar, par.32).

20. Mustafa Kemal Atatürk'ün Türkiye Cumhuriyeti'nin başbakanı olduğu ve Türkiye'yi modernleştirmek için devrim niteliğinde sosyal ve politik reformlar (örneğin, kadınlara özgürlük verilmesi, İslami kurumların kaldırılması ve Batı yasalarının, kıyafetlerinin, takvim ve alfabesinin uygulamaya sokulması gibi) yapması nedeniyle modern Türkiye'nin kurucusu olarak tanındığı bilinen bir olgudur.

21. Son on yıl içerisinde Avrupa Birliğindeki Türk halkının ve dolayısı

ile Türk asıllı Avrupa halkının varlığı, işçi göçü, devletlerarası tarihi bağlar ve gidilen ülkedeki bağlantılar gibi faktörler sonucu oluşan bir gerçektir (örneğin, 1961 yılında Türkiye ile Batı Almanya arasında imzalanmış olan İşgücü Anlaşması ve 1963 yılında Türkiye ile Avrupa Birliği arasında imzalanmış olan Ortaklık Anlaşması/Ankara Anlaşması). Bu, Eurostat tarafından sağlanan veriler ile desteklenmektedir. Buna göre, 2006 yılında Türkiye, AB vatandaşı olmayan göçmenlerin vatandaşlığının en çok bulunduğu on ülkeden birisi idi; 2010 yılında Türk vatandaşları Avrupa Birliğinde yaşayan en büyük yabancı topluluğunu oluşturmakta idi (2,4 milyon insan); ve 2009'de AB Üye Ülkelerdeki yeni vatandaşların en fazlasını Fas (%8) ve Türkiye (%7) oluşturmakta idi, Türklerin en çok yeni vatandaşlık aldığı ülke Almanya idi.

22. Dolayısı ile somut olayda, işaretin Avrupalı tüketiciler veya bunun Türk asıllı AB halkı gibi önemli bir bölümü tarafından algısı söz konusudur. Ayrıca, tescile konu malların niteliği göz önünde bulundurulduğunda ilgili halk genel halk olup bu genel halk içerisindeki normal duyarlılık ve hoşgörü eşiğine sahip ortalama tüketici algısının değerlendirmeye alınması gerekmektedir.

23. Somut olayda, Topluluk Marka başvurusu 5 Ekim 2005 tarihinde yapılmıştır. Yukarıda açıklananlar ışığında, başvuru tarihinde Avrupa Birliğinde, en azından Almanya'da, önemli sayıda Türk asıllı halkın mevcut bulunduğu sonucuna kesinlikle varılabilir.

24. Konu olabileceği eleştirilerin ötesinde, 1922 ile 1924 yıllarında Osmanlı İmparatorluğunu ve halifeliği yıkan Kemal Atatürk'ün tarihi rolünün, özellikle Türk halkının tarihi boyunca dini, politik, sosyal ve kültürel faktörlerin bununla ilişkilendirilmesinden dolayı, güçlü ideolojik ve kültürel anlamı bulunmaktadır. Bu durum, iptal talep edenin Atatürk'ün şahsının, imajının ve isminin devletin sembolü haline gelmiş olup Türk ve Türk asıllı Avrupa halkı için çok büyük manevi ve politik değer teşkil etmekte olduğuna dair iddialarını desteklemektedir.

25. Ayrıca, iptal talep eden İptal Birimine "Atatürk" isminin Türk yasaları ile korunmakta olduğunu ileri sürmüştür. Bu bakımdan, her ne kadar İptal Birimi haklı olarak iptal talep edenin hiçbir yasal metin sunmadığını belirtmiş ise de, Türkiye'deki herkesi etkile-

yen ve bu devlet adamı tarafından uygulamaya konulan yukarıda bahsedilen reformlardan biri olan 21 Haziran 1934 tarihli Soyadı Kanunu tarihi bir olay olarak kabul edilmekte olup bu kanun Türkiye'de ilk defa herkesin bir soyadı almasını zorunlu kılmış ve bunun ardından Meclis "ilk ve en önemli Türk" veya "Türklerin Atası" anlamına gelen "Atatürk" ismini Mustafa Kemal'e vermiştir. Dolayısı ile Kurul, emsalsiz bir isim olarak "Atatürk" isminin Türk yasalarınca korunmasının Türkiye Cumhuriyeti tarihinin bir kısmını oluşturması ile ilgili olduğunu kabul etmektedir.

26. İptal Birimi, Türk Kanunlarının Avrupa Birliği içinde geçerli ve bağlayıcı olmadığını belirtmiştir. Kurul buna katılmaktadır. Ancak, ismin Türkiye'de korunduğu iddiasının, normatif olmasından dolayı değil, fakat ilgili Üye Devlette ilgili halk nezdinde markanın kullanılması sonucu oluşan algının belirlenmesine olanak sağlayan olguların kanıtı olarak konu ile ilgili olduğunun kabulü gerekmektedir (bkz. 20 Eylül 2011 tarihli T-232/10 sayılı karar, par. 37 ve 58). Kurul, "Atatürk" isminin sadece bu Türk lider tarafından kullanılması amacıyla benzeri olmayan bir isim olarak verilmesinin "salt hayranlık"tan öte Türk halkının ve Türk asıllı Avrupalıların bu devlet adamına duyduğu büyük saygının kanıtı olduğu kanaatindedir (bkz. itiraz edilen karar, par. 40).

27. TM sahipleri işaretin "Atatürk" değil, "ATATURK" olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kurul, "u" harfi yerine "ü" harfinin kullanılmasının bu işaretin artık "Türklerin Atası" anlamına gelen ünlü Türk devlet adamının ismi olarak görülmesine son verecek kadar değiştirmeye elverişli olmadığı görüşündedir. Ayrıca, TM sahipleri böyle bir değişimi açıklayabilecek herhangi bir neden (örneğin, dilbilimsel açıdan) göstermemişlerdir.

28. Ayrıca, TM sahipleri, "ATATURK" kelimesinin Hindu, Urdu veya Punjabi dilleri gibi diğer Asya dillerinde farklı anlamları olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu dillerin Türkiye'den başka diğer Asya ülkelerinde (daha çok Hindistan ve Pakistan) konuşulduğu, TM sahiplerinin bu dilleri konuşan etnik grupların Türk halkı üzerindeki etkisine dair bir bilgi sunmadığı ve bu kelimenin Türk tarihi ile ilgili olduğu nazara alındığında, Kurul bu iddianın, "Türklerin Atası" anlamına gelen "ATA" ve "Türk"'den oluşan "ATATURK"

ibaresini Türk asıllı Avrupalı tüketicilerin soyadı olarak algılayacağı bulgusunu değiştirmediği kanaatindedir.

29. TM sahiplerinin "ATATURK" ibaresinin Türk asıllı olmayan AB vatandaşları tarafından yaratılmış bir kelime olarak algılayacağı iddiası yersizdir. Zira, somut olayda ilgili halk Avrupalı genel halkın Türk asıllı ortalama tüketicisidir (bkz. yukarıdaki par. 22), ki bu da Avrupa Birliği nüfusunun azımsanmayacak bir kısmını oluşturmaktadır.

30. İptal Birimi itiraz edilen kararında doğru bir şekilde, markaya Topluluk Markası Tüzüğü m.7/1-f kapsamında itiraz edilebilmesi için, markanın normal duyarlılıktaki insanlar üzerinde açıkça rencide edici etkisinin olması gerektiğini belirtmiştir. İptal Birimi bu kararın aynı 39. paragrafında, Ofis'in güçlü "olumsuz" çağrışım yapan isimlerin tescilini kabul etmediğine ve somut olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığına da işaret etmiştir.

31. "ATATURK" isminin olumsuz bir çağrışım yapıp yapmadığından bağımsız olarak, Kurul, sadece olumsuz çağrışımlı işaretlerin rencide edici olmadığını, zira oldukça olumlu çağrışım yapan bir işaretin sıradan kullanımının da rencide olabileceğini (örneğin, dini anlamlı bir terim) belirtmek istemektedir.

32. Huzurdaki olayda, işaret modern Türkiye'nin kurucunun ismi olarak bilinmekte olup bu kişi Türk asıllı Avrupa halkı için önemli bir politik figürden daha öte anlamlar taşımaktadır. Güçlü ideolojik anlamlar barındıran Atatürk'ün Türk halkının politik, dini, sosyal ve kültürel gelişimindeki tarihi rolü, milli sembol olarak kabul edilmesini haklı göstermektedir.

33. Bütün bu açıklananlar ve "ATATURK" Topluluk Markasına karşı hükümsüzlük talebinin Türkiye Cumhuriyeti tarafından ileri sürülmesi (ki bu Türk halkının algısını göstermektedir) nazara alındığında, Kurul, söz konusu markanın 3, 5, 25, 29, 30 ve 32. sınıflarda kullanılmasının Türk asıllı Avrupalı ortalama tüketici nezdinde rencide edici bir etki yaratacağına dair yeterli delillerin bulunduğu kanaatindedir.

34. Atatürk isminin Devlet tarafından işletilen bir kamu kurumu tarafından kullanılması bu bulguyu etkilememektedir, zira bu kul-

lanım tarihi nedenlerle veya tipik hayranlık örneği olarak algılanan tişört gibi ürünlerde kullanılması ile açıklanmıştır.

35. Son olarak, Kurul, iptal talep eden tarafından sunulan delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirmeyi gereksiz bulmaktadır; zira bu, yukarıdaki bulguyu değiştirmeyecektir.

36. Dolayısı ile, Topluluk Markası Tüzüğünün m.7/1-b gibi m.7/1'nin diğer hükümlerinin somut olaya uygulanabilirliğinin değerlendirilmesine gerek olmayıp söz konusu markanın m.7/1-f hükmüne aykırı olarak tescil edilmesinden dolayı m.52 uyarınca hükümsüz kılınması gerekmektedir.

37. Yukarıda açıklananlar ışığında, itiraz edilen karar iptal edilmeli ve TM hükümsüz kılınmalıdır.

38. İtiraz kabul edilmiştir.

Masraflar

39. TM sahipleri, Topluluk Markası Tüzüğü m.85/1 anlamında kaybeden taraf olup m.85/6 uyarınca masraflarını ve vekâlet ücretlerini karşılamaları gerekmektedir. Bu bakımdan, marka sahiplerinin Topluluk Markası Uygulama Yönetmeliği m.94/7-d'de belirtildiği üzere temyiz masrafı 800 Euro ve iptal masrafı 700 Euro, iptal talep edenin temyiz ve iptal davasındaki vekâlet ücretleri olan 550 Euro ve 450 Euro'yu ödemeleri gerekmektedir.

Karar:

Bu nedenler ile,

Kurul,

1. **İtiraz edilen kararı iptal etmiş;**
2. **4 633 434 numaralı Topluluk Markasını hükümsüz kılmış;**
3. **İptal talep edenin temyiz ve iptal davasındaki masraf ve vekâlet ücretleri için Topluluk Markası sahiplerini 2500 Euro ödemeye mahkûm etmiştir.**

İŞYERİNİN DEVRİ HALİNDE İŞÇİLERİN HAKLARININ KORUNMASI BAKIMINDAN 2001/23EC SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGESİ İLE 4857 SAYILI İŞ KANUNU'NUN KARŞILAŞTIRILMASI

THE COMPARISON OF EUROPEAN COUNCIL DIRECTIVE 2001/23/EC AND LABOR ACT OF TURKEY LAW NO.4857 IN TERMS OF SAFEGUARDING OF EMPLOYEES' RIGHTS IN THE EVENT OF TRANSFER OF UNDERTAKINGS

Tuba BİRİNCİ UZUN*

Özet: Sözleşme serbestisi çerçevesinde işveren, işyerinin tamamını veya bir bölümünü bir başkasına devredebilir. İşyerinin devri; işverenin kendi iradesi ile işyerini devretmesi, işverenin ölümü, işyerinin özelleştirilmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi veya tür değiştirmesi şeklinde olabilir. İşyerinin el değiştirmesi, işçilerin iş güvencesini tehlikeye düşürebilecek önemli nedenlerden biridir. Dolayısıyla uluslararası düzenlemeler ve ulusal iş kanunları, işyerinin devredilmesi durumunda çalışanların iş ilişkisinin korunmasını sağlayan hükümler içermektedir. Türk Hukuku bakımından işyerinin devrine ilişkin temel düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesidir. İşyerinin devri hakkında işçilerin haklarının korunması noktasında Avrupa Birliği tarafından da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. İşyerlerinin veya işletmelerin devrine ilişkin olarak işçi haklarını güvence altına alan ilk AB yönergesi, 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187EEC sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönergedir. Daha sonra bu yönergeyi değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50EC sayılı yönerge çıkarılmıştır. 12 Mart 2001 tarihinde kabul edilen 2001/23EC sayılı yönerge ile daha önce çıkarılan iki yönergenin hükümleri birleştirilerek yenilenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, iş hukuku, işyeri devri, 2001/23EC sayılı yönerge, işçi hakları.

Abstract: Within the framwork of freedom of contract, an employer may transfer an undertaking, business or part of an

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

undertaking or business to another employer. The transfer of an undertaking may be a result of a legal transfer or a merger. The transfer of an undertaking is an important factor that jeopardizes employees' rights. Therefore, it is necessary to provide for the protection of employees in the event of a change of employer, in particular, to ensure that their rights are safeguarded. The basic legal arrangement under Turkish Law about the safeguarding of employees' rights in the event of transfer of undertakings is Labor Act law no.4857 Art.6. In addition to this, several legal arrangements have made so far by the EU. The first one is Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the Approximation of the laws of the Member States relating to the Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Businesses. This directive was amended by Council Directive 98/50/EC. Finally Directive 77/187/EEC, as amended by the Directive 98/50/EC has been repealed by Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001.

Keywords: the Europen Union, labor law, transfer of undertakings, Council Directive 2001/23/EC, employees' rights.

GİRİŞ

Sözleşme serbestisi çerçevesinde işveren, işyerinin tamamını veya bir bölümünü bir başkasına devredebilir. İşyerinin devri; işverenin kendi iradesi ile işyerini devretmesi, işverenin ölümü, işyerinin özelleştirilmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi veya tür değiştirmesi şeklinde de olabilir. İşyerinin el değiştirmesi, işçilerin iş güvencesini tehlikeye düşürebilecek önemli nedenlerden biridir. Yukarıda belirtilen durumların tümünde, işyerinde çalışan işçilerin iş sözleşmesinin tarafı olan işveren değişmektedir ve yeni işverenin mevcut işçilerin iş ilişkilerini devam ettirmemesi ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, çağdaş iş hukukunun temel amaçlarından biri de iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasıdır[1]. Bu nedenle uluslararası düzenlemeler ve ulusal iş kanunları, işyerinin devredilmesi durumunda çalışanların iş ilişkisinin korunmasını sağlayan hükümler içermektedir.

[1] Ali Güzel, İşyeri Devrinin Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.1, S.1, İstanbul 1996, s.26-27.

Türk Hukuku bakımından işyerinin devrine ilişkin temel düzenlemeye 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesinde rastlanmaktadır. İlgili madde ise aşağıdaki gibidir:

"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.

Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.

Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz.

Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır."

Bu maddeden anlaşıldığı üzere kural olarak işyeri veya işyerinin bir bölümü, başka birine devredildiğinde devir tarihi itibariyle işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri sona ermez; devir tarihi itibariyle işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.

Konunun önemine binaen işyerinin devri hakkında işçilerin haklarının korunması noktasında Avrupa Birliği tarafından da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. İşyerlerinin veya işletmelerin devrine ilişkin olarak işçi haklarını güvence altına alan ilk AB yönergesi, 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187EEC sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönergedir. Daha sonra bu

yönergeyi değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50EC sayılı yönerge çıkarılmıştır. 12 Mart 2001 tarihinde kabul edilen 2001/23EC sayılı yönerge ile daha önce çıkarılan iki yönergenin hükümleri birleştirilerek yenilenmiştir[2].

2001/23EC sayılı yönergenin giriş kısmında, kabul edilme gerekçesi yer almaktadır. Burada, ekonomik gelişmelerin hem üye devletlerde hem de Avrupa Birliğinin bütününde işletmelerin yapılarında değişiklikleri zorunlu kıldığı, bu gelişmenin işletmelerin, işyerlerinin veya onların bazı bölümlerinin bir başka işverene geçmesine yol açtığı, bu nedenle de işçilerin, işveren değişikliği karşısında korunmaları gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede, özellikle işçilerin sahip oldukları hakları yeni işverenden talep edebilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu açıklanmıştır. İlgili yönergenin yapılış amacı işyerinin veya işletmenin devrine bağlı olarak işverenin değişmesiyle ortaya çıkan gelişmelerin işçilerin iş ilişkileri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin hafifletilmesidir. Bu çerçevede işyeri veya işletme sahibinin değişmesinden bağımsız olarak bir ekonomik bütünlük içerisinde yer alan iş ilişkisinin devamlılığının güvence altına alınması, işçi haklarının korunması amaçlanmaktadır[3]. Yönergede düzenlenen konuları şu şekilde sıralayabiliriz: Devredenin devir tarihinde mevcut olan ve iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlarının işyerini veya işletmeyi devralana geçmesi, devredilen işyerinde veya işletmede çalışan işçilerin feshe karşı korunması, devredilen işyerindeki işçi temsilcilerinin güvencesi, işverenin bilgi verme ve danışma yükümlülüğü.

Bu çalışmada, işyeri kavramı, işyeri devri ve işyeri devrinin hüküm ve sonuçları 4857 sayılı İş Kanunu ve Avrupa Birliği'nin 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23EC sayılı "İşyeri veya İşletmelerin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında Konsey Yönergesi bakımından karşılaştırılmalı olarak ele alınmıştır.

---

2 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23EC sayılı İşyeri veya İşletmelerin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında Konsey Yönergesi 2001/23EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi metni için bkz. http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/directive2001_23_en.pdf.

3 Gülsevil Alpagu, İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010, s.9.

I. İŞYERİ KAVRAMI VE BENZER KAVRAMLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İşyeri Kavramı

Bir işveren tarafından, belirli bir amaca ulaşmak için maddi ve gayri maddi araçlar ile işgücünü bir araya getirmek suretiyle örgütlenen teknik üretim ünitesine işyeri denir[4]. İşyeri, bir işveren tarafından mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacın gerçekleşmesi için maddi ve gayri maddi unsurlar ile işgücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan örgütsel bir bütündür[5].

İş Hukuku'nun yer itibariyle uygulama alanını işyeri oluşturur[6]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki kanun hükümlerinin birçoğu, işyeri kavramı üzerinden düzenlenmiştir. Örneğin işyerinde meydana gelen kaza, iş kazası olarak kabul edilir[7].

Halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun *Tanımlar* kenar başlıklı 2. maddesinde ise "*Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.*" denmektedir. Görülmektedir ki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işyerine ilişkin ayrıca ve açıkça bir tanıma yer verilmemiş; 4857 sayılı İş Kanunu'na bir gönderme yapmakla yetinilmiştir.

---

4 İbrahim Aydınlı, Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara 2001, s.9.

5 Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s.39; Süzek, Sarper: İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), 9. Baskı, İstanbul 2013, s.181-182; Mollamahmutoğlu, Hamdi/ Muhittin Astarlı, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), 4. Baskı, Ankara 2011, s.214; Ercüment Özkaraca, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008, s.8; Osman Güven Çankaya / Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011, s.459.

6 Murat Demircioğlu / Centel Tankut, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2013, s. 56; Ünal Narmanlıoğlu İş Hukuku (Ferdi İş İlişkileri I), 4. Baskı, İstanbul 2012, s.137; Ercan Güven / Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Eskişehir 2013, s.62-63; Süzek, S.181.

7 Benzer örnekler için bkz. Süzek, s.181.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nda ise kanunun kapsamına ilişkin 1.maddesinden yola çıkılarak 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişilerin çalıştığı "gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarının" işyeri sayıldığı sonucuna ulaşılmaktadır[8].

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 1.maddesinin 1.fıkrasında, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun "denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde" uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin 3.fıkrasında ise "Bu kanunun uygulanmasında; sandal, mavna, şat, salapurya gibi olanlar da (gemi) sayılır." denmektedir. Buradan hareketle 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nu bakımından işyeri kavramının gemiye hasredildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bununla birlikte 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun hizmet akdine ilişkin hükümlerinde, işyeri kavramının tanımına yer verilmemiştir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 428. maddesi, işyerinin tamamının veya bir bölümünün devrine ilişkindir. İlgili hüküm, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesine benzer bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan yeni ihdas edilmiş bir hükümdür. Ancak bu hükümde de işyeri kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir.

İşyerinin görünen dolayısıyla ayırt edilmesi en kolay unsurları, mal veya hizmet üretiminde kullanılan araçlar, arsa, bina, makine, tezgah, hammadde, büro araçları gibi maddi unsurlarıdır[9]. Kaldı ki 4857 sayılı İş Kanunu md.2 f.2 hükmünde işyerinin sınırları belirlenirken araçlara özel olarak değinilmiştir.

Bununla birlikte teknolojik gelişmeler ve sınai hakların artan önemi, işyerinin gayri maddi unsurlarını da maddi unsurları kadar öne çıkarmıştır. Tecrübe, buluş, ticaret unvanı, müşteri çevresi, know-how, patent gibi unsurların tamamı ise işyerinin gayri maddi unsurlarını

---

8 Aydinli, s. 102; Güzel, s. 73; Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme- Alman Ve Fransız Hukukları Ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme, 1. Baskı, İstanbul 2007, S.11.

9 Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Baskı, İstanbul 2013, s.58; Narmanlıoğlu, s.140.

oluşturur[10]. Bunların işyerinin bir unsuru sayılabilmesi için işyerinin teknik amacını gerçekleştirmek üzere kurulan organizasyonun bir parçasını oluşturması gerekir[11].

4857 sayılı İş Kanunu md.2 f.2 uyarınca işyerine nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler ile eklenti) ve araçlar da işyerinden sayılır. O halde, işyerinde kullanılan nakliye araçları, otobüs, kamyon, otomobil, sabit vinç, greyder, buldozer gibi iş makineleri ve benzer araçlar bu kavrama dahildir[12]. Bu araçların sabit veya hareketli, işyeri sınırları içinde bulunmaları veya işverenin mülkiyetinde olup olmamaları önemli değildir. Öte yandan araçların mutlaka işyerinde görülen işin yürütülmesi ile doğrudan alakalı olması aranmamakta, işyerinde yürütülen faaliyete dolaylı olarak katkı sağlaması yeterli görülmektedir[13].

İlgili maddede bahsedilen işin niteliği yönünden bağlılık olarak tanımlanan *amaçta birlik* esası, farklı yerlerin tek işyeri sayılması bakımından önemlidir[14]. Belirli bir mal ve hizmet üretimine ilişkin teknik amacın elde edilmesi için gerekli olan tüm faaliyetlerin gerçekleştirildiği yerler işin niteliği yönünden birbirine bağlıdır[15]. Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim aşamaları gerçek-

10 Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.39.
11 Doğan Yenisey, s.17.
12 Narmanlıoğlu, s.144-145.
13 Yargitay 9. HD., 22.11., 2004/19146E. 2004/25836K.. : "Dosya içeriğine,toplanan delillere göre davacının mesai bitimi evine bırakılma sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girdiği,karşılıklı hakaret ve darp eylemlerinin gerçekleştiği sabit olup,esasen bu olgu uyuşmazlık dışıdır.4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 2 ve 3.bentlerine göre,"işverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme,çocuk emzirme,yemek,uyku,yıkanma, muayene ve bakım,beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.İşyeri,işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür."Görüldüğü gibi,servis aracı işyeri organizasyonu içinde sayılmaktadır.Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek bir nitelikte olup,iş ilişkisini etkilemektedir."Olaydan sonra darp nedeni ile rapor alınarak işe gelmeme,karşılıklı şikayetler bunun somut göstergeleridir.İş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır." 20 Nisan 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.
14 Süzek, s.184.
15 Süzek, s.183-184.

leşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır[16]. Amaçta birlik, farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için yeterli olmamakta, ayrıca bu farklı birimlerin *yönetiminde birlik* taşıması gerekmektedir. Bu hususdan anlaşılan, farklı birimlerdeki mal veya hizmet üretimlerinin tek elden yönetilecek biçimde örgütlenmesi, kısacası *organizasyonel birliktir*[17]. Yine burada da yönetimin tek elden yürütülmesini imkansızlaştırmadığı sürece, coğrafi uzaklık, organizasyonel birlik için engel değildir[18]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki iş hukukunda bağımlılık, işçinin işverenin otoritesine tabi olarak onun emir ve talimatları altında çalışmasını ifade eder. Ancak bağımlılık unsurunun varlığı için işin mutlaka işverene ait işyerinde yapılması gerekli değildir. Sanayileşme ve çalışma hayatındaki gelişmeler sonucunda farklı istihdam modelleri ortaya çıkmış, istihdamın dışsallaştırılması yoluyla işin işyerinde görülmesinden uzaklaşılmaya başlanmıştır. Bu nedenle eğer iş ilişkisinin bağımlılık unsurunun mutlaka işverene ait "dört duvar" işyerinde çalışma olarak kabul edilmesi durumunda evde çalışma gibi farklı istihdam modellerinde, bağımlılık unsurunun oluşmadığı sonucuna varılacaktır ki böyle bir sonuç kabul edilemez. Böyle bir durumda işçinin fiziksel olarak işyerinin dışında fakat işverenin denetimi ve gözetimi doğrultusunda, işverenin hakimiyet alanında bulunduğunun kabulü gerekir[19].

4857 sayılı İş Kanunu md.2 f.2 uyarınca "dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi diğer eklentiler" de işyeri olarak kabul edil-

16 Doğan Yenisey, s.26.
17 Süzek, s.185.
18 Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.41.
19 Yargıtay HGK., T.2.2.2005, 2004/10-737E. 2005/26K. : "Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içinde yer alınmaktaysa bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır." 20 Nisan 2014 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişildi.

mektedir. Kanunun lafzından açıkça anlaşılmamakla birlikte eklenti niteliğindeki yerlerin işin görülmesi ile doğrudan veya dolaylı bir ilgisinin de bulunması gerekir[20].

Bu bölümde değinilmesi gereken bir diğer husus ise işyeri bölümü kavramıdır[21]. İşyeri bölümü, kısmi bir teknik amaca sahip ve bu işlevini işyerinden bağımsız olarak devam ettirebilen bir organizasyon birimi olarak tanımlanabilir[22]. Bir işyeri bölümünden bahsedebilmek için öncelikle sürekli bir biçimde kısmi amacın gerçekleşmesi için örgütlenmiş, beşeri ve maddi unsurlardan oluşan bağımsız bir organizasyonun bulunması gerekir[23]. Bununla birlikte bir işyeri bölümünden bahsedebilmek için bir bütünün parçasını oluşturan fakat aynı zamanda kendi içerisinde belirli bir bütünsel tutarlılığı olan sınırları belirlenebilir bir birimin ver olması bulunması gerekir. İşyeri bölümü, işyerinin teknik amacını oluşturan mal veya hizmet üretiminin bir parçası, teknik amaca etkinlik kazandıran bir kısmı veya yardımcı işlerin göründüğü bir birim de olabilir[24]. İşyeri bölümü genellikle asıl işveren-alt işveren ilişkilerinin kurulması noktasında dikkat edilen bir kavramdır (4857 sayılı İş Kanunu md.2/f.6)[25].

B. Benzer Kavramlar ile Karşılaştırılması

1. İşyeri - İşletme

Esasen işletme kavramı iktisat bilimine ait bir kavramdır. Bu nedenle, bu kavram ele alınırken her şeyden önce bu kavramın iktisadi yönünün göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte İş Hukuku, Ticaret Hukuku bakımından son derece önemli olan işletme kavramını, farklı bir bakış açısıyla ele alır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki İş Hukuku, yalnızca işletmenin iktisadi boyutuyla ilgi-

20 Doğan Yenisey, s.30; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan, s.41-42.

21 Centel, İşyeri bölünüp bir bölümü devredilemeyeceğinden kanunda yer alan "işyerinin bir bölümünün devri" ibaresinin "işyeri bölümünün devri" olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Centel, Tankut: "İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.9, Mart 2008, s.6.

22 Süzek, s.200.

23 Süzek, s.200.

24 Ekonomi, Münir: "İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.340.

25 Süzek, s.199.

lenmez; bununla birlikte işletme faaliyetinde yer alan işçilerin durumunu da göz önünde bulundurur[26].

4857 sayılı İş Kanunu'nda birden fazla maddede işletme kavramı geçmesine rağmen bu kavrama ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Doktrin tarafından işletme, iktisadi bir amacın gerçekleştirilmesi için aynı işverene ait bir veya daha fazla işyerinin bağlı bulunduğu, organize edilmiş bir bütünlük olarak tanımlanmaktadır[27]. Bu tanımdan hareketle işletme kavramının işyerinden daha geniş, işyerlerini kapsayan bir kavram olduğu sonucuna ulaşılmaktadır[28]. İşletme tek bir işyerinden ibaret olabileceği gibi, birden fazla işyerinden de oluşabilir[29]. Örneğin bir işyerinin tek bir fabrikasının olması durumunda, bu işyeri aynı zamanda bir işletmedir. Ancak bir bankanın şubelerinin her biri ayrı ayrı birer işyeridir ve tek bir işletmeye bağlıdır[30].

Ticaret Hukuku'nun yakından ilgilendiği işletme kavramı hakkında iki disiplinin birbirinden ayrıldığı noktalar bulunmaktadır. Şöyle ki yalnızca belirli büyüklükteki işletmeler, ticari işletme sayılırken İş Hukuku bakımından böyle bir ayırım söz konusu değildir. Bununla birlikte gelir sağlama amacı, İş Hukuku bakımından işletmenin bir unsuru değildir[31].

Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasında ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte doktrin tarafından ticari işletme, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız ve devamlı bir şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlanmaktadır[32]. Belirtilen bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere ticari işletmenin unsurları, gelir elde etme amacı, devamlılık ve bağımsızlıktır[33]. Bunun yanı sıra ticari işletmenin bir diğer belirleyici özelliği ise TTK md. 11 f.1 hükmünden

---

26 Güzel, s.64.
27 Çelik, s.67; Süzek, s.179, Doğan Yenisey, s.33; Özkaraca, s.19.
28 Süzek, s.187.
29 Güven/ Aydın, s.64.
30 Süzek, s.187.
31 Süzek, s.187.
32 Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2012, s.26.
33 Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, s.27 vd.

hareketle esnaf faaliyeti düzeyini aşmasıdır. TTK md.11 f.2 uyarınca ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir. Bir işletmenin, TTK anlamında bir ticari işletme sayılabilmesi için işlem hacminin belirli bir büyüklüğe ulaşmış olması gerekir[34].

Dikkat çeken bir diğer husus ise Ticaret Hukuku bakımından işletme kavramı ele alınırken İş Hukuku'nun aksine, işgücünden bahsedilmemiş olmasıdır[35]. Ancak İş Hukuku bakımından bir yerin işletme sayılabilmesi için işletmede iş akdiyle çalışan işçilerin olması gerekir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki işçilerin İş Kanunu kapsamında olup olmaması işletmenin işgücü unsurunun üzerinde herhangi bir etki yaratmaz[36].

İşyeri ve işletme kavramlarını birbirinden ayırmanın çok da kolay olmadığını ifade etmekte yarar vardır[37]. Bu nedenle konunun ele alınışı bakımından işyeri ve işletme kavramları arasındaki farklılıkları ve benzerlikleri sıralamak daha uygun olacaktır.

İşyeri ve işletme kavramları ayırt edilirken doktrinin başvurduğu temel ölçüt, izlenen amaç olmuştur. Buna göre işyeri mal veya hizmet üretiminin yani teknik amacın, işletme ise ekonomik amacın takip edildiği birimdir. Bunun yanında işletmenin mutlaka ekonomik amaca yönelik örgütlenmesinin gerekmediği, ideal amaç da güdebileceği ayrıca belirtilmiştir[38]. Bu ayrımın temeli, işyerinin kendisine verilen belirli bir mal veya hizmeti üretme ödevini yerine getiren üretim birimi, işletmenin de bu mal ve hizmet pazarında üretimden bağımsız olarak hareket eden organizasyon olduğu varsayımıdır. İşyerinin mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacı olduğu halde işletme faaliyeti kural olarak iktisadi ve mali bir amaç taşır[39]. Teknik bir üretim amacına yönelik olarak işyerinin işletmeden farkı, piyasa ile veya kar ve zarar ile doğrudan bir ilgisi yoktur. Örneğin bir işletmeye bağlı bir fabrikanın amacı doğrudan doğruya kar sağlama değil bunun için mal üretimi yapmaktır. Üretilen mal ve hizmetler işletmenin kar ama-

34 Arkan, s.29.
35 Güzel, s.64; Doğan Yenisey, s.32; Aydınlı, s.66.
36 Güzel, s.90.
37 Doğan Yenisey, S.67.
38 Süzek, S.187.
39 Süzek, s.187.

cını gerçekleştirdiğinden işyeri için kar ancak dolaylı bir amaç oluşturur[40]. O halde işletmenin iktisadi amacına karşılık işyerinin teknik amacından söz etmek gerekir[41]. İşletmede genellikle iktisadi bir amaç güdülmekle birlikte bu hususta mutlak bir zorunluluk da yoktur; işletmenin kar amacı gütmeyen bir hastane işletmesi gibi ideal bir amaç gütmesi de mümkündür[42].

İşletme genellikle işyerine göre daha geniş bir kavramdır[43]. Örneğin yukarıda da ifade edildiği üzere bir bankanın şubeleri, otelcilik işletmesinin otelleri, denizcilik işletmesinin gemileri işletmenin kapsamına giren birden çok işyerini meydana getirir. Ancak işletmeyi çeşitli işyerlerinin toplamı olarak tanımlamamak gerekir. Çünkü işyeri ve işletme, bir organizmanın iki farklı görüntüsünü oluşturur[44]. İşletme hukuki ve mali bakımdan bağımsız olduğu halde işyerinin tek başına bağımsızlığı düşünülemez. Çünkü işletmeden sıyrılmış bir işyerinin varlığı mümkün değildir[45]. Bazen işletme tek bir işyerinden de ibaret olabilir. Bir işverenin tek bir fabrikası varsa bu hem işyeri hem de işletme durumunda olup üretime yönelik tarafı işyeri, iktisadi amaç güden yönü ise işletme sayılır[46].

İşyeri ile işletme kavramları bakımından söz konusu bir diğer farklılık ise Türk İş Hukuku'nun bu kavramlara olan bakış açısıdır. Gerçekten de kanun koyucu nezdinde işletme, iş ilişkileri denilen somut maddi üretim ilişkilerine ve sosyal karakterli iş ilişkilerine zemin teşkil edemeyecek kadar soyut görülmüş bir kavramdır[47].

İş Hukuku bakımından, işyeri kaçınılmaz olarak maddi, coğrafi ve somut bir alana karşılık gelir[48]. Örneğin İş Hukuku, iş sağlığı ve güvenliği kurallarının uygulama alanının tespiti bakımından ve sınırları belirlenebilir bir alana başka bir deyişle bir işyerinin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Bununla birlikte işçilik haklarının belirlenmesinde de

40 Süzek, s.187.
41 Çelik, s.58.
42 Doğan Yenisey, s.35; Aydinli, s.17.
43 Süzek, s.187.
44 Süzek, s.187.
45 45 Aydinli, s.18.
46 Süzek, s.179.
47 Güzel, s.71.
48 Mollamahmutoğlu/ Astarlı, S.217-218.

işyeri kavramı esas alınır[49]. Yine iş güvencesi belirlenirken "işyerinde çalışan işçi sayısı", yıllık ücretli izin hakkı belirlenirken "işyerinde en az bir yıl süre çalışma şartı aranırken, işyeri devri konusunda da, işçilerin hakları belirlenirken "devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri" dikkate alınmaktadır[50].

2. İşyeri - Ekonomik Varlık (Economic Entity)

Yukarıda da ifade edildiği üzere Avrupa Birliği'nin 12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23EC sayılı "İşyeri veya İşletmelerin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında Konsey Yönergesi" bu çalışmanın konusu kapsamındadır. Bu nedenle işyeri ve işletme kavramları, bir de bu yönerge bakımından ele alınacaktır. 2001/23EC sayılı yönergede her ne kadar işyerinin ve işletmenin veya bunların bir bölümünün devrinin hukuki sonuçları düzenlenmekte ise de bu kavramlar, ilgili yönergede tanımlanmış değildir. Ancak yönerge bakımından devir işlemi, bir işletmenin veya işyerinin ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek üzere, organize edilmiş kaynakları ile bir ekonomik varlığın bir başka işverene devrini ifade etmektedir. Yönerge kapsamına giren bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için mal veya hizmet piyasasında ekonomik bir faaliyette bulunmak üzere örgütlenmiş bulunan bir ekonomik varlığın kimliğini muhafaza etmek suretiyle kısmen ya da tamamen devredilmesi gerekir (md.1/1a-b)[51].

Yönergenin işyeri ve işletme kavramlarını tanımlamayarak bu kavramların tanımlanması işini üye ülkelerin iç hukuklarına bırakması, bilinçli bir tercihtir. Ancak bu yönergenin uygulama alanının belirlenmesi noktasında ise 2001/23EC sayılı yönerge "ekonomik varlık" kavramını getirmekle üye ülkelere bir yol göstermektedir[52]. Bu kavram, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından geliştirilmiş bir kavramdır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki

---

49 Süzek, s.181.
50 Güzel, s.73.
51 Eraltuğ Kökkilinç, Ayşegül: "Avrupa Birliği ve Türk Hukuku'nda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.87-88.
52 Alpagut, s.29.

ATAD'ın konu ile ilgili yorumları, 2001/23EC sayılı yönergenin üye ülkelerin ulusal hukukuna aktarılması ve yorumlanması bakımından en önemli kaynaktır[53]. ATAD, 2001/23EC sayılı yönerge kapsamında bir devrin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun tespitinde iki kriter belirlemiştir. Bunlardan birincisi, işyeri veya işletmenin, yine bir işyeri veya işletme olarak devam etmesini sağlayacak unsurların devredilip devredilmediği; ikincisi ise işyerinin işvereninin kimliğinde bir değişiklik gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Buradan hareketle 2001/23EC sayılı yönergede ifade edilen ekonomik varlık kavramı, işyerinin veya işletmeninin tamanının veya bir bölümünün başka bir işverene devredilmesi halinde dahi kendisine özgü amacı gerçekleştirmek üzere ekonomik ve teknik faaliyetlerini sürdüren ve işgücü, maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşan bir organizasyon olarak tanımlanabilir. 2001/23EC sayılı yönerge bakımından işletme, işyeri veya bunların bir bölümünün devri ile ifade edilmek istenen husus, bir ekonomik varlığın kimliğini muhafaza etmesi ayniyetini devam ettirmesi suretiyle bir başka işverene devredilmesinden ibarettir[54].

Türk İş Hukuku bakımından söz konusu olan işyeri ve işletme kavramları ile Avrupa Birliği Hukuku bakımından söz konusu olan ekonomik varlık kavramı, esasen birbirine göre alt ve üst kavramlardır[55]. Şöyle ki 2001/23EC sayılı yönergede ekonomik varlık kavramı, işyeri ve işletme kavramlarının bir üst kavramı olarak kullanılmıştır. ATAD kararlarından ve doktrindeki yorumlardan anlaşılan, bu kavramların aslında unsurları itibariyle de birbirinden farklı olmayan kavramlar olduğudur. Gerçekten de hem işyerleri hem de işletmeler aynı zamanda ekonomik varlıklardır[56]. Çünkü bir işyerini veya bir işletmeyi oluşturan maddi ve gayri maddi unsurlar ile işgücünün bir organizasyon çatısı altında vücut bulması ile ekonomik bir varlık meydana gelir. Bu bakımından ekonomik varlık kavramı, işletme ve işyeri kavramlarını da kapsayan bir üst kavramdır[57].

---

53 Alpagut, s.31.
54 Doğan Yenisey, s.178-179.
55 Alpagut, s.30.
56 Alpagut, s.30-31.
57 Alpagut, s.30-31.

II. İŞYERİNİN DEVRİ

A. Türk İş Hukuku Bakımından İşyerinin Devri

Bir işyerine ait hangi unsurun veya unsurların devri halinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesi kapsamında işçilerin haklarının korunması sonucunu doğuracak bir işyeri devrinden bahsedilebilir? İşte bu bölümde bu soruya bir cevap aranacaktır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesi kapsamında işçilerin haklarının korunması sonucunu doğuracak bir işyeri devrinden bahsedebilmek için öncelikle ilgili işyerinin sürekliliğini sağlayan esaslı unsurlarının devredilmesi gerekir[58]. Çünkü bir işyeri bakımından en önemli özellik o işyerinin sürekliliğidir. Bu durum, işçinin devir sonrası işini sürdürebileceği bir işyerinin varlığı görüşüne dayanır[59]. Bir işyerinin sürekliliği ise o işyerinin faaliyet alanı ile yakından ilgilidir. Bu husus ise hukuki bakımdan değil ekonomik ya da teknik bakımdan ele alınmalıdır[60].

İşçiyi işyerine bağlayan unsur, işverenden ziyade iş sözleşmesi ile işyerinde gördüğü faaliyettir. Zira işçi bakımından en önemli şey, modern iş hukuku tarafından iş güvencesi olarak ifade edilen gelir sürekliliğinin sağlanmasıdır[61]. Eğer işçi, işyerinde yaptığı işi sürdürebiliyorsa yani işçi ile iş sözleşmesi arasındaki bağ korunabiliyorsa bu durumda işçi, işveren değişikliklerinden dolayısıyla da işyeri devrinden etkilenmeyecektir[62]. Buradan hareketle işverenin yönetim hakkı ve buna bağlı olarak iş organizasyonuna ait maddi ve gayri maddi unsurların devri halinde, aslında işyerinde işveren kimliğinin devri söz konusudur demek yanlış olmayacaktır. İş Hukuku bakımından ise işçi için işverenin kimliğinden çok işyerinin ve işin özellikleri ile çalışma koşulları, daha önemlidir. Bu durum, işverenin değişmesi halinde iş sözleşmelerinin yeni işveren ile devamı ilkesinin haklı dayanağını oluşturur[63]. Bu

58 Süzek, s.192-193.
59 Alpagut, s.28; Doğan Yenisey, s.221-222; Süzek, S.193.
60 Güzel, s.84; Süzek, s.192.
61 Süzek, s.190.
62 Güzel, s.85.
63 Murat Engin, "İşveren Kavramı", İş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi Ve İşveren Kavramları Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Konulu Galatasaray Üniversitesi Ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen 6-7 Haziran 2008 Tarihli İş Hukukuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri Semineri, İstanbul 2008, s. 173-174.

nedenle, işçinin işyerinde yerine getirdiği işi sürdükçe iş sözleşmesi, devralan işveren ile devam eder[64]. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, işyerinin devri halinde işyerinin sürekliliğinin ve özdeşliğinin korunup korunmadığıdır[65]. İşte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında, bir işyeri devrinden bahsedebilmek için devredilmesi gereken unsurların, bu çerçevede ele alınması gerekir.

Bir işyerini oluşturan bina, makina, araç, gereç, ekipman ve yer gibi maddi unsurlar işyerindeki "teknik amacın" elde edilmesi için kullanılan temel araçlardır. Bir işyeri çoğu kez aynen, bu teknik amacın gerçekleşmesi için örgütlenmiş bütün unsurlarıyla birlikte devredilir. Ancak bir işyerinin hukuki sonuçlar doğuracak şekilde devrinden söz edebilmek için, işyerinin mevcut maddi unsurlarının tümünün herhangi bir değişiklik yapılmadan geçirilmesi zorunlu da değildir. İşyeri devredilirken bazı araçlar ayrılabilir, devredilmeyebilir[66].

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, işyeri devredilirken teknik amacın devam ettirilmesi bakımından esaslı unsurların devridir[67]. Esaslı unsurlar belirlenirken öncelikle işyerinin özellikleri ve teknik amacı dikkate alınmalıdır[68]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında, bir işyeri devrinden bahsedebilmek için ilgili işyerinin teknik amacını gerçekleştirilebilmesi bakımından gereken maddi unsurlarının devredilmiş olması yani ilgili işyerini diğer işyerlerinden ayırt eden ve ilgili işyerinin kimliğini muhafaza etmesini sağlayan maddi unsurların, devredilmiş olması gerekir[69]. Bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için, maddi unsurların kullanım hakkının elde edilmesi yeterli kabul edilmektedir[70].

Günümüzde işyerine ait gayri maddi unsurların değeri, maddi unsurlardan daha fazla olabilmektedir[71]. Özellikle üretim için gerekli lisans, patent, marka gibi gayri maddi unsurların devri, işyeri devrinin varlığının göstergesi olarak kabul edilebilir[72].

---

64 Engin, s.174.
65 Alpagut, s.45.
66 Ekonomi, s.344.
67 Alpagut, s.49.
68 Alpagut, s.49; Süzek, s.192-193.
69 Doğan Yenisey, s.203.
70 Özkaraca, s.25.
71 Alpagut, s.54-55.
72 Özkaraca, s. 26-27.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki sırf bu unsurların devri, her zaman işyeri devri için yeterli değildir[73]. Çünkü bir işyeri, yalnızca gayri maddi unsurlardan oluşmaz. Üretilen ürüne ilişkin patent veya know-how devrinin bir işyeri devri göstergesi olması devredilen birimin kimliğini koruması için bu hakların devrinin ne ölçüde gerekli olduğunun belirlenmesine bağlıdır[74]. Bu nedenle devredilen maddi ve gayri maddi unsurların 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında bir iş güvencesi sağlayacak şekilde bir işyeri devrine konu olabilmeleri için bu unsurların "esaslı" olması yani devredilen işyeri ile aynı veya benzer teknik amaca ulaşılması doğrultusunda örgütlenmiş ve vazgeçilemez olmaları gerekir[75].

İşçinin başka bir deyişle işgücünün merkeze yerleştirildiği, bütün hüküm ve sonuçların işçiyi korumaya bağlandığı bir İş Hukuku sisteminde, örgütlenmiş işçi topluluğunun devrinin de bir işyeri devri sonucunu doğurabileceği kabul edilmektedir[76]. Ancak her somut olayda, yani her teşebbüsün faaliyet konusu ve organizasyon yapısına göre farklı sonuçlar doğabilmesi mümkündür. İşçilerin, işyerinin bir unsuru olarak belirtilmiş olması her işyeri devrinde mutlaka işgücünün de devredilmesi gerekliliği sonucunu ortaya çıkarmamalıdır[77]. Örneğin Yargıtay bir kararında taşıma işini üstlenen bir firmanın daha önce o işte kullanılmış şoförleri işe almasını işyeri devri olarak nitelendirmiştir[78]. Aynı şekilde temizlik işlerinde çalışan işçilerin ihale süresi sonunda belediyeye devri de işyeri devri olarak kabul edilmiştir[79]. Öte yandan yalnızca iş gücünün devri, bir işyeri devri olarak kabul edilirse, işyeri devri için aranan diğer esaslı unsurlar devredilmeden bir işyeri devri gerçekleşmiş sayılacaktır. Bu durumda "işyerinin teknik faaliyetini gerçekleştiren" diğer maddi ve gayri maddi unsurlar devredilmese de bir işyeri devri vardır şeklinde istenmeyen bir sonuca

73 Alpagut, s.55.
74 Alpagut, s.55.
75 Doğan Yenisey, s.206.
76 Bu konuya ilişkin tartışmalar ve farklı yaklaşımlar için bkz. Doğan Yenisey, s. 208 vd.
77 Alpagut, s.56-57.
78 Yargıtay 9. HD. , 28.5.2002T., 2002/3173E. 2002/9109K. 20 Nisan 2014 tarihinde *www.kazanci.com* adresinden erişildi.
79 Yargıtay 9. HD. , 17.01.1991T., 1990/9163E. 1991/195K. 20 Nisan 2014 tarihinde *www.kazanci.com* adresinden erişildi.

varılması mümkün olacaktır[80]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki işyerinin kimliğini belirlemede "işyerini işyeri yapan" unsurlardan biri işgücü ise, bu husus işyerinin diğer maddi ve gayri maddi unsurlarının önüne geçebilecek sayı ve nitelikte ise işçilerin devri halinde bir işyeri devrinden bahsedilebilecektir[81].

