

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayıncıdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department
Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors

Prof. Dr. Rona Aybay

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz

Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal Onar

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

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.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

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 Sokak No: 8

06520 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: 75 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 16. 08. 2018

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

YAYIN KURALLARI

- 1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların; özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- a) Yazılar, bilgisayar ortamında hazırlanmalıdır.
b) Yazıların ilk sayfasında makalenin adı, özeti ve anahtar sözcükleri; **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.
- 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: Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların **kaynakça kısmında; yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalıdır.**
Örneğin: Erem Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
- Yazıların basılı nüshası CD ile birlikte künyedeki adrese ya da elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarların; ünvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini göndermeleri zorunludur.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi’nin yazı dili Türkçedir.
- Türkiye Barolar Birliği, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
- Yazarlara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir. Yazarlara üç adet, hakemlere bir adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / from the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Ersan ŞEN / Fatma Betül BODUR

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihadında Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğünden Kaynaklanan İmtiyazlar / Legal Privileges Deriving from Attorney's Confidentiality Obligation in the Case-Law of the European Court of Human Rights

39 Fahrettin KIDIL

Cezalandırmanın Amacı ve "Umut Hakkı" Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları / Prohibitions of Conditional Release in the Context of Purpose of Punishment and "The Right to Hope"

79 Rezan EPÖZDEMİR

Gönüllü Vazgeçme / Voluntary Abandonment

107 Murat TEZCAN / Beyza CANBOLAT

Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Problemi / Land Share Problem in Urban Transformation Applications

135 Hasan ORAL

Katma Değer Vergisi İndirimi Şartlarına Türkiye ve Avrupa Birliği'nin Yaklaşımı / Turkey and European Union's Approaches to Conditions for Value Added Tax Deduction

159 Orhan EROĞLU

İslah ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı Kapsamında İslahın Değerlendirilmesi / Amendment and Evaluation of Amendment within the Scope of the Draft Bill Law Amending the Code of Civil Procedure and Some Other Codes

209 Volkan ÖZÇELİK

Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılması / Deemed to Acceptance of Content of Invoice

231 Veysel Candan CANOĞLU

Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat / Evidence and Proof in Disciplinary Investigation

273 Özlem ÖZEKES

İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk / Compulsory Mediation as a Cause of Action in Reemployment Claims

317 M. Kürşad TİMURÖĞLU / Ceyhan SERÇEMELİ

Duygusal Zekâ ve İş Stresi Üzerine Bir Uygulama: Erzurum Barosu Avukatları Örneği / An Implementation on Emotional Intelligence and Work Stress: A Case of Erzurum Bar Association Lawyers

345 Gönenç GÜRKAYNAK / Hilal ÖZÇELİK / Ali TUNÇSAV

Genel Mahkeme'nin ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın İntel Kararı Kapsamındaki Değerlendirmelerine İlişkin Karşılaştırmalı Analiz / A Comparative Study between the Judgment of the General Court and That of the Cjeu Considering the Intel Decision

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği olarak 49 yıldır, hukukun üstünlüğü, adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı için mücadele ediyoruz. Avukatların ve savunmanın hukuk devleti ve demokrasi için vazgeçilmez olduğunu anlatıyor; nerede ne sıkıntı varsa halkın, vatandaşın yanında yer alıyoruz.

Meslektaşlarımızın sorunları her geçen yıl daha da artıyor. Türkiye'nin on binlerce namuslu, çalışkan, fedakâr avukatının, hâkiminin, savcısının olmasına rağmen sistemin siyasetin müdahalesine açık olması güvensizlik yaratıyor. Bu da iş takipçilerinin halkın gözünde alın teriyle görevini yapan avukatlara karşı haksız rekabetine yol açıyor.

Biz, kürsüden siyaset yapan hâkim de istemiyoruz, siyasetin telkin ve tavsiyesine açık hâkim de istemiyoruz. Avukatlarımıza, hâkimlerimize, savcılarımıza güveniyoruz. Ancak kişisel güvence yetmiyor, sisteme güvenmek istiyoruz.

Son günlerde yaşadığımız pek çok sıkıntılı durum da güvenilir bir sistem kurmanın Türkiye için bir milli birlik, beraberlik ve beka meselesi olduğunu ispatlıyor.

Türkiye Barolar Birliği olarak seçimlerden önce gazetelere verdiğimiz ilanda cumhurbaşkanı ve milletvekili adaylarından taleplerimizi sıralamıştık. Taleplerimizin en önemlilerinden biri avukatlık sınavıdır. Şu anda var olan 120 bine yakın avukat, 20 bin stajyer avukat ve yaklaşık 60 bin hukuk fakültesi öğrencisini düşündüğümüzde, 5 yıl içerisinde 170 binin üzerinde bir sayıyla karşı karşıya kalacağız. Bu, zaten pek çoğu yoksulluk seviyesinde yaşayan özellikle genç avukatlar için

çok daha büyük sıkıntılar demek. Bu konuda hazırlamış olduğumuz yönetmelik, TBMM tarafından çıkarılan bir kanunla etkisiz hale getirildi. Türkiye Barolar Birliği olarak yıllardır Bakanlıktan avukatlık stajına giriş ve staj sonunda avukatlığa kabul için sınav getirilmesini talep ediyoruz.

Barolar eliyle yürüyen bir sosyal devlet hizmeti olan adli yardım ücretlerinin maliye tarafından çok geç yatırılması ve adil yargılama hakkının vazgeçilmezi olan, yıllarca devam eden CMK avukatlarının ücretlerinin birkaç yüz lira seviyesinde olması, bu hizmetleri avukatlar için angarya haline getiriyor.

Koskoca başkent devlet kurumları ve belediye arasındaki anlamsız çekişme ve bürokrasi sebebiyle tek parça bir adliyeden yoksun olması ve ne zaman, nereye temel atılacağına dahi bilinmemesi sadece avukatlar için değil hak arayan vatandaşlar için de çekilmez hale gelmiş bir eziyete dönüşmüş durumdadır. Başkent Ankara başta olmak üzere, hizmete elverişli adliye binası olmayan illerin bu sorunlarının bir an önce çözülmesini bekliyoruz.

Avukatların sorunları saymakla bitmiyor. Bakanlık ve Türkiye Barolar Birliği'nin birlikte çalışarak karşılıklı anlayış içerisinde hiçbir çözümsüz olmayan sorunlara doğru tespitlerle doğru çözümler getirmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

Türkiye Barolar Birliği olarak barolarımız ve tüm meslektaşlarımızla kuruluşumuzun 49. yılını kutlarken; büyük Atatürk'ün gösterdiği çağdaş uygarlığın ışıklı yolunda kararlılıkla yürüyeceğimizi yüce Milletimize bir kez daha saygıyla duyuruyor, başta kurucularımız olmak üzere mesleğimize emeği geçen ve sonsuzluğa göçen tüm meslektaşlarımızı rahmetle anıyor, hayatta olanlara esenlikler diliyoruz.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHADINDA AVUKATIN SIR SAKLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDEN KAYNAKLANAN İMTİYAZLAR

LEGAL PRIVILEGES DERIVING FROM ATTORNEY'S
CONFIDENTIALITY OBLIGATION IN THE CASE-LAW OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ersan ŞEN*

Fatma Betül BODUR**

Özet: Aynı anda hem “yargı görevi yapan” ve hem de “serbest meslek mensubu” olan avukatlar; yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı temsil etmekte olup, kişinin adalet sistemine erişim hakkının gerçekleştirilmesinde işgal ettikleri benzersiz konum gereğince, sır tutma yükümlülüğü ve karşılığında çeşitli imtiyazlarla donatılmışlardır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları incelendiğinde; avukatın ofisinde yapılan arama ve el koyma ile avukatın telefonunun dinlenmesinin, avukatın “özel hayatını”, “konutunu” ve “yazışmalarını” ilgilendirdiği, mahkeme nezdinde avukatın müvekkili ile olan güven ilişkisine ayrı bir önem atfedildiği, bunun dürüst yargılanma hakkından kaynaklandığı, avukatın mesleki yaşantısına yapılan bir müdahalenin özel usuli güvencelere tabi olması gerektiği, ancak taraf devletlerin milli iktisadi menfaatleri korunması hususunda, avukat hakları aleyhine geniş bir takdir yetkisinden yararlandığı anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avukat, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Mesleki İmtiyaz, Özel Hayata Saygı Hakkı, Özel Usuli Güvenceler, Sir Saklama Yükümlülüğü

Abstract: Attorneys, who both perform “judicial duties” and are “self-employed”, represent “independent defense” which is one of the fundamental elements of the judicial branch. Because of their unique role in enabling the person’s right to access to the judicial system, attorneys are equipped with confidentiality obligation and corresponding professional privileges. In light of the case-law of the European Court of Human Rights, it is seen that searches

* Prof. Dr.

** Stj. Avukat

and seizures conducted in an attorney's office, and wiretapping an attorney's telephones are considered as attorney's "private life", "home" and "correspondence" and that the Court bestows a different importance to attorney-client relationship due to the right to a fair trial. In the Court's view, any interference with the attorney's professional life must be subject to special procedural safeguards; however, it is observed from the case-law that State-parties enjoy a wide margin of appreciation, to the detriment of the rights of the attorney, when it comes to the preservation of national economic interests.

Keywords: Attorney, European Convention of Human Rights, Professional Privilege, Right to Privacy, Special Procedural Safeguards, Confidentiality Obligation

1. Giriş

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 6. maddesi uyarınca "yargı görevi yapanlardan" sayılan avukat; ceza yargılamasında şüphelinin veya sanığın savunmasını yapma (müdafi) veya katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olan kişiyi temsil etme (vekil) görevlerini icra eden kişidir.

Yargıtay; avukat ile temsil ettiği kişi arasındaki ilişkiyi, şu şekilde açıklamaktadır: "Avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli güven ve sadakat ilkelerine dayanmaktadır. Müvekkilin; her durumda avukatına güvenmesi, sırrını saklayacağından emin olması gerekir. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, avukatların görevlerini yükümlü oldukları ifade edilmiş ve Yasa'nın 36. maddesinde de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açıklamaları yasaklanarak sır saklama yükümlülükleri öngörülmüştür.

Avukatın, müvekkilinin sırrını saklama yükümlülüğü üçüncü kişiler yanında mahkemelere, savcılıklara ve idari birimlere karşı da geçerlidir. Avukatlık meslek sırrı, avukatın mesleğini icra ederken öğrendiği, herkes tarafından bilinmeyen, açıklanması halinde vekil edenin maddi ya da manevi zarara uğrayacağı, üçüncü kişilerden gizlenen özel yaşama dair bilgilerdir. Avukatın mesleği ile bağlantılı olarak öğrendiği, vekil edene ait özel ilişkileri, sağlık bilgileri, mali durumu, kişisel bilgileri gibi gerektiğinde bulunduğu yer ya da adresi de sır kapsamına dâhildir. Avukata yüklenen sır saklama yükümlülüğü, vekil edenin adli/idari merciler karşısında daha etkin, yerinde ve etraflıca iddiada bulunması veya savunma yapması ile doğrudan bağlantılıdır. Avukatın meslek sırrını koruması ise uluslararası antlaşmalar ve Anayasamızda gü-

vence altına alınan özel yaşamın gizliliğinin sonucu olmanın yanında yerine getirilen kamu hizmetinin içeriği ve niteliği ile de ilgilidir".¹

Türk Hukuku; Yargıtay'ın 14.11.2011 tarihli kararında açıkladığı üzere, avukatı ve avukatlık mesleğini çeşitli yükümlülüklerle ve bunlara bağlı imtiyazlarla donatmıştır. Şöyle ki;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme" başlıklı 46. maddesine göre; avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklık yapmaktan çekinme hakları olup, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Sır saklama:" başlıklı 36. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında "Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır.

Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmele-ri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz." hükmüne yer verilmiştir.

"Avukat bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma" başlıklı CMK m.130'a göre;"(1) Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

(2) Arama sonucu el koyulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunularca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim el koyulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el koyulan şey derhal avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmi dört saat içinde verilir.

¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.11.2011, 2009/19013 E., 2011/21017 K.

(3) *Postada el koyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır*".

"Müdafiin bürosu ve yerleşim yeri" başlıklı CMK m.136 uyarınca; "*Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında,*" "*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*" başlıklı CMK m.135 hükmü tatbik edilmeyecektir.

Yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı temsil eden avukat, bir yargı mensubu olarak kamu hizmeti yerine getirir. Avukatın sır saklama yükümlülüğü vardır, hatta temsil ettiği kişinin iznine rağmen mesleki sırlarını açıklamaktan imtina edebilir ki, bu nedenle avukat yerine getirdiği yargı hizmeti sırasında dinlenemez, takip edilemez ve dosyaları ile yazışmaları incelenemez. Genel kaide budur, ancak avukatın şahsi veya mesleğini kötüye kullanmak suretiyle suç işlediği veya suça iştirak ettiği iddia edilmekte ise, şahsi olarak veya görevi sırasında veya görevinden dolayı işlediği iddia edilen suçla ilgili prosedür ne ise, o usul tatbik edilerek avukat hakkında yargılama yapılabilir. Bunun dışında, hangi gerekçe ile olursa olsun bir avukatın mesleki nedenle takibi veya temsil ettiği bazı kişilerin işlediği iddia edilen suçlar nedeniyle bürosu, konutu, aracı, çantası ve üstü aranmaz, dosyalarına, belgelerine, bilgisayar kayıtlarına ve cep telefonuna el koyulamaz, çünkü savunma dokunulmazdır ve hiçbir yarar onun üstünde kabul edilemez. Kamu otoritesi, kamu düzeni veya başka bir gerekçe ile bazı suçlar bakımından özel ve sıkı tedbirler almak isteyerek, kişi hak ve hürriyet alanlarını daraltmayı amaçladığında, bu kapsama avukatın mesleki faaliyetleri ve özellikle de şüphelinin veya sanığı müdafiliğini yaptığı safahat girmez. Savunmayı temsil eden ve temsil ettiği kişiye hukuki yardımda bulunan avukat, kamu otoritesinin veya bir başkasının müdahalesi olmaksızın savunma görevini yerine getirebilmeli, bu sırada kısıtlamaya veya baskıya uğramamalı, yasal veya tatbikat istisnaları ile görev alanı daraltılmamalıdır.

CMK m.149/3'e göre; "*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz*".

“Müdafi ile görüşme” başlıklı CMK m.154/1’e göre; “Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz”.

Görüleceği üzere; Türk Hukuku’nda, kişinin savunma ve mahkemeye erişim haklarını kullanması için oldukça önemli bir rolü bulunan avukat ile ilgili, bu görevini yerine getirmesi için bazı özel düzenlemelere gidilmiştir. Avukatın sır tutma yükümlülüğünün karşısında, tanıklıktan çekinme hakkı ile arama ve el koymada usuli güvenceler mevcuttur. Bu gibi hak ve yükümlülükler; Türk Hukuku’na özgü olmayıp, parçası olduğumuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) Sistemi içerisinde de bir “insan hakları meselesi” olarak değerlendirilmektedir. Bu çalışmada; mesleği sebebiyle avukatın çalışma sahasına tanınan ayrıcalıklar, İHAM içtihadı çerçevesinde incelenecektir.

2. İHAS m.8 Çerçevesinde Avukatın Hak ve Yükümlülükleri

“Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı İHAS m.8’e göre; “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

2.1. Avukatın Bürosunda ve Evinde Yapılan Arama ve El koyma

2.1.1. İHAS m.8 avukatlık bürolarını kapsar mı?

İHAM’ın 16.12.1992 tarihli, 13710/88 başvuru numaralı *Niemietz - Almanya* kararında, başvuru Freiburg’da serbest avukatlık yapmaktadır. 09.12.1985 tarihinde; kilise vergisini ödemeyi reddeden bir işveren hakkında devam eden kovuşturmada görevli hâkime, başvurunun başkanlığını yaptığı yerel siyasi parti *Freiburg Bunte Liste*’ye bağlı Kilise Karşıtı Çalışma Grubu adına, farazi olduğu tahmin edilen bir kişinin imzasıyla mektup gönderilmiştir.² 1985 yılının sonuna ka-

² Niemietz - Almanya, 16 Aralık 1992, par.7, Seri A no. 251-B.

dar *Bunte Liste*'ye gönderilen postaların önemli bir kısmı, başvurucunun ortağı ile birlikte çalıştığı avukatlık bürosuna gönderilmiş olup, hâkime giden mektupta olduğu gibi, Parti tarafından gönderilen postalarda, gönderenin adresinde yalnızca posta koduna yer verilmektedir.³ Bu nedenle; mektubu "gönderen" ve farazi olduğu tahmin edilen Klaus Wegner isimli şahsa ulaşamadığında, başvurucu ve meslektaşına danışılmış, onlar da bu kişi hakkında bilgi vermeyi reddetmişlerdir. Bunun üzerine, Münih Bölge Mahkemesi tarafından 08.08.1986'da başvurucunun ofisi ile ilgili arama emri çıkarılmıştır.⁴

13.11.1986'da ofiste yapılan arama; Freiburg Kamu Savcılığı temsilcileri ve polis memurlarının katılımı ile gerçekleştirilmiş, ofiste çalışan yardımcılardan katılımı ile ofis gözden geçirilmiş, esas arama işlemi 09.15'de başvurucunun ortağının gelmesi üzerine başlamış, başvurucu ofise 09.30'da ulaşmış ve arama 10.30'da sonlanmıştır. Başvurucu, kendi aleyhine ceza yargılaması başlatılması riski taşıdığından bahisle, Klaus Wegner hakkında bilgi vermeyi reddetmiştir.⁵ Arama sırasında müvekkil bilgilerini içeren dört dolap ve ayrıca bazı klasörler incelenmiş, aramada herhangi bir bilgi veya belge bulunamamış, hiçbir şeye el koyulmamıştır. Sonradan ifade ettiğine göre başvurucu, Klaus Wegner ile ilgili bilgi ve belgeleri zamanında imha etmiştir. Klaus Wegner yönünden başlatılan soruşturmada takipsizlik kararı verilmiştir.⁶

Başvurucu tarafından arama emrinin hukuka aykırılığı hakkında yapılan itiraz; 27.03.1987 tarihinde Münih I Bölge Mahkemesi tarafından, arama zaten gerçekleştirildiğinden ve an itibarıyla aramanın hukuka aykırılığının tespitinde herhangi bir hukuki yarar bulunmadığından bahisle reddedilmiştir.⁷ Aramanın keyfi yapıldığına dair bir bulgu olmadığı gibi, *Bunde Liste*'nin postaları uzun zamandır ofise iletildiğinden, mektubun avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisine dâhil olduğu sonucuna varmak da mümkün değildir. Ayrıca; arama kararının ait olduğu soruşturma, önemli bir menfaate ilişkin olup, hâkimin onuru ile ilgilidir.⁸ Başvurucu, iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır.

³ Niemietz - Almanya, supra 1, par.9.

⁴ Niemietz - Almanya, supra 1, par.10.

⁵ Niemietz - Almanya, supra 1, par.11.

⁶ Ibid.

⁷ Niemietz - Almanya, supra 1, par.15.

⁸ Ibid.

Başvurucunun iddiası, aramanın İHAS m.8’de korunan haklarını ihlal ettiği. İHAM *Niemetz* kararında, avukatlık bürosunda yapılan aramaların İHAS m.8 anlamında “özel hayata”, “konuta” ve “yazışmalara” müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. İHAM’ın gerekçesine göre;

Ø “Özel hayat” kavramının, kesin çizgilerle tanımlanması mümkün olmamakla birlikte, kavramın şahsın en samimi çevresiyle sınırlandırılması doğru değildir. Mesleki yaşantının “özel hayat” kapsamı dışında kaldığı kabul edilemez, çünkü pek çok insan iş hayatlarında anlamlı ilişkiler geliştirmektedir. Özellikle serbest meslek mensubu insanların mesleki hayatlarının nerede başlayıp nerede bittiğini belirlemek zordur. Özetle İHAS m.8, iş hayatını da kapsamaktadır.⁹

Ø “Konut” kelimesinin kapsamına gelindiğinde ise, İHAS’ın İngilizce ve Fransızca asılları arasındaki anlam farkına dikkat çekilmesi gerekmektedir. “Konut”, İHAS’ın İngilizce metninde “home” olarak yer almakta ise de, metnin eş bağlayıcılıkta olan Fransızca metni “*domicile*” kavramını kullanmaktadır ki, “*domicile*” Türk Dil Kurumu’na göre de “insanların içinde yaşadıkları ev” olarak tanımlanan konuttan ve *home*’dan daha geniş bir anlama sahip olup, işyerlerini de içermektedir.¹⁰

Ø Ayrıca; “özel hayat” ve “konut” terimlerinin dar yorumlanması zaten İHAS’ın “bireyi kamu otoritesinin keyfi müdahalelerinden koruma” amacına aykırıdır.¹¹

Ø Her ne kadar yukarıda yer verilen genel açıklamalar yeterli olsa da, İHAS m.8’in neden uygulanabilir olduğuna dair destekleyici bir argüman daha ortaya koyulabilir. Münih Bölge Mahkemesi tarafından verilen arama ve el koyma emri, hiçbir tanım ve tarife yer vermeksizin, Klaus Wagner’in kimliğini ortaya çıkaran “belgelerin” incelenmesi ile ilgidir. Arama yapan memurlar dört dolabı ve ayrıca bazı klasörleri incelemişlerdir ki, müvekillere ait bilgileri içeren belgeler İHAS m.8 kapsamında “yazışma” olarak değerlendirilebilir.¹²

⁹ Niemetz - Almanya, supra 1, par.29.

¹⁰ Niemetz - Almanya, supra 1, par.30.

¹¹ Ibid.

¹² Niemetz - Almanya, supra 1, par.32.

Müdahale; Alman kanunlarına uygun olup, suçun önlenmesi ve başkalarının (mektubu alan hâkimin) haklarının korunması meşru amacına hizmet etmektedir, ama demokratik toplumun gerekleri ile uyumlu mudur?

Arama ve el koyma emrinde geniş bir tabirle “belgeler” terimine yer verilmesi, Alman Hukuku’nda avukat bürolarında yapılan aramalarda ve el koymada, bağımsız bir avukatın aramayı ve el koymayı denetlemesi gibi özel bir usuli tedbirin bulunmaması, özellikle de incelenen materyalin avukat ile müvekkili arasında “mesleki sır” olarak nitelendirilen cinsten bilgiler içermesi ve mesleki sırrın İHAS m.6 dolaşısıyla adaletin tesisinde önemli bir rolünün bulunması gerekçeleriyle; müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varan İHAM, başvuruçunun İHAS m.8 ile korunan haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹³

Karardan anlaşılacağı üzere; İHAM’a göre, avukatlık büroları İHAS m.8 kapsamında “konut” olup, avukatlık mesleğinin icrası “özel hayat” teşkil etmektedir. Bürolarda bulunan, meslek sırrı niteliğinde müvekkilin işine ilişkin bilgi içeren belgeler ise, aynı maddede koruma altına alınan “yazışma” kapsamındadır. Avukatlık büroları için ayrıca usuli güvenceler öngörülmediği ve uygulanmadığı sürece, bu mekânlarda yapılan arama ve el koyma İHAS m.8’i ihlal edecektir.

2.1.2. Avukatın “bürosunun” sınırı nedir?

İHAM’ın 20.12.2016 tarihli ve 18700/09 başvuru numaralı *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç* kararına konu somut olayda; Vergi Dairesi, 20.01.2006’dan itibaren İsveçli şirketler *Ergonia Sweden AB*, *SNS-LAN Trading AB (SNS)* ve *Mousse Trapper Nordic AB* hakkında katma değer vergisi, çalışanların sosyal güvenlik primleri ve gelir vergisi ile ilgili denetim yapmaktadır.¹⁴

04.03.2008 tarihinde Vergi Dairesi; Bölge İdare Mahkemesi’ne başvurmuş, *SNS*’in İsviçreli bir şirket ile “şüpheli” işlemleri olduğunu belirtmiş, bu ikinci Şirketin paravan şirket olabileceğini vurgulamış, avukat Toivo Jurik de dâhil olmak üzere İsveçli şirketleri yöneten kişilerin muhtemelen İsviçreli şirketin yönetiminde de bulduklarını, bu

¹³ Niemietz - Almanya, supra 1, par.37.

¹⁴ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, Başvuru No: 18700/09, par.6, İHAM 2016.

konuda Bay Jurik'ten bilgi alamadıklarını, bu nedenle SNS'ye yönelik bazı tedbirler alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵ Ancak SNS yakın zamanda tasfiye edildiğinden, şirkette arama ve elkoyma yapılmasına imkan yoktur, bu nedenle arama talebi, SNS de dâhil olmak üzere yukarıda sayılan üç şirketi Vergi Dairesi nezdinde temsil eden avukat Toivo Jurik ile bağlantılı iki adres yönünden yapılmıştır. İki adresten ilki, üç şirketin ana şirketi konumunda olan *Draupner* olup, bu şirket çocuklarına ait olmakla birlikte, Toivo Jurik tarafından yönetilmektedir. Gerekli belgeler avukat Jurik'in ara sıra ev olarak da kullandığı bir dairesi bulunan *Draupner'* de ele geçirilemezse, Toivo Jurik'in başvuru hukuk bürosunda bulunan ofisi aranacaktır.¹⁶

Bahsi geçen emir uyarınca önce Toivo Jurik'i temsilen, başvuru büroda çalışan avukat Carl Lindstrand'ın ve sonlarına doğru aynı yerde çalışan ve SNS'nin tasfiyesini yapan avukat Rolan Möller'in gözetiminde *Draupner* aranmış,¹⁷ burada muhasebeye ilişkin 19 dosyaya el koyulmuş ve USB diskin ve bir de hard diskin imajı alınmış, ardından başvuru hukuk bürosunun aramasına geçmiştir. Avukatlar Lindstrand ve Möller hukuk bürosunda yapılan aramayı da gözlemlemiş, incelenen belgelerin meslek sırrı teşkil edip etmediği tartışılmış, ilgili hiçbir şey bulunamamış ve büroda el koyma işlemi gerçekleştirilmemiştir.¹⁸

Başvuru "meslek sırrı" gerekçesine dayanarak, ilgili arama kararlarına itiraz etmiş ve imajı alınan dijital materyalin iade edilmesini talep etmişse de, İsveç'te mevcut iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır. İHAM, denetim neticesinde SNS ve *Draupner* yönünden takipsizlik kararı verildiğinin altını çizmiştir.¹⁹ Başvuru, İHAS m.8'in ihlal edildiğini iddia etmektedir.²⁰

¹⁵ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.6-7.

¹⁶ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.9.

¹⁷ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.11.

¹⁸ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.15.

¹⁹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.46.

²⁰ Esasen; başvuru başvurusunda, İHAS'ın farklı maddelerine de dayanmış olup, bu başvurular işbu çalışmanın konusu dışında kaldığından, çalışmaya dâhil edilmemiştir. İHAS m.8'in ihlal edilmediği sonucuna varılan bu kararda, bilhassa İHAS m.8 gereğince m.13'ün ihlal edildiği yönünde yapılan tespit oldukça önemlidir. Mahkemeye göre; İHAS m.8 kapsamında değerlendirilebilen tartışmaya açık bir şikâyeti olan başvuru hukuk bürosunun m.13 ile koruma altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası, m.8'in ihlal edilmediğinden bahisle reddedileme-

İHAM; taraflar arasında başvuru hukuk bürosunda yapılan arama ve el koymanın özel hayata, konuta ve yazışmalara müdahale teşkil ettiği yönünden bir uyuşmazlık olmadığını, kendisinin ve bu hususu kabul ettiğini,²¹ müdahalenin varlığının tespit edilmesi aşamasında esas uyuşmazlığın *Daupner*'de yapılan aramada bir USB diskin ve bir hard diskin imajının alınmasından kaynaklandığını,²² bu noktada başvuru hukuk bürosunda hiçbir el koyma işleminin yapılmadığına ve el koymanın *Draupner*'de bulunan dairede gerçekleştirildiğine dikkat çekilmesi gerektiğini, yerel mahkemelerin bu dairenin *Daupner*'e bağlı bir işyeri niteliğinde olduğu sonucuna ulaştığını, "İnsan Hakları Avrupa Sisteminin ikincilliği" ilkesi gereğince İHAM'ın yerel mahkemelerin bu tespitini sorgulamayacağı, bu hususun yerel mahkemelerce detaylı bir şekilde incelendiğini, bu nedenle keyfi bir müdahaleden bahsedilemeyeceğini,²³ özetle başvuru avukatlık şirketine İHAS m.8 anlamında bir müdahale gerçekleştirildiğini, ancak başvuru avukatlık şirketinin ortaklarından olan avukatın aynı zamanda yöneticisi olduğu *Daupner* isimli şirkette yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 anlamında müdahale teşkil etmediğini belirtmiştir.²⁴

Kararın bu kısmından anlaşılacağı üzere; avukatların avukatlık dışında bir işle ilgilenmeleri, örneğin bir şirketin yönetiminde görev almaları durumunda,²⁵ bu ikinci işlerini yürüttükleri işyerleri ("konut-

yecektir. Somut olayda İHAM özetle; *Draupner*'de imajı alınan dijital materyalin, dosyadan çıkarılması ile ilgili taleplerin yerel mahkemelerce değerlendirilmesi noktasında başvuru hukuk bürosunun etkili başvuru hakkından yararlandığı, ancak ilk arama kararı verilirken "*Draupner*'de bir şey bulunamaması halinde başvuru hukuk bürosunda devam edilebileceği" kararının alındığı Bölge İdare Mahkemesi duruşmasında taraf olmadığı gibi, bu hususta yaptığı itirazlar "karardan etkilenmediği" gerekçesiyle reddedildiğinden, bu hususun etkili başvuru hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

21 Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.84.

22 Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.85.

23 Ibid.

24 Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.86.

25 Bu noktada belirtmeliyiz ki; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlıkla birleşebilen işler:" başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendi uyarınca, avukatın anonim, limitet, kooperatif şirketlerin ortaklığı, yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği ve denetçiliği ve komandit şirketlerde komanditer ortaklık yapmaları avukatlıkla bağdaşmakta ise de, mesailerinin tamamını kapsayacak şekilde şirket yönetmeleri ile aynı Kanunun 11. maddesi uyarınca tacirlik yapmaları avukatlık ile bağdaşmayacaktır. Kararın, Türk Hukuku ile karşılaştırılarak okunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

lar”) avukatların arama ve el koymada yararlandığı imtiyazlar dışındadır. İHAM’ın avukatın imtiyazlarını bu şekilde sınırlamasının nedenini, avukatların bu imtiyazları suiistimal etmelerini önlemek olduğu düşünülebilir.

Kararın avukatlık bürosu ile ilgili kısmına geri dönüldüğünde; müdahalenin yasal olduğu, meşru bir amaca (ülkenin iktisadi refahına) hizmet ettiği açıktır.²⁶ Hâkim tarafından verilen arama ve el koyma izninin makul şüpheye dayanıp dayanmadığını, iznin sınırlarının anlaşılabilir ve makul bir şekilde çizilip çizilmediğini ve -avukatlık bürosunda yapılan aramalara özel olarak- aramanın -İHAS m.6 gözetilerek- mesleki sirlara saygı duyulmasını sağlamak amacıyla bağımsız bir gözlemcinin katılımı ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılması gerektiğinin altını çizen İHAM;²⁷ hâkimin kararının makul dayanakları olduğunu,²⁸ avukatlar Jurik ve Möller’in incelenen dokümanın meslek sırrı olduğunu etkili bir şekilde ifade edip, ofiste yer alan belgelere el koyulmasını engelleyebildiklerini,²⁹ her ne kadar *Draupner*’de dijital materyalin imajının alınması İHAS m.8 kapsamında değerlendirilmemekte ise de, dijital materyalin mesleki sır içerebileceğini kabul ettiğini, somut olayda dijital materyallerden meslek sırrı niteliğinde bilgiler çıkmadığını, ancak başvuru tarafından bu nitelikte olduğu iddia edilen bilgilerin yerel mahkemelerce tutulup, Vergi Dairesine teslim edilmediğini, yani mesleki sır olduğu iddia edilen bilgilerin açıklanmadığını ifade etmiş³⁰ ve İHAS m.8’in ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.³¹

2.1.3. “Meslek sırrının” sınırı nedir ve bu çerçevede İHAS m.8 hangi usuli güvenceleri gerektirir?

İHAM’ın 19.09.2002 tarihli ve 62002/00 başvuru numaralı *Tamossius - Birleşik Krallık* kabul edilemezlik kararında; Milli Vergi Dairesi (*Inland Revenue*), başvuruçunun Londra’da bulunan avukatlık bürosu için çıkarılan arama ve el koyma emrini icra etmek istemiş, ancak baş-

²⁶ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.92-93.

²⁷ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.95.

²⁸ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.96.

²⁹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.98.

³⁰ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.99.

³¹ Lindstrand Partners Advokatbyrå AB - İsveç, supra 14, par.102.

vurucunun ofiste bulunan dosyaların “meslek sırrı” kapsamında olduğunu öne sürmesi üzerine, emri icra etmemiştir.³² *Inland Revenue*; başvurucunun müvekkillerinden birisi olan Bay Frestadius hakkında bazı vergi suçlarını işlediği şüphesi ile kovuşturma başlatıldıktan sonra, başvuru avukatın da vergi kaçırdığı, yani suça iştirak ettiği şüphesi üzerine, ofiste arama ve el koyma yapılması için ceza mahkemesinden acele (*ex parte*) emir almıştır.³³

Arama 29.09.1999’da gerçekleştirilmiş, ancak taraflar arasında birtakım belgelerin “meslek sırrı” teşkil edip etmediği konusunda mutabakata varılamadığından, hiçbir şey incelenmemiş ve el koyulma işlemi gerçekleşmemiştir.³⁴ Başvurucunun avukatlarının aynı gün yaptığı başvuru üzerine, 30.09.1999’da mahkemece *Inland Revenue* tarafından el koyulabilecek bütün belgelerin opak çantalar içerisinde saklanması ve duruşmaya kadar açılmaması kararlaştırılmıştır. 30.09.1999’da *Inland Revenue* bazı gerçek ve tüzel kişilerin isimlendirildiği bir listenin eklendiği arama ve el koyma emri temin etmiş, bu emir 01.10.1999’da icra edilmiş ve 69 doküman, kitap ve dosyaya el koyulmuştur.³⁵ Aramada; memurların ilgili gördüğü belgeler, Adalet Bakanlığı’nun atadığı bağımsız bir avukat tarafından gözden geçirilmiş, bağımsız avukat, kendisine gösterilen belgelerin meslek sırrı teşkil edip etmediğini ve suç ögesi olup olmadığını³⁶ değerlendirmiştir. 29.09.1999 ve 01.10.1999 tarihli aramaların dayanağını oluşturan emirlerin hukuka aykırılığı yönünde yapılan itirazlar, başvuru lehine sonuç vermemiştir.³⁷ Başvurucu, İHAM nezdinde İHAS m.8 haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

İHAM; başvuru bürosunda yapılan aramanın İHAS m.8 ile koruma altına alınan haklarına müdahale ettiğini, bu müdahalenin hukuka uygun olduğunu ve meşru bir amaç (suçun önlenmesi ve devletin iktisadi refahı) için gerçekleştirildiğini, başvuruda esas uyuş-

³² Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), Başvuru No: 62002/00, İHAM 2002-VIII., s.2.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.3.

³⁶ 1984 tarihli Birleşik Krallık Polis ve Cezai Deliller Kanunu’nun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre, suç işlemek için kullanılan bilgi ve belgeler meslek sırrı kapsamında değerlendirilmemektedir.

³⁷ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.3.

mazlığın müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı noktasında odaklandığını, çünkü avukatın bürosunun İHAS m.6 ile güvence altına alınan haklar ile adaletin tesisi açısından bilhassa önemli olduğunu belirtmiştir.³⁸

İlkelerin somut olaya uyarlanmasına gelindiğinde ise; arama ve el koyma emrinin vergi suçları ile ilgili olduğunu, mahkemece çıkarılan arama emirlerinde el koyulması gereken belgelerin kesin ve anlaşılır bir şekilde açıklandığını, arama sırasında Adalet Bakanlığı tarafından bağımsız bir avukatın belgelerin meslek sırrı niteliğinde olup olmadığını incelediğini, meslek sırrı niteliğinde olan belgelere el koyulması halinde *Inland Revenue*'nin bundan sorumlu tutulacağını ve doğan zararı tazmin edeceğinin kanunlarda düzenlendiğini, olası bir hatanın önlenmesi adına avukata ait bütün belgelerin koruma altına alınması gerektiğine ikna olmadığını ifade etmiştir.³⁹

Kabul edilemezlik kararından anlaşılabilirliği üzere; “meslek sırrı” savunmasının sınırı, avukatın suç işlediği şüphesi ile yapılan arama ve el koymadır, yani “sır saklama yükümlülüğü”, avukatın suç işleme-sini kolaylaştırmanın gerekçesi olarak kullanılamayacaktır.

24.06.2008 tarihli ve 18603/03 başvuru numaralı *Andre ve Diğeri - Fransa* kararına konu somut olayda; başvuru avukat ile avukatlık şirketi, geçirdikleri mali denetim süresince kendilerini temsil etmek üzere *Clinique Les Roches Claires*'den vekâlet almışlardır.⁴⁰ *Clinique Les Roches Claires*'in fiktif işlemler ve gerçeği yansıtmayan ücret bildirimleri yaptığı şüphesi üzerine, Vergi Dairesi tarafından Şirketin muhasebe ve vergi kayıtlarının incelenebilmesi adına başvuru avukatının ofisinde arama ve el koyma yapılması için Marseilles Yüksek Mahkemesi'nden (*tribunal de grande instance*) izin alınmış⁴¹ ve ilgili arama 13.06.2001 tarihinde 7:30 ve 13:10 saatleri arasında, başvuru avukatın, Marseilles Baro Başkanının ve yüksek rütbeli polis memurunun katılımı ile gerçekleştirilmiştir.⁴² Arama neticesinde 66 belgeye el koyulmuş olup, belgeler arasında Marseilles Baro Başkanının meslek sırrı teşkil ettiğinin-

³⁸ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.8-9.

³⁹ Tamosius - Birleşik Krallık (kabul edilemezlik), supra 32, s.10.

⁴⁰ Andre ve Diğeri - Fransa, Başvuru No: 1860/03, par.4, İHAM 2008.

⁴¹ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 5-6.

⁴² Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 8.

den bahisle el koyulmasına itiraz ettiği, başvuru avukatın el yazısıyla tuttuğu notlar da bulunmaktadır.⁴³

Başvurucular; el koyulan belgelerin mesleki sır teşkil ettiğinden, bu belgelere ilgili avukatın suç işlediğine dair bir şüphe bulunmadığından ve arama ve el koyma izninde Baro Başkanı veya Başkanın yetkilendirdiği bağımsız bir avukatın bulunması gerektiğinin açıkça yazmadığından bahisle arama ve el koymaya itiraz etmişlerdir. Fransız Yargıtayı itirazla ilgili kararında; Baro Başkanının katılımının arama ve el koyma emrinde açıkça yazmamasının, tek başına arama ve el koymayı hukuka aykırı hale getirmeyeceğini, önemli olanın bahsi geçen katılımın sağlanması olduğunu, izni veren yerel hâkim el koyulan belgeleri ilgili bulduğu sürece “mesleki sır” kuralının arama ve el koymaya engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁴

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 56-1 maddesine göre; avukatın ofisinde arama, ancak avukatın bağlı olduğu baronun başkanının veya başkan tarafından yetkilendirilen avukatın katılımı ile bir hâkim tarafından gerçekleştirilebilir. Baro başkanı veya başkan tarafından yetkilendirilen avukat ile hâkimin, arama sırasında el koyulması istenen belgelerin “meslek sırrı” teşkil edip etmediğini denetlemesi gerekir. Dokümana el koyulmasından itibaren beş gün içerisinde, el koymaya itiraz edilebilir, sulh ceza hâkimi tarafından itiraz hakkında karar verilir, bu karar kesin olup, temyize tabi değildir.⁴⁵

Ayrıca; müvekkil ile avukat ve “resmi” yazışma olduğu açıkça işaretilendiği sürece avukat ile diğer avukatlar arasında geçen yazışmalar, toplantı notları ve dosya içerisinde yer alan tüm doküman mesleki sır kapsamında korunmaktadır.⁴⁶ Fransız Yargıtayı’nın konu ile ilgili verdiği bir kararına göre; hakkında ceza soruşturması olan bir kişi ile bu kişinin avukatı arasında yaşanan yazışmalara el koyulmasının hukuka uygun olduğu tek hal, el koyulan belgelerin avukatın da bu suça ortak olduğuna dair delil teşkil etmesidir.⁴⁷ Yüksek Mahkeme, avukat ve müvekkil arasında yazışmalara sağlanan bu korumanın, mesleki sırrı

⁴³ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 9.

⁴⁴ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 11.

⁴⁵ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 13.

⁴⁶ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 14.

⁴⁷ Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40, par. 15.

etkileyebilecek diğer iletişim yollarına da, örneğin telefon görüşmelerine de uygulanacağını belirtmiştir.⁴⁸

Başvurucu, ofisinde yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 ile korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

İHAM; avukatın bürosunda yapılan arama ve el koymanın İHAS m.8 ile korunan haklara müdahale niteliğini taşıdığını, hukuka uygun olduğunu ve meşru bir amaç taşıdığını belirtmiş, değerlendirmesini müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı tartışmasına odaklanmıştır.

İHAM; İHAS’da avukatlara, müvekkileri ile olan ilişkileri ile ilgili bazı kısıtlamalar getirilemeyeceğine ilişkin bir yasak bulunmadığını, bunun özellikle avukatın bir suça iştirak ettiğine dair delilin ele geçirilmesi halinde veya kara para aklama gibi bazı suçlarla mücadele kapsamında geçerli olduğunu, ancak bu istisnaların sıkı usuli güvencelere tabi olması gerektiğini, çünkü avukatların devlet ve birey arasında “aracılık” işlevini yerine getiren yargı mensupları olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹ Başvurucunun ofisinde yapılan aramada Baro Başkanı bulunduğundan, usuli güvencelere riayet edildiği söylenebilirse de, Baro Başkanının el yazılı notlara el koyulmasına itiraz etmesine rağmen, bunlara el koyulduğu, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m.56-1’e göre aramayı, arama ve el koyma kararını veren hâkimin gerçekleştirmesi gerektiği halde, somut olayda aramaya hâkimin katılmadığı ve en önemlisi de aramanın tamamen müvekkil *Clinique Les Roches Claires* yönünden yürütülen soruşturma ile ilgili olduğu, yani başvuru avukat ve avukatlık şirketinin suça iştirak ettiğine dair bir şüpheye dayanmadığı göz önüne alındığında, İHAS m.8’e yapılan müdahalenin gözetilen meşru amaç ile orantılı olmadığı açıktır.⁵⁰

2.2. Kopp - İsviçre Kararı Işığında Avukatın Telefon Görüşmelerinin Denetlenmesi

İHAM’ın 25.03.1998 tarihli ve 23224/94 başvuru numaralı *Kopp - İsviçre* kararı; başvuru Avukat Kopp’un ve avukatlık bürosunun

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par. 42.

⁵⁰ Andre ve Diğeri - Fransa, supra 40, par.43-49.

(*Kopp&Partners*) telefonlarının, Federal Adalet ve Polis Departmanı eski başkanı eşi yönünden yapılan bir soruşturma sebebiyle “ilgili üçüncü şahıs” olarak nitelendirilip dinlenmesi ile ilgilidir. Başvurucu, İHAS m.8 ile korunan haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

28.02.1988 tarihinde, *Kopp&Partners*'da çalışan bir avukata ABD'den İsviçre'ye bir vergi meselesi ile ilgili gönderilen adli yardım talebi mektubu hakkında danışılmak istenmiş, ancak *Kopp&Partners*'da Federal Adalet ve Polis Departmanı'nı ilgilendiren davalar takip edilmediğinden, dosya başka bir büroya yönlendirilmiştir.⁵¹

1988 yılının Kasım ayında, başvurunun yönetim kurulu başkanı olduğu bir şirketin adı kara para aklama davasına karışmış,⁵² başvuru eşinin talebi üzerine bu pozisyondan istifa etmiş,⁵³ daha sonra eşi hakkında devlet sırrı niteliğinde bilgileri açıklama şüphesi ile parlamentoda inceleme başlatıldığında eşi de istifa etmiştir.⁵⁴ Parlamentoda yapılan inceleme sürecinde; *Kopp&Partners*'a gönderilen ancak başka bir büroya yönlendirilen adli yardım talebi mektubunda adı geçen bir ABD vatandaşı bir kişinin, belli bir miktar para karşılığında Federal Adalet ve Polis Departmanı'ndan temin edilebilecek ve devlet sırrı niteliğinde bilgi edindiği iddia edilmiştir.⁵⁵ Bu nedenle savcılık tarafından, Kopp çiftinin telefonlarının dinlenmesi kararı alınmıştır. Başvurucu “şüpheli” sıfatıyla değil, “ilgili üçüncü şahıs” olduğundan bahisle dinlemeye dâhil edilmiştir.⁵⁶ Süreçte başvurunun iş ve kişisel hatları denetime tabi tutulmuştur.

Başvurucu ve eşinin devlet sırlarını sızdırma fiili ile ilgileri olduğunu gösteren yeterli delil bulunmadığından takipsizlik kararı verilmesinin ardından, Savcılık başvuru kendisinin ve bürosunun dinlendiği konusunda bilgilendirmiş, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde yaptığı görüşmelerin denetlenmediği belirtilmiş ve bütün kayıtların imha edildiği ifade edilmiştir. Başvurucu; ilgili denetimin hukuka ve İHAS m.8'e aykırılığını adli ve idari yargı mercileri önünde iddia etmişse de, iç hukuk yollarından lehine bir sonuç alamamıştır.

⁵¹ Kopp - İsviçre, 25 Mart 1998, par.8, Raporlar 1998-II.

⁵² Kopp - İsviçre, supra 51, par.10.

⁵³ Kopp - İsviçre, supra 51, par.11.

⁵⁴ Kopp - İsviçre, supra 51, par.12.

⁵⁵ Kopp - İsviçre, supra 51, par.13-14.

⁵⁶ Kopp - İsviçre, supra 51, par.16.

İHAM'a göre; telefon görüşmelerinin dinlenmesi tek başına İHAS m.8/2 uyarınca "kamu otoritesi tarafından müdahale" teşkil etmektedir, kayıtların kullanılmadan imha edilip edilmemesinin bir önemi yoktur. Ancak İHAM'a göre bu müdahale kanunlara uygun değildir. Şöyle ki;

İHAM'ın yerleşik içtihadında müdahalenin "kanuniliği"; müdahalenin kanunlarda bir dayanağının bulunmasını, bu kanunların da ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu ile İsviçre Yüksek Mahkemesi içtihadına bakıldığında dinlemenin kanuni dayanağının bulunduğu açıktır ve kanunlar ulaşılabilir niteliktedir, ancak İsviçre Hukuku "öngörülebilirlik" şartını sağlamamaktadır.

İHAM; Federal Kanunun şüpheli veya sanık ile ilgili bilgi aldığı'nın veya verdiği'nin düşünülmesi için somut vakıalar bulunan üçüncü kişilerin dinlenmesine izin verdiğini, ancak avukatların meslek sırlarını açıklamaya zorlanmayacağını, esasen Kanunun lafzının net olduğunu, yani bir avukatın telefonunun, bu avukat bir ceza yargılamasında şüpheli veya sanık olmadıkça dinlenemeyeceğini,⁵⁷ bu yolla kanun koyucunun avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini korumayı hedeflediğini, bu hususun Savcılık makamının kararlarında da belirtildiği, ancak yine de başvuruçunun avukatlık bürosunun telefon hatlarının dinlendiğini belirtmiştir.⁵⁸ Hükümet ise; başvuruçunun telefon hatlarının Federal Adalet ve Polis Departmanı'nın eski başkanının eşi olması nedeniyle dinlendiğini, yani avukatlık mesleği sebebiyle dinlenmediğini, ayrıca süreci İsviçre telefon dinleme uygulamasında olduğu üzere Federal Posta Ofisinde çalışan bir memurun denetlediğini, memurun soruşturma ile ilgisiz bulduğu kayıtları belirlediğini ve hiçbir kaydın Savcılığa gönderilmediğini ifade etmiştir.⁵⁹ İHAM, Hükümetin cevaplarını ikna edici bulmamıştır.

Mahkemeye göre; İsviçre'de kanunlar ve içtihat, avukatların mesleki sırlarının güvence altında olduğunu belirtse de, bu güvencenin ne olduğu yazılı bir şekilde kodifiye edilmemiş olup, avukatın imtiyazları prensipte kabul edilmiş, avukatın "kişisel" işleri ile "mesleki" hayatı

⁵⁷ Kopp - İsviçre, supra 51, par.68.

⁵⁸ Kopp - İsviçre, supra 51, par.70.

⁵⁹ Kopp - İsviçre, supra 51, par.71.

arasındaki çizginin ne şekilde çizileceği ve kimin tarafından denetleneyeceği düzenlenmemiştir,⁶⁰ uygulamada bunu gerçekleştirenin ise bir devlet memuru, yani yargı erkinin değil de idarenin bir parçası olması kabul edilebilir değildir.⁶¹ Bu sebeple, İHAS m.8 ihlal edilmiştir.

2.3. *Michaud - Fransa Kararı Işığında Avukatın “İhbar” Yükümlülüğü*

2.3.1. Giriş

İHAM'ın 06.12.2012 tarihli ve 12323/11 başvuru numaralı *Michaud - Fransa* kararı; Avrupa Birliği'nde kara para aklama hususunda alınacak önlemler çerçevesinde, bağımsız hukukçuların 15.000 Avro üzerinde bir tutarda yaptıkları işlemleri özel bir dikkatle incelemeleri ve kara para aklama ile ilgili şüphelerini yetkili idareye bildirmeleri, ancak bu bildirimden önce uygun bir mesleki kuruluş organına yapılabileceği yönünde yayımlanan AB direktiflerini⁶² iç hukukuna alan Fransa'nın avukatlara müvekkillerinin kara para akladıklarına dair şüphelerini bildirme zorunluluğu getirmesi ile ilgilidir. Başvurucu; düzenlemelerin, yani AB direktiflerinin Fransa tarafından iç hukuka uyarlanması adına Fransız Ulusal Baro Konseyi tarafından yapılan düzenlemelerin, avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisini zedelediğinden bahisle İHAS m.8 ile koruma altına alınan ve avukatlar yönünden ayrıca önemli olduğu vurgulanan profesyonel iletişimin gizliliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir.⁶³

Başvuru konusu düzenlemeler özetle; müvekkilleri adına finansal veya gayrimenkul işlemlerine katılan veya müvekkillerine (1) gayrimenkul veya işletme alım satımları, (2) müvekkile ait fon, menkul kıymetler veya diğer malvarlığının idaresi, (3) vadesiz mevduat, yatırım veya menkul kıymetler hesaplarının açılması, (4) şirket kurulması için gerekli katkı paylarının idaresi, (5) şirketlerin kurulması, idaresi veya işletmesi ve (6) yabancı bir hukuk sistemi tarafından yönetilen tröstlerin veya benzer yapıların oluşturulması, idaresi ve işletmesi ile ilgili

⁶⁰ Kopp - İsviçre, supra 51, par.73.

⁶¹ Kopp - İsviçre, supra 51, par.74.

⁶² Avrupa Birliği direktifleri; üye devletler üzerinde bağlayıcı olup, direktiflerin iç hukuka aktarılması aşamasında, bu uyarılmanın nasıl yapılacağı yönünde üye devletlere belirli bir takdir payı bırakılmaktadır.

⁶³ *Michaud - Fransa*, Başvuru No: 12323/11, par.9-10, İHAM 2012.

işlemlerin hazırlanmasında veya yapılmasında yardımcı olan Fransız barolarına üye avukatları bağlamakta olup, avukatların “hukuki danışmanlık” sıfatıyla veya adli işlemler çerçevesinde yaptığı işler, düzenlemelerin dışındadır.⁶⁴ Düzenlemeler uyarınca; sır tutma yükümlülüğüne riayet edilmesi kaydıyla, avukatların kara para aklama hususunda her zaman gerekli özeni göstermeleri ve müvekkilin kara para akladığına dair şüphelerini bildirmek için mesleki usuller geliştirmeleri gerekmekte olup, bu yükümlülükler uymamaları halinde haklarında baro levhasından silinme de dâhil olmak üzere disiplin cezaları tatbik edilebilecektir.⁶⁵ Avukatın bildirimini Mali İstihbarat Birimi’ne yapması gerekmekte olup, mesleklerini temyiz (*Conseil d’Etat* veya Fransız Yargıtay) mahkemelerinde icra eden avukatlar bildirimlerini doğrudan Mali İstihbarat Birimi’ne değil, bağlı olduğu baro başkanına veya temyiz mahkemelerinin baro konseyi başkanlarına yapacak, bu “ara” yetkililer gerekli gördüğü takdirde, bildirim Mali İstihbarat Birimi’ne iletilecektir.⁶⁶

Bahsi geçen düzenlemelere karşı, avukatlık mesleğinin temelinin zayıflatıldığından ve avukatların mesleklerini icra etme hürriyetinden mahrum bırakıldıklarından bahisle Fransız Danıştay’ında (*Conseil d’Etat*) iptal davası açılmış ve bu sorunun bekletici mesele yapılarak Lüksemburg’da bulunan Avrupa Birliği Adalet Divanı’na (ABAD’a) yönetilmesi talep edilmişse de, dava *Conseil d’Etat* tarafından bütünüyle reddedilmiştir.⁶⁷ *Conseil d’Etat*, “şüpheli bildirme” yükümlülüğüne ilişkin yapılan itirazı reddetme gerekçesinde; bu yükümlülüğün hukuki danışmanlık ve adli işlemler çerçevesinde yapılan işlerde geçerli olmadığını, avukatın kara para aklama fiillerinde yer almasının ve müvekkilin hukuki tavsiyeyi yalnızca kara para aklamasının kolaylaştırılması için istemesinin anlaşıldığı durum için hukuki tavsiye verilmesinin önüne geçilmesinin hedeflendiğini, avukatların şüphelerini bildirmelerinin mesleki sırrın ifşa edilmesi niteliğinde olmadığını, bu nedenle meselenin ABAD’a iletilmesine gerek bulunmadığını ifade etmiştir.⁶⁸

⁶⁴ Michaud - Fransa, supra 63, par.12.

⁶⁵ Michaud - Fransa, supra 63, par.13-14.

⁶⁶ Michaud - Fransa, supra 63, par.41.

⁶⁷ Michaud - Fransa, supra 63, par.16.

⁶⁸ Michaud - Fransa, supra 63, par.17.

Bahsi geçen AB direktifleri, karara konu somut başvurudan önce Belçika Anayasa Mahkemesi tarafından ABAD'a iletilmiş olup, ABAD'ın C-305/05 sayılı ve 26 Haziran 2007 tarihli *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve Diğerleri - Bakanlar Konseyi* kararında direktiflerin, müvekkilin İHAS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkı ile bağdaşıp bağlaşmadığı denetlenmiş, düzenlemelerin müvekkillerin tahdidi ("*numerus clausus*") olarak düzenlenmiş işlemleri ile sınırlı olduğundan, bu işlemlerin doğası gereği adli işlem gerektirmediğinden, zaten avukatın adli işlem, adli işlem başlatma veya bunlardan kaçınma ile ilgili işlerinin direktiflerin kapsamı dışında olduğundan bahisle, dürüst yargılanma hakkı ile bağdaştığı sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁹

2.3.2. Tarafların Savları

Başvurucunun iddiası; *Ordre des barreaux francophones et germanophone ve Diğerleri* kararına konu başvurudan farklı olarak, müvekkilin İHAS m.6 ile korunan hakkı ile değil, avukatın İHAS m.8 ile korunan hakkı ile ilgilidir. Başvurucuya göre; düzenlemelerde yer alan "işlem" ve "şüphe" terimleri belirsiz olduğundan, İHAS m.8'e yapılan müdahale yasayla öngörülmüş sayılmamaktadır.⁷⁰ Müdahalenin yasayla öngörüldüğü varsayıldığında dahi (meşru bir amaca hizmet ettiği belli olduğundan), demokratik toplum gereklerine uygun olmadığı açıktır.⁷¹ Başvurucu; avukatların şüphe duydukları hallerde bunu ihbar etmek zorunda bırakılmaları, avukatlık mesleğinin toplumsal amacına aykırı olup, avukatların geleneksel rollerini şüpheye düşürdüğünü, avukatların sır saklama yükümlülüğü ile sanıkların kendi aleyhlerine tanıklık yapmama hakları arasında bir bağ bulunduğunun İHAM içtihadı ile de teyit edildiğini,⁷² kara para aklama ile mücadele edilmesi gerektiğini, ancak alınan bu önlemin gözetilen meşru amaçla orantılı olmadığını, çünkü avukatların merkezi mali istihbarat birimine çalışanlar haline getirildiğini, Fransız Ceza Hukuku'nun kara para aklama hususunda sert olduğunu, müvekkiline kara para aklamaya varabilecek işlemleri yapmaması yönünde tavsiye vermeyen avukatın zaten yardım ve yataklıkla cezalandırılabilceği ve meslekte nakit işlemlerin yasak olduğunu ifade etmiştir.⁷³

⁶⁹ Michaud - Fransa, supra 63, par.29.

⁷⁰ Michaud - Fransa, supra 63, par.59.

⁷¹ Michaud - Fransa, supra 63, par.60.

⁷² Bkz. Andre ve Diğerleri - Fransa, supra 40.

⁷³ Michaud - Fransa, supra 63, par.64-67.

Fransız Hükümeti cevaben; müdahalenin hukuka uygun olduğunu, başvuruçunun belirsiz olduğunu iddia ettiği terimlerin kanunlarda açık bir şekilde tanımlandığını ve meşru bir amaca hizmet ettiğini, İHAM içtihadı uyarınca avukatın müvekkil ile olan ilişkisine sınırlamalar getirilebileceğini, ancak bu sınırlamaların sıkı bir denetime tabi olması gerektiğini,⁷⁴ düzenlemelerin de yeterli usuli güvenceleri sağladığını, bildirim konusunda meslek örgütlerini avukat ve mali istihbarat birimi arasına koyduğunu açıklamıştır.⁷⁵

Avrupa Barolar ve Hukuk Toplulukları Konseyi'nin sunduğu üçüncü taraf görüşüne göre; avukatların yaptığı işler bölünemez niteliktedir, yani bildirim yükümlülüğünün istisnası olan ve uzmanlık gerektiren danışmanlık işleri ile yükümlülük dâhilinde olan işler birbirinden net bir şekilde ayırt edilemez. Müvekkilin avukatla ilişkisi, avukatı ile bilgi paylaşımının kendisi aleyhine bir ceza yargılaması başlamayacağı güvenine dayanmaktadır.⁷⁶

Brüksel Fransızca Konuşan Baro Konseyi'nin sunduğu üçüncü taraf görüşünde, benzer bir davanın Belçika Anayasa Mahkemesi'nde görüldüğünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi; kara para aklamının önüne geçirilmesinin meşru bir amaç teşkil ettiği, ancak avukatların suçların araştırılması ile görevlendirilen memurlarla karıştırılmaması gerektiğinden, adli işlemler kapsamında olsun veya olmasın, müvekkilin finansal işlemleri ile ilgili bilgilerinin, sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirileceği sonucuna ulaşmıştır. Belçika Anayasa Mahkemesi'ne göre; sır saklama yükümlülüğü sınırsız olmayıp, avukatın müvekkilini kara para aklamama yönünde ikna edememesi hallerinde, AB Direktiflerinin kapsamına girmesi kaydıyla, bu bilgiyi baro başkanına iletmesi ve müvekkil ile vekâlet ilişkisini kesmesi gerekmektedir ki, bu zorunluluk mesleki sır sorununun devam etmesini engellemektedir.⁷⁷

Avrupa Barosu İnsan Hakları Enstitüsü'ne göre; böyle bir düzenleme müvekkilin sessiz kalma hakkını ihlal etmektedir, ayrıca düzenlemeler "şüphe" kavramını tanımlamamıştır. Avukatlar, kamunun adalet sisteminin işlerliğine inancını sağlama konusunda oldukça

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Michaud - Fransa, supra 63, par.74.

⁷⁶ Michaud - Fransa, supra 63, par.75-78.

⁷⁷ Michaud - Fransa, supra 63, par.79-85.

önemlidir ve avukatlık ile mali istihbarat birimi arasında bir bağ kurulması durumunda, meslek bu işlevini yerine getiremeyecektir.⁷⁸

2.3.3. İHAM'ın Kararı ve Değerlendirme

“Özel hayat” mesleki ve profesyonel hayatı da kapsadığından; avukatların müvekkilleri ile ilgili bazı bilgileri idareye iletmelerinin zorunlu olması, avukatların özel hayatına müdahale etmektedir. Mevcut düzenlemeler altında başvuru, ya “sır tutma yükümlülüğü” inancına aykırı hareket edecek veya disiplin cezası alabilecek, hatta meslekten çıkarılabilecektir. Bu nedenle İHAS m.8 ile korunan haklara bir müdahale olduğu açıktır.

İHAM'a göre bu müdahale yasaldır. Kanuniliğin sağlanması için normun anlaşılır olması gerektiği doğrudur, ancak “şüphe” teriminin anlaşılabilir olduğu iddiasına, bilhassa bu iddianın bir avukat tarafından öne sürülmesi ve Fransız kanunlarında yer alan tanımlar bulunduğu da dikkate alındığında, riayet etmek mümkün değildir. Taraflar, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olduğu konusunda mutabıktır. Mahkeme, bu mutabakata katılmaktadır. Peki, müdahale demokratik toplumun gereklerine uygun mudur?

İHAS m.8, kişiler arasında iletişimin korunmakta ve bu bağlamda avukatın müvekkille iletişime özel bir önem atfetmektedir. Avukatların demokratik bir toplumda temel bir görevi vardır: savunmanlık. Avukatların bu temel görevi icra edebilmeleri için savundukları kişilerle her türlü bilgi alışverişinin gizli kalacağı güvencesine ihtiyaç vardır.⁷⁹ Başvuru konusu soruya dönüldüğünde, İHAM'ın *Conseil d'Etat*'nin kararına katıldığı görülmektedir.⁸⁰ Şöyle ki;

Avukat ile müvekkilin güven ilişkisinin demokratik toplumlarda önemli olduğuna şüphe yoktur, ancak bu ilişkinin dokunulmaz olmadığı İHAM içtihadı ile sabittir. Somut başvuruda, bu ilişkinin demokrasiyi ciddi bir şekilde tehdit eden “kara para aklama” suçu ile mücadele karşısında dengelenmesi gerekmektedir.⁸¹ Mali istihbarat biriminin 2010 yılı istatistiklerine bakıldığında; hiçbir bildirim avu-

⁷⁸ Michaud - Fransa, supra 63, par.86-89.

⁷⁹ Michaud - Fransa, supra 63, par.118.

⁸⁰ Michaud - Fransa, supra 63, par.121-122.

⁸¹ Michaud - Fransa, supra 63, par.123-124.

katlar tarafından iletilmediği, yani sistemin avukatları zorlayıcı olmadığı görülecektir.⁸² İHAM için belirleyici iki husus vardır; birincisi, avukatların bildirim yükümlülüğü sınırlı sayıda iş için geçerli olup, adli işlemler sırasında elde edilen bilgiler yükümlülüğün istisnasıdır.⁸³ İkincisi; avukatlar bildirimleri doğrudan mali istihbarat birimine değil, bağlı oldukları temyiz mahkemesi baro konseyinin başkanına yapmaktadırlar ki, bir hususun mesleki bilgi olup olmadığı konusunda kararı, aynı mesleki kurullarla bağlı bir meslektaşın vermesi önemli bir güvencedir.⁸⁴

Yukarıda yer verdiğimiz içtihadında, avukatların ofislerinin aranmasında baro yetkililerinin bulunması kaydıyla İHAS m.8'e uygun bulunan İHAM'a göre; baro denetiminden geçen bir "ihbar", madde uyarınca orantılı bir müdahale olup, somut başvuruda ihlal yoktur.

Belirtmeliyiz ki, İHAM'ın bu kararına katılmak mümkün değildir.

Yukarıda yer verdiğimiz "yeterli usuli güvenceler bulunmaksızın avukatın özel hayatına müdahale edilemeyeceği" ile ilgili İHAM kararlarında konu; başvuru konusu avukatın iradesi dışında, bir yargı merci tarafından alınan karar üzerine "dışarıdan" yapılan "davetsiz" müdahalelerdir. Burada mesleki alana müdahale edilmesi avukatın iradesi ile gerçekleşecektir ki, bildirim yapmamaya bağlanan disiplin cezaları, bu iradenin sağlıklı olmasını engellemektedir. Doğrudur, avukatın bildirimini başkaca avukatların denetiminden geçerek mali istihbarat birimine ulaşmaktadır, ancak sürecin başlangıcı, avukatın müvekkilinden aldığı bilginin mesleki sır kapsamında olduğu inancına aykırı hareket etmesi ile başlamakta, burada avukat idareyi, müvekkil ile olan ilişkisine, yani "içeriye" bir anlamda "davet" etmektedir. Bunun insan hak ve hürriyetleri ile uyumlu olduğunun kabulü mümkün değildir.

İHAM'ın, konuyu İHAS m.6 çerçevesinde değerlendirmemesi eleştirilebilir. Başvurunun bir müvekkil değil, avukat tarafından Mahkemenin dikkatine sunulması ve İHAM'ın önüne gelen başvuru ile bağlı olduğu düşünüldüğünde, bu eleştirilerin isabetsiz olduğu görülecektir. Ancak kanaatimizce İHAM'ın, İHAS m.6'yı, İHAS m.8/2 çer-

⁸² Michaud - Fransa, supra 63, par.125.

⁸³ Michaud - Fransa, supra 63, par.127.

⁸⁴ Michaud - Fransa, supra 63, par.129.

çevesinde yaptığı “demokratik toplumun gerekleri” değerlendirmesinde göz önünde bulundurması, bu kapsamda müdahalenin orantısız olduğu ve İHAS m.8’in ihlal edildiği sonucuna ulaşması gerekirdi. Yukarıda yer verdiğimiz örneklerde; İHAM’ın müdahalenin demokratik toplum gereklerini sağlayıp sağlamadığı yönünden yapılan incelemelerin gerekçesinde İHAS m.6’yı dikkate aldığı görülmektedir ki, *Mic-haud* kararında İHAS m.6’dan bahsedilmemesi önemli bir eksikliktir.

Bu hususta Türk Hukuku’nun İnsan Hakları Avrupa Sistemi’ne kıyasla daha geniş bir koruma sağladığı açıktır. Şöyle ki; “Giriş” bölümünde açıkladığımız üzere CMK ve Avukatlık Kanunu uyarınca avukatın tanıklıktan çekinme hakkı olup, “Suçu bildirmeme” başlıklı TCK m.278’in 4. fıkrasına göre, “Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”. CMK, Avukatlık Kanunu ve TCK ile İHAS m.53’ün “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.” hükmü uyarınca, Türk Hukuku’nda avukatın kendi müvekkilini ihbar etmesi beklenemeyecektir.

3. M - Hollanda Kararı Işığında “Mesleki Sır” ve İHAS m.6

İHAM’ın 25.07.2017 tarihli ve 2156/10 başvuru numaralı *M - Hollanda* kararına konu başvuruda; Hollanda İstihbarat Teşkilatı *Algeme-ne Inlichtingen en Veiligheidsdienst*’ın, yani *AVID*’in eski çalışanı olan başvurucu (M) yönünden, Teşkilatta üstlendiği işitsel editörlük ve tercümanlık görevi nedeniyle edindiği gizli bilgileri, yetkili olmayan kişilere açıkladığından bahisle ceza yargılaması yapılmaktadır. Başvuruya konu ceza yargılaması konusu “devlet sırrı” niteliğinde bilgi içerdiğinden, Hollanda Hukuku uyarınca başvurunun savunma hakkına çeşitli yönlerden sınırlama getirilmiş ve tamamı İHAM nezdinde incelenmişse de, çalışma konumuz gereği, bunlardan yalnızca “başvurucunun müdafisine bilgi verme hürriyetinin”, yani bir anlamda “avukatın mesleki sırrı edinme hakkının” kısıtlanması ele alınacaktır.

30.09.2004’de devlet sırrını yetkili olmayan kişilere açıklama suçundan tutuklanmış, kendisine *AIVD* tarafından, sır tutma yüküm-

lülüğünün halen devam ettiği yönünde yazılı bildirim ve devlet sırrı kapsamında olan bilgileri müdafii ile paylaşmasının ayrıca suç teşkil edeceği yönünde uyarı yapılmıştır. Başvurucunun müdafileri ile iletişimi, aşağıda yer alan sınırlara tabidir:⁸⁵

Ø Başvurucu, yargılama konusunu sadece müdafileri Avukatlar Böhler ve Pestman ile tartışabilecektir.

Ø Başvurucu, hiçbir AIVD personelinin veya insan kaynakları çalışanın kimliğini açıklamayacaktır.

Ø Başvurucu sadece dava dosyası içerisinde mevcut olan bilgi ve belgeler ile ilgili konuşabilecektir.

Ø Yukarıda sayılan üç istisna ancak savunma için mutlak suretle gerekli olan bilgiler için yerel mahkemelerce kesin hüküm verilinceye kadar geçerlidir.

Başvurucunun müdafileri; Rotterdam Bölge Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme önünde, başvurucu ile iletişim içeriklerinin denetlenmesinin, etkili bir savunma hazırlamalarını engellediğini ısrarla dile getirmişlerse de, iç hukuk yollarında, bu hususla ilgili başvurucu lehine bir sonuç alamamışlardır. Başvurucu bu hususun İHAS m.6/1, 3-c kapsamında korunan haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

“Dürüst yargılanma hakkı” başlıklı İHAS m.6’ya göre; “1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

(...)

⁸⁵ M - Hollanda, Başvuru No:2156/10, par.16, İHAM 2017.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek".

Hollanda Hükümeti; sanık ile müdafinin özgürce iletişim kurabilmelerinin temel önemini kabul etmekte ise de, başvurucunun müdafii ile iletişimine esaslı bir müdahale yapılmadığını, koşullu da olsa başvurucunun sır tutma yükümlülüğüne istisna getirildiğini,⁸⁶ İHAM içtihadına göre haklı sebeplerin varlığı halinde sanığın avukata erişiminin kısıtlanabileceğini,⁸⁷ sanığa getirilen sınırlamanın da AIVD'nin işlevi ile ilgili olduğunu,⁸⁸ kaldı ki sanığın sır tutma yükümlülüğüne aykırı davranması İHAS m.6 gereğince meşrulaştırılabilse idi, zaten hakkında kovuşturma yapılmayacağını belirtmiştir.⁸⁹

Başvurucu cevaben; kendisini aklayan veya farklı bir maddi vakıa sunmasına izin verecek şekilde bir savunma geliştiremediğini, çünkü müdafileri ile iletişiminin dava dosyası içeriği ile sınırlandığını, bunun delillerin tüm kontrolünü iddia makamına, dolayısıyla AIVD'ye bıraktığını, fazladan bir şey söylemesi halinde bunun yeni suç teşkil edeceği uyarısı sebebiyle, sürekli bir soruşturma korkusu içerisinde hareket etmek zorunda kaldığını, her ne kadar İHAM içtihadında avukata erişim hakkının kısıtlanmasına izin verilen haller olduğu kabul edilse de, bu içtihadta da esas olanın sanığın müdafii anlamı bir şekilde yönlendirebilmesi olduğunu ifade etmiştir.⁹⁰

İHAM'a göre; sanığın müdafii ile üçüncü bir kişinin denetimi olmaksızın iletişim kurabilmesi, dürüst bir yargılamanın temel gerekliliklerinden birisi olup, avukatın müvekkilinden bu nevi bilgiler alamaması, sağladığı hukuki yardımın verimsiz ve belki de faydasız olmasına neden olacaktır.⁹¹ İHAM'ın İHAS m.5 ve m.8 kapsamında geliştirdiği içtihat dikkate alındığında; avukat ile müvekkil arasında-

⁸⁶ M - Hollanda, supra 85, par.73.

⁸⁷ M - Hollanda, supra 85, par.74.

⁸⁸ M - Hollanda, supra 85, par.75.

⁸⁹ M - Hollanda, supra 85, par.76.

⁹⁰ M - Hollanda, supra 85, par.78.

⁹¹ M - Hollanda, supra 85, par.85.

ki iletişime ancak istisnai hallerde ve uygun usuli güvencelerle müdahale edilebileceğini, herkesin avukatı ile serbestçe ve özel iletişim kurabilmesinde menfaati bulunduğunu,⁹² İHAS m.6/3-b gereğince herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının olduğunu,⁹³ mevcut davanın anlatılan içtihadattan ayrıldığını, çünkü başvuruçunun savcılık makamının delillerine erişiminin kısıtlanmadığını veya avukatları ile güven ilişkisinin hukuka aykırı izleme veya dinleme suretiyle zedelenmediğini, başvuruçunun tarafından avukatlara verilen bilginin bağımsız bir organ tarafından denetlenmediğini, aksine bilgi verdiği takdirde hakkında ceza yargılamasının başlayacağı ile tehdit edildiğini,⁹⁴ esasen bu farklılıkların da belirleyici olmadığını, esas olanın başvuruçunun ve müdafii arasındaki iletişimin serbestçe gerçekleştirilmesi ve içeriği itibariyle kısıtlanmaması olduğunu açıklamış⁹⁵ ve somut olayda başvuruçunun tüm bildiklerini anlatıp savunmasını geliştirebilmek ile bu yüzden yargılanmak arasında, profesyonel yardım olmaksızın seçim yapmasının beklenemeyeceğinden bahisle, İHAS m.6'nın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Karardan anlaşılacağı üzere; yargılama konusu devlet sırrı olduğunda dahi, avukatın müvekkili ile yargılama konusu maddi vakıayı ve destekleyici ilgili vakıaları tartışmasının engellenmemesi gerekir. Devlet sırrının korunmasını sağlayacak hukuki güvenceler ise; "soruşturmanın gizliliği" ilkesi, kovuşturmada mahkeme başkanınca alınabilecek önlemler ve avukatın sır tutma yükümlülüğüdür.

Benzer şekilde; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Müdafii ile görüşme" başlıklı 154. maddesinin 1. fıkrası da, "*Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz.*" hükmüne yer vermektedir.

4. Sonuç

İHAM'ın yukarıda yer verdiğimiz içtihadı incelendiğinde öncelikle; avukatın ofisinde yapılan arama ve el koymanın ve telefonunun

⁹² M - Hollanda, supra 85, par.86-89.

⁹³ M - Hollanda, supra 85, par.90.

⁹⁴ M - Hollanda, supra 85, par.92.

⁹⁵ M - Hollanda, supra 85, par.93.

dinlenmesinin, avukatın “özel hayatını”, “konutunu” ve “yazışmalarını” ilgilendirdiği, yani avukatlık mesleğinin ifasının İHAS m.8/1 ile korunduğu anlaşılmaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sistemi'nin avukatların müvekkileri ile olan güven ilişkilerine ayrı bir önem atfettiği, bunun İHAS m.6 ile korunan dürüst yargılanma hakkının prensipte kalmayıp, somut bir uygulamaya dönüşmesinde ve dolayısıyla demokratik toplumda adaletin tesisinde avukatların yeri doldurulamayan rollerinden kaynaklandığını, avukatların, bireylerin adalet sistemine erişmelerini sağlayan “aracı” görevi ifa ettiklerinin kabul edildiği görülmektedir. Bu nedenle İHAS m.8/2 çerçevesinde, avukatın mesleki yaşantısına yapılan bir müdahalenin özel usuli güvencelere tabi olması gerekmektedir. Bu özel, yani avukat olmayan bireylere tanınanlardan farklı olan usuli güvencelerin; kanunlarda açık bir biçimde kodifiye edilmesi, müdahale kararlarının yargısal makamlar tarafından avukatın bir suça iştirak edebileceği şüphesinin varlığı halinde veya kara para aklama ile mücadele gibi istisnai -ve genellikle milli iktisadi menfaatlerin korunması gibihallerde alınması, bilgi veya belgenin “meslek sırrı” teşkil edip etmediği noktasında yine meslekten bağımsız bir kişi tarafından denetim yapılması, müdahale kararına karşı yargısal denetimin açık olması gerekmektedir. Bu kaideler yalnızca avukatın bürosunda yapılan arama ve el koyma için değil, kendilerinin ve bürolarının telefon görüşmelerinin dinlenmesinde de geçerlidir. Avukatın söz konusu imtiyazlarını suiistimal etmesinin önlenmesi amacıyla, “büronun” sınırının geniş tutulmadığı, avukatın ikincil işyerlerinin korumadan yararlanmadığı görülmektedir. Esas olan; avukatın, avukatın mesleğini kesintisiz ve bağımsız icra edebilmesidir.

Yukarıda değindiğimiz üzere, İHAM'ın milli iktisadi menfaatlerin korunması konusunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, bu yolda İHAS'ın ruhuna aykırı bir şekilde bir “ihbar yükümlülüğü” tanıdığı dahi görülmekle birlikte, bu hususun İHAM içtihadında bir istisna olduğunu, avukatlık mesleğinin sıkı usuli güvencelerle korunmasının kural olduğunu ifade etmek isteriz.

Avukatın değil, sanık veya şüphelinin (genel anlamda müvekkilin) bakış açısından bakıldığında İHAM'ın; avukat ile müvekkilin iletişimi usulüne müdahale edilebildiği kabul edilmekte ise de, bu görüşmele-

rin içeriğine müdahale edilmesinin kabul edilemeyeceği, bu hususun avukatın mesleğini icra etmesinin engellediği gibi, müvekkilin İHAS m.6'dan tam anlamıyla yararlanmasını imkânsız kıldığı anlayıŐını benimsediği anlaşılmaktadır.

İçtihat bu çerçevede değerlendirildiğinde; yazılı Türk Hukuku'nun İHAS ve İHAM içtihadı ile uyumlu olduğu, hatta İHAM'ın müsamaha gösterdiği birtakım müdahaleleri Türk Hukuku'nun kabul etmediği görülmekte, bu çerçevede etkin uygulamanın da gerektiğinin altı çizilmelidir. İHAS ve İHAM "asgari" seviyeyi belirlemektedir, Devletin daha zgrlk bir yol izlemesinde hiçbir sakınca olmadığı gibi, Devlete İHAS m.8/2'de tanınan takdir yetkisinin temel hak ve hürriyetleri geniŐletici yönde kullanılması, taraf devletlerin uygulamalarını Muka-yeseli Hukuk çerçevesinde değerlendirmek suretiyle İHAS m.8, 9, 10 ve 11 içtihadını Őekillendiren ve asgari standartları belirleyen İHAM için de yol gösterici olacaktır.

CEZALANDIRMANIN AMACI VE “UMUT HAKKI” BAĞLAMINDA KOŞULLU SALIVERİLME YASAKLARI

PROHIBITIONS OF CONDITIONAL RELEASE IN THE CONTEXT OF PURPOSE OF PUNISHMENT AND “THE RIGHT TO HOPE”

Fahrettin KIDIL*

Özet: Türk Hukuku’nda; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu; bazı mahkûmların koşullu saliverilmesini yasaklamakta ve söz konusu hükümler penolojik gerekçelerle eleştirilmektedir. Bununla birlikte, ömür boyu hapis cezalarına mahkûm edilen kişilerin, bazı durumlarda; koşullu saliverilme imkânından tamamen yoksun bırakılması ise, cezalandırmanın amacıyla ilişkili olarak ayrıca doktrinde yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Özellikle son yıllarda; Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları ışığında; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ömür boyu hapis cezalarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3 çerçevesinde incelemeye tabi tutmaktadır. Bu kapsamda mahkeme; “indirilemez” nitelikte ömür boyu hapis cezası uygulamaları ile kişilere hiçbir şekilde saliverilme imkânı tanımayan sözleşmecî devletlerin, 3. maddede yer alan “insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı”nı ihlal ettiklerini, istikrarlı bir şekilde ortaya koymaktadır. Kişilerin “umut hakkı”na imkân vermeyen bir infaz rejimi ile karşı karşıya kalmaları ihtimali, suçluların iadesi bağlamında da önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cezalandırmanın Amacı, Koşullu Saliverilme Yasakları, Ömür Boyu Hapis Cezası, Umut Hakkı, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele veya Ceza Yasağı, Suçluların İadesi

Abstract: In Turkish Law, the Enforcement of Sentences and Security Measures Law no. 5275 and the Anti-Terror Law no. 3713 prohibit some convicts from being released conditionally and these laws have been criticized for penological grounds. Furthermore, in some cases, people who are sentenced of life imprisonment are fully dismissed from the possibility of conditional release, therefore, it is also discussed intensively in the doctrine relating to the purpose of punishment. Especially in recent years; in the light of the German Federal Constitutional Court’s decisions, the European Court of Human Rights has been examining life imprisonments according to Article 3 of the European Convention of Human Rights. Within this scope, the court has consistently demonstrated that the cont-

* Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, fhrtnkidil@gmail.com

racting states which do not allow the release of people in any way by imposing "irreducible" life imprisonment, violate the "prohibition of inhumane or degrading treatment or punishment". The possibility of people facing such an execution regime, that does not allow the "right to hope", causes significant consequences in the context of extradition as well.

Keywords: Purpose of Punishment, Prohibitions of Conditional Release, Life Imprisonment, Right to Hope, Prohibition of Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, Extradition

GİRİŞ

Koşullu salıverilme; hapis cezası mahkûmlarına uygulanan bir infaz usulü olup, bununla iyi halli oldukları tespit edilen mahkûmların, infaz kurumunda kaldığı süre kısaltılarak yeniden topluma kazandırılmaları amaçlanmaktadır. İnfaz kurumunda gerçekleştirilen hapis cezasının infazı sırasında; iyileştirme programlarına ve ıslah sürecine uyum sağlayarak iyi halli olduğu tespit edilen, ileride bir daha suç işlemeyeceği konusunda lehine kanaat hâsıl olan ve toplum hayatına geri dönmesi için de artık bir engeli olmayan mahkûmların, belli bir süre sonra diğer mahkûmlarla beraber infaz kurumunda kalmaya devam etmesi, cezalandırmanın amacıyla bağdaşmamaktadır. Zira modern ceza hukukunda hükümlülerin, rehabilitasyon süreci sonunda topluma yeniden kazandırılması, cezalandırmanın en önemli fonksiyonlarından biridir. Hukukumuzda koşullu salıverilmeyi düzenleyen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m.107'ye göre; kural olarak bütün mahkûmlar, hükmolunan suç ve cezanın türüne bakılmaksızın, şartları yerine getirdiği takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilmektedir. Ancak CGTİHK ve Terörle Mücadele Kanunu'nda (TMK); bazı mahkûmların koşullu salıverilmeden yararlanamayacakları düzenlenmiş yani mevzuatımızda koşullu salıverilme yasakları öngörülmüştür.

Bu çalışmada, öncelikle koşullu salıverilme müessesesi kısaca izah edildikten sonra; cezalandırmanın amacından hareketle, genel olarak koşullu salıverilme yasakları açısından geçerli olduğunu düşündüğümüz değerlendirmeler ileri sürülecektir. Bu çerçevede; **işlenen suçun niteliği**, mahkûm olunan ceza, tekerrür hali veya infaz kurumunda alınan disiplin cezası gibi hususlardan hareketle koşullu salıverilme yasağı öngörmenin, cezalandırma ile beklenen amaç bakımından yerinde bir yaklaşım olup olmadığı tartışılacaktır.

Koşullu salıverilme yasakları, bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak kişinin ölünceye kadar infaz kurumunda kalmasına sebebiyet verdiği için; bu durum, Alman Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları ile ortaya çıkan ve literatürde yer bulan “*umut hakkı*” ile ilişkili olarak ayrıca değerlendirilecektir.

Son olarak belirtmemiz gerekir ki; bazı süreli hapis cezalarının belli şartlar altında hafta sonu infaz, geceleri infaz ve konutta infaz şeklinde yerine getirildiği durumlara ilişkin olarak öngörülen koşullu salıverilme yasağı (CGTİHK m.110/4), çalışmamızın kapsamında yer almamaktadır. Zira bu özel infaz usulleri mahiyetleri gereği zaten koşullu salıverilme kurumunun icrasına uygunluk göstermediklerinden; **şağıda ifade edilen hususlar bu hallere ilişkin öngörülen koşullu salıverilme yasakları için geçerli değildir.**

I. Koşullu Salıverilme

A. Genel Olarak

CGTİHK m.107'de düzenlenmiş olan koşullu salıverilme,¹ mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın kanunda belirlenen bir kısmını iyi halli olarak geçiren bir mahkûmun, kasıtlı bir suç işlemesi²

¹ Kavramsal olarak farklı kullanımlar ve buna ilişkin tartışmalar için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, “Koşullu Salıverilme”, *GÜHFD*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008, s. 306-307; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoglu/Yener Ünver, *Yaptırım Teorisi*, 2. Baskı İstanbul 2002, s. 404; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 793; Mehmet Emin Ar-tuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2016, s. 834.

² Koşullu salıverilme kararının geri alınmasında; sadece kasıtlı bir suçun varlığı değil, hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet şartı aranmaktadır. Ancak geri alma kararının verilebilmesi için kişinin kasıtlı bir suçtan dolayı mutlaka hapis cezasına mı mahkûm olması gerekir yoksa kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet yeterli olup, bu suçun karşılığı olan hapis cezası TCK m.50 gereği seçenek yaptırımlara çevrilmiş olsa da koşullu salıverilme kararı geri alınabilir mi sorusuna CGTİHK'nın 107. maddesinin 12. ve 15. fıkrası tam olarak cevap verememektedir. Zira m.107/12'de geri alma kararı için; “hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi” şart olarak öngörülmüş olup, buna göre kişinin hapis cezasına mahkûm olması gerekmez, suçun hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç olması yeterlidir. Diğer taraftan m.107/15'te ise; “hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse” koşullu salıverilme kararının geri alınmasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Buna göre ise; geri alma kararı için mutlaka hapis cezasına mahkûmiyet şartı

yahut öngörülen yükümlülüklerle uymaması³ durumunda; geri alınabilecek bir yetkili merci kararı ile cezasının kalan kısmının cezaevleminde değil belli bir denetim altında toplum içerisinde infaz edilmesini ve artık diğer insanlarla bir arada yaşamaya hazır olan mahkûmların daha erkenden normal hayata dönmelerini sağlayan bir kurumdur.⁴

aranmıştır. Bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 748; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 590.

Koşullu salıverilmenin diğer benzer müesseselerden farkı için bkz. Ahmet Caner Yenidünya, Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukukunda Şartla Salıverilme, 1. Baskı, İstanbul 2002, s. 23; Veli Kafes, Hukukumuzda Şartla Salıverilme Ve Uygulamadaki Sorunlar, 1. Baskı, Ankara 1998, s. 16.

³ Koşullu salıverilmeden sonra uygulanacak rejim açısından iki tür sistem vardır. Bunlardan birincisi olan klasik sisteme göre; koşullu salıverilme süresi içinde herhangi bir gözetim ve denetim öngörülmemekte, eğer mahkûm bu süreyi iyi halli olarak geçirmişse cezası infaz edilmiş sayılmaktadır. Bir diğer rejim olan gözetim sistemine göre ise; hükümlü infaz kurumu dışında geçirdiği belirli süreler boyunca birtakım yükümlülükleri yerine getirmek zorunda bırakılabilir. 5275 sayılı yeni İnfaz Kanunu da salıverilmeden sonra mahkûm hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinin ve diğer bazı yükümlülüklerin uygulanabileceğini belirterek gözetim sistemini benimsemiştir. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s. 648-649; Akkaş, s. 324; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 852.

Söz konusu denetimli serbestlik tedbirine veya diğer yükümlülüklerle karar verme konusunda kural olarak hâkimin takdir yetkisinin olduğu CGTİHK m.107/10'da belirtilmiştir. Buna göre; "Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir." Bununla beraber, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen bazı cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan (nitelikli cinsel saldırı (m.102/2), cinsel istismar (m.103), reşit olmayanla cinsel ilişkinin nitelikli halleri (m.104/2, 104/3)) mahkûm olanlar hakkında; gerek cezanın infazı sırasında gerekse de koşullu salıverildikleri süre boyunca, bazı tedavi ve yükümlülüklerden bir veya birkaçına karar verme konusunda zorunluluk olduğu CGTİHK m.108/9'da ifade edilmiştir. Buna göre; "... cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir." Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İzmir 2016, s. 522; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 853.

⁴ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 554-555; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 486-487; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 742; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 446; Hamide Zafer, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 546; Veli Özer Özbek, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 318; İlhan Akbulut, "Şartla Tahliye", *İÜHFİM*, C. 55, S. 1-2. Y. 1996, s. 174; Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 404; Demirbaş, s. 700; İçel/Sokullu- Özgenç, s. 731; Koca/

Koşullu salıverilme, hürriyeti bağlayıcı cezanın değiştirilmesi anlamına gelmeyip, mahkûmiyetin sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır.⁵ Bunun aksine, hapis cezasının infazı bu kurum ile tamamlanmakta ve cezanın geri kalan kısmının yerine getirilmesini sağlamaya yönelik seçenек bir infaz kurumu uygulanmaktadır.⁶ Dolayısıyla koşullu salıverilme; günümüzde çağdaş ceza hukukunun cezalandırma ile ulaşmak istediği amaca paralel olarak ceza sistemini tamamlayan bir fonksiyon icra etmektedir.⁷

Çağdaş ceza hukuku anlayışında, hürriyeti bağlayıcı cezalarla mağdur ve yakınlarının tatmin edilmesi yahut suçluya yapmış olduğu kötülüğün karşılığının ödetilmesinden ziyade, suç işleyen kişinin ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması ve özel önlemenin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır.⁸

Kanun koyucu da bu amaç doğrultusunda koşullu salıverilme ile iyi hali teşvik etmeyi, iyileştirme programları sonrasında ıslah olanlarla olmayanları birbirinden ayırmayı ve suç işleyen kişinin bir an önce topluma yeniden kazandırılmasını amaçlamaktadır.⁹ Ayrıca

Üzülmez, s. 579; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 793; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 834-835; Centel/Zafer/Çakmut, s. 638; Kafes, s. 2; Yenidünya, s. 15. Koşullu salıverilmenin hukuki niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Kimine göre; koşullu salıverilme, şartların yerine getirilmesi durumunda mahkûm tarafından kazanılan bir hak iken, bunun idarenin takdirine bağlı bir lütf olduğu da ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar ise; koşullu salıverilmeyi, cezanın bir infaz şekli olarak kabul etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yenidünya, s. 96; Akkaş, s. 309; Akbulut, s. 175; Kafes, s. 8 vd.

Koşullu salıverilmenin tarihsel sürecine ilişkin bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku 2. Cilt, 10. Baskı, İstanbul 1994, s. 649-650; Semih Yumak, "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Toplumla Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi Ve Koşullu Salıverilme", *TAAD*, Yıl: 5, Sayı: 17, Nisan 2014, s. 423; Akkaş, s. 307-308; Kafes, s. 3; Yenidünya, s. 51 vd.

⁵ Nitekim 18782de Stockholm'de toplanan Cezaevlerine İlişkin Uluslararası Kongre'de koşullu salıverilmenin, bir infaz şekli olduğu, bu kurumun ceza hukukunun prensiplerine aykırılık teşkil etmediği ve cezaya ilişkin mahkûmiyete herhangi bir zarar vermediği, bununla birlikte bu müessesenin hem suçlu hem de toplum açısından avantajları olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yenidünya, s. 52.

⁶ Özgenc, s. 731; Yenidünya, s. 95.

⁷ Dönmezer/Erman, s. 64; Özgenc, s. 731; Özbek, s. 318.

⁸ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenc/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 404; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 733.

⁹ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenc/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 404; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 834; Koca/Üzülmez, s. 580; Yenidünya, s. 90; Kafes, s. 8.

Yasa koyucu da bu anlayış çerçevesinde birçok düzenleme ile temel olarak failin

mahkûmlar salıverilme sonrasında toplum içerisinde infaz edilen cezaları boyunca da iyi halli olmak ve bir kasıtlı suç işlemek durumunda olduğundan, cezanın özel önleme fonksiyonu burada ortaya çıkmakta, cezanın geri kalan kısmının tekrar cezaevinde infaz edileceği korkusu mahkûmları suç işlemekten uzaklaştırmaktadır.¹⁰ Bu şekilde suç işleyen kişiler, hürriyeti bağlayıcı cezaların ve hapisanelerin kötü etkilerinden korunmakta ve insan olarak kendilerini geliştirebilecekleri özgür bir ortama tekrar kavuşturulmakta, toplum içerisinde de denetim altında tutularak yalnız kalmamaları, suç işlememeleri ve topluma yeniden uyumları sağlanmaktadır. Ayrıca; infaz sırasında failin kişiliği göz önünde bulundurularak, cezaların bireyselleştirilmesinde yargı mercilerine imkân tanınmaktadır.¹¹

ıslahını amaç edinmiş ve kişinin bir an önce sosyal hayata adapte olabilmesi için birtakım kurumlar ihdas etmiştir. Özellikle hapis cezalarının özel önleme fonksiyonunu yerine getirme noktasında beklentileri karşılayamaması üzerine; ceza hukukumuzda bu cezaların yerine mahkûmların uslandırılması, eğitimi ve yeniden topluma kazandırılması amacıyla farklı infaz usulleri de benimsenmiştir. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 564.

Nitekim kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, (TCK m.50) ve hapis cezasının ertelenmesi (TCK m.51) gibi infaz usulleriyle mahkûmun cezavlerinin kötü koşulları ile ve diğer mahkûmlarla hiç karşılaşmaması sağlanarak, cezanın infazı gerçekleştirilirken, koşullu salıverilmede (CGTİHK m.107) ise; kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının sonuna kadar infaz kurumunda kalması istenmemekte, eğer şartları varsa mahkûmun bir an önce ıslah ve terbiye programlarına uyum sağlayıp topluma geri dönmesi ve cezanın kalan kısmının bu şekilde infaz edilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla koşullu salıverilmede cezanın genel önleme amacı ve kefaret teşkil eden yönü ihmal edilmekte, özel önleme ve failin ıslahının gerçekleşmiş olup olmadığı nazara alınmaktadır. Ancak bununla beraber failin koşullu salıverilmeden istifade edebilmesi için asgari bir süre infaz kurumunda kalması arandığından, cezanın kefaret teşkil eden yönü de tamamen göz ardı edilmemekte ve bu şekilde koşullu salıverilmenin uygulaması ile TCK'nın benimsemiş olduğu karma teorisinin gerekleri arasında paralellik sağlanmaktadır. Koşullu salıverilme kurumunun cezanın kefaret, genel önleme ve özel önleme yönleriyle ilişkisi hakkında bkz. Yenidünya, s. 91.

¹⁰ Koca/Üzülmez, s. 580; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 834; Özgenc, s. 731; Öztürk/Erden, s. 446.

¹¹ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenc/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver s. 404; Centel/Zafer/Çakmut, s. 638; Özgenc, s. 731; Akkaş, s. 307-308; Akbulut, s. 176; Yenidünya, s. 95. Cezaların bireyselleştirilmesinden anlaşılması gereken, cezalandırma ile güdülen amaç bakımından cezanın her failin kişiliğine uygun hale getirilmesidir. Bkz. Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 759 vd; Dönmezer/Erman, s. 577. Cezaların bireyselleştirilmesi, cezanın izlediği uslandırma-korkutma(özel-genel önleme) amacı ile sadece bağdaşmakla kalmayıp, aynı zamanda bu amacın gerçekleştirilmesi bakımından gereklilik arz etmektedir. Bugün hangi eğilim benimsenmiş olursa olsun bütün çağdaş ceza hukukçuları için bireyselleştirme vazgeçilmez bir kurum haline almıştır. Bkz. Dönmezer/Erman, s. 578-579. Ayrıca cezanın bireyselleştirilmesi

Koşullu salıverilmeden istenen sonuçların elde edilebilmesi için infaz kurumunda cezasını çektiği sırada mahkûma; ıslah, iyileştirme ve terbiye programlarının uygulanması, sağlıklı bir gözetim sistemi ile iyi halin tespit edilmesi ve mahkûmun dışarı çıkarıldıktan sonra da toplum içerisinde belirli denetimlere tabi tutulması gerekmektedir.¹² Ancak ülkemizde ne yazık ki; koşullu salıverilmenin rutin bir uygulama haline gelmesi, iyi halin tespitinde esnek davranılması, sağlıklı bir gözetim sisteminin halen daha olmayışı, cezaya seçenек bir infaz kurumu olan koşullu salıverilmeden bir örtülü af olarak istifade edilmesi, son olarak cezaevlerinin yetersizliği nedeniyle mahkûm sayılarını azaltmak gibi sosyal ve ekonomik gerekçelerin kurumun uygulanmasında göz önünde bulundurulması yukarıda izah edilen kurumun hukuki niteliği ve cezalandırmadan beklenen amacın ikinci planda kalmasına sebebiyet vermektedir.¹³

kavramı, cezanın belirlenmesinden farklı bir kavram olarak ele alınmalıdır. Zira cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulanan TCK 61/1'deki sınırlı sayıdaki unsurlar bütün ceza kanunlarında yer alan suç tipleri için uygulanabilir olmasına rağmen, cezanın bireyselleştirilmesinde kullanılan araçlara sadece belirli özellikler taşıyan failler hakkında başvurulabilmektedir. Bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 721. Anayasa Mahkemesi de koşullu salıverilmenin, cezanın bireyselleştirilmesinde bir araç olduğunu belirttiği kararlarında; "Koşullu salıverilme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi haliyle) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün şarta bağlı olarak ödüllendirilmesidir. Suçlunun kendisine verilen cezadan daha kısa bir sürede uslanması, eyleminden pişmanlık duyması ve bunu iyi davranışıyla kanıtlanması durumunda, cezaevinde daha fazla kalması gereksiz olabilir. Bu durumda koşullu salıverilme, infaz sistemindeki etkili araçtır. Koşullu salıverilmenin en önemli öğeleri, cezanın belirli bir süre çekilmeden sonra hükümlünün bu süre içinde iyi durum göstermesi, koşullu salıverildikten sonra gözetim altında kalması ve koşullu salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesidir" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvuru No: 2013/8114, Karar tarihi: 17.9.2014, Başvuru No: 2013/1202, Karar Tarihi: 25.3.2015. (Kararlar için bkz. www.anayasa.gov.tr, erişim tarihi:17.02.2018.)

¹² Özgeç, s. 731; Koca/Üzülmez, s. 580; Yenidünya, s. 92.

¹³ İçel/Sokullu-Akıncı/Özgeç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 405; Centel/Zaffer/Çakmut, s. 638; Yenidünya, s. 116. Kafes, s. 56.

Son olarak belirtmeliyiz ki; 647 sayılı eski Ceza İnfaz Kanunu'nda, mahkemelere, koşullu salıverilmeyi mağdurun uğradığı zararların imkânı ölçüsünde hükümlü tarafından giderilmesi şartına bağlı tutma yetkisi verilmiş ve bu takdiri bir yetki olarak düzenlenmişti. Dolayısıyla eski infaz kanunu döneminde mahkeme, re'sen veya talep üzerine koşullu salıverilmeyi, şahsi hakların tazmin edilmesi şartına bağlı olarak uygulama imkânına sahipti. Söz konusu koşul, müessesenin niteliklerine de uygundu. Zira şahsi hakların tazmini ile kişi hem nedamet duyduğunu göstermekte, diğer taraftansa mağdurun zararı giderilmek suretiyle; salıverilmeden rencide olmasının önüne geçilmekteydi. Bkz. Erem/Danışman/Artuk, s. 859;

B. Koşullu Salıverilmenin Yasak Olduğu Haller

Koşullu salıverilmeden yararlanılması noktasında hürriyeti bağlayıcı cezanın hangi suçtan mahkûmiyete ilişkin olduğu, suç ile hangi hukuksal değer ihlal edildiği yahut hükmolunan cezanın niteliği gibi hususlar kural olarak önem arz etmemektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezanın türü ve süresi ise; sadece koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaktadır.¹⁴ Ancak genel kural bu olmakla birlikte bazı kanunlarda öngörülen istisnalar ile mahkûmların koşullu salıverilmeden yararlanmaları yasaklanmıştır. Hukukumuzda koşullu salıverilmenin yasaklandığı haller şu şekilde sıralanabilir:

- Kural olarak hükmolunan altı ay veya daha az süreli hapis cezasının; bazı hallerde ise; (mahkûmun kadın yahut 65 yaşını bitirmiş bir kimse olması durumunda) üç yıla kadar süreli hapis cezasının hafta sonu infaz, geceleri infaz ve konutta infaz gibi özel infaz usullerine göre çektirilmesine mahkeme tarafından karar verilebilir. (CGTİHK m.110/1, m.110/2) İşte bu şekilde cezanın özel infaz usullerinden birine göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. (CGTİHK m.110/4)
- Adi suçlarda ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda hükümlü koşullu salıverilmez. (CGTİHK m.108/3) Dolayısıyla tekerrürün tekerrürü durumunda kişi, en son işlemiş olduğu suçtan dolayı koşullu salıverilmeden yararlanamayacaktır.

Demirbaş, s. 522-523; Öztürk/Erdem, s. 449; Kafes, s. 59; Yenedünya, s. 153. Onarıcı adalet anlayışına da uygun olarak 647 sayılı Kanun'da yer alan ve 5237 sayılı TCK'nın hem ön tasarılarında hem de 1997 ve 2000 tarihli tasarılarında mevcut olan bu düzenlemeye, yeni 5275 sayılı CGTİHK'da yer verilmemiştir. Onarıcı adalet sisteminde suçun devlete karşı değil bireylere karşı işlendiğinden hareketle, suçla meydana gelen zararların giderilmesi istenmektedir. Dolayısıyla suça karşı verilecek tepki belirlenirken de suçun esas mağduru olan kişilerin ve toplumun tatmini göz ardı edilmemelidir. Bu kapsamda, suç fail ile mağdur arasındaki bir uyumsuzluk olarak görülmekte ve suç ile meydana gelen istenmeyen durumun ve ihtilafın ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu sebeple, koşullu salıverilmeye ilişkin 647 sayılı kanunda yer alan şahsi hakların tazminine yönelik hükümlerin, yeniden değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Onarıcı adalet hakkında bkz. Mahmut Kaplan, "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Haziran 2015, s. 60-61; Hakan A. Yavuz, "Onarıcı Adalet Ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", *TAAD*, Yıl: 6, S. 23, Ekim 2015, s. 94.

¹⁴ Özgenç, s. 736 vd; Koca/Üzülmez, s. 587.

- TMK kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar, mahkûmiyetlerine ilişkin hüküm kesinleştikten sonra aynı kanun kapsamında bir suçu işlemeleri halinde; koşullu salıverilmeden yararlanamazlar. (TMK m.17/3) Burada ikinci defa işlenen suçun tekerrüren **işlenmesi yani tekerrür süreleri içerisinde gerçekleştirilmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla adi suçlarda kişinin üçüncü defa işlediği suç ancak tekerrür süreleri içerisinde gerçekleşmişse koşullu salıverilmeye engel teşkil etmekteyken, TMK kapsamında işlenen suçlarda;** mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın, aynı kanun kapsamında işlenen ikinci bir suç, kişinin koşullu salıverilmeden yararlanmasına engel olmaktadır.
- TMK kapsamına giren bir suçtan dolayı tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile koşullu salıverilmeden yararlanamazlar. (TMK m.17/2) Oysaki adi suçlardan mahkûm edilmiş kişiler ne kadar disiplin cezası almış olurlarsa olsunlar, bu cezalar infaz edilip akabinde yetkili kurul tarafından kaldırıldıklarında koşullu salıverilmeye engel teşkil etmeyecektir.
- 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. (CGTİHK m.107/16)
- **Ölüm cezaları**, 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'la müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ölünceye kadar devam eder. (TMK m.17/4), (CGTİHK geçici m.2)

II. Cezalandırmanın Amacı Çerçevesinde Koşullu Salıverilme Yasakları

Koşullu salıverilme, günümüzde çağdaş ceza hukukunun cezalandırma ile ulaşmak istediği amaca paralel olarak ceza sistemini tamamlayan bir kurum olduğuna göre; koşullu salıverilme yasakları öngören yasa koyucunun bununla neyi amaçladığının anlaşılabilmesi için suç işleyerek toplum düzenini bozan kişiye ne amaçla ceza verildiğinin öncelikle izah edilmesi gerekir.¹⁵ Bu çerçevede cezalandırmanın amacına ilişkin kısa bir değerlendirme yapılması kanaatimizce uygun olacaktır.

A. Cezalandırmanın Amacı

1. Genel Olarak

Cezanın amacını açıklamaya yönelen düşünürler, Antik Yunan döneminden bu yana birbirinden farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Zira cezalandırmanın niçin yapıldığı sorusu hem ahlak felsefecilerinin hem siyaset kuramcılarının hem de hukuk bilimcilerin zihinlerini yüzyıllardır meşgul eden bir meseledir.¹⁶ Suç ve ceza, insan ile beraber ortaya çıkmış olmasına rağmen, devirler değiştikçe; suçun nasıl tanımlandığı sorusuna verilen cevap farklılaştığı gibi, cezanın uygulanma gayesi ve ceza verme hakkının esası da zaman içinde değişime uğramıştır.¹⁷ Toplumlar önceleri cezalandırma ile mağdur ve toplumun intikam duygularını tatmin etmeye ve bu şekilde yapılan kötülüğe karşılık vermeye çalışırken, özellikle aydınlanma çağından itibaren modern devletler, hem muhtemel suçluları suç işlemekten vazgeçirmeyi hem de failin ıslahını gerçekleştirmeyi amaçlamış ve bu bağlamda cezalandırma, ızdırap verici bir gösteri olmaktan çıkarılmıştır.¹⁸

Cezalandırmanın amacını açıklamaya çalışan görüşlerden ilki mutlak ceza teorisidir. Bu teorinin temelinde ahlaki bir değer olarak adalet yer almakta ve ceza verme hakkının esasını adalet düşüncesi

¹⁵ Yenidünya, s. 79.

¹⁶ Mike C. Materni, "Criminal Punishment and the Pursuit of Justice", *British Journal Of American Legal Studies*, C. II, S. 1, Y. 2013, s. 264; Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul 2010, s. 41; Dönmezer/Erman, s. 560.

¹⁷ Duygun Yarsuvat, "Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini", *İÜHFİM*, C.XXXII, S. 1, Y. 1996, s. 79-80.

¹⁸ Hakan Karakehya, "Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları", *İÜHFİM*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008, s. 96-98.

oluşturmaktadır.¹⁹ Buna göre; ceza, fail tarafından gerçekleştirilen suç ve kötülüğün kefareti olup, cezalandırma ile adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bunun gereği olarak suç işleyen ve bir kötülük gerçekleştiren kişiye hak ettiği ceza ile karşılık verilmekte ve bu özellikler cezanın esaslı bir niteliği olarak görülmektedir.²⁰ Ceza ile aslında; failden öç alınmakla beraber, mağdurun yakınlarının ve suçtan haberdar olan toplumun diğer fertlerinin de kin, intikam ve öfke duyguları tatmin edilmeye çalışılmakta ve onlara karşı da adalet yerine getirilmektedir.²¹ Mutlak teoriye göre; cezanın uygulanması, bizatihi bir amaç olduğundan; bunun dışında bir yarar veya netice elde etme, sosyal bir fayda sağlama, sözgelimi; suçluyu ıslah etme veya toplumu koruma gibi amaçlar cezanın verilmesinde göz önünde bulundurulamaz. Buna göre; cezanın uygulanması bir araç değil başlı başına kendisi bir amaçtır.²²

Cezanın uygulanmasında sadece adalet düşüncesini ve kefareti amaç edinen mutlak ceza teorisi doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre; ceza hukukunun görevi adaleti gerçekleştirmek değil toplumun barış içinde yaşamasını da temin etmek adına hukuksal değerleri korumaktır.²³

¹⁹ Richard S. Frase, "Punishment Purposes", *Stanford Law Review*, C. 58, S. 67, Y. 2005, s. 73; İlhan Üzülmmez, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *EÜHFD*, C. I, S. 4, Y. 2001, s. 265; Yarsuvat, s. 84.

²⁰ Pınar Bacaksız, "Cezalandırma Ve Topluma Yeniden Kazandırma", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), Y. 2015, s. 4919; Dönmezer/Erman, s. 561; Frase, s. 73; Materni, s. 266; Yarsuvat, s. 84. Üzülmmez, s. 265.

²¹ Frase, s. 73; Üzülmmez, s. 265; Dönmezer/Erman, s. 561.

²² Frase, s. 70; Üzülmmez, s. 266.

Bu teoriye taraftar olan ve anlamını veren yazarlardan Kant'a göre cezanın verilmesinde hiçbir yarar olmasa da suçluya cezanın tatbik edilmesi gerektiğinden; bir sivil toplum kendi üyelerinin iradesiyle kendini feshetmeye kalksa, sözgelimi; bir adada yaşayan halk dağılmaya karar verse bile, son idam mahkûmunun cezası infaz edilmelidir. Bkz. Sururi Aktaş, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 20.

²³ Öztürk/Erdem, s. 400.

Adalet düşüncesinin de değişken bir kavram olduğu belirtilmekte ve yüzyıllardır aynı eyleme uygulanan farklı farklı yaptırımların varlığından bahsedilmektedir, Sözgelimi hırsızlık suçuna 18. yüzyılda ölüm cezası uygulanırken bugün için aynı suçun hapis cezası ile yaptırım altına alınmasının, cezalandırmanın gerçekten adalet için mi yapıldığı veya hangi döneme ait yaptırımların gerçekten adaleti gerçekleştirdiği sorularını gündeme getirmektedir. Diğer yandan, kefareti, ödetme ve öç alma gibi amaçların geçmişe yönelik olduğu, bunun ise topluma bir yarar sağlamadığı, toplumun korunması için gerekli değilse sırf adalet düşüncesiyle ce-

Cezalandırmanın amacını açıklayan görüşlerden bir diğeri ise; nispi ceza teorisidir. Teorinin esasları bakımından ceza, geçmişe değil geleceğe yönelik olarak ele alınmakta; salt yapılan kötülüğe bir karşılık verme düşüncesi yerine, cezalandırma ile mutlaka bir fayda aranmaktadır. Herhangi bir fayda sağlamayan ve gereklilik arz etmeyen cezanın salt adalet ve ölç alma düşüncesiyle uygulanmasının zorbalık olduğu ve böyle bir cezanın meşruiyetini kaybettiği değerlendirilmekte, cezadan beklenen fayda ise ileride işlenecek suçları önlemek olarak açıklanmaktadır.²⁴ Dolayısıyla bu teoriye esas olan ilkeler, cezalandırma ile hem suçlunun bir daha suç işlemesini önlemek hem de toplumun diğer fertlerinin suça yönelmesine engel olmak amacına odaklanmıştır.²⁵

Cezalandırmanın mutlaka ileride işlenecek suçları önlemeyi amaç edinmesi gerektiğinden hareketle, önleyici etkinin kim açısından söz konusu olduğu noktasında nispi teorilerin ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. Bu önleyici etki failin bir daha başka suçları işlemekten alıkonulması şeklinde ortaya çıkıyorsa özel önlemeden, cezalandırma ile toplumun diğer bireylerinin suç işlemekten alıkonulması söz konusu ise genel önlemeden söz edilecektir.²⁶

zaya başvurulamayacağı, özellikle genç ve çocuk suçluların söz konusu olduğu durumlarda adaletten ziyade devletin ıslah ve terbiyeye önem vermesi gerektiği de eleştiriler arasında yer almaktadır. Bkz. Demirbaş, s. 559; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 734; Öztürk/Erdem, s. 400.

²⁴ Frase, s. 70; Materni, s. 289 vd; Karakaş Doğan, s. 44; Aktaş, s. 2; Üzülmöz, s. 266-268; Dönmez/Erman, s. 561.

²⁵ Frase, s. 70; Üzülmöz, s. 268; Bacaksız, s. 4919.

²⁶ Frase, s. 70-71; Üzülmöz s. 268; Bacaksız, s. 4919.

Cezanın özel önleme etkisi korkutma, tecrit ve rehabilitasyon şeklinde üç farklı şekilde yerine getirilmiş olur. Öncelikle suç karşılığında uygulanan ceza ile fail korkutulur ve bir daha aynı cezayla karşılaşmamak düşüncesiyle suçtan uzak durması sağlanır. İkinci olarak; fail özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı boyunca toplumdaki tecrit edilir ve bu sayede saldırganın suç işleme kapasitesi geçici de olsa ortadan kaldırılarak toplum suçludan korunmuş olur. Son olarak, belirli tedavi ve eğitim programlarıyla suçlu, rehabilitasyon sürecine tabi tutulur ve ıslah edilerek topluma kazandırılması sağlanır ve bu şekilde bir daha suç işlemesinin önüne geçilmiş olur. Rehabilitasyonun temelinde, saldırganın suç işlemesinde tedavi edilebilir bir takım problemlerin etkili olduğu düşüncesi yer almaktadır. Buna göre; hasta olan bir kişinin tedavi edilmesi gibi, cezalandırma ile aslında suçlu kişi tedavi edilmekte ve topluma yeniden kazandırılmaktadır. Genel önleme teorisine göre ise; cezanın amacı, ceza tehdidi ve cezanın infazı yoluyla fail dışında henüz suç işlememiş olan kişiler tarafından başka suçların işlenmesini engellemektir. Öğretide genel önlemenin de pozitif ve negatif genel önleme olarak ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. Negatif genel önleme ile potansiyel failler cezalandırılma tehlikesiyle korkutularak suçtan alıkonulmakta iken, pozitif genel önlemede ise; cezalandırma ile hukuk düzeninin varlığına ve icrasının gücüne

Cezalandırmanın amacını özel ve genel önleme şeklinde açıklamaya çalışan nispi teoriler de çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Buna göre; mutlak teoride olduğu gibi özel önlemenin de devletin cezalandırma yetkisinin sınırını belirlemede yetersiz kaldığı, yine özel önlemeye göre; ıslahına gerek olmayan suçlulara ceza verilmemesi gerektiği şeklinde bir sonucun ortaya çıktığı, ayrıca yapılan araştırmalarda; genel önlemenin etkilerinin, ortaya konulmadığı ifade edilmektedir.²⁷

Mutlak ve nispi ceza teorilerine yöneltelen eleştiriler, bunların tek başlarına cezanın fonksiyonu ve uygulanış nedenini ortaya koyamadığını göstermiştir.²⁸ Dolayısıyla tek başlarına değerlendirildiklerinde tatmin edici sonuçlar elde edilemediğinden, bu iki teorinin birleştirilmesine ilişkin görüşler ileri sürülmüş ve bu çerçevede uzlaştırmacı (karma) teori ortaya çıkmıştır.²⁹

Uzlaştırmacı teoride egemen olan esasa göre; yukarıda bahsedilen amaçların sadece bir tanesi değil hepsi, cezalandırmanın amacı olarak görülmekte; ceza, kefaret teşkil eden özelliğini sürdürmekle beraber; özel ve genel önlemeyi de gerçekleştirmektedir.³⁰ Mutlak ve nispi ceza teorilerini ölçülü bir biçimde bağdaştırmaya çalışan karma teoride; ceza hem geçmişe hem de geleceğe yönelik olma niteliğini taşımaktadır.³¹ Buna göre; cezanın hem adaleti yerine getirme hem de önleme fonksiyonu ile toplumu koruma amacı bulunduğundan, adil ve faydalı olduğu sürece cezaya başvurulmalıdır. Bu ikisi arasındaki denge bozulduğunda ise; toplumun cezalandırma yetkisinin durduğu kabul edilmelidir.³² Ancak uzlaştırmacı teoride dikkat edilmesi gereken nokta kefaretin, sadece mahkûmu küçültmek amacıyla kullanılan bir araç olarak değil; kişiyi gerçekten kusuru ile orantılı bir şekilde cezalandırarak onun toplumla yeniden uzlaşmasını sağlayan bir müdahale olarak görülmesidir.³³

yönelik itimat ve güvenin korunması ve güçlendirilmesi sağlanır ve bu şekilde diğer fertlerin hukukun ihlaline yönelik davranışlarına engel olunur. Bkz. Frase, s. 70-71; Özbek, s. 83; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 621-622; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 735-736; Demirbaş, s. 560.

²⁷ Demirbaş, s. 560; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 738.

²⁸ Demirbaş, s. 560.

²⁹ Üzülmüş, s. 269.

³⁰ Yenidünya, s. 89; Özbek, s. 84.

³¹ Yenidünya, s. 89; Koca/Üzülmüş, s. 542.

³² Koca/Üzülmüş, s. 542.

³³ Kayıhan İçel/Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Ki-

2. Çağdaş Ceza İnfaz Sisteminde Benimsenen Yaklaşım

Bugün karma teorinin ilkeleri, ülkelerin cezalandırmaya ilişkin anlayışlarına yön vermekte ve Türk doktrininde de benimsenmektedir.³⁴ Günümüzde cezalandırmada suçluların uygun vasıtalarla ıslah edilerek topluma kazandırılması vazgeçilmez bir ideal olarak görülmekle beraber, toplum düzeninin sağlanması bakımından genel önlemenin de gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu ideallere ulaşırken; cezanın kefarete teşkil eden yönü göz önünde bulundurulmak suretiyle de kusurla orantılı cezalandırma ilkesine ehemmiyet verilmektedir.³⁵ Yani cezaların kusurla orantılı olması özelliği kefarete düşüncesinin, ceza ile failin rehabilitasyonu ve topluma kazandırılması amacı özel önlemenin, cezanın başkaları açısından caydırıcı özelliği ise; genel önlemenin bir gereği olarak görülmektedir.³⁶ Bununla birlikte, ceza hukukunda kefarete ve ödetme düşüncesi her ne kadar kusurla orantılı ceza ilkesi ile kendine yer bulmaktaysa da; bu düşünce artık cezalandırmanın ana hedefi olarak değerlendirilmemekte, cezanın özel ve genel önleme fonksiyonlarını yerine getirmesi çerçevesinde yardımcı bir nitelik arz etmektedir.³⁷

Hapis cezasının infazı sırasında rehabilitasyon ve suçluyu topluma kazandırmanın önemi ise; uluslararası belgelerde ayrıca vurgulanmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2006 tarihli "*European Prison Rules*" adlı tavsiye kararı da konuya ilişkin önde gelen metinlerden olup; üye ülkelerin, hapis cezasının infazı sırasında uymaları gereken asgari kriterler, burada ele alınmıştır.³⁸ Anılan kararda; bütün hapis türlerinin, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiyi yeniden özgür topluma entegre etmeyi ve onu toplumla bütünleştirmeyi

tap, Üçüncü Baskı, İstanbul 1993, s. 9; Yenidünya, s. 89; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 739.

³⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 623; Koca/Üzülmez, s. 542; Özbek, s. 84; Timurbaş, s. 561; Yenidünya s. 89; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 739; İçel/Sokullu/Özgenç/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 37-38; Öztürk/Erdem, s. 402; Koca/Üzülmez, s. 542; Centel/Zafer/Çakmut, s. 532; Dönmezer/Erman, s. 562.

³⁵ Yenidünya, s. 90; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 739.

³⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 527.

³⁷ Özbek, s. 85; İçel/Donay, s. 12.

³⁸ Avrupa Birliği hukuk sisteminde; AB'nin yetkili organları tarafından alınan tavsiye kararlarının bağlayıcılığı olmamasına rağmen; bu kararların AB'nin genel amaç ve politikalarını belirleme noktasında yönlendirici oldukları ve moral değer taşıdıkları doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Kamuran Reçber, Avrupa Birliği Hukuku Ve Temel Metinler, 2. Baskı, Bursa 2013, s. 117.

(*reintegration into free society*) kolaylaştırır nitelikte olması (m.6) ve hapis cezasına çarptırılmış kişilere uygulanacak rejimin, mahkûmların sağduyulu ve suçtan arındırılmış bir hayata (*responsible and crime-free life*) hazır olabilmelerini sağlayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. (m.102.1)³⁹

BM Genel Kurulu tarafından 1955 yılında kabul edilen; “*Hapis Cezası Mahkûmlarının Islahına İlişkin Asgari Standart Kurallar*” ile rehabilitasyonun önemi vurgulanmıştır. Buna göre hapis cezasının amacı, nihayetinde toplumu suçtan korumak olup; bu amaç yalnızca, hapiste geçen sürenin kişiyi, yasalara bağlı kaldığı ve dışarıdan destek almadan kendi kendine yetebildiği bir sosyal hayata (*law-abiding and self-supporting life*) hazırlamak için kullanılması ve infaz süresinin bu şekilde değerlendirilmesi ile mümkün olacaktır. (m.58)⁴⁰

Nihayet BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi’nde; cezaevi infaz sisteminin asıl amacının, mahkûmların ıslahı (*reformation*) ve topluma yeniden kazandırılması (*social rehabilitation*) olduğu belirtilerek, yine rehabilitasyonun önemine vurgu yapılmış ve çağdaş bir infaz hukukunda benimsenmesi gereken anlayış ortaya konulmuştur. (m.10/3)⁴¹

Sonuç olarak, AIHM tarafından da ifade edildiği üzere; cezanın fonksiyonları ve cezalandırma ile güdülen amaç, suç bilimciler tarafından şimdiye kadar ölçülme, suç işlenmesinin önlenmesi, toplumun korunması ve rehabilitasyon gibi değişik şekillerde açıklanmış ise de; son zamanlardaki eğilimle birlikte artık rehabilitasyon ve mahkûmu topluma yeniden kazandırma amacının daha fazla üzerinde durulmaktadır. Diğer uluslararası metinlerde olduğu gibi Avrupa Konseyi’nin yasal metinlerinde de bu amaç güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır.⁴²

³⁹ Recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules
Bkz. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d8d25 (erişim tarihi: 19.02.2018)

⁴⁰ Standart Minimum Rules for the Treatment of Prisoners
Bkz. http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/UN_Standard_Minimum_Rules_for_the_Treatment_of_Prisoners.pdf (erişim tarihi: 19.02.2018)

⁴¹ International Covenant on Civil and Political Rights Bkz.<https://www.un.org/ruleoflaw/files/International%20Covenant%20on%20Civil%20and%20Political%20Rights.pdf> (erişim tarihi:19.02.2018)

⁴² Bkz. Dickson-Birleşik Krallık, no:44362/04, Karar Tarihi: 04.12.2007, par. 28.

AİHM birçok içtihadında ise, cezalandırmanın amacına ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin “*Life Imprisonment*” adlı davada vermiş olduğu 21 Haziran 1977 tarihli kararına atıf yapmıştır. Karara göre; merkezinde insan onuru olan ve kendini bu değer üzerine inşa eden bir toplumda rehabilitasyon amacı, anayasal bir zorunluluktur. Devlet, bir suçluyu anayasal haklarının zarar görmesine sebebiyet verecek biçimde, suç işlenmesinin önlenmesi amacının bir objesi haline getiremez.⁴³ Nitekim AİHM, federal mahkemenin bu değerlendirmelerini, birçok farklı kararında vurgulamak suretiyle; benzer bir yaklaşım benimsediğini ortaya koymuştur.⁴⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli “*War Criminal*” davasında vermiş olduğu karara da yine AİHM içtihatlarında sıkça atıf yapılmaktadır.⁴⁵ Buna göre Federal mahkeme; “*Life Imprisonment*” kararına da atıfta bulunarak; ömür boyu hapis cezaları da dâhil olmak üzere tüm cezaların nihai amacının suçlunun rehabilitasyonu ve resosyalizasyonu olduğunu belirtmiştir.⁴⁶

Dolayısıyla uluslararası metinlerde ve de AİHM'in konuya ilişkin değerlendirmelerinde rehabilitasyonun ve failin topluma yeniden kazandırılmasının, cezalandırmada vazgeçilmez bir amaç olarak görüldüğünü ifade etmek mümkündür.

⁴³ Kararda yer alan; “the State could not turn the offender into an object of crime prevention to the detriment of his constitutionally protected right to social worth” şeklindeki ifade ile suçlunun, devlet tarafından, caydırıcılık etkisi ile diğer insanların suçtan uzaklaştırılması amacının bir objesi haline getirilemeyeceği vurgulanmaktadır. Çalışmamızın ortaya koymaya gayret ettiği yaklaşımla birebir örtüşen bu değerlendirmeyi özellikle vurgulamak isteriz. Harkins ve Edwards-Birleşik Krallık, no: 9146/07, 32650/07, 17 Ocak 2012, par. 70.

⁴⁴ Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, no: 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 Temmuz 2013, par. 113; Öcalan-Türkiye, no: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18 Mart 2014, par. 197.

“*Life Imprisonment*” adlı davaya ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 21 Haziran 1977 tarihli, 45 BVerfGE 187 kararının İngilizce özeti ve yorumu için bkz. Donald, P. Kommers/Russell A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Baskı, 2012, Durham, London, s. 363 vd; Nuno, Ferreir, *Fundamental Rights and Private Law in Europe*, 1. Baskı, Oxon, 2011, s. 104; K. C. Horton, “*Life Imprisonment and Pardons in the German Federal Republic*”, *International and Comparative Law Quarterly*, C. 29, S. 2-3, Y. 1980, s. 530-534; Agnes Bruszt, “*Right to Hope? Legal Analysis of Life Imprisonment Without Parole*” Budapest 2009, s. 32-33. (Basılmamış bu eser için erişim: www.etd.ceu.hu/2010/bruszt_agnes.pdf, erişim tarihi: 20.02.2018)

⁴⁵ Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 70; Öcalan-Türkiye, par. 197.

⁴⁶ War Criminal adlı davaya ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli 72 BVerfGE 105 kararının İngilizce özeti ve yorumu için bkz. Kommers/ Miller, s. 396.

B. Koşullu Salıverilme Yasaklarının Değerlendirilmesi

Cezalandırmanın amacı çerçevesinde koşullu salıverilme yasağına ilişkin değerlendirmelerimize gelecek olursak; öncelikle koşullu salıverilme olanağını, bazı mahkûmlar açısından tamamen ortadan kaldıran mevzuatımızdaki düzenlemeler ile failin ıslahı ve yeniden topluma kazandırılması amacının, kanun koyucu tarafından göz ardı edildiğini ifade etmeliyiz. Yukarıda belirtildiği üzere; hapis cezasının infazı sırasında, bütün mahkûmlara kendilerini değiştirme ve bu değişim başarıyla sonuçlanırsa serbest bırakılma şansı verilmesi ilkesi, çağdaş ceza infaz sisteminde açıkça benimsenmekte ve kişi bu şekilde ıslah ve rehabilitasyona teşvik edilmektedir. Oysaki bu yasağın uygulandığı durumlarda; tatbik edilen iyileştirme ve terbiye programları hiçbir surette işlevsel olmayacak ve kişiyi bu programlara uyum sağlamaya teşvik eden herhangi bir sebep bulunamayacaktır.

Ayrıca koşullu salıverilme yasağının uygulandığı birçok durumda mahkûmlar ya doğrudan hafifletilemeyen ve ömür boyu devam eden, müebbet hapis cezasına çarptırılmakta (TMK m.17/4-CGTİHK geçici m.2; CGTİHK m.107/16);⁴⁷ yahut diğer koşullu salıverilme yasakları, bazı durumlarda dolaylı olarak, fiilen böyle bir sonuç doğurabilmektedir. (CGTİHK m.108/3; TMK m.17/2; TMK m.17/3) Dolaylı olarak böyle bir neticeye sebebiyet veren koşullu salıverilme yasaklarını kısaca izah etmek gerekirse; mesela adi suçlarda ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda CGTİHK m.108/3 gereği; hükümlü koşullu salıverilmeyeceğinden bu durumda kişinin en son

⁴⁷ Kişinin ölünceye kadar devam edecek bir hapis cezası ile doğrudan karşı karşıya kalmasına sebebiyet veren mevzuat hükümleri şu şekildedir: “Ölüm cezaları, 14.7.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanun’un 1 inci maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’la 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. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder.” (TMK m.17/4-CGTİHK geçici m.2) “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.” (CGTİHK m.107/16)

işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu ceza müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise kişi hayatının sonuna kadar infaz kurumunda kalacaktır. Diğer bir düzenleme, TMK kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanların, mahkûmiyetlerine ilişkin hüküm kesinleştikten sonra aynı kanun kapsamında bir suçu işlemeleri halinde, koşullu salıverilmeden yararlanmayacaklarına ilişkindir. (TMK m.17/3) Burada TMK kapsamında işlenen suçlarda mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın; aynı kanun kapsamında işlenen ikinci bir suç, kişinin koşullu salıverilmeden yararlanmasına engel olmaktadır. Eğer ikinci suçtan hükmolunan ceza, müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkin ise; kişi hayatının sonuna kadar infaz kurumunda kalmaktadır. Son olarak TMK kapsamına giren bir suçtan dolayı tutuklu veya hükümlü iken firar veya ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile koşullu salıverilmeden yararlanamazlar. (TMK m.17/2) Dolayısıyla sözgelimi bu madde kapsamında üç defa hücre hapsi disiplin cezası verilen kişiler, eğer müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olmuşlarsa; ömür boyu infaz kurumunda kalacaklardır. Böylece bu yasaklar, dolaylı olarak, hafifletilemeyen ömür boyu hapis cezalarına sebebiyet verebilmektedir.

Hafifletilme imkânı olmayan bir müebbet hapis cezasına çarptırıldığı durumlarda; mahkûmun topluma kazandırılmasından bahsetmek imkânsız hale gelmekte, dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı cezalar kişiye kefaret ödettirme ve yapmış olduğu kötülüğe karşı hafifletilemez bir karşılık verme işlevine bürünmektedir. Bu şekilde toplumda yaşayan diğer bireylere de caydırıcılık sağlanmaya çalışıldığından, cezanın genel önleme işlevinin devreye gireceği söylenebilse de; burada özel önleme amacı tamamen ihmal edilmektedir.⁴⁸ Oysa yukarıda izah ettiğimiz üzere çağdaş bir infaz rejiminde; özel önleme, cezalandırmanın vazgeçilmez bir fonksiyonu olarak görüldüğünden, kefaret ve genel önleme, hiçbir şekilde failin ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması düşüncesinin önüne geçmemelidir. Zira bu şekilde bir yaklaşım, kişi-

⁴⁸ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere; AİHM tarafından, "Life Imprisonment" davasına atıf yapılarak; suçlunun devlet tarafından, genel önlemenin yani caydırıcılık etkisiyle diğer insanların suçtan uzaklaştırılması amacının bir objesi haline getirilemeyeceği vurgulanmıştır. Bkz. Harkins ve Edwards-Birleşik Krallık, par. 70.

nin ıslah olma yönündeki gayret ve başarılarını da neticesiz bırakacaktır. Oysaki hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında, kişinin kademe-li olarak toplumsal yaşama uyumlu hale getirilmesi, çok büyük önem arz etmektedir.⁴⁹

Kanun koyucu yeni infaz kanununun “*hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*” başlıklı 6. maddesinde önemli hükümlere yer vermiş ve rehabilitasyon amacına vurgu yapmıştır. Buna göre; *cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır ve iyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir.* (CGTİHK 6/1-c,d) Dolayısıyla yasa koyucu burada, iyileştirme programlarına uyum sağlayan ve artık iyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere, diğer mahkûmlardan farklı davranılması ve iyileşmeleri durumunda; kişilikleriyle orantılı bireyselleştirme yöntemlerine başvurulması gerektiğini düzenlemiştir.

Koşullu salıverilmenin de bir bireyselleştirme vasıtası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu kurumun daha en baştan; kişilerin iyileştirme programlarına uyum sağlayarak ıslah olup olmadıklarına bakılmaksızın, bazı mahkûmlar için tamamen yasaklanmış olması, yasa koyucunun kendi benimsemiş olduğu anlayışla da bağdaşmamaktadır.

Koşullu salıverilmenin ne amaçla uygulanacağı ve bu kurumun genel esasları noktasında önemli bir metin olan 24 Eylül 2003 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “*Koşullu Salıverilme*” adlı tavsiye kararı konu bağlamında ayrıca ele alınmalıdır. Kararda koşullu salıverilmenin, hapis cezası mahkûmlarının hapisane hayatından; yasalara uyumlu bir hayata geçmeleri sürecinde onlara destek olmayı amaçladığı (m.3) ve hapis cezasının zararlı etkilerini azaltmak ve kişinin topluma tekrar kazandırılmasına destek olmak amacıyla, hukuk düzenlerinin *ömür boyu hapis cezasına mahkûm olanlar da dâhil* bütün mahkûmlara, koşullu salıverilme olanağını sunmaları gerektiği belirtilmiştir. (m.4)⁵⁰ Nitekim AİHM, vermiş olduğu bir kararda; sa-

⁴⁹ Yenidünya, s. 90.

⁵⁰ Recommendation Rec(2003)22 of The Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (Parole) Bkz. <https://rm.coe.int/16800ccb5d> (erişim tarihi:

lıverilme imkânı olmaksızın uygulanan ömür boyu hapis cezalarının, mahkûma suçunu telafi etme şansını hiçbir zaman sağlamadığını; kişi ne yaparsa yapsın veya ıslah yolunda ne kadar olağanüstü bir ilerleme göstermiş olursa olsun bu durumun, mevcut cezayı gözden geçirmeye imkân vermediğini belirtmiştir.⁵¹

Son olarak; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları gibi çok ağır insan hakları ihlallerine yol açan ve “uluslararası suç” işlediği için Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde (UCM) yargılanan kişiler açısından koşullu salıverilme imkânı ele alınmalıdır.⁵² UCM Statüsü’nde mahkemenin yargı yetkisinin tüm uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçlarla sınırlı olacağı belirtildikten sonra; bunların soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldırı suçu olduğu tahdidi olarak sayılmıştır. (m.6) Ancak uluslararası toplum açısından bu kadar ağır ve ciddi haksızlık içeriği olan suçlarda dahi; kişinin serbest kalma ümidinden mahrum bırakılarak ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmesi uygun görülmemiştir. Nitekim UCM Statüsü m.110’da; süreli hapis cezalarında cezasının 2/3’ünü, ömür boyu hapis cezalarında ise 25 yılını infaz kurumunda geçiren mahkûmun;

20.02.2018)

⁵¹ Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, no: 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 Temmuz 2013, par. 112.

⁵² Uluslararası ceza hukukunun en temel amacı, “uluslararası suç” işleyerek ağır insan hakkı ihlallerine yol açan kişilerin cezalandırılmalarını sağlamak olup; faillerin çoğu zaman kendi ülkeleri tarafından yargılanmak istememeleri nedeniyle uluslararası ceza mahkemelerinin kurulması gündeme gelmiştir. Bu alanda sürekli nitelikte olan Uluslararası Ceza Mahkemesi kuruluncaya kadar, geçici nitelikli uluslararası ceza mahkemeleri faaliyet göstermiş; İkinci Dünya Savaşı sonrasında Nuremberg Askeri Ceza Mahkemesi ve Tokyo Uzak-doğu Uluslararası Askerî Ceza Mahkemeleri ise bunların ilk örneklerini teşkil etmiştir. Daha sonra Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulan ‘Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ ve ‘Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’ tarihsel süreç içerisinde kurulan uluslararası ceza mahkemelerinin diğer örnekleridir. Nihayet 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında gerçekleşen Birleşmiş Milletler Roma Konferansı’nda sürekli faaliyet göstermesi amacıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bkz. Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Sakarya 2013, s. 240 vd; Fatih Karaosmanoğlu, İnsan Hakları, 2. Baskı, Denizli 2011, s. 144. Uluslararası ceza mahkemelerinin kuruluşuna dair tarihsel sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Meraklı, Uluslararası Ceza Divanı’nın Kuruluşu’na Kadar Geçen Süreçte Uluslararası Ceza Yargılamaları, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 32, Y. 2016, s. 87-117; Ali Şahin Kılıç, Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme, *AÜHFĐ*, C. 58, S. 3, Y. 2009, s. 618-624.

cezasında indirim yapılması gerekip gerekmediğine mahkeme tarafından karar verileceği belirtilmiştir.⁵³ Yine Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) statüsündeki benzer bir düzenlemeye göre; işlediği uluslararası suç nedeniyle yargılanıp hapis cezasına çarptırılan mahkûma; infazı gerçekleştiren devletin keyfiyeti mahkemeye bildirmesi üzerine, cezanın değiştirilmesi yahut cezanın affi imkânının tanınacağı belirtilmiştir. (m.28)⁵⁴ Dolayısıyla bu hükümlerden anlaşılacağı üzere; savaş suçu işleyen veya soykırım yapan bir fail söz konusu olduğunda dahi; ıslah amacından tamamen vazgeçmek çağdaş bir infaz sisteminde kabul görmemiş ve bu mahkûmların dahi bir gün serbest kalmalarına uluslararası ceza hukukunda imkân tanınmıştır.

Buradan hareketle ifade etmeliyiz ki; koşullu salıverilme, cezanın özel önleme amacı ile doğrudan ilgili bir infaz kurumu olarak failin normal bir hayata geçişini kolaylaştırmakta ve bu süreçte onun topluma kazandırılması amacına hizmet etmektedir.⁵⁵ Bu nedenle kurumla ilgili düzenleme yapılırken; işlenen suçun niteliği, hükümlenen ceza, tekerrür hali veya infaz kurumunda alınan disiplin cezası gibi hususlardan yola çıkarak yasaklama getirmek yerine; özel önlemenin ilkelerinden hareket edilmelidir. Kefaret ve genel önleme düşüncesi tek başına koşullu salıverilmenin yasaklanmasına zemin oluşturmamalıdır.⁵⁶

⁵³ Rome Statute of the International Criminal Court
Bkz. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (erişim tarihi: 20.02.2018)

⁵⁴ Statue of the International Tribunal for the Former Yugoslavia
Bkz. http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (erişim tarihi:20.02.2018)

Diğer geçici nitelikli uluslararası ceza mahkemesi statülerindeki benzer düzenlemeler için bkz. Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 66.

⁵⁵ Yenidünya, s. 90.

⁵⁶ Nitekim AİHM'in vermiş olduğu Öcalan-Türkiye kararına muhalefet şerhi yazan yargıç Pinto De Albuquerque, bu şerhinde; Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin, koşullu salıverilmeye ilişkin tavsiye kararlarına da atıfta bulunarak, koşullu salıverilme kurumuna ilişkin hususlar düzenlenirken öncelikle ve hususiyetle özel önlemenin esaslarından hareket edilmesi gerektiğini, genel önlemeye ilişkin değerlendirmelerin, tek başına koşullu salıverilmenin reddine ve kişinin hapiste kalmasına gerekçe olamayacağını belirtmiştir. Bkz. Öcalan-Türkiye no: 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07, 18 Mart 2014, Yargıç Pinto De Albuquerque'nin kısmi muhalefet şerhi, par. 14.

III. "Umut Hakkı" Çerçevesinde Koşullu Salıverilme Yasakları

A. Genel Olarak

Fiilen ve hukuken hafifletilebilir olmayan müebbet hapis cezaları bağlamında; ilk olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları ile gündeme gelen, daha sonra AİHM'in **ıçtıhatları ile desteklenen ve** literatürde kendine yer bulan "*umut hakkı*"na da ayrıca değinmek gerekir. Zira doğrudan veya dolaylı olarak kişinin ölünceye kadar infaz kurumunda kalmasına sebebiyet veren koşullu salıverilme yasakları, AİHS m.3 çerçevesinde "*umut hakkı*" ile bağdaşmayan neticelere yol açabilmektedir.

Umut hakkına ilişkin incelenmesi gereken ilk karar, yukarıda anılan Alman Anayasa Mahkemesi'nin "*Life Imprisonment*" adlı davada vermiş olduğu 21 Haziran 1977 tarihli kararıdır. Burada; ömür boyu hapis cezası uygulamalarının, daha sonraki bir tarihte özgürlüğüne kavuşması için mahkûma; somut, gerçekçi ve ulaşılabilir bir şans tanıdığı durumlarda ancak mümkün olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca kişiliklerindeki gelişim göz ardı edilerek mahkûmların bir gün özgür kalma umutları tamamen ellerinden alındığında; devletin insan onurunun özüne ağır bir darbe vurmuş olacağı ifade edilmiştir.⁵⁷

Yine yukarıda bahsi geçen Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1986 tarihli *War Criminal* davasında; çocuklar ve hamile kadınların da içinde olduğu 50 kişiyi gaz odalarında ölüme göndermesi nedeniyle ömür boyu hapis cezasına mahkûm olan bir Nazi yetkilisinin koşullu salıverilme talebi incelenmiştir. 22 yıl boyunca hapis cezası infaz edilen mahkûm, 88 yaşına geldiğinde koşullu salıverilme talebinde bulunmuş ancak bu talebi Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi tarafından reddedilmiş ve gerekçe olarak da suçun ağırlığı (*the gravity of the crime*) gösterilmiştir. Önüne gelen uyuşmazlıkta ise Federal Mahkeme; "*Life Imprisonment*" davasına da atıfta bulunarak; suçlunun serbest kalma umudundan tamamen mahrum bırakılmaması gerektiğini, ömür boyu hapis cezaları da dâhil olmak üzere tüm cezaların nihai amacının suçlunun rehabilitasyonu ve resosyalizasyonu olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, 1983 tarihli *Prison Furlough* davasında verdiği ka-

⁵⁷ Kommers/Miller s. 366; Bruszt, s. 32-33; Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 69.

rardan alıntı yaparak; eğer Alman Anayasası'nda öngörülen değerler düzeni korunacaksa, suçun ağırlığı veya barbarlığına rağmen; hiçbir suçlunun insan onurundan yoksun bırakılmaması gerektiğini vurgulamış ve "Life Imprisonment" kararında olduğu gibi bu tür bir cezalandırmanın insan onuruyla bağdaşmayacağına işaret etmiştir.⁵⁸

Nitekim AİHM'in, Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları ışığında oluşturduğu istikrarlı içtihatlarına göre de; yetişkin bir kişinin mahkûm olduğu müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, infazın herhangi bir aşamasında yapılacak olan değerlendirme sonucu hukuken (*de jure*) ve fiilen (*de facto*) "indirilebilir" nitelikte değilse ve bu nedenle kişi, bir gün serbest kalma umudundan mahrum edilerek ölünceye kadar devam edecek bir infaz rejimi ile karşı karşıya bırakılmışsa; bu durum, sadece mahkûmun ıslahı amacının tamamen inkârı anlamına gelmeyecek, aynı zamanda AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı"nın ihlalinin gündeme getirecektir.⁵⁹ Dolayısıyla uluslararası hukukta bir *jus cogens* (emredici) kural olan AİHS m.3'ün gereği olarak; sözleşmeye taraf olan her devlet; ömür boyu hapis cezasına çarptırılan her mahkûmun, bir gün salıverileceğini umut etmesine imkân sağlamalı, yani onlara umut hakkı tanınmalıdır.⁶⁰ Dolayısıyla mevzuatında ve fiili uygulamalarında; ömür boyu hapis cezası mahkûmlarını bu haktan mahrum bırakan her taraf devlet, "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı"nın ihlal etmiş olacaktır.