Son olarak müşteri çevresi, hukukumuzda işyerinin gayri maddi unsurları arasında sayılmasına rağmen yürütülen faaliyetin kimliği açısından önem taşıdığı durumlarda müşteri çevresinin devri halinde de bir işyeri devrinden bahsedilebilir[82].

B. 2001/23EC Sayılı Yönerge Bakımından İşyerinin Devri

İşyerlerinin veya işletmelerin devrine ilişkin olarak işçi haklarını güvence altına alan ilk AB yönergesi, 14 Şubat 1977 tarihli ve 77/187EC sayılı "İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönergedir"[83]. Daha sonra bu yönergeyi değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50EC sayılı yönerge çıkarılmıştır. 12 Mart 2001 tarihinde ise 2001/23EC sayılı yönerge kabul edilmiştir. 2001/23EC sayılı yönergenin yürürlüğe girmesi ile 77/187EEC sayılı yönerge ve bu yönergeyi değiştiren 98/50EC sayılı yönerge yürürlükten kalkmıştır.

12 Mart 2001 tarihli ve 2001/23EC sayılı "İşyeri veya İşletmelerin Tamamının veya Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Alacaklarının Korunmasına İlişkin Üye Ülke Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında Yönerge'de işyeri ve işletme ile bunların bölümleri kavramlarına ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte 2001/EC sayılı yönergede ifade edilen işyeri devri, bir işletmenin veya işyerinin veya bunların bir bölümünün ekonomikve teknik amaçlarını gerçekleştirmek üzere, organize edilmiş kaynakları ile birlikte kimliği korunarak bir başka işverene devridir. 2001/EC sayılı yönerge kap-

80 Doğan Yenisey, s.209.
81 Doğan Yenisey, s.211-212.
82 Doğan Yenisey, s.212-213; Özkaraca, s.32-33.
83 Detaylı bilgi için bkz. Ünalçın, Pınar: İş Hukuku Açısından Avrupa Topluluğunda İşyeri Devri (187/77 No.lu Direktif Çerçevesinde), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992. 29 Nisan 2014 tarihinde https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/ adresinden erişildi.

samına giren bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için mal veya hizmet piyasasında ekonomik bir faaliyette bulunmak üzere örgütlenmiş bulunan bir ekonomik varlığın bütünlüğünü ve kimliğini muhafaza etmek suretiyle kısmen ya da tamamen devredilmesi gerekir (md.1/1a-b). Yönergede tanımlanan işyeri ya da işletmenin devrinde, işveren tarafı değişmekte ancak o işyerinin ya da işletmenin ekonomik bütünlüğü, niteliği ve kimliği muhafaza edilmektedir[84].

2001/23EC sayılı yönergeye ilişkin bu genel açıklamadan sonra hangi unsurların devri halinde 2001/23EC sayılı yönerge kapsamında işçilerin haklarının korunması sonucunu doğuracak bir işyeri devrinden bahsedilebilceği sorusuna bir cevap aranacaktır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 2001/23EC sayılı yönergenin hangi koşullar altında uygulanacağı, ATAD tarafından birçok kez tartışma konusu yapılmıştır. Bu nedenle aşağıda kavramsal tartışmaların yanısıra birçok mahkeme kararına da yer verilmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 2001/EC sayılı yönerge kapsamına giren bir işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için mal veya hizmet piyasasında ekonomik bir faaliyette bulunmak üzere örgütlenmiş bulunan bir ekonomik varlığın bütünlüğünü ve kimliğini muhafaza etmek suretiyle kısmen ya da tamamen devredilmesi gerekir (md.1/1a-b). Yönergenin bu yaklaşımı, ATAD içtihadları ile de uyum içindedir[85].

ATAD tarafından verilen kararlarda işyeri veya işletmenin türüne göre, taşınır veya taşınmaz unsurların, maddi unsurların veya gayri maddi unsurların değerlerinin, işgücünün çoğunluğunun, müşteri çevresinin devredilip devredilmediği ile, devir sonrası işyeri veya işletmenin yürüttüğü faaliyetin benzerliğinin ulusal mahkemeler tarafından yönerge kapsamına giren bir devrin bulunup bulunmadığının tespitinde dikkate alınması gerekliliği vurgulanmaktadır[86].

---

84 Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, *s*.87-88.

85 Barret, Gavin: "Light Acquired on Acquired Rights. Examining Developments in Employment Rights on Transfer of Undertakings", Common Market Law Review, S. 42, s.1053-1105, Kluwer Law International 2005, s.1055 (naklen: YEŞİL, Sevgi Başak: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşyeri Devri, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009, s.69, dn.243. 29 Nisan 2014 tarihinde https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/ adresinden erişildi.).

86 Ronald M Beltzer, "The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel- A Vicious Circle", The International Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 23/1, 2007, s. 141.

Bütün bu unsurlar açısından öncelikle düşünülmesi gereken, bir işletmenin veya işyerinin kimliği bakımından hangi unsurların ön plana çıktığıdır. ATAD tarafından verilen kararlarda da ifade edildiği üzere bazı durumlarda kimi unsurlar "işyeri veya işletmenin doğası" gereği daha önemlidir[87]. İşte hangi unsurların devri halinde mal veya hizmet piyasasında ekonomik bir faaliyette bulunmak üzere örgütlenmiş bulunan bir ekonomik varlığın bütünlüğünü ve kimliğini muhafaza etmek suretiyle devredildiği dolayısıyla 2001/23EC sayılı yönergenin kapsamına giren işyeri devirlerinin belirlenmesi noktasında ATAD tarafından geliştirilmiş bir takım kriterler söz konusudur. 2001/23EC sayılı yönergenin uygulama alanının tespitinde ulusal mahkemelere rehberlik edebilecek bu kriterler, ATAD tarafından verilen bir ortaya konmuştur. Bu karar, *Spijkers* kararı[88] olarak anılmakta ve kararda ortaya konan kriterler de *Spijkers* kriterleri olarak geçmektedir[89].

Spijkers kararında ATAD tarafından 2001/23EC sayılı yönergenin kapsamına giren bir işyeri devrinden bahsedilebilmesi için "işyerinin devredildikten sonra da kimliğini muhafaza etmesi, işyerinin faaliyetine devam etmesi ya da en azından işyeri faaliyetinin yeni (devralan) işveren tarafından aynı veya benzer biçimde sürdürülmesi" gerektiği belirtilmiştir[90].

ATAD'a göre, devredilen işyerinin ya da işletmenin kimliğini muhafaza edip etmediğinin tespitinde işletme ya da işyerinin türü[91],

---

87 Alpagut, s.49.

88 Case 24/85 Spijkers [1986], http://eur-lex.europa.eu.

89 Spijkers kararına temel teşkil eden maddi vakıaları şu şekilde özetlemek mümkündür. Antonius Spijkers, Colaris firması tarafından işletilen bir mezbahada müdür yardımcısı olarak çalışmakta iken Aralık 1982'de firmanın işleri durma noktasına gelip de firmanın herhangi bir maddi varlığı da kalmayınca Benedik Mezbahası tarafından mezbahanın tüm varlığı, işyeri binası ve her türlü belirlenebilir varlığı satın alınır. Şubat 1983'te Benedik Mezbahası, devraldığı mezbahayı Spijkers ve bir kişi dışında, Colaris firmasının tüm çalışanları ile birlikte hizmete açar. İş sözleşmesi feshedilen Spijkers, iş sözleşmesinin Benedik Mezbahası ile devam etmesi gerekirken sözleşmenin haksız yere feshedildiği iddiası ile mahkemeye başvurur. Bkz. Case 24/85 Spijkers [1986]., http://eur-lex.europa.eu.

90 Catherine Barnard, EC Employment Law, Oxford University Press, 3rd Edition, Oxford 2008, s. 632.

91 ATAD'a göre, devredilen işyerinin ya da işletmenin kimliğini muhafaza edip etmediğinin tespitinde dikkat edilmesi gereken ilk kriter işletme ya da işyerinin

maddi unsurların devredilip devredilmediği[92], devir anında gayri maddi unsurların değeri ve bu unsurların devredilip devredilmediği[93], işçilerin çoğunluğunun devredilip devredilmediği[94], müşterilerin devredilip devredilmediği[95], devredilen işyerinin devir öncesi ve sonrası faaliyetleri arasındaki benzerlik derecesi[96] ve işyerindeki faaliyet-

türüdür. ATAD, Merckx kararında devre konu ekonomik varlığın, tam kapasiteli bir işyeri veya işletme olarak faaliyetine devam etmesini sağlayan unsurların devrini, 2001/23EC sayılı yönerge kapsamında bir işyeri devri bakımından yeterli görmüştür. Bkz. Case 171/94 Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motor [1996], http://eur- lex.europa.eu.

92 ATAD'a göre, devredilen işyerinin ya da işletmenin kimliğini muhafaza edip etmediğinin tespitinde dikkat edilmesi gereken bir diğer kriter ise maddi unsurların devridir. ATAD tarafından verilen, Abler kararıolarak anılan ve catering alanından faaliyet gösteren bir firmanın devrine ilişkin verilen bu kararda, yemek hazırlama hizmetinin görülebilmesi için işgücünden çok müştemilat, su, enerji ve ekipman gibi maddi unsurların devrinin daha önemli olduğu; yürütülen faaliyetin ancak bu şekilde devam edebileceği ve devredilen ekonomik varlığın kimliğini ancak bu şekilde muhafaza edebileceği; bu unsurların devrinin olmaması halinde kimliğini muhafaza eden bir ekonomik varlıktan bahsedilemeyeceği belirtilerek ilgili yönergenin uygulanmayacağı ifade edilmiştirBkz. Case 340/01 Carlito Abler and Others v. Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH [2003], http://eur-lex.europa.eu; Barret, s.1062 (naklen: YEŞİL, s.73, dn.260).

93 2001/23EC sayılı yönerge kapsamında bir işyeri devrinden bahsedilebilmesi için maddi olan unsurlar kadar marka, patent, know-how gibi gayri maddi unsurlardan yine esaslı olanların devredilmiş olması gerekir. Bkz. Doğan Yenisey, s. 187.

94 İşyerindeki teknik amacın elde edilmesinde bir başka deyişle faaliyet konusunun sürdürülmesinde işgücünün devrinin önemi, ATAD tarafından bir çok kararda tartışılmıştır. Eğer devredilen ekonomik varlık, kimliğinin devamı bakımından işçilerin hizmetinin önemli olduğu bir alanda faaliyet gösteriyorsa, bu takdirde faaliyeti icra eden işçilerin nitelik ve nicelik bakımından önemli bir bölümünün devralınması ekonomik varlığın kimliğini koruduğu gösterir. Dolayısıyla böyle bir devir, ilgili yönergenin uygulama alanına girer. Bkz. Bkz. Case 172/99 Oy Liikenne Ab v Pekka Liskojârvi [2001], http://eur-lex.europa.eu; Beltzer, s.70.

95 ATAD tarafından müşteri çevresinin devri de ilgili yönerge kapsamında bir işyeri devrinin olup olmadığının tespiti bakımından bir ölçü olarak değerlendirilmektedir. Merckx kararında ATAD tarafından, devreden işverenin eski müşterilerine gönderdiği mektuplar ile, işyerindeki faaliyetini sona erdirdiğini ve yerine devralan işvereni önerdiği olayda, ilgili yönerge kapsamına giren bir işyeri devrinin söz konusu olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. Case 171/94 Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motor [1996], http://eur- lex.europa.eu.

96 Devredilen ekonomik varlığın kimliğini muhafaza edip etmediği dolayısıyla 2001/23EC sayılı yönerge kapsamında bir işyeri devrinin olup olmadığının tespiti noktasında ATAD tarafından dikkat edilen bir diğer husus, işyerinin devirden sonrada devredilen işyerinde aynı veya benzer faaliyetin yürütülüp yürütülmediğine ilişkindir. ATAD tarafından 2001/23EC sayılı yönergenin uygulanması noktasında nihai kriter, "işyerinin devredildikten sonra da kimliğini muhafaza etmesi, işyerinin faaliyetine devam etmesi ya da en azından işyeri faaliyetinin

ler durdurulduysa bir süreliğine askıya alındıysa bu halde durdurulma süresi[97] gibi hususlar dikkate alınmalıdır[98]. *Spijkers* kararının 16. paragrafında ise bu hususların hiçbirinin tek başına işyeri devrinin tespiti bakımından yeterli olmadığı, ulusal mahkemelerin somut olayın bütün özelliklerini dikkate alarak 2001/23EC sayılı yönergenin uygulanıp uygulanmayacağını takdir etmeleri gerektiği belirtilmiştir[99].

---

yeni (devralan) işveren tarafından aynı veya benzer faaliyetler içinde sürdürülmesi" olarak belirlenmiştir. Rygaard kararında, devreden ve devralan firmaların faaliyetleri arasındaki benzerliğin ilgili yönergenin uygulanmasını gerektirecek derecede olmadığı, devredilen tek şeyin belirlenebilir bir bina inşaatından ibaret olduğu bu nedenle somut olay bakımından bir ekonomik varlığın devrinden değil yapılan işin devredilmesinden bahsedilebileceği, tek bir projenin devredilmesinin ilgili yönerge kapsamında bir işyeri devri sayılmayacağı belirtilmiştir. Bkz.Case 48/94 Rygaard v. Stro Molle Akustik [1995], http://eur-lex.europa.eu.

97 Devir sırasında işyerinde yürütülen faaliyetin kısa bir süre, örneğin birkaç gün ya da birkaç hafta kesintiye uğramış olmasının, işyeri devrinin varlığını kabule engel olmadığı kabul edilmektedir. ATAD tarafından verilen ve *Bork* kararı olarak bilinen kararda da bu yönde hüküm kurulduğunu görmekteyiz. Karara konu olayda, Bork işletmesi 1980 yılının Nisan ayında bir işyerini kiralamış ve bu işyerinde çalışan işçileri devralmıştır. Aynı yılın sonbaharında Bork işletmesi, kira sözleşmesini 22.12.1981 tarihinde hüküm doğurmak üzere feshetmiştir. İşyerinde çalışan tüm işçilerin iş sözleşmeleri de, Aralık ayında fesih bildirimi sürelerine uyularak feshedilmiştir. Kiralayan, söz konusu işyerini 30.12.1981 tarihinde başka bir işverene satmıştır. İşyerinin yeni maliki, sözleşmesi feshedilen kiracının işçilerinin yarıdan fazlasını devralarak bu işyerini, 4.1.1982 tarihinde yeniden işletmeye başlamıştır. İşyerinin yeni maliki, işyerine bu işçiler dışında başka herhangi bir işçi almamıştır. Bu olayda bir işyeri devrinin söz konusu olup olmadığı hususunda ATAD' a ön karar başvurusunda bulunulmuştur. ATAD, bu olayda devralanın, kira sözleşmesinin bitiminden (22.12.1981 tarihinden) itibaren faaliyette bulunmayan bu işyerinin, kısa bir süre (13 gün) sonra, sözleşmesi feshedilen kiracının işçilerinin yarısından fazlası ile işletilmeye devam edilmesi dolayısıyla burada bir işyeri devrinin söz konusu olduğuna ve yönergenin uygulanacağına karar vermiştir. Bkz. Case 101/87 P. Bork International A/S, in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere I Danmark [1988] http://eur-lex.europa.eu. Türk İş Hukuku bakımından da bir işyeri devrinin mevcut olup olmadığına ilişkin yapılan değerlendirmelerde, işyerinde yürütülen faaliyetin kesintiye uğrayıp uğramadığı, uğramış ise bunun süresi dikkate alınmaktadır. Yargıtay kararlarında, bir işyeri devrinin mevcut olup olmadığının belirlenmesinde, işyerinin dahil olduğu sektör de dikkate alınarak işyerinde yürütülen faaliyetlerin kesintiye uğrayıp uğramadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 9. HD. , T.27.3.2007, E. 2007/522 K. 2007/8592. Değinilmesi gereken bir diğer husus ise işyerinde yürütülen faaliyete ara verilme süresine ilişkin yapılan değerlendirmelerde iş sözleşmelerinin sürekliliğinin engellenmesine yönelik muvazaalı bir uygulama olup olmadığının gözden kaçırılmaması gerektiğidir. Ekonomi, s.340; Doğan Yenisey, s.218.

98 Barnard, s.636-637; Doğan Yenisey, s.181-182.

99 Bkz. Case 24/85 Spijkers [1986], http://eur-lex.europa.eu.

III. İŞÇİLERİN HAKLARININ KORUNMASI

A. Türk İş Hukuku Bakımından

1. Devralan İşverenin ve Devreden İşverenin Hukuki Sorumlulukları

İşyerinin veya bir bölümünün devri, bireysel iş hukuku bakımından işçinin, iş ve gelir güvencesi noktasında özel bir öneme sahiptir[100]. İşyerinin devri halinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda, devir anında mevcut olan iş sözleşmelerinin, bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverenle devam edeceği ilkesi kabul edilmiştir[101]. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında ise işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte (müteselsil) sorumlu olacakları belirtilmiş ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl süre ile sınırlı tutulmuştur[102].

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus, bir işyerinin devri halinde o işyerindeki toplu iş sözleşmesinin durumunun ne olacağıdır. Türk İş Hukuku bakımından bu konuyla ilgili yasal düzenleme, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlıklı 38. maddesidir. İlgili maddenin 1. fıkrasında, "İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder." Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder." denmektedir. İlgili maddenin 2. fıkrasında ise toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işveren tarafından devralınması durumunda işyeri, işletme

100 Güzel, s.420; Süzek, s.190.
101 Çankaya/Çil, s.472.
102 Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.109.

toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceği hükme bağlanmıştır. Bu sayede işyeri devirlerinde işyerinde kurulan barışın ve istikrarın bozulmaması sağlanmakta ve işçilerin toplu iş sözleşmesi aracılığıyla elde ettiği hakların sürekliliği de korunmaktadır[103].

2. Çeşitli İşçilik Alacaklarının Korunması

a) Kıdem Tazminatı

İşyerini devreden ve devralan işverenlerin, kıdem tazminatından doğan sorumluluklarının diğer işçilik alacaklarından farklı olarak ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir. Gerçekten de işyerinin devri halinde, devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrası, kıdem tazminatından doğan sorumluluğa uygulanabilecek nitelikte değildir. Çünkü bu hüküm uyarınca, devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumlulukları, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken işçilik alacakları açısından söz konusudur[104]. Buna karşılık aynı maddeye göre, işyeri veya işyerinin bir bölümü, hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devredilen işyerinde mevcut olan iş sözleşmeleri sona ermeyip, devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçeceğinden işçi işyerinin devri ile birlikte kıdem tazminatına hak kazanamaz. Zira, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için, iş sözleşmesinin bu maddede belirtilen fesih halleri veya işçinin ölümü nedeni ile sona ermiş olması gerekir[105].

Devredilen işyeri veya işyeri bölümünde çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin devir tarihinden önce işçi veya devreden işveren tarafından kıdem tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona erdirilmiş olması halinde de hak kazanılan bu kıdem tazminatından devralan işverenin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, devralan işverenin müteselsil sorumluluğu, işyerinin devri sonucu kendisine geçen, kendisinin taraf olduğu iş sözleşmele-

---

103 Güzel, s.48.
104 Süzek, s.195.
105 Kıdem tazminatına hak kazandıran haller hakkında bkz. Çelik, s.313 vd; Özcan, Durmuş: İş Hukukunda İşçilik Alacakları, 2. Baskı, Ankara 2013, s.55 vd.

rinden doğan işçilik alacakları açısından kabul edilmiştir. Oysa bu ihtimalde, kıdem tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona erdirilen iş sözleşmesi devir anında mevcut değildir ve bu nedenle devralan işverene geçmemektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde kıdem tazminatının tamamı, devreden işveren tarafından ödenmelidir[106].

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki devreden ve devralan işverenlerin, kıdem tazminatından doğan sorumluluklarını düzenlemek açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi yetersiz kalmakta, hatta anılan hükmün kıdem tazminatından doğan sorumluluğa uygulanabilme özelliği dahi bulunmamaktadır[107]. Gerçekten, bu konuda az sonra inceleyeceğimiz üzere özel bir hüküm bulunmasaydı, "devirden önce doğmuş olma" ve "devir tarihinde ödenmesi gerekme" koşulları gerçekleşemeyeceğinden, 6. madde hükmüne dayanarak devreden işvereni, işçinin kendisinde çalıştığı süre ile sınırlı olarak da olsa, kıdem tazminatından sorumlu tutmak mümkün olmayacaktı[108]. Bununla birlikte, işçinin iş sözleşmesinin devralan işveren yanında kıdem tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona ermesi halinde ise devralan işveren, kıdem tazminatına esas hizmet süresinin hesabında, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla, yani devreden işverenin işyerinde geçen süreler de dahil olmak üzere tüm hizmet süresi üzerinden kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olacaktı. Ancak bu esaslara göre hesaplanan kıdem tazminatından, sadece devralan işveren sorumlu olacak, kendisinde çalışılan süre için dahi olsa, devreden işverene başvurulamayacaktı. Çünkü bu ihtimalde de kıdem tazminatı alacağı devirden sonra doğmuş olacak dolayısıyla 6. maddede devreden işverenin sorumluluğu için aranan devirden önce doğmuş olma koşulu gerçekleşmeyecekti[109].

Kıdem tazminatı konusunda, bu tazminatı özel olarak düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uygulancaktır[110]. Buna göre devreden işverenin bu konudaki sorumluluğu, işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret miktarı ile sınırlıdır. Ancak işçi, devralan ve devreden işverenler yanında geçirdiği sürelerin top-

106 Özkaraca, s.382.
107 Özkaraca, s.382.
108 Özkaraca, s.382.
109 Özkaraca, s.383.
110 Süzek, s.196.

lamı üzerinden kıdem tazminatını, devralan işverenden talep edebilecektir (1475 sayılı İş Kanunu md.14/2)[111]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 9. fıkrasına göre kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Buna göre işçi, iş sözleşmeleri sürelerinin toplamı üzerinden son ücret esas alınmak suretiyle devralan işverenden, kıdem tazminatını isteyebilecektir. Aksi takdirde bu tazminat bölünür ve iki işverenden ayrı ayrı istenirse devreden işverenden son ücret üzerinden değil de devir esnasındaki ücrete göre tazminatın alınması, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 9. fıkrasının emredici niteliğine ters düşecektir[112]. Bu nedenle işyerinin devri halinde işçinin kıdem tazminatının tümü, devralan işveren tarafından ödenmelidir. Devralan işveren, ödediği tazminatın işçiyi çalıştırdığı süreyle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret miktarı ile sınırlı olan kısmını devreden işverenden talep edebilmelidir[113].

b) Kıdem Tazminatı Dışındaki İşçilik Alacakları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen işverenlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin önemi, işçilik alacakları bakımından söz konusu olmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu uyarınca, işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar[114]. Ancak devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (md. 6/3). Daha önce de ifade edildiği üzere işyerinin devri halinde, devreden işverenin devir anında mevcut olan bir iş sözleşmesinden doğan bütün hakları ve borçları, işyerinin devri sebebiyle devralana geçer (md. 6/1). Dolayısıyla devralan işveren, yasa hükmü gereği iş sözleşmelerine taraf olduğu işçilerin devirden sonra doğan ve/veya muaccel olan alacaklarından sorumlu olduğu gibi devirden önce doğmuş ve/veya muaccel olmuş alacaklarından da sorumlu olacaktır[115]. Bu durumda, devralan işveren; ücret, ikramiye, prim, fazla

111 Süzek, s.196.
112 Süzek, s.196.
113 Süzek, s.196.
114 Süzek, s.194.
115 Süzek, s.195.

çalışma ücreti, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından, bu alacakların devirden önce veya sonra doğmalarına veya muaccel olmalarına bakılmaksızın sorumludur[116].

Bu bölümde ele alınması gereken bir diğer husus ise ihbar tazminatıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi dikkate alındığında, ihbar tazminatından devralan işverenin sorumluluğu, devirden sonra süregelmekte olan belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin, kendi işverenlik döneminde fesih bildirimi sürelerine uyulmaksızın kendisi tarafından sona erdirilmesi halinde söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalde ise hak kazanılan ihbar tazminatı alacağından, devreden işveren sorumlu olmayacaktır. Çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi, birlikte sorumluluğu düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrası, ihbar tazminatından doğan sorumluluğa uygulanabilecek nitelikte değildir. Bu ihtimalde, iş sözleşmesi devralan işveren tarafından sona erdirilmiş olacağından, "devirden önce doğmuş olma" ve "devir tarihinde ödenmesi gerekme" koşulları ihbar tazminatı açısından gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla devirden sonra iş sözleşmesinin, devralan işveren tarafından feshi üzerine işçinin hak kazanabileceği ihbar tazminatından, tek başına devralan işveren sorumlu olacaktır[117]. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. İhbar tazminatının miktarı, işçiye verilmesi gerekirken verilmeyen fesih bildirimi sürelerine göre; bu süreler ise, kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca işçinin işyerindeki hizmet süresine göre hesaplandığından, ihbar tazminatı alacağı işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklar arasında yer almaktadır. Dolayısıyla işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin devralan işveren yanında ihbar tazminatına hak kazandıracak bir biçimde sona ermesi halinde, devralan işveren ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesabında, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla, yani devreden işverenin işyerinde geçen süreler de dahil olmak üzere tüm hizmet süresi üzerinden ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır[118].

116 Güzel, s.42.
117 Çelik, s.63-64.
118 Özkaraca, s.399.

3. İş Sözleşmesini Fesih Yasağı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasında *"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer."* hükmü yer almaktadır. Böylece işyerinin gerek bütün gerekse bölüm olarak devri halinde, işçilerin iş sözleşmelerinin işyerini devralan işverenle aynen devam edeceği düzenlenmiştir[119]. İşyerini devralan işveren, işyerindeki çalışma şartlarını da üstlenmiş olacağından iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği hükümlerinden ya da başka isimle düzenlenmiş çalışma şartlarından ve işyeri uygulamalarından da sorumlu olacaktır. İş sözleşmelerinin, işyerini devralan işverene geçmeyeceği yönünde devreden ile devralan arasında yapılacak anlaşmalar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca geçersiz olacaktır[120].

Kanun koyucu, sırf işyerinin devrinin iş sözleşmesinin tarafları bakımından bir fesih nedeni olamayacağını açıkça belirtmiştir (md. 6/5). Söz konusu düzenlemeye göre, işyerini devreden veya devralan işveren, işçilerin iş sözleşmelerini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemeyecektir. Aynı şekilde işyerinin devredilmesi işçilerin iş sözleşmelerini feshetmeleri için haklı bir sebep oluşturmayacaktır[121].

Fesih yasağı getiren söz konusu hükmün istisnaları da aynı fıkrada düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı durumlarda devreden veya devralan işverenin fesih hakları ile işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden doğan bildirimsiz fesih hakları saklıdır[122].

---

119 Süzek, s.197. İşyerinin miras, ölüm gibi durumlarla ilgili olarak bir başkasına geçmesi halinde de benzer uygulama söz konusu olacaktır. Ancak bu durum ilgili kanunlardan kaynaklandığı için İş Kanunu'nun 6. maddesinde ayrıca düzenlenmemiştir. Bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.108.

120 Süzek, s.198; Narmanlıoğlu, s.157.

121 Süzek, s.198.

122 Gerek devreden ve devralan işverenler gerekse işçi açısından devir dışında iş sözleşmesini derhal fesih yetkisi veren haklı nedenlerden biri gerçekleşirse, örneğin işçinin ücreti ödenmez ya da işçi sadakat borcuna uymazsa haklı nedenle fesih hakkı doğar. Bkz. Süzek, s.197.

4. İşçinin Hizmet Süresinin Bütünlüğü

İş Hukuku'nda işçinin iş ilişkisinin belirli bir işyerinde veya belirli bir işverene bağlı olarak devam ettiği süre, başka bir deyişle işçinin kıdemi, işçinin hukuki durumu bakımından özel bir öneme sahiptir. Gerçekten de işçinin kıdem süresi arttıkça sahip olduğu haklar ve bu hakların kapsamı genişlemektedir. İşçi ile işveren arasındaki hukuki bağ, kural olarak iş sözleşmesinin yapılması ile ortaya çıkmakla birlikte; işçinin iş sözleşmesi nedeniyle elde ettiği haklar yanında, işçiye işyerindeki çalışması nedeniyle de bazı haklar sağlanmıştır. Bu husus, kanun koyucunun işçi ile işyeri arasındaki bağa da hukuki sonuçlar bağlamış olmasının bir simgesi olarak değerlendirilmektedir. İşyerinin işverenin kişiliğinden ayrı bir varlığa sahip olduğunun kabul edilmesinin bir sonucu olarak, işverenin kendi iradesiyle muhtemelen kabul etmeyeceği bazı haklar işverenin iradesi dışında işçiye tanınmaktadır. Bu haklar, işçi ile işyeri arasındaki ilişkiden kaynaklandığından işverenin kişiliğindeki değişikliklerden etkilenmezler. İşçi işyerindeki çalışmasını devam ettirdiği sürece, haklarının bir kesintiye uğraması da söz konusu değildir[123].

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyerinin devri durumunda, iş sözleşmelerinin bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçeceği ifade edildikten sonra devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Bu düzenlemenin sonucu olarak, işçinin devreden işveren yanında geçen hizmet süreleri adeta devralan işveren yanında geçmiş gibi değerlendirilecektir[124]. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6.maddesine paralel olarak, "İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır." biçiminde bir düzenlemeye yer verilmiştir (md. 428).

---

123 Ali Güzel, "İşyeri Devrinin Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.1, S.1, İstanbul 1996, s.41.

124 Özkaraca, s.209.

Doktrin tarafından ifade edildiği üzere md.6 hükmünün yalnızca lafzı dikkate alındığında, aynı işyerinin birden çok kere devri halinde, her bir devralan işverenin, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin işyerini kendisine devreden işverenin yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yetinebileceği gibi bir yanlış anlaşılmaya müsait görünmektedir[125]. Gerçekten de söz konusu hükümde, devralan işverenin, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (md.6/2). Ancak, hükmün ifadesi yanıltıcı niteliktedir. İşyerinin devri halinde, işçinin iş sözleşmesinin hiç kesintiye uğramaksızın devralan işverene geçip onunla devam ettiğinden, işçinin kıdeminin bir bütün olarak hesaplanması gerekir. Zira işyerini her devralan işveren, iş sözleşmesi devam eden işçilerin iş sözleşmelerini devir anına kadar mevcut hizmet süreleriyle birlikte devralmış olmaktadır[126].

İş Hukukunda işçiye tanınan birçok hakkın doğumu ve kapsamı işçinin işyerindeki hizmet süresi esas alınarak düzenlenmiştir[127]. İş güvencesi hükümlerinden yararlanabilmek için işyerinde belirli bir hizmet süresinin aranması, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin haklı bir neden olmaksızın feshedilmesinde söz konusu olan fesih bildirimi sürelerinin işçinin işyerindeki hizmet süresine göre hesaplanması, ihbar ve kötüniyet tazminatları ile kıdem tazminatının hizmet süresine göre belirlenmesi, ikramiye ve prim gibi bazı ödemelerin işçinin kıdemine göre belirlenmesi[128], yıllık ücretli izne hak kazanmak için belirli bir kı-

125 Özkaraca, s.210.
126 Özkaraca, s.211.
127 Özkaraca, s.208.
128 Yargıtay, işyeri devrine ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmadığı 1475 sayılı İş Yasası döneminde, işyerinin devri halinde kıdemli işçiliği teşvik zammı açısından isabetli olarak, işçinin hizmet süresinin bir bütün olarak dikkate alınacağına hükmetmiştir: "Taraflar arısında Toplu İş Sözleşmesinin Kıdem Zammı başlıklı 29. maddesinin (B) bendinde, "1.01.1997 tarihinde işyerinde çalışan işçilerin 31.12.1996 tarihli itibarıyla işyerinde geçirdikleri her bir tam hizmet yılı için günlük çıplak ücretlerine 5.000 TL kıdem zammı yapılır. Ancak, kadın işçiler için 20, erkek işçiler için 25 yıldan fazla kıdem süreleri dikkate alınmayacaktır" denilmektedir. Davacı sendika dava dilekçesinde davalının yukarıda belirtilen madde metnine öngörülen 31.12.1996 tarihini esas almayarak işyerinin... Kaymakamlığı'na devredildiği tarihi başlangıç kabul ederek kıdem zammı uygulamasının toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı olduğunu, işçilerin çalışmalarına ara vermeden hizmetlerini sürdüklerine göre, tüm çalışma süresi üzerinden kıdem zammının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Davalı taraf ise yapılan uygulamanın işçi yararına olduğunu savunmuştur. Ancak Toplu İş Sözleşmesi'nin ilgili maddesi

deme sahip olmanın aranması ve yıllık ücretli izin sürelerinin uzunluğunun işçinin kıdemine göre değişkenlik göstermesi bu konuya ilişkin örnekleri oluşturur[129].

5. Devralan İşverenin ve Devreden İşverenin Hukuki Sorumlulukları Bakımından 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 178. Maddesi ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 6. Maddesinin Karşılaştırılması

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, 13.01.2011 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Kanun, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi; birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolu ile işyeri devrinin işçilere ve iş sözleşmelerine etkisine ilişkin bir düzenlemedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi, işyeri devri ile ilgili 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine aykırı ve bu maddeden oldukça farklı bir düzenleme içermektedir[130]. Bu nedenle, 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile karşılaştırılarak yorumlanması gerekmektedir. Ancak öncelikle 6102 sayılı TTK'nin 178.maddesi yakından incelenmelidir.

Birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin, iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenleyen 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi aşağıdaki gibidir:

"(1) Tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.

(2) İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma sü-

---

hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde işçilerin 31.12.1996 tarihi itibarıyla işyerinde geçirdikleri her bir tam hizmet yılının, kıdem zammında ölçü olacağını belirtmekle, tarafların iradelerinin kıdemli işçiliği teşvik olduğu ve kıdemin de işe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanması gerekliliği temel bir kural olduğundan, davalının uygulamasının toplu iş sözleşmesi hükmüne aykırı olduğu açıktır" (Yargıtay 9. HD. , T.7.4.1999, E. 1999/4677 K. 1999/6924, YKD, Kasım 1999, s.1536-1537).

129 Özkaraca, s.213-214.

130 Mustafa Alp, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", *DİSK Birleşik Metal-İş Sendikası, Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, S.2012/1, s.51.

resinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur.

(4) Aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez.

(5) İşçiler muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilirler.

(6) Devreden şirketin bölünmeden önce şirket borçlarından dolayı sorumlu olan ortakları, hizmet sözleşmesinden doğan ve intikal gününe kadar muaccel olan borçlarla, hizmet sözleşmesi normal olarak sona ermiş olsaydı muaccel hâle gelecek olan veya işçinin itirazı sebebiyle hizmet sözleşmesinin sona erdiği ana kadar doğacak olan borçlardan müteselsilen sorumlu olmakta devam ederler."

6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi karşılaştırıldığında aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür.

Öncelikle her iki hüküm uyarınca devredilen işyerindeki iş ilişkileri, kanun gereği kendiliğinden devralana tüm hak ve borçları ile birlikte geçmektedir. Başka bir deyişle işyerini devralan işverenin, iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma hakkı yoktur (6102 sayılı TTK md.178/1; 4857 sayılı İş Kanunu md.6/1). Öte yandan 6102 sayılı TTK'nin 178 maddesinin 1. fıkrasında işçiye, işyeri devrine itiraz etme hakkı tanınmakta ve *"işçi itiraz etmediği takdirde "* iş sözleşmelerinin devralana geçeceği öngörülmektedir. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında, işyeri devrinin işçi bakımından fesih için haklı sebep oluşturmayacağı hükme bağlanmış iken 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinin 2. fıkrasında ise işçinin işyeri devrine itirazı halinde, iş sözleşmesinin sona ereceği öngörülmektedir[131].

4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 4. fıkrasında, "*Tüzel kişili-*

[131] Alp, s.55.

ğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz. " denmektedir. Ancak 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinin 3. fıkrasında özel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme yolula işyerinin devri halinde, işverenler bakımından müteselsil sorumluluk öngörülmektedir. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinde işverenlerin müteselsil sorumluluğu bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasınının aksine herhangi bir süre sınırlaması da söz konusu değildir [132].

6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinin 5. fıkrası ile işçilere alacakları bakımından teminat talep etme hakkı tanınmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde ise bu düzenlemenin herhangi bir karşılığı bulunmamaktadır[133].

Daha önce de ifade edildiği üzere 01.07.2012 tarihinden itibaren, 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi dolayısıyla Türk hukukunda birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile sınırlı olsa da işyeri devri ve sonuçları bakımından iki farklı hüküm bir arada yürürlüktedir[134]. 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi arasındaki farklılık ve aykırılıklar da yukarıda belirtildiği gibidir. Bu durumda birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla işyerinin devri halinde bir uyuşmazlık meydana gelmesi durumda, hangi kanun hükmünün uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesi birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinin iş ilişkileri bakımından sonuçlarını düzenlemektedir; bu nedenle bu maddenin, işyeri devrinin bütün olasılıklarını kapsayan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğu savunulabilir[135].

Bu noktada kanun koyucunun iradesinin de dikkate alınması gereklidir. Kanun koyucunun iradesini en açık şekilde ortaya koyan belge, TBMM Adalet Komisyonu raporudur[136]. Bu raporda, 4857 sayılı İş

132 Alp, s.55–56.
133 Alp, s.55–56.
134 Süzek, s.202.
135 Alp, s.56.
136 Kanun Tasarısı Komisyon Bilgileri için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=54946 (Erişim tarihi: 27.10.2013). Raporun ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:
"1. İş Kanununun 6 ncı maddesi genel bir hüküm olup işyerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tü-

Kanunu'nun 6. maddesi karşısında birleşme, bölünme ve tür değiştirmelerde iş ilişkilerinin geçmesini düzenleyen 6102 sayılı TTK'nin 178 maddesinin gerekli olup olmadığı tartışılmış, bu maddenin gerekli olduğu sonucuna varılması durumunda iki madde arasında çelişki veya kesişme noktaları bulunup bulunmadığı üzerinde durulmuş ve 6102 sayılı TTK'nin 178. maddesinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu; öncelikle uygulanacağı ve gerektiğinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinden boşluk doldurucu genel hüküm olarak yararlanılacağı tespit edilmiştir[137].

B. 2001/23EC Sayılı Yönerge Bakımından

1. Genel Olarak

Daha önce de belirtildiği üzere işyerlerinin veya işletmelerin devri halinde, işçi haklarının güvence altına alınmasına ilişkin Avrupa Birliği tarafından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan ilki, 14 Şubat

---

zel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma veya türünün sona ermesi hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin Kollektif veya komandit şirket olması halinde, Kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158. f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan —İş Kanununun 6 ncı maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanununun 6 ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından "ortakların kişisel sorumlulukları" çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmî bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.
3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanununun 6 ncı maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.
4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanununun 6 ncı maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulanmasında, gereğinde İş Kanununun 6 ncı maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır."

137 Alp, s.58.

1977 tarihli ve 77/187EEC sayılı "İşletme ve İşyerinin Tümüyle ve Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönergedir"[138]. Daha sonra bu yönergeyi değiştiren 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/50EC sayılı yönerge çıkarılmıştır. 12 Mart 2001 tarihinde ise 2001/23EC sayılı yönerge kabul edilmiştir. 2001/23EC sayılı yönergenin yürürlüğe girmesi ile 77/187EEC sayılı yönerge ve bu yönergeyi değiştiren 98/50EC sayılı yönerge yürürlükten kalkmıştır[139].

2001/23EC sayılı yönergenin giriş kısmında kabul edilme gerekçesi yer almaktadır. Burada, ekonomik gelişmelerin hem üye devletlerde hem de Avrupa Birliği'nin bütününde, işletmelerin yapılarında değişiklikleri zorunlu kıldığı, bu gelişmenin işletmelerin, işyerlerinin veya onların bazı bölümlerinin bir başka işverene geçmesine yol açtığı, bu nedenle de işçilerin, işveren değişikliği karşısında korunmaları gerektiği belirtilmiştir Gerekçede, özellikle işçilerin sahip oldukları hakları yeni işverenden talep edebilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılmasının zorunlu olduğu açıklanmıştır[140]. İlgili yönergenin yapılış amacı, işyerinin veya işletmenin devrine bağlı olarak işverenin değişmesiyle ortaya çıkan gelişmelerin, işçilerin iş ilişkileri üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin hafifletilmesidir[141]. Bu çerçevede işyeri veya işletme sahibinin değişmesinden bağımsız olarak bir ekonomik varlık içerisinde yer alan iş ilişkisinin devamlılığının güvence altına alınması, işçi haklarının korunması amaçlanmaktadır[142]. Yönergede düzenlenen konuları şu şekilde sıralayabiliriz: Devredenin devir tarihinde mevcut olan ve iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlarının işyerini veya işletmeyi devralana geçmesi, devredilen işyerinde veya işletmede çalışan işçilerin feshe karşı korunması, devredilen işyerindeki işçi temsilcilerinin güvencesi, işverenin bilgi verme ve danışma yükümlülüğü. Aşağıda sırasıyla bu konular ele alınmıştır.

---

138 Bkz. Güzel, s.32-33.

139 2001/23EC sayılı yönergede yapılması planlanan değişiklikler için bkz. ALPAGUT, s.15.

140 Devrim Ulucan, "İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni İle Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.67.

141 Alpagut, s.9.

142 Roger Blanpain, European Labour Law, Kluwer Law International, Netherlands 2006, s.596.

2. Devralan İşverenin ve Devreden İşverenin Hukuki Sorumlulukları

Yönergenin 3. maddesi, işyerinin devri halinde işyerinde çalışmakta olan işçilerin iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan haklarının korunmasına ilişkindir. Bu madde uyarınca kural, devir tarihinde mevcut bir iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçların, bu devir nedeniyle işletmeyi veya işyerini devralan işverene geçmesidir (md.3/1-1).

Üye devletler, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan borçlardan devreden ve devralan işvereni müteselsilen sorumlu tutabilecek hükümler getirebilirler (md.3/1-2). Üye devletler yapacakları düzenlemelerde, devreden işverene, devir tarihinde mevcut olan hak ve borçları devralana bildirme yükümlülüğünü de öngörebilirler. Ancak söz konusu hak ve borçlar, devir tarihinde devreden tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken hak ve borçlar olmalıdır. Belirtmek gerekir k; devredenin, devralanı söz konusu hak ve borçlardan haberdar etmemesi, işçilerin devreden ve devralan işverenlere karşı ileri süreceği haklarını etkilemez (md.3/2) [143].

Toplu iş sözleşmesinden doğan hakların devri ise yönergenin 3. maddesinde düzenlenmiştir. Devreden işveren döneminde yapılmış bir toplu iş sözleşmesi mevcut ise, bu toplu iş sözleşmesi devralan işvereni de bağlayacaktır. Söz konusu toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü, fesih veya süre bitimi nedeniyle sona erinceye ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar devam edecektir. Üye devletler tarafından yapılacak düzenlemelerle devralan işverenin devir tarihinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi ile bağlı olacağı süre 1 yıldan az olmamak şartıyla sınırlanabilecektir (md.3/3)[144]. Böyle bir düzenleme getirilmesi durumunda devralan işveren, devraldığı işyerindeki toplu iş sözleşmesiyle en az 1 yıl bağlı kalacaktır.

Devreden işveren zamanında iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile işçilere tanınan kanuni sosyal güvenlik sisteminin dışındaki (özel sigortaların yaşlılık, malullük primlerinin ödenmesi gibi) sosyal

143 Blanpain, s.625.
144 Blanpain, s.626; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.90.

haklar, üye devletlerin mevzuatlarında aksi öngörülmedikçe devralan yeni işverene intikal etmeyecektir. Ancak üye devletler mevzuatlarında açıkça öngörülmese dahi devirden sonra çalışmaya devam eden veya devir sırasında işyerinden ayrılan işçilerin söz konusu sosyal haklar konusundaki (özellikle yaşlılık ve ölüm ödeneğine hak kazanmış ya da kazanacak olan işçilerin menfaatleri bakımından) kazanılmış haklarını korumak için gerekli önlemleri alacaktır (md.3/4)[145].

3. İş Sözleşmesini Fesih Yasağı

İşletmenin veya işyerinin tamamen ya da kısmen devri, devreden ve devralan işveren bakımından işçilerin işten çıkarılması için tek başına bir fesih gerekçesi oluşturamaz[146]. Ancak bu hüküm ekonomik, teknolojik ya da iş organizasyonu nedeniyle yapılacak fesihlerde uygulanmayacaktır (md.4/1). Diğer bir ifadeyle, devreden veya devralan işveren, işletme veya işyerinde yapılacak ekonomik, teknolojik ya da iş organizasyonu nedenlerine bağlı olarak işçilerin iş sözleşmelerini feshedebilecektir[147].

İşletmenin ya da işyerinin devri sebebiyle işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklikler ortaya çıkar ve işçi de iş sözleşmesini bu sebeple feshederse, feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek sonuçlarından işveren sorumlu olacaktır (md.4-2)[148].

Yönergenin 5. maddesi, devreden işverenin ödeme güçlüğüne düşmesine ilişkin olarak yönergenin 3. ve 4. maddesinin uygulanmayacağı istisnai durumları belirtmiştir. Bu düzenlemeye göre devredilen işyeri bir iflas ya da ödeme güçlüğü nedeniyle resmi bir tasfiye aşamasında ise yönergenin 3. ve 4. maddelerinin hükümleri uygulanmayacaktır (md.5/1)[149].

Borçlarını ödeyememesinden dolayı devreden işveren aleyhinde kamu otoriteleri tarafından takip başlatılmışsa, üye devlet bu duruma ilişkin olarak aşağıdaki seçeneklerden birine mevzuatında yer verebilecektir (md.5/2):

---

145 Blanpain, s.626-627; Barret, s. 1094 (naklen: YEŞİL, s.112 dn.395).
146 Alpagut, s.124-125.
147 Blanpain, s.630.
148 Blanpain, s.630; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91.
149 Ulucan, s.78.

Yönergenin devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluklarını düzenleyen 3.1. maddesindeki hükmün dışında kalınılarak, devredenin iş sözleşmesinden ya da iş ilişkisinden doğan devir veya ödeyememe işlemlerinin başladığı tarihten önceki yükümlülükleri devralan işverene geçmeyecektir (md.5/2-a). (Ancak üye devletin bu seçeneği uygulayabilmesi için 80/987 EEC sayılı "İşverenin Ödeme Güçlüğüne Düşmesi Halinde Çalışanların Haklarının Korunması"na ilişkin yönergede yer alan düzenlemelerin ulusal mevzuatında bulunması gerekmektedir.)

veya

İşletmenin, işyerinin veya bir bölümünün varlığının devamı sağlanarak, işçilerin işlerinin korunabilmesi için devreden ve devralan işverenler ile işçi temsilcileri, mevcut kanun ve uygulamalar izin verdiği ölçüde iş şartlarında değişiklik yapılması hakkında anlaşabilecektir (md.5/2-b).

Bununla birlikte yukarıda belirtilen ikinci seçenek, devreden işverenin üye devletin mevzuatı tarafından ciddi ekonomik kriz olarak tanımlanan bir durumda olması halinde de uygulanabilecektir. Ancak ciddi ekonomik kriz durumunun yetkili kamu otoritesi tarafından açıklanması ve yargı denetimine açık olması gerekir (md.5/3). Öte yandan üye devletler 5. maddede yer alan devredenin ödeyememe sürecine ilişkin hükümlerin kötüye kullanılmasının önlenmesi için gerekli önlemleri alacaktır (md.5/4).

4. İşçi Temsilcilerinin Güvencesi

İşyerinin devri halinde, işyerindeki işçi temsilcilerinin durumunun ne olacağı yönergenin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işyeri ya da işletme devirden sonra bağımsız olarak yapısını devam ettiriyorsa, devredilen işyerinde ya da işletmede bulunan işçi temsilcilerinin statü ve görevleri (işçi temsilciliğinin kurulmasına ilişkin koşulların gerçekleşmiş olması şartıyla) kanun, idari düzenleme ya da sözleşmede yer alan hükümler çerçevesinde devrin gerçekleştiği tarihten önce mevcut olan koşullara uygun olarak korunacaktır (md.6/1)[150].