Belirtmemiz gerekir ki; AİHM'in istikrar kazanmış içtihatlarında vurgulandığı üzere; yetişkinlerin sadece ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaları, salt bu nedenle 3. maddenin ihlalinin oluşturulmamaktadır. Ancak hükmedilen müebbet hapis cezasının "indirile-

⁵⁸ Kommers/Miller, s. 396.

⁵⁹ Kafkaris-Kıbrıs, no. 21906/04, 12 Şubat 2008; Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, no. 66069/09, 130/10, 3896/10, 9 Temmuz 2013; Harkins ve Edwards-Birleşik Krallık, no. 9146/07, 32650/07, 17 Ocak 2012; Trabelsi-Belçika, no. 140/10, 4 Eylül 2014; Öcalan-Türkiye, no: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18 Mart 2014; Iorgov-Bulgaristan, no. 36295/02, 2 Eylül 2010.

⁶⁰ Uluslararası hukukta, Jus Cogens kuralları diğer uluslararası hukuk kurallarından ayıran hususlar hakkında bkz. İrem Karakoç, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural(Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Yaklaşım" *DEÜHFD*, Cilt: 8, Sayı: 1, Y. 2006, s. 87-122; Erdem Denk, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, Y. 2006, s. 43-70.

mez" olduğu noktada ihlal gündeme gelebilmektedir.⁶¹ Diğer yandan bir ömür boyu hapis cezasının "indirilemez" olarak nitelendirilebilmesi için, mahkûmun herhangi bir şekilde serbest kalma umudu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer ki müebbet hapis cezası; başka bir cezaya dönüştürme, infazı askıya alma, infazı son erdirmeye veya şartla salıverilme yöntemlerinden biriyle infazın herhangi bir aşamasında gözden geçirilebiliyorsa; bununla AİHS m.3'ten doğan yükümlülüğün yerine getirilmiş olduğu kabul edilmelidir.⁶² Faile, bu sayılan imkânlar ile serbest kalma umudunun verilmiş olması, müebbet hapse mahkûm olan herkesin kayıtsız şartsız bu yöntemlerden biri ile salıverilmesi gerektiği anlamına da gelmeyecektir. Zira şartları yerine getirmeyen mahkûmların, pratikte ölünceye kadar infaz kurumunda kalacak olmaları m.3'ün ihlalini oluşturmayacaktır. Dolayısıyla 3. madde ile ifade edilen yasağın ortaya koyduğu amaç bakımından; ömür boyu hapis cezasının, infazın herhangi bir aşamasında gözden geçirilmesi sonucunda fiilen ve hukuken indirilebilir olması yeterli sayılacaktır.⁶³

AİHM için önem arz eden husus; infazın herhangi bir aşamasında kişinin muhakkak serbest kalması değil, mahkûm olduğu cezayı bir gün serbest kalacağı ümidiyle çekmesidir.⁶⁴ Hükümlünün ömür boyu hapis cezasını gözden geçirmeye imkân sağlayan devlet; failin toplum açısından hâlihazırda tehlikeliliğini koruduğu gerekçesiyle tahliye talebini reddedebilir. Zira mahkûmların uzun süre infaz kurumunda kalmış olmaları, devletlerin toplumu koruma yükümlülüğünü zayıflatmayacağından; bu yükümlülük, mahkûmların tehlikeliliği de-

⁶¹ Kafkaris-Kıbrıs par. 97; Iorgov-Bulgaristan, par. 49; Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 106-107; Öcalan-Türkiye, par. 193-194; Trabelsi-Belçika, par. 112.

Dolayısıyla mahkeme bu yaklaşımı ile ömür boyu hapis cezalarının bizatihi mevcudiyetinin insan haklarına aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle tamamen kaldırılmaları gerektiği şeklinde doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülen görüşe itibar etmemiştir. Müebbet hapis cezasının ilga edilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar ve ayrıca karşılaştırmalı hukukta ve özellikle Avrupa ülkelerinde müebbet hapis cezalarına ilişkin mevcut durum hakkında bkz. Fatma Karakaş Doğan, "Müebbet Hapis Cezası ve Cezanın Amacı", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 47-69; Taşkın, s. 29-60.

⁶² Kafkaris-Kıbrıs, par. 98; Iorgov-Bulgaristan, par. 50; Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 109; Öcalan-Türkiye, par. 196; Trabelsi-Belçika, par. 113.

⁶³ Kafkaris-Kıbrıs, par.98; Iorgov-Bulgaristan, par. 50; Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 108; Öcalan-Türkiye, par. 195; Trabelsi-Belçika, par. 113.

⁶⁴ Öncü, s. 24.

vam ettiği sürece onları tahliye etmeyerek yerine getirilebilir. Özellikle kasten öldürme ve diğer kişilere karşı işlenen ağır suçlar açısından, mahkûmun tahliyesi değerlendirilirken bu durum göz önünde bulundurulabilir.⁶⁵

Belirtilen sebeplerle, AİHM'in AİHS m.3 ile uyumlu bir infaz rejiminden beklediği, müebbet hapis cezası mahkûmlarına hem bir gün tahliye olabilme imkânının tanınması hem de infazın herhangi bir evresinde bu cezanın gözden geçirilebilir olmasıdır.⁶⁶ Zira kefaret, caydırıcılık, toplumu koruma, rehabilitasyon gibi meşru cezai temelleri yani penolojik gerekçeleri olmadığı sürece bir mahkûm, özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Buna göre; hüküm tesis edildiği sırada mevcut olan ve cezalandırmaya esas teşkil eden bu meşru gerekçelerden biri, cezanın infazı sırasında ortadan kalkabilir veya cezaya meşruiyet kazandıran bu temeller arasındaki denge cezanın infazı sırasında bozulabilir. Cezanın artık haklı gerekçelere dayanmadığının tespiti ve cezalandırmanın temelleri arasındaki dengenin yeniden inşası ise; infaz sürecinin uygun bir noktasında cezanın gözden geçirilmesiyle mümkün olabilir.⁶⁷

Benzer uyuşmazlıklarla ilgili verilen AİHM kararlarında; ömür boyu hapis cezalarına ilişkin artık yerleşik hale gelen bu prensipler hatırlatıldıktan sonra, aleyhine başvuruda bulunulan devletin iç hukukunda; müebbet hapis cezası mahkûmuna, hukuken ve fiilen serbest kalma umudu tanınıp tanınmadığı tespit edilerek bir sonuca ulaşılmaktadır.⁶⁸ Bu bağlamda; *Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık* kararı, hafifletilemeyen ömür boyu hapis cezalarına ilişkin AİHM'in yerleşik içtihadının oluşması evresinde çok önemli bir yere sahiptir.⁶⁹ Kararda tespit edildiği üzere; İngiltere ve Galler'de ölüm cezasının kaldırılması sonrasında; kasten öldürme suçu faillerinin cezası ömür boyu hapis cezası olarak düzenlenmiş, bu cezaya mahkûm olan kişinin ne kadar süre sonra koşullu salıverilmeden yararlanabileceğine ilişkin olarak da

⁶⁵ Bkz. *Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık*, par. 108. Dolayısıyla bu tehlikelilik değerlendirmesi, en başta hükmün verildiği sırada değil; infaz sürecindeki yeniden bir gözden geçirmeyle yapıldığı takdirde, AİHS m.3 çerçevesinde bir sorunla karşılaşmayacaktır.

⁶⁶ A.g.k. par. 110.

⁶⁷ A.g.k. par. 111.

⁶⁸ Öncü, s. 20; Kafkaris-Kıbrıs, par. 103; Iorgov-Bulgaristan, par. 54-60.

⁶⁹ Öncü, s. 21-22.

hâkimin bir asgari süre belirlemesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.⁷⁰ Ancak suçun ciddiyetinin yani ağırlığının son derece yüksek olduğu bazı istisnai durumlarda; mahkemenin, asgari bir süre belirleme yerine, koşullu salıverilme olanağını tamamen ortadan kaldırır nitelikte bir ömür boyu hapis cezasına (*a whole life order*) da hükmedebileceği iç hukukta öngörülmüştür.⁷¹ Başvurucular ise; işte bu kapsamda koşullu salıverilme imkânı ortadan kaldırılarak ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş (*a whole life order*) ve cezaları bu haliyle temyiz mahkemesi tarafından onaylanmış olup; böyle bir cezanın AİHS m.3'ün ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir.

Uyuşmazlığı inceleyen AİHM, Birleşik Krallık'taki 1997 tarihli Suç (Cezalar) Yasası'nın 30. maddesi gereği; devlet bakanına tanınan tahliye yetkisinin, tüm hapis cezası mahkûmları gibi "*a whole life order*" cezası mahkûmlarını da kapsadığını kabul etmiştir.⁷² Devamında mahkeme, Birleşik Krallık'ta; 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası ile kamu otoritelerinin yetkilerini kullandıkları sırada AİHS ile uyumsuz hareket etmelerinin hukuka aykırı sayıldığını da kabul etmiştir. Bu haliyle bakıldığında aslında devlet bakanına sadece bir tahliye yetkisi tanınmadığı; ayrıca bu yetkinin 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası hükümleri gereği, AİHS m.3 ile de uyumlu olarak icra edilmesi gerektiğinin iç hukukta düzenlenmiş olduğunu vurgulamıştır. Dolayısıyla 30. maddede devlet bakanına tanınan yetki İnsan Hakları Yasası ile beraber ele alındığında ve tahliye yetkisi bu çerçevede yorumlanarak uygulandığında; başvurucuların cezalarının indirilemez nitelikte olduğu söylenemeyeceğinden dolayı 3. madde anlamında bir ihlal de gündeme gelmeyecektir.⁷³

⁷⁰ Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık, par. 12.

⁷¹ A.g.k. par. 12.

Dolayısıyla Birleşik Krallık'ta iki tür ömür boyu hapis cezası uygulanmakta; bunlardan birine göre daha hüküm verildiği sırada hâkim asgari bir süre belirleyerek o sürenin sonunda cezanın yeniden gözden geçirileceğini karara bağlarken, başvurucuların durumunda olduğu gibi hâkim bazı durumlarda ise; asgari bir süre belirlemeyerek mahkûmun hapis cezasının ömür boyu devam edeceği bir infaz rejimine de karar verebilmektedir. İncelenen kararda bu ikinci tür cezadan "*a whole life order*" şeklinde bahsedilmektedir.

⁷² "*A whole life order*" cezası mahkûmlarının tahliye olabilmeleri, 1997 tarihli Suç (Cezalar) Yasası m.30'a göre; devlet bakanına tanınan tahliye yetkisinin kullanılması ile ancak mümkün olabileceğinden; AİHM'in kararında da, bu yetkiye ilişkin mevzuat hükümleri ve Bakanlık uygulamasının AİHS m.3'ün gereklerini yerine getirip getirmediği tartışılmakta yani böyle bir yetki ile mahkûmlara gerçekten bir "*umut hakkı*" verilip verilmediği ele alınmaktadır.

⁷³ A.g.k. par. 125.

AİHM iç hukuk tespiti sırasında; tahliye yetkisine ilişkin yargı mercilerinin yaklaşımını da değerlendirmiş ve bu kapsamda daha önce *Bieber* davasında verilen temyiz mahkemesi kararını ele almıştır. Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi "*a whole life order*" cezasını AİHS m.3 çerçevesinde değerlendirmiştir. Temyiz Mahkemesi; 30. maddede belirtilen yetkinin varlığı nedeniyle "*a whole life order*" cezasının "*indirilemez*" nitelikte olmadığını ancak bu yetkinin AİHS m.3 ile uyumlu olarak kullanılması gerektiğini ve eğer ki mahkûma verilen ömür boyu hapis cezası insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olacak seviyeye gelmişse; artık bu yetkinin kullanılmasını gerektiren bir sebepten bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁴

Yasal düzenlemeleri ve yargının yaklaşımını ele alan AİHM, tahliye yetkisinin kullanılma usulüne ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu çerçevede yetkinin kullanılmasında hangi kriterlere göre hareket edileceğini düzenleyen Cezaevi Hizmet Kararnamesi'nin kısıtlayıcı hükümlerinden hareketle bu sefer iç hukukun yeterli açıklığa sahip olmadığına karar vermiştir. Zira yetkili bakanlık tarafından düzenlenen Cezaevi Hizmet Kararnamesi'nde; tahliyeye ancak bir mahkûmun ölümcül hasta veya fiziksel olarak kısıtlı olması durumunda karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, yasada tanınan tahliye yetkisine ilişkin Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin *Bieber* davasında ortaya koyduğu yaklaşıma rağmen; bu kararnamede herhangi bir değişikliğe gidilmediği vurgulanmıştır. Dolayısıyla tahliye talebine ilişkin yapılacak bir başvuruda; Bakanlığın, 30. maddedeki yetkisini kullanırken Kararname'deki kısıtlayıcı hükümleri mi yoksa İnsan Hakları Kanunu ışığında Temyiz Mahkemesi'nin *Bieber* davasında ortaya koyduğu tespitleri mi göz önünde bulunduracağı konusunda bir belirlilik yoktur.⁷⁵

Buradan hareketle AİHM, yasal düzenlemelere ve Temyiz Mahkemesi'nin yaklaşımına rağmen kararnamedeki hükümlerin çok kısıtlayıcı olduğu, bu haliyle iç hukuk hükümlerinin birbiriyle çeliştiği ve "*a whole life order*" cezası mahkûmları için artık yeterli bir gözden geçirme mekanizmasının mevcut olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Bu sebeplerle başvuruya konu ömür boyu hapis cezalarının indirilebilir olduğu söylenemeyeceğinden, AİHS m.3'te yer alan "*insanlık dışı ya da*

⁷⁴ A.g.k. par. 49 ve 125.

⁷⁵ A.g.k. par. 129.

aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı"nın ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁶

⁷⁶

A.g.k. par. 130.

Ancak Vinter ve Diğerleri-Birleşik Krallık kararından sonra benzer bir başvuruya ilişkin AİHM'in 4. Dairesi, doktrinde çok tartışılan bir karar vermiştir. (Hutchinson ve Birleşik Krallık, no:57592/08, 5 Ocak 2015.) Vinter davasında olduğu gibi burada da başvuru, koşullu salıverilme imkânı ortadan kaldırılarak ömür boyu hapis cezasına (a whole life order) çarptırılmış olduğunu, yargı mercileri ile idareye tanınan sınırlandırılmış takdir yetkisi birlikte ele alındığında iç hukuktaki tahliye mekanizmasının çok belirsiz bir serbest kalma imkânı tanıdığını ve bunun Vinter'da belirtilen standartları yerine getirmediğini ileri sürmüştür. (par. 16.) Ancak 4. Daire; Vinter kararında ihlale gerekçe olarak gösterilen ve Cezaevi Hizmet Kararnamesinin kısıtlayıcı hükümleri ile ortaya çıkan "umut hakkı"na ilişkin iç hukuk belirsizliğinin, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin 18.02.2014 tarihli, R v. Newell; R v. McLoughlin [2014] EWCA Crim 188 kararı ile ortadan kalktığını ve bu haliyle başvurucuya verilen a whole life order cezasının AİHS m.3 çerçevesinde ihlal oluşturmadığını kabul etmiştir. (par. 22-26.) AİHM'in Vinter'da ortaya koyduğu yaklaşımını değiştirmesine sebep olan Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin, R v. Newell; R v. McLoughlin kararını önemine binaen orijinal metni üzerinden incelemenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

R v. Newell; R v McLoughlin davasında mahkeme, AİHM'in Vinter kararından sonra ve o karar ışığında; "a whole life order" cezasına çarptırılan Lee William Newell isimli bir mahkûmun temyiz başvurusunu ele almakla birlikte ayrıca; 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nun yargı mercilerine, AİHS hükümleri ile uyumlu hareket etme yükümlülüğü getirmiş olmasından bahisle Ian McLoughlin adlı sanığın yargılandığı davada verilen yerel mahkeme kararını da incelemiştir. Yerel mahkeme temyize konu olan bu kararda; Vinter'dan sonra artık a whole life order cezasına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir. Yani Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi; adından da anlaşılacağı üzere; R v. Newell; R v McLoughlin kararında iki farklı başvuruyu beraber incelemiştir. ([2014] EWCA Crim 188, par. 3.) Kararın orijinal metni için bkz. <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/r-v-mcloughlin-and-r-v-newell.pdf>, (erişim tarihi: 20.02.2018))

Temyiz mahkemesi; AİHM'in Vinter'da yaptığı değerlendirmeleri sıraladıktan sonra; Vinter kararındaki ihlal gerekçesine katılmadığını ifade etmiş (par. 29.) ve Birleşik Krallık iç hukukunun ömür boyu hapis cezalarının indirilebilirliği konusunda neden bir belirsizlik göstermediğini açıklamaya gayret etmiştir. (par. 29-36.) Buna göre kararda; Bieber davasında da ifade edildiği üzere; devlet bakanına tanınan tahliye yetkisininin AİHS m.3 ile uyumlu bir şekilde kullanılmasının iç hukukta bir zorunluluk olduğu, bu kararnamedeki kısıtlayıcı hükümlerin değiştirilmemiş olmasının iç hukukta bir sonuç doğurmayacağı, kararnamedeki hükümlerin özel bazı durumlara ilişkin olduğu, devlet bakanının kararnamede yer almayan durumlarda da tahliye taleplerini değerlendirme yetkisinin olduğu ve bu hükümler ile tahliye yetkisine bir kısıtlama getirilmediği, dolayısıyla yetkili bakanın, sadece kararnamede yer alan hükümlerden hareket ederek takdir yetkisini kullanmaktan imtina edemeyeceği belirtilmiş ve tahliye yetkisinin bu şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilerek; nihayet ömür boyu hapis cezasının devamını haksız kılacak durumlarda Birleşik Krallık'ın kişilere "umut" veya "salıverilme imkânı" tanıdığı vurgulanmıştır. (par. 29-36.)

Bu gerekçelerle Temyiz Mahkemesi, iç hukukta Vinter kararı sonrasında da"a

“*Umut hakkı*” kapsamında; ülkemizi ilgilendiren belki de en önemli karar, Öcalan-Türkiye (no.2) kararıdır.⁷⁷ Öcalan 29 Haziran

whole life order” cezası verilmesinin önünde herhangi bir engel olmadığını belirterek; “a whole life order” cezasına artık hükmedilemeyeceğinden bahisle sanık McLoughlin hakkında 40 yıllık asgari süre belirleyen ilk derece mahkemesinin kararını iptal ederek bu cezayı “a whole life order” cezasına dönüştürmüştür. (par. 50.) Aynı zamanda mahkeme Newell’in temyiz başvurusunu da reddetmiştir. (par. 58.) Zira mahkemeye göre; “a whole life order” cezası iç hukukta “indirilebilir” niteliktedir.

İşte AİHM’in 4. dairesi de Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi’nin R v. Newell; R v. McLoughlin [2014] EWCA Crim 188 kararındaki değerlendirmelerini göz önünde bulundurarak, bu karar doğrultusunda “umut hakkı”na ilişkin iç hukuk belirsizliğinin artık ortadan kalktığına ve bu çerçevede “a whole life order” cezasının sözleşmenin 3. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir. (Hutchinson-Birleşik Krallık, par. 26.)

Vinter içtihadında AİHM, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi’nin Bieber davasında verdiği karara rağmen; Cezaevi Hizmet Kararnamesi’nin kısıtlayıcı hükümlerinin değiştirilmediğini ve bu haliyle iç hukukun; umut hakkı bağlamında belirsizlik arz ettiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte; Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi’nce verilen ve Bieber kararıyla büyük benzerlik gösteren McLoughlin kararından sonra ise; AİHM, kararnamedeki kısıtlayıcı hükümlerin hala değiştirilmemiş olmasına rağmen iç hukuk belirsizliğinin ortadan kalktığı sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın, indirilebilir olmayan müebbet hapis cezaları hakkında bir devrim sayılan Vinter’den sonra, bir karşı devrim olduğu ileri sürülmekte ve McLoughlin kararından sonra iç hukukun daha belirsiz hale geldiği ifade edilmektedir.

Bkz. Kanstantsin Dzehtsiarou, “Hutchinson v UK: The Right to Hope (revisited)...” (posted by Antonie Buyse) <http://echrblog.blogspot.com.tr/2015/02/hutchinson-v-uk-right-to-hope-revisited.html>, (erişim tarihi: 20.02.2018); Dikmen, s. 205.

4. Daire’nin bu kararı yakın bir tarihte AİHM’in Büyük Dairesi önüne gelmiş ve 17.01.2017 tarihinde aynı gerekçelerle onaylanmıştır. (Hutchinson-Birleşik Krallık, no. 57592, 17.01.2017, par. 70-73.) Buna göre; Büyük Daire yürürlükte bulunan yasa ile yayınlanmış resmi politika (yani cezaevi hizmet kararnamesi) arasındaki tutarsızlık nedeniyle iç hukukta orta çıkan ve Vinter’da tespit edilen belirsizliğin McLoughlin kararı ile giderildiğini, (par.70.) ve bu haliyle artık Birleşik Krallık’taki bütün ömür boyu hapis cezalarının sözleşmenin 3. maddesine uygun şekilde “indirilebilir” olarak değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. (par. 72.) Dolayısıyla; 4. Daire’nin kararından sonra doktrinde ifade edilen eleştirilerin Büyük Daire’nin bu kararı sonrasında da aynen geçerli olduğunu düşünüyoruz.

⁷⁷ Öcalan-Türkiye (no.2), no: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18 Mart 2014. Abdullah Öcalan’ın gözaltına alındığı günden beri vekilleri, farklı konulardaki ihlal iddialarına ilişkin defalarca AİHM’e başvuruda bulunmuştur. Bu başvuruların ilki, Öcalan’ın gözaltına alındığı ilk gün olan 16 Şubat 1999 tarihinde yapılmış ve bu başvuru 12 Mayıs 2005 tarihinde Büyük Daire tarafından işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir karar ile sonuçlandırılmıştır. Öcalan’ın vekilleri daha sonra 2003, 2004, 2006 ve 2007 yıllarında yine farklı konulara ilişkin şikâyetleri ile AİHM’e başvuruda bulunmuş, mahkeme ise; 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07 numaralı başvuruları birleştirerek hepsini tek dosyada incelemiş ve nihayet çalışmamıza konu olan

1999 yılında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından; Türkiye Devleti'nin topraklarından bir kısmını ayırmaya yönelik eylemler gerçekleştirmekten ve bu amaç için kurulmuş bir silahlı terör örgütünün lideri olmaktan suçlu bulunmuş ve ölüm cezasına çarptırılmıştır. Mahkemece, başvuranın verdiği emir ve talimatlar çerçevesinde gerçekleştirilen çeşitli silahlı saldırılar, bomba saldırıları ve sabotaj eylemleri sonucunda; binlerce sivil, asker, polis memuru, köy korucusu ve devlet memurunun hayatını kaybettiği tespit edilerek, burada ölüm cezasının ömür boyu hapis cezasına çevrilmesine izin veren hafifletici koşulların var olmadığına karar verilmiştir.⁷⁸ Temyiz mahkemesi tarafından onaylanan bu ceza, TBMM tarafından ölüm cezalarının barış zamanında uygulanmasına son verilmesi üzerine; Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından 3 Ekim 2002 tarihli bir kararla ömür boyu hapis cezasına çevrilmiştir. 20 Şubat 2006'da ise Türkiye, her koşulda ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin 13 numaralı Protokolü onaylamıştır.⁷⁹

AIHM, Öcalan davasında; ömür boyu hapis cezalarına dair yaklaşıma ilişkin genel prensipleri hatırlattıktan sonra Öcalan'ın ömür boyu hapis cezasının indirilebilir olup olmadığına ilişkin incelemesinde; yukarıda yer verdiğimiz CGTİHK m.107/16 hükmünü ele almıştır.⁸⁰ Yaptığı değerlendirmeler sonucunda mahkeme; bu hüküm ile devlet güvenliğine karşı işlenmiş bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılan başvurucunun, meşru penolojik gerekçelere dayanan koşullu salıverilme imkânından açıkça yasaklandığı ve bu haliyle Türkiye'de yürürlükte olan mevzuatın Öcalan'a serbest kalma imkânı tanımadığı sonucuna ulaşmıştır.⁸¹

Öcalan-Türkiye (no.2) kararı ile bu başvurular sonuçlandırılmıştır. Dolayısıyla makaleye konu olan bu karar Öcalan hakkında verilen ikinci karardır. Bkz. Öncü, s. 3.

⁷⁸ Öcalan-Türkiye, (no.2) par. 9.

⁷⁹ A.g.k. par. 10-12-13.

⁸⁰ A.g.k. par. 193-198.

"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." (CGTİHK m.107/16)

⁸¹ A.g.k. par.202.

Türk hukukunda; mahkûmun hastalığı veya yaşlılığı durumlarında Cumhurbaşkanı'na kişiyi serbest bırakma yetkisinin tanındığını kabul eden AİHM,⁸² bu tür insani amaçlarla serbest bırakmaya ilişkin hükümlerin, meşru penolojik sebeplerle serbest bırakılmanın ortaya koyduğu perspektifi karşılamadığını belirtmiş ve konuya ilişkin *Vinter* kararındaki değerlendirmelere atıf yapmıştır.⁸³ Ayrıca mahkeme Türk hukukuna göre; büyük sosyal problemleri çözme adına, zaman zaman kısmi veya genel af çıkarılabileceğinin mümkün olduğunu ancak bu hükümlerin de serbest kalma imkânının varlığı için aranan standartları karşılamadığını belirtmiştir.⁸⁴ Sonuç olarak mahkeme, Öcalan'a verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının; AİHS m.3 ile ortaya konan amaç bakımından "*indirilebilir*" olarak kabul edilemeyeceğini belirterek, "*insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı*"nın ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

B. Suçluların İadesi Bağlamında

AİHM'in yukarıda verilen yerleşik içtihatlarından da anlaşılacağı üzere; AİHS m.3 çerçevesinde sözleşmecî devletler, ömür boyu hapis cezasını gerektiren durumlarda; hastalık veya sakatlık gibi insani nedenlerle değil, cezalandırmaya esas olan penolojik gerekçelerle, kişilere bir gün serbest kalma imkânı tanımakla yükümlüdür. Peki, AİHS

⁸² Kararda bahsedilen Cumhurbaşkanı'nın af yetkisi, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu maddeye göre; Cumhurbaşkanı, "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek ve kaldırmak" yetkisine sahiptir. Bu özel af prosedürü, aftan yararlanmak isteyen hükümlünün ya da vekilinin Cumhuriyet Savcılığı'na müracaatı üzerine başlatılmakta ve Adli Tıp Kurumu'nun sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hallerinden birinin bulunduğu karar vermesi halinde, durum, Adalet Bakanlığı tarafından Cumhurbaşkanının takdirine sunulmaktadır. Cumhurbaşkanı, Adli Tıp Kurumu'nun raporuna rağmen af yetkisini kullanmama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bkz. <https://www.tccb.gov.tr/cumhurbaşkanligi/sss/> (erişim tarihi: 20.02.2018)

⁸³ A.g.k. par.203; "Umut hakkı"nın gereği olan, penolojik gerekçelerle tahliye edilme imkânından anlaşılması gereken; kefare, caydırıcılık, toplumu koruma, rehabilitasyon gibi cezalandırmanın meşru temelleri arasındaki dengenin bozulması veya bu gerekçelerin artık geçerliliğini kaybetmesi üzerine mahkûmun salverilmesi ihtimalidir. Bu sebeple AİHM, *Vinter*'de olduğu gibi Öcalan kararında da; sadece yaşlılık, sakatlık, hastalık gibi insani gerekçelerle sağlanan tahliye imkânı ile AİHS m.3'ten doğan yükümlülüğün yerine getirilemeyeceğine hükmetmiştir.

⁸⁴ A.g.k. par. 204.

⁸⁵ A.g.k. par. 206-207.

m.3'ten doğan bu yükümlülük; sadece taraf devletlerin iç hukukunu "umut hakkı"na imkân veren bir şekilde tanzim etmeleriyle yerine getirilmiş olur mu? Yani, iç hukukunu m.3'e uygun biçimde düzenleyen bir sözleşmeci devlet, AİHM'e konu olan bir uyuşmazlıkta; bir başka devletin "indirilemez" nitelikte ömür boyu hapis cezası uygulamalarından sorumlu olmadığını ileri sürebilir mi? Bu soruların cevabından önce AİHM'in yer ve konu bakımından yetkisini izah etmek gerekir.

AİHS m.1 gereği aslında sözleşmeci devletlerin sorumluluğu; kendi yetki alanları içinde herkesin, sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlamaktır. AİHM ise; taraf devletlerin bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini denetlemek amacıyla kurulmuş bir mahkemedir. (AİHS m.19) Yani mahkemenin konu itibarıyla yetkisi sözleşme ve ek protokollerle düzenlenen hakların korunması iken; yer bakımından yetkisi ise taraf devletlerin egemenlik alanı ile sınırlandırılmıştır. Buna göre; sözgelimi taraf devletlerden birinin sözleşme ve ek protokollerde yer almayan bir hakkı ihlal ettiğine ilişkin başvuruyu mahkeme inceleyemeyeceği gibi, sözleşmeye taraf olmayan bir devletin sözleşmedeki haklardan birini ihlal ettiği gerekçesiyle de mahkemeye başvurulamayacaktır.⁸⁶ Nitekim bireysel başvurulara ilişkin 34. maddede; bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan hakların sözleşmeci devletler tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişinin mahkemeye başvurabileceği belirtilerek, aslında mahkemenin konu ve yer bakımından yetkisi de ifade edilmiş olmaktadır. (AİHS m.34)

Bununla birlikte AİHM tarafından benimsenen *dinamik yorum ilkesi*⁸⁷ ile sözleşme yaşayan bir belgeye dönüşmekte, değişen toplumsal

⁸⁶ Mahkemenin konu ve yer bakımından yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi ve bu yönlerden yetkisiz olduğuna ilişkin verdiği örnek kararlar için bkz. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Ankara 2011, s. 49-54.

⁸⁷ Dinamik yorum, AİHM'in sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin içeriğini tespit ederken başvurduğu, sözleşmeye özgü yorum yöntemlerinden biridir. Buna göre sözleşmeyi anlamak için, sözleşmenin sürekli geliştiği ve dinamik bir biçimde ele alınması gerektiğinin kabulü gerekir. Bu yorum yöntemiyle AİHM, sözleşmede yer almayan yeni haklar ihdas etmemekte ancak sözleşmede tanınan hakların korunmasını da bu içtihatlarla sürekli olarak genişletmek suretiyle, sözleşme hükümlerinin, hangi şartlarda, sözleşmeyi hazırlayanların öngörmediği alanlarda da uygulanabileceği belirlenmektedir. Gelişmeci yorum metodu olarak da adlandırılan bu yöntem ile AİHM, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri,

beklentilere cevap vermekte ve bu ilke sayesinde ortaya çıkan “*dolaylı koruma*”⁸⁸ tekniği ile mahkemenin konu ve yer bakımından yetkisi genişlemektedir. Mesela; sözleşmenin haklar bölümünde asgari bir emeklilik maaşı veya diğer sosyal ödemelere ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak AİHM Larioshina/Russia kararında, asgari bir yaşam düzeyi sürdürmek için yetersiz kalan bir emeklilik maaşı veya diğer sosyal ödemelerin 3. maddede yer verilen “*insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağı*” bağlamında sorun teşkil edebileceğini belirterek, bu sosyal hakları da dolaylı koruma mekanizması ile konu bakımından yetkisinin kapsamına alabilmektedir.⁸⁹

Bir yabancı başvuruçunun iadesini konu alan meşhur *Soering* kararında da dolaylı koruma mekanizması devreye girmiş ve bu sefer sözleşmenin uygulanmasını yer bakımından da genişleten bir içtihat ortaya konulmuştur.⁹⁰ Mahkeme’nin önüne gelen olay ABD’nin Virginia eya-

günün şartlarına uyarlama imkânı elde etmektedir. Bkz. Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 27 Y. 2010, s. 118-120.

AİHM, dinamik yorum metodunu benimsediğini gösteren birçok kararında; sözleşmeyi yaşayan bir belge olarak nitelendirmiş ve günün şartlarına uygun olarak yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Tyrer-Birleşik Krallık, no. 5856/72, 25 Nisan 1978, par. 31; Marckx-Belçika, no. 6833/74, 13 Haziran 1979, par. 41; Airey-İrlanda, no. 6289/73, 9 Ekim 1979, par. 26; Rees-Birleşik Krallık, no. 9532/81, 17 Ekim 1986, par. 47; Cossey-Birleşik Krallık, no. 10843/84, 27 Eylül 1990, par. 35. Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu ve değişen koşullara uyarlanması gerektiği şeklindeki yorum metodu hakkında ayrıca bkz. J. G. Merrills, *The Development of International Law by European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1988, s. 72-74.

⁸⁸ Dinamik yorum tekniği ile ortaya çıkan dolaylı koruma ise; Sözleşme organlarına sözleşmede garanti altına alınan bazı hakların korunmasını, AİHS’de korunmayan hakları kapsayacak şekilde genişletme imkânı sağlamaktadır. Dolaylı koruma, Sözleşmenin uygulama alanını iki bakımdan etkilemiştir. Bu şekilde, sözleşmede yer alan hakların sözleşmeye taraf olmayan bir devlet tarafından ihlal edilmesi engellenmekle beraber, sözleşmenin açıkça korumadığı haklar da bu sayede korunarak hem yer hem de konu bakımından daha kapsamlı bir mekanizma oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bkz. Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*, Ankara 2012, s. 110-111.

⁸⁹ Ergül, s. 112; Larioshina-Russia, no. 56869/00, 23 Nisan 2002. AİHS’nin 3. 8. ve 13. maddelerinin dolaylı koruma çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin örnek komisyon ve AİHM içtihatları için bkz. Jean-François Renucci, *Introduction to the European Convention on Human Rights: The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism*, Strazbourg 2005, s. 90-95.

⁹⁰ *Soering-Birleşik Krallık*, no:14038/88, 7 Temmuz 1989.

letinde gerçekleşmiş olup; Bayan Halsom'a âşık olan Alman vatandaşı Soering, ilişkilerine karşı çıkmaları nedeniyle Halsom'ın anne babasını öldürdükten sonra İngiltere'ye kaçmış ve burada çek dolandırıcılığı suçuyla bağlantılı olarak tutuklanmıştır. ABD Hükümeti ise; Birleşik Krallık ile aralarında imzalanmış olan 1972 tarihli Suçluların İadesi Sözleşmesi'ne dayanarak, kişinin ülkelerine iadesini talep etmiştir.⁹¹ Soering davasında da AIHM, yapılan başvuru üzerine anılan iade talebinin sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir.

Soering, başvurusunda; eğer Birleşik Krallık tarafından iade talebi kabul edilirse; işlediği suçlardan dolayı ABD'de ölüm cezasına çarptırılacağını, ölüm cezasının temyizi ve gözden geçirilmesi evresinde, yani infaza kadar geçecek sürede, gerginlik ve psikolojik travmalara sebebiyet veren "ölüm koridoru" uygulamalarıyla karşı karşıya kalacağını, bu durumun AIHS m.3'te belirtilen "insanlık dışı muamele veya ceza yasağı"nı ihlal edeceğini ileri sürmüştür.⁹² Birleşik Krallık ise; sözleşmenin 3. maddesinin, bir Sözleşmecî devletin egemenlik yetkisi dışında meydana gelebilecek muhtemel eylemlerden dolayı kendisinin sorumlu tutulması şeklinde yorumlanmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Özellikle suçluların iadesinde; iade eden devletin yetkisi dışında kişinin uğrayabileceği insanlık dışı veya aşağılayıcı ceza veya muameleden dolayı, iade eden devletin sorumluluğunun gündeme gelemeyeceğini iddia etmiştir.⁹³ Mahkeme ise başvuranın iddialarını haklı bulmuş, iade talebinin kabul edilmesi durumunda kişinin 3. madde ile belirlenen eşiğin çok ötesinde bir muamele ile karşı karşıya kalmasının gerçek bir risk olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde yapılacak bir iadenin ise; 3. maddeye uygun olmayacağına hükmetmiştir.⁹⁴ Dolayısıyla kararda; İngiltere'nin, yapacağı bir iade ile doğrudan olmasa da dolaylı olarak 3. maddeyi ihlal edeceği kabul edilmiştir.⁹⁵ Görüldüğü üzere mahkeme, sözleşmenin uygulanmasını yer bakımından genişleten bir yaklaşım ortaya koymuş ve doktrinde "dolaylı koruma" kavramı özellikle bu karardan sonra kullanılmaya başlanmıştır.⁹⁶

⁹¹ Soering-Birleşik, Krallık, par. 11-14.

⁹² Soering-Birleşik Krallık, par. 105.

⁹³ Soering-Birleşik Krallık, par. 83.

⁹⁴ Soering-Birleşik Krallık, par. 111.

⁹⁵ Öncü, s. 26.

⁹⁶ Ergül, s. 111.

AİHM, 3. maddenin “indirilebilir olmayan ömür boyu hapis cezaları” ile ihlal edildiği durumlarda da; *Soering* kararındaki dolaylı koruma yaklaşımını sürdürmektedir. Zira iade edildiği ülkede kişiye serbest kalma imkânı tanınmadan ömür boyu hapis cezası uygulanacak ise; öncelikle iade eden devletin bu çerçevede nasıl hareket etmesi gerektiği ve hangi hallerde bu ihlalden sorumlu olacağı değerlendirilmelidir. Bu yönüyle; suçluların iadesi üzerine gündeme gelen “*umut hakkı*” ihlallerine ilişkin başvurular ile *Soering* kararına konu olan uyuşmazlık arasında benzerlik söz konusudur.⁹⁷ Nitekim Trabelsi/Belçika davasında; ABD’ye karşı El Kaide ile bağlantılı terör eylemlerinde bulunmakla suçlanan ve Belçika’da bir hapiste tutulan Tunus vatandaşı Nizar Trabelsi’nin Belçika tarafından ABD’ye iadesi değerlendirilmiştir.⁹⁸ Mahkeme, yapılan suçlamalardan kişinin ABD’de mahkûm olması halinde, indirimsiz ömür boyu hapis cezasına çarptırılabilir riskine rağmen; Belçika’nın Trabelsi’yi iade ederek, başvurunu böyle bir risk ile karşı karşıya bıraktığını ve bu şekilde 3. maddenin ihlaline ilişkin sorumluluğa kendisini dâhil ettiğini belirtmiştir.⁹⁹ Dolayısıyla AİHM, *Soering* davasında olduğu gibi burada da dolaylı ihlalin varlığını kabul etmiştir.¹⁰⁰

Son olarak Almanya tarafından Türkiye’ye yapılacak bir iadeye ilişkin Alman Anayasa Mahkemesi’nin yakın tarihli bir kararını, önemine binaen değerlendirmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Türkiye tarafından yapılan bu iade talebi, PKK’nın bölge liderlerinden olup, bazı bombalı saldırıları planlamakla ve emrini vermekle suçlanan bir Türk vatandaşını konu edinmektedir. Mahkeme kişinin eğer mahkûm olursa Türkiye’de ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile karşı karşıya kalacağını, bu cezanın askıya alınmasının yahut mahkûmun koşullu salıverilmesinin mevzuat gereği mümkün olmadığını, mahkûmun affının ise ancak kalıcı hastalık, sakatlık veya yaş sebebiyle mümkün

⁹⁷ Öncü, s. 26.

⁹⁸ Trabelsi-Belçika, par. 5-14.

⁹⁹ Trabelsi-Belçika, par. 135-139.

Bununla birlikte Belçika, Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiği için 60.000 Euro ve AİHM’de davanın devam ettiği sırada verilen ve iadenin yapılmamasını öngören ihtiyati karara rağmen Trabelsi’yi iade ederek etkin başvuruyu düzenleyen 34. maddeyi ihlal ettiği için de 30.000 Euro tazminatı Trabelsi’ye ödemeye mahkûm edilmiştir.

¹⁰⁰ Öncü, s. 27.

olabileceğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme; yerleşik içtihatlarda vurgulandığı üzere cezanın acımasız, insanlık dışı ve aşağılayıcı olmamasını, Alman anayasal düzeninin vazgeçilmez ilkelerinden biri olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre; insan onuru göz önünde bulundurulduğunda; ömür boyu hapis cezaları, ancak mahkûma sağlanan bir serbest kalma umudu ile kabul edilebilecektir. Bu haliyle uyuşmazlık ele alındığında; ölünceye kadar infazı öngörülen cezanın sadece failin sakatlığı veya ölümcül bir hastalığı durumunda hafifletilebilir olması, Alman anayasal düzeninin vazgeçilmez ilkelerini ihlal ettiğinden; Alman Anayasa Mahkemesi iadenin kabul edilebilir olduğuna hükmeden yetkili Yüksek Bölge Mahkemesi'nin kararını bireysel başvuru sonucunda hukuka aykırı bulmuştur.¹⁰¹

Netice itibariyle, başlangıçta sorduğumuz soruların cevabına gelecek olursak: taraf devletler, sadece iç hukuklarını umut hakkına imkân veren bir şekilde düzenlemekle, AİHS m.3'ten doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş kabul edilmemelidirler. Taraf devletler ayrıca, herhangi bir şekilde suçluların iadesi veya sınır dışı etme prosedüründe; kişinin gönderildiği ülkede serbest kalma umudundan yoksun bir biçimde müebbet hapse mahkûm olmayacağını da gözetmek zorundadırlar. Aksi bir durumda, yerleşik içtihatların da gösterdiği üzere; AİHS m.3, dolaylı bir şekilde ihlal edilmiş olacaktır.¹⁰²

SONUÇ

Çağdaş bir infaz sisteminde mahkûmun ıslahı ve topluma kazandırılması, artık vazgeçilmez bir amaç olarak görülmektedir. Koşullu salıverilme, bu amaç çerçevesinde bir infaz kurumu olarak failin normal bir hayata geçişini kolaylaştırmaktadır. Ayrıca bu süreçte onun topluma kazandırılması amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle kurumla ilgili düzenleme yapılırken; işlenen suçun niteliği, hükmolunan ceza, tekrür hali veya infaz kurumunda almış olduğu disiplin cezası gibi hususlardan yola çıkarak yasaklama getirmek yerine; özel önlemin prensiplerinden hareket edilmelidir. Kefaret ve genel önleme

¹⁰¹ BVerfG, 2 BvR 2299/09 16 Ocak 2010 tarihli kararın İngilizce özeti için bkz: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/01/rk20100116_2bvr229909en.html, (erişim tarihi: 15.03.2018)

¹⁰² Öncü, s. 27.

düşüncesi tek başına koşullu salıverilmenin yasaklanmasına zemin oluşturmamalıdır. Ayrıca, koşullu salıverilme yasaklarından bazılarının, kişiyi doğrudan ölüncüye kadar infazı devam edecek olan bir hapis cezası ile karşı karşıya bıraktığı; bazılarının ise değişik ihtimallerde bu neticeye sebebiyet verebileceği anlaşılmaktadır. Böyle bir neticenin meydana geldiği durumlarda; ıslah amacının tamamen inkâr edildiğini söylemek mümkündür.

AİHS m.3'ten doğan yükümlülükler kapsamında; “*umut hakkı*”na uyumlu bir infaz rejimi açısından ise; yasaklara ilişkin mevzuat hükümlerinin önemli sorunlara sebebiyet verdiği ifade edilmelidir. Zira ülkemizde özellikle son yıllarda terör örgütü faaliyetleri çerçevesinde; “Devletin Güvenliğine Karşı” ve “Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı” işlenen suçlarda artışın meydana geldiği ve bu suçlara ilişkin devam eden çok fazla yargılamanın olduğu bilinen bir gerçektir. Bu yargılamalar neticesinde verilecek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları, Öcalan davasında ihlal kararına gerekçe oluşturan 5275 sayılı Kanun m.107/16 nedeniyle, AİHM nezdinde, “indirilebilir” olarak kabul edilmeyeceğinden, çok fazla ihlal kararı ile ülkemizin karşı karşıya kalması muhtemeldir. Ayrıca hâlihazırda; müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapse mahkûm olan ve koşullu salıverilme imkânından yoksun bırakılan kimselerin muhtemel başvurularının da ihlal kararı ile neticeleneceğini öngörmek zor değildir. Dolayısıyla koşullu salıverilme yasakları öngören mevzuat hükümlerinin değiştirilmesi; kanımızca ivedilik arz eden bir husustur.

Buradan hareketle, özellikle Avrupa ülkelerinde bulunan kaçak sanık ve şüphelilere ilişkin, ülkemiz tarafından yapılan çok fazla iade talebinin mevcut olduğu bilinmektedir. Uluslararası ilişkilerin bazı politik realiteleri bir yana bırakılırsa; en azından hukuki zeminde iade taleplerinin kabul edilebilirliğini sağlamak amacıyla; koşullu salıverilme yasağı öngören mevzuat hükümlerinin değiştirilmesinde büyük yarar olduğunu düşünüyoruz. Aksi bir durumda; iade taleplerinin birçoğu, anılan mevzuat hükümleri nedeniyle olumsuz neticelenecektir.

Yukarıda izah edilen hususlardan hareketle, CGTİHK ve TMK kapsamında öngörülen bütün koşullu salıverilme yasaklarının kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira 24 Eylül 2003 tarihli “*Koşullu Salıverilme*” adlı tavsiye kararında da belirtildiği üzere; ömür boyu

hapis cezasına mahkûm olanlar da dâhil, bütün mahkûmlara koşullu salıverilme imkânı tanınmalıdır. Bununla birlikte; iyi halin tespitinde esnek davranılarak koşullu salıverilme, rutin bir uygulama haline de dönüştürülmemelidir. AİHM'in *Vinter* kararında ifade edildiği gibi; genel önleme amacı bir tarafa bırakılmadan, devletin toplumu koruma yükümlülüğünden hareketle, tehlikeliliği devam eden mahkûmların serbest kalmasına asla imkân verilmemelidir. Ancak tehlikeliliğe ilişkin bu değerlendirme, mahkûmiyet kararı verildiği sırada değil; infaz sürecinde, salıverilme talebinin incelendiği sırada yapılmalıdır. Ayrıca, bu değerlendirme de nihai bir karar ile sonuçlanmamalıdır. Koşullu salıverilme talebi reddedilen mahkûmun infaz sürecinde; belli periyotlarla tekrar salıverilme talebinde bulunmasına imkân tanınmalıdır. Böylece; ömür boyu hapis cezalarının infazında ıslah fonksiyonu göz ardı edilmeyeceği gibi, mahkûma tanınan "*umut hakkı*" ile bu cezaların infazı AİHS m.3'e uyumlu hale gelecektir. Salıverilme taleplerine ilişkin her incelemede; yapılacak değerlendirme ile de devletin toplumu koruma yükümlülüğü kapsamında genel önleme amacı varlığını korumuş olacaktır.

Kaynakça

- Akbulut İlhan, "Şartla Tahliye", İÜHFMD, C. 55, S. 1-2, Y. 1996.
- Akkaş Ahmet Hulusi, "Koşullu Salıverilme", *GÜHFD*, C. XII, S. 1-2, Y. 2008.
- Aksoy Retornaz E. Eylem, "Hükümlünün Salıverilmeyi Umut Etme Hakkı", *Güncel Hukuk Dergisi*, Mayıs 2014, 5-125.
- Aktaş Sururi, "Cezalandırmanın Amacı Üzerine", *EÜHFD*, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2016.
- Bacaksız Pınar, "Cezalandırma Ve Topluma Yeniden Kazandırma", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı 2014, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), Y. 2015.
- Bruszt Agnes, "Right to Hope? Legal Analysis of Life Imprisonment Without Parole" Budapest 2009. (Basılmamış bu eser için erişim: www.etd.ceu.hu/2010/bruszt_agnes.pdf, erişim tarihi: 20.02.2018)
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 8. Baskı, İstanbul 2014.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, İzmir 2016.
- Denk Erdem, "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, Y. 2006.
- Dikmen Pınar, "Umut Hakkı" Kapsamında Güncel Gelişmeler", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Haziran 2015.

- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku* 2. Cilt, 10. Baskı, İstanbul 1994.
- Dzehtsiarou Kanstantsin, "Hutchinson v UK: The Right to Hope (revisited)..." (posted by Antonie Buysel) <http://echrblog.blogspot.com.tr/2015/02/hutchinson-v-uk-right-to-hope-revisited.html>,
- Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997.
- Ergül Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme Geri Gönderme ve Geri Verme*, Ankara 2012.
- Ferreir Nuno, *Fundamental Rights and Private Law in Europe*, 1. Baskı, Oxon, 2011.
- Frase Richard S., "Punishment Purposes", *Stanford Law Review*, C. 58, S. 67, Y. 2005.
- Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 9. Baskı, Ankara 2011.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2016.
- Horton K. C. , "Life Imprisonment and Pardons in the German Federal Republic", *International and Comparative Law Quarterly*, C. 29, S. 2-3, Y. 1980.
- İçel Kayıhan/Donay Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 1. Kitap, Üçüncü Baskı, İstanbul 1999.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Fusun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoglu Fatih Selami/Ünver Yener, *Yaptırım Teorisi*, İstanbul 2001.
- Kafes Veli, *Hukukumuzda Şartla Salıverilme Ve Uygulamadaki Sorunlar*, 1. Baskı, Ankara 1998.
- Kalabalık Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Sakarya 2013.
- Kaplan Mahmut, "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Haziran 2015.
- Karakaş Doğan Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010.
- Karakaş Doğan Fatma, "Müebbet Hapis Cezası ve Cezanın Amacı", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 5, S. 13, Ağustos 2010.
- Karakehya Hakan, "Modern Cezalandırma Sistemlerinin Büyük Anlatıları", *iÜHFM*, C. LXVI, S. 1, Y. 2008.
- Karakoç İrem, "Uluslararası Hukukta Emredici Kural(Jus Cogens=Peremptory Norms) Olgusuna Tarihsel Yaklaşım" *DEÜHFD*, Cilt: 8, Sayı: 1, Y. 2006.
- Karaosmanoğlu Fatih, *İnsan Hakları*, 2. Baskı, Denizli 2011.
- Kılıç Ali Şahin, *Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme*, *AÜHFD*, C. 58, S. 3, Y. 2009.
- Koca Mahmut/Üzülmüş İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Kommers Donald, P./Miller Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3. Baskı, Durham, London 2012.
- MacKenzie Emily, "A Right to Hope? Extradition to the U.S. and Life Without Parole" *American Society of International Law Insights*, C. 19. S. 22. Y. 2015.

- Materni Mike C. , "Criminal Punishment and the Pursuit of Justice", *British Journal Of American Legal Studies*, C. 2, S. 1, Y. 2013.
- Meraklı Serkan, Uluslararası Ceza Divanı'nın Kuruluşuna Kadar Geçen Süreçte Uluslararası Ceza Yargılamaları, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 11, S. 32, Y. 2016
- Merrills J. G., The Development of International Law by European Court of Human Rights, Manchester University Press, 1988.
- Öncü Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi Ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", *TBB Dergisi*, 2014 (115).
- Özbek Veli Özer, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/İlker Tepe, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Öztürk Bahri/Ruhan Erdem Mustafa, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Reçber Kamuran, Avrupa Birliği Hukuku Ve Temel Metinler, 2. Baskı, Bursa 2013.
- Renucci Jean-François, Introduction to the European Convention on Human Rights: The Rights Guaranteed and the Protection Mechanism, Strazbourg 2005.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016.
- Taşkın Ozan Ercan, "AİHM Kararları Işığında Müebbet Hapis Cezasının Bugünü ve Geleceği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 123, Y. 2015.
- Üzülmez İlhan, "Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri", *EÜHFD*, C. I, S. 4, Y. 2001.
- Yarsuvat Duygun "Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini", *İÜHFM*, C.XXXII, S. 1, Y. 1996.
- Yavuz Hakan A. , "Onarıcı Adalet Ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu", *TAAD*, Yıl: 6, S. 23, Ekim 2015.
- Yenidünya Ahmet Caner, Mukayeseli Hukukta Ve Türk Hukukunda Şartla Salıverilme, 1. Baskı, İstanbul 2002.
- Yumak Semih, "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi Ve Koşullu Salıverilme", *TAAD*, Yıl: 5, Sayı: 17, Nisan 2014.
- Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 27 Y. 2010.
- Zafer Hamide, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 5. Baskı, İstanbul 2015.

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

VOLUNTARY ABANDONMENT

Rezan EPÖZDEMİR*

Özet: Suç, çeşitli aşamalardan geçilerek işlenir ve suçun geçirdiği bu aşamalar bütününe ‘suç yolu’ denir. Fail suç yolunda ilerlerken, suç işleme iradesi zayıflayabilir hatta bütünüyle yok olabilir. Gönüllü vazgeçme failin iradesinin zayıfladığı ya da yok olduğu bu aşamada gündeme gelen ve kanun koyucunun toplumsal ve sosyal yararı gözeterek düzenlediği, hukuki niteliği tartışmalı olan bir kurumdur. Gönüllü vazgeçme ya suçun icra hareketleri aşamasında ya da icra hareketlerinin tamamlanmasından ve fakat neticenin gerçekleşmesinden önce gündeme gelir. Biz çalışmamızda bilhassa 765 sayılı Eski Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nu kıyaslayarak, gönüllü vazgeçmenin temelini ortaya koyacak, gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin doktrindeki temel görüşlere yer verecek ve gönüllü vazgeçmenin hangi şartlarda mümkün olduğu hususunu Yargıtay kararları perspektifinde etraflıca incelemeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü Vazgeçme, Suç Yolu, Teşebbüs, İcra Hareketleri

Abstract: The crime is committed through various stages and the stages in which the crime is committed are called as path of crime (iter criminis). As a perpetrator moves on the path of crime, the will to commit the crime can get weaker or even can totally disappear. Voluntary abandonment is a concept which occurs in a phase that will of the perpetrator to commit a crime gets weaker or even disappears. Furthermore, common and social benefit of the society are sought by the law-maker when it is regulated. Therefore, its’ abstract character gives a legally controversial perspective to the concept. Voluntary abandonment occurs either at the phase of criminal enforcement actions or after the actions, when it is completed, but before the results of the crime comes in. We aim to answer the question when and how the voluntary abandonment is valid as a legal concept. Our study builds a comparative view of Turkish Criminal Code numbered 765 and Turkish Criminal Code numbered 5237 while explaining the essentials of the concepts in doctrinal perspective and analyzing the Court of Appeal decisions.

Keywords: Voluntary Abandonment, Path of Crime, Attempt, Enforcement Actions

* Dr., ORCID: 0000-0003-4038-9447

I. Genel Olarak

Ceza hukukunda suç bir sonuç olarak karşımıza çıkar. Olgu, olay ve hareketler zincirinin son halkasını oluşturur. Suç, çeşitli aşamalardan geçilerek işlenir ve suçun geçirdiği bu aşamalar bütününe 'suç yolu' denir.¹ İter Criminis² olarak da adlandırılan suç yolu düşünce, hazırlık, icra hareketleri ve tamamlanma safhalarından oluşmaktadır.³ Fail icra hareketleri safhasına ulaşmak suretiyle cezalandırılabilir bir aşamaya gelir ve bu şekilde ceza hukukunun alanına girmiş olur.⁴ Cezalandırılabilir aşamaya gelen failin suç yolunda devam ederken suç işleme iradesi zayıflayabilir ve hatta tamamen yok olabilir. Bir suçun icra hareketlerine başlayan failin, bu icra hareketlerini tamamlamaktan vazgeçmesi ya da icra hareketlerini tamamlasa bile suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme olarak adlandırılmıştır. Mezkûr kanun failin suç yolunda ilerlemekten vazgeçmesindeki toplumsal ve sosyal yararı gözeterek, failin cezalandırılmayacağını düzenlemiştir.⁵

İlk kez Ortaçağ hukukçularınca ortaya atılan teşebbüs kavramı, gönüllü vazgeçmenin tartışılmasına neden olmuştur.⁶ Bu bağlamda gönüllü vazgeçme kurumunun kökenini Ortaçağ'a dayandırmak mümkündür. Hukukumuzda ise hem 765 sayılı Eski Ceza Kanunu'nda hem de 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme müesse-

¹ Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s.410.

² "...Bilindiği üzere suç, bir süreç içinde işlenmekte olup, buna suç yolu (iter criminis) denilmektedir. Bu süreçte fail önce belli bir suçu işlemek hususunda karar vermekte, daha sonra bunun icrasına yönelik hazırlıkları yapmakta, son olarak da icra hareketlerini gerçekleştirmektedir..." (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2017/1200, 2017/3350, 27.3.2017, www.kazanci.com)

³ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.309.

⁴ Yasemin Baba, Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.1 ve s.112.

⁵ "...Gönüllü vazgeçmede.. Kişilere pişman olma olanağı tanınması, onların suç işlemeden topluma kazandırılması, cezalandırılma ile elde edilecek yarardan çok daha faydalı görülmektedir. Kanunumuzda yer alan düzenlemenin temelinde, eylemin vazgeçme anına kadar icra edilmesi dolayısıyla bir haksızlık teşkil ettiği, ancak suç politikası gereği cezalandırılmak istenilmediği fikrinin yattığı söylenebilir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/14-600, 2015/194, 9.6.2015, www.kazanci.com)

⁶ Pervin Aksoy, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2007, s.184-185.

sine yer verilmiştir. Ancak bu kanunların konuya ilişkin düzenlemeleri ve kullandıkları terminoloji oldukça farklıdır. Biz çalışmamızda, bilhassa eski ve yeni ceza kanununu kıyaslayarak, gönüllü vazgeçmenin temelini ortaya koyacak ve gönüllü vazgeçmenin hangi şartlarda mümkün olduğu hususunu yargı kararları eşliğinde açıklamaya çalışacağız.

Suç teorisi içinde gönüllü vazgeçme, tipiklik, hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurların dışında ele alınması gereken bir kurumdur. Zira her ne kadar teşebbüs ile ilişkilendiriliyor olsa da, gönüllü vazgeçmenin varlığı halinde fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmamakta⁷ ve failin ceza sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Teşebbüste ki temel kıstas, failin girdiği suç yolunda elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamamasıdır.⁸ Oysa gönüllü vazgeçme failin iradi hareketi ile icra hareketlerinden vazgeçmesi veya kendi çabası ile suçun tamamlanmasını veya sonucun meydana gelmesini önlemesidir.⁹ Gönüllü vazgeçme kurumu kanun koyucu tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" şeklinde hüküm altına alınmış ve esasında bu düzenleme ile birlikte gönüllü vazgeçme ile teşebbüs arasındaki fark ortaya çıkarılmıştır.¹⁰ Bu açıklamalarımız

⁷ "...Gönüllü vazgeçmede fail icrasına başladığı, yani teşebbüs aşamasına ulaştığı suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Ceza sorumluluğunun kalkması, sadece teşebbüs aşamasındayken icrasından gönüllü olarak vazgeçilen suç bakımından söz konusudur. Bu noktaya kadar işlenen fiiller eğer başkaca bir suç oluşturuyorsa, failin bundan kaynaklanan sorumluluğu saklıdır..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/622, 2017/2490, 8.5.2017, www.kazanci.com)

⁸ Enes Yılmaz, "Suçun Özel bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, s.2559.

⁹ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan /Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.1061.

¹⁰ "...Yasadaki tanım uyarınca gönüllü vazgeçme ile teşebbüs arasındaki ayrım şu şekilde özetlenebilir: Teşebbüs, suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesinin, failin elinde olmayan sebeplerle meydana gelmemesi olarak tanımlanmışken, gönüllü vazgeçmede failin iradi hareketi veya çabası ile icra hareketlerinin terkedilmesi ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi söz konusudur. Suç tamamlanmadan veya sonuca ulaşılmadan önce vazgeçme gerçekleştiğinden, gönüllü vazgeçme etkin pişmanlıktan da farklıdır. Etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonraki pişmanlığı düzenlemekte ve tamamlanan bir suçun yol açtı-

ışığında denilebilir ki gönüllü vazgeçme, teşebbüsten dolayı cezalandırılmanın bir istisnasını teşkil etmektedir.

II. 765 sayılı Eski Ceza Kanunu Döneminde Gönüllü Vazgeçme Kurumu

Gönüllü vazgeçmenin temelini ortaya koyabilmek için öncelikle mezkûr kurumun Türk Hukukunda atladığı basamaklara bakmak gerekir. 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nda teşebbüs kurumu, eksik teşebbüs ve tam teşebbüs olarak ikiye ayrılıyordu. Bahsi geçen eski kanuna göre, suç yolunda ilerleyen failin icra hareketlerini tamamlayamaması eksik teşebbüs, icra hareketlerini bitirip neticeyi gerçekleştirememesi durumu ise tam teşebbüs olarak adlandırılmıştı.¹¹ Hiç şüphesiz ki burada aslolan gerek icra hareketlerinin tamamlanamaması, gerekse neticenin gerçekleştirilememesi açısından failin elinde olmayan sebeplerin devrede olmasıdır.¹² 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nda eksik teşebbüsün düzenlendiği 61. maddede gönüllü vazgeçme de düzenlenmiştir. Mezkûr hükme göre "Müteşebbis, cürmün ef ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır."¹³ Tanımdan da anlaşıldığı gibi, eski ceza kanunu döneminde gönüllü vazgeçme, suç yalnızca eksik teşebbüs aşamasında kalmış ise söz konusu olabilmekteydi. Bu düzenlemeye göre fail icra hareketlerini bitirmeden önce ihtiyariyle (gönüllü) vazgeçerse ceza almıyordu.¹⁴ Ve fakat bu durumda dahi icra hareketlerinden vazgeçmenin gönüllü vazgeçme sayılabilmesi için failin, o zamana kadar yaptığı tüm hareketleri ve neticelerini

ğ ı zararın giderilmesi, eski hale getirilmesi ya da malın iadesini kapsamaktadır..." (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2014/1907, 2016/925, 10.2.2016, www.kazanci.com)

¹¹ Veli Özer Özbek/Nihat Kambur/Pınar Bacaksız/Koray Doğan/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.450.

¹² "...Eylemin yarıda kalması veya sonucun alınmaması harici engel nedeniyle olmayıp, failin iradesine bağlı ise ihtiyariyle vazgeçme veya faal nedamet söz konusudur. Faile teşebbüsten dolayı ceza verilemez..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1991/5-334, 1991/358, 16.12.1991, www.kazanci.com)

¹³ "... Öte yandan, aynı yasanın 61. maddesinin son fıkrasında, isteği ile icra hareketlerinden vazgeçen faile kalktığı suçtan ceza verilemeyeceği, ancak vazgeçme anına kadar yaptığı icra hareketlerinin başlı başına bir suç teşkil etmesi halinde, bu suçun cezasının verilmesi ile yetinileceği belirtilmektedir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005/5-34, 2005/54, 24.5.2005, www.kazanci.com)

¹⁴ Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008, s. 109.

ortadan kaldırması gerekiyordu.¹⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 765 sayılı eski Ceza Kanunu döneminde icra hareketleri bittikten sonra salt neticenin önlenmesi gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmesi açısından yeterli değildi. Dolayısıyla tam teşebbüs aşamasında kalmış suçtan vazgeçmek gönüllü vazgeçme olarak kabul edilmiyordu. Tam teşebbüs aşamasında söz konusu olan ve failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen, neticenin gerçekleşmesine isteyerek engel olması haline etkin pişmanlık (faal nedamet) deniliyordu.¹⁶ 'Suç Öncesi Etkin Pişmanlık' adı verilen bu kurum eski ceza kanununda düzenlenmediği için fail bu durumda tam teşebbüsten sorumlu tutuluyordu.¹⁷ Fakat uygulamada hâkimler orta yolu bulabilmek adına, aynı Kanun'un 59. maddesi uyarınca takdiri indirim yoluna başvurabilmekte¹⁸ ve bu yolla sanığın suç yolundaki iyiniyeti adeta ödüllendirilmekteydi. Hakeza failin suç tamamlandıktan sonra pişmanlık göstermesiyle 'Suç Sonrası Etkin Pişmanlık' olarak adlandırılıyor ve bazı suçlara özel olarak düzenlenmiş bulunuyordu. Bu bağlamda eski ceza kanununda, etkin pişmanlığı düzenleyen genel bir hüküm yoktu ve suç öncesi etkin pişmanlık kanunda hüküm altına alınmadığı için, böyle bir durumun varlığı halinde tam teşebbüs hükümleri tatbik edilmekteydi. Nitekim eski ceza kanunu döneminde icra hareketlerinin tamamlanması ancak neticenin gerçekleşmemesi şeklinde ortaya çıkan suç öncesi etkin pişmanlığın, açık bir hükümle düzenlenmemiş olması eleştiriliyordu.¹⁹

III. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Gönüllü Vazgeçme Kurumu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme kurumu, 765 sayılı Kanun'a göre çok daha farklı bir biçimde kaleme alınmıştır. 5237 sayılı Kanun'da gönüllü vazgeçme, mezkûr kanunun 'Genel hükümler' başlıklı birinci kitabının, 'Ceza Sorumluluğunun Esasları' başlıklı ikinci kısmının, 'Suça Teşebbüs' başlıklı üçüncü bölümünde

¹⁵ Hale Akdağ, "Gönüllü Vazgeçme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, s.92.

¹⁶ Köksal Bayraktar, "Faal Nedamet", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:33, S: 3-4, 1968, s. 122.

¹⁷ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011, s. 429.

¹⁸ Doğan Soyaslan, "Teşebbüs Suçu", *Kazancı Kitap*, Ankara 1994, s.123.

¹⁹ Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Ankara 1973, s.349.

36. maddede düzenlenmiştir. Esasında kanun koyucunun yaptığı düzenlemeye bakıldığında, eski kanun dönemindeki ihtiyariyle vazgeçme ve suç öncesi faal nedamet kurumlarının bir maddede toplandığı ve birleştirildiği görülmektedir. Yine ehemmiyet arz eden bir diğer husus ise, eski kanundan farklı olarak icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra da gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbikinin mümkün hale getirilmesidir.²⁰ Yani eski ceza kanunu döneminde sadece icra hareketleri devam ederken söz konusu olan gönüllü vazgeçme kurumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin gerçekleşmediği durumları da kapsar.²¹ Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun düzenlemesine bakıldığında anlaşılmaktadır ki, eski ceza kanunu dönemindeki suç öncesi etkin pişmanlık yeni kanunda gönüllü vazgeçme içerisinde eritilmiştir. Suç sonrası etkin pişmanlık ise eski kanun döneminde olduğu gibi genel bir hüküm olarak birinci kitapta düzenlenmemiş, ilgili suç tipleri için ayrı ayrı özel hükümler altında düzenlenmiştir.²² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, suç tamamlanmadan önce etkin pişmanlıktan bahsedilmesinin doğru olmadığı, gönüllü vazgeçmenin teşebbüsün tüm aşamaları için geçerli olması gerektiği görüşüne dayandırılmıştır. Kanaatimiz eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldıran 5237 sayılı Kanun'un teşebbüse ilişkin düzenlemeleri gözetildiğinde bu görüşün yerinde olduğu yönündedir.

IV. Gönüllü Vazgeçmenin Suç Teorisindeki Yeri

Gönüllü vazgeçmenin suç teorisindeki yeri hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler, esasında gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin görüşlere bağlı olarak şekillenmektedir. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği ve esası sadece teorik anlamda önem taşımaz, hangi teorinin benimsendiği kurumun geçerlilik koşullarını da etkiler.²³ Kanaatimizce gönüllü vazgeçme ce-

²⁰ "...Kanunumuzdaki düzenlemede gönüllü vazgeçmenin suçun tamamlanması aşamasına kadar mümkün olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla suçun icrası sürecindeki bütün aşamalarda gönüllü vazgeçme mümkündür..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/622, 2017/2490, 8.5.2017, www.kazanci.com)

²¹ Yavuz Erdoğan, "Gönüllü Vazgeçme", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ağustos 2010, s.93.

²² Özcan Erdagöz, "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Temmuz 2013, s.1063.

²³ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1994, s. 235.

zayı kaldıran şahsi bir sebeptir ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 41. maddesindeki²⁴ düzenlemede belirtildiği üzere suç ortaklarına bir etkisi olmaz.²⁵ Aşağıda etraflıca gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin görüşlere yer verecek ve sonrasında kurumun yapısı ve hukuki niteliğine ilişkin düşüncelerimizi açıklayacağız.

Gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin görüşlere değinmeden önce, gönüllü vazgeçen faile ceza verilmemesine yönelik yapılan eleştirilerden bahsetmekte fayda vardır. Zira gönüllü vazgeçen faile ceza verilmemesi doktrinde birçok yönden eleştirilmiştir. İcraya başlayan ve tehlikeliliğini ortaya koyan failin cezalandırılmamasının adalet duygusuna zarar vereceği, toplumdaki dengeyi bozan failin sonuçlarına katlanması gerektiği bu eleştirilerden bazılarıdır. Hakeza gönüllülük durumunun hangi kıstaslara göre belirleneceği ve bunun tespitindeki zorluk da bir eleştiri olarak ileri sürülmüştür. Yine, icra hareketlerini bitiren faili, kurtulma şansı kalmadığı gerekçesiyle suçu tamamlamaya iteceği yönünde eleştiriler mevcut olsa da, bilhassa son eleştiri 5237 sayılı Kanun ile yapılan yeni düzenleme karşısında kanaatimizce hukuki dayanaktan yoksun hale gelmiştir.

A. Doktrindeki Teoriler

1. Hukuk Teorileri:

Gönüllü vazgeçmenin niçin cezalandırılmadığına ve bu kapsamda suç teorisindeki yeri hakkında başlıca teoriler hukuk teorileri ve suç politikası teorileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Esas itibarıyla hukuk teorileri taraftarları, failin icrasına başladığı suç yolundan dönmesi sebe-

²⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Madde 41:

(1)İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

(2) Suçun;

a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

Hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

²⁵ "...Öte yandan, gönüllü vazgeçme şahsi bir cezasızlık sebebi olarak öngörüldüğünden dolayı, bunun diğer şeriklere etkisi yoktur. TCK'nın 41. maddesine göre sadece gönüllü vazgeçen bu vazgeçmeden yararlanacak, hareketin nedensellik değerini ortadan kaldırmayan diğer şeriklerin sorumlulukları sürecektir..." (Yarıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/10-183, 2015/62, 24.3.2015, www.kazanci.com)

biyle ya teşebbüsün tipikliğe uygunluğunun ve hukuka aykırılığının ya da kusurunun ortadan kalkması suretiyle suçun unsurlarının artık mevcut olmadığını ileri sürerler ve bu sebeple bu teorilerin günümüzde temsilcisi bulunmamaktadır.²⁶ Esasında, hukuki teori taraftarlarının hepsi gönüllü vazgeçmenin suçun unsurlarından birini ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Hukuk teorileri de kendi içinde subjektif ve objektif hukuk teorileri olarak ikiye ayrılmıştır. Subjektif teorilerden iptal teorisine göre gönüllü vazgeçmenin cezalandırılmamasının sebebi, vazgeçme iradesiyle beraber failin kastını iptal etmiş, kötü niyetinin yerine iyiniyetini koymuş olmasıdır.²⁷ Butlan teorisine göre ise, suçun icra hareketlerinden vazgeçen failin, baştan itibaren suç işleme iradesinin bulunmadığının kabulü gerekir ve fail bu yüzden cezalandırılmaz.²⁸ Kastın Zayıflığı teorisine göre ise fail, kastının yeterli yoğunlukta olmaması sebebiyle cezalandırılmamaktadır.²⁹ Zira zayıflayan bu kast failin teşebbüs sebebiyle cezalandırılabilmesi için yeterli değildir.³⁰ Yine subjektif hukuki teorilerden olan karine teorisine göre ise failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi, onun başından beri suçun tamamlanması açısından yeterli bir potansiyel iradeye sahip olmadığını ve failin bu yüzden cezalandırılmayacağını savunmaktadır.³¹ Objektif hukuki teori görüş taraftarlarına göre ise, icra başlangıcı ve netice bir bütün olarak değerlendirilmeli ve failin vazgeçme iradesiyle birlikte suç neticesinin gerçekleşmesi için yapmış olduğu hareketlerinin izlerinin silindiği kabul edilmeli, fail bozduğu toplumsal barışı yeniden tesis ettiği gerekçesi ile cezalandırılmamalıdır.³² Bu teorileri savunan yazarlardan; Binding failin vazgeçmeyle hareketlerini yapmamış saydığını ve kurala aykırılığı ortadan kaldırdığını, Frank ise suça teşebbüsün toplum barışını bozduğunu ancak failin vazgeçmeyle bu barışı yeniden sağladığını savunmuşlardır.³³ Kanaatimizce bilhassa

²⁶ Murat Arabacı, Gönüllü Vazgeçme, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2014, s.5.