[150] Blanpain, s.630; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91.

Üye devletlerin kanunları, idari düzenlemeleri veya uygulamaları uyarınca ya da işçilerin temsilcileri ile varılacak anlaşmayla, işçi temsilcilerinin yeniden atanması veya yeniden seçilmesi halinde yukarıda belirtilen devirden sonra işçi temsilciliğinin devamını düzenleyen hüküm uygulanmayacaktır. Üye devletler, devreden işverenin iflası veya mal varlığının iflas idaresi gözetimindeki tasfiye sürecinde yeni işçi temsilcilerinin seçilmesine veya atanmasına kadar işçilerin hukuka uygun olarak temsil edilmelerini sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler[151].

Devralınan işletme ya da işyeri bağımsız yapısını muhafaza edemez ise devirden önce temsil edilebilen işçilerin, ulusal kanunlar uyarınca temsillerinin yeniden sağlanması veya temsilcilerinin belirlenmesine kadar geçecek sürede temsil edilmeye devam edilebilmesi için üye devletler gereken önlemleri almak zorundadır (md.6/1). Devredilen işyerinde veya işletmede bulunan işçi temsilcilerinin görev süreleri sona erse dahi bu temsilciler kanunlarla, idari düzenlemelerle ve uygulamalarla sağlanan güvenceden yararlanmaya devam edeceklerdir (md.6/2)[152].

5. Bilgilendirme ve Danışma Yükümlülüğü

Yönergenin 7. maddesi gerek devralan gerekse devreden işverenlere; işçi temsilcilerini, işyerinde işçi temsilcisi bulunmaması durumunda işçileri, işyerinin devrinin olası etkileri hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir[153]. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, bilgilendirme kapsamında yer alması gereken konular sıralanmıştır. Devir tarihi veya devir için planlanan muhtemel tarih, devrin sebepleri, devrin hukuksal, ekonomik ve sosyal yönden işçiler üzerindeki etkileri ve işçilerle ilgili alınacak önlemler hususlarında bilgilendirme yapılması gerekmektedir (md.7/1). Bu bilgilendirmenin, iş ilişkisi ve çalışma koşulları bakımından devrin işçiler üzerindeki etkilerinin görülmesinden ve devir tarihinden uygun bir süre önce yapılması öngörülmüştür (md.7/1-3)[154].

---

151 Blanpain, s.630; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91.

152 Blanpain, s.631; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91.

153 Detaylı bilgi için bkz. Eraltuğ Kökkilinç, Ayşegül: "Avrupa Birliği Hukukunda İşverenin İşçilere Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü", TİSK Akademi, 2007/II, s.110-125.

154 Blanpain, s.631; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91-92; ULUCAN,

Ayrıca işçilerle ilgili önlem alınması düşünülüyorsa devreden ve devralan işverene, bu önlemlere ilişkin olarak, işçi temsilcilerine de danışma (görüş alışverişinde bulunma) yükümlülüğü getirilmiştir[155]. Danışmanın etkili olabilmesi için görüşmeler, devir tarihinden makul bir süre önce başlatılmalıdır (md.7/2). Devir kararını, işyerini devreden işverenin kendisinin veya onun bağlı olduğu bir işletmenin vermiş olmasına bakılmaksızın bilgilendirme ve danışma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi gerekir. İşyerini devreden işverenin bağlı olduğu işletme tarafından gerekli bilginin sağlanmaması sebebiyle, bilgilendirme ve danışma yükümlülüğünün yerine getirilemediği şeklindeki savunma mazeret olarak kabul edilmeyecektir (md.7/4)[156].

Bu yönergedeki düzenlemeler, üye devletlerdeki işçilerin daha lehine olan kanun, yönetmelik ve idari hükümlerin uygulanmasını veya toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin daha lehine hükümler getirilmesi için sosyal tarafların teşvik edilmesini engellemeyecektir (md.8). Üye devletler, yönergeden kaynaklanan yükümlülüklere uyulmadığını düşünen işçi ve işçi temsilcilerine yetkili mercilere müracaat ettikten sonra yargı yoluna başvurma olanağı sağlayan düzenlemelere, ulusal mevzuatlarında yer vermek zorundadır (md.9).

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile 2001/23EC sayılı AB yönergesi hükümleri bir arada değerlendirildiğinde bir işyeri devri halinde işçilerin haklarının korunmasına ilişkin olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılmaktadır.

2001/23EC sayılı AB yönergesinin 7. maddesi gerek hem devralan işverene hem de devreden işverene; işçi temsilcilerini, işyerinde işçi temsilcisi bulunmaması halinde ise işçileri, işyeri devrinin olası sonuçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir. İşçi temsilcilerinin veya işçilerin, işyerinin devri ve olası sonuçları konusunda bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenlemeye ise 4857 sayılı İş Kanunu'nun işyeri devrine ilişkin 6. maddesinde yer verilmemiştir. Bu

s.68; Detaylı bilgi için bkz. Astarlı, Muhittin: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, S.104, 2013, s.139-176.

155 Eraltuğ Kökkılınç, Bilgi Verme ve Danışma Yükümlülüğü, s.116-117.

156 Blanpain, s.632; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.91-92.

durum 2001/23EC sayılı AB yönergesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun farklılaştığı noktalardan biridir. Kanaatimce işçilerin ve işyeri sendika temsilcilerinin bilgilendirilmesi hususunda bir düzenlemeye 4857 sayılı İş Kanunu'nda da yer verilmelidir. Zira böyle bir düzenleme işçilerin lehine olacaktır[157].

2001/23EC sayılı AB yönergesinin 6. maddesi ise işyerindeki işçi temsilcilerinin, işyerinin devrinden sonra da görevlerine devam etmelerini sağlayan ve kazanılmış haklarını koruyan bir hükümdür. Mevzuatımızda ise işçi temsilciliği müessesesi bulunmadığı gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde de işyeri devrine ilişkin olarak sendika temsilcilerine güvence getiren bir düzenleme mevcut değildir.

2001/23EC sayılı AB yönergesinin 4. maddesinin 2. fıkrası gereği, işletmenin ya da işyerinin devri sebebiyle çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklikler ortaya çıkar ve işçi de iş sözleşmesini bu sebeple feshederse, feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek sonuçlarından işveren sorumlu olacaktır. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde ise işyerinin devri sebebiyle çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik olması halinde, bu değişikliğin işçi yönünden haklı fesih oluşturacağına ve feshin işveren tarafından yapıldığı kabul edilerek sonuçlarından işverenin sorumlu olacağına dair açık bir hüküm mevcut değildir[158]. Ancak belirtmek gerekir ki, 6. maddede böyle bir hüküm bulunmasa da işyerinin devrinden sonra çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik ortaya çıkması halinde işçilerin haklarını koruyan önemli hükümler, 4857 sayılı İş Kanunu'nunda zaten mevcuttur. İşyerinin devrinden sonra, işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ortaya çıkmışsa örneğin vasıflı bir işçi bu niteliği taşımayan bir işe verilmişse, bu durum yeni işverenle devam eden iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı esaslı değişiklik yapılması anlamına gelecek ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen değişiklik feshinin koşulları ortaya çıkacaktır. Bu madde uyarınca işçinin çalışma koşullarındaki esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde, işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalacaktır. Fesih halinde ise, işçi sadece kıdem tazminatını değil sözleşmenin işverence feshine bağlanan tüm haklarını (kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, geçersiz nedenle

157 Süzek, s.191; Alpagut, s.184 vd.
158 Eraltuğ Kökkılınç, İşçi Haklarının Korunması, s.115.

feshin sonuçları) isteyebilme olanağına kavuşacaktır Ayrıca işçinin itirazına rağmen işyerini devralan işveren tarafından çalışma koşulları değiştirilmişse eski çalışma koşullarının uygulanmaması söz konusu olacağından, işçi iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun md.24/II-f hükmü uyarınca haklı nedenle feshedebilecek ve kıdem tazminatına hak kazanacaktır[159].

2001/23EC sayılı AB yönergesinin 3. maddesinde, toplu iş sözleşmesinden doğan hakların devri düzenlenmiştir. Devreden işveren döneminde yapılmış bir toplu iş sözleşmesi mevcut ise, bu toplu iş sözleşmesi devralan işvereni de bağlayacaktır. Söz konusu toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü, fesih veya süre bitimi nedeniyle sona erinceye ya da yeni bir toplu iş sözleşmesi yürürlüğe girinceye kadar devam edecektir. Üye devletlerce yapılacak düzenlemelerle, devralan işverenin devir tarihinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi ile bağlı olacağı süre 1 yıldan az olmamak şartıyla sınırlanabilecektir (md.3/3)[160]. Böyle bir düzenleme getirilmesi durumunda devralan işveren, devraldığı işyerindeki toplu iş sözleşmesiyle en az 1 yıl bağlı kalacaktır. Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde bu hususa ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Türk İş Hukuku bakımından bu konuyla ilgili yasal düzenleme, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 38. maddesidir. İlgili madde ile işletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların, iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği; devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yok ise; devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar toplu iş sözleşmesi hükmü olarak devam edeceği ve toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına gireceği hükme bağlanmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu sayede işyeri devirlerinde, işyerinde kurulan barışın

159 Süzek, s.685; Alpagut, s.174.
160 Blanpain, s.626; Eraltuğ Kökkilinç, İşçi Haklarının Korunması, s.90.

ve istikrarın bozulmaması sağlanmakta ve işçilerin toplu iş sözleşmesi aracılığıyla elde ettiği hakların sürekliliği de korunmaktadır[161]. Bu noktada konunun pekiştirilmesi amacıyla 2001/23EC sayılı AB yönergesinin 3. maddesine paralel bir hükmün 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesinde de yer alması gerektiği düşünülebilir[162].

Yukarıda belirtilen farklılıklar dışında konuya ilişin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi ile 2001/23EC sayılı AB yönergesi hükümlerinin birbiri ile uyumlu olduğu ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

Alp Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme Ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (Ttk 178; 158; 190)", *Disk Birleşik Metal-İş Sendikası, Çalışma Ve Toplum Ekonomi Ve Hukuk Dergisi,* S.2012/1, S.51–74.

Alpagut Gülsevil, İşyerinin Devri Ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, İstanbul 2010.

Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2012.

Astarlı Muhittin, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyeri Devrinde İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü", *TBB Dergisi*, S.104, 2013, s.149–176.

Aydınlı İbrahim, Türk İş Hukukunda İşyeri Ve İşletme Kavramları, Ankara 2001.

Barnard Catherine, Ec Employment Law, Oxford University Press, 3rd Edition, Oxford 2008.

Barret Gavin, "Light Acquired On Acquired Rights. Examining Developments İn Employment Rights On Transfer Of Undertakings", Common Market Law Review, S. 42, s. 1053–1105, Kluwer Law International 2005.

Blanpain Roger, European Labour Law, Kluwer Law International, Netherlands 2006.

Beltzer Ronald M, "The Transfer Of Undertakings And The Importance Of Taking Over Personnel- A Vicious Circle", The International Comparative Labour Law And Industrial Relations, Vol. 23/1, s.139-155, 2007.

Çankaya Osman Güven/ Çil Şahin, Iş Hukukunda Üçlü Ilişkiler, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2011.

Centel Tankut, "Işyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekan", *Sicil Iş Hukuku Dergisi,* S.9, Mart 2008, s.5-9.

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 25. Baskı, İstanbul 2013.

Demircioğlu Murat/ Centel Tankut, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2013.

161 Güzel, s.48.

162 İren, Ertan: Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 sayılı İş Kanununun Durumu, Doktora Tezi, Ankara 2008, s.214–217. 29 Nisan 2014 tarihinde https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/ adresinden erişildi.

Doğan Yenisey Kübra, Iş Hukukunda Işyeri Ve Işletme- Alman Ve Fransız Hukukları Ile Karşılaştırmalı Bir Inceleme, 1. Baskı, Istanbul 2007.

Ekonomi, Münir: "İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) Ve İş İlişkilerine Etkisi", İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, S. 325–361.

Engin Murat, "Işveren Kavramı", Iş Ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Işçi Ve Işveren Kavramları Ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar Konulu Galatasaray Üniversitesi Ve Istanbul Barosu Tarafından Düzenlenen 6-7 Haziran 2008 Tarihli Iş Hukukuna Ilişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri Semineri, Istanbul 2008.

Eraltuğ Kökkilinç Ayşegül, "Avrupa Birliği Hukukunda Işverenin Işçilere Bilgi Verme Ve Danışma Yükümlülüğü", Tisk Akademi, 2007/Ii, S.110-125.

Eraltuğ Kökkilinç Ayşegül, "Avrupa Birliği Ve Türk Hukuku'nda Işyeri Ve Işletmelerin Devri Halinde Işçi Haklarının Korunması," Iş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, S.85-118.

Eyrenci Öner/ Taşkent Savaş/ Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

Güven Ercan/Aydın Ufuk, Bireysel İş Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Eskişehir 2013.

Güzel Ali, "Işyeri Devrinin Bireysel Ve Toplu Iş Hukukundaki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Istanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, C.1, S.1, Istanbul 1996, s.25-51.

İren Ertan, Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu, Doktora Tezi, Ankara 2008. 29 Nisan 2014 Tarihinde Https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/ Adresinden Erişildi.

Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı Muhittin, İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri), 4. Baskı, Ankara 2011.

Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku (Ferdi İş İlişkileri I), 4. Baskı, İstanbul 2012.

Özcan Durmuş, İş Hukukunda İşçilik Alacakları, 2. Baskı, Ankara 2013.

Özkaraca Ercüment, İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi Ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008.

Sönmez Gülsüm, İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010. 29 Nisan 2014 Tarihinde Https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/ Adresinden Erişildi.

Süzek Sarper, İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku), 9.Baskı, İstanbul 2013.

Ulucan Devrim, "Işyeri Devrinin Iş Ilişkilerine Etkisi Ve Devir Nedeni Ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları", Iş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30. Yıl Armağanı, Ankara 2006, s.65-83.

Ünalçın Pınar, İş Hukuku Açısından Avrupa Topluluğunda İşyeri Devri (187/77 No.Lu Direktif Çerçevesinde), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992. 29 Nisan 2014 Tarihinde Https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/ Adresinden Erişildi.

Yeşil Sevgi Başak, Avrupa Birliği Ve Türk İş Hukukunda İşyeri Devri, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2009. 29 Nisan 2014 Tarihinde Https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/ Adresinden Erişildi.

İŞE İADE DAVALARINDA MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI

THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN REEMPLOYMENT PROCEEDINGS

Selami ER*
Halil İbrahim DURSUN**

Özet: Adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olan makul surede yargılanma hakki, işe iade davalarında hem işçi hem işveren açısından hayati öneme sahiptir. Kanun koyucu, işe iade davalarının hızlı bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için iş kanununda özel süreler düzenlemiş ve işe iade davalarının bu süreler içerisinde sonuçlandırılmasını arzulamıştır. Bu çalışmada, İş Kanununda düzenlenen surelerin ve işe iade davalarında bunun uygulanmasının makul surede yargılanma hakkına etkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı, işe iade davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi

Abstract: The right to trial within a reasonable time which is one of the most important elements of fair trial is vital in terms of both the employee and employer in the reemployment proceedings. The legislator has regulated special time periods in labor law ~~in order to get~~ to be able to have the reemployment proceedings concluded promptly and has desired these proceedings to be brought ~~in~~ to conclusion within these periods. In this study, the effect of the ~~special~~ periods regulated in Labor Law no.4857 and ~~its~~ their application ~~for~~ in the reemployment proceedings on the right to trial within a reasonable time has been examined in the framework of the European Court of Human Rights and Turkish Constructional Court ~~jurisdictions~~ judgments.

Keywords: The right to a fair trial, The right to trial within a reasonable time, reemployment proceedings, the European Court of Human Rights and ~~Turkish~~ Constitutional Court

* Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü
** Anayasa Mahkemesi Raportör Yardımcısı

GİRİŞ

İş ilişkilerinin insanlığın tarihi kadar geçmişe sahip olduğu söylenebilir. Her dönemde ve her toplumda başkası için çalışan veya başkasının işinde çalışan insanlar bulunmuş ve bunlar genellikle toplumun çoğunluğunu oluşturan kitleleri temsil etmişlerdir. İnsana verilen değer geliştikçe hukuk düzeni de başkası için çalışan kişilerin konumunu ve bunları çalıştıranlarla aralarındaki ilişkileri düzenler olmuştur.[1] İş ilişkisinde işçilerin zayıf konumda olması ve işverene karşı korunma ihtiyacı duyması, devleti çalışma hayatına müdahale etmeye sevk etmiştir.[2]

İş uyuşmazlıklarının bu konuda uzman mahkemelerce çözüme kavuşturulması amacıyla Türk hukuk sistemi ayrı bir yargı kolu ihdas etmiştir. Bu bağlamda, iş hukukundan doğan uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözümlenmesi hem işçi hem işveren açısından son derece önemli olduğundan, Türk kanun koyucu yargılama usulü bakımından yazılı yargılama usulüne göre daha hızlı ve çabuk işleyen basit yargılama usulünün iş hukuku uyuşmazlıklarına uygulanmasını emretmiştir.

İş sözleşmesinin işverence feshinden sonra işçi tarafından açılan işe iade davaları ise, işçinin bir an önce işe başlayarak geçimini sağlayabilmesi, işverenin ise sağlıklı bir şekilde işyeri faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından iş hukuku uyuşmazlıklarında özel bir öneme sahiptir. Kanun koyucu bu özel öneme binaen, işe iade davalarının fesihten itibaren en geç bir ay içinde açılması, açılan davanın ise ilk derece mahkemesinde iki ayda sonuçlanması ve temyiz aşamasının ise en geç bir ay içinde tamamlanması gerektiğini belirtmiştir. Doktrinde bu sürelerin düzenleyici süreler olduğu ve bu zaman dilimlerinin aşılması halinde verilen kararların yine geçerli olduğu belirtilmekte ise de, adil yargılanma hakkının makul süre garantisi bakımından bu sürelerin ne gibi bir etkisi olduğu pek tartışılmamıştır. Gerçekten de söz konusu sürelerin, makul sürenin belirlenmesinde nasıl bir etkisi olacağı, sürelerin geçirilmesinin makul sürenin aşılması anlamına

---

1 Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara-2005, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası, s.197

2 Güneş Topal, İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2008, Birinci Bası, s.85

mı geleceği, ya da bu sürelerin miktarına oranla haklı görülebilecek gecikmelerin makul olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği iş hukukunda yapılan yargılamalarda makul sürenin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Bu çalışmada bahsedilen işe iade davalarında makul süre irdelenecek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili verdiği kararlara değinilecektir. Bu doğrultuda önce işe iade davasının niteliği ve özellikleri açıklanacak, kanunda öngörülen sürelerin hukuki niteliği üzerinde durulacak ve sürelerin makul süre üzerindeki etkisi AİHM ve AYM kararları ışığında değerlendirilecektir.

1. İŞE İADE DAVASI

A- Genel Olarak

İş güvencesi hükümlerine tabii işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, işveren tarafından 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine[3] göre feshedilmiş olup da işçi, bu feshin geçerli nedene dayanmadığı iddiasında ise, feshin kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir aylık süre içinde iş mahkemesinde feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açabilir. Bahsedilen bir aylık süre hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir.[4] 158 sayılı ILO Sözleşmesi m.8/1'e göre de, iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmaksızın feshedildiği kanısında olan işçi, iş mahkemesine veya işverenle anlaşarak özel bir hakem kuruluna ya da hakeme başvurabilir.[5]

---

3 İş Kanunu'nda geçerli fesih nedenleri tek tek sayılmamış bunun yerine özellikle fesih sebebi oluşturmayan durumlara yer verilmiştir. Bunlar İş Kanunu'nun 18. maddesinin 3. fıkrasında: "Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak, işyeri sendika temsilciliği yapmak, mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler, 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek, hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık." olarak sayılmıştır.

4 Durmuş Özcan, Öğreti ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara-2011, birinci baskı, s.171

5 Manav, A. Eda; İş Hukukunda Feshe itiraz Davasının Şartları ve Yargılama Usulü,

Feshin geçersizliği iddiası ile açılan feshe itiraz davasının konusu, feshin geçersiz olduğunun tespit edilmesi ve bunun sonucunda işçinin işe iadesinin sağlanmasıdır.[6] 4857 sayılı İş Kanunu'nda *"işe iade davası"* kavramı yer almamaktadır. Davanın hukuki dayanağını oluşturan İş Kanunu'nun 20. maddesi *"fesih bildirimine itiraz ve usulü"* başlığını taşımaktadır. *"Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları"* başlığını taşıyan 21. Maddenin 1. fıkrasında da mahkeme veya hakem tarafından *"feshin geçersizliğine"* karar verilmesinden söz edilmektedir. *"İşe İade"* ise feshin bildirimine itiraz davası neticesinde, işçinin feshin geçersizliğine ilişkin kesinleşen kararın tebliğinden sonra, işe başlatılması için işverene müracaatı sonrasında ortaya çıkabilen bir sonuçtur.[7]

"Feshin geçerli sebebe dayandırılması" başlığını taşıyan İş Kanunun 18. maddesinin 1. fıkrasında:*"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır."* hükmü yer almaktadır.

Kanunda hangi sebeplerin işçinin yeterliliğinden ve davranışlarından ya da işletmenin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli sebep olduğu sayılmamıştır. Bu nedenle işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebeplerin, hangi durumlarda geçerli sebeplerden sayılacağı ve hangi durumların işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebepler olarak kabul edileceği ve geçerli sebeplerin İş Kanununun 25. maddesinde düzenlenen haklı sebeplerden[8] farkı

TAAD, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3 (20 Ekim 2010), s.264

6 Manav, s.260

7 İlhan Günay Cevdet, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara-2009, genişletilmiş üçüncü baskı, s.922

8 İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen haklı nedenler 18. maddesinde belirtilen geçerli nedenlere kıyasla daha ağır olan ve belirli süreli iş sözleşmesi, sürenin dolmasını beklemeksizin, belirsiz süreli iş sözleşmesini ise herhangi bir bildirim süresine gerek kalmaksızın sona erdiren nedenlerdir (Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 2. Bası, s.473). Haklı nedenle fesih sebepleri İş Kanununun 25. maddesinde aşağıdaki şekilde sayılmıştır:
I- Sağlık sebepleri:
a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda

ancak yargı kararları ile zaman içinde şekillenecektir.[9] Ancak belirtmek gerekir ki; iş akdi, işverence haklı sebeple feshedilen işçi de, İş Kanunun 25. maddesinin son fıkrası gereği, İş Kanununun 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilmektedir.

---

beş iş gününden fazla sürmesi. (1)
b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda.
(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez.
II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:
a) İş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması.
b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması.
c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.
d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.(2)
e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.
f) İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi.
g) İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi.
h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.
ı) İşçinin kendi isteği veya savsaması yüzünden işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi, işyerinin malı olan veya malı olmayıp da eli altında bulunan makineleri, tesisatı veya başka eşya ve maddeleri otuz günlük ücretinin tutarıyla ödeyemeyecek derecede hasara ve kayba uğratması.
III- Zorlayıcı sebepler:
İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.
IV- İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.
İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir.

9 Sümer, Haluk Hadi; İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2011, on altıncı baskı, s.97

B- Fesih Bildirimine İtiraz ve Usulü

İş hukukunun işçiyi koruyucu niteliği, iş davalarının özellikleri ve özel bir uzmanlığı gerektirmesi gibi hususlar genel mahkemelerin dışında özel bir iş yargılamasının oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bahsedilen nedenler ayrıca iş davalarının mümkün olduğu kadar çabuk, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını gerektirmektedir.[10] İş sözleşmesinin feshine ilişkin davaların kısa sürede açılması ve sonuçlandırılması hem işçi hem de işverenin yararınadır. Bu düşüncenin aksinin kabulü ve yargılamanın uzaması hukuki belirsizliğin devamına sebep olacaktır. Bu bağlamda yargılamanın uzaması, iş sözleşmesi feshedilen fakat bir an önce eski işine dönme beklentisi taşıyan ve bu yüzden yeni bir işe giremeyen işçi açısından kabul edilebilir nitelikte değildir. İş sözleşmesinin feshine ilişkin uyuşmazlığın çözümlenmesi, sözleşmesini feshettiği işçi yerine yeni bir işçi istihdam ederek iş organizasyonunu tamamlayan işveren açısından da önemlidir. Bu nedenle kısa bir süre içerisinde işe iade davasının açılacağı, yargılama organları tarafından öncelikli olarak ele alınacağı, makul bir sürede neticelendirilerek uyuşmazlığın nihai ve kati şekilde karara bağlanacağı bir yargılama usulünün kabulü oldukça yerinde gözükmektedir.[11]

Bu bağlamda, İş Kanunu'nun işe iade davalarında uygulanacak usul hükümlerine değinilmesi yerinde olacaktır. *"Sözleşmenin feshinde usul"* başlığını taşıyan iş kanunun 19. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: *"İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır."* Bu hükme göre işveren fesih nedenini, açık ve kesin bir şekilde yazılı olarak belirtmek zorunda olup; bu nedenle bağlıdır ve sonradan bu nedenin değiştirilmesi mümkün değildir.[12]

"Fesih bildirimine itiraz ve usulü" başlığını taşıyan iş kanunun 20. maddesinin 1. fıkrası ise şöyledir: *"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahke-*

---

10 Manav, s.293

11 Erdal Gökçe Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, Legal Yayıncılık, İstanbul-2008, birinci baskı, s.38-39

12 Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı /Senyen- Kaplan Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitapevi, yenilenmiş dördüncü baskı, s.169

mesinde dava açabilir. (...) (1) taraflar anlaşırlarsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür."

158 sayılı ILO Sözleşmesi madde 8/3'e göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi bu feshe karşı makul bir süre içinde itirazda bulunmamışsa, bu hakkını kullanmaktan vazgeçmiş sayılır. ILO Sözleşmesine uygun bir düzenleme olan İş Kanunun 20. maddesi uyarınca işçinin iş sözleşmesinin fesih bildiriminde sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebep gösterilmeden feshedildiği iddiasıyla fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde dava açması veya özel hakeme başvurması gerekir.[13]

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise: *"Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir."* hükmü yer almaktadır.

Belirtilen kurallardan da anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun işe iade davalarının fesihten itibaren 1 aylık hak düşürücü süre içinde açılması ve ilk derece mahkemesince davanın 2 ay içinde sonuca bağlanması ile temyiz aşamasının 1 ayda sonuçlandırılması iradesi doğrultusunda, işe iade davalarının dilekçe, dosya havalesi ve postada geçen süreler hariç 3 ay içinde kesin olarak karara bağlanması gerekmektedir. Gerek iş mahkemelerinde gerek Yargıtay'da yargılamanın kısa sürede sonuçlandırılmasında, emeği karşılığı elde ettiği ücreti ile hayatını idame ettiren işçi kesiminin bir an önce işine kavuşması ve işverenin istihdam edeceği yeni eleman konusunda sıkıntıya düşmemesi yönünden yararlı ve gerekli olduğu düşünülmektedir.[14]

C- İş Kanununda Yer Alan Sürelerin Hukuki Niteliği

Yargılama hukukunda, gerek tarafların gerekse mahkemenin yapacağı iş ve işlemler belirli sürelere bağlanmış ve bu süreler için de belirli sonuçlar öngörülmüştür. Bu sürelerin bazıları kanun tarafından belirlenmiş, bazılarının tespiti ise hâkime bırakılmıştır.[15]

---

13 Manav, s.279

14 Günay, 932

15 Hakan Pekcanıtez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Hükümlerine göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara-2011, 12. Baskı, s.186

Taraflar için kanunda belirtilen süreler[16] kural olarak kesin ve hak düşürücü nitelikte olmasına rağmen, mahkemeler için konulmuş olan süreler ise hak düşürücü nitelikte değildir.[17] Bu doğrultuda, İş Kanunun 20. maddesinde işe iade davalarının iki ay içinde sonuçlandırılmasını öngören süre, mahkemelere direktif veren bir süre olduğundan düzenleyici niteliktedir. Bu nedenle, mahkemeler bu sürede davayı sonuçlandırmasalar[18] da daha sonra verdikleri kararların geçerliliğinde kuşku bulunmamaktadır.[19]

İşe iade davasının bir an önce sonuçlanması ve tarafların mağdur olmaması amacıyla getirilen bu düzenleme, ülkenin gerçeklerini dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Özellikle uygulayıcılar, kanunda belirlenen bu süreye uyulmasının uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmadığını ifade edip sadece tebligat için geçen süreler dikkate alındığında dahi, bu kadar kısa sürede yargılamayı tamamlamanın mümkün olmadığını belirtmektedirler.[20] Nitekim kanunlarımızda mahkemelere hitap eden birçok süreye, iş yükü de bahane edilerek uyulmadığı görülmektedir. Bu şekilde belirlenen sürelere rağmen yargı organlarının bu sürelere uyamaması ya da uyamamasının, hukuka ve yargı organlarına duyulan güveni zedelediği iddia edilmektedir. Zira uyuşmazlığın belirlenen sürede bitirilmesi beklentisi içine sokulan davanın taraflarının bu beklentisi gerçekleşememektedir. Oysa beklentilerin en son boşa çıkacağı yerin yargı organları olması gerektiği ifade edilmekte[21] ve beklentilerin karşılanmasının hukuka güven duyulmasına sebep olarak hukuk güvenliğini sağladığı düşünülmektedir.

---

16 İşçi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren 1 ay içinde iş mahkemesinde dava açabilecektir. Kanunda taraflar için öngörülen bu itiraz süresi, dava zamanaşımı süresi olmayıp hak düşürücü niteliktedir. Bu nedenle süresi içinde dava açmayan veya özel hakeme başvurmayan işçi, iş güvencesi hükümlerinden yararlanamaz (Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 2. Bası, s.588)

17 Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, 23. Baskı, s.732/733

18 Ancak, bir işlemi kanunun öngördüğü süre içinde yapmayan hâkim kusurlu ise, kendisine disiplin cezası verilebileceği gibi şartların gerçekleşmesine bağlı olarak devlete karşı tazminat davası da açılabilir.(Kuru / Arslan / Yılmaz, s.7329

19 Günay, s.932

20 Günay, s.932

21 Muhammet Özekes, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı; Hakan Pekcanıtez(yayına hazırlayan), "İş Kanunu'nun 20. Ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara-2004, Birinci Baskı, s.489-490

D- Basit Yargılama Usulü

12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı, basit, sözlü ve seri yargılama olmak üzere başlıca dört yargılama usulü düzenlenmişti. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle sözlü ve seri yargılama usulleri kaldırılmış ve iki temel yargılama usulü düzenlemiştir. Bunlar, yazılı ve basit yargılama usulleridir. Hukuk Muhakemeleri kanunu yürürlüğe girmeden önce hazırlanmış olan İş Kanunu'nun 20. maddesinde işe iade davalarının seri yargılama usulüne göre yürütüleceği ifade edilmektedir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesinde belirtilen *"Diğer kanunların sözlü yahut seri yargılama usulüne atıf yaptığı hâllerde, bu Kanunun basit yargılama usulü ile ilgili hükümleri uygulanır."* hükmü gereği seri yargılama usulünün uygulanmasına son verilmiş ve artık işe iade davalarında da basit yargılama usulü uygulanacağı öngörülmüştür.

Basit yargılama usulü, kanunlarda açıkça belirtilen bazı davalar ve işler ile 6100 sayılı Kanun'un 316. maddesinde yer alan dava ve işlerde uygulanan ve yazılı yargılama usulünden daha basit ve çabuk işleyen bir yargılama usulüdür.[22] Basit yargılama usulü, daha çabuk sonuçlandırılması gereken daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilecek dava ve işler için kabul edilmiştir. Bu bağlamda, ismine uygun olarak basit, daha kısa, daha seri bir yargılama şeklidir.[23]

Basit yargılama usulünde davalar 6100 sayılı Kanun'un 317. maddesine göre; dilekçe ile açılmakta ve davalının, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren 2 hafta içinde cevap dilekçesini mahkemeye sunması gerekmektedir. Bu süre bir defaya mahsus olmak üzere en fazla iki hafta uzatılabilmektedir. Basit yargılama usulünde replik ve düplik aşamaları bulunmayıp, cevap dilekçesinin mahkemeye sunulmasıyla dilekçeler teatisi aşaması son bulmaktadır.

6100 sayılı Kanun'un 320. maddesine göre mahkemeler, mümkünse tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verirler. Duruşma yapılmadan davanın sonuçlanabilmesi mümkün değilse,

22 Kuru / Arslan / Yılmaz, s.751
23 Pekcanıtez / Atalay / Özekes, s.586

mahkeme, tahkikatı ilk duruşma hariç, kural olarak iki duruşmada tamamlar ve duruşmalara arasındaki süre bir aydan uzun olamaz. Ancak istisnai hallerde, ikiden fazla duruşma yapılabileceği gibi duruşma araları da bir aydan fazla olabilir. Tahkikatın tamamlanmasından sonra mahkemeler, tarafların son beyanlarını alır ve yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim ederler.[24]

2. GENEL OLARAK MAKUL SÜRE

Hem cezai hem de cezai olmayan davalarda uygulama alanı bulan *"makul süre"* güvencesinin nedeni, yargılamanın taraflarını aşırı usuli gecikmelerden korumaktır. Bu güvence aynı zamanda, adaletin gecikmeden sağlanabilmesini ve böylece adaletin etkililiğinin ve güvenilirliğinin korunmasını amaçlamaktadır.[25] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bu konuyu düzenlemiş, yargılamanın makul bir süre içinde sona erdirilmesini bir yükümlülük olarak 6. maddenin 1. fıkrasının[26] bir parçası haline getirmiştir. 1982 Anayasası da, sözleşmede yer alan adil yargılanma hakkının karşılığı olarak *"hak arama hürriyeti"* başlıklı 36. maddesinde[27] adil yargılanmayı bir hak olarak tanımlamış ve Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrasında[28] da davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevleri arasında olduğunu belirtmiştir.[29]

Makul süre güvencesi, ceza davalarında sanığa bir suç isnat edildiği andan itibaren uygulanmaya başlar. Hukuk davalarında ve idari

---

24 Kuru / Arslan / Yılmaz, s.753-754

25 D.J.Harris / M.O'Boyle / E.P.Bates / C.Mbuckley; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çevirmen:Mehveş Bingöllü Kılcı) Avrupa Konseyi 2013 Şen matbaa, 2. Bası, s.281

26 AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasının ilgili kısmı : " Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar (…) konusunda karar verecek olan, (…) bir mahkeme tarafından, (…) makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. " şeklindedir.

27 Hak Arama Hürriyeti başlıklı Anayasa'nın 36. maddesi şu şekildedir: "(Değişik: 3/10/2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.
Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

28 Anayasanın 141. maddesinin 4. fıkrası: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." hükmünü ifade etmektedir.

29 İnceoğlu, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, s.370

davalarda bu güvence, normal şartlarda davanın açılmasıyla başlar ancak bazı durumlarda[30] daha önce de başlayabilir. Her iki davada da makul süre güvencesi davanın esası hakkında nihai karar verilene dek devam eder.[31]

Her olayın kendine özgü şartları ve farklılıkları olduğu için, yargılama süresinin makul olup olmadığı davanın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmektedir, yani AİHM tarafından makul süreye ilişkin belirlenmiş mutlak bir süre yoktur. Olayın özel şartları nedeniyle altı veya yedi yıllık süreler makul süreye uygun olarak değerlendirilebileceği gibi, üç ile beş yıl arasındaki sürelerin makul olmadığına da karar verilebilmektedir. Hızlı bir yargılama gerektiren özel olayların mevcut olduğu davalarda, istisnai olarak iki yıllık bir süre dahi makul süreye aykırı bulunabilmektedir.[32]

Anlaşılacağı üzere AİHM makul sürenin belirlenmesinde belli ve mutlak bir sınır öngörmeyip her davayı kendi şartları içinde değerlendirmektedir. Makul sürenin aşıldığı iddiasıyla yapılan başvurularda AİHM, yargılama süresinin makul niteliğinin, davanın koşullarına, Mahkemenin içtihatları çerçevesinde kabul edilen kriterlere, özellikle davanın karmaşıklığına, başvuran ile yetkili makamların tutumuna ve ilgililer için ihtilaf konusu davanın içeriğine bakılarak değerlendirildiğini hatırlatmakta[33] ve önüne gelen somut olayı bu kriterlere göre değerlendirerek hükmünü kurmaktadır. Bu aşamada AİHM'in içtihatlarıyla kabul ettiği bu kriterlere kısaca değinilecek ve işe iade davalarındaki durum açıklanmaya çalışılacaktır.

A- Davanın karmaşıklığı

Davanın hem hukuki hem de maddi (olaylar) açıdan bütün yönleri, yargılamanın karmaşıklığı değerlendirilirken ele alınmaktadır. Bunun

30 "Mahkeme" kavramının AİHM içtihatlarındaki yorumu veya yargılamanın bütünü dikkate alınarak uyuşmazlığın başlangıç tarihi daha önceki bir tarih olabilmekte, bu nedenle idareye veya iç hukukta idare hukuku içinde değerlendirilebilecek bazı itiraz kurullarına başvuru tarihi ile de süre başlayabilmektedir. Örn:König/Almanya kararı (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa –Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme- Editör:Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi-2013, 1. Bası, s.278-279)

31 D.J.Harris / M.O'Boyle / E.P.Bates / C.Mbuckley, s.281

32 İnceoğlu, s.373

33 AİHM, Daneshpayeh/Türkiye, B. No: 21086/04, 16/7/2009, § 26

içine dava konusunun karmaşıklığı, hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşıklık, maddi olayların karmaşıklığı, sanıkların veya davanın taraflarının ya da isnat edilen suçların veya tanıkların sayısı, davanın uluslar arası unsurları, bilirkişi deliline ihtiyaç, yazılı delillerin hacmi gibi birçok unsur girmektedir.[34] Bu bağlamda hukuki ve maddi bakımdan daha karmaşık olan davaların, basit davalara nazaran daha uzun sürmesi makul sürenin aşıldığı şeklinde yorumlanamayacaktır. Çünkü karmaşık davalarda bazen yargılama süresinin uzaması adaletin gereği gibi yerine getirilebilmesi için gerekli olacaktır.[35]

B- Başvurucunun Tutumu

Bu ilke, başvurucunun yargılama sürecini hızlandırmak için elinden geleni yapmasını değil, sadece bu sürece engel olmaması gerekliliğini ifade etmektedir. Taraflar dava sürecinde usuli haklarını kullanırken gereken dikkat ve özeni göstererek yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olmamalıdırlar.[36] Başvuruculların usule ilişkin haklarını kullanımından kaynaklanan gecikmeler devlete atfedilemez.[37] Bununla birlikte, yargılama sürecinde başvurucular dışındaki taraflaın yargılamayı geciktirici yöndeki işlem ve davranışları kural olarak, yargılamanın uzamasında taraf kusuru olarak kabul edilmekte ise de, yargılama makamlarının ilgili usuli imkânları kullanmak suretiyle bu girişimleri engelleme sorumluluğu bulunmaktadır.[38]

Bu ölçütün değerlendirilmesinde göz önüne alınması gereken husus, devletin başvurucunun tutumu nedeniyle ortaya çıkan gecikmelerden sorumlu olmaması gerektiğidir. Yani başvurucu somut davada, usuli haklarını sonuna kadar kullanabilir ve haklarını kullanması gecikmeye kendi kusuru ile sebebiyet vermediği sürece makul sürenin aşılmasına sebep olduğu şeklinde yorumlanamaz

---

34 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa -Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme- Editör:Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi-2013, 1. Bası, s.280

35 Cüneyt Altıparmak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları, *TBB Dergisi*, Sayı:63, 2006, s.249-250

36 Altıparmak, s.250-251

37 D.J.Harris / M.O'Boyle / E.P.Bates / C.Mbuckley, s.282

38 Anayasa Mahkemesi, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 59

C- Yetkili Makamların Tutumu

Gecikme genellikle başvurucu taraftan çok, yargılamayı yapan mahkeme veya ilgili makamların tutumundan kaynaklanmaktadır. Doğal olarak, bu da devletin sorumluluğunu beraberinde getirmektedir.[39] AİHM, ulusal mahkemelerden, yargılama sırasında rolü olan herkesin gereksiz gecikmelerini önlemek için tedbir almasını beklemektedir.

AİHM, yetkili makamların tutumu ölçütünü, esas olarak meydana gelen gecikmeden devletin ihmal ve kusuru nedeniyle sorumlu olup olmadığına bakarak ele almaktadır.[40] Yani yargısal organlar, adaletin gerçekleştirilmesi için gerekli olan işlemleri yapmalarından dolayı kusurlu olmadıkları müddetçe sorumlu değillerdir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; yapısal sorunlardan kaynaklanan gecikmeler mazeret sebebi sayılmamaktadır. Bu bağlamda AİHS'in AİHM içtihatlarından çıkan yorumunun, taraf devletlere, yargısal sistemlerini masrafı ne olursa olsun mahkemelerin makul süre güvencesi de dâhil olmak üzere adil yargılanma hakkının tüm gereklerini yerine getirebilecek bir biçimde düzenleme yükümlülüğü yüklediği ifade edilmektedir.[41]

D- Dava Konusunun Başvurucu İçin Önemi

Başvurucunun neleri yitirebileceği veya yargılamanın uzun sürmesi dolayısıyla nelerden mahrum kalacağı, makul sürenin belirlenmesinde diğer önemli bir husustur. AİHM, çok sayıda başvuruyu, bu hususa göre değerlendirmiş ve yargılamanın süratle bitirilmesi gerektiğine karar vermiştir.[42]

Bu bağlamda AİHM, Ceza davalarının, özellikle de sanık tutuklu yargılanıyorsa, genel olarak hukuk davalarından daha süratli yürütülmesi gerektiği kanaatindedir.[43] AİHM ayrıca, küçüklere (Hokkanen, &132), çalışanlara (Obermeier, &72), bedensel zararlara (Silva Pontes,

---

39 Altıparmak, s.250-252
40 İnceoğlu, s.387
41 D.J.Harris / M.O'Boyle / E.P.Bates / C.Mbuckley, s.285
42 D.J.Harris / M.O'Boyle / E.P.Bates / C.Mbuckley, s.284
43 Nuala Mole / Catharina Harby; Adil Yargılanma Hakkı –Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitabı No:3, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, Mart 2010, s.25

&39) ilişkin davalarda makul süreyi sağlamak için yargı organlarının daha özenli davranmaları gerektiğini belirtmektedir.[44]

AİHM, iş ilişkisinden doğan davaların da özel gayret gerektirdiğini kabul etmekte ve bu davaların daha hızlı bir şekilde sonuca bağlanmasını elzem görmektedir. AİHM, iş akdinin yenilenmemesi üzerine başlatılan yargılama sürecinin yaklaşık 10 yılda tamamlandığı belirtilerek makul süre güvencesinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir başvuruda,[45] sözleşmeci devletlere, medeni hak ve yükümlülüklerin makul süre içinde nihai olarak sonuçlandırılmasını garanti edecek yasal sistemlerini kurmaları gerektiğini hatırlattıktan sonra, iş ilişkisi ile ilgili çekişmelerin doğaları gereği, ilgili kişinin işten çıkarılması sebebiyle geçim kaynağını kaybedeceği tehlikesi karşısında hızlı karar verilmesini gerektirdiğinden, işvereni tarafından haksız olarak işten çıkarıldığını düşünen bir çalışanın, bu tedbirin yasaya uygunluğu hakkında acil olarak bir yargı kararı alınmasında önemli bir şahsi menfaate sahip olduğunu hatırlatmaktadır.[46]

İş ilişkisinden doğan davaların süratle çözümlenmesi gereken davalar arasında olduğunu belirttikten sonra, işe iade davalarında mahkemeler için öngörülen sürelerin makul süreye etkisini irdelemeye başlamadan önce Anayasa Mahkemesi'nin makul süre incelemesinde; yargılamaya intikal eden maddi vakıalar ve ispat araçlarından oluşan dava malzemesinin veya uygulanacak hukuk kurallarının karmaşık olması; tarafların genel olarak yargılama sürecindeki tutumu, yargılama sürecinin uzamasındaki etkisi ve usuli haklarını kullanırken gereken dikkat ve özeni gösterip göstermedikleri; yargı makamları yanında dava süreciyle ilgili kamu gücü kullanan tüm devlet organlarına atfedilebilir yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanan bir gecikme olup olmadığı ve yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilip gösterilmediği; başvurucu için hukuki korumanın bir an önce gerçekleştirilmesindeki yararının ne olduğu gibi davanın niteliği ve niceliğine ilişkin birçok hususu dikkate aldığını belirtmek gerekmektedir.[47]

---

44 Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, 1.cilt, Avrupa Konseyi, Şen Matbaa, 1. Baskı-2012, s.635

45 Bkz. AİHM, B. No: 30979/96, 27/6/2000

46 AİHM, B. No: 30979/96, 27/6/2000 § 45

47 Anayasa Mahkemesi, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 42-46, ve B. No: 2013/772,

3. İŞE İADE DAVALARINDA MAKUL SÜRENİN BELİRLENMESİ

İş akdi feshedilen işçinin, feshin tebliğinden itibaren 1 ay içinde yetkili iş mahkemesinde işe iade davası açması, açılan davanın iş mahkemesince 2 ay içinde karara bağlanması ve kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay'ın 1 ay içinde İş Kanunu'nun 20. maddesi gereği kesin olarak karar vermesi gerektiği ve işçinin bir ay içinde dava açmaması halinde 1 aylık hak düşürücü süre dolayısıyla dava hakkını kaybedeceği ve fakat mahkemeler kendileri için öngörülen 2 aylık ve 1 aylık sürelerde kararlarını vermeseler dahi daha sonra verecekleri kararların geçerli olacağı yukarıda belirtilmişti. Gerçekten de, öngörülen sürelerin geçmesi halinde sonradan verilecek kararların geçerliliği konusunda şüphe yoktur, fakat bu sürelerin geçmesi halinde tarafların makul süre içinde yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

İşe iade davalarında makul süreye ilişkin doktrinde yer alan görüşleri üç başlık altında toplanabilir ve incelenebilir.

A- İşe İade Davasına Makul Süreyle İlgili Görüşler

i. Sürelerin Aşılması Halinde Makul Sürenin Aşılacağı Görüşü

Kanunda öngörülen sürelerin bir gün dahi geçmesi halinde, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini, çünkü kanun koyucunun bir davanın bitirilmesi için süre öngördüğü ve bu sürelerin yapılan yargılamada aşıldığı düşünülebilir.

Bu görüşe göre aslında kanun koyucu, AİHM'in iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların özel gayret gerektirdiği içtihadına uygun olarak, bu tür uyuşmazlıkların bir an önce karara bağlanması için basit yargılama usulünü kabul etmiştir. Türk kanun koyucusu, AİHM'den farklı olarak, iş hukuku ilişkileri arasında işe iade davalarının ayrı bir yere sahip olduğunu kabul etmiş ve bu davaların diğer iş hukuku ilişkilerinden doğan davalara oranla daha hızlı bir şekilde karara bağlanması için söz konusu süreleri öngörmüştür. Kanun koyucu, bir anlamda işe iade davaları için makul süreyi 2 ay olarak takdir etmiştir.

7/11/2013, § 58

Zira sürelerin aşılması işçi asçısından birtakım sakıncalara sebep olabilir. Şöyle ki; İş Kanununun 21. maddesinin 3. fıkrasında: *"Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir."* hükmü bulunmaktadır ve bu hükmün gerekçesinde: *" Dava seri muhakeme usulüne (halihazırda basit yargılama usulü) göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda –işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun- işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir."*denilmektedir.