²⁷ Demirbaş, s.429; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992, s.416.

²⁸ Demirbaş, s.430.

²⁹ Demirbaş, s.430; Sözüer, s.236.

³⁰ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2017, s.611; Emin Artuk, Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s.250.

³¹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.416; Demirbaş, s.430.

³² Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.416-417.

³³ Sözüer, s.237.

objektif teori açısından, teşebbüs kurumunun ceza hukukunda kabul edilmiş olması karşısında, gerçekleşen olaylara hiç olmamış gibi yaklaşmak kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

2. Suç politikası Teorileri:

Suç politikası teorilerine göre ise, gönüllü vazgeçme suçun bir unsurunu değil, cezayı kaldırmaktadır. Zira bu teorilerin taraftarlarına göre, fiilin icra hareketlerine başlayan failin gönüllü vazgeçmesi, o zamana kadar yaptıklarını yok saydıramaz. Bu bağlamda her ne kadar sübjektif veya objektif bir şekilde vazgeçme söz konusu olsa da, mevcut hareketlerin izlerinin silindiği kabul edilemez. Suç politikası teorilerinden psikolojik zorlama teorisine göre fail vazgeçme hareketini cezalandırılmaktan korktuğu için yapmaktadır *ve* bu aşamadan sonra faili cezalandırmak gereksiz hale gelecektir.³⁴ Adeta bu vazgeçme ile ceza tehdidi amacına ulaşmış, hukuk düzeni korunmuştur. Af teorisine göre ise, fail vazgeçme hareketiyle birlikte kısmen de olsa toplumda yarattığı bozukluğu tamir eder, böylece toplum düzenin bozucu etkisini de ortadan kaldırdığından, cezalandırılmamayı hak etmiştir.³⁵ Yine cezanın amacı teorisine göre failin icra hareketlerinden vazgeçtiği durumda failin tehlikeliliği azdır ve fiilin tehlike derecesi de katlanılmaz nitelikte olmadığı için fail cezalandırılmaz.³⁶

Suç politikası teorilerinden en kabul göreni ve Türk Ceza Hukukunda da üstün tutulan görüş, altın köprü teorisidir.³⁷ Bu teoriye göre faile suç yolundan dönmesi durumunda cezasız kalacağı şeklinde bir güvence verilmeli, faile suç yolundan geri dönmek üzere altın köprüler sunulmalıdır. Zira fail suç yoluna girmekle bütün köprüleri yıkmıştır. Devlet yıkılan bu köprülere rağmen adeta bir af vaat etmeli, altından bir köprü kurtmalı ve faili suç işlemekten vazgeçirmelidir. Bu teorinin temel fikri, faile suçu tamamlaması için bir neden sunmak, faili suçtan vazgeçmeye teşvik etmektir.³⁸ Esasında 5237 sayılı Kanun'un kabul

³⁴ Demirbaş, s. 430.

³⁵ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.402.

³⁶ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuki Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 1010.

³⁷ Artuk, s.251; İzzet Özgenç/Cumhur Şahin, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 2001, s.311.

³⁸ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Basım, Adalet Yayınevi, Eylül 2017, s. 419 ; "...Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesindeki "gönüllü vazgeçme"

ettiği teoride budur. Nitekim gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği 36. maddenin gerekçesinde bu durum "gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir" şeklinde ifade edilmiştir.

B. Baskın Görüş

Suç politikası teorilerine üstünlük veren Türk Ceza Hukuku'na göre gönüllü vazgeçme, suçun unsurlarında bir etki yaratmamakta ve cezayı kaldıran şahsi bir sebep olarak kabul edilmektedir.³⁹ Zira bu sonuca, iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırılmasından ve mezkûr maddenin gerekçesinden ulaşmak mümkündür. Zira 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin gerekçesinde bu husus "Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir. Kanaatimizce, gönüllü vazgeçmenin suçun unsurlarından birini ortadan kaldırdığı görüşünü savunmak ve bu bağlamda gönüllü vazgeçme halinde sanık hakkında beraat hükmü tesis etmek, adalet duygusunu zedeleyecek mahiyette bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla Türk Hukukunda gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğini cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak kabul etmek oldukça yerinde bir yaklaşımdır. Bu minvalde sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulandığı durumlarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrasının b bendi uyarınca şahsi cezasızlık sebebinin varlığı sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Fakat Yargıtay aşı-

düzenlemesi ile failin suç yolundan dönerek, suçun tamamlanmasını veyahut da neticenin gerçekleşmesini önlemesi; etkin pişmanlığa dair düzenlemeler ile de, suç tamamlandıktan sonra hatasının farkına vararak nedamet duyup neden olduğu haksızlığın neticelerini gidermesi için teşvikte bulunulması amaçlanmıştır..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2015/2-832, 2016/102, 1.3.2016, www.kazanci.com)

³⁹ "... Aynı Kanun'un "Gönüllü Vazgeçme" başlıklı 36. maddesinde; "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır" şeklinde teşebbüsten kaynaklanan ceza sorumluluğunu kaldıran şahsi bir sebep olan gönüllü vazgeçme hüküm altına alınmış..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/10-183, 2015/62, 24.3.2015, www.kazanci.com)

ğıda alıntıladığımız kararında sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbikini kabul etmekle beraber, etkin pişmanlık sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar vermiştir ki, bu karara katılmak hukuken mümkün değildir. Gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliği göz önüne alındığında Yargıtay'ın mezkûr kararının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.⁴⁰

V. Yeni Düzenlemeye İlişkin Değerlendirmeler

İfade edelim ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gönüllü vazgeçmeye ilişkin düzenleme her ne kadar eski ceza kanununa nazaran suç önlemeye teşvik edici mahiyette düzenlenmiş ve suç öncesi etkin pişmanlık gönüllü vazgeçme hükümlerine tabi kılınmış ise de, bu düzenlemenin suç siyaseti bakımından çok yerinde olmadığı ve aşırı bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir. Zira suç yolunda ilerleyen failin icra hareketlerinden vazgeçmesi ile icra hareketlerini tamamladıktan sonra neticeyi ya da suçun tamamlanmasını önlemeye yönelik hareketlerini hukuki anlamda aynı sonuca bağlamak, toplumda adaletten beklenen fonksiyonun eda edilememesine sebep olabilir. Bu açıdan söz konusu hükmün adaleti tesis etmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumu en iyi özetleyebilecek örnek ise şudur: Mağdura öldürme kastıyla ateş eden fakat isabet ettiremeyen fail hakkında öldürmeye teşebbüs hükümlerine göre ceza verilecekken, isabet ettirip yaraladıktan sonra mağduru hastaneye götürme veya müdahale edip kurtarılmasına sebep olan fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilebilecek ve böylece fail hakkında sadece tamam olan kısımdan yani kasten yaralama suçundan ceza verilecektir. Bu durumda 5237 sayılı Kanun'daki düzenleme kurşunları isabet ettirip yaraladıktan sonra mağduru hastaneye götürme veya müdahale edip kurtarılma-

⁴⁰ "...Suça sürüklenen çocukların müştekinin evinin önündeki 1 çift terliği aldıkları, ancak hiç bir engel yokken aynı apartmanın içine terliği bırakarak bisikleti alıp dışarı çıktıkları, 5237 sayılı TCK'nın 36/1. maddesinde hükmüne bağlanan gönüllü vazgeçme müessesesinin, failin icra hareketlerini bitirme olanağı varken iradesi ile pişmanlık duyarak kendiliğinden eylemine son vermesi veya icra hareketlerini sürdürme ya da sonucun gerçekleştirme olanağı bulunduğu halde gönüllü olarak neticenin meydana gelmesini önlemesi halinde uygulanabilen bir yasa normu olduğu, suça sürüklenen çocuklarının eylemi yönünden TCK 36/1, CMK 223/4-a maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken..." (Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 2015/14402, 2015/10203, 30.11.2015, www.kazanci.com)

sına sebep olan fail hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını engeller.⁴¹ Diğer taraftan, somut örnek bakımından kasten yaralama suçunun manevi unsurunun oluşup oluşmadığı hususunda tereddüt bulunduğu göz önüne alındığında kanundaki gönüllü vazgeçmeye ilişkin yeni düzenlemenin eleştirilebilir mahiyette olduğu gözlemlenmektedir. Bu noktada, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gereken uyuşmazlıklarda adaletin tesis edilmesine ilişkin en büyük görev mahkemelere düşmektedir. Hakeza yukarıda atıf yaptığımız gerekçelerle, gönüllü vazgeçme kurumunu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş, Anayasa Mahkemesi tarafından mezkûr talebin reddine karar verilmiştir.⁴² Her ne kadar söz konusu

⁴¹ Nevzat Toroslu/Yüksel Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı" Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, 2004, s.13; "...İcra hareketlerinin terkedilmesi ya da suçun tamamlanmasının önlenmesi şeklinde gelişen her iki haldeki gönüllü vazgeçmede de, failin işlemekte olduğu suça ilişkin hareketleri teşebbüs aşamasında kaldığı halde, TCK'nın 36. maddesi uyarınca bu suçtan dolayı ceza verilemeyecek, işlemeyi kastettiği suça yönelik olarak vazgeçme ânına kadar icra ettiği hareketlerinin bir başka suçu oluşturması durumunda, o suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Başka bir anlatımla gönüllü vazgeçmenin aynı zamanda tamamlanmış olan suçlara etkisi bulunmamaktadır. Vazgeçme sadece icra hareketlerine başlar-ken işlenmesi kast olunan suçu kapsamakta ve bu suça teşebbüsten cezalandırılmama sonucunu doğurmakta, ancak aynı zamanda tamamlanan başka bir suçun cezalandırılmasını engellemektedir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013/1-126, 2014/364, 11.7.2014, www.kazanci.com)

⁴² Anayasa'ya aykırılığı ciddi bulunan itiraz konusu kural iptal istemiyle Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi Tarafından şu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. "Dosyamızın sanığı metropol niteliği taşıyan ve her türlü gelişmiş tedavi olanaklarına sahip İzmir ilinde yaşamaktadır. Dosyada bulunan Adli Tıp Kurumu raporlarında açıkça belirtildiği gibi, öldürme suçu açısından elverişli bir araçla mağdureyi altı kez bıçaklamıştır. Bu yaralardan iki tanesi yaşamsal öneme sahip bölgelere yöneltilmiş hayati tehlike doğuracak şekilde yara oluşturmuştur. Bu aşamada mağdure hastaneye kaldırılmış ve gelişmiş tedavi olanaklarına sahip bir hastanede tedavi gördüğü için hayatta kalabilmiştir. Sanıkla aynı durumda olan ancak bir köy yerleşim biriminde ya da ilçe ya da ilde oturmasına rağmen o yöredeki tedavi olanaklarının sınırlılığı nedeniyle aynı eylem düzeyinde pişmanlık duyarak mağdureyi bizzat hastaneye götüren bir şahıs olduğunu varsaydığımızda, yaşadığı yörenin özellikleri ve tedavi olanaklarının sınırlı olması nedeniyle olay mağdurunun ölmesi durumunda şahıs insan öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Oysaki dosyamızın sanığı 5237 sayılı Kanun'un 36. maddesindeki hüküm nedeniyle hastanenin tedavi olanaklarının gelişmiş olması ve müdahaleyi yapan hekimlerin becerisi nedeniyle mağdurun yaşama döndürülmüş olması nedeniyle adam öldürmeden sorumlu tutulmayacağı gibi adam öldürmeye de teşebbüs suçundan değil yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır. Bu düzenlemenin ülkenin farklı farklı yerlerinde yaşayan şahıslar açısından aynı eylemi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen haklarında ayrı ayrı hükümlerin uygulanması sonucunu doğu-

racığı için Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi yapılan bu düzenlemenin doğuracağı sonucun genel objektif adil ve hakkaniyet ölçütüne uygun olduğunu kabul etmek ve bu sonucu Anayasamızın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de amaç ve görevleri düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırmak mümkün olmadığı gibi, Anayasamızın 17. maddesinde ayrıksı durumlar dışında mutlak bir hak olarak düzenlenen kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla da bağdaştırılması mümkün değildir.

Tüm bu nedenlerle 5237 sayılı Kanun'un 36. maddesi Anayasamızın 2., 10. ve 17. maddesi hükümlerine mahkememizce aykırı görülmüştür." Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemine ilişkin esastan incelemesi ise şöyledir: "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde gönüllü vazgeçme durumu düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda sadece icra hareketlerinin devamı aşamasında kabul edilen gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin meydana gelmediği olaylar bakımından da öngörülmüştür. Maddede, gönüllü vazgeçme halinde kural olarak faile icrasına başladığı suçtan dolayı ceza verilemeyeceği, ancak o ana kadar yapılan hareketlerin müstakil bir suç oluşturması durumunda failin cezalandırılabilirliği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, fail suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlerse teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak, gönüllü vazgeçme anına kadar gerçekleşen eylem ayrı bir suçu oluşturduğu takdirde, fail sadece o suça ait ceza ile cezalandırılacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin değişik kararlarında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülmez. Bu mutlak yasak, birbiriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Çağdaş ceza kanunlarında, toplumsal barışı bozan, bireyde korku ve toplumda gerginlik yaratan suçların önüne geçilebilmesi için failleri suç işlemekten ya da

itiraz oybirliği ile reddedilmiş ise de, Anayasa Mahkemesi'nin gönüllü vazgeçme müessesisiyle ilgili yapmış olduğu değerlendirmeler oldukça önemlidir. Kanaatimizce, kanun koyucu gönüllü vazgeçmeye ilişkin yukarıda atıf yaptığımız eleştiriler ve kurumun amacını gözeterek hakkaniyete uygun bir düzenleme yapmalıdır.

VI. Gönüllü Vazgeçmenin Koşulları

Gönüllü vazgeçmenin mevcudiyetinden bahsedebilmek için bazı şartlardan söz etmek gerekir. Gerek doktrin gerekse kemikleşmiş Yargıtay kararlarında⁴³ yer alan bu şartları şöyle sıralamak mümkündür. Öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik icra hareketlerine başlanmış olmalıdır. Esasında burada ifade edilmek istenen hiç şüphesiz ki suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasıdır. İkinci olarak icra hareketlerinden, icra hareketleri tamamlanmışsa suç tamamlanmadan

suçu tamamlamaktan vazgeçmeye özendirilecek kurallara yer verildiği görülmektedir. İtiraz konusu kuralın, izlenen suç politikası uyarınca gerek icra hareketleri aşamasında gerekse icra hareketlerinin bitmesinden sonra, faillerin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmelerini teşvik etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda yer alan tüm suçlarda uygulanacak genel hüküm niteliğindeki itiraz konusu kural, suçu işlemekten gönüllü vazgeçen faillerin yaşadıkları yerin az ya da çok gelişmişliğini dikkate alarak farklı hükümler öngörmemekte; aksine suçu işlemekten gönüllü vazgeçen tüm faillerin aynı hükümden yararlanmalarını sağlamaktadır. Esasen Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği "mülkîlik ilkesi" uyarınca, Türk Ceza Kanunu ülkenin tümünde ve suç işleyen kişilere her hangi bir ayırım yapmadan uygulanmak durumundadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

⁴³ "...Gönüllü vazgeçmenin varlığı için aranan şartlar şu şekilde sıralanabilir:
1-) Öncelikle kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik olarak icra hareketlerine başlanmalı,
2-) Suç tamamlanmadan önce vazgeçme gerçekleşmeli,
3-)Vazgeçmenin konusu' icra hareketinin devamına, suçun tamamlanmasına ya da sonucun gerçekleşmesine yönelik bulunmalı yani sanık ya suçun icra hareketlerinden vazgeçmeli ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemeli,
4-)Vazgeçme gönüllü olmalı yani fail suçun icra hareketlerini isteyerek terk etmeli ya da suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini isteyerek önlemeli,
5-)Suçun tamamlanmasının önlenmesi veya sonucun gerçekleşmesinin engellenmesi, failin çabalarıyla meydana gelmelidir. Sonuç başka bir sebeple önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme oluşmayacak ve fail 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinden yararlanamayacaktır..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/14-600, 2015/194, 9.6.2015, www.kazanci.com)

veya netice gerçekleşmeden vazgeçme gerçekleşmelidir. Ayrıca bu vazgeçme iradi ve gönüllü olmalıdır. Son tahlilde suçun tamamlanmasının önlenmesi veya sonucun gerçekleşmesinin önlenmesi, failin çabalarıyla meydana gelmelidir. Sonuç başka bir nedenle, dış bir etken sayesinde önlenmiş ise kural olarak gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki gündeme gelmeyecektir.⁴⁴ Biz çalışmamızın boyutu elverdiği ölçüde aşağıda her bir şarta ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

Gönüllü vazgeçmeden bahsedebilmek için, ilk olarak kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik icra hareketlerine başlanmalıdır. Zira hazırlık hareketleri suç işleme iradesini ortaya koymak bakımından yeterli kuvvette değildirler ve tehlike arz etmezler. Bu bakımdan gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki için suç yolunda ilerleyen failin mutlaka hazırlık hareketleri evresini geçmiş olması ve icra hareketleri safhasına gelmiş olması gerekir. Hakeza bu durum madde metninde de açık bir şekilde "Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer..." şeklinde ifade edilmiştir. Bu minvalde gönüllü vazgeçmenin ancak teşebbüsün söz konusu olduğu aşamada gerçekleşebileceği, dolayısıyla teşebbüsü mümkün olmayan suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilemeyeceği söylenebilir.⁴⁵ Zira suça teşebbüsün her somut olayda değerlendirilmesi gerekse de, bazı suçlar teşebbüse elverişli değildir.⁴⁶

⁴⁴ "...fail icraya başlarken göz önünde tuttuğu ve hesaba kattığı risklerden başka bir faktör nedeniyle icra hareketlerine devam etmemişse ya da sonuca ulaşamamışsa vazgeçmenin gönüllü olmadığı, bu halde icra hareketleri failin elinde olmayan engelleyici nedenlerle bitirilemediğinden ya da sonuç failin elinde olmayan nedenlerle meydana gelmediğinden kalkışmanın söz konusu olduğu..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/1-692, 2012/60, 28.2.2012, www.kazanci.com), "...sanıkların sahte olarak oluşturdukları kaza tespit tutanağı ile katılan ... şirketinden sigorta bedelini talep ettikleri, sigorta başlangıç tarihi ile kaza tarihinin yakın olması nedeni ile sigorta şirketi tarafından olaya dair inceleme başlatılması ve kazanın gerçekte 26/04/2012 tarihinde yapıldığına dair maddi delillere dayalı tespitler yapılması üzerine sanıkların suçlamalardan kurtulmak üzere tevil yollu ikrar içeren beyanlarda buldukları, dolayısıyla vazgeçmenin gönüllü ve iradi olmadığı, dış etmenlere dayanması karşısında, sanıklar hakkında mahkumiyet hükmü verilmesi yerine, yasal olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat hükmü verilmesi..." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 2017/1783, 2017/20486, 17.10.2017, www.kazanci.com)

⁴⁵ "...Bu durumda gönüllü vazgeçmeden bahsedebilmek için suçun, suçun teşebbüs aşamasında kalması, vazgeçmenin iradi ve gönüllü olması, suçun tamamlanmamasının ya da neticenin gerçekleşmemesinin, sanığın iradi ve gönüllü vazgeçmesine bağlı olması, dış etkenlere bağlı olmaması gerekmektedir..." (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 2017/1783, 2017/20486, 17.10.2017, www.kazanci.com)

⁴⁶ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Us-A

Burada örnek olarak kalkışma suçları ve taksirli suçlar zikredilebilir. Bilhassa taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Çünkü teşebbüs kişinin ancak işlemeyi kast ettiği suç açısından mümkündür.⁴⁷ Failin suç işleme kastından vazgeçmesi anlamına gelen gönüllü vazgeçmenin tabiiyeti itibariyle taksirli suçlarda söz konusu olması mümkün değildir. Çünkü bu suçlarda zaten vazgeçilebilecek bir kast yoktur.⁴⁸ Dolayısıyla suça teşebbüsün mümkün olmadığı durumlarda, gönüllü vazgeçme hükümlerinin gündeme gelmesi hukuken mümkün değildir.

Diğer taraftan, gönüllü vazgeçmenin mevcudiyetinden bahsedebilmek için icra hareketlerinden, icra hareketleri tamamlanmışsa suç tamamlanmadan veya netice gerçekleşmeden faildeki gönüllü ve iradi vazgeçme gerçekleşmiş olmalıdır. Esasında kanun koyucunun gönüllü vazgeçmeyi düzenlediği madde metnine bakıldığında gönüllü vazgeçmenin iki ayrı biçimde ele alındığı görülmektedir. Gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağı ilk hal, failin icra hareketlerinden gönüllü ve iradi olarak vazgeçmesidir. İkinci hal ise, failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir.

VII. Failin İcra Hareketlerinden Vazgeçmesi Şeklindeki Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edileceği ilk hal yukarıda ifade ettiğimiz üzere, failin icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesidir.⁴⁹ İfade edelim ki, icra hareketlerinden vazgeçme lafzı itibariyle dahi negatif bir özellik taşır yani suç yolunda ilerlemeye karar vermiş failin suç faaliyetini sonuna kadar götürmemesi anlamına gelir.⁵⁰ Bu durumda ihmali suçlar hariç, failin aktif bir hareket yapma-

Yayıncılık, Ankara 2017, s.344.

⁴⁷ Muharrem Özen, "TCK'nda Taksir", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s.143.

⁴⁸ Akdağ, s.113.

⁴⁹ "... Gönüllü vazgeçme ilk olarak icra hareketleri safhasında mümkündür. Fail, icra hareketlerinin devamı aşamasında, icra hareketlerini sonuna kadar götürme imkân ve iktidarı bulunmasına rağmen icraya devam etmemiş olmalıdır..." (Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2017/622, 2017/2490, 8.5.201)

⁵⁰ "... İcra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir... Bu durumda failin soyut durması yetecek ve aktif bir davranış gerekmeyecektir." Yargıtay 11.

sına gerek olmayıp sadece devam ettiği suça ilişkin hareketten vazgeçmesi yeterlidir.⁵¹ Fakat ihmali suçlarda icra hareketinden vazgeçmek için pozitif bir fiilin varlığı gerekir, esasında burada ancak yapılmayan hareketin yapılması ile birlikte gönüllü vazgeçme hükümleri gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı, başka bir ifadeyle vazgeçmenin ne zaman ihtiyari ne zaman harici sebeplerle olduğu kesin olarak belirlenmelidir. Fail hakkında özgür iradesiyle vazgeçmediği veya elinde olmayan sebeplerle bu şekilde davranmak zorunda kaldığı kesin olarak belirlenmediği sürece şüpheden sanık yararlanır ilkesi gözetilerek gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilmelidir. Zira hiç şüphesiz ki, vazgeçme iradesi harici baskılardan uzak, serbest bir vaziyette gün yüzüne çıkmalıdır.⁵² Yine vazgeçme gönüllü olmasının yanı sıra ciddi olmalı, kesin ve şartsız olmalı, geçici olmamalıdır. Vazgeçmenin kesinliğinden icra hareketlerinin kat'i bir surette bırakılmış olmasını, geçici olmamasından ise failin hareketlerinin suça kısa bir ara vermeye yönelik değil suçtan geri dönmeye yönelik olması anlaşılmalıdır. Fakat her şeyden öte, gönüllü vazgeçme kurumunun temeli gönüllülüktür. Fail suç yolunda ilerlerken hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması için, objektif bir unsur olarak icra hareketlerinden vazgeçmesi gerekirken, sübjektif bir unsur⁵³ olarak da bu vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edebilmek gerekir. Esasında burada yine gönüllü vazgeçmenin teşebbüsle olan ayrımı göz önüne çıkmaktadır. Zira zaten suç yolunda ilerleyemeyen

⁵¹ Ceza Dairesi, 2014/1907, 2016/925, 10.2.2016, www.kazanci.com
Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık, Ankara 2007, s.408.

⁵² Yavuz Erdoğan, "Gönüllü Vazgeçme", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010, s.105.

⁵³ "...Vazgeçmenin sübjektif şartı olan ve dördüncü bentte açıklanan gönüllülük, gerçek anlamda pişmanlığı ifade etmemektedir. Korktuğu ya da mağdura acıdığı için veya vicdan azabı, tanrı korkusu gibi başkaca iç etkenlerin varlığıyla vazgeçmesi durumunda da fail hakkında gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır. Önemli olan failin kendi iradesi ile suç işlemekten vazgeçmesi icra hareketlerini yarıda bırakması ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi olup, vazgeçmenin kaynağını insanın özünde olması gereken iyilik duygusundan alması gerekli değildir. Esasen ceza muhakemesinde psikik dürtülerin kaynağını ispatlamak da kolay olmadığından, faile ceza vermemek için fiili isteyerek kesmesi yeterli görülmelidir. Böylece, vazgeçmenin içten bir pişmanlığın sonucu olması gerek olmayıp failin samimiyeti aranmayacağından, suçu daha sonra işlemek üzere vazgeçmiş olması halinde dahi, kamu düzeni de bozulmamış olduğu için gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırılacaktır..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/10-183, 2015/62, 24.3.2015, www.kazanci.com)

failin vazgeçmesinin ihtiyari olmaması teşebbüsün bir unsurudur. Bu minvalde, bu husus tersten formüle edilecek olursa şu şekilde ifade etmek gerekir: Teşebbüste failin vazgeçmesinin ihtiyari olmaması koşulu gerçekleşmedikçe, ceza sorumluluğunu genişleten teşebbüs hükümlerinin de uygulanabileceği söylenemez. Dolayısıyla gönüllü vazgeçmenin varlığı halinde teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Her ne kadar doktrinde gönüllülükten anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda psikolojik ve normatif teorilere yer verilmişse de, biz çalışmamızın boyutu elvermediği için burada sadece teorilerin isimlerini zikretmekle yetinecek ve vazgeçmenin ihtiyari olması ile ilgili daha pratik bilgilere değineceğiz.

Bilhassa Türk Hukukunda vazgeçmenin gönüllü olup olmadığına ilişkin belirleme yapılırken, doktrin ve uygulamada kabul gören frank formülü esas alınmaktadır. Frank formülüne göre, failin “sonucu gerçekleştirebileceğim halde gerçekleştiriyorum” demesi halinde vazgeçme gönüllü, “sonucu gerçekleştirmek istiyorum fakat gerçekleştiriyorum” demesi halinde ise vazgeçme gönülsüz olarak kabul edilmektedir.⁵⁴ Yani suça devam etme imkân ve iktidarına sahip olan fail, her ne saikle olursa olsun suçun icra hareketlerinden serbest iradesiyle vazgeçerse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecek-

⁵⁴ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s.402; Soyaslan, s.293; “... Sanığın, apartmanın 4. katındaki yakınada ait evden kızına ait çantayı alıp merdivenlerden inerken çantayı merdiven boşluğuna attıktan sonra 1. Katta yakınan ile karşılaştığı, ne beklediği sorusuna MY’yi beklediği yanıtını verdiği sırada yakınanın kızının, çantasının yerinde olmadığını söylemesi ve yakınanın “sen mi aldın?” diye sorması üzerine “evet ben aldım ve şuraya attım” diyerek attığı yeri gösterdiği, olay yerine gelen tanık İ. ile birlikte üzerine aramak istediklerinde bıçak çıkardığı, ancak yakınan ve tanık tarafından etkisiz hale getirildiği anlaşılmıştır. Gönüllü vazgeçme failin icra hareketlerini bitirme olanağı varken pişmanlık duyarak kendiliğinden eylemine son vermesi, yani failin iradesi ile hareketlerini sonlandırması veya gönüllü vazgeçmede icra hareketlerini sürdürme ya da sonucu gerçekleştirme olanağı bulunduğu halde vazgeçmede yani failin icra hareketlerini bitirmiş ancak sonuç meydana gelmeden gönüllü olarak neticenin meydana gelmesini önlediğinde uygulanabilen bir yasa yorumudur. İcra hareketlerini tamamlayan fail sonucun gerçekleşmesini önlemek için ciddi bir çaba göstermelidir. Çabaya rağmen sonuç meydana gelmişse fail sonuçtan sorumlu tutulacak, sonucu engellemesi takdiri indirim nedeni olarak kabul edilecektir. Somut olayda çantayı çalıp olay yerinden ayrılmaya çalışan sanığın yakınanı fark edip, suç konusu eşyayı sonradan almak üzere merdiven boşluğuna atması şeklinde gelişen eyleminde, 5237 sayılı TCK’nın 36. maddesinin uygulama koşulları bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2007/832, 2010/764, 26.01.2010, www.kazanci.com)

tir.⁵⁵ Bu noktada her ne saikle olursa olsun şeklindeki söylemin nedeni, ceza hukukunun failin iç dünyası ile ilgilenmiyor olmasıdır. Hakeza gönüllü vazgeçmeden yararlanmak için failde muayyen bir saikin aranması, fail tarafından ispatlanamayacak ve uygulamada hâkimlere zorluk çıkartacak bir şart yaratmak anlamına gelir ki bu da hukuken ve fiilen kabul edilemez. Bu noktada ehemmiyet arz eden failin saikin tespiti değil, seçme özgürlüğü varken fiilden vazgeçmesidir.⁵⁶ Zira vazgeçme iç ve dış faktörlerden kaynaklanabilir, failin acıma, korkma, rezil olma duygusu veya sair bir sebeple yasal zemine dönmüş olması, bu davranışları hukukilik sınırlarını aşmadığı müddetçe, vazgeçmenin gönüllüğüne tesir etmez.⁵⁷ Buna karşın, suçüstü yakalanma tehlikesiyle yahut şahitlerce görüldüğü gerekçesiyle hareketine devam etmeyen failin vazgeçmesinin gönüllü olmayacağı doktrinde kimi yazarlar tarafından kabul görmektedir.⁵⁸ Kanaatimiz, harici bir tazyik etkisi altında kalan failin iradesinin serbest olmadığı ve böyle bir durumun mevcudiyeti halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiği yönündedir. Hakeza Yargıtay'da içtihatlarında bu yönde görüş bildirmektedir.⁵⁹

⁵⁵ "...Failin içten pişmanlık duyarak ya da utanarak suçtan vazgeçmesi aranmaz. Çünkü faili vazgeçmeye yönelten saik gönüllü vazgeçme açısından önem arz etmez. Fail ahlaki duygularla veya cezadan korkarak da vazgeçmiş olabilir. Önemli olan, failin seçme özgürlüğüne sahip olup olmadığıdır. Bu açıdan failin ceza almaktan korkarak herhangi bir şeyden iğrenerek pişmanlık duyarak veya mağdura acıyarak suçu işlemeye devam etmemesi durumunda gönüllü vazgeçme varsayılır... Failin ne için vazgeçtiğinin veya vazgeçmenin gerçek bir pişmanlığın sonucu mu olduğunun önemi yoktur. Suça teşebbüs ile vazgeçme arasındaki en önemli fark teşebbüsün elde olmayan bir nedenden doğmasına karşılık vazgeçmenin bizzat failin isteği ile gerçekleşmesidir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/10-183, 2015/62, 24.3.2015, www.kazanci.com)

⁵⁶ Nur Centel/Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, 2017, s.467.

⁵⁷ Hüseyin Acar, Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 68.

⁵⁸ Erdagöz, s.1069; Kayıhan İçel, Suç Teorisi, Beta Basım-Yayın, 1999, s.363; Sözüer, s.246; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2016, s.287.

⁵⁹ "...Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde sanıklar ... ve ...'ın ... plakalı araçla ... İlçesine dolandırıcılık amacı ile geldikleri, mağdur ... tarafından yapılan teşhisten de anlaşıldığı üzere ...'ın mağdura Ziraat Bankasından geldiğini, bankadaki parasına 750 TL yatırması gerektiğini, bunun için son gün olduğunu, yoksa biriken 7000 TL parasını alamayacağını söylediği, mağdurun ise yanında para olmadığını, komşudan alacağını söylemesi üzerine, sanığın ben parayı yatırım diyerek evden gittiği oluştaki uygun şekilde kabul edilmesine göre, sanık ...'nın eyleminden yakalanma tehdidi ile vazgeçtiği hususunda herhangi bir delil bulunmadığı, bu itibarla şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca suç işlemekten

VIII. Failin İcra Hareketlerini Tamamlamasına Rağmen Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemesi Şeklindeki Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edileceği ikinci hal, failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir. Yukarıda failin icra hareketlerinden vazgeçmesi durumunda ihmali suçlar hariç aktif bir harekette bulunmasına gerek olmadığı hususuna değinmiştik. Oysa failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halinde negatif bir tavır yetmez, aksine failin suçun tamamlanmasını veya neticenin meydana gelmesini aktif bir çaba ile önlemesi gerekir.⁶⁰ Hakeza bu durum madde gerekçesinde "...Ancak icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi gerekmektedir." şeklinde ifade edilmiştir. Burada failin gönüllü vazgeçme yönündeki iradesini tespit etmek, icra hareketlerinden vazgeçmeye oranla hiç şüphesiz ki daha kolay olacaktır. Kanaatimizce, 5237 sayılı Kanun'la birlikte suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi halinin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmesi yukarıda bahsettiğimiz suç politikası teorilerine ve madde gerekçesindeki ifade ile modern suç politikasına uygundur. Böylece, 765 sayılı Kanun'un ifadesi ile tam teşebbüs aşamasında da gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki mümkün hale getirilmiştir. Kanun'da her ne kadar suçun tamamlanması veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi biçiminde iki kavramdan bahsedilmiş ise de, esasında sadece suçun tamamlanmasının önlenmesi ifadesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz. Zira aslında kanun koyucunun kullandığı her iki kavram da suçun tamamlandığı anlamını taşır. Zannederiz ki kanun koyucu bu kavram ayrımını sırf hareket suçları ile netice suçları arasındaki farkı gözeterek yapmıştır. Neticede, vazgeçme her ihtimalde suçun tamamlanmasından önce gerçekleşmelidir.

gönüllü olarak vazgeçtiğinin kabulüyle sanıklar hakkında TCK'nın 36. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2014/1907, 2016/925, 10.2.2016, www.kazanci.com)

⁶⁰ "Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise, pozitif bir özellik taşıyor" bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2014/14-600, 2015/194, 9.6.2015, www.kazanci.com)

İfade edelim ki, failin suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini bizzat önlemesi zorunlu görülmemelidir. Sonucun başkaları tarafından engellenmesine yönelik ciddi çaba gösteren fail de gönüllü vazgeçmeden yararlanabilir.⁶¹ Dolayısıyla neticenin gerçekleşmemesi bizzat başkaları tarafından sağlanabilir. Burada önemli olan failin neticenin engellenmesindeki nedensel katkısının varlığı, failin üçüncü kişileri harekete geçirmesi olgusudur.⁶² Fakat failin neticenin engellenmesi sürecine dair mutlaka aktif bir katkısından bahsetmek gerekir, yoksa failin sadece başkalarının neticenin gerçekleşmesini engellemeye yönelik hareketlerine izin vermesi gönüllü vazgeçme olarak kabul edilemez. Şayet failin sürece kattığı nedensellik bağı olmasaydı, netice meydana gelebilecekti ise gönüllü vazgeçmenin varlığından bahsedilebilir ve bunun kaynağı da failin iradesidir. Failin neticeyi önleme noktasındaki iradesi ise tıpkı icra hareketlerinden vazgeçmede olduğu gibi gönüllü olmalıdır.⁶³ Gönüllülüğün hangi saikle olduğu ise

⁶¹ Akdağ, s.109.

⁶² "...Sanığın kasten öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılmasına karar verilen olayda; uyuşmazlık, gönüllü vazgeçme koşullarının oluşup oluşmadığının belirlenmesine ilişkindir. Gönüllü vazgeçme hâlinde kişiye ceza verilmemekte, ancak o ana kadar yapılan hareketler ayrıca bir suç oluşturuyorsa sadece o suçtan sorumlu tutulmaktadır. Mağduru öldürmeye yönelik olarak dokuz adedi yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde 24 yerinden bıçaklayan, icra hareketlerini tamamladıktan sonra ve fakat ölüm sonucu gerçekleşmeden önce eyleminden dolayı pişmanlık duyarak mağdurun yaralarına üzerindeki kıyafet ile tampon yapan, ambulans çağırın, büro sahibi olan ağabeyine de haber verip onun da ambulans çağırmasını sağlayan, mağdura ulaşılması kolay olsun diye büro kapısını açık bırakan, gönüllü vazgeçme koşulları olduğundan, sanığın öldürmeye teşebbüs suçu yerine, o ana kadar icra ettiği eylemlerin karşılığı olup, tamamlanan silahla kasten yaralama suçundan cezalandırılması ve mağdurdaki yaraların yerlerine ve niteliklerine göre temel cezanın alt sınırından uzaklaşarak tayin edilmesi gerekmektedir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011/1-692, 2012/60, 28.2.2012, www.kazanci.com)

⁶³ "... Uyuşmazlık; 5237 sayılı TCK'nın 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme şartlarının olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesine ilişkindir. Sanığın suçta kullandığı bıçağı ve eldiveni saklayarak savunması doğrultusunda katılanın bıçak üstüne düştüğü algısını uyandırmak için mutfaktan aldığı başka bir bıçağı büküp mağdurenin yanına bırakması, sonra mağdurenin ölüp ölmediğini kontrol edip mağdureye "Benden şikâyetçi olacak mısın" diye sorması, ancak katılanın şikâyetçi olmayacağını söylemesi üzerine eylemine son vermesi, yaşlı ve ağır yaralı katılanı evde yalnız bırakıp kapıyı kapatması, ellerinde ve yüzünde kan olduğunu gören ağabeyi ve annesine mağdureye bir şeyler olduğunu söylemek dışında neticenin meydana gelmesini engellemek için hiçbir ciddi çaba içerisinde bulunmaması karşısında, sanığın davranışlarının gönüllülüğe dayanmadığı gibi neticenin gerçekleşmesini önlemek bakımından ciddi bir çaba niteliğinde de olmadığından gönüllü vazgeçmenin şartları gerçekleşmemiştir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2013/1-126, 2014/364, 11.7.2014, www.kazanci.com)

önemli değildir. Önemli olan failin ciddi çabasının meydana getirdiği güçlü bir nedensellik ile sonucun önlenmesidir.⁶⁴ Diğer taraftan, failin tüm aktif uğraşlarına rağmen netice önlenememişse, fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmesi mümkün değildir. Bu durum madde metninde⁶⁵ açıkça ifade edilmiştir. Netice gerçekleşirse fail hiç şüphesiz ki kastedilen tamamlanmış suçtan sorumlu olur, ancak cezasında Türk Ceza Kanunu'nun 62. maddesi⁶⁶ uyarınca indirime gidilebilir.

IX. İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme ile ilgili olarak değinilmesi gereken son husus, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin nasıl tatbik edileceği meselesidir. Zira bu husus 5237 sayılı Kanun'un 41. maddesinde "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Kanunlardaki suç tanımlarında genel olarak yüklemün öznesi "kişi, her kim, kimse" gibi ifadelerle tek bir kişi olarak hüküm altına alınır. Fakat birden çok kişinin suça iştirak ettiği ve bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden çok kişi ile birlikte işlendiği de görülmektedir. Bu noktada, işlenen suçun icrasına katılan suç ortaklarının her birinin 5237 sayılı Kanun'un 40. maddesinde⁶⁷ hüküm altına alınan

⁶⁴ Erdagöz, s.1077.

⁶⁵ Türk Ceza Kanunu madde 36:

Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

⁶⁶ Türk Ceza Kanunu madde 62:

(1)Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.
(2)Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

⁶⁷ Türk Ceza Kanunu Madde 40:

bağlılık kuralı gereğince cezai sorumluluğu doğar. Yukarıda etraflıca açıkladığımız gönüllü vazgeçmenin neden cezalandırılmadığına ilişkin görüşler, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda epey önem arz eder. Zira cezalandırılabilir bir teşebbüsün varlığını kabul etmeyen ve gönüllü vazgeçmenin suçun bir unsurunu kaldırdığını savunan hukuk teorileri dikkate alındığında, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme halinde hiçbir suç ortağının cezai sorumluluğundan bahsedilemezken, gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran bir sebep olduğunu ve gönüllü vazgeçme halinde teşebbüs aşamasına gelmiş bir suçun bulunduğunu savunan suç politikası teorileri dikkate alındığında suça iştirak edenlerin cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

Eski ceza kanunu döneminde ayrıca hüküm altına alınmamış olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesi, kanundaki lafzı itibariyle, gönüllü vazgeçme müessesesinin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğunu teyit eder mahiyettedir. Zira mezkûr maddenin ilk fıkrasında bu husus "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda diğer suç ortakları, teşebbüs derecesinde kalmış suçtan dolayı cezalandırılacaklardır.⁶⁸

5237 sayılı Kanun'un 41. maddesinin tatbik edilebilmesi için her şeyden önce suç ortağının iştiraktan sorumlu tutulabilmesine ilişkin bütün şartlar gerçekleşmiş olmalıdır.⁶⁹ Bu minvalde, ilk olarak suç or-

(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

⁶⁸ "... Gönüllü vazgeçme nedeniyle cezasızlık durumundan sadece gönüllü olarak vazgeçen fail yararlanır. Diğer sanık İlyas'ın suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçtiği kabul edilse bile, o sırada gözcülük yapmakta olan sanık Faik bu durumdan yararlanamaz..." (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2004/4963, 2005/15429, 14.11.2005, www.kazanci.com)

⁶⁹ Türk Ceza Kanunu Madde 40:

(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

tağının suç yolunda cezalandırılabilir aşamaya yani teşebbüs evresine ulaşması gerekmektedir. Yani yardım eden, fail icra hareketlerine başlamadan önce vazgeçmiş ve suçun işlenmesine o zamana kadar yaptığı katkıyı gidermişse sorumlu olmaz.⁷⁰ Diğer taraftan suça iştirak eden suç ortağının iştirak ettiği suça yönelik katkısının bilerek ve isteyerek yani kasten olması gerekmektedir.⁷¹ Bu noktada olası kast tartışılabilirse de, taksirin varlığı halinde iştirak hükümlerinin tatbiki hukuken mümkün değildir. Esasında kanun koyucu tarafından 41. maddede, 36. maddeye göre daha farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Zira gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve buna rağmen suç başka bir nedenle işlenmemiş olabilir. Bu durumda gönüllü vazgeçen suç ortağı yine de gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Diğer taraftan gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün çabasına rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesindeki düzenlemeden farklı olarak suça iştirak eden suç ortağı hakkında suçun işlenmiş olmasına rağmen gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilebilecektir.

SONUÇ

İlk kez Ortaçağ hukukçuları tarafından ortaya atılan teşebbüs kavramı, gönüllü vazgeçme kurumunun tartışılmasına ve kurumun hukuk terminolojisindeki yerini almasına neden olmuştur. Türk Ceza Hukukunda hem 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nda hem de 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme kurumuna yer verilmişse de, mezkûr kanunların kurumu düzenleme biçimleri oldukça farklılık arz eder.

765 sayılı eski Ceza Kanunu'nda teşebbüs kurumu, eksik teşebbüs ve tam teşebbüs olarak ikiye ayrılıyordu ve tam teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan vazgeçilmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümleri-

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

⁷⁰ Akdağ, s.119.

⁷¹ Önder Tozman, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, s.8.

nin tatbik edilmesi hukuken mümkün değildi. Tam teşebbüs aşamasında söz konusu olan bu vazgeçme haline 'Suç Öncesi Etkin Pişmanlık' deniliyordu ve 'Suç Öncesi Etkin Pişmanlık' adı verilen bu kurum eski ceza kanununda düzenlenmediği için fail bu durumda tam teşebbüsten sorumlu tutuluyordu. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda eksik ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış, eski ceza kanunu döneminde sadece icra hareketleri devam ederken söz konusu olan gönüllü vazgeçme kurumunun kapsamı genişletilerek, icra hareketlerinin bittiği ancak neticenin gerçekleşmediği durumlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmesi mümkün hale getirilmiştir. Fakat bu düzenlemenin suç siyaseti bakımından çok yerinde olmadığı ve aşırı bir düzenleme olduğu ileri sürülebilir. Kanaatimizce, kanun koyucu gönüllü vazgeçme kurumunun amacını gözetenek hakkaniyete uygun bir düzenleme yapmalıdır.

Gönüllü vazgeçmenin suç teorisindeki yeri hakkında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Suç politikası teorilerine üstünlük veren Türk Ceza Hukuku'na göre, gönüllü vazgeçme, suçun unsurlarında bir etki yaratmaz. Kanaatimizce gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 41. maddesindeki düzenlemede belirtildiği üzere suç ortaklarına bir etkisi olmaz. Dolayısıyla sanık hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edildiği durumlarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 4. fıkrasının b bendi uyarınca şahsi cezasızlık sebebinin varlığı sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir Her şeyden önce kasıtlı bir suçun işlenmesine yönelik icra hareketlerine başlanmış olmalı, yani suç en azından teşebbüs aşamasında kalmış olmalıdır. Zira teşebbüs kişinin ancak işlemeyi kast ettiği suç açısından mümkün olduğu için bazı suçlar tabiatı itibariyle teşebbüse uygun değildir. Dolayısıyla teşebbüsün elverişli olmadığı suçlarda gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilemez. İkinci şart olarak icra hareketlerinden, icra hareketleri tamamlanmışsa suç tamamlanmadan veya netice gerçekleşmeden vazgeçmenin gerçekleşmesi gerektiğinden söz edilebilir. Son olarak suçun tamamlanmasının önlenmesi veya sonucun gerçekleşmesinin önlenmesi, failin çabalarıyla meydana gelmelidir.

Nitekim gönüllü vazgeçme kurumu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda iki ayrı biçimde ele alınmıştır. İlki, failin icra hareketlerinden gönüllü ve iradi olarak vazgeçmesidir. İkincisi ise, failin icra hareketlerini tamamlamasına rağmen suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir. Bilhassa vazgeçmenin ikinci şeklinde failin ciddi bir çaba göstermesi aranmakta ise de kanun koyucunun madde gerekçesindeki ifadesi ile "ciddi bir çaba" ile neyi kastettiği tam olarak anlaşılammaktadır. Kanaatimizce gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması gereken uyuşmazlıklarda mahkeme somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmalıdır.

Hiç şüphesiz ki, yukarıda atf yaptığımız her iki durum bakımından da vazgeçme gönüllü olmalıdır. Burada gönüllülüğün hangi saikle olduğu ehemmiyet arz etmez. Fail, her ne saikle olursa olsun suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir ki, ceza hukukunun kişinin iç dünyası ile ilgilenmeyen yaklaşımı karşısında biz de bu görüşün yerinde olduğu kanaatindeyiz. Diğer taraftan vazgeçme iradesi serbest, harici baskılardan uzak, ciddi, kesin ve şartsız olmalı, geçici olmamalıdır. Zira doktrinde bazı yazarlar tarafından suçüstü yakalanma tehlikesiyle veya şahitlerce görüldüğü gerekçesiyle hareketine devam etmeyen failin vazgeçmesinin gönüllü olmayacağı kabul görmektedir. Kanaatimiz, harici bir tazyik etkisi altında kalan failin iradesinin serbest olmadığı ve böyle bir durumun mevcudiyeti halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmemesi gerektiği yönündedir.

Son tahlilde, eski ceza kanunu döneminde kanun koyucu tarafından hüküm altına alınmamış olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemesine değinmek gerekir. Mezkûr madde metni, yukarıda dermeyan ettiğimiz üzere gönüllü vazgeçmenin cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğunu teyit eder mahiyettedir. Zira madde metnine göre "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır." Diğer taraftan ilgili düzenlemeyi, gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği 36. maddeden ayıran ölçüt, ciddi ve aktif bir çaba göstermesine rağmen neticenin gerçekleşmesini önleyemeyen fail hakkında da gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmesinin hukuken mümkün hale getirilmesidir.

Kaynakça

- Acar Hüseyin, *Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme Kurumu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Akdağ Hale, "Gönüllü Vazgeçme", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013.
- Aksoy Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2007.
- Arabacı Murat, *Gönüllü Vazgeçme*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Artuk Emin, *Suçun Özel Görünüş Şekilleri*, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989.
- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Baba Yasemin, *Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Bayraktar Köksal, Faal Nedamet, İHFM, 1968.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2011.
- Erdagöz Özcan, "Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Konuya İlişkin Bir Kararının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013.
- Erdoğan Yavuz, "Gönüllü Vazgeçme", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010.
- Erem Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Ankara, 1973.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Us-A Yayıncılık, 2017.
- İçel Kayıhan, *Suç Teorisi*, Beta Basım-Yayım, 1999.
- Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Basım, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2015.
- Özen Muharrem, "TCK'da Taksir", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, İstanbul: Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010.
- Özgenç İzzet /Şahin Cumhur, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara: Yayın Matbaacılık, 2007.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Soyaslan Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara: Kazancı Kitap, 1994.

- Sözüer Adem, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul : Kazancı Hukuk Yayınları , 1994.
- Toroslu Nevzat/Ersoy Yüksel, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı" Türk Ceza Kanunu Reformu, 2004.
- Tozman Önder, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009.
- Tozman Önder, *Suçta Teşebbüs*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2008.
- Ünver Yener, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Yılmaz Enes, "Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme", Ankara: *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016.
- Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, İstanbul: Beta Yayınları, 2016.

KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARINDA ARSA PAYI PROBLEMİ

LAND SHARE PROBLEM IN URBAN TRANSFORMATION APPLICATIONS

Murat TEZCAN*
Beyza CANBOLAT**

Özet: Arsa payı, kat irtifakı ve kat mülkiyetinin kurulu bulunduğu her dönemde büyük öneme sahip olsa da bu önem bilhassa son dönemlerde kentsel dönüşüm uygulamalarının artmasıyla daha da fark edilir hale gelmiştir. Arsa payı; kentsel dönüşüm uygulamalarında ana gayrimenkul ile ilgili alınacak kararlarda esas ölçüt olması, üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazda kat maliklerinin sahip olacakları mülkiyet haklarının belirlenmesi, arsa payı düzeltim davasının açılabilmesi, kentsel dönüşüm kararına katılmayan maliklerin satış veya kamulaştırma neticesinde elde edebilecekleri bedelin belirlenmesi gibi birçok konuda etkilidir. Bununla birlikte kat maliklerinin ana gayrimenkul üzerinde edinecekleri haklar ve üstlenecekleri yükümlülükler de çoğu zaman arsa payına göre belirlenmektedir. İşte böyle bir durumda kat maliklerinin hak kaybı yaşaması için arsa payının doğru bir şekilde belirlenmesi zorunludur. Bu çalışmamızda arsa payının hangi durumlarda önem arz ettiğine, arsa payının bağımsız bölümün nitelikleri ile oranlı olarak belirlenip belirlenmediğinin denetimine, hatalı olarak belirlendiği düşünülen arsa paylarının nasıl düzeltileceğine ve arsa payı düzeltim davası ile ilgili usule ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arsa Payı, Kentsel Dönüşüm, Kat Mülkiyeti, Arsa Payı Düzeltim Davası

Abstract: Although the land share has great importance in every period in which construction servitude and property ownership exists, this importance has become even more noticeable with the increasing exercise of urban transformation in recent years. Land share has an important impact upon many issues, among others; the decisions to be taken regarding the main real estate in exercise of urban transformation as being the main criterion, the determination of the property rights of the property owners' property rights after the demolition of a building which transformed the property to a land, taking actions in regards to land share correction cases, determination on receivables of the property owners who do not wish to participate in the decision of urban transformation after sale or expropriation of such property. However, the rights of

* Avukat, murat@cbthukuk.net.

** Stj. Avukat

the property owners on the main property and the obligations they shall undertake are also often determined by the land share. In such case, it is imperative for the property owners' land shares to be determined correctly in order not to lose their rights. This study aims to provide information in regard to the cases where the land share has critical importance, the review and audit of whether the land share is determined proportional to the qualities of each independent section, how to request correction on erroneously determined land shares and rules of procedure of land share correction cases.

Keywords: Land Share, Urban Transformation, Condominium, Land Share Correction Case

KAVRAMSAL GİRİŞ

Kentsel dönüşüm, en genel tanımıyla yerleşim yerlerinin *imar planlama faaliyetlerinin temel amaçlarına uygun hale getirilmesi* işlemidir.¹ Kentsel dönüşüm uygulamaları ile sağlanmak istenen temel amaç, kişilerin konforlu bir yaşam sürebilmesi için güvenli ve sağlıklı yaşam kriterlerine uygun şehirler oluşturmaktır. Kentsel dönüşüm uygulaması sayesinde afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların afetlere karşı güvenli hale gelmesi sağlanmakta, kentler sosyal ve ekonomik koşullar açısından yaşanılır kılınmakta ve böylelikle daha güvenli, konforlu, yalıtımlı yaşam alanları inşa edilmektedir.

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, kentsel dönüşüm uygulamalarının tabi olduğu kanundur. Bu Kanun'un amacı yukarıda anlattıklarımıza paralel olarak afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ile sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.

Kentsel dönüşüm projesinin konusunu teşkil eden ana gayrimenkul hakkında alınacak kararlarda esas ölçüt, 6306 sayılı Kanun'a göre arsa payıdır. Kanun'da bahsedilen en az üçte iki çoğunlukla karar alma kuralında aranan yeter sayı arsa payına dayanmaktadır. İleride detaylı olarak izah edileceği üzere arsa payı kavramının kentsel dönüşüm uygulamalarında ve ana gayrimenkul ile ilgili daha birçok konuda büyük öneme sahip olduğu açıktır. Arsa payının önemi münasebetiyle,

¹ Prof. Dr. Gürsel Öngören, Prof. Dr. N. İlker Çolak, Kentsel Dönüşüm Rehberi, s. 2,

hatalı olarak belirlenen arsa paylarının düzeltilebilmesi için mevcut yasal düzenlemelerle “*arsa payı düzeltim davası*” açılmasına imkân sağlanmaktadır.

A. KENTSEL DÖNÜŞÜM PROJELERİNİN UYGULAMA ALANI

Kentsel dönüşüm projeleri; riskli alanlar, riskli yapılar, rezerv yapı alanları üzerinde uygulama alanı bulmaktadır.

B1. Riskli Alan ve Tespiti

Riskli alan, 02.07.2018 tarihli Kanun değişikliğinden önce, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alanı ifade etmekteydi. Ancak 02.07.2018 tarihli 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 196. maddesi ile riskli alanın yasal tanımı şu şekilde değiştirilmiştir: “*Riskli alan, zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alanı ifade eder.*” Bakanlar Kurulunun, yeni Anayasal teşkilat düzeninde yer almaması sebebiyle yürürlükte bulunan kanunlar yeni Anayasa'ya uygun hale getirilmiş; ilgili hükümlerde bulunan Bakanlar Kurulu ibareleri değiştirilmiştir. Bununla birlikte riskli alanın 6306 sayılı Kanun'da yer alan önceki tanımında riskli alan belirlemesini yapacak olan idarenin, Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye, bu sınırlar dışında il özel idaresi, büyükşehirlerde büyükşehir belediyesi ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesi olacağı belirtilmişti. Ancak yukarıda yer verdiğimiz 02.07.2018 tarihli değişiklik sonrasında 6306 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ç) bendinden “*Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen*” ifadesi de tümüyle kaldırıldığından artık riskli alan belirlemesinin Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı kanaatindeyiz.

Kentsel dönüşüm uygulamasının riskli alan üzerinde hayata geçirilmesiyle genel olarak alandaki riskli veya ruhsatsız yapıların alandaki risksiz yapılarla birlikte dönüşümü sağlanmakta; alan, afetlere da-

yanıklı hale getirilmektedir. Bir diğer yandan ise alana kültür merkezi, spor salonu, ibadethane, okul, sağlık ocağı, park gibi yerlerin kazandırılmasıyla söz konusu alan, sosyal ve kültürel olarak da yaşanılabilir hale dönüştürülmektedir.

Riskli alana ilişkin detaylı düzenlemeler 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nde de yer almaktadır. Yönetmelik'e ve 6306 sayılı Kanun'a göre bir alanın riskli alan olarak belirlenmesi birtakım şartların sağlanmasına bağlıdır. Adı geçen Yönetmelik'in 5. maddesinin 2. fıkrasına ve 6306 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine göre bir alanın riskli alan olarak tespit edilebilmesi için kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması, imar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması, altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması sebeplerinden birinin veya birkaçının bir arada bulunması gerekir. Bununla birlikte üzerindeki toplam yapı sayısının en az % 65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda, uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanlar da riskli alan olarak belirlenebilir.

Yukarıda izah edilen şartları sağlayan alanlar hakkında alanın riskli olup olmadığına ilişkin nihai kararı, 02.07.2018 tarihli 700 sayılı KHK öncesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu vermekteydi. Ancak 02.07.2018 tarihli değişiklik sonrasında riskli alan kararı artık Cumhurbaşkanı tarafından verilmeye başlanacaktır. 6306 sayılı Kanun'da yapılan değişikliğe rağmen 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği halen revize edilmemiştir. Yönetmelik'in 5. maddesine göre TOKİ veya İdare, alanda taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri Çevre ve Şehircilik Bakanlığına riskli alan teklifi sunmaya yetkilidir. Bununla birlikte alanda taşınmaz maliki olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri, İdareden de riskli alan tespit talebinde bulunabilir. İdareye yapılacak talepler Bakanlığa iletilir. 02.07.2018 tarihli değişiklik sonrasında 6306 sayılı Kanun'dan "*riskli alan belirlemesinin* Çevre ve Şehircilik Bakanlığı veya İdare tarafından yapılacağına ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine riskli alan kararının verilebileceğine" ilişkin ibareler kaldırıldığından buradaki Yönetmelik hükmünün uygulama alanı bulunamayacağı belirsizdir. Yönetmelikte her ne kadar Bakanlıkça

uygun görülen taleplerin Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü alınarak, teklif olarak Bakanlar Kuruluna sunulacağı belirtilmiş olsa da yeni Anayasal düzende bu tekliflerin de Cumhurbaşkanı'na sunulacağını söylemek doğru olacaktır.

B2. Riskli Yapı ve Tespiti

Kentsel dönüşüm projelerinin bir diğer uygulama alanı olan riskli yapı, 6306 sayılı Kanun'da tanımlanmıştır. Riskli yapı, yasal tanıma göre riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı ifade etmektedir. Riskli yapı tespiti; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü, insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenmelerine, dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan yapılar ile hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar hakkında yapılır. İnşaat halinde olup ikamet edilmeyen yapılar ile metrukluk veya başka bir sebeple statik bakımdan yapı bütünlüğü bozulmuş olan yapılar riskli yapı tespitine konu edilmez.

6306 sayılı Kanun, kentsel dönüşümün önündeki engelleri kaldırmak suretiyle bu süreci kolaylaştırmakta ve hızlandırmaktadır. Bu anlamda riskli yapıların tespiti için maliklerin nitelikli çoğunluğu veya oy birliği aranmamakta; tespit, tek bir malikin veya kanuni temsilcisinin talebi ile dahi yapılabilmektedir. Riskli yapıların tespiti, 6306 sayılı Kanun'a göre yapı malikleri tarafından kendi istekleri doğrultusunda ve masrafları kendilerine ait olmak üzere yaptırılabilir. Tespitin Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde ve Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılması, burada önem arz etmektedir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmadığı için arsa paylı tapu var ise, arsa üzerinde fiilen bulunan yapının riskli yapı tespiti, yapının sahibi olan arsa payı sahibince yaptırılır. Arsa üzerindeki yapının başkasına ait olması ve bunun da tapu kütüğünde belirtilmiş olması halinde, riskli yapı tespiti lehine şerh olan tarafça yaptırılır. Yapı malikleri, her ne kadar riskli yapı tespitini kendi istekleri doğrultusunda yaptırabilseler de Çevre ve Şehircilik Bakanlığı da süre vermek suretiyle yapı maliklerinden veya kanuni temsilcilerinden riskli yapı tespiti yaptırmalarını isteyebilmektedir. Yapı malikleri veya kanuni temsilcileri, riskli yapı tespitini verilen süre içinde yaptırmadıkları tak-

dirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir.

Riskli yapılar, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde Bakanlık veya İdare tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. İlgili Tapu Müdürlüğü, tapu kütüğüne işlenen belirtmeler hakkında aynı ve şahsi hak sahiplerine bilgi verilir.

B3. Rezerv yapı alanı ve tespiti

Rezerv yapı alanı, 6306 sayılı Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya re'sen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından belirlenen alanları ifade etmektedir.

Rezerv yapı alanı; alanın büyüklüğünü de içeren koordinatlı hâlihazır haritasını, alanın uydu görüntüsünü veya ortofoto haritasını, alanda bulunan kamuya ait taşınmazların listesini, alanda yapılacak inceleme neticesinde gözlemsel verilere dayanılarak hazırlanacak gerekçe raporunu, alanın özelliğine göre Bakanlıkça istenecek sair bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir.

Rezerv yapı alanı, 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 4. maddesi uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından re'sen belirlenebileceği gibi, TOKİ veya İdare, yukarıda belirtilen bilgi ve belgeleri içeren dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesini talep edebilir. İdarenin yanı sıra, gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerin, yine yukarıda belirtilen belgeleri içeren dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunabilir. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerin rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilmesi için; bu talebin, Yönetmelik gereğince talebe konu taşınmazların maliklerinin tamamının muvafakati ile yapılması ve bu taşınmazların yüzölçümlerinin yüzde yirmi beşinin mülkiyetinin, geliri dönüşüm projeleri özel hesabına gelir olarak kaydedilmek üzere, Bakanlığın uygun gördüğü, bağlı veya ilgili kuruluşuna veya İdareye veya TOKİ'ye devrine muvafakat edilmesi gerekir.

B. KENTSEL DÖNÜŞÜM KAPSAMINA ALINMA ŞARTLARI

Kentsel dönüşüm kapsamına alınmanın ilk şartı, yukarıda izah edildiği üzere riskli alan, riskli yapı veya rezerv yapı alanı tespitinin yapılmasıdır zira ifade edildiği üzere kentsel dönüşüm projeleri, riskli alanlar, riskli yapılar ve rezerv yapı alanları üzerinde uygulanmaktadır.

6306 sayılı Kanun'a göre riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Anılan hükme binaen malikler, yukarıda bahsedilen tespitlerin akabinde taşınmaza ilişkin karar almak üzere toplantı yapmalıdırlar. Bu toplantıda, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile şunlara karar verilir: riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesi, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılması, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemleri, yeniden bina yaptırılması, payların satışı, kat karşılığı veya hâsılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesi verilen kararlardandır. Bu kararlar, anlaşma şartlarını ihtiva eden teklif ile birlikte karara katılmayanlara noter vasıtasıyla veya 7201 sayılı Kanun'a göre tebliğ edilir.

Bu karara katılmayanların arsa paylarının akibeti, 6306 sayılı Kanun'da belirtilmiştir. Kanun'a göre karara katılmayanların arsa paylarının rayiç değeri, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından tespit ettirilir. Bahse konu paylar, tespit edilen rayiç değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar, Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye devredilir. Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılır.

Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağla-

namaması hâlinde nasıl bir yol izleneceği de yine 6306 sayılı Kanun'da belirtilmiştir. Kanun'un 6. maddesinin 2. fıkrasına göre *"gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki bu taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir."* Görüldüğü üzere yasa koyucu, çoğunluğun sağlanamadığı durumlarda taşınmazın bütünüyle kamulaştırılacağından söz etmektedir. Maliklerin mülkiyet hakkını tümüyle sona erdiren bu hüküm de kentsel dönüşüm uygulamalarında *"arsa payı"*nın önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

6306 sayılı Kanun, yukarıda bahsedildiği üzere kentsel dönüşüm sürecini kolaylaştırıcı birtakım düzenlemeler içermektedir. Kanun'un 5. maddesine göre anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir. Uygulamanın gerektirmesi hâlinde, yukarıda belirtilenler dışında olup riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere de geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir.

C. RİSKLİ YAPININ YIKIM KARARININ ALINMASI

Riskli yapı olduğu tespit edilen ve tapu kütüğüne risklidir şerhi düşülen bir yapının kentsel dönüşüm uygulamaları kapsamında nasıl yıktırılacağı bu başlık altında değerlendirilmiştir. Yargıtay'ın kabulüne göre 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde gösterilen arsa payları oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alma kuralı, üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlar için uygulama alanı bulmaktadır. Oysaki henüz taşınmaz üzerindeki binanın yıkılmadığı dolayısıyla kat mülkiyeti statüsünün sona ermediği durumlarda Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 45. maddesi uygulama alanı bulacak ve yıkım kararının alınabilmesi için kat maliklerinin oy birliğinin sağlanması gerekecektir.²

² "Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, dava konusu 776 ada 33 parselde kat mülkiyeti kurulu olduğu, ana taşınmazda 15 bağımsız bölüm bulunduğu, 22.10.2014 tarihinde 6306 sayılı Kanun'a göre "riskli yapıdır" şerhi konulduğu anlaşılmıştır. 19.10.2015 tarihli kat malikleri toplantısında alınan kararların 2/3 ten fazla bir çoğunlukla ile kabulü (riskli yapı olduğu kesinleşen taşınmazla ilgili uygulama konusunda şirketlerin teklifleri, karar katılmayan maliklere uygulama yönetmeliği

Kat malikleri arasında Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca oy birliğinin sağlanamadığı durumlarda ise yıkım işlemi 6306 sayılı Kanun'un "tahliye ve yıktırma" kenar başlıklı 5. maddesine göre gerçekleştirilmektedir. Mezkûr hükme göre riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Kanun'a göre uygulamaya başlanmadan önce, riskli yapıların

15/2 gereğince ihtarname gönderilmesine, süresi içerisinde ilgili şirketin teklifinin kabul edilmesi kabul edilmediği takdirde arsa payının açık artırma sureti ile satılacağı bildirilmesi görüşülmüştür.) Arsa paylarının 2/3 çoğunluğu ile ... *Gıda Turizm İnşaat Ltd. Şti. tarafından sunulan kat karşılığı inşaat yapma üzere binanın yenilenmesi teklifinin 2/3'ten fazla bir çoğunlukla kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğüne re'sen terkin edilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Bu çerçevede parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu hüküm ana taşınmaz üzerinde yapının yıkılıp kat mülkiyetinin veya kat irtifakının sona ermesinden sonra uygulanabileceğinden dava konusu taşınmaz üzerindeki yapı davanın devamında yıkılmış ise de davaya konu kat malikleri kurul kararın alındığı tarihte yapının halen mevcut olduğu, kat mülkiyetinin kurulu bulunduğu dikkate alındığında binanın yıkılarak yeniden yapılması yönünde kararın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 45. maddesi gereğince tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri kararla mümkün olduğundan bu koşulu sağlamayan 19.10.2015 günlü kat malikleri kurulu kararının iptali yerine yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 20. HD'nin 2017/ 3199 E. 2017 / 8652 K. sayılı 31.10.2017 tarihli kararı) "Bu hüküm ana taşınmaz üzerinde yapının yıkılıp kat mülkiyetinin veya kat irtifakının sona ermesinden sonra uygulanabileceğinden dava konusu taşınmaz üzerindeki yapı davanın devamında yıkılmış ise de davaya konu kat malikleri kurul kararın alındığı tarihte yapının halen mevcut olduğu, kat irtifakının kurulu bulunduğu dikkate alındığında binanın yıkılarak yeniden yapılması yönünde kararın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 45. maddesi gereğince tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri kararla mümkün olduğundan bu koşulu sağlamayan 14.08.2013 günlü kat malikleri kurulu kararının iptali yerine yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18.HD'nin, 2016/ 3352 E. 2016 / 5487 K. sayılı 31.03.2016 tarihli kararı) "sözü edilen madde hükmü ana taşınmaz üzerinde yapının yıkılıp kat mülkiyetinin sona ermesinden sonra uygulanabileceğinden dava konusu taşınmaz üzerinde yapının halen mevcut olduğu, kat mülkiyetinin kurulu bulunduğu dikkate alındığında binanın yıkılarak yeniden yapılması yönünde kararın Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 45. maddesi gereğince tüm kat maliklerinin oybirliği ile verecekleri kararla mümkün olduğundan bu koşulu sağlamayan 21.01.2014 günlü kat malikleri kurulu kararının iptali yerine yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18.HD'nin, 2015/ 2026 E. 2015 / 17243 K. sayılı 26.11.2015 tarihli kararı)*

yıkılması için, bu yapıların maliklerine altmış günden az olmamak üzere süre verilir. Bu süre içinde yapı, malik tarafından yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek ve tekrar süre verilerek tebligatta bulunulur. Verilen bu süre içinde de kat maliklerince yıktırma yoluna gidilmediği takdirde, bu yapıların insandan ve eşyadan tahliyesi ve yıktırma işlemleri, yıktırma masrafı ile gereken diğer yardım ve krediler öncelikle dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere, mahallî idarelerin de iştiraki ile mülki amirler tarafından yapılır veya yaptırılır. Belirtilen bu usullere göre süresinde yıktırılmadığı tespit edilen riskli yapıların yıktırılması, Bakanlıkça yazılı olarak İdareye bildirilir. Buna rağmen yıktırılmadığı tespit edilen yapılar, Bakanlıkça yıkılır veya yıktırılır. Uygulamanın gerektirmesi hâlinde Bakanlık, tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini bizzat da yapabilir.

Görüldüğü üzere 6306 sayılı Kanun, yıkım kararının alınabilmesinde malik iradelerine öncelik tanımış ve öncelikle maliklerle anlaşma yoluna gidilmesi usulünü benimsemiştir. Malikler, yıkım kararının alınabilmesi için Yargıtay'ın kabulüne göre Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca oy birliği ile anlaşmayı sağlamalıdır. Oy birliği ile anlaşmanın sağlanmadığı durumlarda ise riskli olduğu tespit edilen yapı, yukarıda ifade edildiği gibi 6306 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca idari makamlarca yıktırılır.

D. ARSA PAYI VE KENTSEL DÖNÜŞÜM UYGULAMALARINDA ARSA PAYININ ÖNEMİ

Arsa payı, arsanın, Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yazılı esasa göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına denir. Arsa payının taşınmazdan ayrılması mümkün olmadığı gibi toplamı da ana gayrimenkulün tamamını oluşturmaktadır.³

i. Arsa payı oranı, maliklerin o arsa üzerindeki mülkiyet payını temsil ettiğinden büyük önem arz etmektedir. Nitekim 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "Bu çerçevede riskli alanlar ve rezervo yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, parsellerin tevhit edilmesine,

³ http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/1f3c4b393f52801_ek.pdf Ahmet Yılmaz, Hülya Demir, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Sorunu

münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, ifraz, terk, ihdas ve tapuya tescil işlemlerine, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hâsılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir.” denilmek suretiyle arsa payının önemi bir kez daha vurgulanmıştır. 6306 sayılı Kanun’a göre arsa payı kavramı, kentsel dönüşüm projesinin konusunu teşkil eden ana gayrimenkul hakkında alınacak kararlarda esas ölçüttür zira en az üçte iki çoğunlukla karar alma kuralında yeter sayı arsa payına dayanmaktadır. Kanun maddesinde açıkça ifade edildiği üzere kentsel dönüşüm kapsamına alınacak taşınmaz ile ilgili arsa payı oranına göre oldukça önemli kararlar verilmektedir.