Kanunun çalışılmayan süre için en fazla dört aylık ücrete hükmedilmesini öngörmesinin nedeni, iş sözleşmesinin feshinin tebliğinden itibaren işçinin işe iade edilmesine kadar en fazla dört aylık bir süre içinde uyuşmazlığın çözüleceği düşüncesi olabilir. Kanunun 20. maddesinde öngörülen süreler dikkate alındığında, işe iade davasının fesihten itibaren en geç 4 ay içinde kesin olarak karara bağlanması gerektiğinden, işçiye ödenecek ücretin 4 ay ile sınırlandırılmasın makul olduğu düşünülebilir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, mahkemelerin iş yükü dolayısıyla, bu sürelere riayet edilmemektedir. İşçinin sekiz ay çalıştırılmadığı bir örnekte, işçi alması gereken ücretin en fazla yarısına ulaşabilmekte ve bu nedenle kanun, işçinin haklarının korunması konusunda yetersiz kalmaktadır. İşçinin boşta geçen süreler için en fazla dört aylık ücret alabileceği kuralı, işçinin işe iade davasında neleri yitirebileceği kriteri içinde değerlendirerek, işe iade davalarının diğer iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan farklı olarak daha kısa sürede sonuçlandırılması gerektiği düşünülmektedir.[48]

Ancak, söz konusu sürelerin düzenleyici nitelikte olduğu dikkate alındığında bu görüşün savunulması oldukça zor görünmektedir. Çünkü düzenleyici süreler, mahkemelere yol gösterici nitelikte olup, öngörülen süreler içinde karar verilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, mahkemelerin bu süreler içinde karar vermesi gerektiğini aksi halde makul süre garantisinin ihlal edileceğini savunmak, yargılamanın amacı olan adaleti gerçekleştirmeyi

48 Aktepe, s.89-90

veya maddi gerçeği bulmayı ikinci plana itebilir ve yargı organlarını bu süreler içinde ve fakat gerekli ve gerekli inceleme ve araştırmayı yapmadan kararlar vermeye zorlayabilir ki, adil olarak değerlendirilemeyecek böylesi bir yargılama, makul sürenin aşılması sakıncasından daha ağır tahribata neden olacaktır.

ii. Söz Konusu Sürelerin Makul Süre Garantisi Üzerinde Herhangi Bir Etkisinin Olmadığı Görüşü

Bu görüşe göre düzenleyici süreler, makul süre değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmamalıdırlar. Belirtmek gerekir ki AİHM, bu güne kadar Türkiye aleyhine yapılan başvurularda işe iade davalarında diğer davalarda belirlediği ilkelerden farklı olarak daha kısa süreli bir yargılamayı makul olmayan bir yargılama olarak değerlendirmemiştir. Dolayısıyla AİHM'in zımni olarak bu görüşü kabul ettiği veya işe iade davalarının önemine vurgu yapmakla birlikte diğer davalardan daha kısa bir süreyi makul süre kriteri olarak belirlemek istemediği söylenebilir. Bununla birlikte aşağıda izah edileceği gibi AİHM, düzenleyici süreleri tek başına makul sürenin tespitinde dikkate almamaktadır.

Bu konuda Türkiye aleyhine yapılmış başvurularda AİHM, işten çıkarma durumlarında iş hukuku konusundaki çekişmelerin süresini kısaltmak amacıyla hızlandırılmış bir usul düzenlemiş olduğunu saptayarak, ulusal mahkemelerin yasal süreye riayetlerine ilişkin yerel mevzuatı nasıl yorumladıklarını ve uyguladıklarını denetlemenin kendisinin görevi olmadığını belirtmektedir. AİHM, işe iade davalarında davanın *"makul süre"* içerisinde tamamlanıp tamamlanmadığını tespit etmek amacıyla diğer davalarda olduğu gibi yargılama süresinin bütününü ele alarak, bu sürenin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına uygun olup olmadığıyla sınırlı bir inceleme yapmaktadır.[49]

Gerçekten de, AİHS'in 6. maddesinde ifadesini bulan makul sürede yargılanma hakkı, sözleşmeye taraf devletlerin yasama organları tarafından belirlenen ve başvuranların daha lehine ve daha fazla hak veren düzenleyici sürelerden bağımsız, değerlendirme kriterleri

[49] Bkz., AİHM, Çalık/Türkiye, B. No: 3675/07, 31/8/2010; benzer bir karar için bkz. Dildirim/Türkiye, B. No: 42927/10, 12/3/2013

AİHM tarafından geliştirilmiş ayrı bir garanti olarak düşünülebilir. Dolayısıyla iç hukukta öngörülen düzenleyici nitelikteki süreler aşılmış olsa dahi, başvuranların Sözleşme kapsamında makul sürede yargılanma hakları ihlal edilmemiş olabilmektedir.

iii. Düzenleyici Sürelerin Miktarına Oranla Makul Olmayan Gecikmelerin İhlal Oluşturacağı Görüşü

Yukarıda ayrıntılı biçimde anlatıldığı üzere İş Kanununda işe iade davalarının toplam 3 ay içinde kesin olarak karara bağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Üçüncü görüşe göre; söz konusu sürelerin birkaç gün aşılmasıyla ihlalin ortaya çıkacağını kabul etmek, hem sürelerin düzenleyici nitelikte olması hem de adaletin gerçekleştirilmesini ikinci plana atabileceği riskini taşıması nedeniyle pek mümkün görünmektedir. Fakat söz konusu sürelerin makul süre ile hiçbir ilişkisi olmadığını kabul etmek ve görmezden gelmek de, kanun koyucunun abesle iştigal ettiğini ve hiçbir anlamı olmayan kurallar vaaz ettiği anlamına gelir ki, bu durum kanun koyucunun iradesine ve öngörülen süre içinde davasının sonuçlandırılmasını bekleyen tarafların haklı beklentilerine uygun değildir. Bu bağlamda, her iki görüşün de belirtilen sakıncalarından dolayı, bu sürelerin miktarıyla orantısız gecikmelerin ihlal oluşturacağı görüşü savunulabilirdir. Yani işe iade davalarında öngörülen üç aylık süre aşılır aşılmaz ihlal ortaya çıkmazsa da, diğer davalar gibi örneğin iki veya üç yılı aşan yargılamaların makul olarak değerlendirilemeyeceği ileri sürülebilir. Bu durumda iki veya üç yılı aşan işe iade davaları karmaşık ve çözümü güç davalar değilse makul süre yönünden sorunlu olarak ifade edilebilir.

İş Kanununda belirtilen söz konusu süreler, doktrinde ve uygulamada, Türkiye'nin gerçekleriyle bağdaşmadığı ve uygulanma kabiliyetinin olmadığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve bu durum sürelerin aşılmasına mazeret olarak gösterilmektedir. Bu bağlamda kanunda belirtilen bu sürenin, uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmadığı belirtilmekte ve en azından tebligat için geçen süreler dikkate alındığında dahi (özellikle bir tebligat yanlışlığı ortaya çıkmış ve yeniden tebligat yapılması gerekmişse) bu kadar kısa sürede yargılamayı tamamlamanın çoğunlukla bir temenni olarak kalacağı ifade edilmektedir.[50] Aynı

[50] 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı; Özekes, s.489

şekilde davanın bu süre içinde tamamlanmasının çoğunlukla mümkün olmayacağını ve bu sürelerin yargı organlarına duyulan güvenin sarsılmasına sebep olabileceği belirtilmektedir.[51]

Seri yargılama usulünün kaldırılması sebebiyle, işe iade davalarında basit yargılama usulünün uygulandığı yukarıda belirtilmişti. Söz konusu sürelerin makul olup olmadığının tespiti, basit yargılama usulünün özellikleri ile karşılaştırılırsa daha kolay anlaşılacaktır.

Yukarıda ayrıntılı biçimde anlatıldığı üzere basit yargılama usulünde davanın açılmasıyla, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilir ve davalı tebliğden itibaren iki hafta içinde cevap dilekçesi verebilmektedir. Davalının bu süre içinde cevap hazırlaması çok zor ya da imkansızsa, davalıya iki haftayı geçmemek üzere bir defaya mahsus ek süre verilebilmektedir. Replik ve düplik aşaması bulunmadığından dilekçeler teatisinin bu şekilde sona ermesiyle, mümkünse duruşma yapılmadan dosya üzerinden karar verilmekte fakat tahkikat aşaması kural olarak ilk duruşma hariç olmak üzere iki duruşmada tamamlanmakta ve duruşmalar arasındaki süre bir aydan uzun olamamaktadır. Ancak işin niteliği gerektiriyorsa ikiden fazla duruşma yapılabileceği gibi bir aydan fazla süre de verilebilmektedir. Tahkikatın sona ermesiyle de mahkeme kararını tefhim etmektedir.[52]

Dava dilekçesinin davalıya tebliği, cevap dilekçesinin davalı tarafından mahkemeye sunulması, ön inceleme amaçlı duruşmanın yapılması ve tahkikat aşamasında kural olarak yapılan iki duruşmanın süresi dikkate alındığında en azından hızlı bir yargılamayla 3-4 ay gibi bir sürenin geçeceği; dava karmaşıksa, davalı tarafından ek cevap süresi alınabileceği ve ek duruşmalar da yapılabileceği düşünülürse sürenin daha da uzayabileceği; dava duruşma yapılmasını gerektirmiyorsa ve görece olarak daha basitse biraz daha kısa sürebileceği tahmin edilebilir.

Belirtildiği üzere, karmaşık konulu olanlar haricindeki davalar, ilk derece mahkemesinde basit yargılama usulüne göre en azından hızlı bir yargılamayla 3-4 ay gibi bir sürede tamamlanabilir görünmektedir. Kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulandığı işe iade davalarının önemine binaen, bu süreyi biraz daha kısaltarak 2 ay-

51 Günay, s.932
52 Kuru / Arslan / Yılmaz, s.752-754

lık bir süre öngörmüş ve bu davaların bir an önce bitirilmesi gerektiği yönünde iradesini ortaya koymuştur.

Ancak şunu unutmamak gerekir ki iş ilişkisinden kaynaklanan tüm davaların ilk derece mahkemesinde 2 ay içinde karara bağlanacağı belirtilmemekte, sadece işe iade davalarının bu sürede tamamlanması kabul edilmektedir.

B- Konuyla İlgili AİHM İçtihadı

İşe iade davalarında makul süre şikayetiyle ilgili olarak 2007 yılında Türkiye'ye karşı AİHM'e başvuru yapılmış ve AİHM 2010 yılında bu konuyla ilgili içtihat oluşturan kararını vermiştir. Bu aşamada, AİHM'in konuyla ilgili verdiği kararlara değinilmesi son derece yerinde görünmektedir.

Bahsedilen kararla ilgili başvuru konusu olay şöyle gerçekleşmiştir:

Türkiye Elektrik Dağıtımı Anonim Şirketi (TEDAŞ) bünyesinde kontrolör olarak çalışan başvuran, yolsuzluk suçlaması nedeniyle 27 Ocak 2005 tarihinde işten çıkarılmasının ardından, işe iade davası açmış ve bu dava 10 Temmuz 2006 yılında kesin olarak karara bağlanmıştır. Bunun üzerine başvuran, İş Kanununun 20. Maddesinde öngörülen yasal süre içinde karar verilmemesi nedeniyle makul süre garantisinin ihlal edildiğini iddia ederek AİHM'e başvurmuştur. Dolayısıyla dava, iki dereceli yargılama organları önünde yaklaşık bir yıl beş ay sürmüştür.[53]

AİHM, öncelikli olarak başvuranın gerekçelerinin, İş Kanunu'nun 20. maddesi tarafından öngörülen yasal süre içerisinde hareket etmeyen ilgili yerel mahkemelerin *"makul süre"* ilkesine riayet etmemelerine dayandığını tespit etmiştir. AİHM, bunun akabinde Türkiye'nin bu tür bir kanunu kabul etmekle, iş hukukuna ilişkin anlaşmazlıkları çözmek amacıyla, özellikle işten çıkarma durumlarında iş hukuku konusundaki çekişmelerin süresini kısaltmak amacıyla hızlandırılmış bir yargılama/usul düzenlemiş olduğunu saptamış ve böyle bir kanunun bu kıymetli amacını vurgulamak istediğini belirtmiştir.

53 AİHM, Çalık-Türkiye davası, Başvuru no:3675/07, karar tarihi: 31/08/2010, http://www.ihtk.adalet.gov.tr/kararlar/calik.pdf

Kararda AİHM'in bu aşamada görevinin, başvuranın davasının *"makul bir süre"* içerisinde tamamlanıp tamamlanmadığını tespit etmek amacıyla yargılamanın süresinin bütünü ele alındığında, bu sürenin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına uygunluğunu doğrulamakla sınırlı kaldığı, esasen ulusal mahkemelerin yasal süreye riayetlerine ilişkin yerel mevzuatı nasıl yorumladıklarını ve uyguladıklarını denetlemenin AİHM'in görevi olmadığı, bu görevi yerine getirmenin öncelikle ulusal mahkemelere düştüğü ifade edilmiştir.

Bu bağlamda kararda, yargılama süresinin makul niteliğinin, davanın koşullarına, mahkemenin içtihadı tarafından kabul edilen kriterlere, özellikle davanın karmaşıklığına, başvuran ile yetkili makamların tutumuna ve ilgililer için ihtilaf konusu davanın içeriğine bakılarak değerlendirildiği yönündeki genel ilke tekrar edilerek iade istemiyle açılan davanın 1 yıl 5 ay sürmesini makul olarak değerlendirilmiş ve İş Kanununun 20. maddesinde öngörülen süreleri makul süre garantisi içinde değerlendirmeyerek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulunmuş ve kabul edilemezlik kararı verilmiştir.[54]

1 yıl 2 ay kadar süren benzer bir başvuruda[55] da AİHM, makul süre garantisinin ihlal edilmediği sonucuna vararak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Önüne gelen davalarda AİHM, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, davanın karmaşıklığına, başvuran ile yetkili makamların tutumuna ve başvuranın neleri yitirebileceğine bakacağını belirtmiş ve iş kanununda öngörülen söz konusu sürelerin bu tespit için bir kriter olmayacağını kabul etmiştir. Yani söz konusu sürelerin makul sürede yargılanma hakkını sağlamaya yardım etmek gibi asil bir amacı olsa da, AİHM bu süreleri ölçü alarak makullük testinde değerlendirmeye almamaktadır.

Bu yaklaşım, AİHS'in daha çok asgari standartlar getirdiği[56] ve AİHS'in 53. maddesinde ifade edilen "*Sözleşme hükümlerinden hiçbiri,*

---

54 AİHM, Çalık-Türkiye Davası, Başvuru no:3675/07, karar tarihi: 31/08/2010, http://www.ihtk.adalet.gov.tr/kararlar/calik.pdf

55 AİHM, Dildirim-Türkiye Davası, Başvuru no:42927/10, karar tarihi: 12/03/2013

56 Douwe Korff, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap –Yaşam Hakkı-, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, No:8, s.5

herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz." hükmü dikkate alınarak iç hukukta daha fazla koruma getiren hükmün dikkate alınması gerektiği şeklinde eleştirilebilir.

Aslında İş Kanunundaki söz konusu süreler olmasa dahi, AİHM'in işe iade davalarında 1 yıl 5 ay gibi bir süreyi makul olarak değerlendirmesi eleştirilebilir ve iş akdi feshedilen işçinin, işe iade davası açarak bir an önce işine tekrar başlamayı umduğu, oysa davanın 1 yıl 5 ay gibi bir süre devam etmesi durumunda, işçinin başka bir işe başlamamışsa oldukça büyük geçim sıkıntısı yaşayacağı; sürenin uzun sürmesinden dolayı işçi başka bir işe başlamışsa, bu durumda da işe iade davası anlamını yitireceği söylenebilecektir. Ancak işe iade davalarında çoğunlukla işçi davayı kazansa da işverenin işe iade yerine tazminat seçeneğini kullandığı düşünüldüğünde davanın anlamını yitirmediği, haksız şekilde işten çıkarılan işçinin maddi tazminatla mağduriyetinin giderildiği düşünülmektedir.

Bununla beraber AİHM, iş ilişkisinden kaynaklanan ihtilafların özel gayret (special diligence) gerektirdiğini vurgulayarak[57] diğer hukuk davalarına oranla yargılamanın daha kısa sürede tamamlanması gerektiğini kabul etmektedir. Bu alanda AİHM daha katı bir inceleme yapmakta ve iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili başvurularda makul süre garantisinin ihlal edildiğini sıklıkla tespit etmektedir.[58] Bunun sebebi, yukarıda bahsedildiği üzere işçinin geçim kaynaklarını kaybetme riski taşıması ve işçinin davadaki menfaati ile davanın işçi için öneminin büyük oluşudur.

Anlaşılacağı üzere AİHM, makul sürenin belirlenmesinde söz konusu süreleri dikkate almamış fakat kendi içtihatlarıyla kabul ettiği üzere, iş davalarının özel gayret gerektirdiği belirterek hızlı bir şekilde sonuçlanması gerektiğini ifade etmiştir.

AİHM, makul sürenin belirlenmesinde, başvurucunun neleri yitirebileceğini yani başvuru konusunun başvurucu için önemini dikkate alacağını, yukarıda belirtildiği üzere içtihatlarıyla kabul etmesine

57 AİHM, B. No: 12460/80, 27/2/1992, § 17
58 AİHM, B. No: 31792/06, 23/5/2010,§ 31

rağmen, konuyla ilgili kararlarında, işçinin boşta geçen süreler için en fazla 4 aylık ücret alacağına ilişkin kurala hiç değinmemiştir.

C- Konuyla İlgili Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında makul süre yönünden incelediği işe iade davasında iki dereceli yargılamada üç yıl beş ay süren bir yargılamayı makul süreyi aşan bir yargılama olarak görmüş ve başvurucuya tazminat ödenmesine hükmetmiştir.[59] Kararda dikkat çeken husus AİHM'nin şimdiye kadar zımni olarak dört yılı aşan sürelerde yapılan yargılamaları uzun kabul etmesine rağmen Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkını işe iade davalarında daha önemli görerek dört yıldan daha kısa süren bir yargılamayı da ihlalle neticelendirmesidir.

Bahsedilen kararda, öncelikle uzun yargılamayla ilgili genel kriterleri sıralanmış ve AİHM gibi yargılamanın bütününün ele alacağını ifade edilmiştir.[60] Daha sonra AİHM içtihatlarına atıf yapılarak iş davalarında derhal bir yargı kararı verilmesinde önemli bir kişisel yararı bulunduğu, zira işten çıkarılmak suretiyle geçim kaynağını kaybeden bir bireyin hukuki durumunun ivedilikle açıklığa kavuşturulması gerektiği ifade edilerek iş davalarının bu yönüyle diğer davalarla kıyaslandığında makul süre yönünde ayrı bir önemi olduğu vurgulanmıştır. Bunun akabinde kararda bahsedilen öneme binaen İş Kanununun 20. maddesiyle getirilen düzenleme ve basit yargılama usulüne değinilmiştir.[61]

Anayasa Mahkemesi kararında; "*Taraflar için 4857 sayılı Kanun'da belirtilen süreler kural olarak kesin ve hak düşürücü nitelikte olmasına rağmen, Kanun'un 20. maddesinde mahkemeler için öngörülen süreler hak düşürücü nitelikte değildir. İşe iade davalarının sonuçlandırılması için öngörülen iki aylık süre, mahkemelere yönelik bir süre olduğundan düzenleyici nitelikte olup, mahkemeler bu sürede davayı sonuçlandıramasalar da daha sonra verdikleri kararların geçerli olduğunda şüphe yoktur.*" diyerek AİHM kararlarına paralel olarak düzenleyici süreleri makul süre incelemesinde uyulması zorunlu süreler olarak değerlendirmeyeceğini ifade etmiş, kararın

59 Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/772, 7/11/2013
60 Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/772, 7/11/2013, , § 55-71
61

devamında ise "*Bununla birlikte işe iade davalarının başvurucu açısından taşıdığı değer ile davanın kısa sürede bitirilmesindeki başvurucunun kişisel yararı göz önüne alındığında bu davaların süre yönünden diğer davalarla aynı nitelikte olduğu da söylenemez.*" diyerek davanın niteliğinin makul süre incelemesinde diğer davalara nazaran daha hassas inceleme gerektirdiği vurgulanmıştır.

Kararda daha sonra davanın koşulları incelenmiş ve davanın üç yıl beş ay sürmesinin ilk derece mahkemesinde bilirkişi raporu alınması aşamasında talimat yazılması ve bilirkişiye ulaşılamaması nedeniyle altı buçuk ay, Yargıtay aşamasında ise dosyanın görevsizlik kararıyla hukuk daireleri arasında gidip gelmesiyle 16 buçuk ay geçtiği ve en son inceleme yapan dairenin dosyadaki eksiklik nedeniyle dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndermesiyle de iki ay daha süre geçtiği tespit edilmiştir.

Kararda davanın karmaşık olmadığı, tanık sayısının çok olmadığı, başvurucunun tutumunun davanın uzamasına etkisinin bulunmadığı tespiti yapılarak, "*İlk derece mahkemeleri ile temyiz incelemesi yapan yüksek mahkemelerin dava türlerine göre iş bölümü yapmaları yargıda uzmanlaşma sağlayarak ve uyuşmazlıkların çözümünü hızlandırarak yargının etkinliğini ve etkililiğini arttıran önemli bir unsurdur. Bu çerçevede uyuşmazlıkları hızlı ve hakkaniyete uygun bir biçimde karara bağlayacak yargı sistemi kurmak isteyen devletin iyi bir iş bölümü ve etkin bir organizasyon kurma konusunda gerekli tedbirleri almasının devletin asli görevleri arasında olduğu açıktır. Bu nedenle meydana gelen aksamalarla oluşan gecikmelerin davanın taraflarına yükletilmesi mümkün değildir.*" denmiştir. Bu hükümle devletin yargıda iyi bir iş bölümü organizasyonu kurarak ve uzmanlaşmayı sağlayarak etkinliği ve verimliliği arttırmak şeklinde pozitif bir yükümlülüğü olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay hukuk davaları uygulamasında Yargıtay'ın her yıl dairelerin uzmanlık alanlarını belirlemesi, mahkemelerin dosyayı doğrudan ilgili gördükleri daireye göndermeleri ve önemli oranda hatalı daireye dosya havalesi nedeniyle temyiz sürecinde zaman kaybı yaşandığı göz önünde bulundurulduğunda, iş bölümü ve organizasyon konusundaki tespit ve uyarının önemi daha iyi anlaşılacaktır. Bu konuda Yargıtay'da hukuk daireleri için bir ön büro kurularak dosyaların doğru daireye havalesi görevi verilmesi bir çözüm olarak düşünülebilir.

Kararda ayrıca ilk derece mahkemesinde davaya beş farklı hâkimin nezaret etmesine dikkat çekilerek hâkimlerin görevlerinin sık aralıklarla değiştirilmesi nedeniyle farklı hâkimlerin aynı dosyayı tekrar ele almak zorunda kaldıkları, bu durumun davaların uzamasının yanı sıra yargının iş yükünün artması üzerindeki olumsuz etkilerinin göz önünde tutulması gerektiği vurgulanmıştır.[62]

SONUÇ

İş ilişkisinde işçilerin zayıf konumda olması ve işverene karşı korunma ihtiyacı duyması, devleti çalışma hayatına müdahale etmeye sevk etmiştir. Bu duruma kayıtsız kalmayan Türk yasa koyucu, işçi-işveren ilişkisini ayrıntılı olarak düzenlemesinin yanında, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir an önce sonuçlanması amacıyla yazılı yargılama usulüne göre daha hızlı işleyen basit yargılama usulünün iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanmasını emretmiştir. Yasa koyucu, iş ilişkileri arasında işe iade davalarına ise ayrı bir önem vermiş ve İş Kanunun 20. maddesinde bu davaların 3 ay içinde karara bağlanması yönünde düzenleyici süreler ihdas etmiştir. İş akdi feshedilen işçinin tekrar işe başlayarak geçimini sağlayabilmesi veya dava reddedilecekse bir an önce başka bir iş arayabilmesi bakımından, kanun koyucunun öngördüğü bu sürelere uyulabilmesi son derece yerinde olacaktır.

AİHM, iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların özel gayret gerektirdiğini kabul ederek, diğer hukuk davalarına oranla daha hızlı sonuçlanması gerektiğini kabul etmiş fakat işe iade davalarını diğer iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardan ayırt etmeyerek aynı içtihadını bu başvurulara da uygulamıştır. Oysa Türk Kanun koyucu işe iade davaları konusunda daha hassas davranarak bu davaların hızla tamamlanması için düzenleyici süreler öngörmüştür.

Ancak İş Kanununun yürürlüğe girmesinden on yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen, söz konusu sürelere, oldukça kısa belirlenmeleri ve uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmaması nedenleriyle riayet edilmemektedir. Aslında oldukça kısa sürelerin belirlenmesi kadar düzenlemenin on yıldan fazla bir süredir yürürlükte bulunmasına

62 Anayasa Mahkemesi, B. No: 2013/772, 7/11/2013, § 76

rağmen buna uygun sistem kurulamaması da, en azından sürelere uyulamasa da kısa sürede yargılama yapılabilmesine engel olmaktadır. Nitekim yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararında yargıda iş bölümü ve organizasyondan kaynaklanan eksiklere vurgu yapılmıştır.

Bu durumda İş Kanununun 20. maddesiyle düzenleyici nitelikte belirlenen sürelerin uyulmamasının nedeninin; sürelerin uygulamanın gerçekleriyle bağdaşmaması kadar, uygulamada yasal düzenlemeye uyum sağlamak konusunda yeterli gayretin gösterilmemesi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla sorunu gidermek ve bu sürelere uygun yargılama yapmak amacıyla önlemler alınması gerekmektedir.

İşe iade davalarının fesihten itibaren işçinin boşta geçen süreler için en fazla 4 aylık ücret talep edebileceği hükmüne yer verildiği de dikkate alınırsa, kanunun sistematiğinin bu süreler üzerine kurulduğu söylenebilir. Bunun karşısında işten çıkarılan işçinin mağduriyetini giderici olarak tazminat almayı beklediği, zira genellikle davayı kazansa da işveren tarafından işe iade edilmediği ve tazminat ödemenin kabul edildiği söylenebilir.

Gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesi başvuruculların menfaatinin ve davadan beklentilerinin büyük olması nedeniyle iş davalarının diğer davalara göre kısa sürede bitirilmesi konusunda hemfikir görünmektedir. Yine her iki mahkeme iş kanununun 20. maddesinde yer alan sürelerin düzenleyici süreler olduğu ve aşılması halinde makul sürenin her zaman aşılmayacağı, makul sürenin tespitinde davanın bütününe bakmak gerektiği konusunda da benzer içtihada sahip oldukları görünmektedir.

Bunun yanında AİHM, Türkiye aleyhine açılmış davalarda en fazla 17 ay süren bir davanın süresinin makul olduğu yönünde karar verirken dört yıldan kısa ancak 17 aydan uzun süren bir davayı da makul süre yönünden ihlal ile sonuçlandırmadığı, bunun yanında Anayasa Mahkemesinin üç yıl beş ay süren bir işe iade davasını makul süre yönünden ihlal ile sonuçlandırdığı görülmektedir.

Sonuç olarak AİHM'in birçok kararında ifade edildiği gibi sözleşmenin 6. maddesinin, masrafı ne olursa olsun sözleşmeci devletlere yasal sistemlerini 6. maddenin her bir gereğini karşılayabilecek bir

sistem kurmaya zorladığı,[63] göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun takdir ettiği sürelere tamamen uymasa da yargılama süresini kısaltarak makul bir seviyeye düşürecek sistem kurulması, iş bölümü ve organizasyon konusunda pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi kararının bu anlamda önemli olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

Aktay Nizamettin/ Arıcı Kadir/ Senyen-Kaplan Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitapevi, Yenilenmiş Dördüncü Baskı

Altıparmak Cüneyt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları, Tbb Dergisi, Sayı:63, 2006

Case Of Frydlender V. France, (Application No. 30979/96) Judgment:27 June 2000

Case Of Ruotolo V. Italy, App. No: 12460/80, Judjment Date: 27/02/1992

Case Of Vocaturo V. Italy, Application No. 11891/85, Judgment: 24/05/1991

Çalık-Türkiye Davası, Başvuru No:3675/07, Karar Tarihi: 31/08/2010, Http://Www.İhtk.Adalet.Gov.Tr/Kararlar/Calik.Pdf

Daneshpayeh V. Türkiye, Başvuru No. 21086/04, Karar Tarihi. 16 Temmuz 2009

Dildirim-Türkiye Davası, Başvuru No:42927/10, Karar Tarihi: 12/03/2013,

Doğru Osman/ Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama Ve Önemli Kararlar, 1.Cilt

Douwe Korff, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap –Yaşam Hakkı-, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, No:8

D.J.Harris/ M.O'boyle/ E.P.Bates/ C.Mbuckley; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2. Bası

Gökçe Erdal, Türk İş Hukukunda İşe İade Davası, Legal Yayıncılık, İstanbul-2008, Birinci Baskı

Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara-2009, Genişletilmiş Üçüncü Baskı

İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa –Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme- Editör: Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi-2013, 1. Bası

Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, 23. Baskı

63 AİHM, B. No: 11891/85, 24/5/1991, § 17

Manav A. Eda, İş Hukukunda Feshe İtiraz Davasının Şartları Ve Yargılama Usulü, Taad, Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3 (20 Ekim 2010)

Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Turhan Kitapevi, Ankara-2005, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Bası

Nuala Mole/ Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı –Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz

Özcan Durmuş, Öğreti Ve Uygulamada İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara-2011, Birinci Baskı

Özekes Muhammet, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı; Hakan Pekcanıtez (Yayına Hazırlayan), "İş Kanunu'nun 20. Ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama Ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara-2004, Birinci Baskı

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara-2011, 12. Baskı

Sebahattin Evcimen V. Turkey Judgment, Application No. 31792/06, Judjment Date: 23/05/2010

Sümer Haluk Hadi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya-2011, On Altıncı Baskı

Topal Güneş, İş Kanununa Göre Geçerli Nedenlerle Yapılan Fesih Ve İş Güvencesinin Uygulanmadığı Durumlarda Bildirimli Feshin Karşılaştırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2008, Birinci Bası

KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANABİLMEK İÇİN ÖNGÖRÜLEN KOŞULLAR

CONDITIO SINE QOA NON CONDITIONS TO DESERVE SEVERANCE PAYMENT

Tamer DEMİRBİLEK*

Özet: Kendine özgü bir hukuki niteliği olan kıdem tazminatı; bir yıpranma tazminatıdır. Kıdem tazminatına hak kazanabilmek için; yasada bazı şartlar öngörülmüştür. Biz bu çalışmamızda kıdem tazminatına hak kazanabilmek için sağlanması gereken koşulları, kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken hususlar ile zamanaşımı ve faiz konularını inceleyeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Kıdem tazminatı, iş akdi, iş akdinin sona ermesi

Abstract: Severance pay is a sui generis compensation. To deserve this payment, there are some requirements needed where is written in labour codes. Our aim in this study is showing which requirements are needed to deserve this payment and giving information about how to calculate this compensation and its presciption period and interest.

Keywords: Severance Payment, labor contract,termination of the labor contract

A. Genel Olarak

İş hayatında iki önemli aktör vardır. Bunlar işçi ve işverendir. Her iki aktöründe karşılıklı ve korunması adına sürekli bir çekişmeye yol açan hakları vardır. Öncelikle, taraflar arasında bu hakların var olabilmesi için iş akdinin kurulması gerekir. Anayasanın 48. maddesi ve devamında güvence altına altına alınan çalışma hakkının bir sonucu olan iş akdi; işçi ve işveren arasında iş ilişkisini doğurur. Doğan bu ilişkinin son bulması ve İş Yasası'nda öngörülen şartların sağlanması sonucu, doğan bu ilişkiden kaynaklanan bazı haklar gündeme gelir.

* Avukat

Söz konusu haklardan biri de, kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatı ülkemizde 1950'li yıllardan itibaren tartışılmaya başlanmıştır. İşçiye yapılan kıdem tazminatı ödemesinin kimi işverenin rekabet etme gücünü zayıflattığı kimi işvereninse işyerini kapatmaya neden olması dolayısıyla, işverenler tarafından bu tazminatın yürürlükten kaldırılması talep edilmiştir. İşçi sendikaları ise bunun aksine, dünya genelinde oldukça yaygın olan ve işçinin işvereni yanında çalışma süresi boyunca yıpranmasının karşılığı olarak işçiye ödenen kıdem tazminatının uygulama alanının genişlemesi için büyük bir mücadele vermişlerdir.

Kıdem tazminatı; Yargıtay'ın, "işverene ait işyeri ya da işyerlerinde belli bir süre çalışmış olan işçinin, işini kaybetmesi halinde, işinde yıpranması ve yeni bir iş edinmede karşılaşacağı güçlükler ve işyerine sağladığı katkı göz önüne alınarak, geçmiş hizmetlerine karşılık olmak üzere, kanuni esaslar dahilinde işverence işçiye verilen toplu para"[1] olarak tanımladığı bir tazminat türüdür. Başka bir tanıma göre ise bu tazminat türü, hizmet sözleşmesi belirli hallerde sona eren işçiye (veya mirasçılarına) duruma göre aynı veya farklı işverenler nezdindeki hizmet süreleri dikkate alınarak ödenmesi gereken bir paradır"[2]. Bu tazminat türünün hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda bir görüş birliği maalesef yoktur. Öğretide bu tazminat türünün var oluş sebebinin işçinin geleceğini teminat altına alma amacı olduğundan, boşta kalma için ödenen ücret, işsizlik sigortası, ikramiye vs. niteliği olduğu savunanlar vardır. Oysaki kıdem tazminatı ileride de ele alacağımız üzere, işçiye işyerinde çalıştığı süre de yıpranmasının ve işverenine sadakatinin ödülüdür. Kanaatimizce bu özelliği dolayısıyla kıdem tazminatı; kendine özgü bir tazminat türüdür.

B. Tarihçesi ve Dünyada Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatının tarihçesine bakıldığında; bu tazminat türü ilk defa Fransa'da ortaya çıkmıştır. Buna göre, "Fransa'da fabrikada işinden başarıyla ayrılan işçilere ayrılırken işveren tarafından bir armağan olarak verilmeye başlanmış"[3] ve daha sonraları toplu iş sözleş-

1 Şahin Çil; İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2009, s.322
2 Ercan Akyiğit; İş Hukuku, Ankara 2003, s.224
3 Faruk Andaç; İş Hukuku, Ankara 2006, s.99

melerine bir tazminat olarak girmiş ve en sonunda yasalara bununla alakalı hükümler konulmuştur.

İşçinin işine son vermeyi engellemek amacıyla oluşturulan bu tazminat türü ülkemize ilk olarak 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile girmiştir. Bu kanunun 13. maddesinde düzenlenmesine rağmen kıdem tazminatı ifadesi kullanılmamıştır. Mezkur Kanuna göre kıdem tazminatını hak etmek için aranan iki şart vardı. Bu şartlar; iş sözleşmesinin feshedilmiş olması ve 5 yıllık çalışma süresinin tamamlanmış olmasıydı. 1950'li yıllarda yapılan değişiklikle 5 yıllık süre 3 yıla indirilmiş ve zamanla her yıl için öngörülen 15 günlük ücret olarak belirlenen tazminat miktarı 30 güne çıkarılmış ve 3 yıllık sürede 1 yıla indirilmiştir.

Hemen belirtelim ki, kıdem tazminatı için öngörülen asgari süreler ve buna bağlı olarak öngörülen tazminat miktarını hesaplanmasına kaynak oluşturan gün bazında ücret hesabı ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Nitekim; kıdem tazminatının ilk ortaya çıktığı ülke olan Fransa'da 2008 yılına kadar asgari çalışma süresi 2 yıl iken, yeni yapılan düzenleme ile 1 yıla indirilmiştir. Komşu ülke olan Yunanistan'daki kıdem tazminatına hak kazanabilmek için öngörülen asgari çalışma süresi ise 2 aydır. Almanya da ise İş Yasası'na göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için tam bir yıl çalışma şartı öngörülmüştür.[4] Aynı şekilde, Amerika Birleşik Devletleri'nde de, işinde yetersizlik olma dışında, 12 ay boyunca çalışan kişi, kıdem tazminatı almaya hak kazanır[5]. Ayrıca, bazı ülkelerde ise kıdem tazminatıyla alakalı hiçbir yasal düzenleme olmadığının da altını çizmek gerekmektedir. Bunun nedeni de işçilerin bütün hakları toplu iş sözleşmelerinde düzenlenmesi dolayısı ile, o ülkelerin kanun koyucuları tarafından buna gerek duyulmamasıdır.[6]

---

4 "Sec. 1a PADA: İş akdi sona eren bir işçiye herbir çalışma yılı için yarım aylık ücret miktarında kıdem tazminatı ödenir." İLO Uluslar arası Çalışma Örgütü ,2012, 01.10.2014 tarihinde http://www.ilo.org/dyn/eplex/termdisplay.severancePay?p_lang=en&p_country=DE&p_all_years=Y adresinden erişildi.

5 "İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için 12 aylık çalışmış olması ve işinde yetersizlik sebepi haricinde bir sebeple iş akdinin sona ermiş olması gerekir." OPM.GOV., 01.10.2014 tarihinde http://www.opm.gov/policy-data-oversight/pay-leave/pay-administration/fact-sheets/severance-pay/ adresinden erişildi.

6 Disk Raporu: Dünyada ve Türkiye'de Kıdem Tazminatı Gerçeği,2010, 01.10.2014 tarihinde
http://www.birlesikmetal.org/tis/?p=339 adresinden erişildi.

C. Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar

Kıdem Tazminatı işçinin lehine olan bir tazminat türü olsa da, işçinin bunu elde edebilmesi için bazı gereken koşulları sağlaması gerekmektedir. Bu koşulları sıralanmıştır.

ñ **İş Sözleşmesi'nin varlığı**; Herşeyden önce, kıdem tazminatından söz edebilmemiz için işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'na göre geçerli sayılan bir iş sözleşmesi ile çalışmış olması ve sözleşmenin aynı kanunun 4. maddesinde sayılan istisnalar ile Borçlar Kanunu kapsamındaki diğer çalışmalar kapsamına dahil olmaması gerekir. Yeri gelmişken uygulamada sık olarak karşılaşılan, işçinin çalışmalarının bir kısmının İş Kanunu kapsamında olmayıp geriye kalan kısmının iş kanunu kapsamına girmesinden kaynaklanan soruna kısaca değinecek olursak; burada işçinin kıdem tazminatı hak etmesi için hesaplanacak çalışma süresinin, bu sürenin işçinin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren ve istisnalara dahil olmayan çalışmaları dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir. Bu hususu bir örnekle açıklayacak olursak; " İş Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan istisnalar arasına giren, 50 ve daha az işçi çalıştıran tarım işyerlerinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz. Ancak, işçi sayısı 50'den fazla olursa, bu durum istisna kapsamında olmayacağından işçi artık kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Dolayısıyla işe başlama tarihinde işçi sayısının 50'den az olduğu bir tarım işletmesi işçisinin, işçi sayısının 50'den fazla olmasından sonra en az bir yıllık geçen süreler için kıdem tazminatı talep etmesi mümkün olacaktır. Ancak; istisna kapsamındaki çalışmaları hesaba katılmayacak ve o süreler için kıdem tazminatı talebi olamayacaktır.

ñ **En Az Tam Bir Yıl Çalışma Şartı**; İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için ilk olarak en az 1 yıl süreyle aynı işverenin yanında çalışmış olması gerekmektedir. Bu süreye tatil vs. dahil iken, grev/lokavt[7] nedeniyle sözleşmenin askıda olduğu süreler dahil değildir. Daha önceden de belirttiğimiz gibi, kıdem tazminatı kanunumuza girdiğinde toplamda çalışılmış olması gereken asgari süre 5 yıl iken, sonraları 3 yıla ve şuan ki duruma göre 1 yıla kadar indirilmiştir.

---

7 Uğur Ocak, İşçilik Alacakları, Ankara 2013, s. 451. 9. HD. 2009/23116 E. 2011/41322 K. 27.10.2011

Kıdem tazminatı hak kazanabilmek için bu sürenin işçi tarafından tekemmül etmiş olmasından bahsetmiştik. Başka bir ifade ile "kıdemi bir yıldan az olan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz[8]. Ancak, bu durumu aksi söz konusu olduğunda, yani işçinin kıdem tazminatına hak kazanamamış olmasına rağmen işverenin, işçiye kıdem tazminatı ödemesi hususunu İş Yasası bir yaptırıma bağlamamıştır. Nitekim, "Yargıtay'ın 2008 ve 2009 yıllarında vermiş olduğu ilke kararlarında da, yasal en az bir yıllık çalışma koşulunun nispi emredici olduğu ve işçi lehine azaltılabileceği sonucuna varılmıştır.[9] Yani toplu iş sözleşmesinde kıdem tazminatına hak kazanabilmek için 2 ay gibi asgari çalışma süresinin öngörülmesinin önünde herhangi bir yasal engel söz konusu olmadığından, bu mümkün olacaktır. Tabi bu sürenin başlangıcının işçinin fiilen işe başlama tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği gibi, sonunun da iş sözleşmesinin fesih tarihi olması gerekir. Hakikaten, Yargıtay'ın da bir kararında altını çizdiği gibi[10], kıdem başlangıcı için işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih dikkate alınır.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için en az bir yıllık sürelik çalışmasını aynı işverene ait işyerlerinde geçirmiş olması gerekmektedir. Çalışma süresinin aynı holding bünyesinde gerçekleştirmesi durumunda da kıdem tazminatı açısından herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Yargıtay'ın yaklaşımı da bu yöndedir. Nitekim, bu yaklaşım; "şirketler arasında organik bağ'dan söz edilerek kıdem tazminatı miktarını hesaplama" yönündedir.[11]

ñ İş Akdinin Tazminatı Hak Edecek Şekilde Sona Ermiş Olması

I.İşverence Yapılan Feshin İş Kanunu Madde 25/II Kapsamı Dışında Olması

İş Kanunu'nun 25 maddesinin "Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri" başlıklı ikinci bendinde işverene derhal fesih

---

8 Yeni İş Yasası Semineri, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2004 s.101

9 Çil, s.323

10 "...Kanunda kıdemin esas alındığı haklarda, kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izinlerde kıdem başlangıcı için, iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil; işçinin eylemli olarak işe başladığı tarih göz önünde tutulduğu için iş güvencesine ilişkin kıdemin başlangıcında da işe başlama tarihinin dikkate alınması uygun olacaktır." 9HD, 20.03.2014, 2013/11071 E., 2014/9299 K. Uyap Bilişim Sistemi

11 Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz.Yargıtay 9.HD., 04.07.2008 gün, 2008/12824 E., 2008/18884 K Uyap Bilişim Sistemi

hakkı veren haller kaleme alınmıştır. Bu bent kapsamına giren işçinin herhangi bir davranışı, durumu söz konusu olduğunda ve buna dayalı olarak işverenin iş akdini feshettiğinde, işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanamayacaktır. Her ne kadar, öğretide bir görüşe göre işçinin her durumda kıdem tazminatı alması gerektiği savunulsa da, bu bent kapsamına giren bir durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır. Nitekim Yargıtay bir kararında, işvereninden habersiz olarak kasadan para alan işçinin bu davranışından dolayı işverenin iş akdini feshetmesini, İş Kanunu madde 25/II-e kapsamında haklı fesih olduğu kanaatine varmıştır.[12] İşçi ve işveren arasındaki güven ilişkisini zedeleyen duruma ilişkin Yargıtay'ın bu tutumu kanaatimizce yerindedir.

Yine aynı bende göre "işçinin haklı bir neden dayanmaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda devamsızlık yapması da" işveren için bir haklı fesih nedenidir. Ancak, Yargıtay 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrasına[13] uygun olarak bununla ilgili bir kararında, işçinin devamsızlık yaptığını ispat etme yükünün işverene ait olduğunun da altını çizmiştir.[14] Aynı maddeye göre uygun olarak belirtmek gerekir ki, işçi devamsızlıktan iş sözleşmesini feshe der ve devamsızlık da haklı nedene dayanırsa işverenin yaptığı fesih haksız fesih olacak ve işveren haksız feshin sonucuna katlanacaktır. Ancak, işverenin devamsızlığı ispatla birlikte ayrıca devamsızlığın haklı nedene dayanmadığını ispatlamasına ise gerek yoktur. İşçinin de bu noktada yapmış olduğu devamsızlığının haklı nedene dayandığını ispatlaması gerekecektir.

---

12 "...Davacının kabulü ile isnat edilen olay sabit olup işverenin rızası dışında kasadan para alması, işverenin güvenini kötüye kullanmaktır. Bu nedenle işverence yapılan fesih 4857 sayılı İş Kanunun 25/II-e hükmü kapsamında haklı olup, davacı kıdem ve ihbar tazminatlarına hak kazanamayacağından tazminat taleplerinin reddi gerekirken mahkemece yazılı gerekçe ile davacının tazminat taleplerinin kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.9.HD,16.12.2013, 2011/48519 E., 2013/33271 K. Uyap Bilişim Sistemi

13 İş Kanunu 20/2: Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

14 "Somut olayda; davacı iş akdinin işveren tarafından haksız feshedildiğini iddia etmiş, işveren devamsızlık haklı sebebine dayanmıştır. Devamsızlık sebebine dayanan işveren bunu kanıtlamak zorundadır. Bu itibarla, feshin yukarıdaki yasal düzenleme ve ilkeler doğrultusunda ispat yükünün davalı işverenin üzerinde olduğu dikkate alınarak değerlendirilip, sonucuna göre işverenin haklı feshinin olup olmadığı saptanarak hüküm kurulması gerekirken, ispat yükünün ters çevrilmesi sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır." 9.HD, 04/12/2013, 2011/44753 E., 2013/31796 K. Uyap Bilişim Sistemi

Sonuç olarak, iş akdinin yukarıda belirtilen İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. Bendinde belirtilen sebepler dışında bir nedene dayalı olarak sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanabilecektir. Kıdem tazminatının, işçinin işyerinden başarılı bir şekilde ayrılması nedeniyle bir armağan niteliğinde işçiye verilmesi ile ortaya çıktığı göz önünde bulundurulacak olursa; işçinin her halde kıdem tazminatına hak kazanması gerektiğini savunan görüşü yerinde bulmuyoruz.

II. İşçinin İş Kanunu madde 24'e Dayalı Olarak Feshi

Kanun koyucu bu madde de, işçiye haklı nedenle derhal fesih hakkı tanımıştır. Bu maddeye göre, 3 bentte sıralanan sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve son olarak da zorlayıcı sebepler kapsamına giren bir durumda işçiye, süresi belirli olsun veya olmasın derhal fesih hakkı tanınmıştır. Buna göre, çığ düşmesi sonucu işyerinin uzun bir süre kullanılamaz hale gelmesi durumunda, işçi buna dayalı olarak derhal fesih hakkını kullanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, zorlayıcı sebebin gerçekten de işçinin işini yapmasına engel olması gerekmektedir. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir.[15] Hatta bunun dışında, Yargıtay, İş Kanunu'nun 74.maddesinde öngörülen doğum izinlerini vermeyen işverene karşı işçinin haklı fesih imkanı olduğu kanaatindedir, zira bu maddeye göre, işverenin izin vermesi onun takdirine bırakılmamıştır.[16]

Uygulamada sık olarak karşılaşılan, yukarıda irdelenen İş Kanunu'nun 24. maddesine göre işçi açısından haklı nedenle fesih hali olmasına rağmen işçinin iradesinin fesada uğratılarak, işverence işçiden istifa dilekçesi alınması halinde, işçinin kıdem tazminatı alıp almayacağı hususunu aydınlatmamız gerekir. Öncelikle; iş akdinin istifa ile sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanmaz. İşçiyi böyle bir haktan mahrum bırakmak amacıyla iradesinin fesada uğratılması halinde de kanımızca, istifanın geçersiz sayılarak, işçinin haklı olarak sözleşmeyi feshettiğini kabul etmek hakkaniyet ilkesinin bir gereğidir. Nitekim Yargıtay'ında kanaatimize uygun olarak bir ka-

---

15 "Maddede ifade edilen "zorlayıcı sebep"; işyerine işletmeye ilişkin, kaçınılmayan ve önceden öngörülemeyen bir olay niteliğinde bulunup, işçinin, işyerindeki faaliyetini engellemeyen, çalışmasını güçleştirip,sıkıntı yaratmayan veya imkansız kılmayan nedenler bu kapsamda değerlendirilere işçiye 24/III maddesi uyarınca iş akdini haklı nedenle fesih olnağı verdiği kabul olunamaz." HGK, 09.04.2008, 2008/9-315 E., 2008/319 K. Uyap Bilişim Sistemi

16 Çil,s.335

rarında[17] böyle bir durumda istifa dilekçesine geçerlilik tanınmasının doğru olamayacağının altını çizmiştir. Sonuç olarak; İş Kanunu'nun 24. maddesinde öngörülen hallerin meydana gelmesiyle işçinin kıdem tazminatına hakkı doğar.

III. Kadın İşçinin Evlenmesi Dolayısıyla Feshi

Yasada kadın işçiye evlenmesi halinde, evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde iş akdini feshetme imkanı tanınmıştır. Kadın işçi bu hakkını evlilik tarihinden itibaren kullanmalıdır. Bu hakkını kullanan kadının kıdem tazminatı alma hakkı doğacaktır. Buna karşılık belirtmek gerekir ki, bu evliliğin Medeni Kanun hükümlerine aykırı olmaması, yani geçerli bir evlilik olması gerekmektedir. Bu itibarla, imam nikahı ile kurulmuş evlilikler Medeni Kanun anlamında geçerli bir evlilik kabul edilemeyeceğinden, imam nikahı ile evlenen kadın işçinin fesih hakkı doğmaz. Ayrıca, evlendikten itibaren 1 yıl geçmeden önce boşanma davası açan kadın işçinin davasının kesin hükmü verilmeden boşanmış sayılamayacağından; kesin hüküm verilene dek evli sayılacak ve bu süre içinde iş akdini feshedebilecektir. Ancak, Yargıtay 1 yıllık süreyi kaçıran kadın işçinin, "kıdem tazminatı almak için kocasından boşanarak çok kısa süre sonra eski kocasıyla evlenen kadın işçinin kıdem tazminatı almasını Medeni Kanun madde 2'ye[18] aykırı bulmuştur"[19]. İleride ele alınacağı üzere, kıdem tazminatının 10 yıllık zaman aşımına tabi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, evlilik tarihinden itibaren bir yıl içinde iş akdi sonlandırılan kadın işçinin, doğan kıdem tazminatı hakkını talep etmesi içinde 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

IV. Erkek İşçinin Askere Gitmesi Sebebiyle Feshi

Askerlik 20 yaşını tamamlamış erkek vatandaşlar için Anayasa'da düzenlenmiş olan bir olan bir yükümlülüktür. 1475 sayılı yasanın kı-

---

17 "...İşçinin haklı nedenle derhal fesih nedenleri mevcut olduğu ve buna uygun biçimde bir fesih yoluna gideceği sırada, iradesi fesada uğratılarak işverence istifa dilekçesi alınması durumunda istifaya geçerlilik tanınması doğru olmaz. Bu durumda işçinin haklı olarak sözleşmeyi feshettiği sonucuna varılmadır." 9HD, 28.04.2014, 2014/1926 E., 2014/ 13285 K. *Legal Hukuk Dergisi* -Cilt 12/Sayı:140/ Yıl:2014 s.416

18 TMK Madde 2: Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.
Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz

19 Sıddık Topaloğlu, M. Zülfi Camkurt , İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı, TÜHIS İş Hukuku ve İktisat Dergisi; 2008 HGK 14.02.1996, 1996/8-37 E.,1990/82 K

dem tazminatı ile alakalı yürürlükten kaldırılmayan 14. maddesine göre, çalışmış olduğu işyerinde en az bir yıllık kıdemi olan işçi, askerlik vazifesi nedeniyle iş akdini feshedebilir ve bu durumda ona işverence kıdem tazminatı ödenir. Hemen belirtelim ki "askerliğin yedek subay yahut uzun/kısa dönem er olarak yapılması ile bedelli biçimde yapılması arasında bir fark yoktur.[20]" Her ne kadar, işçinin iş akdini bu sebep dolayısıyla feshinin süresinin ne kadar olacağı belli olmasa da bu sürenin makul bir süre olması gerekmektedir. İşçi isterse fesih sonucu da tabi en az bir yıllık kıdeminin olması suretiyle; kıdem tazminatını işvereninden alabilir veya işverenle anlaşıp iş akdini askıda tutarak askerlik sonrası aynı işyerinde çalışmaya devam edebilir. Böyle bir durumda işten ayrılması halinde askerlik öncesi çalışma süresi hesaba katılarak kıdem tazminatı toplam süre üzerinden ödenir.

4857 sayılı kanunun 31. maddesinin son fıkrasında "Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder." Düzenlemesi mevcuttur. Buna göre işçi askerliğin bitmesinden sonra iki ay içerisinde işe geri girmek isterse eski işi veya benzeri işte boş yer varsa derhal yoksa boşalacak ilk işe işçiyi başlatmak zorundadır. İşçi işe başlatılmadığı veya yerine başkası başlatıldığı hallerde tazminat ödenmesi gerekir.[21]

---

20 Akyiğit, s.232

21 Ocak, s. 37 "Dairemizin istikrar kazanmış kararlarında da (ör.08.11.2004 gün ve 2004/9607 E. 2004/25022 K. sayılı) belirtildiği üzere muvazzaf askerlik hizmeti nedeni ile işten kendisi ayrılan işçinin, İş Kanununun 31/son maddesindeki koşulların varlığı halinde 3 aylık ücreti tutarında tazminata hak kazanacağı yasa gereğidir.
Muvazzaf askerlik sonrası terhisten itibaren 2 aylık hak düşürücü süre içerisinde işe başlama talebinde bulunan ve bu talebi işveren tarafından gerekçesiz biçimde reddedilen davacının "3 aylık ücreti tutarında tazminat" talebinin "iş akdinin işverence feshedilmediği" gerekçesi ile reddi hatalıdır.
Mahkemece yapılması gereken iş, işveren tarafından davacının yerine alındığı bildirilen işçinin davacının işini yapıp yapmadığının tespiti ile davacının talepte bulunduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzeri işlerde boş kadro olup olmadığını saptamak, talepte bulunulduğu tarihte davacının yaptığı iş ya da benzer işlerde boş kadro yoksa talepte bulunduğu tarihten sonra işyerine davacının yaptığı iş ya da benzeri işlere yeni işçi alınıp alınmadığı araştırılarak sonuca gitmektir.
Mahkemece yukarıda belirtilen şekilde gerekli ve yeterli araştırma yapılmadan

Son olarak da; İş Kanunu madde 31'de işçinin olağan askerlik hizmeti haricinde manevra veya herhangi bir nedenle silah altına alınması hali düzenlenmiş olup, aynı maddeye göre, akdin işverence feshedilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu noktada ilk akla gelen, söz konusu feshin İş Kanunu madde 25/II uyarınca fesih sayılıp sayılmayacağıdır. Hakim görüş öğretide feshin İş Yasası madde 25/II kapsamında sayılmaması ve işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğidir..[22]

Gerçekten de, İşçinin böyle bir nedenden ötürü silah altına alınmasının bir vatani görevi olması ve işçinin takdirinde olmaması göz önünde bulundurulduğunda söz konusu feshin İş Yasası 25/II kapsamında sayılamaması gerekir ve buna göre de işçiye kıdem tazminatı ödenmelidir.

V. Emeklilik, Yaşlılık, Malüllük Aylığı veya Toptan Ödeme Almak Amacıyla Fesih

Kanun koyucu işçiye, bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malüllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla, iş akdini feshettiğinde kıdem tazminatı alma hakkını tanımıştır. Fakat, işçinin bu sebeple iş akdini feshetmesinden dolayı kıdem tazminatını hak etmesi için bir yasal prosedür öngörülmüştür. Buna göre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için emeklilik sebebiyle fesih yeterli olmayıp aynı zamanda hak kazandığına dair belgenin işverene verilmesi gerekmektedir. "Şüphesiz bu hükmün amacı, işçinin emekliliği bahane ederek ayrılması ve başka işyerinde çalışmasının önüne geçmektir."[23] Nitekim, Yargıtay bir kararında, bundan başka işçinin bağlı bulunduğu kurumun mevzuatı açısından yaşlılık aylığına hak kazanıp kazanmadığının denetlenmiş olacağının altını çizmiştir.[24] Belgenin işverene verilmesi zorunlu un-

---

maddenin amacına aykırı gerekçe ile talebin reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. 9.HD 2008/24783 E. 2008/24783 K. 03.05.2010"

22 Çil, s.339; Ocak, s. 24-25

23 Çil, s.341

24 "...4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 4. bendinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandıktan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılması halinde kıdem tazminatına hak kazanılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde anılan bent uyarınca fesih bildiriminde bulunulabilmesi için işçinin bağlı bulunduğu kurum veya sandık hükümlerine göre yaşlılık, emeklilik, malullük ya da toptan ödemeye hak kazanmış olması gerekir. Bundan başka işçinin bağlı bu-

surlardan değildir. Burada işçinin fesih iradesinin emeklilik nedeniyle gerçekleştiğinin ortaya konulması ve ispatlanması araştırılmaktadır. Fesih iradesi açıklamakla, dava açmakla veya ihtarname göndermekle ortaya konulabilir. İşçinin kıdem tazminatına hak kazandığına dair belgeyi işverene bildirmesinin bir takım sonuçları vardır. Buna göre, yazının işverene bildirildiği anda işverenin kıdem tazminatı ödeme yükü doğacak ve faiz o tarihten itibaren işleme başlayacaktır. Bu açıdan belgenin veriliş tarihi çok önemlidir. Hakikaten Yargıtay'da bir kararında, belgenin işverene verildiği tarihi araştırılmadan kıdem tazminatına akdin fesih tarihinden itibaren faiz yürütülmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir.[25] Aynı belgenin işverene verildiği tarihin tespiti mümkün değil ise, kıdem tazminatı açısından dava tarihinden itibaren faiz yürütülmelidir[26]. Emekliliğe hak kazanma belgesinin işverene verilmemesi durumunda ise, işveren tarafından kıdem tazminatı olarak ödenen ilk taksitin tarihi geriye kalan bakiye için faiz başlangıcı sayılmalıdır.[27]

---

lunduğu kurum ya da sandığa bahsi geçen işlemler için başvurması ve bu yöndeki yazıyı işverene bildirmesi gerekir. Böylece işçinin yaşlılık, emeklilik, mamullük ve toptan ödeme yönlerinden bağlı bulunduğu mevzuata göre hak kazanıp kazanmadığı denetlenmiş olur. Öte yandan işçinin, sosyal güvenlik anlamında bu hakkı kazanmasının ardından ilgili kurum ya da sandığa başvurmaksızın kıdem tazminatı talebiyle işyerinden ayrılması ve bu yolla hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmiş olur." 9HD, 14.05.2009, 2008/1760 E., 2009/13519 K. Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası

25 "... Davacı emeklilik nedeniyle hizmet akdini feshetmiştir. 1475 sayılı yasanın 14.maddesi gereği emeklilik nedeniyle fesihlerde kıdem tazminatı faiz başlangıcı emeklilik olduğuna dair belgenin işverene verildiği tarihtir. Bu husus araştırılmadan kıdem tazminatına akdin feshi tarihinden itibaren faiz yürütülmesi hatalıdır." 9HD, 12.11.2003, 2003/6509 E.,2003/19149 K. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

26 "...Somut olayda, davacının emeklilik nedeni ile istifa ettiği yönündeki dilekçesi ve ekinde SGK belgesi var ise de bu belgelerin davalıya ne zaman ibraz edildiğinin dosyadan tespit edilemediği anlaşıldığından, kıdem tazminatı açısından dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği gözetilmeksizin fesih tarihinden itibaren faize hükmedilmesi bozma sebepi ise de ,yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün 6100 sayılı HMK'nun geçici 3/1 maddesi yollaması ile HUMK'nun 438/7. maddesi uyarında düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." 9HD, 04.03.2014, 2012/2274 E.,2014/7073 K. Uyap Bilişim Sistemi

27 "... Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksidin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmadır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir." 9HD, 05.12.2013, 2011/48573 E.,2013/31945 K. Uyap Bilişim Sistemi

VI. İşçinin Ölümü

İşyerinde bir yıllık asgari çalışma şartını yerine getiren işçinin ölmesi halinde, işçinin yasal mirasçılarının kıdem tazminatı almaya hak kazanacakları yasa da belirtilmiştir. Yasal mirasçılar dışında da "kıdem tazminatını hak edip hizmet akdi feshedildikten sonra ölüm halinde atanmış mirasçılar da hak sahibi olurlar."[28] Böyle bir durumda işveren "mahkemeden alınan veraset ilamı ile kendisine başvuran mirasçılara, ilamda gösterilen payları oranında ödeme yapmalıdır."[29] Hemen belirtelim ki, işverence ödenecek kıdem tazminatı bir yıpranma tazminatı olacağından, ölüme sebebiyet veren kusurlu kişilerce veya sigortaca ödenen paralar kıdem tazminatı yerine geçmezler. Hakikaten, Yargıtay bir kararında, özel sigortaca ölüm sigortasından ödenen paraların kıdem tazminatının karşılığı olmadığını belirtmiştir."[30] Yalnızca sigortaca ödene para değil; 6098 sayılı Yasa'nın 440. maddesiyle getirilen ölüm tazminatı da[31] kıdem tazminatı yerine geçmez ve mahsup edilemez. Zira bu iki tazminat farklı amaçlarla getirilmiştir.[32]

D. Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Kıdem tazminatı, işçinin her bir yıllık çalışma süresi için bir brüt maaş olarak hesaplanmaktadır. Bir başka deyişle, işçinin hizmet akdinin devam ettiği süre içerisinde, her geçen tam bir yıl için 30 günlük brüt ücret, hizmet akdinin yukarıda izah edilen koşulların yerine getirilmesiyle işçiye ödenir. Kıdem tazminatının hesaplanmasında

---

28 Cevdet İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Dersleri, Ankara 2008, s.166

29 Müjdat/Yiğit Şakar,/Ayşe Şakar, İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2011, s.24

30 "...Davacılar, murislerinin hizmet aktinin ölümü sebebiyle son bulması üzerine kıdem tazminatı ve ölmeden önce gerçekleşmiş olan fakat kullandırılmayan yıllık izne ait izin ücretini istemiştir. Mahkemece gerekçe dahi gösterilmeden bu isteklerin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. İşçinin ölümü ile kıdem tazminatının mirasçılarına verileceği yasa gereğidir. Bu nedenle hesap edilecek kıdem tazminatının hüküm altına alınması icap eder. Her ne kadar davalı, sigortaca davacılara bir ödeme yapıldığını, bunun kıdem tazminatı karşılığı olduğunu savunmuşsa da, işverenin yaptırdığı sigorta nedeniyle özel Sigortaca ölüm sigortasından ödenen para kıdem tazminatı karşılığı olamaz." 9HD, 09.06.1992, 1992/3601 E., 1992/6386 K. Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası

31 TBK Madde 440- Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.

32 Ayrıntılı Bilgi İçin Bkz. Esra Baskan;6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat:Ölüm Tazminatı, *TBB Dergisi* 2013

öngörülen asgari süre; "aynı işverenin aynı veya değişik işyerlerinde sürekli veya aralıklı çalışma süreleri toplamı esas alınarak hesaplanır. İşyerinin devri veya intikali veyahut başka bir işverene geçmesi, sonucunu değiştirmez. Kamu kuruluşlarında çalışmış olanların hizmet süreleri ise birleştirilir."[33]

Tazminat miktarını hesaplarken karşımıza son ücret kavramı çıkacaktır. "Son ücret kavramı, işçinin iş ilişkisi kapsamında iş gördüğü ve ücrete hak kazandığı en son ücreti ifade eder."[34] Altını çizmek gerekir ki, bu ücret işçinin emeği karşılığı olarak ona ödenen "çıplak ücretin yanında herhangi bir iş karşılığı olmadan para ve parayla ödenebilen yardımlardan (ücret eklerinden) oluşur."[35] Ancak, işçiye ödenen ücret eklerinin kıdem tazminatına dahil edilebilmesi için süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi kıdem tazminatı hesaplanırken, İş Kanunu madde 32'de belirtilen, işçiye emeği karşılığı verilen ücretler haricinde para veya para ile ölçülebilir nitelikteki yapılan yardımlar da dikkate alınmaktadır. Bu eklerin neler olabileceği hususuna kısaca değinecek olursak; yerleşik uygulamaya göre; işçiye yapılan gıda, yakacak, eğitim, konut, giyecek, erzak, servis, süreklilik arz eden satış primleri, gibi buna benzer birçok yardım ve benzeri ödemeler kıdem tazminatını hesaplarken göz önünde bulundurulacaktır. Nitekim, Yargıtay bir Kararında, işçiye verilen yemek ücretini kıdem tazminatı miktarını hesaplarken dikkate almayan yerel mahkeme kararını hukuka uygun bulmamıştır.[36] Bir diğer kararında ise de, tır şoförlerine sefer başına ödenen ve süreklilik arz eden sefer primlerinin kıdem tazminatı miktarının hesaplanmasında dikkate alınmasını da hukuka uygun bulmuştur.[37] Hakikaten, işçinin aylık gelirine yapmış

---

33 Andaç s.101

34 Çil, s.345

35 Akyiğit, s.246

36 "...Dosya kapsamına sunulan davacının taşıdığı yükleri gösteren irsaliyelere göre yemek ücreti alacağının hesaplanması ve çıkacak ücretin kıdem ve ihbar tazminatına esas ücrete de eklenerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekecektir. Mahkemece bu husus değerlendirilmeksizin hatalı değerlendirme ile hüküm kurulması isabetsiz olmuştur. " 7.HD, 11.07.2013,5457 E., 2013/13162 K. Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası

37 "...Ayrıca belirtmek gerekir ki, dosya içindeki verilerde garanti asgari ücret, artı 8 yıllık süre boyunca her yurtdışı seferi için 600 DM ile çalışmaktadır. Bu çalışma işyerinde kararlılık kazanmış bir şekilde uygulana gelmiştir. Böyle olunca, 600 DM.lik ödemenin ne bir harcırah nede taraflar söyleseler de prim olarak nitelendirilebilir. Bu açıklamalar karşısında kıdem tazminatı *h*esabında bu *ek* ödemenin de dikkate alınarak hüküm kurulması dosya içeriğine uygun düşer." HGK,

olduğu işe orantılı olarak katkı sağlayan ve süreklilik arz eden ücretlerin kıdem tazminatına esas teşkil edecek olan aylık ücretin hesaplanmasında göz önünde bulundurulması; işçi haklarının korunması ve kıdem tazminatının var oluş amacı göz önünde bulundurulduğunda, bu konudaki yerleşik uygulama yerindedir. Diğer taraftan söz konusu tazminatın hesaplanmasında, esas teşkil edecek ücrete eklenmeyen bir takım ücret ve yardımlarda söz konusudur. Bunlara da kısaca değinilecek olursa; doğum, evlenme, hastalık ve ölüm yardımı, seyahat primi, yolluk, işyerinde kullanması için verilen; eldiven, baret, kıyafet gibi yardımlardır. Ücret eklerinden söz ettikten sonra, kanun koyucunun kıdem tazminatına getirmiş olduğu tavan sınırlamasına değinmemiz gerekecektir. Bu sınır; 1475 Sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesinin 13 üncü fıkrasında kaleme alınmıştır. Buna göre; bu Kanuna tabi işçilerin kıdem tazminatlarının yıllık miktarı en yüksek devlet memuruna ödenecek olan bir hizmet yılına ait azami emeklilik ikramiyesi meblağını aşamayacaktır. Aşması halinde işçiye en yüksek devlet memuruna ödenecek olan bir hizmet yılına ait azami emeklilik ikramiyesi meblağı üzerinden ödeme yapılacaktır. Hesaplanan kıdem tazminat miktarından da sadece damga vergisi kesilecektir.[38]

Sonuç olarak kıdem tazminatı;

Kıdeme esas olan yıl sayısı ile son ücret esas alınarak hesaplanan 30 günlük brüt ücretin çarpılmasına, artan ay sayısının on ikiye bölünerek, son ücret esas alınarak hesaplanan 30 günlük brüt ücret ile çarpılması çıkan sonuç ile artan gün sayısının üç yüz altmış beşe bölünerek son ücret esas alınarak hesaplanan 30 günlük brüt ücret ile çarpılması sonucunun eklenmesiyle ortaya çıkan rakamdan yüzde 6'lık Damga Vergisi'nin kesintisinin yapılmasıyla hesaplanır. Ancak; yukarıdaki hesaplama sonucu ortaya çıkan kıdem tazminatı tutarının yıllık miktarı, en yüksek devlet memuruna ödenecek olan bir hizmet yılına ait azami emeklilik ikramiyesi tutarını aşarsa, söz konusu miktar ödenecektir.

Zamanaşımı ve Faiz

Bir maddi hukuk kurumu olmayıp, mevcut bir hakkın talep edilebilmesini ortadan kaldıran zamanaşımı, şüphesiz borçlu açısından

38 07.10.1998, 1998/9-622 E.,1998/681 K. Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası Günay, s.172

bir savunma aracıdır. Niteliği gereği bir def'i olan zamanaşımı hakim tarafından re'sen dikkate alınmaz, lehine bir durum yaratan tarafça ileri sürülmelidir. Öğretide uzun zamandan beri tartışılan, kıdem tazminatı açısından zamanaşımının süresinin ne kadar olduğu hususu Yargıtay'ın yakın zamanda vermiş olduğu kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur. Bundan önce, öğretide bu sürenin 5 yıl olduğunu savunanlar vardı. Bunu da kıdem tazminatının niteliğini işçi ücreti olarak görmelerine ve İş Yasasının 32/8[39] maddesi ile 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun beş yıllık zamanaşımı öngören 147. maddesine dayandırmaktaydılar. Ancak; kıdem tazminatı niteliği itibarı ile işçi ücretinden ayrı bir alacaktır zira, önceden de ifade edildiği üzere kıdem tazminatı, işçinin işverenine sadakati ile işyerinde yıpranmasının karşılığı olarak verilen bir ödül niteliğindedir. Gerek İş Yasası'nda gerekse Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatının zamanaşımı süresi ile alakalı herhangi bir hüküm olmamasından dolayı, bu tazminat genel zaman aşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.[40] Hakikaten de, Yargıtay'da öğretideki 5 yıllık zamanaşımı süresinin aksine, vermiş olduğu birçok kararında tazminatın on yıllık zamanaşımına tabi olduğu görüşündedir.[41] Kendine özgü hukuki niteliği olan bu tazminat türü olan kıdem tazminatının talep edilebilirlik süresinin 10 yıllık zamanaşımına tabi olduğunun altını çizdikten sonra; bu sürenin ne zaman başlayacağını da belirtmemiz gerekir. Kural olarak, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihten başlar. Bunu kıdem tazminat alacağına uyarlayacak olursak da, talep edilebilirlik kıdem tazminatını hak edecek işçi açısından hizmet akdinin feshi veya işçi yakınları açısından işçinin ölüm tarihi ile başlar. Bu tarih itibarı ile 10 takvim yılının geçmesiyle de sona erer. Bu süre içerisinde kıdem tazminatını talep eden işçi veya işçi yakınlarına dürüstlük kuralına uygun bir sürede ödeme yapılmalıdır. Ödemenin belirtilen makul sürede yapılmaması halinde kıdem tazminatına uygulanacak faizden söz edilir. Tabi işçinin bunu talep edebilmesi için; mahkemeye müracaat etmesi gerekmektedir. Şüphesiz, bu

39 İş Kanunu Madde 32/8 : Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.

40 Türk Borçlar Kanunu Madde 146: Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.

41 "...Uygulama ve öğretide kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin davalar, hakkın doğumundan itibaren, Borçlar Kanununun 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nun 146.maddesinde de genel zamanaşımı 10 yıl olarak belirlenmiştir." 9HD, 11/12/2013, 2011/45956 E.,2013/32681 K. Uyap Bilişim Sistemi

davaya özel yetkili mahkeme olan iş mahkemesi bakacaktır. "İş mahkemeleri, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren(veya işveren vekilleri) arasında hizmet (iş) sözleşmesinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü iddialarından doğan hukuk (iş) davalarına bakarlar"[42]. İş mahkemelerinin bu yetkisi, kamu düzeninden olup kesin yetkidir.

İş Kanunu madde 14/XI'ye göre; kıdem tazminatını almada geçen süreden kaynaklanan gecikme süresi için, mahkemece ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödenmesine karar verilir. Mahkemenin mevduata uygulanan en yüksek faizi tarafların bildirdikleri bankalardan, hakkın doğum tarihinden itibaren birer yıllık zaman dilimleri halinde mevduata uygulanan en yüksek faiz oranını sorması ve daha sonra da belirlenen bu orana göre, işçiye ödenecek faiz miktarını da bilirkişiye hesaplatması gerekir. Yargıtay da buna uygun olarak bir kararında[43], tarafların bildirdikleri bankalardan faiz oranlarının sorarak bilirkişi raporu alma yoluna gitmeyen yerel mahkemenin kararını isabetli bulmamıştır. Yine ödeme yabancı para ile yapılacak ise de, 3095 sayılı Kanunun 4/a maddesine göre, o parayla açılan mevduata devlet bankalarınca ödenen en yüksek faiz ödenir. Faizin başlangıcı da fesih tarihi veya işçinin ölüm tarihi olmalıdır. Söz konusu yaşlılık, malüllük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma ise, işçinin bağlı bulunduğu kurumdan bunu belgeleyip belgeyi işverene ibraz etmesi gerekmektedir. [44] Böylece, kıdem tazminatına mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanarak hükmedilir.

---

42 Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ankara 2013,s.742

43 "... Somut olayda, taraflara banka isimlerini bildirmek için süre verilmediği, borçlu vekilinin 12.02.2012 tarihli dilekçesi ile bildirdiği bankalardan en yüksek mevduat faiz oranları sorulmadan ve bilirkişi raporu aldırılmadan hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda Mahkemece, yukarıda bildirilen ilkeler ışığında, her iki tarafında bildirdiği tüm bankalardan faiz oranları getirtilerek bilirkişi raporu alınmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." 8HD, 01.04.2014, 2014/6081 E,2014/5907 K. ***LHD***- Cilt:12/ Sayı:139/Yıl: 2014 s.290

44 "... Faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. İş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malüllük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı anılan belgenin işverene verildiği tarihtir.
Emekliliğe hak kazanma belgesi işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödenmesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir." 9HD, 05.12.2013, 2011/48573 E.,2013/31945 K. Uyap Bilişim Sistemi

E. Sonuç

İşçi ve işveren arasındaki iş akdinin son bulmasıyla gündeme gelen kıdem tazminatı, işçiye işverenine bağlılığı dolayısıyla ödenen bir yıpranma tazminatıdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda işçinin hangi hallerde kıdem tazminatına hak kazanacağı, hangi hallerde ise hak kazanamayacağı kaleme alınmıştır. Hakikaten de, dünyada çok geniş bir uygulama alanına sahip kıdem tazimatına bir işçinin hak kazanabilmesi için öncelikle, geçerli bir iş akdine dayalı olarak aynı işverenin yanında en az bir yıllık çalışma süresini tamamlamış olması gerekir. Sayılan bu şartların var olması maalesef işçiye kıdem tazminatına hak kazanması için yeterli değildir. Daha açık olmak gerekirse, iş akdinin sona ermesinin İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasında kaleme alınan ve işverene haklı fesih imkanı tanıyan "Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri" hükmüne dayanmaması gerekmektedir. Zira, bu hüküm kapsamına giren bir fesih sonucu işçinin kıdem tazminatına hakkı doğmaz.

Kanun koyucu yasa da ayrıca işçiye bazı hallerde derhal fesih hakkı tanımıştır. İş Kanunu'nun 24. maddesinde bu haller kaleme alınmıştır ve buna göre, üç bette sıralanan sağlık, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebeplerin varlığı hallerinde işçiye derhal fesih hakkı tanınmıştır. İş akdinin böyle bir nedene dayalı olarak sona ermesinde işçinin kıdem tazminatına hakkı doğar. Yukarı da sayılan nedenlerin dışında; evlenen kadın işçiye evlilik tarihinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde, erkek işçinin ise askere gitmesi dolayısıyla askere gitmeden önce makul bir süre de ve emeklilik, malüllük aylığı veya toptan ödeme almak amacıyla iş akdini feshedenlerde kıdem tazminatına hak kazanırlar. Bir yıllık asgari çalışma şartını yerine getiren ölen işçinin de yasal ve atanmış mirasçılarının da kıdem tazminatına hak kazanacakları yasa da öngörülmüştür.

İşçinin her bir yıllık çalışma süresi için bir brüt maaş olarak hesaplanan kıdem tazminatının hesaplanmasında son ücret kavramı karşımıza çıkar. Son ücretin hesaplanmasında, işçiye maaşı dışında ödenen ve süreklilik arz eden ek ücret ve yardımlar dikkate alınır. Süreklilik arz etmeyen ve işçiye işyerinde kullanması için verilen eldiven, kıyafet vs. son ücret hesaplanırken dikkate alınmaz.

Kıdem tazminatına en yüksek devlet memuruna ödenecek olan bir hizmet yılına ait azami emeklilik ikramiyesinin meblağı tavan ola-

rak yasa da öngörülmüştür. Kıdem tazminatının yıllık miktarı bunu aşarsa bu meblağ üzerinden işçiye ödeme yapılır. Tespit edilen kıdem tazminatı miktarında sadece %6 Damga Vergisi kesintisi yapılır. Niteliği itibarı ile işçi alacaklarından farklı olan kıdem tazminatı için genel zaman aşımı süresi yani 10 yıllık süre öngörülmektedir. Bu süre de iş akdinin feshi veya ölen işçilerin yakınları açısından işçinin ölümü ile işlemeye başlar. Kıdem tazminatına hak kazanılmasına rağmen ödenmemesi dolayısıyla geçen süre için ise bu tazminata mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır. Mahkemeler bu orana dayanarak kıdem tazminatı miktarını bilirkişiye hesaplatarak karar verir.

KAYNAKÇA

Andaç Faruk, "İş Hukuku", Ankara 2006

Akyiğit Ercan, "İş Hukuku"Ankara 2003

Baskan Esra, "6098 Sayılı Türk borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat:Ölüm Tazminatı", *TBB Dergisi*" web:http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1242,

Çil Şahin, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri,İstanbul 2009

Disk Raporu: Dünyada ve Türkiye'de Kıdem Tazminatı Gerçeği,2010

http://www.birlesikmetal.org/tis/?p=339

Günay Cevdet İlhan, İş ve Sosyal Güvenlik Dersleri, Ankara 2008

International Labour Organzation web:http://www.ilo.org/dyn/eplex/termdisplay.severancePay?p_lang=en&p_country=DE&p_all_years=Y

Kanunum Mevzuat-İçtihat Bilgi Bankası web: http://www.kanunum.com/

Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ankara 2013

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası web: http://legalbank.net/

Legal Hukuk Dergisi -Cilt 12/Sayı:139,140 Yıl:2014

Ocak Uğur, İşçilik Alacakları, Ankara 2013

Pay&Leave, web:https://www.opm.gov/policy-data-oversight/pay-leave/pay-administration/fact-sheets/severance-pay/

Şakar Müjdat/Yiğit Şakar Ayşe, İşçiye Ödenecek Tazminatlar, Ankara 2011

Topaloğlu Sıddık/ Camkurt M. Zülfi, İş Mevzuatında Kıdem Tazminatı, *TÜHIS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*; 2008

Uyap Bilişim Sistemi web:http://www.uyap.gov.tr/

Yeni İş Yasası Semineri İstanbul Ticaret Odası, İstanbul 2004,

ARABULUCULUK ÜCRET VE MASRAFLARI HAKKINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME*

A COMPARATIVE ASSASSMENT ABOUT THE FEE AND COST OF MEDIATION

Süleyman DOST**

Özet: Özel hukuk ilişkilerinde çıkan herhangi bir uyuşmazlık ya devlet yargısı ya da tahkim yoluyla çözülmektedir. Taraflar bu iki yolun dışında yargısal nitelikli olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına da başvurabilir. Ülkemizde de bu amaçla Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve konu ile ilgili diğer düzenlemeler yapılmıştır. Arabuluculukta ücret konusu, bir uyuşmazlığın hangi yol ile çözüleceği konusunda belirleyici olmasından dolayı son derece önemlidir. Bu nedenle işbu çalışmada arabuluculukta ücret ve masraflar konusu, ilgili mevzuat ve karşılaştırmalı hukuk ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, ücret, masraf, taraf, tarife.

Abstract: Any dispute resulting in private law relations is solved by the states jurisdiction or an arbitrator. Parties can also apply to alternative dispute resolution which has non-judicial nature outside of these two pathways. For this purpose, Act of Mediation in Private Law Conflict and other relevant regulations were made also in our country. Mediation fee is extremely important because of being decisive the subject of a dispute should be resolved by which way. Therefore, in this study the issue of mediation fees and expenses are discussed in the light of the related legislation and the comparative law.

Keywords: Mediation, fee, cost, party, tariff.

* Bu çalışma TÜBİTAK, 2219 Yurtdışı Araştırma Bursu desteği ile "University of London, Institute of Advanced Legal Studies" imkanları kullanılarak hazırlanmıştır.

** Yrd. Doç. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-mail: suleyman.dost@hotmail.com

GİRİŞ

Bir özel hukuk uyuşmazlığının genel olarak üç farklı yoldan çözülebileceği söylenebilir: Devlet yargısı, tahkim ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaygın olan ve ülkemiz tarafından da benimsenen yöntem arabuluculuktur. Arabuluculuk yargı dışı ve ihtiyari bir çözüm mekanizmasıdır.[1]

Arabuluculuk ücreti, taraflar ve arabuluculuk faaliyeti açısından önemli unsurlarından biridir. Genellikle tarafların aralarındaki uyuşmazlık için arabulucuya başvurma gerekçesi daha az masrafla çözme arzusudur.[2] Bu durumda arabuluculuk faaliyeti ise, belirlenmiş veya belirlenebilir makul bir ücretin varlığı ile sağlıklı bir şekilde yürüyecektir. Bu nedenle işbu çalışmada arabuluculukta ücret konusu ulusal düzenlemeler kapsamında ve karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu çalışmada arabuluculukta ücret kavramı ile arabuluculuk faaliyetinin karşılığı olarak arabulucuya ödenecek ücret ile arabuluculuk faaliyetinin gerektirdiği diğer masraflar kastedilmiştir.

Arabuluculukta ücret konusu, başta Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)[3] olmak üzere, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY)[4], Arabuluculuk Asga-

---

1 Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz: David Spencer / Michael Brogan, Mediation Law and Practice, Cambridge Universty Press, 2006, s.4 vd.; Hazel Genn, Mediation in Action, Published by Calouste Gulbenkian Foundation, London, 1999, s.14 vd.; Mustafa S. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013, s.167 vd. Arabuluculuk için bakınız: Susan Blake / Julie Browne / Stuart Sime, The Jackson ADR Handbook, Oxford University Press, 2013, s.129 vd.; Süha Tanrıver, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008, Ankara, s. 77-106.; Dünyada arabuluculuk uygulamaları konusunda geniş bilgi için bakınız: Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB Yayını, Ankara, 11 Mart 2011 (Eserin pdf formatına erişim: http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf)

2 Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.85 vd.

3 07/06/2013 tarih ve 6325 sayılı Kanun metni için Bkz: 22/06/212 tarih ve 28331 Sayılı R.G. Bu çalışmada Arabuluculuk Kanunu veya Kanun olarak ifade edilecektir. İlgili diğer kanunlar kendi adlarıyla kullanılacaktır.

4 Yönetmelik metni için Bkz: 26/01/2103 tarih ve 28540 sayılı R.G. Bu çalışmada söz konusu düzenleme Arabuluculuk Yönetmeliği veya Yönetmelik olarak ifade edilecektir.

ri Ücret Tarifesi (AAÜT)[5] ve nihayet Arabuluculuk Etik Kuralları (AEK)[6] ile düzenlenmiştir. Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin 1. Maddesi, arabuluculukta ücret konusunda genel olarak hangi düzenlemelerin uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre "**Özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve bu Tarife hükümleri uygulanır.**" Bu hükme göre arabuluculukta ücret konusunda önce varsa taraflar arasındaki geçerli sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Ücret konusunda geçerli bir s**ö**zleşmenin bulunmaması veya taraflar arasında ihtilafın varlığı halinde söz konusu Kanun, Yönetmelik ve Tarife hükümleri uygulanacaktır.

Bilindiği gibi ülkemizde "yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde" uygulanmak üzere Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kabul edilmiştir. Kanunun uygulama alanını göstermek üzere Adalet Bakanlığı tarafından Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği adıyla bir Yönetmelik çıkarılmıştır. Ayrıca ücret konusu Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi ile somut hale getirilmiştir.[7] Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları'nda da ücret konusunda hüküm konulmuştur.

---

5 2014 yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi için Bkz: http://www.adb.adalet.gov.tr/ Bu çalışmada Asgari Ücret tarifesi veya Tarife olarak ifade edilecektir.

6 Türkiye Arabuluculuk Kurulu, Arabuluculuk Sistemi, Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları için Bkz: http://www.adb.adalet.gov.tr/ Bu çalışmada söz konusu düzenleme Etik Kurallar olarak anılacaktır.

7 Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi, Genel Hükümler ve Arabuluculuk Ücret Tarifesi olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Arabuluculuk Ücret Tarifesi ise iki kısımdan ibarettir. Birinci kısım, Konusu Para Olmayan veya Para ile Değerlendirilemeyen Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücreti, Dava Açılmadan Önce ve Dava Açıldıktan Sonra olmak üzere iki alt bölümde düzenlemiştir. İkinci Kısım ise Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Hukuki Uyuşmazlıkların Dava Açılmadan Önce veya Açıldıktan Sonra Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulmasının Sağlanmasında Arabulucuya Ödenecek Ücreti üzerinde anlaşılan miktarın yüzdesi üzerinden belirlemiştir. Bakınız: 2014 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi.

Bu çalışmada arabuluculukta ücret konusu "(a) arabuluculuk ücretinin tespiti ve karşılanması (b) ücret ile ilgili yasaklar, (c) ücret ile ilgili özel durumlar, (d) arabuluculuk ücretinin mahkeme masraflarına etkisi ve nihayet (f) arabuluculukta ücret ile ilgili adli yardım ana başlıkları altında ele alınacaktır. Adı geçen konu başlıkları altında karşılaştırmalı hukuka yer verilecektir. Çalışmanın sonunda da değerlendirme ve sonuç kısmına yer verilecektir.

I- ARABULUCULUK ÜCRETİNİN TESPİTİ VE KARŞILANMASI

Arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın tarafları olan kişiler ve devlet açısından arabuluculuk faaliyetinin **önem**li bir unsurudur. Çünkü ücret, herhangi bir uyuşmazlığın devlet yargısı veya diğer uyuşmazlık çözüm yollarından hangisi ile çözüleceği konusunda belirleyici bir rol oynamaktadır. Arabuluculukta ücret kavramı ile arabuluculuk faaliyetinin karşılığı olarak arabulucuya ödenecek ücret ile arabuluculuk faaliyetinin gerektirdiği, iletişim, ulaşım, konaklama, uzman bilirkişi(ye başvurma), danışma gibi diğer masraflar ifade edilebilir.[8]

Ücret konusu Arabuluculuk Kanununun, "**Ücret ve masrafların istenmesi**" başlıklı 7. Maddesinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 10. Maddesi ise Kanunun 7. Maddesini tekrarlamıştır. Madde üç fıkradan oluşmaktadır. Birinci fıkra **ücret ve masraf isteme hakkını, ikinci fıkra ücretin** kararlaştırılmasını/belirlenmesini, üçüncü fıkra ise ücret konusundaki yasakları düzenlemiştir.

1-Ücret, Masraf ve Avans İsteme Hakkı

Kanunun 7. Maddesi ve Yönetmeliğin 10. Maddesinin 1. Fıkrası şu şekildedir[9]:

---

8 Klaus J. Hopt / Felix Steffek, "Mediation:Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundemantal Issues", Mediaton:Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.3-130), s.38.; Susan Blake / Julie Browne / Stuart Sime, s.66 vd.

9 Bu metin Arabuluculuk Etik Kurallar m.7'de tekrar edilmiştir: Arabulucu, yapmış olduğu arabuluculuk faaliyeti karşılığında arabuluculuk ücreti ve arabuluculukla ilgili tüm giderleri isteme hakkına sahiptir. Bu kapsamda, arabulucu, ücret ve giderler için işe başlamadan önce taraflardan avans talep edebilir.

"Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir."

Madde de görüldüğü üzere Kanun, arabuluculuk ücreti ile diğer masrafları birbirinden ayırmıştır. Kanuna göre arabuluculuk ücreti, arabuluculuk faaliyetinin karşılığı olarak ifade edilmiştir. Bu husus 2014 yılı Arabuluculuk Ücret Tarifesi Genel Hükümler 2/1. Maddesinde de ifade edilmiştir. Buna göre arabuluculuk ücreti "*Bu Tarifede yazılı arabuluculuk ücreti, uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamak amacıyla, arabuluculuk faaliyetini yürüten arabulucular siciline kayıtlı kişiye, sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında, uyuşmazlığın taraflarınca yapılan parasal ödemenin karşılığıdır.*"

Arabuluculuk Kanunu m. 16'ya göre taraflar, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurabilmektedir. Şu halde taraflar ister dava açılmadan önce, isterse dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurması halinde, arabulucu ücret ve masrafları isteyebilecektir.[10] Benzer şekilde arabuluculuk faaliyetine veya ücretine ilişkin yazılı bir sözleşme bulunsun veya bulunmasın, arabulucu yaptığı arabuluculuk faaliyetine ilişkin ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir.

Kanun ve Yönetmelik hükmünde "İsteme hakkından" söz edildiğine göre, diğer masraflarla birlikte ücret, şahsi/nispi nitelikte bir talep hakkının konusunu teşkil eder. Kanun açıkça ifade etmemiş olmasına rağmen uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında, bir özel maddi hukuk sözleşme ilişkisinin varlığının kabulü gerekir.[11] Ücret talep hakkı işbu sözleşmeden doğmaktadır.[12] Sözleşmenin yazılı olup

---

10 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.17. Makaleye erişim için bakınız: http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucret-tarifesinin-tahlili (01.06.2014)

11 David Spencer / Michael Brogan, s.348-349.; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.144.; Buradaki özel hukuk ilişkisinin niteliği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bazıları bu sözleşmenin kendisine has özellikleri olan vekalet sözleşmesi olduğunu ileri sürerken, bir kısmı da isimsiz iş görme sözleşmesi olduğunu belirtmektedir. Kanaatimce sözleşmenin hukuki niteliğini kanunlarda tarifi yapılan sözleşmelere kıyas etmeye çalışmak yerinde değildir. Burada arabulucunun ifa edeceği görevin özelliklerini dikkate alarak mahiyetine uygun düştüğü nispette vekalet sözleşmesi hükümlerini uygulamak maksada uygun düşecektir.

12 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.12. Ancak, dokt-

olmamasının bir önemi yoktur. Yazılı bir sözleşme yapılmamış ve arabulucu ile taraflar arasında ücret konusunda bir ihtilaf doğmuşsa Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uygulanacaktır.

Diğer yandan arabuluculuk ücreti, arabulucunun sahip olduğu haklar arasında düzenlenmiştir.[13] Çünkü arabulucu uyuşmazlığın çözülmesi için emek ve mesai harcamaktadır. Dolaysısıyla *sarf ettiği emek ve mesainin karşılığında* belirli bir **ücret alması ve bunun arabulucunun hakları arasında sayılması yerindedir.**

2-Ücretin Kararlaştırılması ve Karşılanması

Kanunun 7. Maddesinin ve Yönetmeliğin 10. Maddesinin 2. Fıkrası ücretin nasıl kararlaştırılacağını/belirleneceğini ve kim tarafından karşılanacağını düzenlemiştir[14]:

"Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır."

Arabuluculuk Ücret tarifesinin 1. Maddesi ücret konusunda *uygulanacak hükümlerin sırasını* da ifade etmektedir. Buna göre öncelikle taraflar arasında arabulucu veya ücrete ilişkin sözleşmenin varlığı aranacaktır. Eğer yazılı bir sözleşme yapılmamış veya ücret miktarı konusunda arabulucu ile taraflar arasında ihtilaf bulunan durumlarda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, HUAK Yönetmeliği ve Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi **hükümleri uygulan**acaktır.

Sözleşmenin şekli konusunda Kanunda emredici hüküm bir yoktur. Bu nedenle ister arabuluculuğa başvurma konusunda yapılmış bir

---

rinde arabulucunun ücret talep hakkının, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan arabulucu sözleşmesinden kaynaklandığı; ancak tarafların, ücretin birlikte ödenmesi hususunda birbirlerine karşı olan borcunun, kendi aralarında yaptıkları arabuluculuk sözleşmesinden doğduğu ifade edilmektedir. Bakınız: Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 166.

13 Arabulucunun yükümlülükleri arasında düzenlenmediği için arabuluculuğun yaptığı faaliyet karşılığı ücreti talep etmemesi mümkündür. Bakınız: Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.16.

14 Bu metin Arabuluculuk Etik Kurallar m.7'de tekrar edilmiştir: Aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucunun ücreti, arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Tarifeye göre belirlenir. Ücret ile tüm masraf ve giderler, aksine bir anlaşma bulunmadıkça, taraflarca eşit olarak karşılanır.

sözleşme hükmü olarak veya ayrıca yapılmış bir ücret sözleşmesi sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilir. Ancak ispat hukuku ve ihtilafların en aza indirilmesi bakımından arabuluculuk sözleşmesi veya ücrete ilişkin sözleşmenin yazılı yapılmasında fayda vardır. Kanaatimce arabuluculuk sözleşmesi hakkında yazılı geçerlilik şekli zorunluluğu getirilmesi bu maksada hizmet edecektir.

Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesine göre konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar için ücret, saate göre öngörülmüştür. Buna göre Tarifede dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması halinde arabuluculuk ücreti farklı düzenlenmiştir. Tarife uyuşmazlığın taraflarını arabuluculuğa özendirmek amacıyla dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde arabuluculuk ücretini **düşük tutmuştur.**[15] Konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar için ise **üzerinde anlaşılan miktarın belirli bir** yüzdesi usulü benimsenmiştir.[16]

a-Serbestçe Kararlaştırma ve Sınırı

"Aksi kararlaştırılmadıkça" ibaresi ile Kanun, arabuluculuk ücretinin taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceğini düzenlemektedir. Buna göre uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu, Sözleşme hukuku ilkeleri çerçevesinde ücret konusunda serbestçe anlaşabilirler. Burada Sözleşmenin tarafları, arabulucu ile uyuşmazlığın taraflarıdır. Bu durum Asgari Ücret Tarifesinin 1. Maddesinde de açıkça vurgulanmaktadır: "**Özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde, arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında geçerli bir ücret sözleşmesi** …"

Arabulucu ile tarafların arabuluculuk ücretini kararlaştırırken nelere dikkat edileceği Arabuluculuk Etik Kurallarının 7. Maddesinde belirtilmiştir. M.7.3'te *"Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin sonucuna veya kısmen de olsa başarısına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamaz."* denilmektedir. Buna göre arabuluculuk faaliyetinin sonucuna ve kısmen de olsa başarısına bağlı olarak ücret anlaşması yapılamaz. Bu durum arabuluculuğun mahiyetine uygun bir yaklaşımdır. Çünkü arabuluculuk

15 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.15.
16 Yüzde usulünün eleştirisi aşağıdaki başlık altında ele alınmıştır.

yargısal bir faaliyet değildir. Arabulucu da taraflardan birinin vekili gibi hareket edemez. Bu nedenle sonuç ve başarıya bağlı bir ücret anlaşması yapılması etik bir yaklaşım değildir. Ancak ücret tarifesinde para veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar bakımından ücretin yüzde olarak kararlaştırılabileceğini ön görmesi kanaatimce etik kurallarla çelişkilidir. Ayrıca arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sonuçlanmaması halinde arabulucu neye göre ücret alacaktır?[17] Diğer yandan arabuluculuk faaliyeti çözümle sona ermeye yaklaşırken, aslında anlaşmış olmalarına rağmen, tarafların kendi aralarında anlaşarak arabulucuyu bertaraf etme girişimlerine yol açabilecektir.