Kat malikleri tarafından; malikler arasında daire paylaşımının nasıl yapılacağı, hangi malike ticari alanların devredileceği ya da ortak alanların kullanımı gibi çeşitli konular hakkında arsa payı oranına göre çoğunluk sağlanmak suretiyle karar verilecektir. Yasa koyucu, ilgili kararların alınabilmesi için maliklerin arsa paylarına göre çoğunluğu sağlamalarını yeterli görmüş olsa da bu durum, karara katılmayanların mülkiyet haklarını olumsuz etkileyebilmektedir. Yukarıda izah edildiği gibi karara katılmayan maliklerin arsa payları Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından kamulaştırılmaktadır. Böyle bir durumda azınlık durumunda kalan malikler, taşınmaz üzerindeki mülkiyet haklarını kaybetmemek için çoğunluğun kararına katılma mecburiyetinde kalmaktadırlar. Aksi halde azınlık durumunda kalan maliklerin arsa payları kamulaştırılacak ve mülkiyet hakları sona erecektir. Kentsel dönüşüm uygulamaları ile her ne kadar bireylerin sağlıklı, güvenli, kişilik haklarına uygun yaşama ortamlarına kavuşturulmaları hedeflense de mülkiyet haklarının sona ermemesi için kendilerini çoğunluğun kararlarına katılmak mecburiyetinde hisseden maliklerin yaşayacağı zorluklar için de yasal düzenleme gerektiği açıktır. Üstelik uygulamada kimi zaman tek bir malik birden fazla daireye sahip olmak suretiyle Kanun’da aranan 2/3 arsa payı çoğunluğunu tek başına sağlayabilmektedir. Böyle bir durumda da taşınmazdaki diğer bütün malikler mülkiyet haklarını kaybetmemek için kendilerini tek bir malikin kararlarına uymak mecburiyetinde hissetmektedirler.⁴

⁴ Detaylı açıklama için bkz: Turgut Öz, Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, sayı 1-2,

ii. Bununla birlikte arsa payı, riskli yapının yıkılmasından sonra ilgililerin mülkiyet hakkının belirlenmesinde de ziyadesiyle önem arz etmektedir. Üzerindeki bina yıkıldıktan sonra arsa haline dönüşen taşınmazda ilgililerin taşınmaz üzerinde ne kadarlık bir mülkiyet hakkına sahip olacağı arsa payına göre belirlenmektedir. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre "Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğüne resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlemede bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir." Madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, riskli olduğu tespit edilen yapı yıkıldıktan sonra artık kat mülkiyeti, kat irtifakı statüsü sona ereceğinden ilgililerin bağımsız bölümleri üzerindeki mülkiyet hakkı da son bulur zira bahse konu bağımsız bölümler de binanın yıkılmasıyla birlikte mevcudiyetini yitirir. İşte böyle bir durumda ilgililer, üzerindeki binanın yıkılmasıyla arsa haline dönüşen taşınmazda "arsa payları oranında" mülkiyet hakkına sahip olurlar. Görüldüğü üzere bilhassa kentsel dönüşüm uygulamalarında arsa payının doğru belirlenmesi, mülkiyet hakkı açısından son derece önemlidir. Durumu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse arsa paylarının hatalı olarak tespit edildiği durumlarda cephesi iyi, oldukça geniş, ara katta bulunan ve daha birçok yönden avantaj sahibi olan kısacası piyasa değeri yüksek bir bağımsız bölümün maliki ile giriş katta bulunan, manzarası olmadığı gibi yüz ölçümü bakımından da küçük olan bağımsız bölümün maliki taşınmaz üzerinde aynı oranda mülkiyet hakkına sahip olabilirler; üstelik ilk örnekte belirttiğimiz malikin arsa payı, ikinci örnekteki malikin arsa payından daha az olacak şekilde hatalı belirlenmişse arsada daha az mülkiyet hakkına sahip olması da söz konusu olabilir. İleride detaylı olarak izah edileceği üzere yapı yıkıldıktan sonra arsa payı düzeltim davası da açılmayacağından arsa payının hatalı olarak belirlendiği durumlarda ilgililer açısından hak kaybının doğması kaçınılmaz olacaktır.

iii. 6306 sayılı Kanun, "Uygulama İşlemleri" kenar başlıklı 6. maddesinde "Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır." ifadesine yer vermek suretiyle kentsel dönüşüm uygulamalarına iliş-

kin kararlarda malik iradelerinin öncelik sahibi olduğunu vurgulamıştır. Arsa payı hatalı olarak tespit edilen malikin bu anlamda da hak kaybı yaşaması kuvvetle muhtemeldir zira kararlar, kat maliklerinin arsa payları oranına göre alınmaktadır. Bu durumda kat maliki, kentsel dönüşüme ilişkin kararların alınmasında daha fazla söz hakkına sahip olabileceken arsa payı yanlış tespit edildiği için alınan kararlarda daha az söz sahibi olacaktır. Kanun Koyucu, bu sebeptendir ki ileride izah edileceği üzere maliklere arsa payı düzeltim davası açma imkânı tanımıştır.

iii. Arsa payı düzeltim davası, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca ana gayrimenkulün kat mülkiyeti veya kat irtifakı statüsünü koruduğu sürece açılabilir.⁵ Ana gayrimenkulün bütünüyle yıkıldığı durumlarda ise artık kat mülkiyeti sona erdiğinden bağımsız bölümler de mevcudiyetini yitirir. Kat maliki, işte böyle bir durumda arsa payının düzeltilmesini isteme hakkını tamamen yitirmiş olur. Aynı biçimde taşınmazın kentsel dönüşüm kararı kapsamında tamamen yıkılması halinde de mevcut bir bağımsız bölüm bulunmayacağından arsa payı düzeltim davası açılmayacak ve şüphesiz hak mahrumiyeti yaşanacaktır. Bu sebeple kat maliki, arsa payının tespitinde hata olup olmadığını bilhassa kentsel dönüşüm uygulamalarının başlamasından önce belirlemeli ve hata tespit ettiği takdirde hatayı düzeltmek için yargı yoluna vakit kaybetmeden başvurmalıdır.

iiii. Arsa payı düzeltim davasının yıkım kararı üzerindeki etkisi, kentsel dönüşüm uygulamalarında önem arz eden bir diğer konudur. Yukarıda izah edildiği üzere kat mülkiyeti, yapının yıkılmasıyla birlik-

⁵ "Somut olayda davacı vekili 1999 yılında meydana gelen deprem sonucu yıkılan, müvekkilin de kat maliki olduğu taşınmazın bulunduğu binanın arsa paylarının gerçeği yansıtmadığını, arsa paylarının yanlış olarak hesaplanarak tapuya tescil edildiğini ileri sürerek tapuda kayıtlı taşınmazın arsa pay oranlarının düzeltilmesini talep etmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesine göre, arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleri ile oranlı olarak tahsis edilmediği halde her kat maliki veya kat irtifakı sahibi arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir. Dava konusu yerde kat mülkiyetli veya kat irtifaklı bağımsız bölümlerden bahsedilemeyeceğine göre uyumsuzluğa Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesini uygulamak mümkün değildir. Çünkü ortada değerleri belirlenecek bağımsız bölümler bulunmamaktadır. Arsa paylarının yeniden düzenlenmesine ilişkin davalar ana yapının kat irtifakı veya kat mülkiyeti statüsünü koruduğu sürece açılabilir." (Yargıtay 20. HD'nin 2016/ 11562 E. 2017 / 72 K. sayılı 16.01.2017 tarihli kararı)

te hukuken sona erdiğinden arsa payının da tespiti istenememektedir. Bu durumda arsa payı düzeltim davası devam ederken binanın kentsel dönüşüm kararı kapsamında yıkılması halinde söz konusu dava da hukuki anlamını yitirecektir.⁶ Bahse konu durum, mülkiyet hakkını şüphesiz ihlal etmektedir zira gerçekte daha yüksek bir arsa payına sahip olması gereken kat malikinin arsa payı doğru tespit edilse idi kat maliki yeni inşa edilecek yapıda, olması gereken arsa payına göre daha geniş bir bağımsız bölüm sahibi olabilirdi. İşte bu gibi haksızlıkların önlenmesi için arsa payı düzeltim davasının yıkım kararını durdurucu etkiye sahip olması gerekmektedir. Ne var ki bu konuda bir içtihat birliği sağlanabilmiş değildir. Bu sebeple yukarıda da bahsettiğimiz üzere hak kayıplarının yaşanmaması için vakit kaybetmeksizin arsa payı düzeltim davası açılmalıdır.

iiiiii. Arsa payı, kat maliklerinin aldığı kentsel dönüşüm kararlarına katılmayanlar için de hayati önem arz etmektedir. Kentsel dönüşüm kararlarına katılmayan kat maliklerinin arsa paylarının akıbetinin ne olacağına yukarıda değinilmişti. Burada açık artırma usulü ile satışa, satılmadığı takdirde ise kamulaştırmaya konu olan, bağımsız bölüm değil “*arsa payı*”dır. İşte bu sebeple bağımsız bölüm cephe, konum, büyüklük bakımından ne kadar değerli, avantajlı olursa olsun arsa payı bölümün bu nitelikleri ile oranlı değilse, başka bir deyişle hatalı olarak tespit edildi ise kat malikinin zararı söz konusu olacaktır. Zira kat malikine ödenecek satış veya kamulaştırma bedeli, arsa payına göre belirleneceği için bu bedel beklenilenden daha düşük tespit edilecektir.

E. ARSA PAYI DÜZELTİM DAVASI

F1. Genel Olarak

Bağımsız bölümün nitelikleri, arsa payının belirlenmesinde önem arz etmektedir. Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatları uyarınca arsa payının belirlenmesinde *bağımsız bölümlerin cinsi, bulunduğu katı, alanı, ısınma sistemi, aydınlanması, mimari kullanımı ve konumu, cephesi ve manzarası, kullanma amacı (konut, işyeri vs.), eklentileri, güneşten yararlanma, rüzgâr ve diğer dış etkenlerden etkilenme olayı gibi hususlar dikkate alınır.*⁷ Nite-

⁶ Şenol Saltık, Kentsel Dönüşüm Sürecinde Arsa Payının Düzeltilmesi Davaları, http://blog.milliyet.com.tr/Kentsel_Donusum_Surecinde_Arsa_Payinin_Duzeltilmesi_Davaları/Blog/?BlogNo=576443, <http://www.hukukihaber.net/kentsel-donusum-surecinde-arsa-payinin-duzeltilmesi-davaları-makale,5461.html>.

⁷ Yargıtay 20. HD’nin 2017/2569 E. 2017/6174 K. sayılı 04.07.2017 tarihli kararı.

kim Kat Mülkiyeti Kanunu'nun ilgili maddesinde "arsa payının bağımsız bölümün konum ve büyüklüğü dikkate alınarak tahsis edileceği, kat mülkiyeti ve kat irtifakının da bu şekilde tespit edilen arsa payının ortak mülkiyet esaslarına göre açıkça gösterilmesi suretiyle kurulacağı" düzenlenmiştir.

Arsa payının yukarıda sayılan nitelikler dikkate alınmadan hatalı olarak belirlendiği durumlarda malikin "arsa payı düzeltim davası" açma hakkı bulunmaktadır. Bahse konu dava, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun üçüncü maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Kanun'un "Kat mülkiyetinin ve kat irtifakının niteliği" kenar başlıklı maddesine göre: "Arsa paylarının bağımsız bölümlerin payları ile oranlı olarak tahsis edilmediği hallerde, her kat maliki veya kat irtifakı sahibi, arsa paylarının yeniden düzenlenmesi için mahkemeye başvurabilir." Kanun koyucu, madde hükmünden anlaşılacağı üzere arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oranlı olarak belirlenmiş olması halinde arsa payı düzenlemesinin yeniden yapılabilmesi imkânını maliklere tanımıştır. Mahkeme, bu hususa dayalı istemlerde tüm kanıtları değerlendirerek bağımsız bölümün değeri ile bölüme özümlenen arsa payını karşılaştırıp denklik sağlamaya çalışmalıdır.⁸

Yargıtay'ın kabulüne göre "arsa paylarının bağımsız bölümlerin değerleriyle oranlı olarak özümlenmediği ya da bağımsız bir bölüme arsa payı özümlenmediği hallerde ilgili kat malikinin arsa paylarının yeniden düzeltilmesi için mahkemeye başvurma hakkı vardır."⁹

F2. Görev

Arsa payı düzeltim davası, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanun'un "Görevli Mahkeme" kenar başlıklı Ek 1. maddesinde "Bu Kanunun uygulanmasından doğacak her türlü anlaşmazlık Sulh Mahkemelerinde çözümlenir." denilmek suretiyle arsa payı düzeltim davalarında görevli mahkemenin Sulh Hukuk Mahkemesi olduğu belirtilmiştir.

F3. Yetki

Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca "Taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın

⁸ Yargıtay 20. HD'nin 2017/ 3927 E. 2017 / 8667 K. sayılı 31.10.2017 tarihli kararı.

⁹ Yargıtay 18. HD'nin 2005/1500 E. 2005/3483 K. sayılı 11.04.2005 tarihli kararı.

bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.” Madde hükmü gereği, arsa payı düzeltim davalarında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

F4. Davanın Tarafları

Arsa payı düzeltilmesi davasında dava açma yetkisi; Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca ana gayrimenkulde kat maliki olan kişilere, kat irtifakı sahiplerine ve bu kişilerin mirasçılara aittir. Kat maliki veya kat irtifakı sahibi olmayan kimseler, Kanun’un açık hükmünden anlaşılacağı üzere arsa payı düzeltim davasını açma yetkisini haiz değildirler. Örnek vermek gerekirse taşınmazda kiracı olarak bulunan kimseler, malik olmadığı halde taşınmazda yöneticilik görevini üstlenen kimseler, intifa hakkı sahipleri arsa payı düzeltim davasını açamazlar.

Arsa payı düzeltim davası ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise davayı açan kat maliki veya kat irtifakı sahibinin “iyi niyetli” olması gerektiğidir. *Dava açan kat malikinin her şeyden önce iyi niyetli olması gerekir.*¹⁰ Bu nedenle arsa payı düzeltim davasında iyi niyet kavramının açıklanmasında fayda görmekteyiz. Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre *arsa paylarını bizzat hazırlayıp bilerek bunun tapuya tescilini sağlayan malik veya paydaşların sonradan arsa paylarının yanlışlığına dayanarak dava açmalarının iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Kat mülkiyeti kurulduktan sonra malik olanlar ile kuruluşunda bizzat hazır bulunup tapuda imzası olmayan kat malikleri ise Kat Mülkiyeti Kanunu’nun üçüncü madde hükmüne binaen arsa paylarındaki yanlışlığın düzeltilmesini mahkemeden isteme hakkına kuşkusuz sahiptirler. Keza bağımsız bölümlerin mülkiyetini sonradan intikal edip arsa payının ilk belirlenmesinde hiçbir surette katılımı ve etkisi söz konusu olmayan maliklerin de iyi niyetli olduklarından ve arsa payı düzeltim davasını açma yetkisini haiz olduklarından şüphe duyulmamalıdır.*¹¹

¹⁰ Erkan Alpöğünç, Arsa Payı Kavramı Önemi Hesaplanması Düzeltme Davası, *TBB Dergisi*, 2010/89, s. 500

¹¹ Yargıtay 18. HD’nin 2002/7706 E. 2002/8323 K. sayılı 19.09.2002 tarihli kararı. “Kat irtifakı veya kat mülkiyetinin kurulması sırasında arsa payları bizzat kendileri tarafından düzenlenmiş olan kat maliki veya maliklerinin sonradan arsa paylarının düzeltilmesini istemekte iyi niyetli olup olmadıklarının ve ayrıca arsa paylarının düzeltilmesini isteyen kat malikinin bu isteminde korunmaya değer bir hukuki yararının bulunup bulunmadığının mahkemece dikkatle değerlendirildi-

Arsa payı düzeltilmesi davası ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus ise kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulmamış olması gerektiğidir. Bilindiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114/1-i madde hükmü uyarınca "*aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması*" dava şartıdır. Kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulduğu durumlarda ilgili mahkeme hükmü, kesin hüküm teşkil edeceğinden arsa payı düzeltim davası açılmayacaktır. Öyleyse arsa payı düzeltim davasının açılabilmesi için kat mülkiyetinin mahkeme kararı ile kurulmamış olması gerekir.¹²

Arsa payı düzeltilmesi davası sonucunda arsa payının düzeltilmesine karar verilirse davacılar dışında diğer kat maliklerinin veya kat irtifakı sahiplerinin de arsa paylarının düzeltilmesi gerekecektir. Bu sebeple taşınmazdaki bütün kat malikleri veya kat irtifakı sahipleri davada davalı taraf olarak gösterilmelidir. Dolayısıyla arsa payı düzeltilmesi davasının davalısı, binada bulunan diğer bütün kat malikleri veya kat irtifakı sahipleridir. Burada da kat maliki veya kat irtifakı sahibi olmayan kimselere karşı dava yöneltilemez. Yukarıda verdiğimiz örnekler davalı yönünden de geçerliliğini korumaktadır. Şöyle ki: taşınmazda kiracı olarak bulunan kimseler, intifa hakkı sahipleri, malik olmadığı halde taşınmazda yöneticilik görevini üstlenen kimseler arsa payı düzeltim davasında davalı olamazlar.

F5. Dava Açma Süresi

Arsa payı düzeltilmesi davası, herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir. Arsa paylarının yeniden düzenlenmesine ilişkin davalar, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre *ana yapının kat irtifakı veya kat mülkiyeti statüsünü koruduğu sürece açılabilir*.¹³ *Bu davaların açılması herhangi bir hak düşürücü süre ile de sınırlandırılmamıştır*.¹⁴

rilmesi gerekir. Ancak mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken tarafların tüm delillerini toplayarak gerekirse yerinde keşif yapılmak sureti ile uzman bilirkişiden rapor alıp, davacının iddia ettiği gibi bağımsız bölümler ve arsa payları arasında açık bir orantısızlık olup olmadığını araştırıp tespit etmelidir." (Yargıtay 20.Hukuk Dairesi 2017/ 4576 E. 2017 / 8238 K. sayılı 23.10.2017 tarihli kararı)

¹² Alpöğünç, 2010, s. 501

¹³ Yargıtay 20. HD'nin 2016/ 11562 E. 2017 / 72 K. sayılı 16.01.2017 tarihli kararı

¹⁴ Yargıtay 18. HD'nin 2007/ 9977 E. 2008 / 2372 K. sayılı 03.03.2008 tarihli kararı

F6. Arsa Payına İlişkin Değerlendirmeler

F6a. Arsa Payının Belirlenmesi

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kat mülkiyetinin kurulması için gereken belgeleri düzenleyen 12. maddesinde "Ana gayrimenkulde, yapı veya yapıların dış cepheler ve iç taksimatı bağımsız bölüm, eklenti, ortak yerlerinin ölçüleri ve bağımsız bölümlerin konum ve büyüklüklerine göre hesaplanan değerleriyle oranlı arsa payları, kat, daire, iş bürosu gibi nevi ile bunların birden başlayıp sırayla giden numarası ve bağımsız bölümlerin yapı inşaat alanı da açıkça gösterilmek suretiyle, proje müellifi mimar tarafından yapılan ve ana gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşları tarafından imzalanan, yetkili kamu kurum ve kuruluşlarınca onaylanan mimarî proje ile yapı kullanma izin belgesi." ifadelerine yer verilmiştir. Kanun'un ifadesinden arsa payının proje müellifi mimar tarafından belirleneceği anlaşılmaktadır.

Kat malikleri arasında haksızlık olmaması açısından arsa payının bütün ticari kaygılardan uzak, hakkaniyetli ve tarafsız şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Zira arsa payı, aşağıda izah edildiği üzere ana gayrimenkul ile ilgili birçok durumda belirleyicidir.

F6b. Arsa Payının Önemli Olduğu Durumlar

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun ortak yerler üzerinde kat maliklerinin haklarını belirleyen 16. maddesinde "Kat malikleri ana gayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar. Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler; bu hakkın genel kömürlük, garaj, teras, çamaşırhane ve çamaşır kurutma alanları gibi yerlerdeki ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça, her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır." ifadelerine yer verilmiştir. Kanun'un hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere arsa payı, kat maliklerinin ana gayrimenkulde bulunan ortak yerler üzerindeki hak sahipliklerini belirlemektedir.¹⁵

¹⁵ "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 16. maddesine göre; kat malikleri ana taşınmazın bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre maliklerdir. Kat maliklerinin ortak yerlerdeki kullanma haklarının ölçüsü, aksine sözleşme olmadıkça her kat malikine ait arsa payı ile oranlıdır. Kat malikinin bağımsız bölümünü kira sözleşmesine dayalı olarak devamlı şekilde kullanan kiracılar da ortak yerlerden yararlanma hakkına sahiptirler. Bu kişiler, o bağımsız bölüm malikinin ardılı (halefi) olarak onun hakkı oranında ortak yerleri kullanabilirler. Bu haktan yararlanmalarına öteki kat malikleri engel olamazlar. Somut olayda, 13 adet bağımsız bölümden oluşan apartmanda 6 otuluk park yeri bulunduğu belirlenmiştir. Bu durumdan da anlaşılacağı gibi her kat malikine yetecek

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kat maliklerinin borçlarından olan ana gayrimenkulün genel giderlerine katılma yükümlülüğünü düzenleyen 20. maddesinde "*Kat maliklerinden her biri aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça: Kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçi giderlerine ve bunlar için toplanacak avansa eşit olarak; Ana gayrimenkulün sigorta primlerine ve bütün ortak yerlerin bakım, koruma, güçlendirme ve onarım giderleri ile yönetici aylığı gibi diğer giderlere ve ortak tesislerin işletme giderlerine ve giderler için toplanacak avansa kendi arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür.*" ifadelerine yer verilmiştir. Arsa payı, görüldüğü üzere ana gayrimenkulün ortak giderlerine katılma yükümlülüğünün tespitinde de belirleyicidir.¹⁶

Kat malikleri, ana gayrimenkulün sigorta edilmesini kararlaştırabilirler. Sigorta değeri, kat malikleri kurulunca tayin edilmektedir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun sigorta anlaşmasını düzenleyen 21. madde hükmüne göre "*Sigorta yapılması halinde kat malikleri, sigorta giderlerine, arsa payları oranında, katılmakla yükümlüdürler. Ana gayrimenkulün tümünün harap olması halinde alınacak sigorta bedeli, aksine sözleşme olmadıkça, kat maliklerine, arsa payları oranında, paylaşılır.*" Maddenin açık hükmü uyarınca kat maliki, sigorta anlaşması yapıldığı durumlarda sigorta giderlerine arsa payı oranında katılmakta, sigorta bedelinden de arsa payı oranında hak sahibi olmaktadır.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nun kat mülkiyetinin devri mecburiyetini düzenleyen 25. maddesine göre kat maliklerinden biri bu Kanun'a göre

sayıda otopark yeri mevcut değildir. Ana taşınmazda otoparklardan yararlanmayı engelleyen otopark bariyer kumandasının davacıya verilerek müdahalenin men'i ve her kat malikinin arsa payları oranında otoparktan yararlanmalarına karar verilmesi gerekirken, devamlı özgülenmeyi de kapsayacak biçimde bir araçlık otopark yerinin kullanılması şeklinde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18. HD'nin 2013/ 18679 E. 2014/3477 K. sayılı 27.02.2014 tarihli kararı)

¹⁶ "634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 20. maddesine göre kat maliklerinden her biri ana taşınmazın ortak gider ve aidatlarına ve bu giderler için toplanacak avansa aralarında başka türlü anlaşma olmadıkça arsa payı oranında katılmakla yükümlüdürler. Ayrıca kat malikleri kendi bağımsız bölümlerinin durumu dolayısıyla bunlardan faydalanmaya lüzum ve ihtiyaç bulunmadığını ileri sürmek suretiyle bu gider ve avans payını ödemekten kaçınmaz. Buna göre dava dilekçesinde istenilen ortak giderlerden, her bağımsız bölümün arsa payı oranında sorumlu tutulması gerekeğinden, davacı kat malikinin dava ve takibe konu edilen giderlerden, bağımsız bölümünün arsa payı karşılığınca sorumlu olduğu miktarın belirlenmesi, borcun düşülmesi ile kalan miktar yönünden itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18. HD'nin 2014/13736 E. 2015/2355 K. sayılı 19.02.2015 tarihli kararı)

kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmemek suretiyle diğer kat maliklerinin haklarını, onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal ederse, onlar, o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hâkimden isteyebilirler. Diğer kat malikleri, eğer Kanun hükmünün aksini kararlaştırmamışlarsa böyle bir durumda dava açmaya ancak kendi aralarında sayı ve arsa payı çoğunluğunu sağlayarak karar verebilmektedirler. Mülkiyet, davanın kabul edilmesi halinde kat maliklerine arsa payları oranında devredilmektedir. Kanun'un açık hükmünden anlaşılacağı üzere herhangi bir kat malikinin ağır hak ihlallerine sebep olması halinde dahi onun mülkiyetinin diğer kat maliklerine devredilebilmesi için sadece paydaş çoğunluğunun sağlanması yetmemekte; bununla birlikte arsa payı çoğunluğunun da sağlanması gerekmektedir. Arsa payı gerek kat mülkiyetinin devri davasının açılmasında gerekse mülkiyetin kat maliklerine devri konusunda belirleyicidir.¹⁷

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre kat irtifakı sahibinin de birtakım borçları vardır. Kat irtifakı sahiplerinden birinin kendine düşen borçları, noter aracılığıyla yapılan ihtarla rağmen, bu ihtar tarihinden başlayarak iki ay içinde yerine getirmemesi halinde diğer kat irtifakı sahipleri, hâkimden onun kat irtifakının devrini isteme hakkına sahiptir. İşte böyle bir durumda borçlarını yerine getirmeyen kat irtifakı sahibinin kat irtifakı, diğer paydaşlara arsa payları oranında devredilir.

Arsa payı, kat malikleri kurulunun toplanma yeter sayısının belirlenmesinde de etkilidir. Nitekim Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre "*Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir.*" Ancak her kat maliki, arsa payı oranına bakılmaksızın, bir tek oy hakkına sahiptir.

¹⁷ "Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 25. maddesinde, diğer kat maliklerinin haklarının onlar için çekilmez hale gelecek derecede ihlal eden bağımsız bölüm maliklerinin, bu maddede sayılı koşulların gerçekleşmesi halinde bağımsız bölümlerinin diğer kat malikleri tarafından devralınması hususu düzenlenmiştir. Kat mülkiyetinin devri zorunluluğu getiren bu maddede sayılı koşullardan biri de diğer kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğuyla karar vermesidir. Bu nedenle kat malikleri kurulunca alınan böyle bir karar 25. maddeye göre açılacak davanın ön koşulu olup, diğer kat maliklerince 25. maddeye göre açılan bağımsız bölümün devrine ilişkin davada Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine uygun şekilde alınmış bir karar olup olmadığı inceleme konusu yapılacak ve bağımsız bölümünün devri istenen kat maliki tarafından da her zaman bu davanın görülmesi sırasında ileri sürülebilecektir." (Yargıtay 18.HD'nin 2013/17665 E.2014/8780 K. sayılı 13.05.2014 tarihli kararı)

Arsa payı, taşınmaza yönetici atanması hususunda da önem arz etmektedir zira Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre yönetici, kat maliklerinin, hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır.

Arsa payı, kat maliklerinin ana gayrimenkul üzerinde yapacakları yenilik ve ilavelerde de son derece önemli ve belirleyicidir. Kat malikleri, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42. maddesine göre ana gayrimenkulün ortak yerlerinde kendi başlarına bir değişiklik yapamazlar. Ortak yerlerin düzgün veya bunları kullanmanın daha rahat ve kolay bir hale konulmasına veya bu yerlerden elde edilecek faydanın çoğaltılmasına yarayacak bütün yenilik ve ilaveler, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır. Kanun hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere ana gayrimenkul üzerindeki yenilik ve ilavelerin yapılması için yalnızca paydaş çoğunluğunun sağlanması yetmemekte, arsa payı çoğunluğunun da sağlanması gerekmektedir. Keza engellilerin yaşamı için zorunluluk göstermesi hâlinde, proje tadili de kat maliklerinin en geç üç ay içerisinde yapacağı toplantıda görüşülerek sayı ve arsa payı çoğunluğu ile karara bağlanır. Burada Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42. maddesinin kapsamına hangi tür yeniliklerin gireceğine, kapsamın nasıl belirleneceğine dikkat etmek gerekir. Yargıtay'ın kabulüne göre Kanun'un 42. maddesi "*ana taşınmazın ortak yerlerinde -fakat projede öngörülme-yenilik ve ilaveleri*" kapsamaktadır.¹⁸

Kat malikleri arasında görüş ayrılığına sebep olan diğer durumlar ise ısı yalıtımının yapılıp yapılmaması, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü, ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi gibi konulardır. Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre bütün bu konularda karar verilebilmesi, kat maliklerinden birinin isteği üzerine kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğunun sağlanmasını gerektirmektedir. Toplam inşaat alanı iki

¹⁸ "Anılan madde, ana taşınmazın ortak yerlerinde -fakat projede öngörülme-yenilik ve ilaveleri kapsamaktadır. Asansör, ana yapıdaki kat sayısına göre İmar Yönetmeliği uyarınca zorunlu değil ise de, inşası onaylı projede öngörülmüş ve bu bağlamda yeri de gösterilmiştir. O halde bağımsız bölüm maliklerinden her biri, mimari projenin olduğu gibi uygulanmasını isteme hakkına sahip olup, projede yer alan bu tesisin yapılmış olması durumunda da yapım giderlerine katılmak ve payına düşeni ödemekle yükümlüdür" (Yargıtay 18. HD'nin 2002/7338 E. 2002/8173 K. sayılı 17.09.2002 tarihli kararı) Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 18. HD'nin 2001/ 9033 E. 2001 / 10053 K. sayılı 08.11.2001 tarihli kararı Yargıtay 18. HD'nin 2002/ 7092 E. 2002 / 8738 K. sayılı 26.09.2002 tarihli kararı

bin metrekare ve üzeri olan binalarda ise merkezi ısıtma sisteminin ferdi ısıtma sistemine dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı olarak oybirliği ile verecekleri karar üzerine yapılır. Bu konuda yapılacak ortak işlerin giderleri de arsa payı oranına göre ödenir.¹⁹

Arsa payı, ana gayrimenkulün bir bağımsız bölümünün harap olması durumunda kat maliklerinin bu bölümün arsa payı üzerinde mülkiyet hakkı kazanabilmelerinde de belirleyicidir. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 47. maddesine göre "Ana yapının bağımsız bölümlerinden biri tamamen harap olur ve o bölümün maliki iki yıl içinde bölümünü yeniden yaptırmazsa, diğer kat malikleri veya bunlardan bir kısmı, bu sürenin tamamlanmasından başlayarak bir yıl içinde o bölüme ait arsa payının, değeri karşılığında ve arsa payları oranında kendilerine devredilmesini hâkimden isteyebilirler." Görüldüğü üzere kat malikleri, harap olan bağımsız bölümün arsa payı üzerinde ancak arsa payları oranında hak sahibi olabilmektelerdir.

F6c. Arsa Payının Belirlenmesinde Objektif Kriterler

Arsa payı kavramı, yukarıda değinildiği üzere ana gayrimenkul ile ilgili birçok konuda belirleyicidir. Bu sebeple arsa payının belirlenmesinde ziyadesiyle hassas ve dikkatli davranılmalıdır. Aksi halde

¹⁹ "Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin ve iptali istenen 13.10.2013 tarihli kat malikleri kurulu kararının incelenmesinde, 13.10.2013 tarihli toplantıda ısınma sisteminin doğalgaza ve merkezi ısınma sistemine dönüştürülmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 33. maddesinde Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine, kurul toplantısına katılan ancak 32nci madde hükmü gereğince aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde ana gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir; kat malikleri kurulu kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlarda süre koşulu aranmaz, aynı Kanun'un 42/4. maddesinde ise, "Kat maliklerinden birinin isteği üzerine ısı yalıtımı, ısıtma sisteminin yakıt dönüşümü ve ısıtma sisteminin merkezi sistemden ferdi sisteme veya ferdi sistemden merkezi sisteme dönüştürülmesi, kat maliklerinin sayı ve arsa payı çoğunluğu ile verecekleri karar üzerine yapılır." hükümleri düzenlenmiştir. Yukarıda söz edilen ve iptali istenen karar, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 42.maddesi kapsamında ısıtma sisteminin dönüşümüne ilişkin bir karar olup sayı ve arsa payı çoğunluğu gerektirdiğinden süre koşulu aranmayıp, belirtilen madde kapsamında tarafların tüm delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18. HD'nin Kanun'un 42. maddesi doğrultusunda gelişen 2014/13238 E. 2015/1281 K. sayılı 03.02.2015 tarihli kararı)

kat malikinin temel insan hakkı olan mülkiyet hakkının ihlal edileceği aşikârdır.

Arsa payının belirlenmesinde objektif kriterler esas alınmaktadır. Arsa payı, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesine göre bağımsız bölümün konum ve büyüklüğüne göre hesaplanan değeri ile oranlı olmalıdır. Arsa payının belirlenmesinde hangi faktörlerin etkili olduğuna yukarıda E1 başlığı altında kısaca değinmiştik. Burada ilgili kısmı genişletmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Her ne kadar bağımsız bölümün büyüklüğü, arsa payının belirlenmesine önemli bir faktör olarak karşımıza çıksa da tek etkenin bu olmadığı da bilinen bir gerçektir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da arsa payını belirlerken bağımsız bölümün yüz ölçümü dışında diğer niteliklerini de dikkate almak gerektiği sıklıkla vurgulanmıştır.²⁰ Yerleşmiş uygulamalardan anlaşıldığı üzere yüz ölçümü bakımından oldukça büyük bir bağımsız bölümün arsa payı, yüz ölçümü bakımından küçük bir bağımsız bölümün arsa payından daha az olabilmektedir.

Arsa payı düzeltim davalarında *bağımsız bölümlerin her birinin kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki alanı, konumu, biçimi ve diğer farklılıkları göz önünde bulundurulmalı, bu bağlamda her bir bağımsız bölümün yüz ölçümü, kaçınıcı katta yer aldığı, ısınma sistemi, aydınlanması, cadde veya sokağa cephesi olup olmadığı, manzarası, güneşten yararlanma, rüzgâr ve diğer dış etkenlerden etkilenme oranları gibi unsurlar göz önünde tutulmalı, buna göre bağımsız bölümlerin tapuda yazılı arsa payları ile saptanacak olan arsa payları arasında bir oransızlık bulunması halinde arsa payının düzeltilmesi gerekir.* Arsa payı düzeltim davalarında, bütün bu sayılan etkenlerin eksiksiz şekilde değerlendirildiği bir bilirkişi raporu alınmalıdır. *Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, bağımsız bölümlerin binada buldukları yerleri ve yüz ölçümleri açıkça belirtilse dahi*

²⁰ "Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, salt bağımsız bölümlerin yüzölçümlerine göre hesaplama yapılarak arsa payları yeniden belirlenmiş, ancak her bir bağımsız bölümün kat irtifakı ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki değerine etkili olabilecek diğer unsurlar üzerinde durulmamıştır. Mahkemece, yukarıda açıklanan hususlar doğrultusunda arsa paylarının belirlenmesinde esas alınacak olan bağımsız bölümlerin değerlerini olumlu ya da olumsuz etkileyen tüm unsurların incelenip irdelenmesi için bilirkişi kurulundan yeniden ek rapor alınması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18. HD'nin 2008/13132 E. 2009/1268 K. sayılı 17.02.2009 tarihli kararı)

her bir bağımsız bölümün kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulduğu tarihteki değerlerine etkili olabilecek diğer unsurlar tek tek yazılıp açıklanmadığında ve bu bağımsız bölümlerin değerleri ayrı ayrı hesaplanmadığında bahse konu hüküm Yargıtay'ın bozma kararına konu olmaktadır. Bu minvalde bir değerlendirme, Yargıtay'ın kabulüne göre soyut bir değerlendirmedir. Böylesi bir rapora dayanılarak kurulan hükmün ise hatalı ve eksik olacağı şüphesizdir.²¹

Kat Mülkiyeti Kanunu, *“Bağımsız bölümlerden her birine bu fıkra uyarınca tahsis edilen arsa payı, o bölümlerin değerinde sonradan meydana gelen çoğalma veya azalma sebebiyle değiştirilemez.”* ifadesine yer vermek suretiyle arsa payının kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulduğu tarihteki değerine göre hesaplanacağını belirtmiştir.

Kanun hükmü doğrultusunda gelişen Yargıtay içtihatları uyarınca da *bağımsız bölümlere özgülenmiş olan arsa paylarının, kat irtifakının ya da kat mülkiyetinin kurulduğu tarihteki değerleri ile oranlı olup olmadığının saptanması gerekir.*²² Arsa payı düzeltim davası, kimi zaman kat mülkiyetinin veya kat irtifakının kurulduğu tarihten çok sonra açılabilmektedir. Bununla birlikte aradan uzun zaman geçmese dahi arsa payını etkileyen manzara gibi unsurlar zaman içinde değişkenlik gösterebilmektedir. Böyle durumlarda Yargıtay'ın kabulüne göre geçmiş tarihte mevcut olup arsa payının belirlenmesine etki eden ancak dava tarihinde varlığını yitiren unsurların tespit edilebilmesi için tanık dinletilmesi de mümkündür.

Arsa payı, kat mülkiyetine konu olan *ana yapının bağımsız bölümlerinden her birine bölümlerin kat irtifakının kurulduğu tarihteki, doğrudan doğruya kat mülkiyetine geçilme halinde ise, bu tarihteki değeri ile oranlı olarak tahsis edilmektedir.* Arsa payının belirlenmesi işleminde, *değerlendirmeye esas alınacak tarihten sonra bağımsız bölüm üzerinde gerçekleştirilen imar durumu ile cins ve manzara değişiklikleri, bakım ve onarım çalışmaları sebebiyle meydana gelen değer artış ve eksilmeleri dikkate alınmaz.*²³ Her ne kadar genel kural bu olsa da Kat mülkiyeti Kanunu, 3. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde Kanun'un 44. maddesini saklı tutmak suretiyle genel kurala bir istisna getirmiştir.

²¹ Yargıtay 18. HD'nin 2014/16522 E. 2015/1265 K. sayılı 03.02.2015 tarihli kararı

²² Yargıtay 18. HD'nin 2008/13132 E. 2009/1268 K. sayılı 17.02.2009 tarihli kararı

²³ Yargıtay 20. HD'nin 2017/ 3927 E. 2017 / 8667 K. sayılı 31.10.2017 tarihli kararı

Kat Mülkiyeti Kanunu'na göre ana gayrimenkulün üstüne kat ilavesi yapmak mümkündür. Kanun'un 44. maddesi uyarınca bu kat ilavesi için kat malikleri kurulunun buna oy birliği ile karar vermesi gerekmektedir. Arsa payının bağımsız bölümlere tahsis edildiğinden, arsa paylarının toplamının da ana gayrimenkulün tamamını oluşturduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu durumda ana gayrimenkule yeni bir kat ilave edildiğinde mevcut arsa paylarının da değişeceği aşikârdır. İşte bu durumda ana gayrimenkulün bu inşaatın sonra alacağı duruma göre, yapılan yeni ilaveler de dâhil olmak üzere bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve oybirliğiyle tespit edilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payı, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 3. maddesinin ikinci cümlesinde belirtildiğinin aksine sonradan meydana gelen yenilik sebebiyle değişikliğe uğramaktadır. Yargıtay'ın kabulüne göre de ilave sonrasında tahsis olunacak arsa paylarının mutlaka kat maliklerinin oy birliği ile belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da yerel mahkemenin kat maliklerinin iradesinin yerine geçerek arsa payları ve tescil hakkında karar vermesi doğru görülmemektedir.²⁴

²⁴ “Dava dilekçesinde, yeni oluşturulan bağımsız bölümün arsa payı verilerek tapuya tescili istenilmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılardan ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kat irtifakı kurulu ana taşınmazda ortak alanda oluşturulan yeni bağımsız bölümün arsa payı ayrılması suretiyle tapuya tescili istemine ilişkindir. Mahkemece yeni oluşturulan 24 nolu bağımsız bölüm olarak gösterilip ana taşınmazdaki tüm maliklerin arsa payları yeniden düzenlenerek, sonradan oluşturulan bağımsız bölüme de arsa payı verilmek suretiyle ana taşınmazdaki tüm bağımsız bölümlerin malikleri adına arsa payları oranında müşterek malik gösterilmek suretiyle tapuya tesciline karar verilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde, ana taşınmazın projesinde ve tapu kaydında 23 adet bağımsız bölüm bulunduğu anlaşılmaktadır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44. maddesine göre ana gayrimenkulün üzerine kat ilavesi, mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması, zemin veya bodrum katlarda veya arsanın boş kısımlarındaki 24. maddenin 2. fıkrasında yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilavesi için uygulanacak usul ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle kat malikleri kurulunun bu hususta oybirliği ile karar vermesi gerekirken, eldeki davada tüm kat maliklerinin oybirliği ile verdikleri bir karar bulunmamaktadır. Yasanın kat maliklerinin iradesine bıraktığı hususlarda mahkemece kat malikleri iradesi yerine geçmek suretiyle karar verilemez. Buna göre mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44. maddesine aykırı olarak yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir.” (Yargıtay 18. HD'nin 2014/1345 E. 2014/9938 K. sayılı 05.06.2014 tarihli kararı) “Davacılar vekili dava dilekçesinde, yüklenici ile müvekkilleri arasında düzenlenen gayrimenkul satış vaadi ve inşaat sözleşmesi hükümleri uyarınca ana taşınmazın arsası üzerinde bir zemin ile üç normal kattan oluşan ana yapı-

Yukarıda anlatılanlara ek olarak burada bu nitelikteki ilave ve genişletmelere muvafakat etmekle beraber kendisi katılmak istemeyen kat maliklerinin de arsa paylarından bahsetmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Öncelikle kabul etmek gerekir ki; ana gayrimenkule yeni bir bağımsız bölüm ilave edildiğinden mevcut bağımsız bölümlere tahsis edilen arsa paylarında azalış meydana gelecektir. Bu ilaveye muvafakat eden fakat kendisi katılmak istemeyen kat malikinin de arsa payı azalacaktır. Bu azalan kısım, ilaveyi yaptıranların bağımsız bölümlerine tahsis edilecektir ancak ilaveye katılmayan kat maliki tarafından bu tahsisin kabul edildiği, resmi senette belirtilmelidir. Yeni bağımsız bölümün yapılmasına katılmayan kat maliklerinin arsa paylarından yeni tahsis sebebiyle azalan kısmın bedeli, Kat Mülkiyeti Kanunu gereğince kendilerine ödenmelidir. Yeni yapılan bağımsız bölüm, bütün bu şartlar yerine getirildiği takdirde kat mülkiyetine çevrilir ve onu yaptıranların ortak mülkü olarak kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir.

F7. Arsa Payı Düzeltim Davasında Harç ve Vekâlet Ücreti

Arsa payı düzeltim davası, Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan ve konusu doğrudan para alacağı olmayan bir davadır. Bu sebeple yargı harçları ile avukatlık ücretleri, arsa payı düzeltim davasında maktu tarifeler üzerinden hesaplanmalıdır.²⁵

nın tamamlanıp yapı kullanma izin belgelerinin alınmasından kısa bir müddet sonra ana taşınmazın bulunduğu Pendik İlçesinde imar değişikliği yapılarak bir kat ilave edilmesine izin verildiğinden ana yapının üzerine bir kat daha çıkılarak dört dairenin yapıldığı, bunlardan 18 ve 19 numaralı dairelerin müvekkillerine, 17 ve 20 numaralı dairelerin ise yükleniciye verilmesinin kararlaştırıldığı, sonradan ilave edilen bu dairelerin de yapı kullanma izin belgelerinin alındığı ancak arsa paylarının düzeltilmesi için 2 nolu dairenin maliklerinin muvafakat vermeye yanaşmadıkları ileri sürülerek dava konusu ana taşınmazın tapu kaydının bir bodrum, bir zemin ve 4 normal kat olarak düzeltilmesini, mevcut duruma göre arsa paylarının yeniden belirlenmesini, ana yapıda bulunan en üst kat 18 nolu dairenin Kamil Atilla Ararat adına, 19 nolu dairenin de Y. A. A. adına hükmen tescilini istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44. maddesine göre ana taşınmazın üstüne kat ilave edilmesi için bu konuda kat malikleri kurulunun oy birliği ile karar vermesi şarttır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ana gayrimenkulün kat malikleri kurulunca ana yapının üzerine yeni bir kat ilavesi için alınmış herhangi bir karara dosyada rastlanmamıştır. Bu nedenlerle mahkemece yasal koşulları bulunmayan davadan reddine karar verilmesi gerekirken kabulü yolunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Yargıtay 18. HD'nin 2010/11245 E. 2011/223 K. sayılı 18.01.2011 tarihli kararı)

²⁵ "Kat Mülkiyeti Kanunu'nun uygulanmasından doğan ve konusu doğrudan para

SONUÇ

Bu çalışmada, kentsel dönüşüm uygulamaları ve bu uygulamalarda önem arz eden arsa payı kavramı değerlendirilmiştir. Arsa payı kavramı, ana gayrimenkulü ilgilendiren birçok konuda belirleyicidir. Kat maliklerinin ana gayrimenkul ile ilgili kararlar alabilmesi, çoğu zaman arsa payı yoğunluğunun sağlanmasına bağlıdır. Arsa payı kavramının önemi, esasen her zaman için geçerliyse de son dönemlerde kentsel dönüşüm uygulamalarının artmasıyla daha da fark edilir hale gelmiştir. Zira 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca üzerindeki bina yıkılarak arsa haline gelen taşınmazlarda taşınmaz ile ilgili önemli kararlar, sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki yoğunluğu ile verilmektedir. Yoğunluğun kararlarına katılmayan maliklerin arsa paylarının kamulaştırılacağı, yoğunluğun sağlanmadığı durumlarda ise taşınmazın tamamıyla kamulaştırma işlemine tabi tutulacağı hususları dikkate alındığında arsa payının önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. İşte böyle bir durumda arsa payının hatalı olarak belirlenmesi, kat maliklerinin birçok yönden hak kaybı yaşamalarına yol açmakta ve temel insan hakkı olan mülkiyet haklarını ihlal etmektedir. Burada önem arz eden bir diğer durum ise taşınmazın yıkılması halinde kat mülkiyetinin sona ermesi ve arsa payı düzeltim davasını açma imkânının ortadan kalkmasıdır. Taşınmaz yıkıldıktan sonra arsa payı düzeltim davası açılmayacağına göre kentsel dönüşüm sürecinde henüz taşınmaz yıkılmamışken açılan arsa payı düzeltim davasının yıkım kararını durdurucu bir etkiye sahip olması zorunludur. Malikler, taşınmazlarını kendileri yıktırmadıkları takdirde yıkım işleminin Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca gerçekleştirileceğine yukarıda değinilmişti. Böyle bir durumda taşınmazları kendi rızaları dışında yıktırılan kat maliklerinin bir de hatalı tespit edilen arsa payları sebebiyle hak kaybına uğramaları, adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple arsa payı düzeltim davasının yıkım kararını durdurması hususunda yargıda bir an evvel içtihat birliği sağlanmalıdır. Bunun yanı sıra yoğunluğun kararına katılmayan maliklerin bağımsız bölümlerinin değil “*arsa pay-*

alacağı olmayan davalarda, yargı harçları ile avukatlık ücretlerinin maktu tarifeler üzerinden hesaplanıp hükmedilmesi gerektiği düşünülmeyen, nispi tarifelere göre harç ve avukatlık ücretine hükmedilmiş olması, doğru görülmemiştir.” (Yarıştıy 18. HD'nin 2012/4680 E. 2012/6429 K. sayılı 29.05.2012 tarihli kararı)

larının” kamulaştırma işlemine tabi tutulacağı hususu da arsa payına ayrı bir önem atfetmektedir. Kat malikinin arsa payı hatalı olarak belirlendiğinde bağımsız bölümün sahip olduğu avantajlar gözetilmeksizin yalnızca arsa payının bedelinin tespit edilmesi, mülkiyet hakkının doğrudan ihlaline yol açacaktır. Bu gibi sorunların yaşanmaması için arsa payının hakkaniyetli bir şekilde belirlenmesi zorunludur.

Kaynakça

- Alpöğünç Erkan, Arsa Payı Kavramı Önemi Hesaplanması Düzeltme Davası, *TBB Dergisi*, 2010/89
- Çağatay Saliha, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Uyarınca Kat Mülkiyetinin Sona Ermesi ve Sonuçları, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, sayı 9, s.115-138
- Germeç Mahir Ersin, Kat Mülkiyeti Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010
- Öz Turgut, Kentsel Dönüşüm Kanunu Çerçevesinde Yapı Maliklerinin Üçte İki Çoğunlukla Alacakları Kararın İçeriğinin Amaca Göre Sınırlanabilmesi, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, sayı 1-2, s. 391-402
- Pulak Murat, Kat Mülkiyeti Kanunu, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

İnternet Kaynakları

- <http://www.clouds.com.tr/web/uploads/dosya/272643.pdf>, Prof. Dr. Öngören Gürsel, Prof. Dr. N. Çolak İlker, Kentsel Dönüşüm Rehberi
- http://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/1f3c4b393f52801_ek.pdf, Yılmaz Ahmet, Demir Hülya, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarında Arsa Payı Sorunu
- http://blog.milliyet.com.tr/Kentsel_Donusum_Surecinde_Arsa_Payinin_Duzeltilmesi_Davalari/Blog/?BlogNo=576443, Saltık Şenol, Kentsel Dönüşüm Sürecinde Arsa Payının Düzeltilmesi Davaları
- <http://www.hukukihaber.net/kentsel-donusum-surecinde-arsa-payinin-duzeltilmesi-davalari-makale,5461.html>
- <http://www.kentseldonusumvehukuk.com/makaleler/kentsel-donusumde-arsa-hak-sahiplerinin-uzlasmasi-paylari>
- <http://www.kentseldonusumvehukuk.com/makaleler/riskli-yapi-riskli-alan-ve-rezerv-yapi-alani-kararlari-hakkinda-idari-yargi-davalari-iptal-davalari>
- <https://www.jurix.com.tr/article/5551>
- <https://www.jurix.com.tr/article/4395>

KATMA DEĞER VERGİSİ İNDİRİMİ ŞARTLARINA TÜRKİYE VE AVRUPA BİRLİĞİ'NİN YAKLAŞIMI

TURKEY AND EUROPEAN UNION'S APPROACHES TO CONDITIONS FOR VALUE ADDED TAX DEDUCTION

Hasan ORAL*

Özet: Türkiye’de KDVK’nın yürürlüğe girmesinin en önemli sebebi, Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlaştırmanın sağlanmasıdır. KDVK’da yer alan düzenlemeler, Avrupa Birliği mevzuatıyla karşılaştırıldığında, mükellefin KDV’de indirim hakkından yararlanmasını sınırlayıcı düzenlemeler içermektedir. Avrupa Birliği uygulamasında mükelleflerin ekonomik faaliyetleri gereği satın aldıkları mal ve hizmete ait KDV’nin tamamının indirim konusu yapılabilmesi amaçlanmıştır. Mükellefiyette, KDV indirimine ilişkin şartlarda, kısmi indirimde getirilen kolaylıklar, Avrupa Birliği’nde mükellefin KDV’nin tamamının indirim konusu yapabilmesine olanak vermektedir. Türkiye’de uygulanan KDVK’da ise indirim kavramına bakıştan, öngörülen şartlara kadar çeşitli konularda mükellefin KDV’de indirim hakkını daraltıcı düzenlemeler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Katma Değer Vergisi, Avrupa Birliği, Katma Değer Vergisi İndirimi

Abstract: Most important reason for introducing the Law on VAT in Turkey is to enable harmonisation with the European Union legislation. Compared to the European Union legislation, it is observed that arrangements in the Law on VAT limit the taxable persons’ right to exercise the right of VAT deduction. European Union has aimed at making all VAT paid by the taxable persons for goods and services purchased for their economic activities subject to deduction. Easements provided in the status of taxability and partial deduction enable the European Union taxable person capable of deducting the entire amount of VAT payment. On the other hand, the Law on VAT applied in Turkey introduces various provisions that restrict taxable persons’ exercise of the right of deduction, ranging from the lawmaker’s view of deduction to preconditions required.

Keywords: Value Added Tax, Europe Union, Value Added Tax Deduction

* Avukat, Dr.

GİRİŞ

Katma değer vergisinin (KDV), harcamalar üzerinden alınan vergilerin en gelişmiş ve modern türü olduğu ifade edilmektedir.¹ KDV'nin dünyada hızla yükselişinde, verginin kapsamının geniş olması nedeni ile düşük oranlı uygulanabilmesi; tarafsız olması; tasarrufu teşvik ederek enflasyonist baskıları önlemesi; haksız rekabeti önlemesi ve vergi sistemi kontrolünün kolay olması gibi avantajlarının kuşkusuz önemli bir yeri bulunmaktadır. Ancak KDV'nin indirim mekanizmasına sahip olması, bu verginin tercih edilmesinde en önemli etken olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye, 1984 yılında, Avrupa Birliği'nin 6. Konsey Direktifini temel model olarak KDV sistemini uygulamaya koymuştur. Türkiye'de uygulanan KDV Kanunu'nun, matrah, vergiyi doğuran olay, vergilendirme yeri, muafiyet ve istisnalar, indirim hakkı ile ilgili konularda ana hatlarıyla Avrupa Birliği katma değer vergisi mevzuatı ile önemli ölçüde uyumlu olduğunu söylememiz mümkündür. Bunun yanında, katma değer vergisi yasası hazırlanırken 6. Direktif temel alınmasına rağmen, Türkiye'nin ve Avrupa Birliği'nin KDV mevzuatında ve uygulamalarında bir takım farklılıklar olduğu görülmektedir.²

Katma değer vergisine ilişkin Avrupa Birliği ile Ülkemizdeki mevzuat ve uygulama farklılıklardan birini, yukarıda KDV Kanunu'nda ana hatları ile uyumlu olduğunu belirttiğimiz indirim mekanizması oluşturmaktadır. Çalışmamızda ülkemizde ve Avrupa Birliği'nde uygulanan KDV indiriminin şartları incelenerek, indirim hakkından yararlanılabilmesi için gereken şartların karşılaştırmalı değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

KDV ile hedeflenen amacın gerçekleştirilmesinin en önemli koşulunun, indirim hakkından mükellefin sağlıklı bir şekilde yararlanması olduğu yaklaşımına sahip olan Avrupa Birliği'nin KDV mükellefi kavramı, gerek mevzuat gerekse Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarıyla desteklenerek çalışmamızın ilk bölümünde, Ülkemizdeki KDV mükellefi kavramı ile karşılaştırmalı olarak masaya yatırılacaktır.

¹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Ahmet Çağan, "Vergi Hukuku", 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 401

² Ergül Tunç, "Katma Değer Vergisi'nde İndirim ve İade Uygulamaları (Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye ABD, Ankara 2007, s. 98

İndirim konusu edilecek mal ve hizmetlerin mükellefiyetle olan ilgisinin kapsamı, KDV indiriminden yararlanabilecek kesimin genişliğinin belirlenmesinde önemli bir etken olarak karşımıza çıkmaktadır. KDV'den indirimi hedeflenen mal ve hizmetlerle, mükellefiyet arasındaki ilginin kurulması konusunda Türkiye ve AB'nin yaklaşımı, ikinci bölümün konusunu oluşturacaktır.

Katma değer vergisi indirim mekanizmasından yararlanabilmenin diğer bir şartı, dayanak belgelerin varlığıdır. Bu dayanak belgelerin zorlu şekil şartlarına tabi tutulması, mükelleflerin indirim hakkının kullanılmasına engel olabilmektedir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde KDV'de indirim hakkının kullanılmasına dayanak teşkil eden belgeler açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

KDV indiriminin önemli şekil şartlarından birisi de, dönemsellik şartıdır. Dönemsellik şartını, satın alınan mal ve hizmetlere ait KDV'nin, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılında indirim konusu yapılabilmesi olarak ifade edebiliriz. Dönemsellik şartının katı kurallara bağlanması, bu haktan yararlanmayı zorlaştırabilmektedir. Dördüncü bölümde KDV indiriminde dönemsellik şartı, KDVK kapsamında ülkemiz açısından ve KDV Direktifi ile ABAD kararları ışığında AB açısından değerlendirmeye çalışacağız.

KDV Kanunu'muz ithal edilen mal ve hizmetlere ait KDV'nin indirim konusu yapılmasını, KDV'nin ödenmiş olması şartına bağlamıştır. Ülkemizde ithal edilen mal ve hizmetlere ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için KDV'nin ödenmiş olması şartı, Avrupa Birliği ile farklılık arz etmektedir. Beşinci bölüm, Ülkemizin ve AB'nin bu konudaki yaklaşımına ışık tutmaya çalışacaktır.

Çalışmamızın sonuç bölümünde ise, genel bir değerlendirme yapılarak, Avrupa Birliği ve Ülkemizin KDV indirimi için öngördüğü şartlara ilişkin düşüncelerimiz yer alacaktır.

I. KDV İndirimi Açısından Türkiye'nin ve AB'nin KDV Mükellefiyetine Yaklaşımı

Ülkemizde KDV mükellefiyetine ilişkin düzenleme, KDVK'nun 8. maddesinde yer almaktadır. KDV mükellefi, esas itibarıyla vergiye tâbi işlemleri yapanlardır. Ancak KDVK'nun 8. maddesinde özellik arz

eden bazı işlemler de dikkate alınarak, KDV mükellefi ayrı ayrı sayılmıştır.³

KDV indirimi açısından mükellef kavramı önem taşımaktadır. Nitekim KDVK'nın 29. maddesinin ilk fıkrasında "Mükellefler, yaptıkları vergiye tâbi işlemler üzerinden hesaplanan KDV'den, bu Kanun'da aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler" hükmü ile KDV'de indirim hakkının sadece, KDV mükelleflerine ait olduğunu açıkça belirtmiştir.

Başkası adına düzenlenen fatura veya benzeri belgeler, mal ve hizmetin gerçek alıcısının kayıtlarda gösterilmesi mümkün görülmediğinden, bu belgelerde gösterilen KDV de, adına belge düzenlenmeyen mal ve hizmetin gerçek alıcısı tarafından indirilemeyecektir. Bu yaklaşım, elbette ki vergi güvenliğini korumaya yöneliktir. Ancak mükellef ile fatura ve benzeri belgeler arasındaki bağı çok sıkı tutmak, kanun koyucunun KDV indirimi düzenlemesine ilişkin amacının gözetilmesine neden olabilmektedir. Nitekim vergi idaresinin ve Danıştayın

³ Katma Değer Vergisi Kanunu 8. madde; 1. Katma Değer Vergisinin Mükellefi:
a) Mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanlar,
b) İthalatta mal ve hizmet ithal edenler,
c) Transit taşımalarda gümrük veya geçiş işlemine muhatap olanlar,
d) PTT İşletme Genel Müdürlüğü ve radyo ve televizyon kurumları,
e) Spor-Toto, piyango (Milli Piyango dahil) ve benzeri oyunlarda oyunların teşkilat müdürlükleri, e) (Değişik: 5602 - 14.3.2007/m.10/5 (b) - Yürürlük m.12) Her türlü şans ve talih oyunlarını tertip edenler,
f) At yarışları veya diğer müşterek bahis ve talih oyunlarında bunları tertipleyenler, f) (...) (Madde 8 in 1. fıkrasının (f) bendi, 21.3.2007 tarih ve 26469 sayılı R.G.'de yayımlanan, 14.3.2007 tarih ve 5602 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendi hükmü gereğince, 1.4.2007 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.)
g) 1 nci maddenin 3 üncü fıkrasının (c) bendine giren hallerde bunları tertipleyenler veya gösterenler,
h) Gelir Vergisi Kanunu'nun 70 inci maddesinde belirtilen mal ve hakları kiraya verenler,
ı) İsteğe bağlı mükellefiyette talepte bulunanlardır.
2. (Değişik: 3297 - 3.6.1986) Vergiye tâbi bir işlem söz konusu olmadığı veya katma değer vergisini fatura veya benzeri vesikalarda göstermeye hakkı bulunmadığı halde; düzenlediği bu tür vesikalarda katma değer vergisi gösterenler, bu vergiyi ödemekle mükelleflerdir. Bu husus kanuna göre borçlu oldukları vergi tutarından daha yüksek bir meblağı gösteren mükellefler için de geçerlidir. Bu gibi sebeplerle fazla ödedikleri vergilerin, indirim hakkına sahip olmayanlara iadesi konusunda Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir. (Değişik son cümle: 5035 - 25.12.2003/m.6-Yürürlük m.50 b) Bu gibi sebeplerle fazla ödenen vergiler, Maliye Bakanlığı'nın belirleyeceği usul ve esaslara göre ilgililere iade edilir

görüşüne göre, vergi indirimi yapabilmek için başkası adına düzenlenen faturalar, belli koşullar altında son dönemde indirim konusu yapılabilmektedir. Danıştay ve vergi idaresi, kiralanmış gayrimenkule ait su, elektrik, doğalgaz faturalarına ilişkin KDV'yi, faturada belirtilen adres ile mükellefin adresi ile örtüşmesi halinde indirim konusu yapabilmemesine imkân tanımaktadır. Ancak bu durum oldukça dar bir alanda tutulmuştur. Danıştay ve vergi idaresi, fatura ve benzeri belgeler kendi adına düzenlenmeyen mükellefin KDV indiriminin kabulüne ilişkin örneklerini çok da fazla arttırmamız mümkün değildir.

KDVK'nın 29 ila 34. maddeleri arasında belirtilmemiş olsa da, KDV mükellefinin indirim hakkından yararlanabilmesi için, indirim konusu edilen KDV'yi beyannamede göstermesi gerekmektedir. Mükellef adına düzenlenen beyanname olmadan, KDV indirimi ülkemizde gerçekleşmemektedir. Aynı şekilde, fatura ve benzeri belgelerin yasal defterlere süresinde kaydedilmemiş olması da, KDV indirimine engel teşkil eden bir durumdur.

Görüldüğü üzere ülkemizde, mükellefiyete ilişkin şekli şartların yerine getirilmemesi KDV indirimine engel teşkil etmektedir.

Avrupa Birliği'nde KDV mükellefine bakış, ülkemizdeki düzenlemeden farklılık göstermektedir. Avrupa Birliği, mükellef sıfatının değerlendirilmesinde, kişinin faaliyeti karşısında edindiği kazancın hangi sıfat ve statüyü haiz olduğundan çok, ekonomik hayatın gerçeklerini esas almaktadır. Zira "mükellef" kavramı Katma Değer Vergisi Direktifi 9(1) maddesi hükmünde, "mükellef herhangi bir ekonomik faaliyeti, herhangi bir mahalde ve sonuçları ile amaçlarının ne olduğuna bakılmaksızın bağımsız şekilde yürüten her türlü kişidir" olarak tanımlanmıştır.

KDV mükellefinin statüden, sıfattan bağımsız olarak tanımlanmasının bazı sonuçları bulunmaktadır. Örneğin, ülkemiz uygulamasından farklı olarak, evlilik müessesesi tüzel kişilikten yoksun olsa dahi, KDV mükellefi sıfatını haiz sayılacaktır.

ABAD, Katma Değer Vergisi Direktifi'nin mükellef tanımını düzenleyen 9(1) maddesini daha da genişleten kararlara imza atmıştır. Almanya vergi idaresi, KDV indirimine konu faturalarda ortak muhatap olarak evli çiftin gösterildiği, evlilik birliği mükellef olarak ka-

bul edilmediği için indirim hakkından yararlanılamayacağını belirten Almanya vergi idaresinin taraf olduğu Finanzamt Bergisch Gladbach - Hundt-Eißwein kararı⁴ konumuz açısından çok önem taşımaktadır. ABAD kararında evlilik birliğinin, tüzel kişiliğinden yahut ekonomik faaliyetinden söz edilemese dahi, yatırım amaçlı, dolayısıyla ekonomik faaliyete matuf mal veya hizmetler iktisap ettiğinde mükellef sayılacağını ve KDV indirim hakkından yararlanacağını belirtmiştir.

Avrupa Birliği'nde KDV mükellefiyeti bakımından, ülkemiz ile karşılaştırılabileceğimiz bir diğer konu ise, Avrupa Birliği'nin sadece KDV bakımından geçerli olan KDV kimlik numarası uygulamasıdır. Mükelleflerin KDV kimlik numarasına sahip olma zorunludur. Zira Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 178. maddesine göre mükellef mal ve hizmet iktisap etmesinden kaynaklı KDV ödemesini, Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 226. maddesi hükmünde belirtilen içeriğe sahip fatura ile ortaya koyabilmelidir. Bu içerik öğeleri arasında gerek mal veya hizmeti tedarik eden mükellefin, gerekse mal veya hizmeti iktisap eden mükellefin KDV kimlik numaralarının, faturada beraber yer alması gerektiği düzenlenmiştir. Avrupa Birliği KDV mevzuatının amaçları yönünden fatura, müşterinin satıcıya ve satıcının vergi idaresine ödeyeceği KDV tutarını gösterir. Mükellefin kendi vergi yükünden, ekonomik faaliyetleri sırasında diğer girişimcilerden iktisap ettiği mal ve hizmetler nedeniyle indirebileceği tutar, faturada belirtilen tutardır.⁵ Ülkemizde ise Avrupa Birliği uygulamasından farklı olarak faturalarda KDV kimlik numarası bulunmamaktadır.

Faturada, mal ve hizmeti tedarik eden ve iktisap eden mükelleflere ait KDV kimlik numaralarının aranıyor olması, KDV indirimi ile de doğrudan ilgili bir konudur. Zira mükellef, indirim konusu edeceği KDV'yi, beyannameye dayanak teşkil edecek, Direktifi'n ve yasaların öngördüğü şartları taşıyan faturalarla talep edebilecektir.

Ekonomik faaliyetlerde bulunmak üzere mükellef sıfatını resmi olarak edinmek isteyen kişiler yönünden üye devletlere, bu talebin

⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Finanzamt Bergisch Gladbach - Hundt-Eißwein, C-25/03 Esas Sayılı ve 21.04.2005 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

⁵ Michael Lux, "The Invoice in EU Customs and VAT Law: What is There to Consider?", Global Trade and Customs Journal, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Hollanda, Cilt: 9, Sayı: 5, 2014, s. 14

reddine ilişkin takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu hallerde Katma Değer Vergisi Direktifi'nin üye devletlere tanıdığı yetki, vergi kaçakçılığının önlenmesi kapsamında alınacak tedbirler ve ilgili düzenlemelerle sınırlıdır.

Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 273. maddesinde “*Üye devletler, katma değer vergisinin doğru şekilde tahsilini ve vergi kaçakçılığının önlenmesini sağlamak amacıyla ve mükelleflerin yurtiçi işlemleri ile üye devletlerarasındaki işlemlerinin eşitlik temelinde muamele edilmesi şartına bağlı olarak ve üye devletlerarasındaki sınır ötesi ticarete formalite işlemler getirmemesi koşuluyla, bu yönden gerekli gördükleri yükümlülükleri getirebilir*” denmektedir. Ancak üye devletler, KDV kimlik numarası için başvuran bir mükellefin başvurusunu, KDV'ye tâbi faaliyetleri ekonomik veya ticari şartları yönünden yerine getiremeyeceği gerekçesiyle reddetmek, böylece herhangi bir mükellefin KDV'ye ilişkin resmi işlemleri gerçekleştirmesini engellemek yetkisine sahip değildirler. Avrupa Birliği Adalet Divanının bu konuyla ilgili görüşünü Valsts ieņēmumu dienests - Ablessio SIA kararında ifade etmiştir.⁶ Karara göre; Letonya'da kurulan ve faaliyet alanı olarak inşaat ve taahhüt işlerini gösteren limited şirket, KDV kimlik numarası için vergi idaresine başvurmuş, ancak bu başvurusu şirketin paydaşı olan gerçek kişinin;

- daha önce de başka şirketler kurarak KDV kimlik numarası aldığı,
- ancak bu şirketlerin hiçbir ekonomik faaliyette bulunmadığı,
- gerçek kişinin bu şirketlerdeki paylarını kimlik numarası tahsisinden kısa bir süre sonra başka kişilere devrettiği,
- başvuru şirketin bu faaliyetleri bilfiil yürütecek teknik olanak, malvarlığı ve mali kaynaklara sahip olmamasının yine aynı duruma yaşanacağına işaret ettiği gerekçeleriyle reddedilmiştir.

ABAD kararında; “...*Üye devletlerin vergi idareleri, şirketlere KDV kimlik numarası tahsis edilmesini salt idarenin görüşünce, şirketin yürütme-yi beyan ettiği ekonomik faaliyeti gerçekleştirmek için gerekli maddi, teknik ve mali kaynaklara sahip bulunmadığı gerekçesiyle ve o şirketteki payların sahibinin daha önceleri de muhtelif defalar başka şirketler için katma değer*

⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Valsts ieņēmumu dienests - Ablessio SIA, C-527/11 Esas Sayılı ve 14.03.2013 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

vergisi kimlik numarası aldığı ama şirketlerin bu ekonomik faaliyetlerde bilfiil bulunmadığı ve paydaşın bu şirketlerdeki paylarını kimlik numarasını aldıktan kısa süre sonra devrettiği hususlarına dayanarak reddetmeye, ilgili vergi idaresi tahsis edilen KDV kimlik numarasının hukuka aykırı işlemler için kullanılacağı yönünde şüphesini güvenilir kanutlar ışığında ve objektif etkenler temelinde kanıtlamış olmadıkça yetkili değildir” diyerek,⁷ KDV kimlik numarası tahsisinin mükellefin KDV yükümlülüğü yönünden kanıt oluşturması ve mükelleflerin KDV'nin doğru tahsili yönünden denetlenmelerini kolaylaştırması işlevlerini hatırlatmıştır.

Görüleceği üzere Avrupa Birliği'nde KDV mükellefi, ülkemizdeki düzenlemelerin aksine, vergi idaresine karşı şekli ve maddi ödevleri yerine getiren değil, ekonomik faaliyet yürüten kişidir. Avrupa Birliği'nin KDV indirim hakkına ilişkin amacı, mükellefleri ekonomik faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşen KDV yükünden tamamen kurtarmaktır. Dolayısıyla Avrupa Birliği Adalet Divanının görüşü, mükellefin KDV indirim hakkından yararlanmasına engel teşkil eden, mükellefiyete ilişkin prosedürlerin kaldırılması gerektiği yönündedir. Bu tür prosedürler arasında KDV ortak sisteminin önemli öğelerinden biri olan KDV mükellefiyet tescili ve dolayısıyla KDV kimlik numarası alınması da yer almaktadır.⁸

II. İndirim Konusu Edilecek KDV'ye Ait Mal ve Hizmetlerin Mükellefiyetle İlgili Olması Açısından Ülkemizin ve AB'nin Yaklaşımı

Ülkemizde indirim konusu edilecek KDV'ye ait mal ve hizmetlerin, indirim konusu yapılacak mükellefiyetle ilgili olması şartı, KDVK'nun 29. maddesinde düzenlenmiştir. KDVK'nun 29. maddesinin ilk fıkrasında “Mükellefler, yaptıkları vergiye tâbi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanun'da aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler” hükmü ile KDV'de indirim hakkının sadece, KDV mükelleflerine ait olduğunu açıkça belirtmiştir. Kanun'un bu hükmünden çıkardığımız

⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Valsts ieņēmumu dienests - Ablesio SIA, C-527/11 Esas Sayılı ve 14.03.2013 Tarihli Kararı, (19. Paragraf), <http://curia.europa.eu/>

⁸ J2M Tax&Legal “Deduction of VAT by non VAT-registered entities” <http://www.french-tax-lawyer.j2m-online.fr/french-vat/deduction-of-vat-by-non-vat-registered-entities/> 23.12.2016

bir diğer sonuç ise yüklenilen KDV'nin mükellefiyeti doğuran faaliyetle ilgili olması gerektiğidir.