Arabulucu ile tarafların arabuluculuk ücretini kararlaştırırken dikkat edecekleri ikinci husus ücretin uyuşmazlığın türü, niteliği, karmaşıklığı, süre, rayiç değer gibi durumlardır. m.7.4'te: *"Arabulucu, ücretini belirlerken; uyuşmazlık konusunun türü ve karmaşıklığı, kendisinin nitelikleri, arabuluculuk sürecinde gereken süre ve somut uyuşmazlık türündeki arabuluculuk hizmetlerinin rayiç değeri gibi, konuyla ilgili bütün etkenleri dikkate almak suretiyle, hakkaniyete ve dürüstlüğe uygun bir şekilde hareket etmelidir."* Sayılan bu durumların arabuluculuk ücretinin tespitinde dikkate alınması yerinde bir yaklaşımdır.[18] Arabuluculuk Etik Kurallar m.7.1'de tarafların ücret konusunda anlaşma yapmaları ile ilgili olarak etik bir tavsiyeye yer verilmiştir: *"Arabuluculuk ücreti ve masraflarıyla ilgili olarak, taraflar, mevzuattaki hükümlerin aksine bir usul kararlaştırmışsa; arabulucu, arabuluculuk süreci başlamadan önce, ücret ve masrafları kimin karşılayacağı hususunda, tarafların bir anlaşma yapmalarını sağlamalıdır."* Burada tarafların ücret ile ilgili olarak mevzuattaki hükümlerin aksine anlaşabilecekleri belirtildikten sonra, eğer böyle bir kararlaştırma varsa arabulucunun bu konuda tarafların anlaşma yapmalarını sağlamasından söz edilmektedir. Buradaki anlaşmanın şekli konusunda bir açıklık yoktur. Ancak ileride doğabilecek uyuşmazlıkları bertaraf etmek amacıyla yazılı yapılmasında fayda bulunmaktadır.

---

17 Aynı yönde görüş için bakınız: Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.13.

18 Benzer uygulama diğer ülkelerde de vardır. Örnek olarak Almanya için bakınız: Peter Tochtermann, "Medaition in Germany: The German Medaition Act-Alternative Dispute Resolution at the Crossroads", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.521-584), s.542.

Ne Kanun ne de Yönetmelik bir kısıt getirmemesine rağmen Arabulucu Asgari Ücret Tarifesi ücretin miktarına alt sınır getirmektedir. Buna göre 1.maddenin 2. Fıkrası: *Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılamaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır."* demektedir. Aynı hüküm 3. Maddenin 1. Fıkrasında tekrar edilmektedir: *"Arabuluculuk ücreti Tarifede yazılı miktardan az olamaz"* Kanaatimce kanun ve Yönetmeliğin yasaklamadığı bir durumun Tarife düzeyindeki bir düzenleme ile yasaklanması kanun yapma tekniği açısından yerinde değildir. Arabuluculuk ücretine avukatlık ve noterlikteki gibi asgari bir tarife koymak yerinde değildir.[19] **Üstelik devam eden cümle, aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin kısımlarının geçersiz olduğunu vurgulamaktadır ki bu durumun taraf iradesine öncelik tanıyan özel hukuk ilkeleri ile bağdaştırılması mümkün değildir.**

b-Aksi Kararlaştırılmaması Halinde Ücretin Belirlenmesi

Taraflar aksini kararlaştırmamış ise, yani ücret konunda bir anlaşma yoksa ücret, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir. Arabuluculuk Ücret Tarifesinin 10. Maddesinde de *"Arabuluculuk ücretinin takdirinde, arabuluculuk faaliyetinin tamamlandığı veya sona erdiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınacağı"* belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin geçerli olmasıdır. Yönetmeliğe göre arabuluculuk ücret tarifesi her yıl Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanıp, Arabulucular Kurulu tarafından onaylanacaktır. Faaliyetin sona erdiği tarihteki tarifenin geçerli olacağının belirtilmesi arabulucunun daha fazla ücret alabilmek amacıyla arabuluculuk faaliyetini uzatması suretiyle kötüye kullanılması ihtimalini akla getirmektedir. Ancak "aksi kararlaştırılmadıkça" ibaresi hangi tarihteki tarifeye göre ücretin tespit edileceği konusuna da uygulanacağından bu endişeyi ortadan kaldırmaktadır.

---

19 Aynı yönde görüş için bakınız: Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.17.

Tarifenin 10. Maddesinde *arabuluculuk faaliyetinin tamamlandığı veya sona erdiğ*inden bahsedildiğine dikkat edilmelidir. Çünkü arabuluculuk faaliyeti her zaman anla**şma ile sonuçlanmayabilir. Bu halde arabuluculuk ücret ve masraflarının hangi oranda ve** kim tarafından ödeneceği hususu da Tarifenin Genel Hükümler kısmının 5-10. Maddeleri arasında gösterilmiştir. Bu konu aşağıda **özel durumlar** başlığı altında incelenecektir.

Arabuluculuk Ücret tarifesinin 3. Maddesinin 1, fıkrasında "*Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığı takdirde arabuluculuk ücreti, arabulucunun emeği, çabası, uyuşmazlık konusu işin önemi, uyuşmazlığın niteliği ve arabuluculuk faaliyetinin süresi göz önüne alınarak belirlenir.*" Bu belirlemenin kim tarafından yapılacağı gösterilmemiştir. Burada, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar için ücretin Asgari Ücret Tarifesine göre tespit edilebileceği düşünülse de, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar bakımından Asgari Ücret Tarifesine göre ücret tespiti mümkün değildir. Bu nedenle, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar için ücretin, e**ğer anlaşabilirse taraflar, anlaşamazlar ise mahkemeler tarafından bilirkişi eliyle belirleneceği söylenebilir.**[20] Taraflar veya mahkeme, ücreti, arabulucunun emeğini, çabasını, uyuşmazlık konusu işin önemini, uyuşmazlığın niteliğini ve arabuluculuk faaliyetinin süresini **göz önüne** alarak tespit edecektir. Burada Arabuluculuk Etik Kuralların 7. Maddesindeki ücretin belirlenmesinde dikkate alınacak hususlara dikkati çekmek gerekir.

c-Taraflarca Eşit Olarak Karşılama Kuralı

Kanunun 7. Maddesi ve Yönetmeliğin 10. Maddesinin 2.Fıkrasının devamında "aksi kararlaştırılmadıkça" ücret ve masrafların taraflarca eşit olarak karşılanacağı düzenlenmiştir. Asgari Ücret tarifesinin 3. Maddesinin 2.cümlesinde "*Aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk ücreti taraflarca eşit ödenir.*" denilerek eşit karşılama kuralı tekrar edilmiştir.

Arabuluculuk ücretinin taraflarca eşit karşılanması ilkesi dünya-

[20] Bu durumda ücretin Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenmesi gerektiği kısmen farklı görüşü için bakınız: Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.22.

da kabul gören bir anlayıştır. Çünkü arabuluculuğa başvurmak ihtiyari olduğuna göre ve haklı-haksız, davacı-davalı ayırımı bulunmadığına göre ücretin taraflarca eşit karşılanması makuldür.[21] Ancak taraflar aksini kararlaştırarak ücretin bir kısmını veya tamamını taraflardan birisinin üsteleneceğine dair anlaşabilirler. Ancak burada Arabuluculuk Etik Kurallar m.7.2'de önemli bir konuya dikkat çekilmektedir: *"Arabulucu, taraflardan eşit olmayan miktarda ücret ödemesi kabul edecek ise, bu durumda, tarafsızlığından ödün vermemeli, fazla ücret vereni diğerine göre üstün tutacak tutum ve davranışlarda bulunmamalıdır."* Tavsiye niteliğinde olan bu kurala aykırılık, özel hukuk ilkeleri açısından, borca aykırı davranış teşkil edebilecektir.

Kanunda ve diğer alt düzenlemelerde belirtilmemesine rağmen doktrinde bazı yazarlar, tarafların arabulucuya karşı arabuluculuk ücretinden dolayı müteselsil sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna da delil olarak Avukatlık Kanununun 165. Maddesi gösterilmektedir.[22] Kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü özel hukukta müteselsil sorumluluk, kanundan veya sözleşmeden doğan istisnai bir durumdur.[23] Ayrıca arabuluculuk yargısal bir faaliyet değildir. Bu nedenle kanunda bulunmadığına göre ve taraflarca öngörülmedikçe müteselsil sorumluluğun kabulü mümkün değildir. Şu halde uyuşmazlığın taraflarından her bir arabulucuya karşı kendi payına düşen ücreti ödemekle sorumludur.

d-Ücretin Tahsili ve Zamanaşımı

Arabuluculuk faaliyeti sebebiyle ücreti hak eden arabulucu bu ücreti taraflardan nasıl tahsil edecektir? Kanunda ve diğer alt düzenlemelerde buna dair açık bir hüküm yoktur. Bu nedenle dava açılmadan **önce veya dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurma ayırımı olmaksızın ücret tahsilinin genel hükümlere göre yapılacağını söylemek mümkündür.**[24] Ancak dava açıldıktan sonra arabulucuya

---

21 Seda Özmumcu, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.334.

22 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.23.

23 Türk Borçlar Kanunu, m.162.

24 Bu durumun arabuluculuk eğitimi sebebiyle gittiğimiz seminerlerde arabulucu adaylarının en çok endişe ettiği hususlardan biri olduğunu belirtmeliyim. Uzlaşma kurumunda olduğu gibi bir tahsil sisteminin kurulması gerektiği dile getiril-

başvurma halinde "mahkeme veznesine gider avansı şeklinde yatırılması, bundan sonra faaliyetin tamamlanması durumunda tahakkuk eden nihaî ücretin, gene mahkemece ara kararıyla taraflardan tahsil edilerek, reddiyat makbuzu karşılığında arabulucuya ödenmesi" teklif edilmektedir.[25] Kanaatimce bu teklif sadece dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurma durumuna kısmen çözüm getirmektedir. Ancak ücretin tahsili/ödenmesi konusunda daha köklü bir çözüme ihtiyaç gözükmektedir.

Arabuluculuk Kanununda arabuluculuk ücretinde zamanaşımına ilişkin bir hüküm yoktur. Dolayısıyla arabuluculuk ücreti bakımından zamanaşımı genel hükümlere göre belirlenir. Bu durumda arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hallerine g**öre ödeme tarihini** belirlemek gerekir:

Arabuluculuk veya ücret sözleşmesinde ödeme günü belirlenmişse belirlenen tarihte,

Taraflar anlaşmaya varmış ve tutanak tutulmuşsa bu tarihte,

Arabulucunun faaliyetin devam etmesine gerek olmadığını veya uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını tespit etmişse işbu tespit tarihinde,

Tarafların faaliyeti sona erdirdiğini bildirdiği tarihte,

Ölüm veya tüzel kişiliğin sona ermesi ile faaliyet son bulmuşsa bu tarihte arabuluculuk ücretinin ödenmesi gerektiğinden bahsedilebilir. Arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarih belirlendikten sonra Borçlar Kanununun muacceliyete ve zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Buna göre arabuluculuk ücretine ilişkin zamanaşımı muacceliyet tarihinden itibaren beş yıldır.

e-Arabulucunun Ücret Konusunda Taraflara Bilgi Verme Yükümlülüğü

Arabuluculuk Etik Kurallar m.7'de *"Arabulucu, arabuluculuk ücreti, masraflar ve arabuluculukla ilgili olarak ortaya çıkabilecek diğer olası gider-*

mektedir.

25 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.26.

ler hakkında, arabulucu olarak atanmasını müteakip, mümkün olan en kısa zamanda, taraflara veya tarafların temsilcilerine, yazılı olarak, tam ve doğru bilgi vermelidir." kuralına yer verilmiştir.[26] Bu kural kanaatimce sadece etik kurallarla değil, Yönetmelik hükmü ile düzenlenmesi gerekirdi. Çünkü taraflar ileride doğabilecek giderleri bilmeyebilir. Bu hususta arabulucuya bilgilendirme yükümlülüğü getirilmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır.

3-Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Arabuluculuk Ücretin Tespiti ve Karşılanması

Arabuluculuk sisteminin uygulandığı devletlerde ücretin tespiti konusunda farklı yöntemlerin benimsendiği görülmektedir. Bu yöntemleri dört grupta toplamak mümkündür: Birincisi Hollanda, Macaristan, Avusturya ve Almanya gibi ülkelerde uygulanan arabuluculuk ücretinin tespitini tamamen taraflara bırakan sistemler. İkincisi İtalya ve Fransa'da uygulanan arabuluculuk ücretinin devlet tarafından kontrol edildiği sistemler. Üçüncüsü Portekiz, Japonya ve ABD'de uygulanan devlet tarafından kısmen desteklenen sistemler. Ve nihayet dördüncüsü arabuluculuk ücretini yargısal faaliyetin bir parçası olarak gören sistemler.[27] Ancak bu kategorileri hiçbir zaman kesin çizgilerle birbirinden ayırt etmek mümkün değildir. Herhangi bir sistemi genel olarak benimsemiş devlet, belirli bazı şart ve özel durumlara göre diğer sistemi de birlikte uygulama yoluna gitmektedir.

Arabulucunun yaptığı faaliyet karşılığı ücret ve masraf istemeye hakkı olduğu, farklı hukuk sistemine sahip olsalar bile, genel olarak birçok ülkede kabul edilmiş durumdadır. Taraflar arabuluculuk ücretini serbestçe kararlaştırabilmekte ve arabuluculuk ücreti taraflarca eşit şekilde ödenmektedir.[28] Ücret ya yapılan düzenlemelerle ya da ta-

---

26 Bu husus Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarında da dile getirilmiştir. Bakınız: Mustafa Özbek, Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, *TBB Dergisi*, 2007/68, s. 320.

27 Klaus J. Hopt / Felix Steffek, s.38.

28 Örnek olarak İngiltere, ABD, Almanya, Japonya ve Rusya gösterilebilir. İngiltere için bakınız: Jens M. Scherpe / Bevan Marten, "Mediation in England and Wales: Regulation and Practice", *Mediation Principles and* Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.365-454), s.386.; ABD için bakınız: Rainer Kulms, "Mediation in the

rafların anlaşması ile ya saatlik veya günlük olarak belirlenmektedir.[29]

Bazı ülkelerde arabuluculuğu teşvik etmek amacıyla çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Mesela bazı ülkelerde bazı uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk ücreti devlet tarafından karşılanmaktadır.[30] Bazı ülkelerde ise yılda belirli saate kadar arabuluculuk faaliyetini ücretsiz olarak yürütmektedir.[31]

Arabuluculuk ücretinin tespiti ve karşılanması ile ilgili olarak farklı hukuk sistemlerine sahip olan bazı ülkelerdeki durumu şöyle özetleyebiliriz: İngiltere'de arabuluculuk ücretleri konusunda özel bir düzenleme yoktur. Ücret, tarafları ilgilendiren bir konu olarak değerlendirilir ve genellikle taraflar bu ücreti eşit olarak paylaşır. Bazı uyuşmazlıklardaki arabuluculuk ücreti devlet tarafından karşılanmaktadır.[32]

Almanya'da arabuluculuk ücretleri, avukatlar tarafından yapıldığı takdirde Avukatlık Ücret Tarifesine tabidir. Uygulamada arabuluculuk ücreti uyuşmazlığın konusuna göre değişmektedir. Genellikle saa-

---

USA: Alternative Dispute Resolution between Legalism and Self Determination", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1245-1328), s.1290.; Almanya için bakınız:Peter Tochtermann, "Medaition in Germany: The German Medaition Act-Alternative Dispute Resolution at the Crossroads", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.521-584), s.542.; Japonya için bakınız: Harald Baum, "Mediation in Japan: Development, Forms, Regulation and Practice of Out of Court Dispute Resolution", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1011-1094), s.1045.; Rusya için bakınız: Dmitry Davydenko, "Mediation in Russia: Regulation and Practice" Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1167-1200), s.1175.

29 Markus Roth / David Gherdane, "Mediation in Austria: The Europen Pioner in Mediation Law and Practice", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.247-332), s.269.

30 Avusturalya örneği için bakınız: Ulrich Magnus, "Mediation in Australia: Developments and Problems", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.869-908), s.885.

31 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.16 vd.

32 Hazel Genn, s.54-55.; Jens M. Scherpe / Bevan Marten, s.386.

te göre belirlenen arabuluculuk ücreti, ticari ve diğer uyuşmazlıklarda yüksek, aile uyuşmazlıklarında düşük olmaktadır. Diğer yandan arabulucunun niteliği de ücretin tespitinde rol oynamaktadır.[33]

Japonya'da özel hukuk arabuluculuğundaki prosedüre ilişkin Kanun, davalara ilişkin Kanuna atıf yaptığından arabuluculuk ücretleri işbu Kanuna göre tespit edilmektedir. Buna göre arabuluculuk ücreti iddianın miktarına bağlıdır. Ancak arabuluculuk ücretleri dava harçlarından oldukça düşüktür. Eğer taraflardan biri arabuluculuğa başvurmak istiyorsa bunu başvuru sırasında ödemek zorundadır. Arabuluculuğa başvurmak istemeyen taraf açısından bu miktarı ödeme zorunluluğu yoktur. Ancak davayı kaybeden taraf diğer tarafın başlangıçta yatırmış olduğu ücretleri de ödemek zorundadır.[34]

Rusya'da Arabuluculuk Kanunu, hem ücretli hem de ücretsiz olmak üzere iki şekilde düzenlemiştir. Ancak arabuluculuk merkezleri sadece ücret ödeme esası ile çalışmaktadır. Taraflar arabuluculuk ücretini başka bir şekilde anlaşmamışsa eşit şekilde paylaşmaktadır. Arabuluculuk ücreti serbestçe kararlaştırılabilir. Ücret genellikle arabulucu veya arabuluculuk merkezinin harcadığı zamana ve uyuşmazlığın büyüklüğüne bağlı olarak hesaplanmaktadır. Hem saate göre ücret hem de sabit ücret tarifesi bulunmaktadır.[35]

Avustralya'da da ortalama arabuluculuk ücretleri dava harçlarından oldukça düşüktür. Ancak çok çeşitli arabuluculuk ücretleri vardır. Bazı konularda kamu tarafından ücretsiz arabuluculuk hizmeti verilmektedir. Ancak mahkeme bünyesinde de arabuluculuk söz konusudur. Mahkeme arabulucusuna devlet tarafından saat başına ücret ödenmektedir. Burada arabulucunun deneyimi de ödenecek ücretin miktarını değiştirebilmektedir. Ancak bu ücret uyuşmazlığın taraflarınca değil devlet tarafından ödenmektedir. Ancak davayı kaybeden taraf mahkeme masrafları ile birlikte bu ücreti ödemek zorunda kalmaktadır.[36]

---

33 Peter Tochtermann, s.542.
34 Harald Baum, s.1045.
35 Dmitry Daviydenko, s.1175.
36 Ulrich Magnus, s.885-886.

Görüldüğü üzere arabuluculuğun uygulandığı ülkelerde tam bir yeknesaklık yoktur. Ülkemizdeki arabuluculuk düzenlemeleri ülkemiz şartları da göz önünde tutularak yapılacak bazı değişikliklerle daha verimli hale getirilebilecektir.

II- ÜCRET İLE İLGİLİ YASAKLAR

Arabuluculuk ücreti ile ilgili yasakları şu şekilde saymak mümkündür: Sonuç ve başarıya bağlı bir ücret anlaşması yapılamaması, Arabulucunun asgari ücret tarifesinde belirlenen ücretten daha düşük ücret alamaması, belirli kişiler için aracılık/tavsiye etme karşılığı olarak ücret alamaması, evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücret alamaması. Bunlardan ilk ikisi yukarıda ele alındığı için diğerlerine kısaca değinilecektir.

Kanunun 7. Maddesinin 3. fıkrasında ve Yönetmeliğin 10. Maddesinin 3. Fıkrasında ücret ile ilgili yasaklar düzenlenmiştir. Buna göre *"Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz."* Devam eden cümlede ise arabulucunun *" Bu yasağa aykırı"* hareket etmesi halinde " işlemler*in batıl"* olacağı belirtilmiştir.[37] Tarifenin 2. Maddesinin 3. Fıkrasında da kanun ve yönetmelikteki arabuluculuktaki yasaklara ilişkin hüküm birkaç kelime katkısı ile tekrar edilmiştir.[38]

Arabuluculuk ücreti ile ilgili diğer bir yasak da Arabuluculuk Ücret Tarifesi Genel Hükümler kısmının 2. Maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre "Arabuluculuk faaliyeti süresince arabulucu tarafından düzenlenen evrak ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez." Bu hükme göre arabulucu çeşitli adlar altında ücret talebi yoluna gidemeyecektir.

---

37 Seda Özmumcu, s.334.

38 Tarife m.2/3: "Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak herhangi bir ücret talep edemez. Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen işlemler batıldır." Aynı hüküm Arabuluculuk Etik Kurallar m.7'de de tekrar edilmiştir. Ancak son cümle "Bu yasağa aykırı olarak tesis edilen TÜM işlemler batıldır." Şeklinde ifade edilmiştir. Burada "tüm" kelimesi ile arabuluculuk ile ilgili tüm işlemleri değil, ücretle ilgili tüm işlemleri anlamak maksada uygun olacaktır.

III- ARABULUCULUK ÜCRET KONUSUNDA ÖZEL DURUMLAR

Arabuluculuk Ücret Tarifesi Genel Hükümler 4-10. Maddeleri arasında arabuluculukta ücret ve masraflarla ilgili özel bazı durumlar düzenlenmiştir. Bu özel durumlar, tarifedeki tasnife uygun olarak arabuluculuk faaliyetinin birden **çok arabulucu ile yürütülmesi**, **ü**cretin tümünü hak etme, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhta **ücret,** yeni bir uyuşmazlık konusunun ortaya **çıkmasında ücret,** tarifelerin ikinci kısmına göre **ücret,** tarifede yazılı olmayan hallerde **ücret** başlıkları altında incelenebilir:

1-Arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu ile yürütülmesi

Uyuşmazlığın tarafları uyuşmazlığın türü, niteliği, karmaşıklığı, süresi veya diğer sebeplerden dolayı, arabuluculuk faaliyetinin birden fazla arabulucu ile yürütülmesini kararlaştırabilir. Uyuşmazlık konusunun birden fazla uzmanlık gerektiren alana ilişkin olması, uyuşmazlığın taraflarının farklı cinsiyette, farklı etnik kökende, farklı yaşta bulunması gibi sebepler birden fazla arabulucunun birlikte çalışmasını gerektirebilir.[39] Arabuluculuk Kanunu arabuluculuk faaliyetinin birden fazla arabulucu tarafından yürütülmesine izin vermektedir. Ancak burada Arabuluculuk Kanununa göre arabulucunun mutlaka hukuk fakültesi mezunu olması gerektiği[40] karşısında farklı uzmanlık alanından bir kişinin (mesela bir mühendis, psikolog, hekim) arabulucu sıfatıyla çalışması mümkün değildir.[41] Bu kişilere ancak uzman olarak başvurulabilir ki bu durum onları arabulucu yapmaz. Bilgi ve tecrübesinden yararlanılan bu kişilere verilecek ücret "diğer masraflar" kalemine **dâhil edilebilir.** Şu halde hukuk fakültesi mezun ol-

39 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.19 vd.

40 Arabuluculuk Kanunu, m.20/2-b.

41 Bu vesileyle arabulucunun mutlaka hukuk fakültesi mezunu olması şartının kaldırılması gerektiğini bir kez daha vurgulamak isterim. Yargısal nitelikli olmayan bir faaliyette sırf meslektaş dayanışması sebebiyle arabulucu olmak için hukuk fakültesi mezunu olmak şartının arabuluculuğun mahiyeti ile bağdaşmadığını, gerekirse hukukçudan yardım alınabileceğini düşünmekteyim. Bakınız: Süleyman Dost, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Uluslararası Ticari uyuşmazlıklar Bakımından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi" Uluslararası Davraz Sempozyumu: Küresel Diyalog, Isparta, 24-27 Eylül 2009, Bildiriler Kitabı, s.534-543.

mayan kişilerin arabulucu sıfatıyla arabuluculuk faaliyetine katılması mümkün değildir.

Diğer yandan taraflar birden fazla arabulucu eliyle arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesini isteyebilir. Tarife'nin 4. Maddesi "aynı uyuşmazlığın çözümüne ilişkin arabuluculuk faaliyetinin birden çok arabulucu tarafından yürütülmesi durumunda, ücret miktarları aynı olmak üzere, her bir arabulucuya ayrı ücret ödeneceğini" düzenlemiştir. Burada ücret miktarlarının aynı olması ibaresinden belirlenen arabuluculuk ücretinin birden fazla arabulucuya eşit şekilde paylaştırılması veya her bir arabulucunun ücreti ayrı kararlaştırılmış ise bu miktarların eşit olması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir. Ancak burada her bir arabulucuya verilecek ücretin Asgari Ücret Tarifesinden belirtilen miktardan aşağı olamayacağını belirtmek gerekir.

2-Ücretin tümünü hak etme

Tarifenin 5. Maddesi arabuluculuk faaliyetinin başlamasından sonra tarifede belirtilen şekillerde sona ermesi halinde arabulucunun **ücretin tümünü hak edeceğini düzenlemiştir. Ücretin tümünü hak** etme durumu iki grup halinde belirlenmiştir. 5. Maddenin 1. Fıkrasında birinci grup haller **şunlardır:**

(a) Arabuluculuk faaliyetinin, gerek tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşmaya varmış olması,

(b) gerek taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, gerekse de taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi veya

(c) tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi sebepleriyle sona ermesi hallerinde, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır.

Tarifenin 5. Maddesinin 2. Fıkrasında arabulucunun ücretin tümünü hak etme halinin ikinci grubu sayılmıştır. Buna göre "Arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra, uyuşmazlığın arabuluculuğa

elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu hususları ortaya çıkar ve bu sebeplerle de arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ise, sonradan ortaya çıkan bu durumlarla ilgili olarak eğer arabulucunun herhangi bir kusuru yoksa, arabuluculuk faaliyetini yürütme görevini kabul eden arabulucu, Tarife hükümleri ile belirlenen ücretin tamamına hak kazanır." Burada dikkat edilirse arabulucunun ücretin tamamını hak edebilmesi için arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmaması ve sonradan ortaya çıkan bu durumla ilgili arabulucunun kusurunun bulunmaması gerekir.[42] Yine aynı şekilde arabuluculuk konusunun 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suç ile ilgili olduğu ortaya çıkar ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir ve sonradan ortaya çıkan bu durumla ilgili arabulucunun kusuru bulunmazsa, arabulucu ücretin tamamını hak edecektir.

3-Ücretin Yarısını Hak Etme

a-Taraflardan birinin ölümü

Tarifenin 5. Maddesinin 3. Fıkrasında "arabuluculuk faaliyetine başlandıktan sonra taraflardan birinin ölümü halinde ücretin yarısına hak kazanılacağı" düzenlenmiştir. Bu cümleden taraflardan birinin ölümü halinde arabuluculuk faaliyetin sona ereceği anlaşılabilir. Bu durumda arabulucunun ücretin yarısını hak edeceği ifade edilmiştir. Bu halde mirasçılar arabuluculuk faaliyetine devam etmek isterlerse kanaatimce bu yeni bir arabuluculuk faaliyeti sayılır. Anlaşma yapıldıktan ve fakat tutanak imzalanmadan önce ölümün gerçekleşmesi halinde, Yönetmeliğin anlaşmanın tutanakla tespit edilmesi hükmü karşısında anlaşmanın yapıldığının farz edilmesi, kanaatimce mümkün değildir. Bu halde de arabulucu ücretin yarısını hak edecektir. Diğer yandan tarafların tüzel kişi olması durumunda ölümden değil tüzel kişiliğin sona ermesinden söz edilebilir.

---

42 Burada arabulucunun daha arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce ilk görevi uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını araştırmaktır. Bu araştırmayı gereği gibi yapmaması hukuki sorumluluk doğurabilecektir.

b-Arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul ve sulhte ücret

Tarifenin 6. Maddesinde **"**Uyuşmazlık, arabuluculuk faaliyeti devam ederken, arabuluculuk faaliyetinin konusuz kalması, feragat, kabul veya sulh gibi arabuluculuk yolu dışındaki yöntem ve nedenlerle giderilirse, ücretin yarısına hak kazanılacağı" **düzenlenmiştir.** Bu hükmü arabuluculuk faaliyeti dışında başka bir şekilde sona erdiği şeklinde anlamak maksada uygun olacaktır. Doktrinde özellikle feragat, sulh ve kabul yoluyla uyuşmazlığın sona ermesi halinde ücretin yarısına hak edileceği hususu eleştirilmiştir.[43] Ancak bu eleştiri kanaatime göre yerinde değildir. Çünkü feragat, sulh ve kabul, arabuluculuk faaliyetinin bir sonucu olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu bakımdan madde hükmü yerindedir.

5-Yeni bir uyuşmazlık konusunun ortaya çıkmasında ücret

Tarifenin 7. Maddesinde "Somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması halinde, her bir uyuşmazlık **için ayrı ücrete hak kazanılacağı" düzenlenmiştir.** Bu hüküm doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.[44] **Çünkü konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar için bu hükme gerek yoktur. Çünkü üzerinde anlaşılan miktarın yüzdesi** olarak ücret tespiti yoluna gidilecektir. Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar da saat bazında ücret tespiti yapılacaktır. Dolayısıyla ortaya çıkan yeni uyuşmazlık için de ne kadar saat harcandı ise o kadar ücret tahakkuk edecektir.

5-Tarifenin ikinci kısmına göre ücret

Tarifenin 8. Maddesinde "Tarifenin birinci kısmının birinci bölümünde ve ikinci bölümünde gösterilen hukuki uyuşmazlıkların konusu para veya para ile değerlendirilebiliyor ise, uyuşmazlık ister dava açılmadan önce arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmuş olsun isterse de dava açıldıktan sonra arabuluculuk yoluyla çözüme kavuş-

43 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.30-31.
44 Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.27.

turulmuş olsun arabuluculuk ücreti, Tarifenin ikinci kısmına göre belirleneceği" düzenlenmiştir.

6-Tarifede yazılı olmayan hallerde ücret

Tarifenin 9. Maddesinde "Tarifede yazılı olmayan haller için, uyuşmazlığa konu işin niteliği göz önünde tutularak, Tarifedeki benzeri hallere göre ücret belirleneceği" belirtilmiştir.

IV- ARABULUCUYA BAŞVURMANIN MAHKEME MASRAFLARINA ETKİSİ

1-Ülkemizdeki Durum

Bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümü için arabulucuya başvurulması, mahkeme harç ve masraflarını nasıl etkileyecektir? Burada öncelikle arabulucuya başvurunun dava açılmadan önce yapılıp yapılmadığına bakmak gerekir. Eğer dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş ise mahkeme harç ve masrafları doğrudan etkilenmez. Ancak arabuluculuk faaliyeti sonunda çözüme ulaşılamaması halinde, arabuluculuk için ödenen ücret, sonradan açılan davada istenmesi ihtimali söz konusudur. Hatta bunun için taraflar önceden anlaşmış bile olabilir.

Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması halinde durum farklıdır. Bilindiği gibi arabulucu, avans isteyebilir. Ancak arabulucunun isteyebileceği bu avans, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 120'de öngörülen gider avansına dâhil olmadığından, bu miktarın dava açılırken davacı tarafından mahkeme veznesine yatırılması zorunlu değildir. Dava açarken tarafların, hâkimin arabuluculuğa başvurma önerisini kabul edip etmeyecekleri belli olmadığından, arabuluculuk gider avansının yatırılmasına gerek de yoktur. Yazılı veya basit yargılama usûlünde, tahkikata başlamadan ve tahkikat için duruşma günü vermeden önce, hâkimin tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesi (HMK m.137/1, 320/2) ve tarafların arabuluculuğa başvurmaya karar vermesi durumunda, mahkeme "davanın arabulucuya gönderilmesi" şeklinde bir ara kararı vererek (HMKY m.53), arabuluculuğun süresini de dikkate alacak şekilde davanın görülmesini erteler ve yeni bir duruşma günü belirler.[45] (HUAK m.15/5)

[45] Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.15 vd.

Bundan sonra başkaca bir usûl kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir (HUAK m.14) ve arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder (HUAK m. 15/1). Ön inceleme aşamasında seçilen arabulucu, ücret ve masraflar için taraflardan gider avansı talep edebilir. Dava açıldıktan ve ön inceleme safhası geçtikten sonra, görülen davada arabuluculuğa başvurulmuşsa, seçilen arabulucu aynı şekilde taraflardan avans talep edebilir (HUAK m. 7/1, HUAKY m.10/1).

Burada son olarak arabuluculuk ücretinin belirlenmesinde, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukukî uyuşmazlıklar ile konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen hukukî uyuşmazlıkların dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmasında Tarifede öngörülen tasnif ve miktar ve oranlar uygulanacaktır.

2-Diğer Ülkelerdeki Durum

Genel olarak bakıldığında devletlerin, arabuluculuk ücretini yargı harç ve masraflarından ayırdığı görülmektedir. Japonya'da eğer taraflar birlikte arabuluculuğa başvurmuşsa arabuluculuk başarısız olsa bile arabuluculuk masrafları taraflarca paylaşılmaktadır. Mahkeme masrafları arabuluculuk ücreti ile karıştırılmamaktadır.[46] Almanya da benzer şekilde arabuluculuk ücretinin mahkeme masraflarına bir etkisi yoktur.[47] Rusya'da arabuluculuk ücretinin mahkeme masraflarına etkisi ile ilgili özel bir düzenleme yoktur. Tarafların bu konuda bir anlaşması yoksa mahkeme masrafları içindeki arabuluculuk ücretlerini davayı kaybeden tarafın ödeyeceği kabul edilmektedir.[48]

Bazı ülkelerde ise arabuluculuk yargılama sürecinin bir parçası gibi düşünülerek arabuluculuk ücreti, yargılama masrafları içinde görülmüştür. Mesela Avustralya gibi bazı devletler dava açıldıktan sonra başvurulan arabuluculuğun başarısız olması halinde arabuluculuk ücretsiz değil ise bu ücret mahkeme masraflarına dâhil edilmekte ve davayı kaybeden tarafından ödenmektedir.[49] İngiltere'de de aynı şekil-

46 Harald Baum, s.1045.
47 Peter Tochtemann, s.543.
48 Dmitry Davydenko, s.1175.
49 Ulrich Magnus, s.886.

de davayı kaybeden taraf arabuluculuk ücretlerini de ödemek zorunda kalmaktadır.[50]

V- ÜCRET İLE İLGİLİ ADLİ YARDIM

1-Ülkemizdeki Durum

Arabuluculuk ücret ve masraflarının adli yardım yoluyla karşılanmasına ilişkin, ne Arabuluculuk Kanununda ne de adli yardımla ilgili diğer düzenlemelerde bir hüküm yoktur. Bu nedenle ülkemizde arabuluculuk ücreti taraflarca karşılanacaktır. Bu durum, yargı yükünün hafifletilmesi ve toplumsal barışın sağlanması amacıyla benimsenen arabuluculuğun geleceği açısından olumsuzluk teşkil etmektedir. Aslında Ceza Muhakemeleri Kanunu m.253'e göre uzlaşma faaliyeti ücret ve masrafları devlet tarafından karşılanmaktadır.[51] Bu uygulama özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından da teşvik edici bir sistem olarak öngörülebilir. Arabuluculuk Kanununa, eklenecek bir hüküm ile özellikle görülmekte olan bir dava sırasında arabuluculuğa başvurulması hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre şartları taşıyan tarafa adlî yardımdan (HMK m. 334-340) yararlanma imkânının tanınması, ülkemizde arabuluculuğun etkin bir şekilde kullanılması maksadına hizmet edecektir.[52]

Ayrıca doktrinde adlî yardım hükümleri yanında, arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucuların, mahkeme kararıyla arabuluculuğa gönderilen davalarda, yılda en az 10 saat veya iki davada ücretsiz arabuluculuk yapmasının zorunlu tutulması suretiyle arabuluculuğa başvurunun teşvik edilebileceği teklif edilmiştir.[53] Kanaatimce bu teklif arabuluculuğun zorunlu bir yük olarak görülmesine sebep olabileceğinden dolayı yerinde değildir. Bunun yerine devlet teşviki maksada daha çok hizmet edecektir.

---

50 Jens M. Sherpe / Bevan Marten, s.387.

51 Mustafa S. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1006-1007.

52 Süha Tanrıver, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C:2, Ankara 2010, s. 2025-2036.; Mustafa S. Özbek, Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.34.

53 Mustafa S. Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1042.; Melis Taşpolat Tuğsavul, s.145; Seda Özmumcu, s.334.

2-Diğer Ülkelerdeki Durum

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakılacak olursa Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı ile Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu Kararında üye devletlerin uyuşmazlığın taraflarına tamamen veya kısmen ücretsiz arabuluculuk hizmet sunmaları veya arabuluculuk için adlî yardım imkânı sağlamaları tavsiye edilmiştir. Özellikle Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu Kararında adalete erişim hakkı kapsamında arabuluculuğa erişimin kolaylaştırılması vurgulanmaktadır.[54] Arabuluculuk faaliyetleri için devletin adli yardım sağlaması konusu doktrinde de tartışma konusu olmuştur. Genel eğilim arabuluculuğun teşviki için devletin belirli bazı oran veya şekillerde katkıda bulunması gerektiği yönündedir.[55]

İngiltere'de arabuluculuk için adli yardım yapılmakta iken 1 Nisan 2013 tarihli mevzuat değişikliği ile bazı uyuşmazlıklar bakımından devlet bu yardımları sınırlandırma yoluna gitmiştir.[56] Almanya'da kanunun taşıdığı şartları taşıyan uyuşmazlığın taraflarına adli yardım sağlanmaktadır. Ancak dava açıldıktan sonra yürütülen arabuluculuk faaliyetine mahkeme tarafından adli yardım verilmemektedir.[57] Japonya'da ise 2000 yılında yapılan düzenleme ile sadece mahkeme safhasında başvurulan arabuluculuk ücreti için sınırlı şekilde adli yardım sağlanmaktadır.[58] Rusya'da ise arabuluculuk için herhangi bir adli yardım desteği söz konusu değildir. Ancak bazı Hukuk Fakülteleri'nin staj eğitimi kapsamında ücretsiz arabuluculuk hizmetleri bulunmaktadır.[59]

---

54 Bakınız: Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg, 2003, s.16.; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): Better Implementation of mediation in the member states of the Council of Europe, Concrete rules and provisions, CEPEJ Studies No:5, Council of Europe, s. 19.; Ayrıca Avrupa Birliği Direktiflerinde arabuluculuğun uygulanmasını teşvik kapsamında bakınız: Blake Susan / Browne Julie / Sime Stuart, s.207 vd.

55 David Spencer / Michael Brogan, s.383.; Blake Susan / Browne Julie / Sime Stuart, s.74 ve 137.

56 Jeans Schepe / Bevan Marten, s.395.; Blake Susan / Browne Julie / Sime Stuart, s.74

57 Peter Tochterman, s.543-544.

58 Herald Baum, s.1046.

59 Dmitry Davydenko, s.1175.

Avusturya gibi bazı ülkelerde ise belirli bazı konulara ilişkin mesela aile uyuşmazlıklarında belirli bir zaman dilimi için arabulucunun ücreti devlet tarafından karşılanmaktadır.[60] Avustralya'da çok sayıdaki arabuluculuk faaliyeti ücretsiz olduğu için adli yardıma ihtiyaç duyulmamaktadır. Eğer ücret ödenmesi gereken bir uyuşmazlık söz konusu olduğu takdirde devlet tarafından adli yardım sağlanabilmektedir.[61]

SONUÇ

Devlet yargısı ve giderek tahkimde uyuşmazlıkların çözümü, prosedür ve ayrıntı çokluğu nedeniyle hem gecikmekte hem de masraflar artmaktadır. Bir de buna mahkemelerin aşırı iş yükü ve yüksek orandaki dava harç ve masrafları eklenince uyuşmazlığın tarafları açısından doğrudan veya dolaylı uğranan zarar artışı yaşanmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın tarafları daha basit, kolay ve hızlı uyuşmazlık çözüm beklentisine girmektedir. Bu beklentiye cevap verecek mekanizmalardan biri de arabuluculuktur. Arabuluculuk faaliyetindeki önemli unsurlardan biri de bu çalışmanın da konusunu teşkil eden arabuluculuk ücret ve masrafları konusudur.

Arabuluculuk konusundaki ulusal düzenlemeler incelendiğinde özet olarak şunları söylemek mümkündür*:* Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir. Aksi kararlaştırılmamışsa arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir. Aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraflar, taraflarca eşit olarak karşılanır. Ayrıca arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişi veya kişiler için aracılık yapma ve belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamayacağı gibi bu yasağa aykırı olarak yapılan işlemlerin batıl olduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda ele alınan arabuluculuk ücret ve masrafları ile ilgili olarak şu öneriler yapılabilir:

1- Yeni bir uyuşmazlığa meydan vermemek için arabuluculuk veya

60 Markus Roth / David Gherdane, s.269.
61 Ulrich Magnus, s.886.

arabuluculuk ücretine ilişkin sözleşmenin yazılı yapılması zorunluluğu getirilmelidir. Arabuluculuğun mahiyeti uyuşmazlıkları mümkün olduğu kadar azaltmak ise bu amaca hizmet eden düzenlemeler yapılmalıdır.

2- Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesindeki Genel Hükümler Arabuluculuk Yönetmeliğine dâhil edilmelidir.

3- Arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları Asgari Ücret Tarifesinde belirtilen ücretlerin altında ücret kararlaştıramazlar ifadesinin değiştirilmesi gerekir. Arabuluculuk ilişkisi madem ihtiyari ve özel hukuk ilişkisidir. O halde ücretin miktarı taraflara bırakılmalıdır. Burada maksat vergi kaçırılmasını önlemek ise bu husus vergi mevzuatı ile düzenlenmelidir.

4- Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinde konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk ücretinin anlaşılan miktar üzerinden yüzde olarak kararlaştırılabileceğinin ön görülmesi etik kurallarla çelişkilidir. Çünkü Arabuluculuk Etik Kurallarında arabuluculuk faaliyetinin sonucuna ve kısmen de olsa başarısına bağlı olarak ücret anlaşması yapılamaz **hükmünün varlığına rağmen** sonuç ve başarıya bağlı bir ücret anlaşması yapılması yerinde bir yaklaşım değildir.

5- Arabuluculuğun teşvik edilmesi ve geliştirilmesi bakımından arabuluculuk ücreti için adli yardım veya benzer teşvikler **düzenlenmelidir.**

6- Doğrudan arabuluculuk ücreti ile ilgili olmamakla birlikte arabuluculukta hukukçu olma şartı kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Baum Harald, "Mediation in Japan: Development, Forms, Regulation and Practice of Out of Court Dispute Resolution", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1011-1094).

Blake Susan / Browne Julie / Sime Stuart, The Jackson ADR Handbook, Oxford University Press, 2013.

Davydenko Dmitry, "Mediation in Russia: Regulation and Practice", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1167-1200).

Dost Süleyman, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısının Uluslararası Ticari uyuşmazlıklar Bakımından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi" Uluslararası Davraz Sempozyumu: Küresel Diyalog Bildiriler Kitabı, Isparta, 24-27 Eylül 2009, s.534-543.

Genn Hazel, Mediation in Action, Published by Calouste Gulbenkian Foundation, London, 1999.

Hopt Klaus J. / Steffek Felix, "Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundemantal Issues", Mediaton:Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Klaus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.3-130).

Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet yayınevi, Ankara, 2011.

Kulms Rainer, "Mediation in the USA: Alternative Dispute Resolution between Legalism and Self Determination", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.1245-1328).

Magnus Ulrich, "Mediation in Australia: Developments and Problems" Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.869-908).

Özbek Mustafa S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, 2013.

Özbek Mustafa S., Arabulucu Asgari Ücret Tarifesinin Tahlili, s.17. Makaleye erişim için bakınız: http://www.arabulucu.com/arabuluculuk-hakkinda/arabuluculuk-asgari-ucret-tarifesinin-tahlili (01.06.2014)

Özbek Mustafa S., "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *TBB Dergisi*, 2007/68.

Özmumcu Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Roth Markus / Gherdane David, "Mediation in Austria: The Europen Pioner in Mediation Law and Practice" Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.247-332).

Scherpe Jens M. / Marten Bevan, "Mediation in England and Wales: Regulation and Practice", Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.365-454).

Spencer David / Brogan Michael, Mediation Law and Practice, Cambridge Universty Press, 2006.

Tanrıver Süha, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", ICC Türkiye Milli Komitesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008, Ankara.

Tanrıver Süha, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Fark-

lılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açıdan İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C:2, Ankara, 2010.

Tıktık Çiğdem Yazıcı, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tochtermann Peter, "Medaition in Germany:The German Medaition Act-Alternative Dispute Resolution at the Crossroads" Mediation Principles and Regulation in Comparative Perspective, (Ed: Ed: Kalus J. Hopt / Felix Steffek) Oxford University Press, Craydon, 2013, (p.521-584).

Tuğsavul Melis Taşpolat, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Rapor, Mevzuat ve Diğer Kaynaklar

Arabuluculukla ilgili ulusal mevzuat metinleri için bakınız: http://www.adb.adalet.gov.tr/

Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg, 2003, s.16.;

Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, TBB Yayını, Ankara, 11 Mart 2011 (Eserin pdf formatına erişim: http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/436-d.pdf)

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): Better Implementation of mediation in the member states of the Council of Europe, Concrete rules and provisions, CEPEJ Studies No:5, Council of Europe, s. 19.

ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ YÖNLERİNE DAİR LAHEY SÖZLEŞMESİ: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi

Şebnem NEBİOĞLU ÖNER*

Özet: Çocuklarla ilgili uyuşmazlıklar, uluslararası alandaki en çetrefil sorunlardandır. Özellikle, uluslararası çocuk kaçırma, bu alandaki en karmaşık ve çözümlenmesi zor meselelerden biridir. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, bu tür kaçırma vakalarının önlenmesi için tasarlanmış etkili bir mekanizma öngörmektedir. Sözleşmenin temel yaklaşımı, kanuna aykırı şekilde bir taraf devlete götürülen veya orada alıkonulan çocuğun derhal iadesini sağlamak ve esas itibarıyla yasadışı götürme veya alıkoymadan önceki mevcut durumu yeniden tesis etmektir. Lahey Sözleşmesi, Sözleşme'nin özel amacı doğrultusunda anlaşılması ve yorumlanması gereken özerk kavramlar benimsemiştir. Bununla birlikte, taraf devletler arasında Lahey Sözleşmesi hükümlerinin yorumlanması noktasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu açıdan, Sözleşme'nin etkililiği, Sözleşme'yi uygulayan ve yorumlayan merkezi makamların ve ulusal mahkemelerin elindedir. Bu otoriteler, yalnızca Sözleşmenin mevcut metnine dayanmamalı, aynı zamanda Sözleşmenin amaçlarını da göz önünde bulundurmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Lahey Sözleşmesi, Uluslararası Çocuk Kaçırma, Koruma Hakkı, Mutat Mesken, Derhal İade Kararı.

Abstract: Disputes about children are some of the hardest issues in the transnational context. Especially, the international child abduction is one of the most complex and problematic matter in this area. The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction contains an effective mechanism designed to prevent such abductions. The basic approach of the Convention is to require the prompt return of a child wrongfully removed to or retained in any Contracting State and essentially to restore the status quo before the wrongful removal or retention occurred. The Hague Convention adopts autonomous concepts that are to be understood and interpreted with the particular purpose of the Convention. For this reason, there are wide dissimilarities in interpretation of the Hague Convention's provisions among the

* Dr., Hakim / Anayasa Mahkemesi Raportörü

Contracting States. In this respect, the effectiveness of the Convention is left in the hands of the Central Authorities and the national courts that implement and interpret the Convention. These authorities must rely not only on the actual text of the Convention but also take the objectives of the Convention into account.

Keywords: Hague Convention, International Child Abduction, Rights of Custody, Habitual Residence, Prompt Return Order.

GİRİŞ

Uluslararası çocuk kaçırma uzun geçmişe sahip bir problem olmakla beraber, uluslararası seyahatlerde sağlanan rahatlık, çok kültürlü evliliklerdeki artış ve boşanma oranlarındaki yükselişle birlikte, bu tür kaçırma vakalarının oranı hızla artmaya devam etmektedir. Yurdışında çok sayıda vatandaşı bulunan ülkemiz açısından da belirtilen sorun giderek daha önemli bir boyut kazanmakta ve uluslararası anlamda ciddi bir işbirliğini gerektirmekte olup, bu işbirliği bakımından en önemli vasıtalardan biri Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesidir.

Bu bağlamda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, tüm taraf devletlerde yapılandırılması gereken merkezi makamlar arasında bir işbirliği sistemi ve çocuğun mutat ikametgahına dönüşü hususunda hızlı bir prosedür öngörmek suretiyle, ebeveynler tarafından gerçekleştirilen çocuk kaçırma vakalarıyla mücadele etmeyi amaçlamaktadır. Lahey Sözleşmesi en basit ifadesiyle, yasadışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek, ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda oldukça etkili bir yaklaşım sergilemekte olup, Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutat olarak ikamet eden çocuğun, diğer bir taraf devlete yasadışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda, Sözleşmede yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai haller dışında, çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının çocuğu mutat ikametgahı ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur.

Lahey Sözleşmesi'nin uluslararası çocuk kaçırma meselesini düzenleyen ilk uluslararası sözleşme olduğu söylenilebilir[1]. Zira 1961

[1] Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Lahey Sözleşmesi'nin onaylanması 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanunla uygun bulunarak, 29 Aralık 1999

tarihli "*Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi*" ve 1980 tarihli "*Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*" daha önce uluslararası çocuk kaçırma vakalarında uygulama alanı bulmuş ise de, bu Sözleşmelerin daha ziyade, velayet hakkı ve bu kapsamda verilen kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili olduğu açıktır[2].

Sözleşme taraf devletlerdeki uygulamanın geneli itibarıyla oldukça başarılı olup, hâlihazırda seksen altı devlet[3] sözleşmeye taraftır[4].

Bu açıdan Sözleşme, binlerce kaçırma vakasının çözüme ulaştırılmasına katkıda bulunduğu gibi, kaçırma eyleminin her iki ebeveyni ile ilişki kurma hakkı olan çocuk açısından zararlı olduğuna işaret eden açık mesajıyla ve çocuğun acilen iadesi hususundaki tedbirinin etkililiğiyle, diğer birçok vaka açısından da caydırıcı bir görev üstlenmektedir[5].

---

tarihli ve 99/13909 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını müteakip, 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Onay belgesinin, 31 Mayıs 2000 tarihinde tevdi yeri olan Hollanda Dışişleri Bakanlığına iletildiği Sözleşme, Türkiye açısından 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

2 Çocukların, diğer uluslar arası sözleşmeler kapsamında iadesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Giray, Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul 2010, s.235 vd.

3 Türkiye, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Bahama Adaları, Belarus (Beyaz Rusya), Belçika, Belize, Bosna-Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Estonya, Fiji Adaları, Finlandiya, Fransa, Guatemala, Güney Afrika, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, Honduras, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kanada, Karadağ, Kolombiya, Kosta Rika, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya Cumhuriyeti, Malta, Meksika, Moldova, Monako, Morityus (Mauritius), Nikaragua, Norveç, Özbekistan, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Saint Kitts ve Nevis, San Marino, Seyşeller, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Şili, Tayland, Trinidad ve Tobago, Türkmenistan, Ukrayna, Uruguay, Venezuela, Yeni Zelanda, Yunanistan, Zimbabve Sözleşmeye taraf devletlerdir. Bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid.

4 Copertino, M. M., Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: An Analysis of Its Efficacy, 6 Conn. J. Int'l L. 715.; Horstmeyer, E. S., The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: An Analysis of Tahan and Viragh and Their Impact on Its Efficacy, 33 U. Louisville J. Fam. L. 125.; Duncan, W., Action in Support of the Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 103.

5 Skoler, G., A Psychological Critique of International Child Custody and Abduction Law, 32 Fam. L.Q. 557; Rivers, D. R., The Hague International Child Abduction Convention and the International Child Abduction Remedies Act: Closing Doors

Sözleşme'ye taraf olan devlet sayısı ve taraf devletlerin mevzuatında yer alan koruma hakkına ilişkin düzenlemelerin farklılığı nazara alındığında, Sözleşme'nin etkinliği büyük ölçüde taraf devletlerdeki uygulama başarısı ile paralellik arz etmektedir. Bu kapsamda taraf devletler, Sözleşme'nin yürürlüğünün sağlanması noktasında çeşitli pozitif düzenlemeler öngörmek durumundadır. Zira Sözleşme iade prosedürüne ilişkin genel çerçeveyi çizmekle beraber, iade başvurusunun adli prosedürü hakkında bir hüküm içermemekte, süreçte yer alan yetkili makamların ve prosedürün tesisini taraf devletlere bırakmaktadır. Türkiye de Sözleşme'nin uygulanabilirliği için pozitif hukukunda ve uygulamasında bazı düzenlemeler öngörmüş olup, 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un[6] kabulü, bu noktada atılan en önemli adımdır. 5717 sayılı Kanun öncesinde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin 01/01/2006 tarihli ve 65 sayılı Genelge kapsamında yürütülen uygulama, böylece daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Ayrıca 65 sayılı genelge, 5717 sayılı Kanun'un hükümleriyle uyum sağlaması açısından 16/11/2011 tarihli ve 65/2 sayılı genelge[7] ile güncellenmiştir[8].

Belirtilen vakaların özellikle ailenin bütünlüğü ve korunması ile Sözleşme'nin öngördüğü prosedürlerin icrası açısından taşıdığı öneme binaen, Avrupa nsan Hakları Mahkemesi tarafından da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ve 8. maddeleri bağlamında değerlendirmeye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır.

Bu çalışma Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin amaçları, uygulanması ve sonuçlarına dair genel bir açıklama sunmakta, uluslararası çocuk kaçırma ile mücadelede, uluslararası işbirliğinin önemini vurgulamakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan

---

to the Parent Abductor, (1989), 2 Transnat'l Law. 589.

6 5217 sayılı Kanun 04/12/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

7 Genelgenin tam metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge.html.

8 Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ise, uluslararası çocuk kaçırma vakalarına yön veren tek düzenleme Lahey Sözleşmesi olmayıp, Brüksel IIA Tüzüğü olarak bilinen 2201/2003 sayılı "Evlilik ve Velayete İlişkin Hususlarda Yargı Yetkisi, Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Konsey Tüzüğü" de çocuk kaçırma davalarına ilişkin yargılama yetkisi ve prosedüre ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Hakları Sözleşmesi'nin özellikle 6. ve 8. maddeleri bağlamında Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayan içtihadı hakkında bir değerlendirme içermektedir.

SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Sözleşme'nin amaçları; taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya bu devletlerde yine kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocukların derhal iadelerini temin etmek ve taraf bir devletteki koruma[9] ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. Bununla birlikte Sözleşme'nin asıl amacının, ziyaret haklarının korunması bir tarafa[10], çocukları sınır ötesi çocuk kaçırmanın zararlı etkilerinden korumak olduğu söylenebilir. Sözleşme kaçırılan veya kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocuğun acilen mutat ikametgahı ülkesine iadesini sağlayarak, bu vakadan önceki mevcut durumu (status quo) yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır[11].

Bununla birlikte Lahey Sözleşmesi, ebeveynlere çocuğun götürülmesi konusunda, sadece bunun diğer ebeveyn veya kanuni temsilcinin koruma hakkını ihlal etmesi durumunda sınırlama getirmektedir. Bu nedenle, yalnızca çocuğun yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden önce mutat ikametgahının bulunduğu devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali söz konusu ise ve bu hak yer değiştirme veya geri göndermeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise, çocuk gayrikanuni yollardan götürülmüş veya alıkonulmuş sayılacaktır. Çocuğun yerinin değiştirilmesindeki kanuna aykırılık unsuru, çocuğun mutat meskeni devletinde yürürlükte olan kanunlar uyarınca tanınan velayet hakkının ihlal edilmesi vakıasına dayandığı için, çocuğun iadesinin talep edildiği devletin, iade prosedürünü gerektiren bir durum olup olmadığını karara bağlarken mutat

---

9 Sözleşmenin Türkçeye resmî çevirisinde "rights of custody" kavramı, "koruma hakkı" olarak tercüme edilmiştir.

10 Steward, P., Access Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 21 Fordham Int'l L.J. 308.

11 Pérez-Vera, E., Explanatory Report, in 3 Hague Conference on Private International Law, s.429. Bkz. http://www.hcch.net/upload/expl28. (e.t. 7.7.2014)

mesken devletinde geçerli olan hukuk kurallarını dikkate alması gerektiği açıktır. Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında kanuna aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma durumunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken, doğrudan mutat mesken devletinde geçerli olan hukuk kuralları dikkate alınabileceği gibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması hususunda özel prosedürlere başvurmadan o devletteki idari veya yargısal kararlar da göz önünde bulundurabilecektir. Tüm bu verile kapsamında çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi, çocuğun mutat meskeni hukukuna göre, hukuka aykırı addedilmelidir[12].

Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için, çocuğun mutat meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup, bununla kastedilen çocuğun fiili yaşam merkezidir. Sözleşme kapsamında hukuka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma durumunun varlığının ve bir koruma hakkı ihlali bulunup bulunmadığının tespiti de mutat mesken hukukuna göre yapılacaktır. Mutat mesken kavramı bağlayıcı bir faktör olup, kşiyi bir yere, bir hukuk istemine tabi kılma vasıtasıdır. İnsanların giderek daha mobil bir hayat sürmeye başladığı nazara alınarak, uluslararası birçok metinde özellikle mutat mesken kavramının bir bağlama ölçütü olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlantının tanımlanması noktasında kimi hukuk sisteminin bir yerde kalış süresi gibi daha şekli bir kriterden hareket ettiği, bazı hukuk sistemlerinde ise kalış amacı da sogulanmak suretiyle daha çok niyet bazlı bir bağlantı arandığı görülmektedir[13].

Sözleşme'de kastedilen mutat mesken, belirtilen yer değiştirme eyleminden hemen önce çocuğun fiili yaşam merkezi konumunda olan yerdir[14].

---

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Altuntaş, İlknur, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006, s. 161 vd.

13 Anne ve babanın evli olmaması durumunda çocuğun mutat meskeninin anneye bağlı olarak tayin edileceği yönünde bkz. Mceleavy, Peter, Lahey Çocuk Kaçırma Sözlşemesi Kapsamında Mutat Mesken, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.36.; Ayrıca, çocuğun mutat meskeninin belirtlenmesinde yaşa bağlı bir ayrım yapılması, bu kapsamda görece küçük yaştaki çocukların mutat meskeninin anne ve baba veya duruma göre anneye bağlı olarak, daha büyük yaştaki çocukların mutat meskeninin ise çocuğun gerçek bağının olduğu yer nazara alınarak belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Mceleavy, s.38.

14 Giray, s.52. Lahey Sözleşmesi kapsamında mutat mesken kavramı ve mutat meskenin belirlenmesi hakkında bkz. Vivatvaraphol, T., Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases under the Hague Convention, 77 Fordham L. Rev. 3325.; Davis, C. D., The Gitter Standard: Cre-

Sözleşme'yi hazırlayanlar, farklı devletlerin iç hukuklarının koruma hakkını farklı şekillerde ele alabileceğini öngörmüşlerdir. Esasen her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğunan, çocukların bakım ve kontrollerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade, belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığını nazara almak gerekmektedir. Örneğin, anneye velayet hakkının verildiği fakat, çocuğun babanın rızası olmaksızın yargı alanından ayrılamayacağının kararlaştırıldığı bir durumda, anne tarafından çocuğun yargı alanı dışına çıkarılması kanuna aykırı olacaktır[15]. Bu nedenle Sözleşme'nin uygulama alanına giren bu tür vakalarda mahkemelerin, koruma haklarının yabancı bir hukuk sisteminde kendilerininkine nazaran oldukça farklı şekilde düzenlenmiş olabileceğini gözönünde bulundurmaları ve iade prosedürünü buna göre şekillendirmeleri önemlidir[16]. Bu nedenle, koruma hakkı ve içeriği konusunda taraf devlet hukuk sistemlerinde yer alan mevzuat ve uygulamaların ulaşılabilirliği ve bu irtibatın sağlanması noktasında özellikle merkezi makamların etkinliği hayati öneme sahiptir.

---

ating a Uniform Definition of Habitual Residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2006-2007), 7 Chi. J. Int'l L. 321. Ayrıca mutat meskenin tespiti noktasındaki farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. Giray, s. 52 vd.; Altuntaş, 152 vd. Belirli bir yaşın altında ve anne bakımına muhtaç olan çocukların anneden bağımsız bir mutat meskeni olamayacağı yönündeki görüş için bkz. Erdem, Bahadır, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.9.

15 Örneğin Alman Hukukunda, velayet hakları konusu çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmasına göre farklılık arz etmekte olup, evlilik içi çocuk üzerinde anne veya babadan birisinin velayet hakkı bir Mahkeme kararı ile kaldırılmadıkça ortak velayet söz konusudur. Ayrılma veya boşanma durumunda da aksine bir Mahkeme kararı olmadığı sürece ortak velayet devam etmektedir. Evlilik dışı doğan çocuğun velayet hakkı ise otomatikman anneye tanınmakta ancak, anne ve baba ortak bir beyan vermek suretiyle ortak velayet hakkına kavuşabilmektedir. Bunun yanı sıra, Alman Hukukunda tek taraflı velayet hakına sahip olan veya çocuğun ikamet yerini tayin etme hakkına sahip olan ebeveyn, diğer ebeveynin rızası olmadan çocuk ile beraber başka bir ülkeye gitme hakkına sahiptir. Bu çerçevede, belirtilen hakka sahip olan ebeveynin çocuğun mutat meskenini değiştirme girişimi, kendisine tanınan hak çerçevesinde diğer ebeveynin koruma hakkını ihlal etmediğinden, Lahey Sözleşmesi anlamında bir kaçırma veya alıkoyma durumu söz konusu olmayacaktır. Bkz. Bkz. Helmers, Ralf, Almanya'da Aile Mahkemelerinde Görülen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.60.

16 Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gereken esaslara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Giray, s.46 vd.

Belirtilen sorunun çözümünü kolaylaştırmak adına, Sözleşme'nin 5. maddesi koruma hakkını oldukça spesifik şekilde "*çocuğun şahsının bakım hakkı ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkı*" olarak tanımlamıştır[17]. Sözleşme kapsamındaki koruma hakkı, anlamını direk Sözleşme'den alan ve Sözleşme'nin kapsam ve amaçlarına göre yorumlanması gereken özerk bir tanımlamadır[18]. Sözleşme metninde ifade edilen koruma hakkı velayet sorumluluğuna nazaran bazı farklılıklar içerebilmektedir. Zira, bazı ülkelerde geçerli olan ortak velayet uygulamalarına bağlı olarak velayet kararı yanında çocuğun ebeveynlerden hangisiyle birlikte kalacağı da hükme bağlanmaktadır. Böyle bir durumda velayet hakkına sahip olunmakla beraber, çocuğun meskenini değiştirme yetkisi söz konusu olmayabilecektir. Bu nedenle koruma hakkının velayet hakkına nazaran daha geniş ve üst bir kavram olduğunu ifade etmek isabetli olacaktır. Bu bağlamda, velayet hakkına sahip olunması her somut olayda koruma hakkının da elde edilmiş olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Belirtilen tespitler ışığında, Sözleşme'nin uygulama alanına giren her somut olayda, Sözleşme'nin tanımladığı koruma hakkının ve bu bağlamda bu hakka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma vakasının bulunup bulunmadığı, mutat mesken ülkesinden temin edilecek ve bu hakkı tevsik eden belge ve mümkünse mahkeme kararlarıyla teyit edilmelidir[19].

Sözleşme'nin koruma altındaki çocuklar itibarıyla kişi bakımından kapsamının belirlenmesi önemli olup, Sözleşme hükümleri, koruma veya ziyaret haklarının ihlalinden hemen önce, mutat ikametgâhı taraf devletlerden birinde bulunan ve on altı yaşından küçük olan çocuklar için uygulanabilecektir. Sözleşme on altı yaş ifadesine yer vermekle beraber, bunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bir belirleme içermediği görülmektedir. Ancak Sözleşme'nin açıklayıcı raporunda kullanılan "*on altıncı yaş günü*" ifadesinden, çocuğun on altı

---

17 Bkz. Silberman, L., The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and Other Issues, (2000-2001), 33 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 221, s.226.; Whitman, C. B., Croll v. Croll: The Second Circuit Limits Custody Rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2001), 9 Tul. J. Int'l & Comp. L. 605.

18 Sözleşme kapsamında koruma hakkının değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Giray, s.88 vd.

19 Lahey Sözleşmesi bağlamında koruma hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Altuntaş, s.94 vd.; Giray, s.88 vd.

yaşını doldurmamış olması gerekliliğine işaret edildiği sonucuna ulaşılmaktadır[20]. Bu anlamda, on altı yaşından gün almış olan çocuğun Sözleşme'nin uygulama alanına girmeyeceği tespiti hatalı olacaktır. Bu husus Sözleşme'nin Türkiye uygulanmasında da tereddütlere neden olmuştur. 5717 sayılı Kanun öncesinde, Lahey Sözleşmesi'nin uygulama koşullarını düzenleyen genelgenin 4. maddesinde yer verilen, on altı yaşından gün almamış kişilerin Sözleşme uygulaması kapsamında çocuk sayılacağına dair tespit, 5717 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle isabetli olarak "*on altı yaşını tamamlamamış kişiler*" şeklinde tashih edilmiştir[21].

Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri almakla[22] ve bu amaçla, en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu açıdan, Sözleşme hükümleri uyarınca her taraf devlet, Lahey Sözleşmesi ile ilgili tüm meselelerde koordinatör makam olarak hareket etmek ve Sözleşme'nin taraf devlete yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmek üzere bir merkezi makam tayin etmek durumundadır[23]. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, Sözleşme büyük ölçüde merkezi makamların işlerliği ve etkinliği üzerine bina edilmiştir[24].

---

20 Pérez-Vera, s.449 vd.

21 İade prosedürü devam ederken çocuğun on altı yaşını ikmal etmesi durumunda, Sözleşme'nin uygulama alanından çıkacağı yönünde bkz. Erdem, s.11.

22 Bkz. 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin 2.maddesi. 5717 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, bu etkinliğin sağlanabilmesine hizmet edecek surette "Merkezi makam, mahallî Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile; a) ...çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmek de dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alır..." hükmüne yer verilmiştir.

23 Sözleşmenin Amerika, Almanya ve Kanada uygulaması için bkz. Pfund, P. H.,The Hague Convention on International Child Abduction, the International Child Abduction Remedies Act, and the Need for Availability of Counsel for All Petitioners, 24 Fam. L.Q. 35, s.42.; Clemens, L.C., International Parental Child Abduction: Time for the United States to Take a Stand, (2003), 30 Syracuse J. Int'l L. & Com. 151.; Wolfe, K., A Tale of Two States: Successes and Failures of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the United States and Germany, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 285.; Bailey, M., Canada's Implementation of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 17.; Sözleşmeye ilişkin muhtelif ülke uygulamaları için ayrıca bkz. Altuntaş, s. 191 vd.

24 Bruch, C. S., The Central Authority's Role under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed, 28 Fam. L.Q. 35.

Sözleşme ayrıca, federal, birden fazla hukuk sisteminin yürürlükte bulunduğu veya özerk toprak birimlerine sahip olan devletlerin, birden fazla merkezî makam tayininde ve bu makamların herbirinin yetkilerinin toprakları açısından genişliğini tayinde serbest olduğunu ifade etmiş olup, Kanada ve Birleşik Krallık, bu kapsamda çoklu merkezi makam uygulamasına sahip olan ülkelerdir[25]. Ancak, bu yetkiden yararlanan devletlerin, taleplerin devlet bünyesindeki merkezî makama intikalini teminen sunulacağı yetkili merkezî makamı da tayin etme zorunluluğu öngörülmüştür. Bu yükümlülük oldukça önemlidir. Zira Sözleşme, talepte bulunulan taraf devletin adli ve idari makamlarının, çocuğun ivedi şekilde iadesinin sağlanması hususundaki görevlerinin icrasına dair bir süre sınırlaması öngörmüş olup, bu açıdan Sözleşme kapsamındaki taleplerin hızla yetkili merkezi makama iletilmesi gerekmektedir[26].

Merkezî makamlara, aralarında işbirliği yapmak, çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve Sözleşme'nin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere devletlerinin yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmek görevi yüklenmiştir. Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek aracıların yardımıyla, kanuna aykırı biçimde yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun bulunması; çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabilecekleri zararların önlemesinin geçici önlemler alınarak veya aldırılarak sağlanması; çocuğun isteyerek iadesinin veya dostane çözümün kolaylaştırılması; faydalı görülür ise, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgilerin teatisi gibi, Sözleşme'nin uygulanmasının temini için uygun tüm önlemlerin alınması merkezi makamın sorumluluğundadır. Ayrıca çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adlî ve idarî dava açılması veya bunun teşviki ve Sözleşme'nin işleyişi konusunda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek ve uygulanmasında muhtemelen karşılaşılacak engellerin olanaklar ölçüsünde ortadan kaldırılması için tüm önlemlerin alınması merkezi makamların görevleri dahilindedir[27]. Sözleşme'de merkezi makamlar için tanımlanan bu görevler nazara alındığında, iade sürecinin hızlı ve güvenli

25 Chiancone , Janet / Girdner, Linda / HoffF , Patricia, Issues in Resolving Cases of International Child Abduction by Parents, Juvenile Justice Bulletin, 2001, s. 8 vd.
26 Pérez-Vera, s.439.
27 Bkz. Altuntaş, s.54 vd.

işleyebilmesinin büyük ölçüde merkezi makamların etkinliğine bağlı olduğu açıktır.

Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir vakada merkezi makamlar, hem iade talebinde bulunan hem de iadeyi gerçekleştiren makam olarak görev alabilmektedir. Bu yönüyle merkezi makamların çift yönlü bir görev ifa ettiklerini söylemek yerinde olur[28].

Sözleşme merkezi makamların tesisinden, görev ve yetkilerinden genel itibarıyla söz etmekle birlikte, bu makamların kuruluşu, yapısı, görev ve yetkileri ile bunları ifa usulüne dair ayrıntılı hükümler içermemektedir. Bu nedenle her üye devlet Sözleşme'nin belirlediği sınırlar dâhilinde, kendi yapısına uygun merkezi makam ya da makamlar tayin ederek, görev ve yetkilerine dair ayrıntılı düzenlemeler öngörmekte muhayyerdir. Zira Sözleşme genel itibarıyla, uluslararası çocuk kaçırma vakaları ile mücedele ve buna ilişkin sistemin ihdası hususunda görece birkaç basit öneride bulunmakta olup, bu önerilerin temelinde tüm taraf devletlerin Sözleşme'yi ilevsel kılmak adına, kendi hukuk sistemlerini hem mevzuat hem uygulama açısından düzenleme gayret ve başarıları yatmaktadır.

Bu kapsamda Türkiye, Sözleşme'nin 6. maddesi ve 5717 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, Sözleşme'de öngörülen yükümlülükleri yerine getirmek üzere, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünü merkezi makam olarak tayin etmiş olup, merkezi makam bu görevini mahallî Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığıyla yerine getirmektedir[29].

Bir çocuğun, korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya örgütün, çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere gerek çocuğun mutat ikametgâhı merkezî makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf devlet merkezî makamına başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu husus başvurucunun kendi fikrine göre en uygun olduğunu düşündüğü merkezi makama

---

28 Bruch, The Central Authority's Role, s.38.

29 Bkz. 5717 sayılı Kanun'un 4/1. fıkrası ile 65/2 sayılı Genelge'nin I/3. maddesi. Sözleşme'nin Almanya uygulamasında ise merkezi makam Uluslararası Aile Hukuku Usul Kanunu uyarınca Bonn'da yer alan Federal Adalet Ofisi'dir. Bkz. Weinkaufff, Sarah, Uluslararası Velayet Anlaşmazlıklarında Merkezi Makamın Rölü ve Görevleri- Almaya'nın Tecrübesi, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.48.

başvurmakta muhayyer olduğunu göstermekle birlikte, başvurucunun kendi seçimi olan merkezi makama başvuruda bulunma hakkının direk sonucu, başvurucunun talebini alan makam tarafından, çocuğun bulunduğuna inanılan ülke merkezi makamına talebin iletilmesi sorumluluğunun yüklenilmesidir. Ancak, iade talebinde bulunan kişinin ülkesindeki gönderici konumunda olan merkezi makama başvuruda bulunması ve devamındaki sürecin konunun uzmanı olan bu makam tarafından yürütülmesinin, iade prosedürünün daha hızlı ve verimli şekilde sürdürülmesine hizmet edeceğinde kuşku yoktur. Zira belirtilen merkezi makam başvurana, çocuğun yerinin tespiti ve iade prosedürünün takip edilmesi hususunda organize edilmiş bir mekanizmadan istifade etme olanağı sağlamaktadır.

Sözleşme kapsamında yapılacak iade talebinin; talepte bulunan kişinin, çocuğun ve çocuğu götürdüğü veya alıkoyduğu iddia edilen kişinin[30] kimliğine ilişkin bilgileri, çocuğun doğum tarihini ile temini mümkün ise çocuğun bulunduğu yer ve birlikte olduğu varsayılan kişinin kimliği ile ilgili mevcut tüm bilgileri ihtiva etmesi gerekmektedir. Ayrıca talep, "*talep edenin, çocuğun geri dönmesini isteme müracaatını dayandırdığı esasları*" da içermek zorundadır. Bu gereklilik, Sözleşme'nin merkezi makamlara açıkça haklı olmadığı görülen taleplerin reddedilmesi yetkisini veren 27. maddesinin uygulanmasına temel olabileceğinden, oldukça önemlidir.

İade talebini müteakip, yetkili merkezi makam öncelikle bir kapsam incelemesi yaparak, söz konusu kaçırma fiilinin, Lahey Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit etmek durumundadır. Yetkili merkezi makam bu inceleme kapsamında iade talep eden kişinin mutat mesken ülkesi hukuku uyarınca koruma hakkına sahip olup olmadığını, çocuğun yaşı itibarıyla Sözleşme'nin konu bakımından kapsamında yer alıp almadığını ve elbette çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu iddia edilen devletin Sözleşmeye taraf olup

30 Bu kişiler genellikle çocuğun yakın akrabaları olup, olayların ekserisinde kaçırma veya alıkoyma eylemini icra eden çocuğun anne veya babasıdır. Ancak aile kavramı kendisini çevreleyen farklı kültürel öğelere bağlı olarak, her taraf devlette az ya da çok geniş olabileceği için, örneğin bir dede veya evlat edinen baba tarafından gerçekleştirilen kaçırma ve alıkoyma vakaları da Sözleşmenin uygulama alanına giren bir çocuk kaçırma vakası olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Pérez-Vera, s.451.

olmadığını inceleyecek[31] ve talebin Sözleşme kapsamına girdiğinin tespiti sonrasında, iade talebi çocuğun bulunduğu düşünülen devletin merkezi makamına iletilecektir. Bu makamın başvuruyu doğrudan red yetkisi, Sözleşme'nin 27. maddesi uyarınca, Sözleşme'nin gerekli gördüğü şartların yerine getirilmediğinin veya talebin haklı olmadığının açıklıkla tespiti haliyle sınırlıdır. Ayrıca, talebi alan merkezi makam çocuğun başka bir taraf devlette bulunduğu görüşünde olursa, talebin doğrudan doğruya ve derhal sözkonusu devletin merkezî makamına intikal ettirilmesi söz konusu olup, çocuğun bulunduğu düşünülen ülke Sözleşme'ye taraf devletler arasında yer almıyor ise, merkezi makam talebi doğal olarak reddedecektir.

Merkezi makamın yapacağı bu değerlendirme, tamamen talebin Sözleşme kapsamında karşılanabilecek bir talep olup olmadığına ilişkin şekli bir inceleme olup, iade talebinin esasına müteallik hususlarda karar verilmesi söz konusu değildir.

Yukarıda belirtilen koşulların sağlanması durumunda, Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca tüm taraf devletlerin adlî ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini teminen en kısa zamanda gerekli girişimlerde bulunma yükümlülükleri vardır. Müracaatta bulunulan adlî veya idarî makam, müracaattan itibaren altı hafta içinde talep hakkında bir karar vermez ise, talep eden veya talep edilen devletin merkezî makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteme hakkına sahiptir. Cevap, talep edilen devletin merkezî makamına gelir ise, bu makamın cevabı talepte bulunan devletin merkezî makamına veya icabında müraacaat sahibine intikal ettirmesi zorunludur.

Esasen iade prosedürü için böyle bir süre sınırlaması öngörülmesinin nedeni, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkedeki yaşam şartlarına alışmasının, bu suretle çocuk için yeni bir yaşam alanı ve mutat mesken oluşmasının engellenmesidir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere, çocuğun iadesi kararının istisnalarından biri de çocuğun yeni çevresine intibak ettiğinin tespit edilmesi halidir. Sözleşme'nin 2. maddesi taraf devletlere, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Altuntaş, s.90 vd.

almak ve bu amaçla en süratli usullere başvurmak yükümlülüğünü yüklerken, aynı yükümlülük 11. maddede tekrar edilmektedir. Böylece, Sözleşme'nin uygulanması açısından tüm Sözleşme'ye yaygın olan zaman faktörünün önemi, 11. maddede tekrar dile getirilmekte olup, bu noktada usul ekonomisi ilkesi, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesine yardımcı olan en önemli ilkelerden biri olarak görülmektedir[32].

Sözleşme'nin başarılı şekilde uygulanması için ivedilikle hareket edilmesi kadar, sürecin taraflar açısından şeffaf bir şekilde idare edilmesi de önemlidir. Zira Sözleşme kapsamındaki vakaların çoğunluğunda, iade talebinde bulunan çocuğun ebeveyninden birisidir. Bu nedenle talep sahibinin ve talebi ileten merkezi makamın süreç hakkında olabildiğince bilgilendirilmesi ve bu sujeler arası bilgi ve belge paylaşımı, iade noktasında hızla çözüme ulaşılmasına katkı sunan belirleyici unsurlar olacaktır.

Lahey Sözleşmesi uyarınca, bir çocuğun kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf devletin adlî veya idarî makamına müracaat anında yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesine karar vermek zorundadır. Bununla beraber, belirtilen bir yıllık zaman sınırı mutlak olmayıp, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmedikçe, bu süreden sonra dahi iade mümkün olabilecektir. Bu yönüyle Sözleşme'de öngörülen bir yıllık süre hak düşürücü süre niteliği taşımamaktadır. Zira bu süreden sonra yapılan başvurular üzerine de çocuğun bulunduğu taraf devlet makamlarınca iadeye karar verilmesi mümkündür. Ancak çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olduğunun tespiti halinde, iade kararı verilmeyebilecektir. Bu durum esasen

32 Bkz. Ali Bayraktar / Damla Yıldırım, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ile Kurulan Merkezi Makam ve İadedeki Rolü, Mecmua, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 33 vd.; Sözleşme'nin Türkiye uygulamasına yön veren 5717 sayılı Kanun 9. ve 16. maddelerinde de, iade prosedürünün ivedi olarak tamamlanmasını sağlamak amacıyla, bu Kanun'un uygulanmasından doğan tüm dava ve işlerin basit yargılama usûlüne göre öncelikle ve acele görüleceği ve belirtilen hususlaki yargılama faaliyetlerine adli tatilde de devam edilebileceği belirtilmiştir. Benzer yöndeki düzenlemeler Sözleşme'nin Almanya uygulamasına temel alınan Uluslararası Aile Hukuku Usulü Kanunu'nda da yer almakta olup, ilgili düzenlemelerde iade davalarının öncelikli olarak görüleceği ve süreci hızlandırmak için gerekli tüm tedbirlerin alınacağı belirtilmektedir. Bkz. Weinkaufff, s.53.

çocuğun lehine gibi gözükse de, çocuğu kaçırdıktan sonra uzun süre saklamayı başaran ebeveynin çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olduğu olgusundan istifade etmesi suretiyle, bu tür vakaları özendirici bir uygulamaya yol açabileceğinden, çocuğun bulunduğu ülke makamlarının çocuğun yerinin tespiti hususunda ivedilikle hareket etmesi ve yeni çevreye intibak etmiş olma durumunu titizlikle değerlendirmesi zaruridir. Bu açıdan gerek talepte bulunan gerek talebin iletildiği devletin merkezi makamları, başvurucu tarafından sağlanan bilgiler de dahil olmak üzere, çocuğun bulunduğu yerin tespit edilmesi için tüm olanakları ivedi şekilde kullanmak durumundadır. Ancak belirttiğimiz bu hükme rağmen, yani çocuğun iyi bir şekilde intibak etmiş olduğunun tespit edilmesi halinde dahi, Sözleşmenin 18. maddesi uyarınca yetkili makamların, iade kararına ilişkin takdir yetkisi bulunduğunu hatırlatmakta yarar vardır.

Çocuğun bulunduğu yerin tespiti sonrasında, Sözleşme hükümleri çerçevesinde iadesi dostane çözüm[33] veya dava yoluyla sağlanabilmektedir. Dostane çözüm noktasında en etkili yol, çocuğu kaçıran veya alıkoyan tarafa, hakkında cezai veya hukuki prosedürlere başvurulmayacağı, çocuğun dönüş masraflarının yükletilmeyeceği veya iadeyi müteakip çocukla kişsel ilişki kurma hakkının tanınanacağı garantisinin verilmesidir. Bu sistem, İngiltere ve Avustralya'da uygulanmakta olup, taahhütler rejimi olarak adlandırılmakta ve iade sürecindeki engellerin ortadan kaldırılabilmesi amacıyla başvuru sahibine yüklenen veya teklif edilen vaatleri ifade etmektedir.[34]. Çocuğu yanın-

[33] Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından, 65/ sayılı Genelge'nin II/B-7,8. maddeleri uyarınca, öncelikle çocuğu kaçıran veya alıkoyan kişinin rızası ile çocuğun teslimi veya taraflar arasında dostane çözüme ulaşılması için girişimde bulunulması gerekmekte olup, çocuğu hukuka aykırı şekilde alıkoyan ebeveynin gönüllü iadeyi kabul etmesi halinde, durumun Cumhuriyet Başsavcılığınca derhal Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne bildirilmesi öngörülmektedir. Bildirimi alan merkezi makam da aynı şekilde, bu gelişmeyi derhal gönderici makam olan taraf devlet merkezi makamına iletecektir. İade davası açılması halinde ise, 5717 sayılı Kanun'un 8. maddesinde açıkça Mahkemenin tarafları öncelikle sulhe teşvik etmek durumunda olduğu belirtilmektedir. Sözleşme'nin Almanya uygulamasında da benzer bir prosedür uygulanmakla birlikte, dostane çözüm sürecinde uluslararası velayet anlaşmazlıklarında arabuluculuk yapmak üzere faaliyet gösteren MİKK (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten) adlı sivil toplum örgütünün de sürece etkin olarak katıldığı görülmektedir. Bkz. Weinkauff, s.49,51.

[34] Bkz. Altuntaş, 205 vd.

da bulunduran ebeveynin dostane çözümü kabul etmemesi halinde Sözleşme'nin 7. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendi uyarınca çocuğun iadesinin sağlanması için yargı yoluna başvurulacaktır. Aynı düzenlemenin (g) bendi uyarınca, talepte bulunan kişiye adlî ve hukukî yardım sağlamak, merkezi makamın görevleri arasındadır. Bu kapsamda yargısal makamların, son yıllarda iade prosedüründe daha aktif ve ortak bir rol aldıkları görülmektedir.

Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından, iade talebinde bulunan kişi, kurum veya kuruluş adına tüm yasal işlemler, Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından yürütülmekte olup[35], çocuğun iadesi dâvalarında görevli mahkeme 5717 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca, özel görevli aile mahkemeleri, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri olup, yetki ise çocuğun bulunduğu tespit edilen yer mahkemesindedir.

5717 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, Türk merkezi makamının Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulma hakkının kullanılması konusunda bir başvurunun yapılmasını müteakip çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmek de dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alma, çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlama ve bunun mümkün olmaması hlinde, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsî ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açma görevi bulunmakta olup, bu görev yukarıda belirtildiği üzere mahalli Cumhuriyet Başsavcılıkları vasıtasıyla yerine getirilmektedir.

---

35 Bkz. 5717 sayılı Kanun'un 4/2.fıkrası. Sözleşme'nin Türkiye uygulamasında, ilgili mahalli Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlanan ve tarafların kimlik bilgileri, buna ilişkin kayıtlar, çocuğun bulunduğu yer, kimin yanında kaldığı, başvurudan itibaren yapılan işlemlerin neler olduğu, dostane çözüm konusunda neler yapıldığı, başvuranın sunduğu belgelerin nelerden ibaret olduğu, olayın anlatımı ve iade talebini içeren bir dava name ile başlatılan iade prosedürü ilgili Cumhuriyet Savcısının da katılımı ile yürütülmektedir. Sözleşme'nin Almanya uygulamasında ise, çocuğa atanan vasinin ve gençlik sosyal hizmetler kurumu itibarıyla görevlendirilen bir yetkilinin iade davasını takibi söz konusu olup, iade prosedüründe çocuğun çıkarlarını korumak üzere atanan vasinin eğitimciler veya aile hukukunda uzmanlaşmış psikologlar arasından tayin edildiği görülmektedir. Bkz. Helmers, s.56.

Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, çocuğun yerinin tespiti sonrasında, iade prosedürü neticesinde bir karara varılmasına kadar geçen süreçte, çocuğun güvenliğini temin görevi de taraf devlet merkezi makamına ait olup, Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından, 5717 sayılı Kanun'da bu hususta ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Belirtilen Kanun'un 24. maddesi uyarınca mahkemenin, talep üzerine veya re'sen iade ya da şahsî ilişki kurulması işlemleri sonuçlanıncaya kadar çocuğun yerinin takibi için, çocuğun yurt dışına çıkışının,çocuk adına pasaport alınması veya yenilenmesi işlemlerinin, çocuğun okul, muhtarlık veya nüfus kayıtlarının alınması veya değiştirilmesi işlemlerinin durdurulması, pasaport veya kimlik kayıtlarına dava süresince el konulması, çocuğun tayin edilen sürelerde yetkili makamlarca kontrol edilmesi ve bu maksatla öngörülen diğer her türlü tedbirlerin alınması hususunda geniş yetkileri mevcut olup, bu tedbirler vasıtasıyla özellikle çocuğu hukuka aykırı olarak kaçıran veya alıkoyan ebeveyn tarafından, çocuğun yeri tekrar değiştirilmek suretiyle iade prosedürünü etkisizileştirme girişimlerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bunun yanı sıra Kanun'un 18. maddesinde, bu Kanun gereğince verilen geçici tedbir kararlarının Cumhuriyet Başsavcılığınca, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya ilgili diğer kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yerine getirileceği belirtilmek suretiyle, özellikle çocuğu yanında bulunduran ebeveyne ilişkin kötü muamele iddiaları karşısında, çocuğun geçici olarak bir bakım veya eğitim kurumuna yerleştirilmesi imkânın varlığına da işaret edilmektedir. Ayrıca Kanun'un 10. maddesinde yer verilen ve Mahkemece gerektiğinde çocuğun görüşü ve uzmanlardan rapor almak suretiyle hükmedileceği belirtilen, çocuğun bakım ve gözetimi üzerine alan akrabalardan birine teslimi, bakım ve gözetimi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirilmesi, bakım ve yetiştirme veya benzeri resmî yahut özel kurumlara yerleştirilmesi ile resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirilmesi şeklindeki tedbirler de aynı amaca hizmet etmektedir. Belirtilen bu düzenlemeler Sözleşme'nin 7. maddesinde de, merkezi makamların, çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabilecekleri zararların önlenmesini geçici tedbirler alarak ya da aldırarak sağlamak ve çocuğun güvenli bir şekilde dönüşünü sağlamak şeklinde belirtilen görevleri ile uyum arz etmektedir[36].

[36] Sözleşmenin Almanya uygulamasında, iade sürecinde benzer yönde alınan

Sözleşme'nin yukarıda değinilen 27. maddesi kapsamındaki direkt ret yetkisinin yanısıra, zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Sözleşmenin 13. ve 20.[37] maddelerinde yer almak olup, ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir[38]. Sözleşme'nin temel amacı çocuğun mutat meskeni ülkesine iade edilmesini sağlayarak, koruma hakkının nasıl düzenlenmesini gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle muted mesken yargı makamlarınca belirlenmesi olmakla beraber, yer değiştimenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zaralar verebileceği durumların var olabileceği gerçeği karşısında, belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle, adeta Sözleşme uygulamasında bazı emniyet sübaplarına yer verilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda Sözleşme'nin 13/1-(a) hükmü uyarınca, çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgüt, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmiyor idiyse[39] veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş veya daha sonra kabul etmiş ise, yetkili makam çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir.

Uygulamada yaygın olarak ortaya çıkan istisna ise, Sözleşmenin 13/1-(b) maddesinde yer almaktadır. 13/1-(b) hükmü ilgili yargısal makamlara, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi halinde, iadeyi önleme yetkisi vermektedir. Ancak, ilgili hüküm koruma hakkının esasını değerlen-

---

tedbirler hususunda bkz. Helmers, s.57.

37 Bkz. L. Silberman,. / Wolfe, K., The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies-International Child Abduction and Same-Sex Unions, (2003-2004), 32 Hofstra L. Rev. 223, s.238.; Bruch, C. S., The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases, 38 Fam. L. Q. 529, s.531.; Pfund, P. H., s.40.; Mast, K. S., The Application of the Fundamental Principles Exception of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2003), 17 Emory Int'l L. Rev. 241.

38 Bkz. Altuntaş, s. 106 vd.

39 Sözleşme koruma hakkının etkili şekilde kullanımı hususunda bir tanım içermemektedir. Bu nedenle bu hakkın etkin şekilde kullanılıp kullanılmadığı yetkili yargısal makamlar tarafından her somut davanın kendi koşulları içinde ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Giray, s.131.

dirmek için bir vasıta olarak kullanılamaz. Bunun yanısıra belirtilen istisnanın, çocuğun üstün yararı kavramıyla eşdeğer olmadığının belirtilmesinde yarar vardır[40]. Ayrıca bu istisna hükmü, sıklıkla yanlış uygulamalara neden olduğu anlaşılan, belirli inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılamasını içermemektedir.

13/1-(b) maddesine ilişkin en zor davalar, genellikle önemli risk[41] veya müsamaha edilemeyecek durumun[42] klasik görünümleri olan, çocuk istismarı (fiziksel ve/veya cinsel) ve aile içi şiddet[43] iddialarını içeren vakalardır. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilir. Bu bağlamda Sözleşme'nin iadeyi sağlama amacı muhafaza edilirken, aynı zamanda iade üzerine çocuğun güvenliğini sağlamak için güvenli iade kararlarının foksiyonu, titiz bir araştırma ve öngörülü bir uygulamayı gerektirmektedir[44]. Bu noktada talebin yapıldığı taraf devlet merkezi makamı ile mutat mesken ülkesinin merkezi makamı arasında, özellikle çocuğun sosyal özgeçmişine ilişkin bilgi ve belgelerin etkin şekilde paylaşımı da belirleyici olacaktır. Ayrıca, Sözleşme'de çocuğun kaçınılmaz olarak başvuran şahıs ile beraber yaşaması şartı ile iade edileceğine dair bir hüküm yer almadığından, talep eden taraf devlet merkezi makamlarınca yeterli güvencelerin sağlanması durumunda, çocuğun bir aile ferdi, bir bakım veya eğitim kurumunun gözetiminde kalmak üzere iade edilmesine karar verilebileceği ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır[45]. Çocuğun yerini değiştiren veya

---

40 R. Nanos, The Views of a Child: Emerging Interpretation and Significance of the Child's Objection Defense under the Hague Child Abduction Convention, 22 Brook. J. Int'l L. 437.

41 Bkz. L. Silberman / Wolfe, K., s.243.; Weiner, M. H., International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence, 69 Fordham L. Rev.

42 Bkz. Giray, s.147 vd.

43 Bu hususta örnek vakalar için bkz. Giray, s. 152 vd.

44 Yaşının küçüklüğü nedeniyle annenin bakımına muhtaç olan çocukların iadelerine karar verilmesinin, çocukların psikolojik durumları üzerinde doğurabileceği zarar nazara alınarak, bu durumun Sözleşme'nin 13/1-(b) hükmünde yer verilen ciddi zarar istisnası kapsamında ele alınabileceği yönünde bkz. Erdem, s.15 vd.; Ayrıca bu durumdaki çocukların anneden ayrı mutat mesken edinemeyecekleri yönünde bkz. dpn. 13.

45 Bu kapsamda, Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında vaki çocuk kaçırma olaylarında Lahey Sözlşemesi'nin yanı sıra uygulama alanı bulan Brüksel II/A Tüzüğünün 11(4) hükmünde, çocuğun iadesini müteakip korunmasının garanti altına alınması için gerekli tedbirlerin alındığının tespit edilmesi durumunda, Sözleşme'nin

alıkoyan ebeveynin, iade kararı verilmesi durumunda küçük yaşta olan ve bakıma muhtaç olan çocukla birlikte muted mesken ülkesine dönmeyeceği yönündeki ısrarının veya ebeveynin yaşadığı maddi zorlukların ciddi zarar riski istisnasının uygulanmasına temel alınıp alınmayacağı ise, hâlihazırda neticelendirilmemiş bir tartışma konusudur[46].

Belirtilen hususların yanısıra, görüşünün göz önünde bulundurulmasını gerektiren bir yaş ve olgunlukta olan çocuğun geri dönmeyi reddetmesi[47] veya çocuğun iade olunacağı ülkede temel hak ve özgürlüklere riayet edilmemesi[48] durumunda da iade zorunlu değildir.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin ölü bir metin olmasının önlenmesi için, belirtilen bu istisnai hükümlerin dar bir şekilde yorumlanması zorunludur. Zira, Sözleşme bir bütün olarak, uluslararası çocuk kaçırma olgusunun tüm devletler tarafından reddi ve bu vakalarla uluslararası düzeyde mücadele etmenin en iyi yolunun, belirtilen vakalar sonucu oluşan mevcut durumlara yasal olarak tanıma şeklinde bir himaye sağlanmaması olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin öncelikli hedefi olan iade amacı da nazara alınarak, belirtilen istisna hükümleri ile çocuğun menfaatleri arasındaki hassas dengenin gözetilmesi noktasında azami özen gösterilmesi zaruridir.

Sözleşme'nin 16. maddesi hükmü uyarınca, bir çocuğun 3. madde çerçevesinde kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu taraf devletin adlî veya idarî makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda Sözleşme'deki şartların bir araya gelmediği tes-

---

13/1-(b) hükmünde yer verilen ciddi zarar riski istisnasına dayanılarak iadenin reddedilemeyeceği belirtilmiştir.

46 Belirtilen husus Sneersone ve Kampanella – İtalya başvurusunda AİHM tarafında da değerlendirilmiş olup, çocuğu kaçıran annenin İtalya'ya dönmesi halinde yaşayabileceği maddi sıkıntılar da belirtilen başvurunun incelenmesinde göz önünde bulundurulmuştur. Bkz. Başvuru No:14737/09, 12 Temmuz 2011, § 87-101.

47 Bu istisna Sözleşme'nin amaçlarından ileri gelmektedir. Gerçekten de on altı yaşın üzerindeki bir bireyin genellikle, ne anne ve babası ne de idari ve yargısal otoriteler tarafından yönlendirilme gerekliliği altında olmadan nerede kalacağına kendisinin karar verebileceği bir zihinsel yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Pérez-Vera, s.450.