Vergi idaresi, Danıştayın görüşüne paralel ve KDVK'nın 29. maddesinde belirtilen hükme uygun olarak, başkası adına düzenlenen fatura veya benzeri belgelerin mal ve hizmetin gerçek alıcısının kayıtlarda gösterilmesi mümkün olmadığından, bu belgelerde gösterilen katma değer vergisinin de, adına belge düzenlenmeyen mal ve hizmetin gerçek alıcısı tarafından indirilemeyeceği düşüncesindedir.

Türk vergi idaresi ve Danıştay, mükellefiyetle ilgili olması halinde, bazı durumlarda başkasına ait fatura ve benzeri belgelerde gösterilen KDV indirimine karşı çıkmamaktadır. Örneğin işyerindeki eski kiracının abone olduğu su, elektrik, doğal gaz vb. faturalar eski kiracı adına gelmektedir. Mükellefin bu faturalara ilişkin KDV'de indirim talebi vergi idaresince reddedilmemektedir.

Ancak mükellefin, mükellefiyeti ile ilgili değil de, şahsi işi ile ilgili iktisap edilen mal ve hizmetlere ait fatura ve benzeri belgelerde gösterilen KDV hiçbir koşulda indirim konusu edilememektedir. Örneğin bürosunda kullanılmak üzere iktisap edilen bilgisayara ait KDV'yi indirim konusu yapan avukatın, vergi idaresince bu bilgisayarı evinde kullandığının tespiti halinde, indirim konusu yapılan KDV'nin iadesi, vergi idaresi tarafından avukattan talep edilecektir.

İndirim konusu edilecek KDV'ye ait mal ve hizmetlerin mükellefiyetle ilgili olmasına ilişkin KDV indirimi hakkında yararlanılabilmek şartı, Avrupa Birliği'nde farklı düzenlenmiştir. Öncelikli fark, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin mükellefiyetle sınırlı bir yaklaşıma sahip olmamasıdır. Katma Değer Vergisi Direktifi, "mükellefiyetle ilgili" kavramı yerine "ekonomik faaliyet" kavramını tercih etmektedir. "Ekonomik faaliyet" kavramı Direktif'in 9(2) maddesi hükmünde açıklanmaktadır: "Üreticiler, tacirler ve hizmet sağlayıcıları tarafından yürütülen her türlü faaliyet ve bu kapsamda madencilik ve tarım faaliyetleri ile mesleki faaliyetler 'ekonomik faaliyetler' olarak nitelendirilecektir." Bunun yanında Katma Değer Vergisi Direktifi, ekonomik faaliyetin öğelerini içeren bir tanımı da aynı hükümde ifade etmektedir. Buna göre, "maddi veya gayri maddi malvarlığının bunlardan gelir elde etmek amacıyla ve süreklilik arz eden biçimde kullanılması" ekonomik faaliyet anlamına gelmektedir. Bu bakımdan ülkemizdeki

mevzuatta belirtilen “mükellefiyetle ilgili” kavramına nazaran Katma Değer Vergisi Direktifi'nde belirtilen ekonomik faaliyet, mükellefin daha çeşitli mal ve hizmete ait KDV'yi indirim konusu yapabilmesine imkân sağlamaktadır. Örneğin serbest meslek mensubunun ekonomik faaliyeti nedeniyle satın almış olduğu otomobile ait KDV'yi indirim konusu yapabilmesi Avrupa Birliği'nde mümkündür. Ülkemizde ise serbest meslek mensubunun satın aldığı otomobile ait KDV'yi indirim konusu yapamamaktadır, ancak gelir vergisi yönünden belli koşulların varlığı halinde otomobilin gider gösterilmesi mümkündür.

Ülkemizdeki mevzuata benzer şekilde, Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168. maddesi KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için iktisap edilen mal ve hizmetin kişisel tüketim amaçlı kullanılmaması şartı da getirmiştir. Ancak bu şart ülkemizden farklı şekilde uygulanmaktadır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, tüketim amacıyla alınan bir malın, sonraki tarihlerde mükellefin ekonomik faaliyetlerinde kullanması ve o mala ilişkin KDV'yi indirim konusu yapmak istemesi ancak vergi idaresinin indirimi reddetmesi üzerine, önemli gördüğümüz Lennartz prensibi olarak bilinen ilkeyi oluşturmuştur.⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanının Lennartz prensibine göre, iktisap edilen malın ekonomik faaliyetler için de kullanılacağı gözetilerek iktisap edildiği anlaşılıyor ise, ekonomik faaliyet amaçlı kullanımın yoğunluğuna veya kapsamına bakılmaksızın, iktisabın ekonomik faaliyette kullanma amaçlı olduğu kabul edilecektir ve mükellef tam indirim hakkına sahip olacaktır. Ancak iktisap edilen bu malın herhangi bir kişisel amaçlı kullanımı tespit edilirse, bu kullanımdan kaynaklı vergi ayrıca tahakkuk ve tahsil edilecektir.

ABAD'ın Lennartz prensibini esas alan yerleşik içtihadı karşısında üye devletler bu prensibin uygulanmasına özellikle taşınmazlar yönünden ciddi itirazlarda bulunmuşlardır. Bu itirazlar sonucunda, 15 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren 2009/162/EU Direktifi'yle birlikte Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168. maddesine (a) hükmü eklenmiş ve Lennartz prensibinin taşınmazlar yönünden uygulanmasının

⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hansgeorg Lennartz – Finanzamt München III, C-97/90 Esas Sayılı ve 11.07.1991 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

önüne geçilmiştir. Bu düzenlemeye göre, mükellefin ticari malvarlığının bir parçasını oluşturan, ancak mükellefin kendisinin veya müstahdemlerinin kişisel kullanımına da açık olan taşınmazlar üzerinde KDV indirim hakkı, kısmi indirim şeklinde kullanılacaktır. Bunun da ötesinde üye devletler, aynı statüde bulunan menkul mallardan uygun gördüklerini de bu kapsama dâhil etme yetkisine sahip kılınmaktadır. Bu düzenlemenin 1 Ocak 2011 tarihine kadar yürürlüğe girecek şekilde ulusal mevzuatlara entegre edilmesi öngörülmüştür. Uyuşmazlıkların Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne gelmesi uzun süreler aldığı için yeni düzenleme hükümleri doğrultusunda verilmiş bir ABAD kararına rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, Lennartz prensibine Direktif kaynaklı olarak getirilen bu sınırlamanın içtihat hukuku açısından etkileri, ABAD'ın bu yeni düzenleme karşısında ve vaka özelinde nasıl değerlendirmeler yapacağı henüz bilinmemektedir.

Lennartz prensibinin, Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168. maddesine eklenen (a) fıkrasına rağmen, ABAD'ın Lennartz kararında oluşturduğu değerlendirme ölçütlerinin geçerliliğini ifade etmek de gerekir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı sonraki kararlarında bu ölçütlere atıfta bulunmaya devam etmiştir. Bu konuda X- Hollanda Maliye Müsteşarlığı kararı¹⁰ incelenebilir. X çifti, adi ortaklık statüsünde ticari faaliyet gösteren iki gerçek kişidir. Çift bir depo satın almış, ancak aile meskenleri inşaat halinde olduğu için deponun bir kısmında çocuklarıyla birlikte oturmaya başlamışlardır. Bunun için deponun ilgili kısmında muhtelif tadilat gerçekleştirmişler, aile meskenlerinin inşaatı bittikten sonra da deponun bu kısmını boşaltarak, deponun tamamını ekonomik faaliyetlere tahsis etmişlerdir. Mükellefler tadilat giderleri üzerinde KDV indirim hakkını kullanmak istemişler, fakat vergi idaresi ekonomik faaliyetler için kullanışlı nitelikte olduğu mükellef tarafından kanıtlanamayan tadilat giderlerinin indirime konu edilemeyeceğini ifade etmiştir. ABAD kararında, *“Mükellefin, malları ekonomik faaliyetlerinde kullanmak amacıyla iktisap edip etmediğinin değerlendirilmesinde, kanıtların diğer hususların yanı sıra bu malların niteliği ve malların iktisabı ile mükellefin ekonomik faaliyetlerinde kullanılmalari ara-*

¹⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, X (kararda adı X olarak geçiyor) - Hollanda Maliye Müsteşarlığı, C-334/10 Esas sayılı ve 19.07.2012 Tarihli Kararı.

sında geçen süre gibi öğeleri de içerdiği dikkate alınmalıdır"¹¹ denilerek bu yönden yapılacak değerlendirmenin objektif ölçütlere dayanması gerektiğini hatırlatmıştır.

III. KDV İndirimine Dayanak Teşkil Edecek Belgelere Türkiye'nin ve AB'nin Yaklaşımı

1. Türkiye'nin KDV İndirimine Dayanak Teşkil Edecek Belgelere Yaklaşımı

Mevzuatımızda KDV indirim hakkından yararlanmak isteyen mükelleflere ilişkin önemli şekil şartları getirilmiştir. Bu şekil şartlarından birisi, indirim konusu yapılacak KDV'nin fatura veya benzeri vesikalar ile ithalat söz konusu ise gümrük makbuzunda gösterilmesi zorunluluğudur. KDVK'nın 34. maddesinin ilk fıkrası, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden de ayrıca gösterilmesi gerekmekte ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmesi şartıyla indirilebileceğini belirtmektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, fatura ve benzeri vesikalarda verginin ayrıca gösterilmemesi yahut fatura ya da benzeri belgenin bulunmaması halinde, mükellef mal ve hizmetlere ait katma değer vergisini indirim konusu yapamayacaktır.

KDVK'daki bu şekli şartın bir dizi gerekçesi bulunmaktadır. KDV'nin fatura ve benzeri belge üzerinde gösterilmesi ile satıcının beyan edeceği KDV ile alıcının indirim konusu katma değer vergisi arasında oluşabilecek miktar uyumsuzluğu önlenmiş olacak, ödenmesi gereken KDV'nin, belgeler üzerinden denetim ve kontrolü kolaylaşacaktır. Ayrıca alıcı ödemiş olduğu ve indirim konusu yaptığı KDV'yi bu belgelerle ispat etmiş olacaktır.

KDV indiriminde kullanılmak üzere alınan, ancak kaybedilen ya da okunamayacak hale gelen ya da üzerinde KDV gösterilmeyen fatura, benzeri belgeler ve gümrük makbuzunun akıbeti ülkemizde halen tartışma yaratmaktadır. Kanımızca KDV indiriminin bir hak olduğu düşüncesi öne alınarak, bu hakkın kullanımına ilişkin şekli kurallar mükellef lehine esnekleştirilmelidir.

¹¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, X - Hollanda Maliye Müsteşarlığı, C-334/10 Esas Sayılı ve 19.07.2012 Tarihli Kararı (Paragraf 23), <http://curia.europa.eu/>

2. ABAD'ın, KDV İndirimine Dayanak Teşkil Edecek Belgelere Yaklaşımı

Avrupa Birliği'nde fatura ve benzeri belgelerin varlığı gibi şekli şartlara ilişkin düzenlemeler, farklılık içermektedir. Zira Avrupa Birliği'nde KDV'de indirim hakkının ekonomik amacı, üretimin teşvik edilmesi olmuştur.

Avrupa Birliği'nde üretim amaçlı olarak ekonomik faaliyet gösteren mükellefler, bu amaçlarla iktisap ettikleri mal ve hizmetler üzerindeki KDV'yi, faaliyetleri nedeniyle doğan KDV'den indirim hakkına sahip olacaklardır. Bu nedenle KDV indirim hakkından yararlanacak kişinin KDV mükellefi olması ve KDV mükellefinin ekonomik faaliyetleri neticesinde ödemiş olduğu KDV'yi indirim konusu yapması, KDV'de indirim hakkının esasa ilişkin şartlarını oluşturmaktadır. KDV indirim hakkından yararlanacak kişinin faaliyeti nedeniyle doğan KDV'yi dayanak belge ile ispat etmesi, KDV indirim hakkını beyanname ile talep etmesi, KDV indirim hakkını belirli bir dönem içerisinde talep edebilmesi gibi şartlar ise KDV'de indirim hakkının şekli şartlarını oluşturmaktadır. ABAD vermiş olduğu kararlarında esasa ilişkin şartları, KDV'de indirim hakkının doğmasını sağlayan şartlar; şekli şartları ise, KDV indirimi hakkının kullanılmasına olanak sağlayan haklar olarak tanımlamıştır.

ABAD kararlarında, özellikle dayanak belgeler ve bu dayanak belgelerin içeriği bağlamında, hakkın doğmasını sağlayan esasa ilişkin şartlarla, hakkın kullanılmasına olanak tanıyan şekle ilişkin şartlar arasındaki farklar nitelikleri itibariyle tartışma konusu yapılmıştır. Bu tartışmaya dayanak teşkil eden ABAD'ın Idexx Laboratories Italia Srl - İtalyan Gelir İdaresi kararında¹² KDV indirim hakkının doğması ve kullanılması yönünden bu iki grup şartın etkileri değerlendirilmiştir. Söz konusu karara göre, İtalyan şirketi, Fransa ve Hollanda'dan Topluluk içi iktisap kategorisinde yer alan mal alımları yapmış, satıcılar bu mal alımları karşılığında uygun içerikte fatura tanzim etmiş, ancak satıcılar İtalyan hukukunun mükellefin KDV indirim hakkını kullanması için öngördüğü bazı şekil şartları yerine getirilmemiştir. Mükellefin bu kalemleri kapsayan KDV beyannameyi sunmasının ardından gelir

¹² Avrupa Birliği Adalet Divanı, Idexx Laboratories Italia Srl - İtalyan Gelir İdaresi, C-590/13 Esas Sayılı ve 11 Aralık 2014 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

idaresi tarafından yapılan incelemede, eksik şekil şartlarının indirim hakkının kullanılmasına engel teşkil edeceği yönünde işlem tesis edilmiştir. Bu işlem sonucunda ortaya çıkan hukuki uzlaşmazlıkta Avrupa Birliği Adalet Divanı "... mali tarafsızlığın temel ilkesi iktisap edilen mal veya hizmetler üzerindeki verginin, mükellef bazı şekil şartlarını yerine getirmiş olmasa dahi esasa ilişkin şartları karşılamış olmasıyla indirim hakkına konu olacağı yönündedir" görüşünü ifade etmiştir.¹³

ABAD'a göre üye devletler, mükellefin KDV indirim hakkını kullanması yönünden bazı şekil şartları getirebilir. Ancak bu şekil şartlarının amacı mükellefin esas yönünden şartları yerine getirip getirmediğinin, bir başka deyişle KDV indirimi hakkına sahip olup olmadığının değerlendirilmesi olmalıdır.

ABAD, Idexx Laboratories Italia Srl - İtalyan Gelir İdaresi kararının 40. paragrafında; *"vergi makamlarının elinde esas yönünden şartların yerine getirildiğini tespit etmek için yeterli bilgi mevcut ise mükellefin katma değer vergisi indirim hakkını kullanmasını uygulamada engelleyen etki oluşturabilecek ek şartlar getirilemez"* diyerek, şekil şartlarının esasa ilişkin şartların tespiti ile sınırlı olduğu ölçüt olarak getirmiştir.

ABAD'ın getirmiş olduğu bu ölçüt, ABAD'ın başka kararlarında da, KDV indiriminde getirilen şekli şartlarının etkisini nitelendirmek amacıyla kullanılmıştır. Bu duruma örnek olarak ABAD'ın EMS-Bulgaria Transport OOD - Direktor na Direksia 'Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto' Plovdiv kararını gösterebiliriz.¹⁴ ABAD söz konusu kararında şekli şartların, esasa ilişkin şartların değerlendirilmesi yönünden etkisini dönemsellik bağlamında değerlendirmiştir. Bulgar şirketi, vergi idaresinden KDV indirimi talebinde bulunmuş, vergi idaresi KDV yasası gereğince öngörülen dönemin geçirildiği gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Ortaya çıkan uzlaşmazlık sonucunda ABAD, şekli şartların amacına uygunluğu ve mükellefin indirim hakkını kullanmasını uygulamada engellemeye ölçütlerini hatırlatmıştır. ABAD söz konusu kararın 62. paragrafında *"Vergi makamları, mükellef*

¹³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Idexx Laboratories Italia Srl - İtalyan Gelir İdaresi, Kararı (Paragraf 38), <http://curia.europa.eu/>

¹⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, EMS-Bulgaria Transport OOD - Direktor na Direksia 'Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto' Plovdiv, C-284/11 Esas Sayılı ve 12.08.2012 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

lefin malların alıcısı olarak hareket ettiği ve bu işlemi nedeniyle KDV mükellefi olduğu yönünde yeterli bilgiye sahip olabiliyor ise, mükellefin katma değer vergisi indirim hakkını kullanmasını uygulamada engelleyen etki oluşturabilecek ek şartlar getirilemez” hükmünü tekrarlamıştır. Görüleceği üzere, üye devletler tarafından getirilen KDV indirim hakkının vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği dönemde uygulanabileceği yönündeki süre kısıtlamasına yönelik yine bu ölçüt uygulanacaktır. Ancak ABAD, söz konusu kararın 64. paragrafında, “*Katma Değer Vergisi Direktifi’nin 179. maddesinin ilk fıkrasının, 180. maddesinin ve 273. maddesinin indirim hakkının kullanılmasının bir süre sınırlamasına bağlanmasını öngörmedikleri yönünde yorumlanamaz. Mevcut davada değerlendirileceği gibi, ölçü bu sınırlamanın o hakkın kullanılmasını uygulamada aşırı ölçüde güç veya imkânsız hale getirmemesidir*” diyerek KDV indirimi için şekli şartların tamamen önemsiz olmadığını, ancak şekli şartların, gerçekleşen esasa ilişkin şartlara rağmen, mükellefin KDV indirimi hakkını kullanılmasına engel olabilecek ek şartlar getiremeyeceğini vurgulamaktadır.

3. Bazı Üye Devletlerin KDV İndirimine Dayanak Teşkil Edecek Belgelere Yaklaşımı

Avrupa Birliği üye devletlerinden İngiltere, belgelerin varlığını, KDV indirimi hakkının kullanılabilmesi için ön koşul olarak görmektedir. İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 102 (a) maddesinde “İndirim hakkının önkoşulu, vergi yükümlüsü kişinin, vergi yükümlüsü diğer bir kişiden alınan mal ve hizmetler için satışta ödenen vergiyi gösteren bir makbuza sahip olmasıdır. İthal edilen mallar için ödenecek vergiyi indirim hakkının önkoşulu, ithalatçının, bir gümrük muayene kararına ve ilgili belgelere sahip olmasıdır” diyerek gerek yurt içinde gerçekleştirilen mal ve hizmetlere ait, gerekse ithalata ait KDV’nin indirim konusu yapılabilmesini, mükellefin Kanun’da öngörülen belgelerle tevsikine bağlamıştır.

İngiltere Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 102 (b) maddesi ise, otomobillere ait KDV indiriminin ön koşulunu düzenlemiştir. Buna göre, otomobil üzerinden alınan KDV indirim hakkının önkoşulu, ödenecek verginin tutarını gösteren belgedir.

Almanya'da ise KDV indirimi için belgelendirme şartı, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlemiştir. Kanun'un 15. maddesinin 1/1 bendine göre; bir başka mükellef tarafından kendi faaliyeti için ifa edilen teslimlerden ve diğer türdeki hizmetlerden doğan KDV indiriminden yararlanılabilmesi için mükellefin bu Kanun uyarınca düzenlenmiş bir faturaya sahip olması şarttır. Ayrıca belgelenen vergi tutarı, bu işlemin ifasından önceki bir ödemeye ilişkin ise söz konusu vergi indiriminden, faturanın ibraz olduğu ve ödemenin yapıldığı an itibarıyla yararlanılması mümkündür denilmektedir.

Ayrıca Almanya Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin 4. fıkrasında, KDV indiriminden yararlanma hakkı, faturanın ibrazına ve ödemenin yapılmasına bağlanmıştır.

Fransa'da KDV indiriminin belge şartına bağlandığı düzenleme, Genel Vergi Kanunu'nun 271. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddesinin ikinci fıkranın 1/a bendine göre, Kanun'daki hükümlere uygun olarak düzenlenen faturada KDV'nin yer alması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre mükellefler, Kanun'da belirtilen faturalara, ithalatçı mükellefler ise ithalat beyanına sahip değillerse, KDV'yi indirim konusu yapamayacaklardır. Topluluk içi satın almalar için KDV indirimi, yalnızca Kanun'da belirtilen tüm verileri içeren ve Topluluk Yönetmeliğine uygun olarak düzenlenmiş faturalara mükellef sahipse gerçekleşebilir. Hükmün devamında ise Topluluk içi satın almalara ilişkin olarak düzenlenen faturalarda KDV'nin belirtilmemiş olması halinde KDV indiriminin durumu düzenlenmiştir. Buna göre faturada KDV'nin gösterilmemesi halinde, mükellefin KDV indirimi, Kanun'da belirtilen idari para cezası mükellefe uygulanması kaydıyla kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere, ülkemizde olduğu gibi üye devletlerde de KDV indiriminin kabulü için fatura ve benzeri belgelerin düzenlenmesi şart olarak öngörülmüştür. Ancak Avrupa Birliği üye devletlerindeki düzenlemelerde belgelerde KDV'nin yer alması, indirim hakkının şartı değil, KDV'nin varlığının ispatı olarak öngörülmüştür. Ülkemizdeki gibi KDV'nin indiriminin reddine neden olabilecek bir düzenleme ve uygulama, Avrupa Birliği üye devletlerinde görülmemektedir.

Ülkemizde KDV indirimi hakkından yararlanabilmek için öngörülen fatura ve benzeri belgelerde KDV'nin gösterilmesi zorunluluğunun,

bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı bazı etkileri olmaktadır. Ülkemizde olduğu gibi Avrupa Birliği üye devletlerinde de faturanın düzenlenmesi için azami bir süre öngörülmüş, ancak üye devletler sürenin belirlenmesi konusunda serbest bırakılmıştır. Örneğin Belçika ve İspanya'da bu süre 15 gün, İngiltere'de 30 gün, Almanya'da 6 ay süre öngörülmüş, Finlandiya'da ise yasayla bir süre öngörülmemiştir. Bu süreler Avrupa Birliği üye devletlerinde ödeme tarihinden itibaren başlamaktadır. Ülkemizde ise, mal teslimi veya hizmet ifasından itibaren 7 gün içinde düzenlenmemiş fatura, hiç düzenlenmemiş sayılmaktadır.

IV. KDV İndiriminde Dönemsellik Şartına Türkiye'nin ve AB'nin Yaklaşımı

Ülkemizde KDV indirimini düzenleyen Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29/3. maddesi, indirim hakkının vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanunî defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabileceğine ilişkin sınırlama getirmiştir. Kanun'un bu hükmünden de anlaşılacağı üzere ülkemizde indirim hakkı, takvim yılının sonuna kadar kullanılabilen hak düşürücü süreye tâbidir. İndirim hakkından yararlanacak kişinin, bu hak düşürücü süre içerisinde, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydetmesi halinde, indirim hakkından yararlanabileceği bu hükümde düzenlenmiştir.

Vergi idaresi de, takvim yılı sonuna kadar deftere kaydı yapılmayan, faturada belirtilen KDV'nin indirim konusu yapılamayacağına ilişkin şekli kuralı sıkı sıkıya benimsemiştir. Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde, kayıtlara geç intikal ettirilen belgelerde gösterilen KDV'nin indirilebilmesi için, bu belgelerin vergiyi doğuran olayın meydana geldiği takvim yılı aşılmamak şartıyla, kanuni defterlere kaydedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Danıştayın görüşü de, fatura ve benzeri belgelerin yasal defterlere takvim yılının sonuna kadar kaydedilmemesi halinde, mükellefin KDV indirim hakkını yitireceği yönündedir.¹⁵

Avrupa Birliği'nde de, KDV indirim hakkının kullanılmasına süre yönünden sınırlama getirilmiştir. Zira bu hakkın süreye tâbi olmadan

¹⁵ Danıştay 11. Dairesi, 1999/5274 E., 2000/3491 K. ve 27.09.2000 Tarihli Kararı

kullanılması karışıklığa ve suistimale neden olabilecektir. Nitekim Katma Değer Vergisi Direktifi'nin indirim hakkının kullanılmasına ilişkin şekil şartlarından olan süreye ilişkin hükmü, Direktif'in 179. maddesinde düzenlemiştir. Söz konusu hüküm uyarınca; "mükellef, KDV indirimini belirli bir vergi döneminde doğan ve 178. madde hükmüne uygun şekilde kullanılan indirim hakkının geçerli olduğu KDV tutarını, aynı vergi dönemindeki KDV tutarının toplamından indirerek" gerçekleştirecektir.

ABAD, KDV indirim hakkının herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tanınmasının hukuki belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini, ancak süre sınırlamasının bu hakkın kullanımını engellemeyecek şekilde üye devletlerce düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir.

ABAD'ın, Terra Baubedarf-Handel GmbH – Finanzamt Osterholz-Scharmbeck kararı konumuza ışık tutacak niteliktedir.¹⁶ Şirket 1999 yılının Aralık ayında hizmet satın almış, hizmet sağlayıcı bu hizmetler için faturayı aynı ay içinde tanzim etmiştir. Ancak fatura 2000 yılının Ocak ayında şirketin eline ulaşmıştır. Şirket indirim hakkının 1999 yılı vergi dönemi içinde yapılan iktisaptan kaynaklı olduğu gerekçesiyle indirim hakkının bu vergi dönemi için kullanılacağını ileri sürmektedir. İnceleme sonucunda ABAD, indirim hakkının 1999 vergi dönemi içinde doğduğunu kabul etmekle beraber "... Katma değer vergisi indirim hakkının kullanılacağı dönem açısından değerlendirmede ise, her iki koşulun da karşılanmış olması, yani malların teslim yahut hizmetlerin ifa edilmesiyle birlikte mükellefin faturayı veya üye devletin belirlediği ölçütlere göre fatura hükmünü haiz sair evrakı uhdesinde bulundurması gereklidir" gerekçesiyle, şirketin talebinin hukuksal dayanaktan yoksun olduğunu ifade etmiştir. Böylece KDV indirim hakkının doğduğu dönemde kullanılabilmesi için hakkın doğmuş olmasının yeterli olmadığı, hakkın kullanılması için gerekli şartların da karşılanmış olması gerektiğine hükmedilmiştir.

Ayrıca Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 180. maddesi hükmü, üye devletlere süre yönünden mükelleflere esneklik tanıma yetkisini vermektedir. Dolayısıyla, örneğin bir tacir bazı nedenlerle indirim

¹⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Terra Baubedarf-Handel GmbH – Finanzamt Osterholz-Scharmbeck, C-152/02 Esas Sayılı ve 29.04.2004 Tarihli Kararı, (Paragraf 38), <http://curia.europa.eu/>

hakkını ilgili vergi dönemi içinde kullanmamışsa, tacire indirim için ek süre tanınabilecektir.

Görüleceği üzere Avrupa Birliği'nden farklı olarak, ülkemizde KDV indiriminden yararlanmak için dönemsellik şartı katı bir şekilde uygulanmaktadır. Her ne kadar karışıklığa yol açmamak ya da suiistimali önlemek gibi gerekçeler öngörülmüş olsa da, şekli kuralların katı bir şekilde düzenlenmesi, mükelleflerin KDV indirimi hakkından yararlanmalarını zorlaştırabilmektedir. Avrupa Birliği Direktiflerinde ve ABAD kararlarında KDV'nin, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı içerisinde kullanılması gerektiği belirtilmiş ise de, KDV'de dönemsellik ilkesinin, mükellefin indirim hakkını engellemeyecek şekilde uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

V. İthalatta KDV İndirimine Türkiye'nin ve AB'nin Yaklaşımı

Ülkemizde ithal olunan mal ve hizmetlere ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, bu verginin ödenmiş olması zorunluluğu bulunmaktadır. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29/1. maddesinin (a) bendinde, mükelleflerin kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura veya benzeri belgelerde gösterilen KDV'yi, (b) bendinde ise, ithal olunan mal ve hizmetler dolayısıyla ödenen KDV'yi indirim konusu yapabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Madde hükmü incelendiğinde fark edileceği üzere, yurt içi teslim ve hizmetlerde KDV indirimi için, verginin fatura ve benzeri belgelerde ayrıca gösterilmesi yeterli iken, ithal olunan mal ve hizmetlere ilişkin KDV'nin indirilebilmesi için mutlak suretle ödenmiş olması gerekmektedir.

Avrupa Birliği'nde ise bu durum farklılık göstermektedir. Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168(e) maddesine göre, iktisap edilen mal veya hizmetler mükellefin vergilendirilmiş işlemleri için kullanıldıkları sürece, mükellef söz konusu işlemleri ifa ettiği üye devlete ithal edilmeleri nedeniyle, bu mal veya hizmetler üzerinde ödemediği yahut ödemekle yükümlü bulunduğu KDV yönünden indirim hakkına sahip olacaktır. Yine bu hüküm uyarınca mükellefin ödeme yükümlülüğü doğmuş, ancak henüz ödenmemiş olan katma değer vergileri de indirime tâbidir. Dolayısıyla indirim hakkının doğması için KDV'nin

ödenmiş olması gerekmemektedir. Bu nedenle, henüz ödenmemiş olan ama indirim hakkının kullanılabilceği KDV tutarları da, aynı KDV beyannamesinde belirtilebilir.

Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168 (e) hükmüne rağmen üye devletlerin, mükellefin ithalattan kaynaklı KDV üzerinde indirim hakkını kullanmasını, bu verginin ödenmiş olması şartına bağlayan düzenlemeler yaptığı durumlar olmuştur. ABAD'ın bu konuda önüne gelen davalardan birisi Véleclair SA - Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État Davası'dır.¹⁷ İthalatçı şirketin ithal ettiği malların menşe ülkesini yanlış beyan ettiği gerekçesiyle Fransız vergi makamları ek KDV tarhiyatı yapmış, şirket bu tarhiyata itiraz etmiş ve ilgili KDV tutarını ödememiştir. Buna karşılık şirketin KDV beyannamesinde KDV'nin tamamı indirim konusu edilmiştir. Vergi makamları bu talebi, Fransız yasaları uyarınca, ithal edilen mallar üzerinde KDV yönünden indirim hakkının kullanılmasının, bu tutarların bilfiil ödenmesi şartına bağlandığı gerekçesiyle reddetmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlıkta ABAD, Direktif'in bu konudaki hükmünün lafzına bağlı kalınması gereğini vurgulamıştır. O dönem yürürlükte olan Altıncı Direktif'in 17(2)(b) maddesi hükmü¹⁸ mükelleflerin "ithal edilen mallar yönünden ödeme yükümlülüğü bulunan veya ödenmiş" KDV tutarları için indirim hakkına sahip olduğunu ifade etmektedir.

ABAD söz konusu kararın 19. paragrafında, Altıncı Direktif'in 17(2)(a) maddesi hükmünün, mükelleflerin tedarik ettikleri mallar üzerinde 'ödeme yükümlülüğü bulunan veya ödenmiş' KDV tutarları için indirim hakkına sahip olacakları ifadesini tekrar eden bu bendin lafzı, mükellefin yalnızca ödemiş bulunduğu KDV tutarları için değil, ödeme yükümlülüğü bulunan, ancak henüz ödenmemiş tutarlar için de indirim hakkına sahip olduğunu açıkça ifade ettiğini vurgulamıştır.

ABAD, Kararın 21. paragrafında ise, Avrupa Birliği yasa koyucusu *KDV üzerinde indirim hakkına sahip olmayı ilgili tutarın bilfiil ödenmiş olması şartına bağlamayı isteseydi, açık ve net biçimde, örneğin "ödeme yü-*

¹⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Véleclair SA - Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État, C-414/10 Sayılı ve 29.03.2012 Tarihli Kararı, <http://curia.europa.eu/>

¹⁸ Yürürlükteki Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168(e) maddesi, <http://curia.europa.eu/>

kümlülüğü bulunan" ibaresini Altıncı Direktif'in Madde 17 hükmünden çıkartmak suretiyle bu yönde düzenleme yapabileceğini öncelikle ifade etmek gerekir" diyerek indirim hakkının doğması için KDV'nin ödenmiş olması gerekmediğini, Direktiflerin bu konuyu net bir şekilde düzenlediğini ifade etmiştir.

KDV Direktifi ve ABAD kararları, ithalatta gerçekleşen KDV'nin ödenmiş olup olmadığına bakmadan, mükelleflerin indirim hakkına sahip olduğunu açıkça vurgulamaktadır. Oysa Türkiye'de, KDVK'da belirtilen düzenleme ile ithal olunan mal ve hizmetlere ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, KDV'nin ödenmiş olması zorunluluğu getirilmiştir. İthalatta KDV indiriminden yararlanma konusunda, AB ile karşılaştırıldığında ülkemizdeki düzenlemenin, mükellef aleyhine olduğunu söylememiz mümkündür.

SONUÇ

Mükellefler üzerinde otokontrol mekanizması kuran, mükerrer vergilendirmeyi önleyen indirim mekanizması ile KDV, ülkemiz yanında başka birçok ülkede de uygulanmaktadır. Katma değer vergisini son derece önemli kılan indirim mekanizmasının uygulanmasından doğan sorunlar, kanun koyucunun indirim mekanizmasına yaklaşımından kaynaklanmaktadır.

KDVK'nın ülkemiz mevzuatına dâhil edilmesinin önemli nedenlerinden birini, Avrupa Birliği vergi mevzuatıyla uyum yükümlülüğü oluşturmuştur. Mal ve hizmetlerin iktisabından doğan KDV'nin indirimi konusunda da aynı çerçevede AB ortak vergilendirme mevzuatına uyum gerekliliği vardır.

Avrupa Birliği'nin KDV mükellefine bakışı, ülkemiz düzenlemesine göre farklılık içermektedir. Katma Değer Vergisi Direktifi 9 (1)'de mükellef, *"herhangi bir ekonomik faaliyeti herhangi bir yerde, amaçları ile sonuçlarının ne olduğuna bakılmaksızın bağımsız şekilde yürüten kişiler"* şeklinde tanımlanmıştır. Bu şekilde Avrupa Birliği, mükellef sıfatını belirlerken, kişinin sıfat ve statüsünden çok ekonomik hayatın gerçeklerini ön plana çıkarmıştır. Mükellefin statüden, sıfattan bağımsız olarak tanımlanmasının da bazı sonuçları bulunmaktadır. Örneğin, AB uygulamasında iş birlikleri, ortaklıklar, ortak girişimler tüzel kişilikten yoksun olsalar dahi, mükellef sıfatını haiz olmaktadır. ABAD karar-

ları "mükellef" kavramını, KDV Direktifi'ne göre daha da geniş değerlendirmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme evlilik birliğini mükellef olarak kabul etmeyen ve indirim hakkı vermeyen Almanya uygulamasını AB ortak mevzuatına aykırı bulmuştur. Bu çerçevede ABAD, KDV kimlik numarasının yokluğunun, mükellefin indirim hakkını kullanmasına engel teşkil edemeyeceğine de hükmetmiştir. Avrupa Birliği'nde KDV mükellefine, ülkemizdeki düzenlemelerin aksine, "vergi idaresine karşı şekli ödevleri yerine getiren kişi" olarak değil, "ekonomik faaliyet yürüten kişi" olarak yaklaşmaktadır.

Mükellef kavramına yaklaşım gibi, mükellefiyetle ilgili olması kavramına yaklaşımda da bazı farklılıklar bulunmaktadır. İndirim konusu edilecek KDV'ye ait mal ve hizmetlerin mükellefiyetle ilgili olmasına ilişkin KDV indirimi hakkından yararlanılabilme şartı, Avrupa Birliği'nde farklı düzenlenmiştir. Öncelikli fark, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin mükellefiyetle sınırlı bir yaklaşıma sahip olmamasıdır. Katma Değer Vergisi Direktifi, "mükellefiyetle ilgili" kavramı yerine "ekonomik faaliyet" kavramını tercih etmektedir. Böylece mükellefler AB'de, Türkiye'ye nazaran daha geniş çeşitte mal ve hizmete ait KDV'yi indirim konusu yapabilmektedir.

Karşılaştırma konusu yaptığımız bir diğer konu da, indirimi yapılacak KDV'nin fatura veya benzeri vesikalarda gösterilmesi zorunluluğuna ilişkindir. Ülkemizde, fatura ve benzeri vesikalarda verginin ayrıca gösterilmemesi yahut fatura ya da benzeri belgenin bulunmaması halinde, mükellef mal ve hizmetlere ait KDV'yi indirim konusu yapamayacaktır. ABAD'a göre üye devletler, mükellefin KDV indirim hakkını kullanması yönünden bazı şekil şartları getirebilir. Ancak bu şekil şartlarının amacının esasın, yani mükellefin KDV indirimi hakkının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ile ilgili olması gerekir.

Ülkemizde dönemsellik şartı katı bir şekilde uygulanmaktadır. Yani takvim yılı içerisinde indirim konusu yapılamayan KDV'nin, mücbir sebep yok ise, daha sonra indirim konusu yapılabilme imkânı bulunmamaktadır. Oysa Avrupa Birliği Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 180. maddesi esnektir ve mükelleflere ek süre tanınmasına imkân vermektedir. Dolayısıyla AB ülkelerinde indirim hakkını ilgili vergi döneminde kullanamayan bir mükellefe indirim için ek süre tanınarak, KDV indiriminden yararlanması sağlanmaktadır.

Mal teslimi ve hizmet ifasına ilişkin AB ve Türkiye'nin KDV indirim uygulamaları benzerlik göstermesine rağmen ithalat açısından farklılıklar bulunmaktadır. Ülkemizde ithalata ait KDV'nin indirim konusu yapılabilmesi için, KDVK'nın 29/1 (b) hükmü gereği KDV'nin ödenmiş olması zorunluluğu bulunmaktadır. Oysa ülkemizden farklı olarak Avrupa Birliği'nde, Katma Değer Vergisi Direktifi'nin 168 (e) hükmü uyarınca, ödeme yükümlülüğü doğan fakat henüz ödenmeyen katma değer vergileri için de indirim imkânı bulunmaktadır.

Ülkemizde KDVK'da yer alan düzenlemeler, Avrupa Birliği mevzuatıyla karşılaştırıldığında, mükellefin KDV'de indirim hakkını sınırlamıştır. Avrupa Birliği uygulamasında, mükelleflerin ekonomik faaliyetleri gereği satın aldıkları mal ve hizmete ait KDV'nin tamamı indirim konusu yapılabilmektedir. Türkiye'de uygulanan KDVK'da ise, indirim kavramına bakıştan, öngörülen şartlara kadar çeşitli konularda mükellefin KDV'de indirim hakkından yararlanmasını daraltıcı düzenlemeler yer almaktadır.

Türkiye'de KDV indirim mekanizmasının Avrupa Birliği standartlarına ilerletilmesi, şelale tipi vergilendirmenin önüne geçilerek, sadece mükellefin ürettiği katma değer vergilendirilmesi gerekir. Bu nedenle öncelikle KDVK'nın, Katma Değer Vergisi Direktifi'ndeki indirim hakkına ilişkin düzenlemelerle uyumlaştırılması gerekmektedir. Bunun için öncelikle KDVK'nın indirim kavramını, hak olarak nitelendirilmesi gerekir. KDVK'da da, Katma Değer Vergisi Direktifi'nde ve üye ülkelerin mevzuatlarında olduğu gibi "indirim hakkı" başlığının yer alması, düzenlemelerde indirimin hak kavramıyla nitelendirilmesi, hakkın vurgulanması açısından önemli bir adım olacaktır.

Katma Değer Vergisi Direktifi'nde de, KDV indirim hakkının kullanılabilmesi için Türkiye'de olduğu gibi bir takım şartlar düzenlenmiştir. ABAD vermiş olduğu kararlarda, Katma Değer Vergisi Direktifi'nde belirtilen, mükellefiyete, KDV kimlik numarasına, beyannameye, sürelerle ilişkin düzenlemelerin, mükelleflerin ekonomik faaliyetlerinden doğan KDV'nin tamamını indirim konusu yapılabilmesine imkân sağlayan düzenlemeler olduğu vurgusunu yapmaktadır. Ancak ülkemizde KDV indirimine ilişkin öngörülen, gerçek usulde KDV mükellefi olunmaması, fatura ve benzeri belgelerde KDV'nin yer almaması gibi şartların kısmen de olsa yerine getirilememesi ya

da faturanın deftere yılsonuna kadar işlenmeyerek sürenin kısa da olsa aşılıyor olması KDV indirim hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun KDV'de indirim hakkı şartlarına ilişkin, Katma Değer Vergisi Direktifi'nde ve üye devletlerin mevzuatlarında belirtilen şartlara paralel düzenlemeler getirmesi önem arz etmektedir.

Kaynakça

- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Ahmet, "Vergi Hukuku", 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010
- Tunç Ergül, "Katma Değer Vergisi'nde İndirim ve İade Uygulamaları (Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye ABD, Ankara 2007
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Finanzamt Bergisch Gladbach - Hundt-Eßwein, C-25/03 Esas Sayılı ve 21.04.2005 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>
- Lux Michael, "The Invoice in EU Customs and VAT Law: What is There to Consider?", Global Trade and Customs Journal, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Hollanda, Cilt: 9, Sayı: 5, 2014
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Valsts ieņēmumu dienests - Ablessio SIA, C-527/11 Esas ve 14.03.2013 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>
- J2M Tax&Legal "Deduction of VAT by non VAT-registered entities" <http://www.french-tax-lawyer.j2m-online.fr/french-vat/deduction-of-vat-by-non-vat-registered-entities/> 23.12.2016
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hansgeorg Lennartz - Finanzamt München III, C-97/90 Esas Sayılı ve 11.07.1991 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, X (kararda adı X olarak geçiyor) - Hollanda Maliye Müsteşarlığı, C-334/10 Esas Sayılı ve 19.07.2012 Tarihli Kararı
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Idexx Laboratories Italia Srl - İtalyan Gelir İdaresi, C-590/13 Esas Sayılı ve 11 Aralık 2014 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, EMS-Bulgaria Transport OOD - Direktor na Direktsia 'Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto' Plovdiv, C-284/11 Esas Sayılı ve 12.08.2012 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Terra Baubedarf-Handel GmbH - Finanzamt Osterholz-Scharmbeck, C-152/02 Esas Sayılı ve 29.04.2004 Tarihli Kararı, (Paragraf 38). <http://curia.europa.eu/>
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, Véleclair SA - Ministre du Budget, des Comptes publics et de la Réforme de l'État, C-414/10 Sayılı ve 29.03.2012 Tarihli Kararı. <http://curia.europa.eu/>

**ISLAH VE HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU
İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR KANUN
TASARI TASLAĞI KAPSAMINDA
ISLAHIN DEĞERLENDİRİLMESİ**
AMENDMENT AND EVALUATION OF AMENDMENT
WITHIN THE SCOPE OF THE DRAFT BILL LAW
AMENDING THE CODE OF CIVIL PROCEDURE
AND SOME OTHER CODES

Orhan EROĞLU*

Özet: Yargılamanın verimli, etkin ve usul ekonomisine uygun bir şekilde yürütülebilmesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, yargılamaya hâkim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, uygulamada karşılaşılan ve eleştirilen sorunların aşılması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve taslak 09.07.2017 tarihinde yayımlanmış, görüşe sunulmuştur. Bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmayacağına açıklığa kavuşturulması, usulü kazanılmış hakkın korunması ve aleyhe bozma yasağına aykırılığın meydana getirilmesi amacı ile Kanun Tasarı Taslağı'nın 17. maddesi ile ıslah kurumunda, 11. maddesinde ise iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı hakkında köklü değişikliklerin yapılması tasarlanmıştır. Düzenleme ile usul ekonomisinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için; hükmün bozulması veya kaldırılmasından sonra ilk derece mahkemesince tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde tahkikatın sonuna kadar ıslahın yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Çalışmamızda, kanun tasarı taslağı ile ıslah konusunda yapılması tasarlanan değişiklik, değişiklikten sonra ıslah kurumunun mevcut durumunun ne olacağı ve önerilerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Islah, Usulü Kazanılmış Hak, Aleyhe Bozma Yasağı, Tasarı Taslağı, İddianın veya Savunmanın Değiştirilmesi veya Genişletilmesi

Abstract: Directorate General for Laws, Ministry of Justice has produced a draft bill to amend the Code of Civil Procedure (CCP) No: 6100. and some other codes said draft bill was published on

* Dr., Ufuk Üniversitesi Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, orhaneroglu@yahoo.com

09.07.2017 in order to the procedure can be conducted in productive, effective and accordance to procedural economy, to review the CCP No: 6100 in consideration of the judicial principles and to overcome the problems which have been encountered and criticized in practice. It has drafted to make radical changes about amendment regime with the article 17 and about the ban on the alteration or extension of the claim or defense with the article 11 of the draft bill. said changes aimed to clarify whether amendment can be applied after a reversal decision, to protect the procedural acquired right and to prevent the contradiction about the restriction of reversal against to any party. So as to apply effective the procedural economy, it has been subject to the provision that amendment can be apply to the last of the inquiry in case of the court of first instance acts any proceedings related to the inquiry after the reversal or removed of the judgment. This article includes the alteration which has been planning about the draft bill and the amendment, present instance of the amendment regime after the alteration and our provisions.

Keywords: Amendment, Procedural Acquired Right, The Ban on the Reversal Against to Any Party, Draft Bill, Alteration or Extension of the Claim or Defense

I. MEDENİ USUL KANUNU TASARILARI VE ISLAHIN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun Yürürlüğe Girdiği Tarihe Kadar İslahın

Tarihsel Gelişimi

İslah, Türk hukuk sistemlerinde değişik isimler adı altında kullanılmıştır. İslah ile birebir benzerlik göstermese de HUMK' tan önce islahla benzer düzenlemeler yer almaktadır. İslaha benzer düzenleme ilk olarak Mecelle' de¹ karşımıza çıkmaktadır. Mecelle' deki bu düzen-

¹ “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye veya kısaca Mecelle, 1868-1876 yılları arasında Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki bir komisyon tarafından derlenen İslami özel hukuk (medeni hukuk) kuralları kodeksidir. Osmanlı İmparatorluğu'nun son yarım yüzyılında şer'î mahkemelerde hukuki dayanak olarak kullanılmıştır. Bir giriş 16 bölümden oluşur ve 1851 madde içerir. Mecelle, kendi çağında 13 yüzyıllık İslami fıkıh geleneği üzerinde inşa edildiği halde, maddeler halinde düzenlenmiş analitik ve pozitif bir hukuk sistemi oluşturma çabasıdır. Doğu Roma İmparatoru Jüstinyen tarafından 6. yüzyılda Konstantinopolis'te hazırlatılan ilk (code civil) derlemesinden sonraki ilk örnek olması özelliğiyle İstanbul'u özel bir konuma ka-

lemenin adı ise, "Tenakuza"² dir. Tenakuza, Mecelle' nin 1615, 1647-1659. maddelerinin içeriğinde geçmekteydi. Söz konusu maddelerin içeriğine bakıldığında ise, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına yer verildiği ve bu yasağın aşılması hususundaki müessesenin de ıslaha kısmen benzediği ancak tam olarak günümüzdeki ıslah müessesesi ile uyuşmadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu maddelerdeki örnekler ise Tenakuza' da özellikle taraf değişikliğinin yasaklandığı³ sonucunu çıkarmaktadır.⁴ 1911 tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin Zeyl (ek)' in 13. maddesinde yer alan düzenlemeye göre faiz gibi bazı fer' iler davaya sonradan eklenebilmekteydi. Fer' ilerin eklenme talebi uygun bulunursa, asıl talep ile birlikte incelebiliyordu. Her ne kadar bahsi geçen düzenlemenin eksikleri varsa da bu düzenleme günümüzde uygulanan ıslah müessesesine ilişkin düzenlemenin öncülü olarak kabul edilebilir.⁵ Nitekim HUMK' un ıslaha ilişkin düzenlemelerinde Mecelle ve Neuchatel Medeni Usul Kanunu' ndan etkilenilmiştir.

Günümüzde uygulanan ıslah müessesesi, HUMK' un yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk sistemimize girmiştir. ıslah müessesesi,

vuşturur. Batı ülkelerinin Medeni Kanun (code civil) geleneği Büyük Jüstinyen'in 6. yüzyılda hazırlattığı ilk (code civil) düzenlemesine dayanır. Mecelle, Tanzimat Fermanı ile açılan dönemin en önemli kanunu ve Osmanlı modernleşmesinin en önemli antlarından biridir. Bu anlamda (modernleşme) olarak adlandırılan istikametinin aslında kökü Konstantinopolis'te, yani İstanbul'da olan bir sürecin ihyası olduğunu da gösterir. Arapça "çok büyük boy kitap" anlamına gelen mecelle, Fransızca "1) büyük kitap, 2) hukuk ilkeleri derlemesi" anlamına gelen 'codex' sözcüğünün çevirisi olarak kullanılmıştır. Türk Medeni Kanunu'na ek olarak çıkarılan 864 sayılı Tatbikat Kanunu'nun 43. maddesiyle 4 Ekim 1926'da Mecelle yürürlükten kaldırılmıştır." Tarih-i Osmani Mecmuası, No. 47, s. 284; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1954, s. 50.

² Tenakuza: Çelişki, (Ali Himmet Berki, Açıklamalı Mecelle, İstanbul 1985, s. 349; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002, s. 902; Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 2010, s. 1254.

³ Mecelle 1650. madde: "Bir kimse bir malı ahar kimesne için da' va ettikten sonra kendisi için da' va etse sahih olmaz. Amma kendisi için dava ettikten sonra bilvekele ahar kimesne için da' va edebilir. Zira da' va vekili ba'zan mülkü nefesine muzaf kılar amma bir kimesne indelhusume kendi mülkünü başkasına muzaf kılmaz." (Berki, s. 362).

⁴ Yalçın Tuna, "ıslah", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955/1, s.525-604, s. 527; Berki, s. 349, 361-366; Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda ıslah*, Ankara, 2013, (Yılmaz, ıslah), s. 114, 115; Mahmut Bilgen, *Hukuk Yargılamasında ıslah*, Ankara 2016, s. 3.

⁵ Yılmaz, ıslah, s. 117; Bilgen, s. 4, Orhan Eroğlu, ıslah, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 21.

HUMK' un 83 ile 90. maddeleri arasında düzenlenmiştir. HUMK' ta ki bu düzenleme, 1999 yılında Anayasa Mahkemesi' nin⁶ HUMK m. 87/ son fıkrasına ilişkin iptal kararına⁷ kadar değiştirilmeksizin uygulanmıştır.⁸

İslah müessesesi, HMK' da üçüncü kısım, beşinci bölümün altıncı ayrımında düzenlenmiştir. Bu düzenleme genel anlamda HUMK' ta yer alan düzenlemenin sadeleştirilmesi şeklindedir. Ancak HUMK' tan farklı olarak bazı değişiklikler yapılmıştır. İslah müessesesi, HMK' da 176 ile 182. maddeler arasında düzenlenmiştir. İslaha ilişkin düzenlemelerin hemen ardından ise HMK m. 183' de maddi hataların düzeltilmesine yer verilmiştir.

⁶ Anayasa Mahkemesi' nin 20.07.1999 T., 1/33 sayılı kararı.

⁷ HUMK m. 87' nin son cümlesi Anayasa Mahkemesi' nin 20.07.1999 T., 1/33 sayılı kararı ile iptal olmuştur. Bu kararda özetle; "Anayasa' nın 13. maddesinde, Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla sınırlanabilir denilmekte, ancak bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı gibi öngörüldükleri amaç dışında da kullanılamayacağı belirtilmektedir. Buna göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır. İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle haklarını almalarynı engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa' nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa' nın 2. 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" demektedir. (04.11.2000 Tarih ve 24220 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanmıştır.).

⁸ Ejder Yılmaz, "Dünden Bugüne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi", Sempozyum, Ankara 2003, (Yılmaz, Sempozyum), s. 243 - 278; Bilge Umar, "Anayasa Mahkemesi' nin, HUMK m. 87' deki, Müddeabihin İslah Yoluyla Arttırılmaması Kuralını İptal Eden 20.07.1999 Günlü Kararı (RG 4.11.2000, No.24220) Üzerine", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, Y.2004, 419-426, (Umar, Müddeabih), s. 425, 426; Muhammet Özekes, "HMK' da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler", Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı, Ankara, 2011, s. 11; Ejder Yılmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun Getirdikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/2, 213-253, (Yılmaz, HMK Yenilikler), s. 214; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2012, s. 4; Yılmaz, İslah, s. 118; Şanal Görgün, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2015, s. 1, 2; Bilgen, s. 4.

B. HUMK' un Kabulünden HMK' nın Yürürlüğe Girdiği Tarihe Kadar Hazırlanan Medeni Usul Kanunu Tasarıları ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı

HUMK' un kabul edilmesinden HMK' nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan süreçte yedi tane tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarılarından birincisi 1948 yılında hazırlanmıştır ve Hukuk Yargılama Kanunu Tasarısı⁹ adı verilmiştir. Ancak bu tasarı yürürlüğe girmemiştir. İkinci olarak 1952 tarihli Hukuk Yargılama Kanunu Tasarısı¹⁰ hazırlanmıştır. 1955 tarihinde Hukukta Muhakeme Usulü Kanunu Layihası¹¹ adı ile üçüncü tasarı hazırlanmıştır. Bu tasarı hazırlanma gerekçesi ise HUMK' un mevcut ihtiyaçlara cevap vermemesi ve uygulamasında sorunların yaşanması olarak gösterilmiştir. Dördüncü olarak 1959 tarihinde Su Komisyonu bir tasarı hazırlamış, bu tasarıya Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, (Su Komisyonu Tasarısı) adı verilmiştir.¹² 1967 yılında beşinci tasarı hazırlanmış ve bu tasarıda yalnızca HUMK' ta yer alan bazı maddelerin değiştirilmesi veya kaldırılması amaç edinilmiştir. Bu tasarı, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Başlığının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısıdır.¹³ Altıncı tasarı ise 1971 tarihli Hukuk Yargılama Usulü Kanunu Tasarısıdır.¹⁴ Son olarak 1993 yılında HUMK' un tümünden değiştirilmesi amacı ile yeni bir tasarı daha hazırlanmıştır. Bu tasarı, Hukuk Yargılama Kanunu Tasarısıdır.¹⁵ HMK' nın yürürlüğe girmesine kadar sayılan tasarılar kabul edilmemiş ve kadük olmuştur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ve yürürlük tarihinden itibaren çalışmamıza konu

⁹ "20.02.1948, Dönem VIII, Toplantı: 2, No:2030, TC Başbakanlık Muamelet Umum Müdürlüğü, S:71-980."

¹⁰ "08.01.1952, TC Başbakanlık Muamelet Umum Müdürlüğü, S:71-1839/6/95."

¹¹ "24.02.1955, TC Başvekâlet Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, S: 71/45, 535."

¹² "1959, Dönem XI, No:137."

¹³ "29.11.1967, Dönem II, Toplantı:3, No: 108."

¹⁴ "28.04.1971, Dönem III, Toplantı:2, No:64, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Dairesi, S:71-494, 5460."

¹⁵ "02.12.1993, Dönem 19, No:610, TC Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, S:101- 607/06343."

kanun tasarı taslağına kadar, 31 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Ayrıca HMK m. 3, 20 ve 102' de yer alan bazı hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Öte yandan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu' na, 5236 sayılı Kanun ile eklenen istinaf ve temyize ilişkin hükümler, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu hükümler 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nda da aynen muhafaza edilmiştir.

Çalışmamıza konu Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve taslak 09.07.2017 tarihinde yayımlanmış, görüşe sunulmuştur. Kanun tasarı taslağının genel gerekçesinde;¹⁶ *"Bilindiği üzere bölge adliye mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihinde tüm yurttaki faaliyete geçmiştir. Ancak istinaf hükümleri bölge adliye mahkemelerinin göreve başladığı tarihe kadar uygulanmadığından bu hükümlerin değiştirilmesine yönelik eleştiriler, 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla başlayan uygulamadan sonra gündeme getirilir olmuştur. Bu çerçevede 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, hukuk yargılamasına hâkim olan ilkeler kapsamında gözden geçirilmesi, yargılamanın daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi, uygulayıcıların ve doktrinin dile getirdiği yargılama sorunlarının çözüme kavuşturulabilmesi amacıyla iş bu Tasarı taslağı hazırlanmıştır."* denilmek sureti ile kanun tasarı taslağı ile güdülen amaç açıkça ortaya konulmuştur. Gerçekten de kanımızca 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nda yer alan bazı düzenlemeler yargılamayı uzatmakta, gereksiz emek ve mesai sarfına sebep olmakta ve uygulamada belirsizlik meydana getirmektedir.

II. ISLAH KAVRAMI, ISLAHIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ISLAHIN AMACI

A. Genel Olarak İslah Kavramı

Bir davada, davacı veya davalı iddia veya savunma sebeplerinin hepsini mahkemeye sunmamış olabilir. Bu eksiklikler HUMK' un yürürlükte olduğu dönemde diğer tarafın açık veya zımni muvafakati ile giderilebilmekteydi. HMK' nın yürürlüğe girmesi ile birlikte zımni muvafakat ile eksikliklerin giderilebilmesi kaldırılmış ve sadece diğer

¹⁶ www.adalet.gov.tr-(Erişim tarihi:01.05.2018).

tarafın açık muvafakati ile eksikliklerin giderilebileceği kabul edilmiştir. Taraflardan birinin iddiasını veya savunmasını değiştirmek veya genişletmek istemesi halinde, karşı taraf buna açık bir şekilde muvafakat etmezse; iddiasını veya savunmasını değiştirmek veya genişletmek isteyen tarafın ıslaha başvurmaktan başka çaresi yoktur.

Islah, HMK' nın üçüncü kısım, beşinci bölüm, altıncı ayrımında düzenlenmiştir. Islah, tarafların iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının başlamış olmasından dolayı yapamadıkları usul işlemlerini, tek taraflı bir irade beyanı ile tamamen veya kısmen düzeltmeleridir.¹⁷

¹⁷ Sabri Ansay, "Islah", *AÜHFHD*, C.7/1-2, Ankara, 1950, s.122-129, s. 123; İsmail Hakkı Karafakih, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara, 1952, s. 235; Tuna, s. 525; Mustafa Reşit Belgeşay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul, 1956, s. 120; Macit Yalman, "Islah", *İzmir Barosu Dergisi*, S.1, Y.1, 37-47, s. 37; Celal Erdoğan, *Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara, 1973, s. 124; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 1978, s. 358; Ejder Yılmaz, "Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti ile İlgili Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri", *Yargıtay Dergisi*, C.15, S.1-4, Y.Ocak-Ekim 1989, 202-232, (Yılmaz, Taraf Ehliyeti), s. 204; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C.1, 2, İstanbul 2000, s. 554; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.IV, İstanbul 2001, (Kuru, Şerh), s. 3965; Recep Akcan, *Hükümün Bozulması Sonrasında Islah*, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 859; Mustafa Kıcaloğlu, "Davanın Islahı-Dava Miktarının Arttırılması, HUMY'un 87/son cümlesinin İptalinden Sonraki Durum", *İBD*, C.78, S.2, 2004, 514-540, s. 514; Sevgi Başak Yeşil, "Medeni Usul Hukukunda Islah, Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi", *Manisa Barosu Dergisi*, S.93, Y.24, Nisan 2005, s.125-134, s. 127; Çelik Ahmet Çelik, "Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Arttırılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.82, S.3, Y.2008, s.1243-1284, s. 1254; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul, 2009, s. 266; Hamit Dündar, "Yargılama Sırasında Zamanaşımı Def'inin Islah Yoluyla İleri Sürülüp Sürülemeyeceği", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara, 2009, s. 257; Mustafa Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 759; Muşul, s. 303; Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 6100 sayılı HMK'ya göre Değiştirilmiş, Ankara, 2013, s. 47; Adnan Deynekli, *İcra ve İflas Hukuku'nda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, Ankara, 2013, s. 15; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2013, s. 615; Baki Kuru /Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara, 2014, s. 554; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul 2014, s. 602; Görgün, s. 300; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukuku*, Konya 2015, s. 311; Mehmet Akif Tutumlu, *Medeni Usul Hukukunda Islah*, Ankara, 2015, s. 17, 18; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2016, s. 520; Bilgen, s. 1; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C.I, Ankara, 2016, s. 729; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2016, (Kuru, İstinaf), s. 591; Hakan Pekcanitez, *Makaleler*, C.I-II, *Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2016, s. 267; Eroğlu, s. 27; Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Huku-*

B. İslahın Hukuki Niteliği

Davacı, cevaba cevap dilekçesi ile iddiasını, davalı ise ikinci cevap dilekçesi ile savunmasını serbestçe değiştirip genişletebilir. Ön inceleme aşamasında ise ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde; duruşmaya gelen taraf serbestçe iddia veya savunmasını değiştirip genişletebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı başlar. Bu yasak ya ıslah ile ya da diğer tarafın açık muvafakati ile aşılabilmektedir. Bu nedenle ıslah, kendine özgü (sui generis) hukuki bir çare ve yoldur.¹⁸ İslah tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılmaktadır. İslahın yapılabilmesi için hâkimin onay vermesine veya karşı tarafın muvafakatini almaya gerek yoktur. Hâkim, sadece ıslahın koşullarını inceler ve yapılan ıslahın geçerli olup olmadığını değerlendirir. İslah nitelik olarak değerlendirildiğinde, taraflardan birinin tahkikat aşamasında yapmış olduğu usul işlemini düzeltmesidir.¹⁹ Öyleyse, mahkemenin yapmış olduğu usul

ku, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 1486, 1487; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 187; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 436; Y.11.HD., 31.10.2012, E. 2012/14031, K. 2012/17049; "Bilindiği üzere ıslah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemi, bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen düzeltilmesine olanak tanıyan ve karşı tarafın onayını gerektirmeyen bir yoldur." (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616, 617); Y.H.G.K., 29.06.2011, E. 2011/1-364, K. 2011/453(www.kazanci.com-Erişim tarihi:01.05.2018); İslahın bir irade beyanı olup olmadığı ise üzerinde düşünülmesi gereken bir başka konudur. Çünkü ıslah, niteliği itibarı ile bir usul işlemidir. Ancak mahkeme bu işlemi yaptığında usul işlemi niteliği kazanır. Taraflar açısından HMK m. 177/2' de ıslah sözlü veya yazılı olarak yapılabilir, denilmektedir. Bu ifadeden de ıslahın, mahkemeye yöneltilmiş bir irade beyanı ve bu irade beyanı üzerine de mahkemenin yaptığı bir usul işlemi olduğu sonucuna varılmaktadır. İslah, bir Yargıtay kararında da bahsettiğimiz gibi irade beyanı olarak tanımlanmıştır.

¹⁸ İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1966, s. 333; Üstündağ, s. 549; Yılmaz, İslah, s. 50; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 615, 616; Karslı, s. 602; Ulukapı, s. 311; Tutumlu, s. 19; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2016, (Kuru, Usul), s. 463; Bilgen, s. 43; Tanrıver, s. 729; Kuru, İstinaf, s. 591; Eroğlu, s. 28; Budak/Karaaslan, s. 187. Özekes, ıslaha ilişkin yapılan tanımlarda ıslahın tarafların yaptığı usul işlemini düzeltmesi noktasına ağırlık verildiğini, bunun çok geniş bir tanımlama olduğu görüşündedir. Özekes, ıslah; "Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde yaptığı usul işlemlerini, kanunda öngörülen sınırlar içinde düzeltmeye yarayan, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının istisnası olan bir hukuki imkân" şeklinde tanımlamıştır (Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1487).

¹⁹ Postacıoğlu, s. 333; Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, 1967, s. 322; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3966; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara, 2012,

işlemlerinde, iki taraflı usul işlemlerinde ve maddi hakkı sona erdiren işlemlerde ıslah hakkı kullanılamaz.²⁰

C. Islahın Amacı

Islah, tahkikat aşamasında yapılmış olan hatalı taraf usul işlemlerini, bir defaya mahsus olmak üzere düzeltme hakkı veren hukuki bir çaredir. Hataların ise niteliği itibari ile esaslı mahiyette olması gerekmektedir. Islah hakkını kullanan taraf, diğer çarelere oranla daha kısa sürede ve daha az masrafla gerçekte istediği talep sonucuna ulaşır. Eğer taraflara ıslah hakkı tanınmamış olsa idi genel olarak; davacı tekrar dava açmak zorunda kalacak, bu dava için yargılama gideri

(Yılmaz, Şerh), s. 964; Kılıçoğlu, s. 764; Yılmaz, Islah, s. 50; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2014, s. 527; Karlı, s. 602; Meral Sungurtekin-Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir, 2013, s. 231; Görgün, s. 301; İlhan Postacioğlu/Sümer Altay, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, s. 537; Ulukapı, s. 312; Kuru, Usul, s. 463; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Tanrıver, s. 30, 31; Kuru, İstinaf, s. 591; Eroğlu, s. 28; s. 1486; Budak/Karaaslan, s. 187; Islahın niteliğine ilişkin bir Yargıtay kararı; Y.11.HD, 31.10.2012, E. 2012/14013, K. 2012/17049; "Bilindiği üzere, ıslah, taraflardan birinin usule ilişkin bir işlemini, bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen düzeltilmesine olanak tanıyan ve karşı tarafın onayını gerektirmeyen bir yoldur. Bir başka anlatımla, ıslah, iyi niyetli tarafın, davayı açtıktan veya kendisine karşı bir dava açıldıktan sonra öğrendiği olgularla ilgili yanlışlıklarını düzeltmesine, eksiklikleri tamamlamasına, bu çerçevede yeni deliller sunabilmesine olanak tanıyan bir kurumdur." (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616).

²⁰ Üstündağ, s. 559; Bektaş Kar, "Islah Kısmi ve Ek dava Kavramları İle Dava Konusunun Islah Yoluyla Artırılmasının Getirdiği Sorunlar", *YD*, Ocak- Nisan 2002, S.1-2, s.416-450, s. 418; Sevinç Olgun, "Islah Yolu İle Düzeltilemeyecek İşlemler", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.: 16, Y.2, Ankara, Aralık 2007, s. 44,45; Muşul, s. 305; Karlı, s. 623; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 560; Ulukapı, s. 313; Görgün, s. 301; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Bilgen, s. 43; Tanrıver, s. 31; Eroğlu, s. 29; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1513; Budak/Karaaslan, s. 187; Y.H.G.K. 29.06.2011, E. 2011/1-364, K. 2011/453; "Islahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan; hak ve alacağı bu sürecin dışında ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilmesi, elbette olanaklı değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir) maddi hukuk işlemi mahiyeti taşımaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin de ıslah yoluyla düzeltilmesi imkânsızdır. Zira ıslah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımni hak kayıplarının telafisi için öngörülmuş bir müessesedir. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslahın konusu olamaz." (www.kazanci.com-Erişim tarihi:01.05.2018, Kılıçoğlu, s. 760-767).

ödeyecek, davasını vekil ile takip ettiriyor ise vekil tayin etmek gibi sorunlu ve uzun bir süreç geçirecek ve bunun doğal bir sonucu olarak zaman kaybı söz konusu olacaktır.²¹ Sonuç olarak kısaca ıslahın amacı; dava sebebinin değiştirilmesi, delillerin ileri sürülmesi²² ve davaya dâhil edilmemiş vakıaların davaya dâhil edilmesidir.²³

²¹ Postacıoğlu, s. 338; Yılmaz, Taraf Ehliyeti, s. 206; Üstündağ, s. 549; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3965; Yılmaz, İslah, s. 86; Sungurtekin-Özkan, s. 230; Görgün, s. 300; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1486. Örneğin, tapu iptal ve tescil davası açan ve davasında haklı olan bir davacının davası, yeni tarihli bir kanun olan Tarım Reformu Kanunu'ndan dolayı reddedilme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Eğer davacıya ıslah hakkı tanınmamış olsa idi; davacı adına tescilini talep etmiş olduğu taşınmaz için yeni kanun kapsamında ayrıca bir de bedele ilişkin dava açmak zorunda kalacaktı. Oysa davacıya ıslah hakkının tanınmasının bir sonucu olarak davacı, maddi imkânsızlığı öğrendiğinde, davasını tamamen ıslah ederek alacak davasına dönüştürebilir. Bu durumda hem davacı hem de davalı açısından zaman ve masraf tasarrufu sağlanıp, maddi mutlak gerçekliğe daha çabuk ulaşılabacaktır.

²² İslah yoluyla yeni delillerin ileri sürülmesi mümkündür. HMK m. 119/1-f, 129/1-e ve 140/5 hükmü gereğince, belirtilen süreden sonra delil gösterilemez. Ancak HMK m. 145 hükmü gereğince yargılamayı geciktirme amacı taşımaması veya süresinde sürülememesinin ilgilinin kusurundan kaynaklanmaması halinde, hâkimin kabul etmesi koşuluyla, sonradan delil sunulabilecektir. Bu yönde bakınız; Muşul, s. 330; Yılmaz, İslah, s. 412; Karlı, s. 424, 425; Ulukapı, s. 367; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 385; Tanrıver, s. 809. Özekes, iddia veya savunma değiştirilebiliyorsa ve bu aşamada vakılarda bir değişiklik yapıyorsa, ispat amacı ile delil gösterilebileceği, ıslah ile vakıa değiştirilip genişletilebiliyorsa bunun ispatı imkânının sağlanması gerektiği, ancak delilleri kanunun öngördüğü şartlarda ileri sürmeyen tarafın, ıslah ile yeni delil süremeyeceği, sonradan delil ileri sürmenin HMK m. 145 kapsamında istisnai ve sınırlı bir durum olduğu, delillerin gösterilmesi ve sunulması kendi kurallarına tabi olduğu ve bu nedenle ıslah ile birlikte düşünülmemesi gerektiği görüşündedir (Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1515 - 1516). Tanık da nitelik olarak delillerden biridir. HMK m. 145' in lafzından sonradan tanık listesi sunulabileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak HMK m. 240/2 emredici mahiyette bir hüküm olduğu için, HMK m. 145 ikinci kez verilecek tanık listesi açısından uygulanmaz. Ancak ıslah ile davaya yeni delil eklenebilmesi ve mevcut delillerin düzeltilmesi hususunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 04.02.1948 T. 10/3 sayılı içtihadına istinaden olanak bulunmaktadır. Bu yönde bakınız; Y.11.HD., 05.12.2016, E. 2015/11858, K. 2016/9302; "Dava, haksız rekabetin tespiti, men'î ile maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili, 20.07.2015 tarihli dilekçesi ile yeni delil sunmak için ıslah talebinde bulunmuştur. Mahkemece, yeni delil sunmanın ıslaha konu olamayacağından bahisle ıslah talebi reddedilerek, ispatlanamayan davanın reddine karar verilmiştir. Oysa 6100 sayılı HMK'nın 176. ve 177/1. maddelerinde, davanın her iki tarafının da, yargılama usulüyle ilgili bir işlemi bir defaya mahsus olmak üzere kısmen veya tamamen ıslah edebileceği ve ıslahın tahkikata tabi olan davalarda tahkikatın bitimine kadar yapılabileceği belirtilmiştir. Taraflarca delil listesinin sunulması işlemi de yargılama usulüyle ilgili bir işlem olup, ıslah ile değiştirilmesi mümkündür." (www.kararara.com-Erişim tarihi: 01.05.2018).