48 Bkz. C. Bruch, S., Religious Law, Secular Practices, And Children's Human Rights In Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention, (2000-2001), 33 N. Y. U. Int'l L. & Pol. 221, s.51.

pit edilinceye kadar veya Sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler. Bu kapsamda, Sözleşme çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen karar, koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamaz. Bu anlamda Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade taleplerinin, bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı unutulmamalıdır. İade kararı da koruma hakkı/velayet kararı olmayıp, bu karar yalnızca çocuğun, koruma ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçlamaktadır. İade kararının, koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Sözleşme'nin 19. maddesinde de açıkça ifade edilmektedir.

Lahey Sözleşmesi, taraf devlet yargı makamlarınca verilen velayete ilişkin kararların tanınması ve icrasına ilişkin bir metin olmayıp, koruma hakkının esasını belirlemeyen iade yaptırımı geçici bir tedbir olarak düşünülebilir. Koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip, mutat meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutat mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı sujesinin belirlenmesi hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir[49].

Bu kapsamda Sözleşme'nin Türkiye uygulamasına yön veren 5717 sayılı Kanun'un 12 ilâ 15. maddelerinde de, belirtilen hassasiyetin tekrar vurgulanması amacıyla, çocuğun iadesine dair bir karar verilmiş ise bu hükümde ayrıca velâyete ilişkin karar verilmeyeceğinin ancak, çocuğun iadesi talebinin reddine karar verilmesi halinde, velâyet hakkına dair bir karar verilebileceğinin, çocuğun iadesi başvurusunun yapılmasından sonra verilmiş bir velâyet kararının, bu Kanun hükümleri çerçevesinde çocuğun iadesi talebinin reddine gerekçe oluşturmayacağının, görülmekte olan bir iade davası sırasında velâyet davası da açılmış ise velâyete ilişkin davanın bekletileceği ve iade davası ile velâyet davası birleştirilmiş ise birleştirilen davalar tefrik edilerek

[49] Bkz. D. M. Zawadzki, The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, (2005), 13 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 353.; Mackie, S., Procedural Problems in the Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, (1996), 10 Temp. Int'l & Comp. L.J. 445.; İade talebinin derdest olduğu süreçte açılan velayet davalarında, iade davasının bekletici mesele yapılması yönünde bkz. Erdem, s.12.

öncelikle iade davasının sonuçlandırılacağının açıkça düzenleme altına alındığı görülmektedir.

Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir dava, bir velayet/koruma hakkı davası olmamakla ve belirtilen prosedürde koruma hakkının esasını etkileyecek bir karar verilmesi imkanı bulunmamakla birlikte, özellikle 13/1-(b) maddesinde yer alan önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum istisnasının irdelenmesi, zorunlu olarak koruma hakkının esası ile bağlantılı bazı meselelerin irdelenmesini gerektirebilecek olup, bu hususta belirtilen istisnaların tespiti ile sınırlı bir sorgulama yapılmasını sağlayacak parametlerin de özenle tespiti zorunludur.

Mahekemece iadeye karar verilmesi halinde, iadenin nasıl gerçekleştirileceği her taraf devletin kendi hukuki kaidelerine göre farklılık gösterebilecektir. Örneğin, Türkiye'de görülen bir iade davası neticesinde, mahkemenin çocuğun iadesine karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi durumunda, Bakanlıktan onay alınmasını müteakip ilâmın icrasına başlanabilecek ve 5717 sayılı Kanunun 18. maddesi gereğince çocuğun iadesine dair kararın icrası, 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre, çocuğun bulunduğu yerdeki icra müdürlüğünce sağlanacak ancak, kararın icrası 2004 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki genel düzenleme olan "*çocuğun teslimi*" usûlünden farklı şekilde gerçekleştirilecektir. Bu kapsamda, bir icra emri tebliğ edilmesine gerek olmaksızın ilâmın icra edilmesi ve böylelikle çocuğu uhdesinde bulunduran ebeveynin bir diğer kaçırma teşebbüsünün önlenmesi amaçlanmakta olup, düzenleme bu yönüyle isabetli görünmektedir.

Türkiye'de yürütülen iade prosedürleri açısından, 5717 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerin harca tâbi olmadığı, yargılama masraflarının kovuşturma ödeneğinden karşılanmakla birlikte davayı kaybedene yükletileceği ancak, başvuruda bulunan adına bir avukat veya müşavirin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masrafların kovuşturma ödeneğinden karşılanmayacağı belirtilmiştir[50].

[50] Sözleşmenin 26. maddesi "Her merkezî makam sözleşmeyi uygularken kendi masraflarını karşılar. Taraf Devletlerin merkezî makamı ve diğer kamu servisleri, sözleşmenin uygulanması çerçevesinde vaki taleplerle ilgili olarak hiçbir masraf

Ayrıca iade prosedürünün ivedi şekilde sonuçlandırılmasına hizmet edecek şekilde, Kanunun uygulanmasından doğan tüm dava ve işlerin basit yargılama usûlüne göre öncelikle ve acele görüleceği ve belirtilen hususiaki yargılama faaliyetlerine adli tatilde de devam edilebileceği ifade edilmiştir.

LAHEY SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (Mahkeme) birçok kararında Lahey Sözleşmesi'nin muhtelif yönlerine işaret edildiği ve bu davalarda Mahkemece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özellikle 8. maddesininin (aile hayatına saygı hakkı), 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Cocuk Kaçırrmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlandığı görülmektedir. Bunun yanısıra Mahkeme, AİHS'in 6. maddesi bağlamında ve ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkı özelinde, Lahey Sözleşmesi hükümlerini ve uygulamasını da nazara alarak değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu kapsamda Mahkemenin Lahey Sözleşmesi kapsamında yürütülen iade prosedürüne ilişkin idari ve yargısal süreçleri nazara alarak verdiği, AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiği[51], ihlal edilmediği[52] veya bu kapsamda ileri sürülen şikayetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna[53] dair muhtelif kararları bulunmakla beraber, Mahkemenin yaptığı inceleme sırasında makul süre koşulunu değerlendirirken kullanmış olduğu, davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriterlerinden özellikle son ölçüte vurgu yaptığı anlaşılmaktadır. Mahkemeye göre koruma hakkına ilişkin davalar, işte tam da bu nedenle süratle neticelendirilmesi gereken dava grubudur.

---

isteyemezler. Özellikle, müracaatçıdan, dava masrafları veya icabında bir avukatın davaya katılmasının gerektireceği masraflan isteyemezler." hükmünü içermekle birlikte, Türkiye, Sözleşmenin 26. maddesine çekince koymuş olduğundan, 5717 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyrınca, Sözlşeme kapsamındaki iade davalarında yargılama masrafları davayı kaybeden tarafa yüklenmektedir.

51 Monory –Romanya ve Macaristan, Başvuru No:71099/01, 5 Nisan 2005, § 89-92.

52 Deak- Romanya ve Birleşik Krallık, Başvuru No:19055/05, 3 Haziran 2008, § 72-81. Bu davada Mahkeme, iki taraf Devlette geçen süreçleri ayrı ayrı değerlendirerek, Birleşik Krallık açısından 6. maddenin ihlal edilmediğine, Romanya'ya karşı yapılan başvuru kapsamında ise makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

53 Larson –İsveç, Başvuru No: 33250/96 /01, 22 Ekim 1997 (Kabuledilemezlik kararı).

Mahkemenin de ifade ettiği gibi, AİHS boşlukta yorumlanmayıp, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu şekilde yorumlanmak zorundadır. Bu nedenle yapılacak değerlendirmelerde, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31(3)(c) bendinde ifade edildiği üzere, "*uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir olan ilgili kuralları*" ve özellikle insan haklarının uluslararası korunmasıyla ilgili kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, uluslararası çocuk kaçırma meselesinde, AİHS'in 8. maddesinin, aile hayatına saygı hakkı kapsamında Sözleşmeci Devletlere yüklediği yükümlülüklerin, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri de dikkate alınarak yorumlandığı görülmektedir.

Bu bağlamda Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken AİHS'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Mahkeme, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin iade veya iadeyi red konusundaki takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak, ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun AİHS'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatının korunması hakkının ihlal edilmesini sonuçlayıp sonuçlamadığını incelemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Strasbourg Mahkemesi'nin şu ana kadar vermiş olduğu birçok karar, Lahey Sözleşmesini isabetli şekilde yorumlamakta ve Sözleşme'nin etkinliğini desteklemekte olup, Sözleşme hükümleriyle çelişki arz etmediği anlaşılmaktadır.

Lahey Sözleşmesi kapsamında Mahkemenin, koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili olarak çok sayıda kararı bulunmakta olup, belirtilen kararlarda Mahkemenin, Lahey Sözleşmesini özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir.

Mahkemece verilen ihlal kararları incelendiğinde, bu kararların yalnızca Lahey Sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmemesi veya hatalı uygulanması sonucu çocuğun iade edilmemesi halleriyle sınırlı olmadığı, çocuğun iadesinin sağlandığı bazı durumlarda da olayın özel koşulları nedeniyle, başvuruların ihlal kararlarıyla neticelendiği

görülmektedir. İadenin gerçekleşmemesi hallerinde, bunun nedeni iadeyi reddeden mahkeme kararları olabileceği gibi, verilen iade kararlarının icra edilmemesi de olabilmektedir. Ancak Mahkeme, 8. maddenin gereklerine riayet edilip edilmediğini incelerken, bu iki durum arasında bir fark gözetmemektedir.

Bu kapsamda Makeme, örneğin, Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetleri uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemleri almakta başarısız olduğunu tespit ettiği İspanya'nın, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir[54]. Yine Avusturya, Amerikalı bir başvurucu lehine verilen iade kararının yerine getirilmesindeki başarısızlığına vurgu yapılarak, benzer yöndeki ihlalden sorumlu tutulmuştur[55].

Tapia Gascae v D. - İspanya[56] kararında başvurucunun, kızının babası tarafından İspanya yetki alanından çıkarılmasının önlenmesi hususunda yerel yetkililerin yeterli çaba sergilemedikleri ve ayrıca çocuğun iadesini sağlamadıkları yönündeki iddiası yerinde görülmeyerek, Mahkemece 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. **Ignaccolo-Zenide - Romanya**[57]**; Karadžić - Hırvatistan**[58] davalarında, çocuğun annesine iadesine ilişkin mahkeme kararlarının icrası hususunda yetkililerin aldığı tedbirlerin yetersizliği 8. madde çerçevesinde ihlal kararıyla sonuçlanmıştır. Bu kararlarda Mahkeme, çocuğun anne babası ile ilişki kurma hakkının AİHS'nin 8. maddesi kapsamında güvencelen bir hak olduğuna ve özellikle taraf devletlerin bu hakkın etkin kullanımının sağlanması hususundaki pozitif yükümlülüklerine işaret etmiş ve yükümlülükleri Lahey Sözleşmesi hükümlerini nazara alarak yorumlamak suretiyle, Lahey Sözleşmesi hükümlerinin etkinliğine büyük bir katkı sağlamıştır. Kararlar, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir iade davasında, yetkili makamların süratle hareket etmelerinin önemini vurgulaması yönüyle de oldukça önemlidir.

---

54 Iglesias Gil ve A. U. I. - İspanya, Başvuru No: 87/03, 29 Nisan 2003, Bkz. http://hudoc.echr.coe.int. (e.t. 7.7.2014).
55 Sylvester - Avusturya, Başvuru No: 86/03, 24 Nisan 2003.
56 Başvuru No:20272/06, 22 Aralık 2009, § 88-110.
57 Başvuru No:31679/96, 25 Ocak 2000, § 90-113.
58 Başvuru No:35030/04, 15 Aralık 2005, § 51-63.

Benzer şekilde Mahkeme, **Stochlak - Polonya**[59]**; P.P. - Polonya**[60]**; Bajrami - Arnavutlık**[61]**; Bianchi - İsviçre**[62]**; H.N. - Polonya**[63]**; Monory –Romanya ve Macaristan**[64] ve **Maire - Portekiz**[65] davalarında, çocuğun babasına iadesine ilişkin mahkeme kararlarının icrası hususunda yetkililerin aldığı tedbirleri yetersiz bularak ihlale hükmetmiştir.

Karrer - Romanya[66] davasına ait başvuru da, çocuğunun Avusturya'ya iadesi talebine yönelik Romanya mahkemelerinde görülen bir Lahey Sözleşmesi davası ile ilgilidir. Ancak, Romen mahkemeleri çocuğun çıkarlarını derinlemesine tahlil etmemiş ve davayı Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlamamıştır. Bu nedenle Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Benzer şekilde, **Leschiutta ve Fraccaro - Belçika**[67] kararında, yetkili otoritelerin, çocukların babalarına iadesi hususunda hızlı, yeterli ve etkili bir çaba sarfetmedeki başarısızlıkları; **Karoussiotis - Portekiz**[68] **ve Dore – Portekiz**[69] davalarında ise, Portekizli yetkililerin çocuğun iadesi hususunda başlatılan işlemlerdeki hatalı tutumu ve ihmali ihlal kararlarıyla sonuçlanmıştır. **Carlson - İsviçre**[70] davasında Mahkeme, çocuğun babası ile birlikte mutat ikametine dönüşünün sağlanmasında süratli davranılmamasının 8. maddenin ihlaline yol açtığı değerlendirmesinde bulunmuştur.

Balbontin - Birleşik[71] krallık kararında Mahkeme, evil olmayan bir babanın Lahey Sözleşmesi ekseninde yaptığı bir başvuruyu inceleyerek, AİHS'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkemenin belirtilen dava kapsamındaki tespitleri, Lahey Sözleşmesinin koruma hakkının esasına ilişkin bir düzenleme yetkisi vermediğine işaret edilmesi açısından

59 Başvuru No:38273/02, 22 Eylül 2009, § 55-67.
60 Başvuru No:8677/03, 8 Ocak 2008.
61 Başvuru No:35853/04, 12 Aralık 2006, § 56-69.
62 Başvuru No:7548/04, 22 Haziran 2006, § 86-100.
63 Başvuru No:77710/01, 13 Eylül 2005.
64 Başvuru No:71099/01, 5 Nisan 2005, § 69-85.
65 Başvuru No:48206/99, 26 Eylül 2003, § 68-79.
66 Başvuru No:16965/10, 21 Şubat, 2012, § 42-55.
67 Başvuru No:58081/00, 17 Temmuz 2008, § 21-35.
68 Başvuru No:23205/08, 1 Şubat 2011, § 78-92.
69 Başvuru No:775/08, 1 Şubat 2011, § 41-55.
70 Başvuru No:49492/06, 6 Kasım 2008, § 70-82.
71 Başvuru No: 39067/97, 14 Eylül 1999 (Kabuledilemezlik kararı).

önemlidir. Ayrıca belirtilen kararda AİHM'in aile kurumuna yaklaşımı ve koruma hakkının ebeveynlere verdiği yetkinin farklı hukuk sistemlerinde farklı içerikte düzenlenebileceğini gözlemlemek mümkündür.

Serghides - Polonya[72] kararında, annesi tarafından Polonya'ya yasadışı götürülmesinin ardından, başvurucunun kızının kendisine iadesine ilişkin talebi hakkında yürütülen yargılamanın uzunluğu ve sonuç olarak talebinin reddedilmesi kapsamında ileri sürülen ihlal iddiası Mahkemece kabul görmemiştir. Mahkemenin bu değerlendirmeyi yaparken makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak kullandığı temel kriterlerden hareket ettiği görülmektedir.

Šneersone ve Kampanella – İtalya[73] davası, İtalyan mahkemelerinin, Letonya'da annesiyle yaşayan küçük bir çocuğun İtalya'daki babasına iade edilmesine yönelik kararı ile ilgilidir. Ancak, İtalyan mahkemelerinin kararının yeterli gerekçeden yoksun olup çocukla annesi arasındaki yakın bağların birdenbire ve geri dönülmez biçimde kesilmesinden kaynaklanacak psikolojik travma düşünülmeden verildiği iddiası yerinde görülmediğinden, davada ihlal kararı çıkmamıştır. Görüldüğü üzere, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlıklar sadece iadenin redid durumlarına münhasır olmayıp, iade kararı verilen haller de AİHS'nin 8. maddesi bağlamında inceleme konusu yapılabilmektedir.

Macready - Çek Cumhuriyeti[74] kararında, annesi tarafından Çek Cumhuriyetine yasadışı götürülmesinin ardından, başvurucunun çocuğunun kendisine iadesine ilişkin talebi hakkında yürütülen yargılamanın uzunluğu ve babanın ziyaret haklarını kullanmasının mümkün olmaması vakıalarına dayanılarak 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu kararda da görüldüğü üzere AİHM, kimi zaman AİHS'nin 6. maddesi kapsamına giren makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikayetleri, Lahey Sözleşmesi'nin öngördüğü ivedi iade prosedürünü de nazara alarak, 8. madde çatısı altında değerlendirmektedir.

---

72 Başvuru No:31515/04, 2 Kasım 2010.
73 Başvuru No:14737/09, 12 Temmuz 2011, § 87-101.
74 Başvuru No:4824/06, 4 Nisan 2010, § 54-68.

Shaw – Macaristan[75] davasında, çocuk üzerinde ebeveynlerin ortak velayet hakkı söz konusu olup, AİHM tarafından, Macar makamlarının, ortak velayet söz konusu olmasına karşın, annesi tarafından Fransa'dan götürülen çocuğun babasını görmek üzere Paris'e geri getirilmesinin sağlanmadığı ve böylece babanın çocuğunu görmesinin imkansız hale geldiği, yetkili mercilerin, çocuğun iade kararının uygulanması için hiçbir adım atmadıkları ve bu kapsamda başvuranın kızını üç buçuk süreyle yıl göremediği tespit edilmiş ve belirtilen tespitlere bağlı olarak başvuru, 8. maddenin ihlal edildiği hükmüyle sonuçlanmıştır.

M.R. ve L.R. - Estonya[76] davasında başvuranlar bir anne ve babası tarafından Lahey Sözleşmesine istinaden İtalya'ya iadesi talep edilen kızıdır. Başvuranlar seyahat amacıyla gittikleri Estonya'dan İtalya'ya dönmemişlerdir. AİHM, Mahkeme içtüzüğünün 39. maddesi (geçici tedbirler) gereğince Estonya hükümetinden Strasbourg'daki dava devam ederken çocuğu iade etmemesini talep etmiş ve durumun aciliyeti nedeniyle davayı üç aydan kısa bir sürede inceleyerek, başvuruyu reddetmiştir. Ret gerekçesi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun oluşudur. Mahekemeye göre, annenin İtalya'ya dönemeyeceğine yönelik iddialarını reddeden Estonya makamları, takdir haklarının sınırını aşmamıştır. Ayrıca çocuğun İtalya'ya iadesi kararının keyfi olduğu veya yetkili mercilerin söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kurmadıkları yönünde bir bulgu da mevcut değildir.

Annesi tarafından babasının rızası veya ABD mahkemelerinin izni alınmaksızın Belçika'ya götürülen bir çocuğun ABD'ye iade kararı ile ilgili olan **B. – Belçika**[77] davasında, çocuğun ABD'ye iade edilmesi kararını veren istinaf mahkemesinin, çocuğun babasına iadesinin doğuracağı riski yeterince değerlendirmediğini ve ayrıca geçen süre ile çocuğun Belçika'daki hayatına alışmış olduğunun dikkate alınmadığını tespit eden Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Türkiye de Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemleri almadaki ve iadeye

75 Başvuru No:6457/09, 26 Temmuz 2011, § 69-78.
76 Başvuru No:13420/12, 4 Eylül 2012.
77 Başvuru No:4320/11, 10 Temmuz 2012.

ilişkin kararların yerine getirilmesindeki eksiklikler nedeniyle, birçok defa 8. madde ihlalinden sorumlu bulunmuştur.

Sophia Guðrún Hansen - Türkiye[78] kararı, annenin ziyaret hakkına ilişkin mahkeme kararlarının icrası hususunda yetkililerin aldığı tedbirlerin yetersizliği üzerine kuruludur. Mahkeme Hükümetin, başvurucunun çocuğunu ziyaret hakkının yerine getirilmesi hususunda Türk yetkili makamlarının makul olarak kendilerinden beklenilen herşeyi yaptıkları yönündeki iddialarına katılmamış ve dava ihlal kararıyla sonuçlanmıştır.

Övüş – Türkiye[79] kararı da ziyaret hakkıyla ilgili olup, bu davada da, Türk yetkili makamlarının tedbir almadaki yetersizlikleri nedeniyle başvurucunun çocuklarını görmesinin imkânsız hale geldiğini tespit eden Mahkeme, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Eskinazi ve Chelouche – Türkiye[80] kararı ise Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iadesi prosedürüne ilişkindir. Bu başvuruda, Fransız kökenli Türk anne ve kızı, Türk makamlarının çocuğun İsrail'e geri gönderilmesine yönelik kararını AİHM önüne taşımıştır. Annenin, babanın da rızasını alarak çocuğu ile birlikte tatil için Türkiye'ye geldiği ve ardından İsrail'e geri dönmediği olayla ilgili bu başvuru açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunmuş olup, Mahkemece, Lahey Sözleşmesi anlamında haksız şekilde kaçırıldığına kanaat getirilen çocuğun İsrail'e iade edilmesi kararının, yetkili mercilerin 8. madde kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiği ve Türk makamlarının talebi reddetme konusunda maddi gerekçeye sahip olmadıkları şeklinde yorumlanamayacağı tespitinde bulunulmuştur.

Ancel – Türkiye[81] davasında başvurucunun, babası tarafından götürülmüş olan kızının velayetinin kendisine verilmesine ilişkin kararın uygulanmamasına dayandırdığı ihlal iddiası Mahkemece yerinde görülmemiştir.

Küçük – Türkiye[82] kararı, Devletlerin aile hayatının korunmasına yönelik olarak 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin

78 Başvuru No:36141/97, 23 Eylül 2003, § 96-109.
79 Başvuru No:42981/04, 13 Ekim 2009, § 54-65.
80 Başvuru No:14600/05, 6 Aralık 2005.
81 Başvuru No:28514/04, 17 Şubat 2009, § 58-68.
82 Başvuru No:33362/04, 17 Mayıs 2011, § 69-77.

Lahey Sözleşmesi çerçevesinde içeriğinin belirlenmesi noktasında, Türkiye hakkında verilmiş olan en önemli kararlardan biridir. Dava, Türk ve İsviçre yetkili makamlarının, annesi tarafından İsviçre'ye yasadışı götürülen çocuğun mahkeme kararları uyarınca ivedi olarak Türkiye'ye dönmesi hususunda uygun önlemlerin alınmasına dair yükümlülüklerini yerine getirmedikleri iddiasına dayanmaktadır.

Mahkemeye göre; velayetin verildiği başvuran ile oğlunun birlikte yaşamaya devam etmeleri, mevcut davada da uygulama alanı bulan AİHS'in 8. maddesinin birinci paragrafı anlamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturmaktadır. AİHS'nin 8. maddesi, bir ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep hakkının yanı sıra, ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu hususdaki belirleyici nokta, ulusal makamlarca, uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenilen bütün makul önlemlerin alınıp alınmadığıdır. Ancak Mahkeme, ulusal makamların bu konudaki önlem alma yükümlülüğünün mutlak olmadığının altını çizerek, söz konusu tedbirlerin nitelik ve kapsamının her davanın koşullarına bağlı olduğunu isabetli olarak belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu alanda AİHS'in 8. maddesinin Sözleşmeci Devletler'e yüklediği pozitif yükümlülükler, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmalıdır. Lahey Sözleşmesi uyarınca, merkezi makamların kendi aralarında yardımlaşması ve çocukların derhal iadesini sağlamak üzere ilgili devletlerin yetkili mercileri arasındaki işbirliğini teşvik etmesi gerekmektedir. Somut olayda Mahkeme, Türkiye ve İsviçre'nin adli, diplomatik ve polis düzeyindeki girişimlerinin başvuranın arzuladığı şekilde yürümemesi ve ilgili şahsın daha kısa sürede istenilen sonucu elde edememesinin, Türkiye ve İsviçre yetkili makamlarının pasif kaldıkları anlamına gelmeyeceğine işaret etmiştir. Nihai olarak Mahkeme, çocuğun kaçırılması ile Türkiye'ye geri dönüşü arasında belli bir süre geçmesine rağmen, Türk ve İsviçre yetkili makamlarının iç hukukları ve uluslararası sözleşmeler uyarınca gerekli tüm prosedürleri yerine getirdikleri sonucuna varmış ve olayda 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir[83].

[83] Küçük – Türkiye, § 59-77.

Yukarıda değinilen kararlar, Lahey Sözleşmesi hükümlerine, özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında büyük önem atfetmektedir. Ancak, Mahkeme'nin bazı kararlarının Lahey Sözleşmesi'nin etkinliğini zedeler mahiyette olduğu değerlendirilmektedir.

Neulinger - İsviçre[84] and *Raban – Romanya*[85] kararları, koruma hakkına sahip anne tarafından çocukların tek taraflı olarak yerinin değiştirilmesi vakalarına ilişkin olup, Mahkemenin Neulinger kararındaki tespiti, özellikle Lahey Sözleşmesi'ni algılayışı ve yorumlaması açısından isabetli görünmemektedir. İsviçre Mahkemeleri, Lahey Sözleşmesi'nin 13/1-(b) maddesinde yer alan, iadenin, çocuğu bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olması halinde reddedilebilmesi şeklindeki istisnayı göz önünde bulundurmuş ve annenin çocuğuyla birlikte İsrail'e dönebileceğine ve koruma hakkının esasıyla ilgili prosedüre orada başlanabileceğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, çocuğun yeni ülkede intibak sağlamış olmasının ve annenin İsrail'e dönmesi durumunda karşılaşacağı zorlukların, iade kararının yerine getirilmesinin aile hayatına müdahale olarak kabul edilebilmesi için yeterli veriler olduğu sonucuna ulaşmıştır[86].

Mahkem bu kararında da ilkesel olarak, Sözleşme'nin boşlukta yorumlanamayacağına, uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu şekilde yorumlanması gerektiğine, bu nedenle uluslararası çocuk kaçırma meselesinde, Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeci Devletlere yüklediği yükümlülüklerin, özellikle Lahey Sözleşmesi dikkate alınarak yorumlanması gerektiğine, Lahey Sözleşmesi'nin, çocuğu fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça, kural olarak iadeyi zorunlu kıldığına işaret etmektedir. Bununla beraber Mahkeme, kararın devamında, çocuğun iadesine otomatik ve mekanik bir şekilde karar verilemeyeceği ve bu noktada kişisel gelişim açısından çocuğun yüksek menfaatinin, özel koşullara ve özellikle çocuğun yaşı ve olgunluk düzeyine, anne babasının, çevresinin ve tecrübelerinin bulunup bu-

84 Başvuru No:41615/07, 6 Temmuz 2010.
85 Başvuru No:25437/08, 26 Ekim 2010, § 30-39.
86 L. Silbermen, The Hague Convention on Child abduction And Unilateral Relocations By Custodial Parents: A Perspective From The United States And Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, (2010-2011), 63 Okla. L. Rev. 733, s.743.

lunmadığına bağlı olduğu, çocuğun yüksek menfaatlerinin, her bir münferit olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, çocuğun İsviçre vatandaşlığına sahip olduğu ve iki yaşındayken bu ülkeye geldiği, bu tarihten itibaren sürekli olarak burada yaşadığı, başvuruculara göre çocuk burada yerleşmiş olup, hala belirli bir intibak kapasitesine sahip bir yaşta bulunmakla birlikte, tıbbi raporlarda işaret edildiği gibi, mutat çevresindeki köklerinden koparılması ve özellikle tek başına geri dönmesinin, kendisi bakımından muhtemelen ağır sonuçlar doğuracağı, dolayısıyla İsrail'e iadesinin yararlı olacağının söylenemeyeceği tespitlerine yer vermiştir. Ayrıca Mahkeme, annenin geri dönme halinde cezai yaptırıma maruz kalma riski altında olduğunu, bu yaptırımın kapsamının henüz belirlenmediğini, hakkında muhtemelen hapis cezasının söz konusu olacağı bir ceza davasının açılma ihtimalinin bütünüyle yok sayılamayacağını, bu durumda annenin İsrail'e dönmeyi reddetmesinin bütünüyle haksız görünmediğini, İsviçre vatandaşlığı bulunan annenin, İsviçre'de kalma hakkına sahip olduğunu ve annenin İsrail'e dönmeyi kabul ettiği düşünülecek olsa bile, kendisine karşı ceza davası açılarak hürriyeti kıstlandığında, çocuğa kimin bakacağı meselesinin ortaya çıkacağını, babanın geçmişteki tutumu ve kısıtlı mali kaynakları göz önünde bulundurulacak olursa, çocuğa bakma kapasitesinin varlığının kuşkulu olduğunu, babanın hiçbir zaman çocukla yalnız yaşamamış ve ayrılmasından sonra çocuğu hiç görmemiş olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, yukarıda belirtilen tespitler ışığında çocuğun İsrail'e iadesinin kendisinin yüksek menfaatlerine uygun olmadığına ve annenin de oğluyla birlikte İsrail'e geri dönmeye zorlanması durumunda, aile yaşamına saygı hakkına orantısız bir müdahalenin söz konusu olacağına karar vermiştir[87].

Karardaki değerlendirmenin aksine Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesi yalnızca, iade prosedürünün çocuğun yasadışı götürülmesinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra başlatılması halinde, eğer çocuk yeni çevresine intibak etmişse iade için bir istisna öngörmektedir. Mevcut davada tespit edildiği üzere, İsviçre'de Lahey Sözleşmesine ilişkin prosedür, kaçırmadan itibaren bir yıl içinde başlatılmıştır. Yine de Büyük Daire, kaçırılmasından itibaren İsviçrede bulunan çocuk

87 Bkz. Neulinger - İsviçre, § 147-150.

hakkında, intibak sağlamış olma ölçütüne başvurmuştur[88]. Bunun yanısıra Mahkeme'nin kararında, Lahey Sözleşmesi'nin açık bir dille yasaklamısına rağmen, koruma hakkının esasına dair donelere yer vermek suretiyle, taraf devletlerin yargı makamlarının Lahey Sözleşmesi uyarınca öngörülen görev alanlarını oldukça geniş yorumladığı anlaşılmaktadır.

Mahkemenin, Raban – Romanya kararında da Lahey Sözleşmesi'ni aynı tarzda yorumladığı görülmektedir. Raban kararında ortak velayete sahip olan anne ve çocukları Romanya'ya gidiş-dönüş uçak bileti satın alarak, annenin ailesini ziyarete gitmişler ancak, bunu takiben annenin, kendisinin ve çocuklarının İsrail'e dönmeyeceklerini bildirmesi üzerine baba, Romanya'da Lahey Sözleşmesi kapsamında bir başvuruda bulunmuştur. Anne, babanın çocukların Romanya'ya gitmesine rıza gösterdiğini ve İsrail'deki güvensizlik ortamının çocuklar için "*ciddi bir risk*" oluşturduğunu iddia etmiş ancak, ilk derece mahkemesi annenin savunmalarını reddederek çocukların İsrail'e iadelerine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi, belirtilen kararı bozmuştur[89]. Mahkeme sonuç olarak, takdir hakkı kavramına dayanarak, babanın çocukların yer değiştirmesi hususunda rıza göstermiş olduğu, çocukların tamamen intibak ettikleri ve anneleri tarafından iyi bir şekilde bakıldıklarına dair temyiz mahkemesinin yeterli delile sahip olduğuna karar vererek başvurucunun ihlal iddiasını reddetmiştir[90].

Bu davada Mahkemenin özellikle, Lahey sözleşmesi kapsamındaki bir dava için ve Sözleşme'de yer verilen istisnalar doğru şekilde yorumlanmayarak "*babanın maddi durumunun sıkıntılı olduğu, babanın çocukları ziyaret etmediği ve desteklemek için para göndermediği, başvurucunun yerel mahkeme kararının sonuçlarını tartışmadığı gibi çocuklarını ziyaret ve onlarla kişisel ilişki tesis edilmesi hususunda iç hukukta dava açmadığı ve çocuklarının yaşlarının çok küçük olması*" şeklindeki tespitlere yer vermesi ilgi çekicidir[91]. Zira bu tespitler, ancak iade prosedürü tamamlandıktan sonra çocuğun mutat meskeni yargı makamları tarfından yürütülebilecek olan koruma hakkının esasına dair davada değerlendirilmesi gereken hususlardır.

88 A. Silberman, Perspective, s.744.
89 A. Silberman, Perspective, s.744.
90 A. Silberman, Perspective, s.744.
91 Raban - Romanya, § 37-39.

Hem Neulinger hem Raban kararlarında Mahkemenin, ciddi risk ve intibak etmiş olma istisnasını Sözleşme'nin amacına aykırı şekilde genişleterek, Lahey Sözleşmesi'nin yorumu ve hükümlerinin uygulanmasında yanılgıya düştüğü anlaşılmaktadır[92]. Ayrıca, koruma hakkının esasına ilişkin meseleler, iade prosedürüne teşmil edilmiş olup, Mahkemenin belirtilen değerlendirmeleri kanaatimizce isabetli değildir. Zira Lahey sözleşmesi, çocuğun en iyi bakılacağı yerin neresi olduğu ve çocuk üzerinde kimin hak sahibi olması gerektiğine ilişkin meseleleri kapsamına almamaktadır. Sözleşme'nin temel amacı, Sözleşme'de yer verilen istisnai haller dışında, çocuğun kaçırma olayından önce yaşamakta olduğu mutat mesken ülkesine iadesini sağlamak olup, velâyet hakkının ne şekilde tanzim edileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bilakis Sözleşmenin 19. maddesinde, açıkça, iade kararının koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı ifade edilmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bu düzenlemenin nedeni, koruma hakkının esasına ilişkin karar verme yetkisinin, konuya ilişkin delilleri daha isabetli şekilde değerlendirme imkânı bulunan, çocuğun mutat meskeninin bulunduğu ülke makamlarına ait olmasıdır[93].

SONUÇ

Uluslararası çocuk kaçırmanın hem çocuk hem de ebeveynler üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte, özellikle bu eylemin mağduru olan çocuk yalnızca diğer ebeveyn ile temasından, onlardan alması gekereken sevgi, şefkat ve korunma duygusundan mahrum kalmamakta, aynı zamanda kendi ev ortamından da uzaklaşmakta ve yeni bir kültür[94], farklı bir yasal sistem, bir dil ve genellikle farklı bir sosyal yapıya nakledilmekte ve belirtilen bu farklılıklar, uluslararası çocuk

92 A. Silberman Perspective, s.745.

93 Ataman Figanmeşe, İnci , Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 60.

94 Starr, J.,The Global Battlefield: Culture and International Child Custody Disputes at Century's End, (1998), 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 791.; Freeman, M., The Effects and Consequences of International Child Abduction, 32 Fam. L.Q. 603.; Greif, G. L., The Long-Term Impact of Parental Abduction on Children: Implications for Treatment, (1998), 26 J. Psychiatry & L. 45.; Greene, A. M., Seen and Not Heard: Children's Objections under the Hague Convention on International Child Abduction, (2005-2006), 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 105.

kaçırma vakalarını karmaşık ve çözülmesi zor bir hale getirmektedir.

Bu bağlamda, Lahey Sözleşmesi en basit ifadeyle, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilen veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmektedir. Bu açıdan acil iade prosedürü, belirtilen eylemlerden önceki mevcut durumun tesis edilmesi ve eylemi gerçekleştiren ebeveynin bu durumun sağladığı avantajlardan mahrum bırakılması amacıyla tasarlanmıştır.

Sözleşmedeki temel kural, hukuka aykırı olarak yerinin değiştirildiği veya alıkonulduğu tespit edilen çocuğun derhal iadesi olmakla beraber, Sözleşme kapsamında iade kararlarının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Ancak bu istisnalar sınırlı sayıda olup, iade sürecinde yetkili idari veya yargısal organlar tarafından genişletilmeleri mümkün değildir. Bir başka ifade ile, belirtilen istisnai haller dışında, yetkili organlar tarafından çocuğun acilen iadesine karar verilmesi bir zorunluluktur. Sözleşme, bu istisnaların koruma hakkının esasına dair bir araştırma yapılması olanağını vermediği hususunda da oldukça nettir. Zira çocuğun üstün menfaatine ilişkin değerlendirmeyi yapması uygun olan makam, mutat mesken devleti yargı makamlarıdır. Ancak belirtilen hususlarda, hem Neulinger hem de Raban kararlarında AİHM'in, Lahey Sözleşmesi'ni isabetli şekilde yorumlamadığı görülmektedir. Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından en önemli sorun da tam bu noktada yaşanmaktadır. Sözleşme hükümleri kapsamında da değindiğimiz üzere, Sözleşme, iade sürecinde koruma hakkının esasına ilişikin değerledirme yapılamayacağını ve bu konuda karar verilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Sözleşmenin belirtilen hükümleri karşısında, 5717 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca, çocuğu Türkiye'ye kaçıran tarafın aynı zamanda Türkiye'de velâyet dâvası açması durumunda, mahkemenin çocuğun iadesi meselesini bekletici sorun olarak nitelendirmesi ve dâvanın esasına ilişkin bir karar vermemesi gerekmekte olup, koruma hakkının esasına ilişkin dava, iade davasının sonuçlanmasını müteakip, kesinleşmiş bu karar da nazara alınarak sonuçlandırılmalıdır. Buna rağmen Türkiye'ye yöneltilen iade ile ilgili süreçlerde sıklıkla, velâyet dâvası ile çocuğun iadesine ilişkin taleplerin birleştirilerek incelendiği görülmektedir[95].

95 Bkz. Altuntaş, s.235.

Lahey Sözleşmesi, özel amacı doğrultusunda anlaşılması ve yorumlanması gereken özerk kavramlar (*mutat mesken, koruma hakkı ve ciddi tehlike*) benimsemiş olup, uluslararası bir sözleşmenin seksen altı taraf devlette uygulanması, kaçınılmaz olarak ilgili devletlerin ulusal özelliklerini yansıtacak ve farklı yargı sistemlerinin yapısı, şüphesiz Sözleşme'nin yorumu üzerinde etkili olacaktır. Ancak Sözleşme'nin etkinliğinin büyük ölçüde, taraf devlet uygulamalarında yeknesaklığın ve bu devletler arasındaki işbirliğinin sağlanabilmesine bağlı olduğu unutulmamalıdır. Zira Lahey Sözleşmesi bir adli yardım anlaşması mahiyetindedir[96].

Bu nedenle, Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin uygulamanın denetlenmesi ve değerlendirilmesi için özel bir komisyon oluşturulmuş olup, bu komisyon belirli aralıklarla[97] gelişmeleri değerlendirmek üzere bir araya gelmektedir. Özel Komisyon genellikle, katılımcılardan Sözleşme'nin uygulanması konusunda toplanan bilgileri içeren raporlar yayınlamaktadır. Buna ilaveten, esasen Sözleşme ile ilgili davalara ilişkin bir veri tabanı olarak tasarlanmış olan "INDACAT"[98], değişik ülkelerin konuya ilişkin dava özetleri ile kısa analizlerini ve Lahey Sözleşmesi ile ilgili önemli belgeleri içermektedir. Yapılan tüm bu çalışmalarla, Sözleşme uygulamasının başlangıç teması olan iletişim ve tecrübe paylaşımının hızlandırılması amaçlanmaktadır.

Bunun yanısıra, uluslararası çocuk kaçırma davalarında yetkili olan hakimler arası iletişimin sağlanması amacıyla, Uluslararası Lahey Hakimler Bilgi Ağı ve Avrupa Birliği Üye Ülkeleri İrtibat Hakimleri Bilgi Ağı ihdas edilmiş olup, 2013 yılı itibarıyla belirtilen ilk ağ üzerinde toplam kırk beş ülkeden altmış beş hakim uluslararası çocuk kaçırma davalarında iletişim ve işbirliğini sürdürmektedir[99].

Ancak tüm bu etkinlikler ve elde edilen veriler bağlayıcı nitelikte olmayıp, Sözleşme'nin etkililiği, Sözleşme hükümlerini hayata geçiren merkezi makamların ve ulusal mahkemelerin yorum ve uygulama-

---

96 Burak Huysal, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005, s.202.; Erdem, s.7.

97 Bu süre genellikle dört ya da beş yıldır.

98 Lahey Konferansı'nın internet sitesinden erişilebilen içtihat veri tabanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bruch, C. S. / Durkin, M. M., The Hague's Online Child Abduction Materials: A Trip for the Unwary, (2010-2011), 44 Fam. L. Q., s.74.

99 Helmers, s.61.

larına bağlı olup, belirtilen uygulamaların ülkeler arasında farklılıklar taşıdığı gözlemlenmektedir. Zira bu uygulamaların doğası büyük oranda, her bir ülkedeki farklı adli kültürlere dayanmaktadır. Bu nedenle belirtilen otoriteler, yalnızca Sözleşme'nin mevcut metnine dayanmamalı, Sözleşme'nin amacını da göz önünde bulundurmak suretiyle yapılacak isabetli yorum ve uygulamalar sayesinde, uluslararası çocuk kaçırma vakalarının önlenmesi ve hızla çözüme kavuşturulması hususunda, taraf devletler arasındaki işbirliğinin ve güven ortamının sağlanmasına katkıda bulunulmalıdır.

Bu kapsamda özellikle, iade davalarında yargılama yetkisinin mahkemelerin iş bölümü nazara alınarak düzenlenmesi yerine, Sözleşme'nin Almanya uygulamasında görüldüğü üzere[100] sınırlı sayıda aile mahkemesinin belirli bölgeler itibarıyla yetkili kılınmasının, iade prosedürünün daha hızlı ve etkili hale gelmesini sağlayacağı düşünülmektedir. Ayrıca, taraf devlet hukuk sistemlerinde yer alan mevzuat ile yargısal uygulamaların ulaşılabilirliğinin ve bu hususta etkin bir iletişimin devam ettirilmesinin, uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve Sözleşme'nin öngördüğü iade prosedürünün etkin hale getirilmesi üzerinde olumlu etkiler görtereceği açıktır.

KAYNAKÇA

Altuntaş İlknur, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi, Ankara 2006.

Ataman Figanmeşe İnci, Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.

Bailey M., Canada's Implementation of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 17.

[100] Lahey Sözleşmesi'nin Almanya uygulaması Uluslararası Aile Hukuku Usul Kanunu uyarınca sürdürülmekte olup, üke genelindeki altı yüzden fazla aile mahkemesi arasından, 1999 yılından itibaren sadece yirmi iki aile mahkemesinin anne baba ve çocuklarla ilgili sınır ötesi davalarda özel olarak yetkilendirildikleri görülmektedir. Belirtilen Kanun'un 10 ilâ 12. maddeleri uyarınca, Lahey Sözleşmesi uyarınca görülen iade ve şahsi ilişki tesisi davalarında da yargılama yetkisi, her yargı bölgesinde sadece bir aile mahkemesine verilmiş olup, toplam yetkili mahkeme sayısı yirmi ikidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Weinkaufff, s.48 vd.

Bayraktar Ali / Yıldırım Damla, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ile Kurulan Merkezi Makam ve İadedeki Rolü, Mecmua, Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s. 21-52.

Bruch C. S., The Central Authority's Role under the Hague Child Abduction Convention: A Friend in Deed, 28 Fam. L.Q. 35 (The Central Authority's Role).

Bruch C. S., Religious Law, Secular Practices, And Children's Human Rights In Child Abduction Cases Under The Hague Child Abduction Convention, (2000-2001), 33 N. Y. U. Int'l L. & Pol. 221.

Bruch C. S., The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases, 38 Fam. L. Q. 529.

Bruch C. S. / Durkin, M. M., The Hague's Online Child Abduction Materials: A Trip for the Unwary, (2010-2011), 44 Fam. L. Q., p.74.

Clemens L.C., International Parental Child Abduction: Time for the United States to Take a Stand, (2003), 30 Syracuse J. Int'l L. & Com. 151.

Copertino M. M., Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: An Analysis of Its Efficacy, 6 Conn. J. Int'l L. 715.

Davis C. D., The Gitter Standard: Creating a Uniform Definition of Habitual Residence under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2006-2007), 7 Chi. J. Int'l L. 321.

Duncan W., Action in Support of the Hague Child Abduction Convention: A View from the Permanent Bureau, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 103.

Erdem Bahadır, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s. 4-22.

Freeman, M., The Effects and Consequences of International Child Abduction, 32 Fam. L.Q. 603.

Giray Faruk Kerem, Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi, İstanbul 2010.

Greene A. M., Seen and Not Heard: Children's Objections under the Hague Convention on International Child Abduction, (2005-2006), 13 U. Miami Int'l & Comp. L. Rev. 105.

Greif G. L., The Long-Term Impact of Parental Abduction on Children: Implications for Treatment, (1998), 26 J. Psychiatry & L. 45.

Helmers Ralf, Almanya'da Aile Mahkemelerinde Görülen Uluslararası Çocuk Kaçırma Davalarının Adli Prosedürü ve Alman Kanunlarındaki Konuya İlişkin Hukuki Düzenlemeler, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.55-62.

Horstmeyer E. S., The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: An Analysis of Tahan and Viragh and Their Impact on Its Efficacy, 33 U. Louisville J. Fam. L. 125.

Huysal Burak, Devletler Özel Hukukunda Velâyet, İstanbul 2005.

Mackie S., Procedural Problems in the Adjudication of International Parental Child Abduction Cases, (1996), 10 Temp. Int'l & Comp. L.J. 445.

Mceleavy Peter, Lahey Çocuk Kaçırma Sözlşemesi Kapsamında Mutat Mesken, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.32-39.

Mast K. S., The Application of the Fundamental Principles Exception of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2003), 17 Emory Int'l L. Rev. 241.

Nanos R., The Views of a Child: Emerging Interpretation and Significance of the Child's Objection Defense under the Hague Child Abduction Convention, 22 Brook. J. Int'l L. 437.

Pérez-Vera E., Explanatory Report, in 3 Hague Conference on Private International Law.

Pfund P. H., The Hague Convention on International Child Abduction, the International Child Abduction Remedies Act, and the Need for Availability of Counsel for All Petitioners, 24 Fam. L.Q. 35.

Rivers D. R., The Hague International Child Abduction Convention and the International Child Abduction Remedies Act: Closing Doors to the Parent Abductor, (1989), 2 Transnat'l Law. 589.

Silberman L., The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics and Other Issues, (2000-2001), 33 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 221.

Silbermen L., The Hague Convention on Child abduction And Unilateral Relocations By Custodial Parents: A Perspective From The United States And Europe – Abbott, Neulinger, Zarraga, (2010-2011), 63 Okla. L. Rev. 733. (A Perspective)

Silberman L. / Wolfe, K., The Importance of Private International Law for Family Issues in an Era of Globalization: Two Case Studies-International Child Abduction and Same-Sex Unions, (2003-2004), 32 Hofstra L. Rev. 223.

Skoler G., A Psychological Critique of International Child Custody and Abduction Law, 32 Fam. L.Q. 557.

Starr J., The Global Battlefield: Culture and International Child Custody Disputes at Century's End, (1998), 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 791.

Steward P., Access Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, 21 Fordham Int'l L.J. 308.

Vivatvaraphol T., Back to Basics: Determining a Child's Habitual Residence in International Child Abduction Cases under the Hague Convention, 77 Fordham L. Rev. 3325.

Weinkaufff Sarah, Uluslararası Velayet Anlaşmazlıklarında Merkezi Makamın Rölü ve Görevleri- Almanya'nın Tecrübesi, Özel Hukuk Alanında Adli İşbirliği Çalıştayı, Ankara 2013, s.48-54.

Whitman C. B., Croll v. Croll: The Second Circuit Limits Custody Rights under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, (2001), 9 Tul. J. Int'l & Comp. L. 605.

Wolfe K., A Tale of Two States: Successes and Failures of the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction in the United States and Germany, 33 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 285.

Weiner M. H., International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence, (2000-2001), 69 Fordham L. Rev. 593.

Zawadzki D. M., The Role of Courts in Preventing International Child Abduction, (2005), 13 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 353.

http://hudoc.echr.coe.int. (e.t. 7.7.2014).

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr. (e.t. 7.7.2014).

http://www.hcch.net/upload/expl28. (e.t. 7.7.2014).