²³ Bilge, s. 317; Deynekli, s. 17; Yılmaz, İslah, s. 50; Tutumlu, s. 19; Arslan /Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz, s. 520; Eroğlu, s. 32; Bir Yargıtay kararında ıslahın amacı tarif

III. ISLAHIN ŞARTLARI

Islah, taraflara bir defaya mahsus olmak üzere tanınmış istisnai bir haktır. Ancak her işlemin ıslah edilebilmesi mümkün değildir. Kanun koyucu, ıslah hakkının kullanılabilmesi için bazı şartlar öngörmüştür. Islahın şartları kanunda sistematik olarak bir madde içerisinde düzenlenmemiş; aksine ıslah ile ilgili maddelerde, bir nevi dağınık bir şekilde, ıslahın şartlarına yer vermiştir.

Islahın şartlarını genel olarak saymak gerekirse; sadece usul işlemleri ıslah edilebilir (HMK m. 176/1) ve taraflar bu yola sadece bir kez başvurabilir (HMK m. 176/2), ıslah tahkikatın sonuna kadar kullanılabilir (HMK m. 177) ve yazılı olarak bir dilekçeyle veya sözlü olarak yapılabilir (HMK m. 177/2). Islah yoluna başvuran tarafın, ıslah yapılması nedeniyle ortaya çıkan yargılama giderlerini ve karşı tarafın zararlarını ödemesi gerekmektedir (HMK m. 178). Islahın şartları, kanun tasarı taslağında ıslaha ilişkin değişikliğin daha iyi anlaşılabilmesi için ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

A. Islaha Elverişli Bir İşlemin Bulunması

HMK m. 176' nın lafzı incelendiğinde de görüleceği üzere taraflar, yapmış oldukları usul işlemlerini, kısmen veya tamamen ıslah edebilir. Yani ıslahın konusu sadece taraf usul işlemleridir.²⁴ Islah hakkı kullanılmak sureti ile yalnızca usul işlemleri değiştirilebilir ya da düzeltilebilir.²⁵ Bir işlemin ıslaha elverişli olup olmadığına dair yapılacak

edilmiştir; YHGK., 29.06.2011, E. 2011/1-364, K. 2011/453; "Islahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmaktır." (Kılıçoğlu, s. 760-767).

²⁴ Taraf usul işlemleri, davanın açılmasından mahkemenin dava sonunda verdiği karara kadar ki süreçte, tarafların tek başına, birbirleri ile ya da mahkeme ile yaptığı işlemlerdir. Bu işlemler davanın ilerlemesini sağlar ve davanın sonunda verilecek karara etki edecek irade beyanı ve bilgilerin mahkemede açıklanmasını sağlar. Eğer söz konusu irade beyanı ya da mahkemeye sunulan bilgi davanın çözümüne etkili değilse, bu işlem taraf usul işlemi olarak kabul edilemez. Bilge, s. 245; Üstündağ, s. 416; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 161; Sungurtekin-Özkan, s. 121; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 243; Yılmaz, Islah, s. 129; Karlı, s. 353; Postacıoğlu/Altay, s. 346; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 164; Tanrıver, s. 424, 425; Eroğlu, s. 88; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1486; Budak/Karaaslan, s. 187.

²⁵ Ansay, s. 123; Yeşil, s. 127; Bilge, s. 316; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 266; Yılmaz, Islah, s. 459; Deynekli, s. 17; Sungurtekin-Özkan, s. 231; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 616; Karlı, s. 602; Umar, s. 507; Postacıoğlu/Altay, s. 537; Kuru,

değerlendirmede işlemin, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında olup olmadığına bakılmalıdır. Mahkeme tarafından yapılan usul işlemleri, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında olmadığından dolayı, mahkemenin yapmış olduğu usul işlemlerinin ıslaha konu olması söz konusu değildir.

İslahın mahkemenin onayına tabi olmaması ile mahkemenin ıslah hakkında bir karar vermesi aynı durumu ifade etmemektedir. Her ne kadar ıslah, mahkemenin onayına ihtiyaç olmadan yapılabilirse de; hâkim, ıslaha başvuran tarafın düzelteceği veya değiştireceği tek taraflı usul işleminin, ıslaha elverişli olup olmadığını ve işlemin ıslah sonrasında bürüneceği halin, davaya uygun bir talep olup olmadığını değerlendirecektir.²⁶ Her ne kadar ıslah hakkının kullanılabilmesi için hâkimin onay vermesine veya karşı tarafın muvafakat etmesine ihtiyaç duyulmasa da hâkim, ıslah dilekçesini diğer tarafa tebliğ edecektir. Bunun sebebi ise; hâkimin gözünden kaçabilecek hususların karşı tarafça tespit edilip hâkimin önüne getirilebilmesi ve aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkı açısından bilgilenme, açıklama, dikkate alınma ve değerlendirilmedir.²⁷

Usul, s. 470, 471; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 520; Tanrıver, s. 729; Kuru, İstinaf, s. 600; Eroğlu, s. 88; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 1486; Budak/Karaaslan, s. 187.

²⁶ Bilge/Önen, s. 360; Burhan Sınmaz/İzzet Karataş, İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1987; Orhan Yener, Tatbikatta İzahlı İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara 1996; Nihat İnal, Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C.1, Ankara 2003, s. 840; Yılmaz, İslah, s. 539; Bilgen, s. 31; Tutumlu, s. 336; Yargıtay da ıslah hakkında bir karar verilmesi gerektiği görüşündedir. Bu yönde bakınız; Y.7.HD., 22.11.2005, E. 2005/3426, K. 2005/3685; "Davacıların açtığı davada sonradan kendilerini vekille temsil ettirdikleri ve vekilin verdiği dilekçeyle ıslah talebinde bulunduğu belirtilmektedir. Davacıların vekilinin dilekçesi davalı tarafa usüle uygun şekilde tebliğ edilmeli, davalılardan bu dilekçede öne sürülen iddia ve istemlere karşı diyecekleri ayrı ayrı sorulup saptanmalı, somut olayda ıslahın mümkün olup olmadığı mahkeme tarafından değerlendirilmeli, gerektiğinde taraflar isticvap edilmelidir." (www.turkhukuksitesi.com-Erişim tarihi:01.05.2018).

²⁷ İslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğ edilmesinin hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantısı için bakınız; Y.4.HD., 07.02.2012, E. 2010/14334, K. 2012/1600; "10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde de davanın taraflarının kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları bu hakkı yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemelerin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerçekleştirmesini içerdiği biçimde düzenleme getirilmiştir. Yine aynı yasanın 177/2 maddesinde de ıslah

Davanın açıldığı dönemde mevcut olmayan ve dilekçelerin teatisi aşamasından sonra yargılama esnasında ortaya çıkan yeni bir vakıanın ileri sürülmesi, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında kalmaktadır. Ancak bu vakıa HMK m. 141' de belirtilen yasağın başlamadığı dönemde ileri sürülen iddia veya vakıalarla bağlantılı veya bunları tamamlayıcı nitelikte ise yasak kapsamında kabul edilmez. Kanımızca, yargılama esnasında ortaya çıkan vakıaların, ortaya çıkmasından sonraki ilk oturumda ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu usul ekonomisi açısından da faydalı olacaktır.

HMK m. 141 hükmü gereğince iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının başlamadığı dönemde ileri sürülmüş olan iddia ve vakıalar ile bağlantılı olan yeni bir vakıa, dava açıldıktan ve yasak başladıktan sonra ortaya çıkmış olabilir. İddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının başladığı dönemde ortaya çıkan bu yeni vakıa, yasağın başlamadığı ve tarafların iddia veya savunmasını dilediği şekilde değiştirip genişletebildiği dönemde ileri sürülmedi diye mahkemece hemen davanın reddine karar verilmemesi gerekmektedir. Çünkü bağlantılı olan bu yeni vakıayı ileri sürmek, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında değildir. Ancak, ortaya çıkan yeni vakıa ile davacı, talep sonucuna yeni bir talep ekliyorsa; bu, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı kapsamında değildir.

Kısmi dava açıldıktan sonra örneğin, davacının alacağının miktarı tespit edildiğinde, yargılama ile tespit edilen alacağın aynı davada talep edilmesi, talep sonucunun değiştirilmesi teşkil eder. Böyle talepler, yeni vakıa kapsamında değerlendirilemez ve bu şekilde talep sonucunu değiştiren taraf iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı ile karşılaşır.²⁸

lah dilekçesinin karşı tarafa bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Şu durumda yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gereğince ıslah dilekçesinin karşı yana tebliğ ile cevap süresinin beklenilmesi ve cevap süresi geçtikten sonra varılacak sonuca göre istem konusunda bir karar verilmesi gerekir." (www.kararara.com-Erişim tarihi:01.05.2018). İslah dilekçesinin tebliğ edilmesi gerektiğine ilişkin kararlar için bakınız;Y.17.HD., 25.12.2014, E. 2014/23241, K. 2014/19457; Y.11.HD., 03.03.2015, E. 2014/17645, K. 2015/2845 (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 06.04.2018).

²⁸ Kuru, Şerh, C.II, s. 1704; Önen, s. 160, Aksi yönde bakınız; Y.1.HD., 06.07.1999, E. 1999/5776, K. 1999/7702; "Davacılar, dava dilekçesinde çekişmeli taşınmazın yarı payının bedelinin murisleri tarafından ödendiği halde davalı adına kayıt oluşturu-

HUMK döneminde, birkaç Yargıtay kararı hariç, cevap dilekçesinin ıslah edilmesi yolu ile zamanaşımı def'inin ileri sürülemediği yönünde bir uygulama oluşmuş ve bu konudaki içtihatlar da kökleşmişti. HMK m. 176'nın madde gerekçesinde,²⁹ cevap dilekçesinin ıslah edilmesi ile zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin mümkün olduğu açıklığa kavuşturulmuş ve zamanaşımı def'inin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülebileceği sonucuna ulaşılmıştır.³⁰ Bu uygulamanın, madde gerekçesinde geçiyor olması, zamanaşımı def'inin cevap dilekçesinin ıslahı yoluyla ileri sürülebileceği sonucuna yorum yoluyla ulaşılmasına sebep olsa da yine de bu konudaki tartışmaları ve yargı kararlarındaki farklılıkları ortadan kaldırmıştır.

B. İslahın Taraflarca İstenmesi

HMK m. 177/2 hükmü gereğince ıslah, yazılı veya sözlü olarak yapılabilmektedir. İslah talebinde bulunan tarafın, ıslaha dair açık bir irade beyanında bulunması gerekmektedir. Aksi halde ıslah sonuç doğurmayacaktır. Uygulamada genellikle ıslah, ıslaha başvuran tarafın yazılı dilekçesini mahkemeye sunması yoluyla yapılmaktadır. Bundan başka duruşma esnasında ıslah talebinde bulunmak mümkündür. İs-

rulduğunu ileri sürerek muvazaa hukuksal nedenine dayanıp iptal etmişlerdir. Ancak; sonraki dilekçelerinde taşınmaz üzerindeki binanın tamamını muris tarafından yapıldığını belirterek payları oranında bina bedelinin tahsilini istemişlerdir. Başka bir anlatımla müddeabihi bedele dönüştürmüşler, bu suretle müddeabihi değiştirmedikleri gibi arttırmamışlar, bilakis daha aza indirmişlerdir. O halde, yanların bu husustaki delillerin toplanması, binanın muris tarafından yapıp yapılmadığının saptanması, murisin tarafından yapıldığının anlaşılması halinde davacıların miras payını göz önünde tutularak bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru değildir. Davacıların temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince bozulmasına, oybirliğiyle karar verildi." (*Ankara Barosu Dergisi* S: 4, Ankara 1999, s. 145-146).

²⁹ "İslah yolu ile davanın geciktirilmesi ve sürüncemede bırakılması mümkün olduğundan, ikinci fıkra ile tarafların ıslah yoluna bir defa başvurabileceklerine ilişkin sınırlama bu Tasarıda da kabul edilmiştir. Uygulamada, zamanaşımının ıslah yolu ile ileri sürülüp sürülemediğine dair bazı tereddütler var ise de zamanaşımı ilk itiraz olmayıp, ıslah yolu ile de ileri sürülebileceğinde tereddüt etmemek gerekir." 16.04.2008, Dönem 23, Yasama Yılı:3, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Adalet Komisyonu Raporu, 1/574/393 (www.tbmm.gov.tr-Erişim tarihi: 06.04.2018).

³⁰ Yılmaz, Sempozyum, s. 243-278; Pekcanıtez/Atalay/Özkes, s. 618; Yılmaz, Yenilikler, s. 78-81; Sungurtekin-Özkan, s. 232; Umar, s. 509; Tutumlu, s. 39, 40; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 522; Kuru, İstinaf, s. 592.

lah talebinde bulunan tarafın beyanı duruşma zaptına geçirilir. Bu sa-
yede sözlü ıslah beyanı yazılı hale gelir.

Islah duruşmada yapılmış ise ıslaha ilişkin beyanın duruşma zap-
tına yazılması halinde; hazır olan karşı tarafa ıslaha ilişkin beyanda
bulunmak üzere süre verilir. Karşı taraf dilerse duruşmada da beyan-
da bulunabilir. Bu halde karşı tarafın beyanı da duruşma zaptına ge-
çirilir. Islahın yazılı olarak bir dilekçe ile talep edilmesi halinde, ıslah
dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilir.³¹ Islahın yazılı olarak yapılması ha-
linde dilekçenin karşı tarafa tebliğ edilmesinin, sözlü olarak yapılması
halinde duruşmada karşı tarafa beyan hakkının tanınmasının sebebi
yalnızca haber vermektir. Bu, ıslahın geçerlilik şartı değildir.³²

C. Islaha Bir Kez Başvurma Hakkı

HMK m. 176/2 hükmü gereğince taraflara, aynı davada yalnızca
bir kez ıslah hakkı tanınmıştır. Tarafların aynı davada ikinci kez ıslaha
başvurması halinde mahkeme, ıslaha ikinci kez başvurulduğunu re'
sen göz önünde bulundurarak ıslah talebini reddedecektir.³³ Bu sonu-

³¹ Bilge, s. 317; Kar, s. 430; Kuru, Şerh, C:IV, s. 3981, 3982; Üstündağ, s. 550; Alangoya
/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 270, 271; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 627; Kuru/
Arslan/Yılmaz, s. 555; Sungurtekin-Özkan, s. 235; Deynekli, s. 20; Karanlı, s. 603;
Tutumlu, s. 329, 330; Postacıoğlu/Altay, s. 545; Kuru, Usul, s. 465; Arslan/Yıl-
maz/Taşpınar-Ayvaz, s. 524; Tanrıver, s. 734; Kuru, İstinaf, s. 594; Özekes, Pekca-
nitez Usûl, s. 1486.

³² Kuru, Şerh, C:IV, s. 3984; Alangoya/Yıldırım/Deren - Yıldırım, s. 271; Kuru/ Ar-
slan/Yılmaz, s. 543; Yılmaz, Şerh, s. 969; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 627; Sun-
gurtekin-Özkan, s. 235; Deynekli, s. 21; Postacıoğlu/Altay, s. 545; Arslan/Yılmaz/
Taşpınar-Ayvaz, s. 524; Kuru, İstinaf, s. 594; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1532; Bu
yönde Yargıtay kararları için bakınız; Y.4.HD., 08.03.2005, 1550/1923; Y.23.HD.,
08.12.2011, 1523/2439 (www.kararara.com.-Erişim tarihi: 03.03.2018).

³³ Bilge, s. 317; Postacıoğlu, s. 334; Kuru, Şerh, C:IV, s. 3990; İnal, s. 605; Yılmaz, Şerh,
s. 964; Kılıçoğlu, s. 759; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 626; Sungurtekin-Özkan, s.
235; Postacıoğlu/Altay, s. 544; Kuru, Usul, s. 465; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ay-
vaz, s. 523; Kuru, İstinaf, s. 594; Eroğlu, s. 98; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1528;
Y.13.HD., 27.06.2011, E. 2010/2271, K. 2011/10212; "Davacı dava dilekçesinde,
davaya konu dairenin kendi adına tescilini talep etmiş, daha sonra görevsiz mah-
kemede sunduğu bila tarihli ıslah dilekçesi ile de, dava konusunu ıslah ederek
davaya konu dairenin denkleştirici adalet ilkesi gereğince bugünkü değeri olan
20.000 TL'nin davalılardan tahsili istemiştir. Davacı daha sonra görevli mahkeme-
de; 17.6.2010 tarihli ıslah dilekçesi ile de talep sonucunu 28.424.52 TL olarak arttır-
mıştır. Oysa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83'ncü maddesi hükmü-
nün 2. cümlesinde "aynı davada her taraf ancak bir kez ıslah hakkını kullanabilir"
hükmü öngörülmüş olup, açıklanan gerekçe ile davacı tarafın 2. ıslah isteminin

ca HMK m. 176/2 hükmünün emredici mahiyetinden ulaşılmaktadır. Aynı davada ıslahın yalnızca bir kez kullanılabilmesinin asıl sebebi, ıslah hakkının sürekli kullanılarak yargılamanın gereksiz yere uzamasını engellemektir.³⁴ Çünkü bu hak taraflara birden fazla kez tanınsa idi taraflar, yargılamanın seyrine göre aleyhlerinde bir durum meydana gelmesi halinde ıslah hakkını kullanacaktı. İslah hakkının kullanılması ile iddia veya savunma sebepleri değişecekti ve yargılama kısır bir döngüye dönüşecekti. Usul ekonomisi göz önünde bulundurulduğunda, taraflara ıslah hakkının bir kez tanınmış olması gerek yargılama gerekse de hakkaniyet ve usul ekonomisi açısından yerinde bir uygulamadır.

HMK' da ıslahın geçerlilik şartı açısından herhangi bir harcın yatırılması düzenlenmemiştir. Örneğin, kısmi ıslah yolu ile dava değerinin arttırılması halinde, noksan harcın tamamlanması gerekecektir. Böyle bir durumda, harç yatırılmamış olsa dahi ıslah hakkı kullanılmış sayılacaktır.³⁵ Bu durumda hâkim, ıslah hakkını kullanan ancak harç yatırmayan tarafı, ıslah ile elde edeceği haktan mahrum edecektir. Taraf, ıslah hakkını kullandığı için de ikinci kez ıslah talebinde bulunamayacaktır.

D. İslaha Başvurma Süresi

HMK m. 177/1 hükmü gereğince ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilmektedir.³⁶ İslah hakkına başvurabilme anı iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının başladığı andır. Taraflar, yasak başlamadan önce ıslaha ihtiyaç duymazlar. Çünkü dilekçelerin teatisi aşamasında taraflar istedikleri gibi iddiala-

reddedilmesi ve davanın alacak miktarı yönünden ilk dava dilekçesindeki talebi ve ilk ıslah dilekçesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, bu hususların dikkate alınmaması doğru görülmemiş ve kararın bu sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (www.kazanci.com-Erişim tarihi: 02.04.2018).

³⁴ Tuna, s. 598; Yılmaz, İslah, s. 468; Karlı, s. 604; Eroğlu, s. 98; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1528.

³⁵ Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Bu yönde bakınız; Y.9.HD., 21.01.2014, E. 2013/16507, K. 2014/940; "Mahkemece, tamamlama harcı yatırılmayan ve dolayısıyla yok hükmünde olan ıslah beyanına değer verilmesi bozma nedenidir" (www.legalbank.net-Erişim tarihi: 24.04.2018).

³⁶ Üstündağ, s. 551; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 624; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 555; Sungurtekin-Özkan, s. 234; Karlı, s. 605; Umar, s. 525; Tutumlu, s. 204; Tanrıver, s. 730; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1520.

rını veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilir.³⁷ Islaha başvurulabilme süresinin sonu ise tahkikatın bittiği andır.

İddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının başlangıcı; yazılı yargılama usulünde cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verildiği an, basit yargılama usulünde ise dava dilekçesinin ve cevap dilekçesinin verildiği andır. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin katılması ve diğer tarafın mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaması halinde; duruşmaya katılan taraf, iddiasını veya savunmasını dilediği şekilde değiştirebilir veya genişletebilir. Ön inceleme duruşmasından sonra ise iddia veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi ancak ya ıslah ile ya da karşı tarafın açık muvafakati ile mümkündür.³⁸

E. Islah Hakkını Kullananın Karşı Tarafın Uğradığı veya Uğrayabileceği Zarar ve Mahkeme Masraflarını Yatırma Şartı

Islah hakkının kullanılması ile bazı işlemler yapılmamış sayılacak ve yargılamanın bir kısmı boşa çıkacaktır. Buna bağlı olarak karşı tarafın zarara uğrama ihtimali yüksektir. Kanun koyucu bu nedenle ıslah hakkının kullanılması sebebi ile karşı taraf ve mahkeme için yargılama giderleri ile tazminatın mahkeme veznesine yatırılmasını düzenlemiştir.³⁹ Düzenlemeye istinaden yargılama giderleri ile tazminatın mahkeme veznesine yatırılması, ıslah hakkını kullananın kusursuz olmasına veya iyi niyetine bağlı değildir.

1. Islah Sebebi İle Geçersiz Hale Gelen İşlemler İçin Yapılan Yargılama Giderleri

Islah sebebi ile geçersiz hale gelen işlemler için yapılmış olan yargılama giderlerinin⁴⁰ yatırılması gerektiği HMK m. 178' de düzen-

³⁷ Akcan, s. 860; Yılmaz, Şerh, s. 965; Yılmaz, Islah, s. 482; Deynekli, s. 25; Karanlı, s. 604; Görgün, s. 302; Tanrıver, s. 678, 683; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1520.

³⁸ Akcan, s. 869; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3975; Kılıçoğlu, s. 773; Yılmaz, Şerh, s. 965; Yılmaz, Islah, s. 482,483; Deynekli, s. 26; Karanlı, s. 604; Tutumlu, s. 361, 362; Tanrıver, s. 678, 683; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 520.

³⁹ Postacıoğlu, s. 456; Alangoya/Yıldırım/Deren -Yıldırım, s. 271; Bilge Umar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatabikatu, İstanbul 1967, (Umar, Neuchatel), s. 125; Yılmaz, Islah, s. 521; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 526.

⁴⁰ HMK' nin 323. maddesine göre yargılama giderleri; celse, karar ve ilam harçları,

lenmiştir.⁴¹ HMK m. 178 hükmü gereğince, ıslahın yapılmış olduğu tarihe kadar yatırılan yargılama giderlerinin, ıslah hakkını kullanan tarafından karşılanması gerekmektedir. Yani ıslah hakkını kullanan taraf, ıslah ile birlikte geçersiz hale gelen işlemler açısından, karşı tarafın yapmış olduğu giderleri ödemekle mükelleftir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, karşılanacak olan yargılama giderleri, dava sonunda aleyhine hüküm verilen tarafın ödeyeceği yargılama gideri kadar kapsamlı değildir. Bu giderler sadece davanın ıslah edilmesi sebebi ile hükümsüz hale gelen işlemler için ödenmiş bulunan yargılama giderleridir.⁴² Yatırılacak olan gider hâkim tarafından dosya üzerinden belirlenecektir. İslah tarihinden önce yapılan bir işlem, ıslah hakkının kullanılmasından sonra da geçerliliğini koruyacaksa; o zaman bu işleme dair yargılama giderinin karşılanmasına gerek yoktur ve ödenecek yargılama giderlerinin kapsamı dışında bırakılmalıdır.

2. İslah Sebebi İle Karşı Tarafın Uğradığı ve Uğrayabileceği Zararlar

İslah sebebi ile karşı tarafın uğradığı zararların neler olduğu hususu açık değildir. Uğranılan zarar kapsamında ödenecek olan tazminat, esasen yargılamanın uzaması sebebi ile karşı tarafın uğradığı zarardır.⁴³ HUMK' ta yer alan düzenlemeden farklı olarak HMK' da karşı tarafın ıslah sebebi ile uğramış olduğu zararın yanında, uğrayabileceği zararların da ödenmesi düzenleme altına alınmıştır. Bu kapsamda karşı tarafa ispat açısından da kolaylık sağlanmıştır. Karşı taraftan, ıslah

tebliğ ve posta masrafları, geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler, keşif, bilirkişi ve tanık giderleri, resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler, vekil ile takip edilmeyen davalarda seyahat ve konaklama ücreti, isticvap ve yemin için gündelik, yol ve konaklama ücretleri, vekâlet ücreti ve yargılama sırasında yapılan diğer giderler olarak sayılmıştır.

⁴¹ Deynekli, s. 36, 37; Umar, s. 528; Karslı, s. 607; Eroğlu, s. 118.

⁴² Postacıoğlu, s. 456; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 271; Yılmaz, İslah, s. 521; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 526; Eroğlu, s. 119; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1530. Umar, yargılamada yapılan işlemlerin, ıslahtan sonra değerlerini yitirmemesi halinde dahi bu masrafların da karşı tarafa yüklenmesi gerektiği görüşündedir (Umar, Neuchatel, s. 125).

⁴³ Bilge, s. 319; Üstündağ, s. 533-554; Bilge/Önen, s. 362; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3986; Alangoya/Yıldırım /Deren-Yıldırım, s. 270; Yılmaz, Şerh, s. 974; Yılmaz, İslah, s. 537; Deynekli, s. 37; Tutumlu, s. 354; Postacıoğlu/Altay, s. 549; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 526; Kuru, İstinaf, s. 594; Eroğlu, s. 121; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1530.

hakkının kullanılması ile uğradığı zararlar açısından belge sunması istenmektedir. Ayrıca gerçek zararının miktarını ispat etmesi hususunda hak ve süre tanınmaktadır.

Islah hakkının kullanılması ile birlikte karşılanması gereken yargılama giderleri ile karşı tarafın uğradığı veya uğrayabileceği zararların miktarı belirlendikten sonra hâkim, ıslah edene bir hafta süre verir.⁴⁴ Eğer hâkim miktarı geçici olarak duruşmada tespit etmiş ise bir haftalık süre ıslah edene o duruşmada teahhüt edilir. Eğer tazminat ve yargılama giderleri celse arasında takdir edilmişse, miktar ıslah edene tebliğ edilir.⁴⁵ Süre teahhüt veya tebliğden itibaren işlemeye başlar. Islah eden, bir haftalık süre içerisinde takdir ve tespit edilen miktarı mahkeme veznesine yatırmazsa, ıslah yapılmamış kabul edilir ve hâkim kararını ıslahtan önceki durum ve koşullara göre verir.

IV. KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE ISLAH MÜESSESİNDE YAPILMASI TASARLANAN DEĞİŞİKLİKLER, DEĞİŞİKLİKTEN SONRA ISLAH VE DEĞİŞİKLİĞE DAİR GENEL DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. Islah Müessesesinde Yapılması Düşünülen Değişiklikler

Kanun Tasarı Taslağı' nın 17. maddesi ile ıslah kurumunda, 11. maddesinde ise iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı hakkında köklü değişiklikler öngörülmektedir. Islah kurumunun, iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı ile yakın ilişkili olması ve bir müessesede yer alan değişikliğin, diğer müesseseyi etkileyecek olması sebebi ile her iki kurum hakkında yapılan değişiklikler değerlendirilecektir.

Kanun Tasarı Taslağı' nın 11. maddesinde; 6100 sayılı Kanun' un 139. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin;⁴⁶ "Çıkarılacak da-

⁴⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 627; Karşlı, s. 607; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 526; Kuru, İstinaf, s. 594; Eroğlu, s. 123; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1530.

⁴⁵ Alangoya /Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 272; Yılmaz, Islah, s. 540; Bilgen, s. 85; Karşlı, s. 608; Tutumlu, s. 356; Postacıoğlu/Altay, s. 549; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 526; Kuru, İstinaf, s. 594.

⁴⁶ HMK m. 139/1'in ikinci cümlesi; "Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece tarafların birinin gelmesi ve yargulamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz

vetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği; davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği ayrıca ihtar edilir.” şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür.

Davacının iddiasını, davalının ise savunmasını dilekçelerin teatisi aşamasında istediği şekilde⁴⁷ ve ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, ön inceleme duruşmasına gelen ve yargılamaya devam etmek isteyen tarafın, sınırlama olmaksızın iddiasını veya savunmasını değiştirip genişletebileceği⁴⁸ çalışmamızın önceki bölümünde açıklanmıştır. HMK m. 141/1’ de yer alan ön incelemeye ilişkin istisnanın uygulanabilmesi için, HMK m. 139/1 hükmü uyarınca, ön incelemeye ilişkin çıkarılacak davetiyede, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda herhangi bir muvafakate ihtiyaç olmaksızın

edemeyeceği ve diğer tarafın, onun muvafakati olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirebileceği ayrıca ihtar edilir” şeklindedir.

⁴⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bakınız; Akcan, s. 860; Bilge Umar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcalar”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1, Y.2006, (Umar, Yeditepe), s. 172, 173; Baki Kuru/ Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, S.5, Y.2011, s. 15; Yılmaz, Şerh, s. 965; Yılmaz, İslah, s. 482; Deynekli, s. 25; Karşlı, s. 604; Görgün, s. 302; Tanrıver, s. 678, 683; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1267; Y.2.HD., 27.05.2015, E. 2014/24972, K. 2015/10869; “Taraflar cevaba cevap ve 2. cevap dilekçeleriyle serbestçe, ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakatiyle iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun onayı aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir.” (www.kazanci.com.-Erişim tarihi: 03.03.2018).

⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 342; Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul Kasım 2015, (Kuru, Usul 2015), s. 202; Postacıoğlu/Altay, s. 500; Ulukapı, s. 291; Şanal, s. 224; Kuru, *İstinaf*, s. 286; Tanrıver, s. 678, 679; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1269.

zın, duruşmaya gelen tarafın iddia veya savunmasını değiştirebileceği veya genişletilebileceğinin ihtar edilmesi şarttır.

Yapılacak olan değişiklik ile bir tarafın ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, duruşmaya gelen tarafın iddiasını veya savunmasını dilediği şekilde değiştirebilme ve genişletebilme hakkı elinden alınmaktadır. Yapılacak olan değişiklik her ne kadar doğrudan etkilemese de dolaylı olarak ıslaha başvurma anını, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak katılmaması halinde, duruşmaya gelen taraf açısından etkileyecektir. Çünkü bu durumda, duruşmaya gelen taraf iddiasını veya savunmasını ıslaha gerek olmadan değiştirip genişletebilecektir. Duruşmaya gelen taraf açısından bir değerlendirme yapıldığında, bu taraf için ıslaha başvurma anı ön inceleme duruşmasının tamamlanması ile başlayacaktır. Yapılması tasarlanan değişiklik ile ön inceleme duruşmasına ilişkin istisna kaldırılacak ve buna bağlı olarak, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde duruşmaya gelen kişi açısından da ıslaha başvurma anı dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanması ile başlayacaktır. Yani, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, duruşmaya gelen taraf iddiasını veya savunmasını ancak ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati ile değiştirip genişletebilecektir.

HMK' da ön inceleme duruşmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmesinde güdülen amaç; dava şartları ve ilk itirazlar hakkında bir karara varabilmek ve uyuşmazlık konusunu tespit etmek için tarafların dinlenilmesi, iddia ve savunmalar kapsamında uyuşmazlık konularının tespit edilmesi, tarafların sulh olmaya veya arabuluculuğa başvurmaya teşvik edilmesidir. Ön inceleme duruşmasının sonunda düzenlenen tutanağın önemi, HMK m. 140/3' de de belirtildiği üzere tahkikatın bu tutanak esas alınarak yürütülecek olmasıdır. Ön inceleme duruşmasına ilişkin istisna, taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeretsiz olarak gelmemesi halinde duruşmaya gelen tarafın iddiasını veya savunmasını dilediği şekilde değiştirip genişletebilmesi, özü itibari ile ön inceleme duruşmasına katılımın sağlanması amacı ile konulmuştur.⁴⁹ Kanun koyucu ön incelemeye vermiş olduğu önemi bu istisna ile göstermiş, ön inceleme duruşmasına gelen tarafı avan-

⁴⁹ Görgün, s. 229; Postacıoğlu/Altay, 493; Tanrıver, s. 692.

tajlı hale getirmiştir. Ancak davanın esasını değiştirir mahiyetteki bu istisnanın, sırf tarafları duruşmaya gelmeye teşvik etmek amacı ile konulması işlevsizdir ve taraflarca kötüye kullanılabilir. Diğer bir yönü ile bakıldığında ise ön inceleme duruşmasında tarafların anlaş-tıkları veya anlaşamadıkları hususlar tespit edilmektedir. Taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi ile birlikte diğer tarafın iddiasını veya savunmasını değiştirip genişletmesi halinde, duruşmaya gelmeyen tar-raf ile bu hususta anlaşıp anlaşmadıkları tespit edilemeyecek, ön in-celeme duruşması amacına hizmet edemeyecektir. Zaten uygulamada da bu istisna sürekli ve bilinçli olarak kullanılmamaktadır.

Bütün iddia ve savunma sebeplerinin, belirli bir usul kesiti içerisin-de ileri sürülmesi kuralı vardır ki bu kural teksif ilkesidir.⁵⁰ HMK' da ön incelemeye ilişkin yer alan bu istisna ile teksif ilkesi de işlevsiz kal-maktadır. Ayrıca ön inceleme aşamasında tarafların iddia veya savun-malarını değiştirme veya genişletme ihtiyacı yok denilebilecek kadar azdır. İddia ve savunmaların sunulmasında eksiklik olması halinde, bu eksikliklerin giderilmesi amacı ile zaten HMK' da getirilmiş çareler bulunmaktadır. Bu çarelerden biri de ıslahtır. Kanımızca, HMK' nun sistematigi açısından değerlendirildiğinde; kanun tasarı taslağında ön incelemenin istisnasına ilişkin öngörülen değişiklik yerinde bir uygu-lama olacaktır. Sonuç olarak değişiklik ile beraber; dilekçelerin teatisi aşamasından sonra ancak ya karşı tarafın açık muvafakati ile ya da ıslah yoluyla iddia veya savunma değiştirilebilecek veya genişletile-bilecektir.

Çalışmamızın konusu ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamakla birlikte, ön inceleme duruşmasına ilişkin yapılacak olan değişikliğin incelenmesi sebebi ile HMK m. 140/4' ün yanlış yorumlanmasına se-

⁵⁰ Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 156; Yavuz Alango-ya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlke-ler, İstanbul, 1979, s. 4; Üstündağ, s. 252, 253; Kuru, Şerh, C.II, s. 1709; Alangoya/ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 185, 186; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 368; Sungur-tekın-Özkan, s. 101; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 350; Karşlı, s. 267, 268; Görgün, s. 240; Ulukapı, s. 128; Postacıoğlu/Altay, s. 169; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 155; Tanrıver, s. 362; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş-Korkmaz, s. 1249; Budak/ Karaaslan, s. 181; YBGK, 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1; "Bu külfet, iddia ve savunma sebeplerinin yargılamanın belirli bir aşamasına kadar ileri sürülmesini, bundan sonra ileri sürülen iddia ve savunma sebeplerinin mahkemeye dikkate alınamayacağını ifade eden "teksif ilkesi" ile de ilişkilidir."; Y.8.HD., 29.01.2013, E. 2012/10670, K. 2013/944 (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:03.04.2018).

bebiiyet veren eksikliğin giderilmesine ilişkin de tavsiyede bulunmakta fayda vardır. HMK m. 140/4' e göre; " n inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir." Dilekçelerin teatisi aşamasının tamamlanmasından sonra hâkim, dava şartları ve ilk itirazları dosya üzerinden inceleyip davanın usulden reddine karar vermemişse, ön inceleme duruşma günü tayin eder. Asıl olan n incelemenin tek duruşmada tamamlanmasıdır. HMK m. 140/4 hükmü uyarınca zorunlu olan hallerde, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Ancak maddede yer alan " yeni bir duruşma günü tayin edilir" cümlesi kanımca yanlış yorumlanmaktadır. Uygulamada, usulüne uygun olarak taraflara bildirilen ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeret dilekçesi vermesi, mahkemece zorunlu hal kapsamında değerlendirilmekte ve hâkim tarafından ön inceleme duruşması için yeni bir duruşma günü tayin edilmektedir. Yeni tayin edilen ön inceleme duruşması için de mazeret bildirilmesi halinde, üçüncü kez ön inceleme duruşması tayin edilemeyeceği gerekçe gösterilmekte ve ön inceleme duruşması tayin edilen ikinci günde tamamlanmaktadır.

Tarafların n inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi verdiği durumlarda dikkat edilmesi gereken husus; usulüne uygun olarak taraflara bildirilen ilk ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi vermesi halinde, ön inceleme duruşmasına henüz hiç başlanmamış olmasıdır. Tayin edilen ilk ön inceleme duruşmasında, duruşma açılmaktadır. Ancak, bu duruşmada sadece tarafın veya tarafların bildirmiş olduğu mazeret dilekçesi değerlendirilmektedir. Akabinde yeni bir ön inceleme duruşma günü tayin edilmektedir. Yani, mazeret dilekçesi verilen ilk ön inceleme duruşmasında, HMK m. 140' da bildirilen ön inceleme duruşmasına ilişkin usuli işlemler yapılmamaktadır. Sonuç olarak, mazeret dilekçesi verilen duruşma aslında ön inceleme duruşması olarak nitelendirilmemektedir. Nitekim duruşma tutanaklarında da duruşmanın, ön inceleme duruşması olduğuna dair bir başlık yer almamaktadır.

HMK m. 140/4' de ise ön inceleme duruşmasının ertelenebilmesi için, taraflara usulüne uygun olarak bildirilen ilk ön inceleme duruşmasının başlamış olması; fakat örneğin, duruşmanın taraflardan birinin yahut hâkimin duruşma esnasında hastalanması, ön inceleme duruşmasına ilişkin yapılacak işlemler ile alakalı bulunması zorunlu bir

evrakın eksik olması, mücbir sebep, duruşmanın uzun sürmesi sebebi ile makul bir saatin geçmiş olması, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için mazeret dilekçesi veren tarafın dinlenmesinin bir zorunluluk olması, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde bir sorun yaşanması gibi bir sebep ile tamamlanamamış olması gerekmektedir. Bu kapsamda maddenin lafzi yorumundan ancak zorunlu olan haller sebebi ile ön inceleme duruşmasının tamamlanamamasından dolayı yeni bir duruşma günü verilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum, kanunda ön inceleme duruşmasının tek oturumda tamamlanmasının kural olması, ertelenmesinin ise istisna olması ile sabittir. Maddenin yanlış yorumlanmasına sebebiyet veren husus “ duruşma ” ibaresidir. Kanunda her ne kadar duruşma denilmiş ise de duruşma ibaresinin “ oturum ” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında;⁵¹ “Mahkemece dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi aşaması (HMK. md. 126-136) tamamlandıktan sonra ön inceleme duruşma günü (HMK. md.139) tayin edilmiştir. Davalı-karşı davacı kadının vekili ön inceleme günü duruşma için mazeret dilekçesi göndermiş, mahkemece davalı-karşı davacının mazereti kabul edilerek ön inceleme duruşması davalı-karşı davacının yokluğunda yapılmış ve gelecek oturum tahkikat duruşma günü olarak belirlenerek oturum ertelenmiştir. Ön inceleme duruşmasında davalı-karşı davacı kadın vekilinin mazereti kabul edilip, duruşmanın bir başka güne bırakılmasına karar verildiğine göre; ön inceleme o gün tamamlanmamış, zorunlu sebeple yeni bir duruşma günü tayin edilmiş demektir (HMK. m. 140/4). Bu durumda, yasanın ön inceleme duruşmasında yapılmasını öngördüğü işlemlerin (HMK. md.137/1, 140/1-2), mahkemece yeniden belirlenen 12.06.2014 günlü duruşmada tamamlanması gerekecektir.

⁵¹ Y.2.HD., 22.10.2015, E. 2015/4809, K. 2015/19215 (www.hukukmedeniyeti.org-Erişim Tarihi:03.01.2018). Bu yönde bir başka Yargıtay kararı; Y.2.HD., 20.06.2016, E. 2015/26648, K. 2016/11898; “Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir (HMK m. 140/4). Mahkemece ön inceleme duruşma günününün 13.05.2015 tarihine bırakılmasına karar verilmiş, davalı vekili ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi göndermiştir. Yukarıda açıklanan gerekçeler karşısında mahkemece yeni bir duruşma günü belirlenmek suretiyle usulüne uygun ön inceleme duruşması yapılması, ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra tahkikat aşamasına geçilmesi gerekirken bu usulü işlemler yapılmadan davalının yokluğunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 03.04.2018).

Ne var ki, aynı duruşmaya davalı yine mazeret göndererek gelmediğine ve 3. kez ön inceleme duruşma günü belirlenemeyeceğine göre (HMK. md.140-(4)) göre ön inceleme duruşmasıyla ilgili usuli işlemlerin tamamlanıp, tahkikat duruşma gününün belirlenerek davalının tahkikat duruşmasına usulünce davet edilmiş olması gerekir(HMK. md.147)” demektedir.

Yargıtay, bu kararında mazeret dilekçesi verilen ön inceleme duruşması hakkında, sanki ön inceleme duruşmasına başlanmış ancak duruşma için mazeret dilekçesi verilmesi sebebi ile ön inceleme duruşmasının tamamlanamamış olduğu şeklinde bir durum yaratmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus mazeret dilekçesi verilen ön inceleme duruşmasının hiç başlamadığıdır. Taraflardan birinin veya ikisinin de mazeret dilekçesi vermiş olduğu ön inceleme duruşması, ön inceleme duruşması vasfı yüklenmeden, ön inceleme duruşması olduğuna dair bir beyanda bulunulmadan sadece gün vermek için usulen açılmış ve bu duruşmada, ön incelemeye dair herhangi bir usuli işlem yapılmamıştır. Bu nedenle, henüz başlamamış olan ön inceleme duruşmasının tamamlanmamış olması da söz konusu değildir. Kanımca, bu maddenin açık olmaması sebebi ile uygulamada hatalı olarak yorumlanmakta ve yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verilmektedir. Olması gereken hukuk açısından mazeret dilekçesinin, tarafın beyanına ihtiyaç duyulduğu haller saklı kalmak kaydıyla, HMK m. 140/4 hükmü uyarınca zorunlu hal olarak değerlendirilmemesi, ön inceleme duruşmasının mazeret dilekçesi veren tarafın yokluğunda yapılması, buna bağlı olarak yargılamanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Ayrıca, taraflardan birinin ön inceleme duruşmasına mazeret dilekçesi vermesi halinde, ön inceleme duruşmasına hiç başlanmadığı için mahkeme tarafından HMK m. 140/4 hükmüne dayanılmaması gerektiği kanaatindeyim.

Kanun tasarı taslağının 17. maddesi ile 6100 sayılı Kanun' un 177. maddesine, birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir. Değişiklikten sonra HMK m. 177/2 ; “ Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.” şeklinde olacaktır.

HMK' da ki mevcut düzenlemeye göre ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir.⁵² Ancak maddenin lafzında açıklık bulunmadığı için, bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olamayacağı doktrinde tartışmalara yol açmıştır.⁵³ Aslında bu tartışma HUMK zamanında hâsıl olmuş, etkilerini HMK zamanında da göstermiştir. HMK' nın yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan HUMK m. 84' ün açık ibaresinden ıslahın tahkikat bitinceye kadar yapılabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay 2. HD., 03.11.1934, 2473/3316 ve Yargıtay 4. H.D., 26.11.1943, 4549/3301 sayılı ilamları arasında aykırılık

⁵² Üstündağ, s. 551; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 624; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 555; Sungurtekin-Özkan, s. 234; Karlı, s. 605; Umar, s. 525; Tutumlu, s. 204; Tanrıver, s. 730; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1520; Budak/Karaaslan, s. 189; Y.9.HD., 01.11.2011, E. 2011/33835, K. 2011/42324K. "Davacı 07.01.2011 tarihinde bozma ilamı sonrasında ıslah harcını yatırmak sureti ile davasını ıslah etmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ıslahın zamanı ve şekli başlıklı 177. maddesinde (1) İslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Tahkikatın sona ermesi başlıklı 184. maddesinde (1) Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. (2) Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder." hükümleri yer almaktadır. O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352E, 2009/29488 K sayılı dairesiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir. Kaldı ki tek bir dava ile halledilebilecek bir uyumsuzluğun bir başka dava konusu olması da usul ekonomisine uymamaktadır. Bu düşünce Hukuk Muhakemeleri Kanunu Usul ekonomisi ilkesi başlıklı 30. maddesindeki (1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Düzenlemesi ile de örtüşmektedir." (www.turkhukuk sitesi.com - Erişim tarihi:03.04.2018).

⁵³ Kararın kanun yolundan geçmesini müteakip yerel mahkemeye tekrar gelmesi halinde, esastan değil de usulden bozulma söz konusu olduğunda taraflara ıslah Hakkının tanınması gerektiği görüşünde olan yazarlar; Postacıoğlu, s. 454; Bilge, s. 318; Üstündağ, s. 551; Bilge/Önen, s. 360, 361; Akcan, s. 866; Dündar, s. 260; Mehmet Akif Tutumlu, "Bozmadan Sonra İslah Olmaz İçtihadında Kırılmalar", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.53, (Tutumlu, Terazi), Ocak, 2011, s. 108; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 624; Yılmaz, İslah, s. 518; Sungurtekin-Özkan, s. 234; Umar, s. 527; Görgün, s. 302, 303; Tutumlu, s. 171, 172; Postacıoğlu/Altay, s. 547; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523. Esastan bozulma olduğu durumlarda ıslah hakkının tanınması gerektiği görüşünde olan yazarlar; Ansay, *AÜHFD*, s. 127; Erdoğan, s. 124; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3978, 3979; Çelik, s. 690, 691; Kar, s. 428; Akcan, s. 866; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 270; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 555; Kuru, İstinaf, s. 592; Budak/Karaaslan, s. 190. Bozma ilamına konu edilmemiş hususlarda ıslahın mümkün olmadığı, ancak bozmaya konu olmuş hususlarda ıslahın yapılabileceği görüşünde olan yazarlar; Yılmaz, İslah, s. 503; Karlı, s. 580.

meydana gelmiştir. Bu bağlamda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1948, 1944/10E., 1948/3K. sayılı kararı ile bozmadan sonra ıslahın mümkün olmayacağını içtihat etmiştir.⁵⁴ 04.02.1948 tarihli içtihadı birleştirme kararından sonra çıkan ve birebir ıslah kurumuyla ilgili olmayan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1959, E. 13, K. 5 sayılı içtihadı birleştirme kararında⁵⁵ ise, Yargıtay'ın bozma ilamından sonra ilk derece mahkemesinin uyma kararı ile birlikte yargılamanın tekrar tahkikat aşamasına geçeceği belirtilmiştir. Bazı Yargıtay kararlarında 04.02.1959 tarihli içtihadı birleştirme kararı gerekçe gösterilmiş, bozmadan sonra tahkikatın devam ettiği ve bu nedenle bozmadan sonra da ıslah yapılabileceği yönünde görüş bildirilmiştir.⁵⁶

⁵⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1948, E. 1944/10, K. 1948/3; "Neticice; Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri de tamamlamak imkânını veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen ıslahın; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seksen dördüncü maddesinin açık hükmü dairesinde tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabilib Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olamayacağına mevcudun üçte ikiye aşan oyçokluğu ile 04.02.1948 tarihinde karar verildi". (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:01.04.2018).

⁵⁵ RG 28.04.1959, S. 10193. İçtihadı birleştirme kararında dayanan gerekçe; "... Mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir..." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 24.04.2018).

⁵⁶ Y.9.HD., 01.11.2011, E. 2011/33835, K. 2011/42324; "Buna karşın 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ise '...Bir mahkeme kararının her ne nedenle olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uymasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir...' açıklaması bulunmaktadır...Davacı 07.01.2011 tarihinde bozma ilamı sonrasında ıslah harcını yatırmak sureti ile davasını ıslah etmiştir. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ıslahın zamanı ve şekli başlıklı 177. maddesinde; "(1) ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir." ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Tahkikatın sona ermesi başlıklı 184. maddesinde "(1) Hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla toplanan delilleri inceledikten sonra, duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için söz verir. (2) Mahkeme tarafların tahkikatın tümü hakkındaki açıklamalarından sonra, tahkikatı gerektiren bir husus kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim eder." hükümleri yer almaktadır. O halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352E, 2009/29488 K sayılı dairesiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir." (www.kazanci.com.tr-Erişim tarihi: 24.04.2018).

04.02.1948 tarihli YİBGK' nın görüşüne rağmen tartışmalar HMK zamanında da devam etmiştir.

Tartışmaların odak noktası ise, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK' nın 177. maddesinin yanlış yorumlanıp yorumlanmadığı ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1948, E. 1944/10, K. 1948/3 sayılı kararının HMK karşısında güncelliğini kaybedip kaybetmediğidir. Nitekim Y.4.HD., 07.02.2012, E. 2011/14957, K. 2012/1589 sayılı kararında;⁵⁷ Y.9.HD., 01.11.2011, E. 2011/33835, K. 2011/42324 ve 20.01.2014, E. 2014/580, K. 2014/653;⁵⁸ Y.10.HD., 18.11.2014, E. 2015/2911, K. 2015/4657⁵⁹ sayılı kararlarında bozmanın niteliğine bakılmalı ve davanın usulden reddi halinde bozmadan sonra ıslah yapılabilir görüşünü ileri sürmüştür. Y.21.HD., 12.07.2010, E. 2010/7643, K. 2010/8292⁶⁰ sayılı kararında ise bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bu görüş ayrılıkları sebebi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 06.05.2016 gün

⁵⁷ Y.4.HD., 07.02.2012, E. 2011/14957, K. 2012/1589; "Olayda karar, temyiz incelemesi sonucunda bozulduktan sonra artık ıslah yapılamaz. Aynı düzenleme, yargılama aşamasında yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanun'un ilgili maddesinde yer almıştır. Davacı, bozma kararından sonra ek dava yolu ile istemde bulunabilir. Şu durumda, ıslah dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir. Karar, açıklanan nedenlerle yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:03.03.2018).

⁵⁸ Y.9.HD., 01.11.2011, E. 2011/33835, K. 2011/42324; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecektir (m. 177). 27.10.2009 gün ve 2008/11352E, 2009/29488 K sayılı dairemiz bozma ilamı hükmün esasına ilişkin olması ve Yargıtay kararına uyularak yapılan yargılamada tahkikatın devam etmesi karşısında, 07.01.2011 tarihinde yapılan ıslah yasaya aykırı görülmemiştir; Y.9.HD., 20.01.2014, E. 2014/580, K. 2014/653; "Bozma içeriğine göre bozmadan sonra araştırma yapılmış ve tahkikat devam etmiştir. Tahkikat devam ettiğine göre davacı tarafın ıslah işleminin kabulü gerektirir. Mahkemece gerekçesi ile davacının ıslah talebinin reddi hatalıdır." (www.sinerjimevzuat.com.tr- Erişim tarihi:03.03.2018).

⁵⁹ Y.10.HD., 18.11.2014, E. 2015/2911, K. 2015/4657; "Dairemizin bozma kararına uyulduktan sonra yapılan yargılamada, tahkikat evresinin bitmemiş olması nedeniyle davacının davasını ıslah etmesinin mümkün olduğu gözetilmeksizin, yanlış değerlendirilme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir." (www.karamercanhukuk.com - Erişim tarihi:03.03.2018).

⁶⁰ Y.21.HD., 12.07.2010, E. 2010/7643, K. 2010/8292; "Gerçekten 4.2.1948 günlü 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da açıkça vurgulandığı üzere bozmadan sonra ıslah yapılması mümkün değildir. Mahkemenin aksi yöndeki uygulaması HUMK'un 84. ve anılan İçtihadı Birleştirme Kararına aykırılık oluşturduğundan bozmadan sonra ıslah yoluna başvurulamaz." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim Tarihi:03.03.2018).

ve E. 2015/1, K. 2016/1 sayılı kararı ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1948, 1944/10E., 1948/3K. sayılı kararının değiştirilip değiştirilmeyeceğini incelemiş ve değiştirilmemesine karar vermiştir.⁶¹ Ancak bu karar da tartışmalara son vermemiştir. Kanun tasarı taslağında da HMK m. 177' ye ilişkin değişikliğe yer verilmesinin de temel sebebi budur.

Düzenleme ile usul ekonomisinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için; hükmün bozulması veya kaldırılmasından sonra ilk derece mahkemesince tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkika-

⁶¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 06.05.2016 gün ve E. 2015/1, K. 2016/1; "6100 sayılı HMK, 1948 tarihli İBK'yı yürürlükten kaldırmadığına göre bu karar bütün yargı mercileri tarafından öncelikle ve tartışmasız uygulanması zorunludur. İçtihadı birleştirme kararının yürürlükteki mevzuata aykırı olduğunu düşünen Dairelerin nasıl harekete etmesi gerektiği Yargıtay Kanunu 45/1 maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu yol kullanılmadan bağlayıcı olan 1948 1. İBK aleyhine hükümlerin verilmesi hukuk güvenliğini zedelemektedir...1948 yılında sonra 6100 sayılı HMK'da içtihadın kaldırıldığına yönelik herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Mülga 1086 s. HUMK'daki ıslah hükümleri ile 6100 sayılı HMK'da benzer düzenlemeleri getirmiştir. Bu nedenle değiştirme şartları oluşmamıştır... Tahkikatın bozmadan sonra da devam ettiği düşüncesi 28.04.1959 tarih ve 1957/13 E. 1959/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyulmasıyla dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiş demektir" gerekçesine dayandırılmaktadır. "Bu gerekçe ile tahkikatın bozma kararından sonra devam ettiğini kabule imkân yoktur. 28.04.1959 gün ve 1957/13-5 sayılı içtihadı birleştirme kararı görevsizlik kararının her aşamada verilebileceğine dair bir karardır... Bozmadan sonra ıslah yapılması yasağının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan adil yargılanma hakkını zedelediği ileri sürülmüş ise de, bu yasak bireysel başvuruya taşınmış, ne var ki Anayasa Mahkemesi, Suzan Tekin (Kavurkacı) Ve Diğerleri Başvurusu'nda (Başvuru Numarası: 2013/1932) ihlal tespit etmemiştir... Bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği görüşünün dayanağı kalmamıştır...6100 sayılı HMK'nun 177/1 maddesinde "ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir" denilmekle maddenin açık ibaresinden ıslahın yalnız tahkikatın sona ermesine yani hâkimin tahkikatın bittiğini ilan etmesine kadar mümkün olabileceğinin kastedilmektedir. Bu aşamadan sonra tarafların bu hakkı kullanamayacakları anlaşılmaktadır... Her ne kadar, yeni bir usul kanunu yürürlüğe girmiş ise de bozmadan sonra ıslah yasağının hak ihlali olmadığına dair Anayasa Mahkemesi kararları ve yasa koyucunun 1948 t. İBK'yı bilmesine rağmen bunu kaldıran veya değiştiren bir hüküm getirmemesi dikkate alındığında mevcut kararın değiştirilmesini gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır... Yukarıda açıklanan nedenlerle; bozma kararı sonrasında ıslah yapılamayacağı ve İçtihadı Birleştirme Kararının değiştirilmesinin gerekmediğine dair 06.05.2016 tarihinde yapılan üçüncü görüşmede oyçokluğu ile karar verildi." (www.kazanci.com-Erişim tarihi:24.04.2018).

tın sonuna kadar ıslahın yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır.⁶² Maddeye eklenen ikinci fıkranın son cümlesine göre ise bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum, ıslah hakkının kullanılması ile ortadan kaldırılamayacaktır. Bu düzenlemede güdülen amaç; usulü kazanılmış hakkın korunması ve aleyhe hüküm verme yasağının aşılmamasıdır.

1. Usulü Kazanılmış Hak Kavramı ve Genel Hatları ile Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

Görülmekte olan davada, tarafların ya da mahkemenin bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğan ve uyulması zorunlu olan hakka usule ilişkin kazanılmış hak denir.⁶³ Usulü kazanılmış hak, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiş olup, bu kurum Yargıtay uygulamaları ile oluşturulmuş, öğretide de kabul görmüştür. Bu kurumun oluşturulmasında güdülen amaç; usul ekonomisi, kişilerin kararlara karşı güveninin sarsılmasını önlemek ve hukuk âleminde istikrar

⁶² Madde Gerekçeleri-Madde:17; "Düzenlemeyle iş yükünün azaltılması ve usul ekonomisi ilkesinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla; Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak, ilk derece mahkemesince tahkikata ilişkin bir işlem yapılması durumunda, tahkikat sona erinceye kadar ıslahın yapılabileceği hüküm altına alınmaktadır." (www.adalet.gov.tr-Erişim tarihi:03.03.2018). Budak/Karaaslan, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını bozmasından sonra ve bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmasından sonra dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi halinde, eğer yeniden tahkikat yapılacaksa olması gereken hukuk açısından, ıslah hakkının kullanılmamış olunması kaydıyla, taraflara ıslah hakkının tanınması gerektiği görüşündedir. (Budak/Karaaslan, s. 190).

⁶³ Güzin Akgündüz/ Saadettin Saltık, "Usul Hukukunda Kazanılmış Hak", *TBB*, 1993, S.2, s. 165 vd.; Kuru, Şerh, C.V, s. 4737; Baki Kuru, "Usuli Müktesep Hak", Makaleler, İstanbul 2006, (Kuru, Müktesep Hak), s. 329; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 629; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 634, 635; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2187; Budak/Karaaslan, s. 377; Y.H.G.K., 03.05.2017, E. 2017/2096, K. 2017/895; "Bilindiği üzere bir davada mahkemenin veya tarafların yapmış oldukları bir usul işlemi nedeniyle taraflardan biri lehine, dolayısıyla diğeri aleyhine doğan ve gözetilmesi zorunlu olan hakka, usuli kazanılmış hak denilir... Usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için bir davada ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve kendisine uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir." (http://asmhukuk.com-Erişim tarihi: 24.04.2018); Y.H.G.K., 17.01.2018, E. 2017/4-3013, K. 2018/47; Y.9.HD., 27.11.2017, E. 2017/27009, K. 2017/19125; Y.13.HD., 23.11.2017, E. 2017/7003, K. 2017/11544 (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:03.03.2018).

sağlamaktır. Kurum kamu düzeni ile yakın ilişkilidir.⁶⁴ Usulü kazanılmış hakkın genel hatları İBKG, 04.02.1959, E. 1957/13, K. 1959/5⁶⁵ ve İçtihatları Birleştirme BGK, 09.05.1960, E. 1960/21, K. 1960/9⁶⁶ sayılı kararları ile oluşturulmuştur.

Usulü kazanılmış hakkın birçok görünüş şekli mevcuttur.⁶⁷ Örneğin, taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi halinde itiraz eden taraf lehine, hâkimin kendiliğinden taraflardan birine yemin teklif etmesi halinde yemin teklif edilen taraf lehine, hâkimin kesin süre vermesi halinde karşı taraf lehine, tanık dinletme talebine itiraz edilmemesi⁶⁸ halinde tanık dinletme talebinde bulunan lehine, Yargıtay/

⁶⁴ YHGK., 23.10.1981, E. 1980/15-2296, K. 1981 / 687 (YKD, Mart 1982, s. 315).

⁶⁵ İ.B.G.K., 04.02.1959, E. 1957/13, K. 1959/5; "Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş, sayılması, davaların uzamasını önlemek amacıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür. Bir cihetin bozma kararının şümulü dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet, açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir yahut da onu hedef tutan, bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Temyiz Dairesince incelendiği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir boşama sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet dairece de bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemece uyulmuş olması, taraflardan birisi lehine usuli bir mütesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Temyiz Mahkemesi halele uğratabilir" (RG, 28.04.1959, s. 10193).

⁶⁶ İçtihatları Birleştirme BGK, 09.05.1960, E. 1960/21, K. 1960/9; "Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan birisi lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli mütesep hak yahut usule ait mütesep hak denilmektedir. Usul Kanunumuzda bu şekildeki usule ait mütesep hakla ilişkin açık bir hüküm konulmuş değilse de Temyizce bozma kararının hakka ve usule uygun karar verilmesini sağlamaktan ibaret olan gayesi ve muhakeme usulünün hakka varma ve hakkı bulma maksadıyla kabul edilmiş olması yanında hukuki alanda istikrar gayesine dahi ermek üzere kabul edilmiş bulunması bakımından usule ait mütesep hak müessesesi; usul kanununun dayandığı ana esaslardandır ve amme intizamıyla da ilgilidir." (RG, 28.06.1960, s. 1613-1614).

⁶⁷ Akgündüz/Saltık, s. 165; Kuru, Şerh, C.V, s. 4737, 4738; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2188.

⁶⁸ Umar, tanık dinletme talebine karşı sessiz kalınmasının açık onay olmadığı görülmüştür ve aksine olan kararları eleştirmiştir. Anlatım ve de uyarının yapılmasından sonra tanık dinlenmesine muvafakatin açık olarak verilmesi gerekir, sessiz kalmanın ise yeterli olmayacağı yönünde karar için bakınız; YHGK, 13.01.1988, E. 3/488, K. 10; "Davacının açık muvafakati olmadan tanık dinlenemeyeceğine dair bozma kararındaki "davalının açık muvafakati" sözünün yazı hatası olduğunun anlaşılmasına göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenin Özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."; Y.3.HD., 13.10.1975, E. 4563, K. 4904;

ın bozma ilamı ile bozma lehine olan taraf açısından usulü kazanılmış hak oluşmaktadır.⁶⁹ Yargıtay'ın bozma kararına uyma ile iki türlü usulü kazanılmış hak meydana gelecektir. Bunlar; bozmaya uyma kararı ile birlikte bozma lehine olan taraf açısından ve bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalarak kesinleşmesidir.⁷⁰

“Oturumda tanık dinletme isteğine karşı itiraz yapılmaması nedeniyle bu yönden taraflar arasında usulü kazanılmış hak meydana gelmiştir. Sonradan taraflar yekdiğeri aleyhine bu kazanılmış hakkı bertaraf edemezler.” (Umar, s. 627); Umar'ın görüşü hakkaniyet açısından daha yerindedir. Gerçekten de usulü kazanılmış hakkın sınırları iyi çizilmelidir. Kişinin sessiz kalmış olması ikrar mahiyetinde değildir. Usul hukukunda sükküt ikrar değil inkârdır. Bu kapsamda sessiz kalınmanın ikrar kapsamında değerlendirilmesi ve usulü kazanılmış hak yaratılması yerinde değildir. Hâkimin böyle bir olayla karşı karşıya kalması halinde sessiz kalan tarafa tanık dinletme talebi ile alakalı söz vermeli ve gerçek iradesini anlamalıdır.

⁶⁹ Bilirkişi raporuna itiraz edilmemesi halinde meydana gelen usulü kazanılmış hak ile ilgili bakınız Y.17.HD., 13.09.20177, E. 2016/14455, K. 2017/7655; “HMK'nın 281.madde hükmüne göre, yargılama sırasında yanlardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmemesi, itiraz eden taraf lehine usuli kazanılmış hak oluşturur. Taraflardan biri bilirkişi raporuna itiraz etmez, diğer tarafın itirazı üzerine ya da mahkemece kendiliğinden yeni bir bilirkişi raporu alınır ve sonuncu rapor, önceki rapora itiraz edenin daha da aleyhine olursa, önceki rapor itirazda bulunmayan yönünden kesinleşeceğinden itiraz eden taraf lehine oluşan usuli kazanılmış hak gereği, mahkemece itiraz edenin lehine olan bilirkişi raporuna göre karar verilir.” Yemin teklifi sonucu oluşan usulü kazanılmış hak ile ilgili bakınız; Y.14.HD., 05.05.2015, E. 2015/1598, K. 2015/5028; “Davacının davalı tarafa yemin teklif etme hakkı bulunduğu, bu hakkının hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece bozma ilamına uyularak yargılamaya devam olunmuş, davacı vekili yemin teklifinde bulunmayacaklarını belirtmiştir. Bozma ilamına uyulmakla davalı yararına usuli kazanılmış hak oluştuğundan sadece davalıya yemin teklifinde bulunulabileceği halde davalının usuli kazanılmış hakkı ihlal edilecek şekilde yeniden araştırma yapılarak 14.04.1999 tarihli belge delil başlangıcı kabul edilerek ve tanık dinlenmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Kesin süre verilmesi ile oluşan usulü kazanılmış hak için bakınız; Y.12.HD., 14.01.2013, E. 2012/23566, K. 2013/153; “Şikayetçi, dayanacağı keşif delilinden vazgeçmiş sayılmalıdır. Bu durumda, şikâyetçi tarafından kesin süreye uymaması nedeni ile alacaklı taraf yararına (ve 1086 Sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde) usuli kazanılmış hak doğmuştur.” (www.kararara.com-Erişim tarihi:03.03.2018).

⁷⁰ Yargıtay İBK, 09.05.1960 tarih, 21/9 (RG 28.06.1960-10537); Üstündağ, s. 878, 879; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 657; Karlı, s. 742; Kuru, Usul 2015, s. 552, 553; Görgün, s. 468; Postacıoğlu/Altay, s. 931; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 634 ; Kuru, İstinaf, s. 741. Bozmaya uyma kararı ile bozma lehine olan taraf açısından meydana gelen usulü kazanılmış hak için bakınız; Y.9.HD., 22.11.2017, E. 2017/27021, K. 2017/18852; “Mahkemenin vermiş olduğu bir hüküm Yargıtay tarafından bozulan ve Yargıtay'ın bu bozma kararına gerek iradi ve gerekse kanuni şekilde uymuş olan yerel mahkeme, bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve hüküm kurmak zorundadır. Mahkeme uyma kararını kaldırarak, direnme kararı veremeyeceği gibi, hükmünün bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan bölümleri hakkında da farklı bir karar vermeden yeniden hükümde karar

Yargıtay, temyizden yapmış olduğu inceleme neticesinde; temyiz olunan karar esas yönünden kanuna uygun ise kararın hukuk kurallarına uygunluk gerekçesini göstererek onama; kanuna uymayan husus hakkında yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı takdirde düzelterek onama kararı verir. HMK m. 371' de belirtilen sebeplerin mevcut olması halinde ise tamamen veya kısmen bozma kararı verir. Yargıtay esastan yapmış olduğu inceleme sonucunda kararı bozarsa, HMK m. 372/1 hükmü gereğince bozma kararı yazı işleri müdürü tarafından derhal taraflara tebliğ edilir.

Bozma ilamına konu kararı veren ilk derece hâkimi, davanın taraflarını duruşmaya davet eder ve bozma veya direnme hususunda beyanlarını alır ve bozmaya uyma veya direnme konusunda karar verir.⁷¹ Öyleyse hâkim kural olarak bu hususta tarafların istekleri ile bağ-

vermek zorundadır. Bozmaya uyulmakla bozma lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak doğmuş olur"; Y.9.HD., 16.11.2017, E. 2017/26768, K. 2017/18433. Bozma kararı kapsamı dışında kalarak kesinleşen usulü kazanılmış hak açısından bakınız; Y.4.HD., 27.11.2017, E. 2017/3720, K. 2017/7564; "Dosya kapsamından; mahkemece verilen ilk kararı davalının temyiz ettiği ve yerel mahkeme kararının Dairemizce, hakkaniyet indiriminin dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarı üzerinden yapılması gerektiği halde bilirkişi raporuyla hesaplanan toplam tazminat miktarı üzerinden yapılmasının doğru olmadığı gerekçesiyle bozulduğu anlaşılmaktadır. Dairemiz bozma ilamına yerel mahkemece uyulmasına karar verilmesi ile de bozma kapsamı dışında kalan hakkaniyet indirim oranı yönünden davalı yararına usulü kazanılmış hak oluşmuştur."; Y.22.HD., 16.11.2017, E. 2017/43637, K. 2017/225007; Y.22.HD., 16.11.2017, E. 2017/43638, K. 2017/25009 (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi:03.03.2018).

⁷¹ Taraflardan birinin duruşmaya gelmemiş olması, gelen tarafın ise bozmaya uyulmasını istemesi halinde, hâkimin resen direnip direnemeyeceği sorunu gündeme gelebilir. Bu konuda YHGK, 27.06.2012, E. 2012/4-179, K. 2012/412; "İşin esasına geçilmeden önce; aleyhine bozma yapılan davalının duruşmaya katılmaması ve davacının bozmaya uyulmasını istemesi karşısında, mahkemenin resen direnip direnemeyeceği ön sorun olarak tartışılmış; duruşmaya gelmeyen tarafın davayı inkâr etmiş sayılacağı, gelen taraf bozma ilamına uyulmasını istese dahi hâkimin bozma kararına karşı direnebileceği oybirliği ile kabul edilmiş ve ön sorun bu şekilde aşılmıştır" demektedir. Hâkim, bozmaya uyma veya direnme hususunda tarafların beyanları ile bağlı değildir. Ancak hâkim, her iki tarafın da bozmaya uymayı talep etmesi halinde, kamu düzenine ilişkin bozma konuları hariç, bozmaya uymak zorundadır. Bu kapsamda duruşmaya taraflardan birinin gelmemiş olması halinde duruşmaya katılmama eylemini davayı inkâr kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Tarafın iradesi duruşmaya katılmamaktır ki bahsi geçen Yargıtay kararında duruşmaya davalı gelmemiştir. Yani davayı takip mecburiyeti yoktur. Bu nedenle bozmaya uyma veya direnme konusunda davalının açık beyanının olması gerekmektedir. Bu sorun ise duruşmanın başka bir tarihe ertelenmesi, davalıya davetiye çıkarılarak davetiyeye duruşmaya gelmemesi halinde davayı inkâr etmiş sayılacağı hususu ihtar edilmeli ve bu doğrultuda karar

lı olmayıp, hâkimin takdir hakkı mevcuttur. Ancak bozmanın kamu düzenine ilişkin nedenlerden olmaması halinde, her iki taraf da bozmaya uyulmasını talep etmişse artık mahkeme bozma ilamına uymak zorundadır.⁷² İlk derece mahkemesi bozma kararından sonra ya kararında direnir ya da bu bozma kararına iradi ve kanuni şekilde uyabilir. Bozmaya uyma kararı verilmesi halinde mahkeme, bozma kararı kapsamında inceleme yapmak ve hüküm kurmak zorundadır.⁷³ Her ne kadar hâkimin kurmuş olduğu ara karardan dönebilmesi mümkün ise de bozmaya ilişkin karar, bu kuralın istisnasıdır.⁷⁴

İlk derece mahkemesi, bozma kararına iradi ve kanuni şekilde uyma kararı verdikten sonra, bozma kararında gösterilen şekilde inceleme, araştırma yapmak ve hüküm vermek zorundadır. Yargıtay'ın

-
- verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.
- 72 YHGK, 26.03.2008, E. 2008/18-271, K. 2008/272; "Davalı vekilinin bu içerikteki bir bozmaya uyulmasını istemesiyle birlikte (davacı vekili de bozmaya uyulmasını istemiş olduğundan ve yukarıda açıklanan şekilde bozma gerekçesi kamu düzenine ilişkin bulunmadığından), artık yerel mahkeme bozmaya uymak zorundadır." (kararara.com-Erişim tarihi:03.01.2018); Aynı yönde bir başka karar YHGK, 26.02.2003, E. 2003/21-170, K. 2003/188. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun çekişmesiz yargıda hâkimin tarafların beyanları ile bağlı olmadığı yönündeki kararı YHGK, 01.02.1995, E. 1994/18-789, K. 1995/37; "çekişmesiz yargıda, davanın hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel Dairenin bozma kararma uyulmasını istemesinin davacı yararına usuli kazanılmış hak doğurmayacağı, hâkimin direnme kararı verebileceğini". (www.kararara.com-Erişim tarihi:03.03.2018).
- 73 Yargıtay bir kararında; ilk derece mahkemesinin bozmaya karşı direnme kararı vermesine rağmen, fiilen bozmadaki esaslar kapsamında muamele yapmış olmasını bozmaya uyma şeklinde yorumlamış ve bu kararın Genel Kurul'da değil, bozma kararı veren dairede incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (HGK, 01.01.1952 429/15 kararı, Bilge, s. 587). Ancak bozma kararına karşı uyma ve direnme olmak üzere iki şekilde karar verilmesi gerek kanun gerek içtihatlar ile kabul edilmiştir. Fiili uyma şeklinde bir uygulama mevcut değildir. Kanaatimizce, ilk derece mahkemesi kararında direndikten sonra yapmış olduğu inceleme neticesinde bozma kararının yerinde olduğu kanaatine varmış ve direnme kararından dönmesi mümkün olmadığı için fiilen bozma kapsamında yargılama yapmıştır. Ancak şekli hukuk açısından, ilk derece mahkemesinin direnme kararı vermesi üzerine, kararın genel kurulda incelenmesi gerekirdi.
- 74 Bilge, s. 588; Tanrıver, s. 980, 981; Aslan/Yılmaz/Taşpınar - Ayvaz, s. 469; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 713; YHGK, 17.02.2010, E. 2010/9-71, K. 2010/87; "Mahkemece tarafların beyanlarının alınıp bozmaya uyulmasına da karar verdikten sonra yapılacak iş; bozma gereklerinin yerine getirilmesi olmalıdır. Zira mahkemece bozmaya uyulması yönünde oluşturulan karar bozma lehine olan taraf yararına usule ilişkin kazanılmış hakkın gerçekleşmesine neden olur. Mahkemece uyma yönünde verilen karardan dönülerek önceki kararda direnilmesi usulen olanaklı değildir." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim tarihi: 03.03.2018).

inceleme yaparken herhangi bir hükmü göz önünde bulundurmamış olması veya hükmün yanlış uygulanmış olması bu sonucu değiştirmeyecektir. Bozma ile birlikte, yeniden yargılama yapılması gerekecektir. Bozma ilamının içeriği, bozmadan sonra yargılamanın hangi safhasına döneceğini gösterecektir. Örneğin, bilirkişi raporunda bulunan eksiklikler sebebi ile karar bozulmuş ise tahkikat aşamasına dönecek ve bilirkişi raporundaki eksiklikler tamamlanacaktır.

Mahkemenin, bozma kararına uyması halinde, bozma kararı kapsamında araştırma yapma zorunluluğunun altında yatan esas sebep, bozma lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak meydana gelmesidir. Örneğin, bozma ilamında dosya kapsamından ve mevcut delillerden davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi yerinde görülmemişse; ilk derece mahkemesinin bozma kararına uyduğu an, davacı açısından, davanın kabulüne ilişkin usulü kazanılmış hak meydana gelecektir. Bu halde ilk derece mahkemesinin, sözlü yargılama aşamasına dönerek, davanın kabulü yönüne hüküm kurması gerekecektir.

Bozmaya uyma kararı ile birlikte meydana gelen usulü kazanılmış hakkın bir diğer görünüş şekli, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalarak kesinleşmesidir. Bozma kapsamının dışında kalma hali temyiz sebeplerinin kabul edilmemesi şeklinde olabileceği gibi hiç ileri sürülmemesi sebebiyle incelenmemesi ve bozma kararı dışında kalması şeklinde de olabilir. Her iki halde de bozma kararı dışında kalan konular kesinleşir ve gerek Yargıtay gerekse de mahkeme bu konularda yargılama yapamaz ve karar veremez. Bu hususlarda, lehine olan taraf açısından usulü kazanılmış hak meydana gelecektir.⁷⁵

⁷⁵ YİBGK, 04.02.1959, E. 1957, K. 1959/5; "Temyizce bir kararın bozulması ve mahkemenin bozma kararına uyması halinde bozulan kararın bozma sebeplerinin şümulü dışında kalmış cihetlerinin kesinleşmiş, sayılması, davaların uzamasını önlemek amacıyla kabul edilmiş çok önemli bir usuli hükümdür. Bir cihetin bozma kararının şümulü dışında kalması da iki şekilde olabilir. Ya o cihet, açıkça bir temyiz sebebi olarak ileri sürülmüş fakat dairece itiraz reddedilmiştir yahut da onu hedef tutan, bir temyiz itirazı ileri sürülmemiş olmasına rağmen dosyanın Temyiz Dairesince incelendiği sırada dosyada bulunan yazılardan onun bir boşama sebebi sayılması mümkün bulunduğu halde o cihet dairece de bozma sebebi sayılmamıştır. Her iki halde de o konunun bozma sebebi sayılmamış ve başka sebeplere dayanan bozma kararına mahkemece uyulmuş olması, taraflardan birisi lehine usuli bir müktesep hak meydana getirir ki, bu hakkı ne mahkeme, ne de Temyiz Mahkemesi halele uğratabilir." (www.sinerjimevzuat.gov.tr-Erişim Tari-

Usulü kazanılmış hak, kamu düzeni gözetilerek kabul görmüş bir kurumdur. Ancak bu hakkın mutlak olarak uygulanması bazı sakıncalara yol açacaktır. Bu nedenle yine kamu düzeni gözetilerek usulü kazanılmış hakka istisnalar getirilmiştir.⁷⁶ Yargıtay, bu hakkın mutlak olarak uygulanması gereken bir hak olmadığı görüşündedir. Bu istisnalar genel hatları ile mahkemenin görevi, bozma kararından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararının çıkması, geçmişe etkili yeni bir kanunun kabulü, Anayasa Mahkemesi'nce bir karar verilmesi, bozma kararının açık bir şekilde maddi hataya dayanması, usulü kazanılmış hakkın kesin hüküm ile çelişmesi, kamu düzenine aykırılıktır.⁷⁷

Bu istisnaların bir veya birden fazlasının mevcudiyeti halinde usulü kazanılmış hak değil, kamu düzeni ve buna bağlı olarak da istisnalar tercih edilmektedir. Örneğin, hak düşürücü sürenin temyiz sebepleri arasında gösterilmemesi ve Yargıtay'ın da hak düşürücü süreyi göz önünde bulundurmaksızın karar vermesi halinde, ilk derece mahkemesi bozmaya uyma kararı vermiş olsa dahi hak düşürücü süre açısından usulü kazanılmış hak oluşmayacaktır. Mahkemece hak dü-

hi:03.03.2018).

⁷⁶ Özekes, kamu düzeni gerekçesi ile kabul edilen usulü müktesep hakka, yine kamu düzeni gözetilerek istisna getirilmesini kendi içerisinde çelişkili bulmaktadır (Özekes, Pekcanutez Usûl, s. 2190). Kanımızca, kamu düzenine ilişkin durumların da kendi içerisinde bir önem sırası bulunmaktadır. Usulü kazanılmış hakkın istisnasız kabul edilmesi ve mutlak olarak uygulanması hukukun temelini aykırı sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, görev ile alakalı olarak usulü kazanılmış hakkın meydana geldiği düşünülse idi, görevli olmayan bir mahkeme uyuşmazlığı esastan çözecek ve dava şartı eksik olarak yargılamaya son verilecekti. Görüşümüz bu yöndedir.

⁷⁷ Bilge, s. 589; Aslan/Yılmaz/Taşpınar - Ayvaz, s. 636, 637; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 714; Y.22.HD., 05.10.2017, E. 2017/35911, K. 2017/20715; "Yargıtay içtihatları ile kabul edilen "usuli kazanılmış hak" olgusunun, bir çok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, karar kesinleşmeden önce... Mahkemesince iptal edilirse usuli kazanılmış hakka göre değil, ... Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir. (HGK'nun 21.01.2004 gün, 2004/10-44 E, 19 K.). Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uygulanmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Baki Kuru, Hukuk Mahkemeleri Usulü, 6.Baskı, C.5, 2001)." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim Tarihi.03.03.2018).

şürücü süre yargılamanın her aşamasında, bozmadan sonra ve Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde göz önüne alınabilecektir.

Kanun Tasarı Taslağı m. 17' nin genel gerekçesinde; ilk derece mahkemesinin Yargıtay' ın bozma kararına uyması ile ortaya çıkan hukuki durumlar arasında aleyhe hüküm verme yasağı da sayılmıştır. Taraflar, alt derece mahkemesinde verilen hükmün bir üst mahkeme tarafından incelenmesi ve denetlenmesi için kanun yoluna başvurabilir. Kanun yoluna başvuru tarafların iradesine bağlıdır ve tarafların başvurusu üzerine yapılır. Her iki taraf kanun yoluna başvurabileceği gibi, yalnızca taraflardan biri de kanun yoluna başvurabilir. Hükmün taraflardan yalnız biri tarafından kanun yoluna taşınması halinde; yapılan inceleme neticesinde üst derece mahkemesi hükmü başvuran taraf aleyhine bozamaz veya kaldıramaz. Buna "aleyhe bozma yasağı" denilmektedir.⁷⁸ Yapılacak olan inceleme sadece başvuran lehine ve onun belirtmiş olduğu sebepler ile sınırlı olarak yapılacaktır. Bu aşamada başvuran taraf aleyhinde hususlar tespit edilse bile bu yönde karar verilemeyecektir. Üst derece mahkemesince verilen karara uyma kararı veren alt derece mahkemesi de yapmış olduğu yargulamada, bozulan veya kaldırılan karara oranla daha aleyhe hüküm veremez. Buna ise "aleyhe hüküm verme yasağı" denilmektedir.

Aleyhe bozma yasağı kanunda düzenlenmemiş, doktrinde ve uygulamada kabul edilmiş bir müessesedir. Aleyhe bozma veya aleyhe hüküm verme yasağının temelinde taleple bağlılık ilkesi yatmaktadır.⁷⁹ HMK m. 26/1 hükmü gereğince hâkim, tarafların talep sonuçları

⁷⁸ Mas Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. baskı, Zürich 1958, s. 511-512; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab, Zivilprozessrecht, 10. baskı, München 1969, s. 738-739, 771; Richard Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien 1970, s. 261; Baki Kuru, "Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1973/XXX/1-4, 135-144, (Kuru, Aleyhe Bozma), s. 135; Ersoy Rifat, İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1976, s. 936; İlder Erdemir, HUMK Şerhi, Şerh-Kararlar-İlgili Mevzuat, 2. Baskı, C:II, Ankara 1998, s. 1726; Yavuz Alangoya, Makaleler, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, (Alangoya, Makale), s. 534, Tolga Akkaya, Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 231; Murat Atalı, Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, 1. baskı, Ankara 2014, s. 17.; Budak/Karaaslan, s. 378.

⁷⁹ Özekes, aleyhe bozma yasağının taleple bağlılık ilkesinden başka tasarruf ilkesi (HMK m. 24) ile de bağlantısı olduğu görüşündedir. (Özekes, Pekcanitez Usûl, s.

ile bağlıdır ve talepten fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Kanun yoluna taraflardan yalnız birinin başvurmuş olması halinde, başvurmayan taraf kararı zımni olarak kabul etmiş sayılmaktadır. Bu bakımdan kanun yoluna başvuran tarafın talebi dikkate alınacak ve onun talebi ile bağlantılı olarak inceleme yapılacaktır.

Aleyhe bozma yasağı ile usulü kazanılmış hak uygulamada sıklıkla karıştırılmakta ve birbiri yerine uygulanmaktadır. Usulü kazanılmış hak ile aleyhe bozma yasağı yakın ilişkili ise de birbirinden farklı kurumlardır. Usulü kazanılmış hak alt derece mahkemesinde yapılan yargılama aşamasında örneğin, bilirkişi raporuna taraflardan birinin itiraz etmemesi halinde olduğu gibi tarafların yaptığı usul işlemi ile ya da hâkimin taraflardan birine kesin süre vermesinde olduğu gibi hâkimin yapmış olduğu usul işlemi ile oluşabilirken; bozma kararı na alt derece mahkemesinin uyması neticesinde de oluşabilir. Aleyhe bozma yasağı ise ancak kanun yolu aşamasında oluşmaktadır. Usulü kazanılmış hakkın meydana gelmesi için her iki tarafın da kanun yoluna başvurmuş olmasının bir önemi yokken, aleyhe bozma yasağında tarafların yalnızca birinin kanun yoluna başvurmuş olması gereklidir. Usulü kazanılmış hak, bozma neticesinde alt derece mahkemesinin bozmaya uyma anında meydana gelirken; aleyhe bozma yasağı kanun yolu aşamasında söz konusu olmaktadır.

B. Kanun Değişikliğinden Sonra İslah, İslahın Uygulanması ve Önerilerimiz

Kanun tasarı taslağının 17. maddesi ile HMK m. 177/2 ; “Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.” şeklinde olacaktır. Yukarıda da detaylıca açıklandığı üzere yapılan değişikliğin temel amacı; bozmadan veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerden sonra ıslahın mümkün olup olmayacağına açıklığa kavuşturulması, usulü kazanılmış hakkın korunması ve aleyhe bozma yasağına

aykırılığın meydana getirilmemesidir.

Değişiklikte, bozmadan veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerden sonra ıslahın yapılabileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde yapılacak ıslahın şartları kanun tasarı taslağında aynen muhafaza edilmiştir. Bu kapsamda; usul işlemleri ıslah edilebilecek, taraflar bu yola bir kez başvurabilecek, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecek, ıslah sözlü veya yazılı olarak yapılabilecek, ıslah sebebiyle ortaya çıkan yargılama giderleri ve karşı tarafın zararlarının ödenmesi gerekecektir. ıslahın şartları çalışmamızda detaylı olarak incelendiği için yalnızca ihtilaf doğabilecek hususlar üzerinde durulacaktır.

Yeni düzenleme ile ıslah; yazılı yargılama usulünde cevaba cevap dilekçesinin verilmesi ile davacı açısından, ikinci cevap dilekçesinin verilmesiyle de davalı açısından başlayacaktır ve ıslaha da hiçbir istisna mevcut olmaksızın bu aşamadan itibaren başvurulabilecek ve tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilecektir. HMK m. 184 hükmü gereğince hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla, mevcut delilleri inceledikten sonra duruşmada hazır bulunan taraflara tahkikatın tümü hakkında açıklama yapmak için söz verecek, bu açıklamalardan sonra tahkikatı gerektiren bir hususun kalmadığını görürse, tahkikatın bittiğini taraflara tefhim edecektir. Bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın bu aşamaya kadar yapılabilmesi mümkündür.

HMK m. 357/1 hükmü istinaf aşamasında ıslaha başvurulmasını yasaklamıştır.⁸⁰ Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesinde ise

⁸⁰ Bu yasak, ilk derece mahkemesinde uygulanan iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının devamı olarak görülmüştür. Akkaya, s. 297,298. Böyle bir düzenlemeye yer verilmesinin sebebinin hukukumuzda dar istinaf sisteminin kabul edilmiş olmasını düşünen yazarlar için bakınız; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 599; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 615; Akkaya, s. 283; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 514. Diğer görüşler için bakınız, Cenk Akil, İstinaf Kavramı, Ankara 2010, s. 308, 309; Ejder Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005, (Yılmaz, İstinaf), s. 77, 78; Muhammet Özekes, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Ankara 2008, (Özekes, İstinaf), s.

tahkikat aşaması bulunmamaktadır. İslahın tahkikat sona erene kadar yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda temyiz aşamasında da ıslah hakkı kullanılamamaktadır. Değişiklikten sonra da ıslaha kanun yolu incelemesi aşamasında başvurulamayacaktır. Çünkü kanun tasarısı taslağında kanun yolu aşamasında ıslaha başvurulabileceğine ilişkin bir değişiklik öngörülmemiştir. Bu nedenle değişiklikten sonra da ancak tahkikat sona erene kadar, hükmü veren ilk derece mahkemesinde ıslaha başvurulabilecektir.⁸¹

HMK m. 176/2 hükmü; “Aynı davada taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilir.” şeklindedir. Taraflar görülmekte olan davada yalnızca bir kez ıslah hakkını kullanabilmektedir.⁸² Kanun değişikliğinden sonra, kullanılacak ıslah hakkının, ilk derece mahkemesinin ilk yargılamasında ıslah hakkının kullanılıp kullanılmamasına bağlı olup olmadığı konusunda tereddütler meydana gelecektir. Yani taraflardan biri yapılan ilk yargılamada ıslah hakkını kullandıktan sonra, bozmadan sonra kendisine yeni bir ıslah hakkı mı tanınmaktadır yoksa yapılan ilk yargılamada ıslah hakkı kullanıldığı için, bozmadan sonra ıslah hakkı tanınmayacak mıdır? HMK m. 176/2 hükmünde herhangi bir değişiklik tasarlanmamıştır. Bunun sonucunda aynı davada taraflar ancak bir kez ıslah yoluna başvurabilecektir. Burada incelenmesi gereken husus bozmadan sonra yapılan yargılamanın niteliğidir. Yargıtay’ın bozma kararı üzerine veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ilk yargılama bitmişse de dava bitmemiştir.⁸³ Yapılan ikinci yargılama da aynı davaya ilişkindir. HMK m. 176/2’ in lafzı incelendiğinde “aynı davada” ibaresi bizi ta-

69, 70; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1521; Budak/Karaaslan, s. 190.

⁸¹ Üstündağ, s. 551; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 624; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 555; Sungurtekin-Özkan, s. 234; Karslı, s. 605; Umar, s. 525; Tutumlu, s. 204; Tanrıver, s. 730.

⁸² Bilge, s. 317; Postacıoğlu, s. 334; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3990; Nihat İnal, Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C.1, Ankara 2003, s. 605; Yılmaz, Şerh, s. 964; Kılıçoğlu, s. 759; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 626; Sungurtekin-Özkan, s. 235; Postacıoğlu/Altay, s. 544; Kuru, Usul, s. 465; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Kuru, İstinaf, s. 594.

⁸³ Karafakih, s. 235- 236; Şakir Berki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Ankara 1959, Ege Matbaası, s. 6; Ersoy, s. 283; Ersin Erdoğan /Cansu Korkmaz, “Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, *YBHD*, 2016/2, s.249-290, s. 275.

raflara bozmadan sonra yeni bir ıslah hakkının tanınmadığı sonucuna ulaştırmaktadır. Bu nedenle değişiklikten sonra ıslah hakkının bozmadan önce kullanılmış olması halinde, bozmadan sonra ıslah hakkı kullanılamayacaktır. Çünkü ıslah hakkı ilk yargılamada tüketilmiştir. Tarafların bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde, ikinci kez ıslah yoluna başvurmaları halinde, mahkemenin ikinci kez yapılan ıslahı HMK m. 176/2 hükmü uyarınca reddetmesi ya da dikkate almaması gerekmektedir.⁸⁴

Bozmadan önce veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerden önce yapılan ıslahtan vazgeçilerek, bozmadan sonra ıslah hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekmektedir. Taraflardan birinin ıslahtan vazgeçmesi, ikinci kez ıslah hakkını kullanması hükmündedir.⁸⁵ Çünkü ıslah yapılmış olan usul işlemlerinin düzeltilmesidir. HMK m. 176/2 hükmü gereğince ıslaha yalnızca bir kez başvurulabilir. Bu nedenle bozmadan önce veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerden önce yapılan ıslahtan vazgeçilmesi ve bozmadan sonra ıslah hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır.

Yapılan ilk yargılamada ıslah talebinde bulunulmuş; ancak ıslah ile ilgili harcın yatırılmaması halinde; ıslah hakkı kullanılmış sa-

⁸⁴ Bilge, s. 317; Postacıoğlu, s. 334; Kuru, Şerh, C.IV, s. 3990; İnal, s. 605; Kılıçoğlu, s. 759; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 626; Sungurtekin-Özkan, s. 235; Postacıoğlu/Altay, s. 544; Kuru, Usul, s. 465; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 523; Kuru, İstinaf, s. 594; Özekes, Pekcanitez Usul, s. 1528.

⁸⁵ Yılmaz, İslah, s. 574; Deynekli, s. 23; Tutumlu, s. 161; Y.2.H.D., 14.02.2012, E. 2011/5455, K. 2012/2631; "Davacı koca TMK'nın 166/1-2. maddesi uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası açmış; davadan sonra verdiği 08.11.2010 tarihli dilekçesi ile dava sebebini ıslah ederek, TMK'nın 165. maddesi uyarınca akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Davacı bu ıslahından da 17.12.2010 tarihli dilekçesi ile vazgeçtiğini bildirip, ilk dava sebebine göre boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Davacının ıslahtan dönmesi ve ıslahtan önceki dava sebebine göre karar verilmesini istemesi ikinci ıslah niteliğindedir. Bir davada, taraflardan birinin birden fazla ıslahı geçerli değildir. (HUMK md. 83, HMK md.176/2)," (Bilgen, s. 60).

yılacak ancak ıslah sonuç doğurmayacaktır. Islaha ilişkin mevcut düzenlemelerde ıslahın geçerli olabilmesi için harçtan bahsedilmemektedir. Buradaki harç, kısmi ıslahla bedel artırımında söz konusudur. Bu kapsamda ıslah hakkını kullanmış sayılan bir tarafın, bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ıslah hakkını kullanmak istemesi halinde mahkemenin ikinci kez yapılan ıslah hakkını reddetmesi gerekecektir. Çünkü ıslah kullanılmakla tüketilmiştir.

HMK m. 177/2' ye eklenecek olan " *Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.*" cümlesi ile yukarıda detaylı olarak anlatılan usulü kazanılmış hakkın, bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde yapılacak olan ıslah ile ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Yani kanun değişikliğinden sonra ıslah hakkı, bozmaya uyma kararı ile meydana gelen hukuki durumun korunması açısından sınırlandırılmaktadır. Peki, bu düzenlemenin sınırları nedir? Kanun tasarı taslağı m. 17' de öngörülen değişiklik, bu soruya bir cevap vermemektedir. Yapılacak olan düzenleme bu yönü ile açık değildir. Hukukumuzda usulü kazanılmış hak zaten içtihatlarla kabul edilmiş bir müessesedir ve bu konuda kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Usulü kazanılmış hakka kamu düzeni gözetilerek her geçen gün istisnalar getirilmektedir. Kendi içerisinde net olmayan ve tamamen içtihatlar ile sınırları çizilen bu kurumu bir sınır olarak görmek yerinde olmayacaktır. Ya usulü kazanılmış hakka ilişkin bir düzenleme yapılarak, usulü kazanılmış hakkın sınırları net bir şekilde ortaya konulmalı ya da değişiklikte ıslahın yapılabilme sınırı açıkça belirtilmelidir.⁸⁶

⁸⁶ Göksu, bu muğlaklığın tam ıslah-kısmi ıslah ayrımının terk edilip, dava sebeplerinin(vakıaların) - talep sonucunun ıslahı şeklinde yeni ve kanuni bir ayırım getirilmesi ile giderilebileceği görüşündedir. Bu sonuca, uygulamada dava sebeplerinin ıslahında sorunlar yaşandığından ve talep sonucunun ıslahının HMK m. 26 ile bir husus olduğundan ulaşılmıştır (Mustafa Göksu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, TAAD, Yıl:8, Sayı:32, Ekim 2017, (s. 61-95), s. 81). Kanaatimizce, yıllardan beri uygulanan ıslahın bu şekilde değiştirilmesi, ıslahın amacına aykırı olacaktır. Böyle bir ayırma gidilmesi halinde ıslah yalnızca yeni vakıa sunulması için kullanılan

Değişiklikten sonra, bozmaya uyma kararı verildikten sonra, taraflardan birinin ıslah hakkını kullanmak istemesi halinde usulü kazanılmış hakka etki edip etmeyeceğinin değerlendirmesini hâkim yapacaktır. Mevcut düzenlemede her ne kadar ıslah hakkının kullanılabilmesi için hâkimin onay vermesine gerek bulunmasa da hâkim, ıslaha konu işlemin ıslaha elverişli bir işlem olup olmadığını değerlendirmektedir. Kanun değişikliğinden sonra, işte bu değerlendirme yapılırken, usulü kazanılmış hakkın mevcut olup olmadığı ve ıslahın bu hakka etki edip etmeyeceği de araştırılacaktır. Ancak düzenlemenin açık olması sebebi ile sorunlar bu noktada yaşanacaktır. Aynı konuda farklı mahkemelerden farklı kararlar çıkacak ve ayrıca gerek Yargıtay gerekse de Bölge Adliye Mahkemeleri'nde hukuk daireleri farklı görüşler bildirecektir. Kanun' da ıslaha ilişkin düzenlemeye gidilmesinin esas sebebi, bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın yapılıp yapılamayacağına ilişkin tartışmaların mevcut olmasıdır. Kanımızca yapılacak olan değişiklik ile mevcut tartışmalar giderilirken, başka tartışmaların yaşanılmasının önü açılacaktır. Bunun ise değişikliğin amacına aykırılık teşkil edeceği ve tarafların yeni sorunlarla uğraşmasına sebep olacağı düşüncesindeyiz.

HMK m. 177/2' nin; *“Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak kamu düzenine ilişkin hususlar saklı kalmak kaydı ile usulü kazanılmış hak ıslah ile ortadan kaldırılamaz.”* şeklinde değiştirilmesi daha açık olacaktır. Bu sayede usulü kazanılmış hakkın kamu düzeni kapsamında sınırları çizilecek ve bu doğrultuda mahkemeler usulü kazanılmış hakka ilişkin değerlendirmesini sınırları belirli olarak yapacaktır. Aynı zamanda kanunlarda düzenlenmemiş ama sıklıkla başvuru alan usulü kazanılmış hak müessesesi de usul kanunumuzda yer bulacaktır.

bir kurum haline gelecektir ve ıslahın uygulama alanı daraltılacaktır. Islah hakkının sınırlarının çizilebilmesi için ıslah hakkının kapsamının daraltılması yerinde bir uygulama olmayacaktır.

SONUÇ

Bölge Adliye Mahkemeleri' nin 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçmesi ile birlikte, uygulamada ve doktrinde istinaf hükümlerinin değiştirilmesine dair eleştiriler hâsıl olmuştur. Bu kapsamda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu' nun yeniden gözden geçirilmesi, güncellenmesi ve yargılamanın daha verimli olması amacı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarı Taslağı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve taslak 9 Temmuz 2017 tarihinde yayımlanmıştır. Kanun Tasarı Taslağında birçok değişiklik öngörülmüştür. Ancak çalışmamızda tasarı, yalnızca iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi ve ıslah açısından incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Kanun Tasarı Taslağı' nın 17. maddesinde ıslah kurumunda, 11. maddesinde ise iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı hakkında kapsamlı değişiklikler öngörülmektedir. Kanun Tasarı Taslağı' nın 11. maddesinde; 6100 sayılı Kanun' un 139. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin; "Çıkarılacak davetiyede, duruşma davetiyesine ve sonuçlarına ilişkin diğer hususlar yanında, taraflara sulh için gerekli hazırlığı yapmaları, duruşmaya sadece taraflardan birinin gelmesi ve yargılamaya devam etmek istemesi durumunda, gelmeyen tarafın, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği; davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği ayrıca ihtar edilir." şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştür.

Kanun koyucu, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, duruşmaya gelen tarafın, iddiasını veya savunmasını dilediği şekilde değiştirip genişletebilmesine ilişkin istisnayı, özü itibari ile ön inceleme duruşmasına katılımın sağlanması amacı ile koymuştur. Kanun koyucu ön incelemeye vermiş olduğu önemi bu istisna ile göstermiş, ön inceleme duruşmasına gelen tarafı, duruşmaya gelmeyen tarafa oranla avantajlı hale getirmiştir. Ancak

davanın esasını değiştirir mahiyetteki bu istisnanın, sırf tarafları duruşmaya gelmeye teşvik etmek amacı ile konulması işlevsizdir ve taraflarca kötüye kullanılabilir. Diğer bir yönü ile bakıldığında ise ön inceleme duruşmasında tarafların anlaşmaları veya anlaşamadıkları hususlar tespit edilmektedir. Taraflardan birinin duruşmaya gelmemesi ile birlikte diğer tarafın iddiasını veya savunmasını değiştirip genişletmesi halinde, duruşmaya gelmeyen taraf ile bu hususta anlaşılacak anlaşmadıkları tespit edilemeyecek, ön inceleme duruşması amacına hizmet edemeyecektir. Zaten uygulamada da bu istisna sürekli ve bilinçli olarak kullanılmamaktadır. Sonuç olarak Kanun Tasarı Taslağının 11. maddesi ile yapılacak olan değişiklik isabetlidir ve uygulamada iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesine dair yaşanan sorunların aşılmasına yardımcı olacaktır.

Kanun tasarı taslağının 17. maddesi ile 6100 sayılı Kanun' un 177. maddesine, birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir. Değişiklikten sonra HMK m. 177/2 ; "Yargıtay tarafından bozulan veya bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılan hükme ilişkin olarak ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz." şeklinde olacaktır.

HMK' da ki mevcut düzenlemeye göre ıslah, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Ancak maddenin lafzında açıklık bulunmadığı için, bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmayacağı gerek uygulayıcılar gerekse de Yargıtay hukuk daireleri arasında tartışmalara yol açmıştır. Tartışmaların odak noktası ise, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK' nın 177. maddesinin yanlış yorumlanıp yorumlanmadığı ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 04.02.1948, E. 1944/10, K. 1948/3 sayılı kararının HMK karşısında güncelliğini kaybedip kaybetmediğidir. Bu kapsamda yaşanan sorunların aşılabilmesi için bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın mümkün olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması yerindedir ancak Kanun Tasarı Taslağında yer alan düzenleme açık değildir ve yeni tartışmalara gebecektir.

Kanun Tasarı Taslağında yer alan düzenleme ile hükmün bozulması veya kaldırılmasından sonra ilk derece mahkemesince tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde tahkikatın sonuna kadar ıslahın yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddeye eklenen ikinci fıkranın son cümlesine göre ise bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum, ıslah hakkının kullanılması ile ortadan kaldırılamayacaktır. Bu düzenlemede güdülen amaç; usulü kazanılmış hakkın korunması ve aleyhe hüküm verme yasağının aşılmamasıdır.

Değişiklikte, bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde ıslahın yapılabileceği açıkça ortaya konulmuştur. Bu yönü ile düzenleme yerindedir. Bozmadan sonra yapılacak ıslahın şartları, kanun tasarı taslağında aynen muhafaza edilmiştir. Bu kapsamda; usul işlemleri ıslah edilebilecek, taraflar bu yola bir kez başvurabilecek, ıslah tahkikatın sonuna kadar yapılabilecek, ıslah sözlü veya yazılı olarak yapılabilecek, ıslah sebebiyle ortaya çıkan yargılama giderleri ve karşı tarafın zararlarının ödenmesine karar verilecektir.

Kanun değişikliğini kanımızca işlevsiz hale getirecek olan düzenleme ise HMK m. 177/2' ye eklenecek olan “ Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.” cümlesidir. Bu düzenleme ile çalışmamızda ana hatları ile anlatılan usulü kazanılmış hakkın, bozmadan sonra veya Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılıp karar vermek için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde yapılacak olan ıslah ile ortadan kaldırılamayacağı düzenlenmiştir. Yani kanun değişikliğinden sonra ıslah hakkı, bozmaya uyma kararı ile meydana gelen hukuki durumun korunması açısından sınırlandırılmaktadır. Ancak bu düzenlemenin sınırları çizilmemiştir. Yapılacak olan değişiklik bu yönü ile açık değildir. Hukukumuzda usulü kazanılmış hak zaten içtihatlarla kabul edilmiş bir müessesedir ve bu konuda kanuni bir düzenleme mevcut değildir. Usulü kazanılmış hakka kamu düzeni gözetilerek her geçen gün istisnalar getirilmektedir.⁸⁷ Kendi içerisinde

⁸⁷ Y.22.HD., 05.10.2017, E. 2017/35911, K. 2017/20715; “Yargıtay içtihatları ile kabul edilen “usulü kazanılmış hak” olgusunun, bir çok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün

net olmayan ve tamamen içtihatlar ile sınırları çizilen bu kurumu bir sınır olarak görmek yerinde olmayacaktır. Ya usulü kazanılmış hakka ilişkin bir düzenleme yapılarak, usulü kazanılmış hakkın sınırları net bir şekilde ortaya konulmalı ya da HMK m. 177/2' de ıslahın yapılabilme sınırı açıkça belirtilmelidir.

Kaynakça

- Akcan Recep, "Hükümün Bozulması Sonrasında Islah", Ünal Tekinalp' e Armağan, İstanbul 2003.
- Akgündüz Güzin/Saltık Saadettin, "Usul Hukukunda Kazanılmış Hak", *TBB D*, 1993, S.2.
- Akil Cenk, *İstinaf Kavramı*, Ankara 2010.
- Akkaya Tolga, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009.
- Alangoya Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979.
- Alangoya Yavuz, *Makaleler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, (Alangoya, Makale).
- Alangoya Yavuz/Yıldırım Kamil/Deren-Yıldırım Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2009.
- Ansay Sabri Şakir, "Islah", *AÜHFD*, 1950, C.7/1-2, Ankara 1950, (s.122-129), (Ansay, AÜHFD).
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1954.
- Ansay Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar-Ayvaz Sema, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2016.
- Atalı Murat, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, 1. baskı, Ankara 2014.
- Belgesay Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul 1956.
- Berki Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, İstanbul 1985.
- Berki Şakir, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1959.
- Bilge Necip, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1967.

ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili bir yeni kanun çıkması karşısında, Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usuli kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır. Benzer şekilde; uygulanması gereken bir kanun hükmü, karar kesinleşmeden önce... Mahkemesince iptal edilirse usuli kazanılmış hakka göre değil, ... Mahkemesinin iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilebilecektir. (HGK'nın 21.01.2004 gün, 2004/10-44 E, 19 K.). Bu sayılanların dışında ayrıca; görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararlarına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usuli kazanılmış haktan söz edilemez (Kuru, Baki, *Hukuk Mahkemeleri Usulü-6.Baskı*, cilt 5, 2001)." (www.sinerjimevzuat.com.tr-Erişim Tarihi.03.03.2018).

- Bilge Necip / Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bilgen Mahmut, Hukuk Yargılamasında İslah, Ankara 2016.
- Budak Ali Cem/ Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2017.
- Çelik Ahmet Çelik, "Tazminat ve Alacak Davalarında Dava Değerinin Arttırılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.82, S.3, Y.2008, (s.1243-1284).
- Devellioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 2010.
- Deynekli Adnan, İcra ve İflas Hukuku'nda İpotegün Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Ankara 2013.
- Deynekli Adnan, Medeni Usul Hukukunda İslah, Ankara 2013, (Deynekli, İslah).
- Dündar Hamit, "Yargılama Sırasında Zamaşımı Def'inin İslah Yoluyla İleri Sürülüp Sürülemediği", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009.
- Erdemir İlter, HUMK Şerhi, Şerh-Kararlar-İlgili Mevzuat, 2. Baskı, C.II, Ankara 1998.
- Erdoğan Celal, Açıklamalı ve İctihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1973.
- Erdoğan Ersin/Korkmaz Cansu, "Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu", *YBHD*, 2016/2, (s.249-290).
- Eroğlu Orhan, İslah, 1. Baskı, Ankara 2017.
- Ersoy Rifat, İzahlı-Notlu-İctihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1976.
- Göksu Mustafa, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi", *TAAD*, Yıl.8, Sayı.32, Ekim 2017, (s. 61-95).
- Görgün Şanal, Medeni Usul Hukuku, 4. baskı, Ankara 2015.
- Görgün L. Şanal/Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2017.
- Guldener Mas, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. baskı, Zürich 1958.
- Holzhammer Richard, Österreichisches Zivilprozessrecht, Wien 1970.
- İnal Nihat, Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C:1, Ankara 2003.
- Kar Bektaş, "İslah Kısmi ve Ek Dava Kavramları ile Dava Konusunun İslah Yoluyla Arttırılmasının Getirdiği Sorunlar", *YD*, Ocak- Nisan 2002, Sayı:1-2, (s.416-450).
- Karafakih İsmail Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.
- Karşlı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2014.
- Kıcaloğlu Mustafa, "Davanın İslahı-Dava Miktarının Arttırılması, HUMY'un 87/son Cümlesinin İptalinden Sonraki Durum", *İBD*, 2004, Cilt.78, Sayı.2, (s.514-540).
- Kılıçoğlu Mustafa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.
- Kuru Baki, "Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1973/XXX/1-4, (s.135-144), (Aleyhe Bozma).
- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:I,II, III, IV, İstanbul 2001(Kuru, Şerh).
- Kuru Baki, "Usuli Müktesep Hak", Makaleler, İstanbul 2006, (Kuru, Müktesep Hak).
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, (Kuru, Usul 2015).
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, (Kuru, Usul).

- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Ankara 2016, (Kuru, İstinaf).
- Kuru Baki/Arslan Ramazan /Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014.
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.85, S.5, Y.2011.
- Muşul Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Özekes Muhammet, Sorularla Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz), Ankara 2008, (Özekes, İstinaf).
- Özekes Muhammet, "HMK'da Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yenilikler", Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı, Ankara 2011.
- Pekcanitez Hakan, Makaleler, C:I-II, Islaha İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2016.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Postacioğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1966.
- Postacioğlu İlhan/Altay Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2015.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz, Zivilprozessrecht, 10. baskı, München 1969.
- Sevinç Olgun, "Islah Yolu İle Düzeltilemeyecek İşlemler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.2, S. 16, Ankara, Aralık 2007.
- Sınmaz Burhan/Karataş İzzet, İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1987.
- Sungurtekin-Özkan Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Tanrıver Süha, Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016.
- Tuna Yalçın, "Islah", *ABD*, 1955/1, (s.595-604).
- Tutumlu Mehmet Akif, "Bozmadan Sonra Islah Olmaz İçtihadında Kırılmalar", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.53, Ocak 2011, (Tutumlu, Terazi).
- Tutumlu Mehmet Akif, Medeni Usul Hukukunda Islah, Ankara 2015.
- Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Konya 2015.
- Umar Bilge, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun Mehaz Neuchatel Kantondaki Tatbikatı, İstanbul 1967 (Umar, Neuchatel).
- Umar Bilge, "Anayasa Mahkemesi'nin, HUMK m.87'deki Müddeabihin Islah Yoluyla Artırılmaması Kuralını İptal Eden 20.07.1999 Günlü Kararı Üzerine", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.1, Y.2004, (s.419-426), (Umar, Müddeabih).
- Umar Bilge, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.III, S.1, Y.2006, (Umar, Yeditepe).

- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.
- Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.1,2, İstanbul 2000.
- Yalman Macit, "İslah", *İzmir Barosu Dergisi*, Y.1, S.1, (37-47).
- Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2009, s. 266;
- Yener Orhan, Tatbikatta İzahlı İçtihatlı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi, Ankara 1996.
- Yeşil Sevgi Başak, "Medeni Usul Hukukunda İslah, Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi", *Manisa Barosu Dergisi*, Y.24, S.93, Nisan 2005, (s.125-134).
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Davalarında Taraf Ehliyeti ile İlgili Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri", *Yargıtay Dergisi*, Y.Ocak-Ekim 1989, C.15, S.1-4, (s.202-232), (Yılmaz, Taraf Ehliyeti).
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, (Yılmaz, Sözlük).
- Yılmaz Ejder, "Dünden Bugüne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi", Sempozyum, Ankara 2003, (Yılmaz, Sempozyum).
- Yılmaz Ejder, İstinaf, Ankara 2005, (Yılmaz, İstinaf).
- Yılmaz Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/2, (s.213-253), (Yılmaz, HMK Yenilikler).
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara 2012, (Yılmaz, Şerh).
- Yılmaz Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda İslah, 6100 sayılı HMK'ya göre Değiştirilmiş, Ankara 2013, (Yılmaz, İslah).
- Yılmaz, Ejder, "Hukuk Muhakemeleri Kanununun İslah Konusunda Getirdiği Yenilikler", *Bankacılar Dergisi*, Ocak 2013, (s.72-81), (Yılmaz, Yenilikler).

FATURA İÇERİĞİNİN KABUL EDİLMİŞ SAYILMASI

DEEMED TO ACCEPTANCE OF CONTENT OF INVOICE

Volkan ÖZÇELİK*

Özet: Vergi Usûl Kanunu'na göre, tacir ticari işletmesi bağlamında yaptığı iş nedeniyle fatura vermelidir. Tacirin muhatabına fatura göndermesi, muhatap için de sonuçlar doğurmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir fatura alan kişi aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır. Bu çalışmada, süresi içinde faturaya itiraz edilmemesi halinde fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının şartları genel olarak ele alınmıştır. Ayrıca fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının hüküm ve sonuçları, faturanın muhatabı bakımından incelenmiştir. Bu sonuçlardan medenî usûl hukukuna etkili olanlar üzerinde ayrıca durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Adi Kanunî Karine, Fatura İçeriği, Kabul Etmiş Sayılma

Abstract: According to the Turkish Tax Procedure Law, the merchant must issue an invoice for the business, that has done in the context of the commercial enterprise. The fact that the merchant sends the invoice to the recipient also has consequences for the interlocutor. According to the second paragraph of Article 21 of the Turkish Commercial Code, if an invoice holder has not objected to the contents of the invoice within eight days from the date of receipt, this content shall be deemed to have been accepted. In this study, the conditions for acceptance of the invoice content were discussed because of not objecting to the invoice within the time limit. Also the effects and conclusions are examined for the interlocutor. These results also focused on those which are influential in civil procedure law.

Keywords: Ordinary Presumption, Content of Invoice, Deemed to Acceptance.

* Arş. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, volkan.ozcelik@omu.edu.tr

GİRİŞ

Tacirlerin tercih ve davranışlarının ülke ekonomisi için önemli etkiler doğurabilecek nitelikte olması, tacirlerin faaliyetlerinin bazı özel düzenlemelere bağlanmasını gerektirmiştir. Bu düşüncenin ürünü olarak hukukumuzda tacir olma sıfatına bağlı hukukî sonuçlar düzenlenmiştir.¹ Tacir olmanın yükümlülüklerinden birisi fatura verme zorunluluğudur. Ticari işletmesi bağlamında bir mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olan tacir, talep üzerine fatura düzenlemek ve bedel ödenmişse bu hususu da faturada göstermek zorundadır (TTK m. 21/1).²

Fatura Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmış değildir. Fatura, *“ticari satışlarda satıcı tarafından alıcıya verilen ve satılan malın miktarını, vasıflarını, ölçüsünü, fiyatını ve sair hususları veya ifa edilmiş hizmetleri gösteren hesap pusulası... ticari bir belge...”* olarak tanımlanabilir.³

Ticari faaliyetlerde sık kullanılan fatura, bir davada onu gönderen lehine delil olabilmesi nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir.⁴ Nitekim bir fatura alan kişi, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmazsa bu içeriği kabul etmiş sayılır (TTK m. 21/2). Bu düzenleme davada ispat yargılamasında her iki taraf için hüküm ve sonuç doğurabilir.⁵ Örneğin fatura, *“kapalı fatura”* niteliğindeyse,⁶ bedelin ödendiğine karine teşkil etmekte ve bu haliyle de onu gönderen tacir aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu çalışmada fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının hukukî sonuçları (TTK m. 21/2), faturanın muhatabı bakımından

¹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013, s. 130.

² Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 285; Arkan, s. 147.

³ İBHGK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (RG. 24.12.2003, S. 15326).

⁴ Mehmet Özdamar, *“Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz”*, ABD, Ankara 2008, Yıl: 66, S. 1, s. 220.

⁵ Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin düzenleme niteliği itibarıyla kanunî bir karinedir. Bu düzenlemenin ispat hukuku bakımından hem faturayı gönderen hem de onun muhatabı için sonuçlar doğurması kanunî karine olmasından kaynaklanmaktadır. Zira kanunî karineler ispat sorununda özellikle bir tarafı korumak için getirilmiş düzenlemeler değildir. Kanunî karine tarafın lehine işleyebileceği gibi aleyhine sonuçlar da doğurabilir. Bu hususta bkz. Bilge Umar, *“Hususî Hukukta Karineler”*, Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964, s. 190.

⁶ 19. HD, 08.03.2002, E. 2001/6247, K. 2002/1560 (www.kazanci.com).

incelenecektir. Ayrıca incelemenin odak noktasını ispat hukuku oluşturacaktır.

I. Faturanın Kabul Edilmiş Sayılmasının Hukukî Niteliği

Fatura alan kişinin sekiz gün içinde itiraz etmemesi halinde, fatura içeriğini kabul etmiş sayılması (TTK m. 21/2) kanunî bir karinedir.⁷ Kanunî karineler, belli bir olaydan belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır.⁸ Kanun koyucu faturayı alan kişinin süresi içinde itirazda bulunmamış olması vakıasına, bu kişinin fatura içeriğini kabul etmiş olduğu sonucunu bağlamıştır.

Kanunî karineler aksi ispat edilebilir olup olmamasına göre adi karine ve kesin karine olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁹ Kanunun aksini ispat etmeye izin vermediği karineler kesin kanunî karinedir. Kanunda açıklık olmayan tüm hallerde, karinenin aksi ispat edilebilir (adi) karine olduğu kabul edilmektedir (HMK m. 190/2).¹⁰ Kanunda açıkça aksi yönde düzenleme bulunmaması nedeniyle, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının adi kanunî karine olduğu kabul edilmelidir.¹¹ Bir karine, adi kanunî karine olduğunda, bu karine ile kabul edilen sonu-

⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276.

⁸ Sema Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD*, Ankara 1996, C. 45, S. 1, s. 534; Gökçen Topuz, *Medenî Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 56; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usul Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 380; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması) Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 783.

⁹ Bilge Umar/Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980, s. 165; Taşpınar, s. 534; Topuz, s. 66. Kesin kanunî karinelerle varsayımların eşit görülmesi doğrultusunda, doktrinde kanunî karineler hakkında yapılan bu ayrımın reddedildiği hususunda bkz. Fatma Tülay Karakaş, "Karine Kavramı, Kanunî Karineler Ve Varsayımlar", *AÜHFD*, Ankara 2013, C. 62, S. 3, s. 737.

¹⁰ Umar/Yılmaz, s. 172; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, s. 381; Tanrıver, s. 786; Topuz, s. 68. Esasında adi kanunî karinelerin aksinin ispatının mümkün olması, karinelerin bir olasılık hesabına dayanmasının sonucudur. Kanun koyucu her ne kadar karine temelinden hareketle öngörülen sonucun gerçekleşmiş olmasını kuvvetli bir olasılık olarak görse bile, yine de aksinin gerçekleşebileceğini düşünerek tarafa karine sonucunun aksini ispat edebilme imkânı vermektedir. Bu yönde bkz. Karakaş, s. 739-740.

¹¹ Vildan Peksöz, *Hukuk Muhakemeleri Kapsamında Karineler Ve Faturanın Hukukî Niteliği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 179. Ayrıca bu şekilde değerlendirme için bkz. İBHGK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (www.lexpera.com); HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (www.lexpera.com).

cun doğru olmadığı yönünde ispat faaliyeti yapılabilir. Buna karşılık kesin kanunî karinelere kanun, karine ile kabul ettiği sonucun aksini ispata izin vermez.¹² Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması adi kanunî karine olduğu için, fatura içeriğini kabul etmiş sayılan taraf bunun aksini iddia ve ispat edebilir.

II. Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılmasının Şartları

Hâkim soyut hukuk kuralını somut olaya uygularken, uyumsuzluğun esasını teşkil eden vakıaların gerçekleştiğini tespit etmelidir.¹³ Bu tespitin yapılmasında başvurulacak delilin hâkimde kanaat verici nitelikte bulunması, o delilin temsili niteliği ile ilgilidir. Temsililik ve güvenilirlik uyumsuzluğa yakın olan delillerde daha yoğundur.¹⁴ Taraf, iddiasını ispat edebilmek için kendi düzenlediği bir belgeyi delil olarak sunarsa, kural olarak bu belge uyumsuzluğu ispat edebilme bakımından temsili bir değer taşımamaktadır. Zira tarafın ileri sürdüğü bu delil esasında onun bir beyanı veya iddiası niteliğindedir.¹⁵ Bu nedenle faturaya itiraz edilmemesi nedeniyle fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için bazı şartların yerine gelmesi gereklidir (TTK m. 21). Bu şartlar yerine gelmezse fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması kariyesi hüküm ve sonuçlarını doğurmaz.¹⁶

A. Taraflar Arasında Sözleşme İlişkisinin Varlığı

Türk Ticaret Kanunu faturayı tanımlamış değildir. Ancak kanun faturanın düzenlenmesi hakkında bazı kurallara yer vermiştir. Fatura tanzim edilmesinin öncelikli koşulu, tacirin ticari işletmesi bağlamında mal satmış, üretmiş, bir iş görmüş veya bir menfaat sağlamış olmasıdır (TTK m. 21/1). Bu koşul, faturanın nitelik itibarıyla sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir belge olmasının da gereğidir.¹⁷ Dolayısıyla taraflar

¹² Topuz, s. 68.

¹³ Yavuz Alangoya, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 7.

¹⁴ Halûk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 10; Mustafa Göksu, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 110-111.

¹⁵ Yemin delili için yapılan benzer değerlendirme için bkz. Konuralp, *İspat Kurallarının*, s. 11.

¹⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276.

¹⁷ Arkan, s. 147; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Bası, Beta Yayınevi,

arasında bir sözleşme olmadan gönderilen belge, faturanın şekil şartlarını taşısa bile, gerçek anlamda bir fatura olmayıp, öneri (teklif) niteliğinde bir yazıdır.¹⁸ Şüphesiz, taraflar arasındaki sözleşmenin hukuken geçerli olması gerekir. Bu anlamda batıl bir sözleşmeye dayanılarak gönderilen faturaya süresi içinde itiraz edilmemesi, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucunu doğurmaz.¹⁹

Hukukun uygulanmasında (HMK m. 33) normlar hiyerarşisi gözetilerek yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları arasından somut olaya uygun olanı dikkate alınmalıdır.²⁰ Hukukun uygulanmasında, tarafların anlaşmak suretiyle tasarrufta bulunamamaları, her şeyden önce emredici hükümler için geçerlidir. Bu nedenle taraflar ileri sürmemiş olsalar bile, mahkeme huzuruna getirilen vakıalardan sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olduğu anlaşılırsa, hukukun uygulanması görevi nedeniyle hâkim, bu durumu kendiliğinden dikkate alır.²¹ Geçersizliğin türü iptal ise, iptal hakkı olan taraf bu hakkını usulüne uygun şekilde ileri sürmesi kaydıyla, iptal sebebi mahkemece dikkate alınabilir.²²

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin karinenin uygulanması temel borç ilişkisi doğuran bir sözleşmenin varlığı halinde söz konusu olabilir. Taraflar arasında sözleşmenin bulunup bulunmadığı hususu çekişmeli ise, ispat yükü kuralları çerçevesinde öncelikle sözleşmenin varlığı ispat edilmelidir. Akdi ilişkinin varlığı hususunda ispat yükünü taşıyan taraf, kanundaki kurallar çerçevesinde (HMK m. 200 vd.) delillere dayanarak bu yükü yerine getirmelidir. Sadece faturanın karşı tarafa tebliğ edilmesi ve bu faturaya süresi içinde itiraz

İstanbul 2014, s. 100; İsmail Kayar, Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 131; Levent Börü/İlker Koçyiğit, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 637; Özdamar, s. 220; Oğuz Kürşat Ünal, "Türk Hukukunda Fatura Kavramı Ve Hukuki Mahiyeti", *GÜHFD*, Ankara 1997, C. 1, S. 2 (Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan), s. 43; Peksöz, s. 180-181.

¹⁸ Arkan, s. 149; Kayar, s. 133; Özdamar, s. 221; Peksöz, s. 183.

¹⁹ 11. HD, E. 1978/2562, K. 1978/2717 (Oğuz Kürşat Ünal, Fatura ve Teyit Mektubu, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 133, dn. 208).

²⁰ Cenk Akil, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *AÜHFD*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 12 vd.

²¹ Saim Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 78; Akil, s. 9.

²² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 343.

edilmemiş olması, taraflar arasında akdi bir ilişkinin kurulduğunu ispatlamaya elverişli değildir.²³ Kabul etmek gerekir ki, bu durum fatura gönderilen muhatap tarafından kötüye kullanılmaya açıktır. Temel borç ilişkisi doğuran sözleşmenin kanunda belli delillerle ispatının arandığı ve taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmadığı hallerde, fatura gönderilen muhatap akdi ilişkiyi inkâr ederse, ispat yükünü taşıyan faturayı gönderen taraf öncelikle aralarında sözleşme bulunduğu ispat etmelidir. Medenî usûl hukukunda taraflar, iddia ve savunmalarına ilişkin beyanlarını gerçeğe uygun olarak yapmak zorundadır (HMK m. 29/2). Bu yükümlülük gereğince, fatura muhatabından, faturayı gönderen taraf ile aralarında bir sözleşme varsa bunu inkâr etmemesi beklenir. Aksi davranış doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlâl anlamına gelebilir. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlâl edilerek akdi ilişkinin inkâr edilmesi ve yapılan yargılamada taraflar arasında sözleşme bulunduğu tespit edilmesi halinde, bilinçli şekilde yalan beyanlarda bulunan taraf aleyhine yaptırıma hükmedilmelidir. Bu anlamda mahkeme doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlâl eden fatura muhatabını yargılama giderlerine, karşı tarafın avukatı ile ulaştıkları vekâlet ücretine ve disiplin para cezasına mahkûm edebilmelidir (HMK m. 327, 329).²⁴ Bu düşünceye karşı, faturayı gönderen tarafın tacir olması ve onun basiretli davranarak sözleşmeyi ispat edebilecek şekilde yapması tezi ileri sürülebilir. Ancak bu durum yargılamada tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlâl edebilmesini meşru kılmamalıdır.

B. Faturayı Gönderenin Tacir Olması

Vergi Usûl Kanunu'na göre (VUK m. 232) tacirler dışında başka kişilerin de fatura düzenleme zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması hakkındaki karine (TTK m. 21/2), sadece tacirlerin gönderdiği faturalar için hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşılık tacir dışındaki kişilerin (örneğin esnaf, çiftçi gibi) fatura

²³ 15. HD. 07.03.2008, E. 2007/2029, K. 2008/1483 (www.lexpera.com).

²⁴ Doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlâl eden taraf hakkında yargılama giderlerine ve disiplin para cezasına hükmedilebileceği hususunda bkz. Nesibe Kurt Konca, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 298 vd.

düzenlemesi halinde bu karine uygulanmaz.²⁵ Zira tacirler hakkında uygulanan hükümlerden hangilerinin esnaflara da tatbik edileceğini gösteren düzenlemede (TTK m. 15), fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması yer almamıştır.²⁶

Faturayı gönderen tarafın tacir olmasının yanı sıra, faturaya konu işin ticari işletmesi bağlamında yapılmış olması gerekir. Tacir ticari işletmesi dışında bir iş görmesi nedeniyle fatura düzenlemişse, Türk Ticaret Kanunu m. 21/2'nin getirdiği imkândan faydalanamaz.²⁷

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için fatura gönderilen muhatabın tacir olmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır.²⁸ Bu hususta doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin karine, faturayı alan muhatabın tacir olması halinde mümkündür.²⁹ Bu görüşe göre, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması (TTK m. 21/2), kanunun "tacir olmanın hükümleri" kısmında düzenlenmiştir. Ayrıca fatura içeriğine sekiz gün içinde itiraz edilmesi gerekliliği, tacir olmayanlar için ağır bir yükümlülüğe yol açabileceğinden hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun düşmeyebilir. Bu konuda ileri sürülen karşı görüşe göre ise, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin karinenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için, fatura muhatabının tacir olması aranmaz. Türk Ticaret Kanunu m. 18'in başlığı ve karinenin düzenlendiği yer ile Türk Ticaret Kanunu m. 21'in metni dikkate alındığında, faturayı alan kimsenin tacir olması şart değildir.³⁰ Yargıtay ise her iki görüş doğrultusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır. Sözleşmede yer almamasına rağmen faturada yer alan vade farkı kaydının, faturaya itiraz etmeyen muhatabı bağlayıp bağlamayacağını değerlendirildiği kararda Yargıtay, faturayı alan kişinin tacir olmaması halinde, faturayı gönderenin fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasından faydalanamayacağını belirtmiştir.³¹

²⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 277; Ünal, Fatura, s. 163-164.

²⁶ Kayar, s. 140-141; Özdamar, s. 222.

²⁷ Özdamar, s. 222.

²⁸ Doktrindeki görüşler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Ünal, Fatura, s. 164 vd.

²⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 277; Arkan, s. 150; Özdamar, s. 223-224; Ünal, Fatura, s. 166; Ünal, Kavramı, s. 46.

³⁰ Kayar, s. 135; İsmail Kayar/Pınar Turgut Günbay, "Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme (Yargıtay İBHGK'nın 27.06.2003 T. ve 2001/1 E, 2003/1 K. Sayılı Kararı)", *EÜHFD*, Kayseri 2006, C. 1, S. 2, s. 158.

³¹ İBHGK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (RG. 24.12.2003, S. 25326).

Buna karşılık daha sonraki tarihli kararında ise Yargıtay, faturayı alan kişinin tacir sıfatını taşımasa bile itiraz mecburiyetinin bulunduğu belirtmiştir.³² Kanaatimizce ikinci görüş üstün tutulmalıdır. Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması hakkındaki düzenlemede (TTK m. 21), fatura muhatabının tacir olmasına ilişkin bir şart yoktur. Kanun koyucunun faturaya itiraz etme yükümlülüğünü sadece tacirler için düzenlemesine bir engel olmamasına rağmen, “fatura alan kişi”yi (TTK m. 21/2) itiraza mecbur bırakması, kanunun maksadının bu yönde olduğunu göstermektedir. İlk görüşün dayanağı olan gerekçenin (tacir olmayanlara itiraz etme mecburiyetinin ağır bir yükümlülük getireceği) haklılık payı bulunsa da, bu gerekçenin Kanun’un açık hükmü karşısında uygulanması mümkün olmamalıdır. Başka bir deyişle, bu gerekçe olan hukuk bakımından bir etki göstermeyip, olması gereken hukuk bakımından dikkate alınabilir.

C. Fatura İçeriğine İtiraz Edilmemiş Olması

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için olumsuz bir şart olarak “faturayı alan muhatabın sekiz gün içinde faturaya itirazda bulunmamış olması” aranmaktadır (TTK m. 21/2).³³ Süresi içinde fatura içeriğine itiraz edilmiş olması, faturaya ilişkin karinenin uygulanmasına neden olur. Faturayı alan taraf, sekiz gün içinde faturanın içeriğine itiraz etmişse, fatura içeriğinin önceden yapılmış sözleşmeye uygun olduğunu faturayı düzenleyen tacir ispat etmelidir.³⁴

Kanunî bir karineye dayanan taraf, karine temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır (HMK m. 190/2). Karinenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için, karine temelini karşılayan somut vakıaların doğruluğu mahkemece tespit edilmiş olmalıdır. Zira karine temeli, karine normunun koşul vakıası hükmündedir³⁵. Karine normunun sonucunun ortaya çıkması için, kanunî karineye dayanan taraf, önce-

³² HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (www.lexpera.com).

³³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 277; Kayar, s. 134; Özdamar, s. 220; Ünal, Fatura, s. 155; Peksöz, s. 195.

³⁴ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276.

³⁵ Markus Guggenbühl, Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1990, s. 72-73; Hakan Pekcanitez, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1660; Topuz, s. 72, 99.

likle karine temelini teşkil eden somut vakıaları iddia etmelidir³⁶. Bu vakıalar taraflar arasında çekişmeli olursa ispat kuralları çerçevesinde mahkemece tespiti gerekir. Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesine dayanan taraf, öncelikle fatura muhatabının faturaya itiraz etmediği vakıasını iddia etmelidir. Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesinin karine temeli, muhatabın süresi içinde faturaya itirazda bulunmamış olmasıdır. Faturayı gönderen tacirin bu iddiasına karşılık fatura muhatabı itirazda bulunursa, faturaya süresi içinde itiraz edilip edilmediği çekişmeli hale gelmiş olur.

İtiraz süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı Kanun'da belirlenmemiştir (TTK m. 21/2). Sürenin başlama ve bitiş anının tespiti, vaki olabilecek itirazın süresinde yapılıp yapılmadığını belirlemek bakımından önemlidir. İtiraz süresinin sona erdiği anın tespitinde, Türk Borçlar Kanunu m. 92/1 çerçevesinde hareket edilmiştir.³⁷ Buna göre sekiz günlük süre, faturanın muhataba tebliğ edildiği günün ertesi günü işlemeye başlar.³⁸ Geçerli bir itiraz için itirazın süresinde yapılmış olması yeterli olup, itirazın karşı tarafa varmış olmasına gerek bulunmamaktadır.³⁹ İtirazın süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde faturanın muhataba varmış olduğunun tespiti önemlidir. Bu önemi dolayısıyla doktrinde, faturayı gönderen tarafın, muhatabın faturayı aldığını belgelendirmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.⁴⁰ Bununla birlikte kanunda faturanın hangi şekilde gönderilmesi gerektiğine ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Taraflar aralarında anlaşmak suretiyle faturanın elektronik ortamda düzenlenmesini ve gönderilmesini kararlaştırabilirler (TTK m. 1525/1). Bu düzenleme dışında, faturanın Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesine göre gönderilmesinin gerekip gerekmediği hususu gerek doktrini gerekse Yargıtay'ı meşgul etmektedir.⁴¹ Faturanın gönderilmesi ve muhataba ulaşmış olması, faturaya itiraz süresinin başlama anının tespiti bakımından önemli olması nedeniyle, faturanın, Türk Ticaret

³⁶ Oğuz Atalay, *Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 51; Topuz, s. 143; Levent Börü, *Medenî Usûl Hukukunda İddia Ve Somutlaştırma Yükü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 138.

³⁷ Arkan, s. 152; Özdamar, s. 224.

³⁸ Özdamar, s. 224.

³⁹ Arkan, s. 152; Özdamar, s. 224.

⁴⁰ Özdamar, s. 222.

⁴¹ Bu konuda bkz. Peksöz, s. 193 vd.

Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan muhtevaya sahip olmasa da, bu yollardan biri ile gönderilmesi ispat kolaylığı için pratik fayda sağlar.

Faturaya itirazın şekli Kanun'da açıkça belirlenmiş değildir. Bir düşünceye göre, faturanın yazılı delil olmasından hareketle faturaya itiraz da adi yazılı şekil veya Türk Ticaret Kanunu m. 18/3'deki vasıtalarından biri ile yapılmalıdır.⁴² Buna karşılık diğer görüşe göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrasındaki ihtar ve ihbarın konusu temerrüde düşürme, sözleşmeden dönme ve fesih ile sınırlıdır. Bu düzenlemeye göre yapılacak ihtar ve ihbarın kapsamı faturaya itiraz edilmesini de kapsayacak şekilde genişletilemez.⁴³ Fatura lehine olan ve faturaya ilişkin karineden yararlanmak isteyen tarafın bu yöndeki iddiasına karşılık, karşı taraf faturaya süresi içinde itirazda bulunduğunu beyan ederse, faturaya itiraz edilip edilmediği vakıası çekişmeli hale gelmiş olur ve ispatın konusunu oluşturur (HMK m. 187). Vakıanın ispatsız kalması durumunda ispatsızlığın rizikosuna kimin katlanacağını belirlemek ispat yükünün belirlenmesi ile mümkündür.⁴⁴ Böyle bir durumda ise "fatura içeriği hakkında itirazda bulunulmadığı"ndan bahisle, kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükü altında olur (HMK m. 190). Bu nedenle, fatura içeriğine itirazda bulunulmadığı vakıasının ispatsız kalmasının rizikosunu, faturaya itiraz edilmediğini iddia eden taraf taşır. Zira karine temelini oluşturan bu vakıa karine normunun koşul vakıasıdır.⁴⁵ Fatura içeriğine itiraz edilmemesi vakıası nitelik olarak menfi bir vakıadır.⁴⁶ Menfi vakıaların ispatında, bu vakıaların niteliğinden kaynaklanan ispat imkânsızlıkları belli esaslara göre aşılabılır.⁴⁷ Menfi vakıaların ispatında ispat yükünü taşımayan karşı tarafa, menfi vakıa iddiasına karşı savunmasını somutlaştırma yükü yüklenerek, ispat yükünü taşıyan tarafın delil göstermesine yardımcı olunabilir. Ayrıca ispat yükünü

⁴² Oğuz İmregün, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s. 55; İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 220-221.

⁴³ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 227; Arkan, s. 153; Kayar, s. 135; Hanife Dirikkan, "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar", DEÜHFD, İzmir 2002, C. 4, S. 1, s. 69-71; Özdamar, s. 225.

⁴⁴ Umar/Yılmaz, s. 2 vd.

⁴⁵ Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010, s. 630.

⁴⁶ Menfi vakıa terimi için bkz. Atalay, s. 83-84.

⁴⁷ Atalay, s. 128 vd.

taşımayan karşı tarafın vakianın aydınlatılmasına katkıda bulunmak için elinde bulunan delilleri göstermesi istenebilir.⁴⁸ Bu kapsamda karşı taraftan faturaya itiraz ettiği savunmasını somutlaştırmasını ve bu savunmasına ilişkin delillerini mahkemeye sunması istenebilir.

III. Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılması

A. Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılmasının Medenî Usûl Hukukunda Yeri

Kanunî karineler birden fazla kanunda öngörülmesi nedeniyle, her bir karinenin düzenlenme amacı farklı olabilir. Bununla birlikte genel olarak hukukî belirliliği temin etmek, hukukî görüşüne olan güveni sağlamak ve ispat güçlüklerinin aşılması adi kanunî karinenin amaçları olarak sayılabilir.⁴⁹ Faturaya itiraz edilmemesi nedeniyle fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması, ticari hayatta belirliliği sağlamanın yanında, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık nedeniyle görülecek davada ispat güçlüklerinin aşılmasını temin edebilir. Faturayı gönderen taraf faturaya dayanarak belli hususları ispat etmek istediğinde, karşı taraf bu belgenin içeriğini kabul etmediğini beyan ederse; söz konusu karine ispat yükünü yerine getirmek isteyen tarafa ispat güçlüklerinin aşılmasında yardımcı olur. Zira karineye dayanan taraf karine temelini ispat edebilirse, karine sonucu hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁵⁰

Karine temeli ve karine sonucu adi kanunî karinelerin temel iki unsurudur.⁵¹ Adi kanunî karinenin koşul vakıası karine temelini oluşturur.⁵² Medenî usûl hukuku kuralları çerçevesinde koşul vakianın gerçekleştiğinin anlaşılması durumunda, mahkemece karinenin dikkate alınması ve karine sonucunun somut olaya uygulanması hâkimin hukuku uygulama görevinden kaynaklanır.⁵³ Başka bir deyişle, hâkimin hukuku resen nazara alıp uygulaması nedeniyle, kanunî karineler mahkemece resen uygulanmalıdır. Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesi de mahkemece kendiliğinden uygulanır. Ancak

⁴⁸ C. Jürgen Brönnimann, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1989, s. 220.

⁴⁹ Topuz, s. 62.

⁵⁰ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1655.

⁵¹ Topuz, s. 71 vd.

⁵² Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 630.

⁵³ Umar/Yılmaz, s. 171, 177.

bunun için karinenin koşul vakıasının usulüne uygun şekilde dosyaya girmiş ve ispat edilmiş olması gerekmektedir.⁵⁴ Aksi halde taraflarca getirilme ilkesi hâkim olan medenî usûl hukukumuzda, hâkimin karineden yararlanma imkânı bulunan tarafa bunu hatırlatması dahi mümkün olmaz.⁵⁵

B. Fatura Alan Kimse Bakımından Bağlayıcı Olmayan Kayıtlar

Fatura alan kişi, bu faturayı aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde, faturanın içeriği hakkında bir itirazda bulunmamışsa bu içeriği kabul etmiş sayılır (TTK m. 21/2). Faturaya itiraz edilmemesi nedeniyle, faturayı alan tarafın hukuken kabul etmiş sayılacağı içeriğin belirlenmesi önem taşımaktadır. Faturaya itiraz edilmemesi nedeniyle fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması faturanın olağan içeriği ile sınırlıdır.⁵⁶ Zira faturayı gönderen taraf, fiili olarak faturanın muhtevasını dilediği gibi belirleme imkânına sahiptir. Bu durumda faturanın olağan içeriğinin ne olduğunun belirlenmesi yapılmalıdır.

Fatura, sözleşmenin kurulması aşaması ile ilgili bir belge olmayıp, sözleşmenin ifa safhasıyla ilgilidir.⁵⁷ Başka bir ifadeyle fatura edimlerin ifası aşamasında düzenlenerek edimlerin içeriğini gösterir.⁵⁸ Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrası gereğince itiraz edilmeyerek kabul edildiği varsayılan fatura içeriği de sözleşmesinin ifasına ilişkin hususlar hakkında olmalıdır.⁵⁹ Örneğin satılan malın miktarı, yapılan işin sayısı, türü, bedeli gibi hususların faturada yer alması olağandır.⁶⁰ Buna karşılık, taraflar arasında sözleşmede yer almamasına rağmen, "bedelin belli süre içinde ödenmemesi halinde vade farkı ödenir", gibi bir kayıt faturaya konularak karşı tarafa tebliğ edilir ve muhatap süresinde itirazda bulunmazsa, bu kayıt muhatap için bağlayıcı olmaz.^{61,62}

⁵⁴ Topuz, s. 110 vd.

⁵⁵ Umar, s. 186-187.

⁵⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 277; Ünal, Fatura, s. 156; Kayar, s. 134; Özdamar, s. 227.

⁵⁷ Kayar/Turgut Günbay, s. 152; Arkan, s. 150; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 277.

⁵⁸ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 275.

⁵⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 278; Özdamar, s. 225-226.

⁶⁰ Kayar/Turgut Günbay, s. 153.

⁶¹ İBHGK, 27.06.2003, E. 2001/1, K. 2003/1 (Resmi Gazete, T. 24.12.2003, S. 25326).

⁶² Yazılı sözleşme bulunmaması halinde gönderilen faturanın aynı zamanda teyit

Faturayı alan muhatabın süresi içinde itirazda bulunmamış olması, fatura içeriğinde yer alan malın alıcıya teslim edildiğini göstermez⁶³. Ancak alıcıya gönderilen faturada malın bedelinin ödendiği gösterilmişse Türk Borçlar Kanunu'nun 207. maddesinin ikinci fıkrası uygulama alanı bulabilir. Satış sözleşmesinin unsurlarından birisi de satılan ile satış bedelinin birbiriyle değişimi konusunda tarafların anlaşmasıdır. Bu unsur nedeniyle, sözleşmenin taraflarının yerine getirmekle yükümlü oldukları edimler arasında bir mübadele ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak satış sözleşmesinde aksine kararlaştırılmadıkça veya aksine bir adet bulunmadıkça, satıcı ve alıcı borçlarını aynı anda ifa etmekle yükümlüdürler (TBK m. 207/2).⁶⁴ Alıcı bedeli ödemiş ve bu husus faturada gösterilmişse (TTK m. 21/1), satıcı ve alıcının borçlarını aynı anda ifa ettikleri ve bedelin ödenmesi karşısında malın da teslim edildiği karine olur.⁶⁵

C. Faturanın Kabul Edilmiş Sayılmasından Sonra Aksinin İspatı

Adi kanunî karinenin ispat yüküne etkisi hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, adi kanunî karineler ispat yükünün bir taraftan diğer tarafa geçmesini gerektiren sebeplerdir. Zira belirli bir olayda kanunun kabul ettiği karinenin varlığına rağmen, bu karinenin aksi ispat edilebilir.⁶⁶ Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayıl-

mektubu sayılmasından ötürü, güven ilkesine uygun olması halinde, faturada yer alan vade farkı kaydının Türk Ticaret Kanunu m. 21/3'teki karineden faydalanabileceği hususunda bkz. Ahmet Battal, "Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği Ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları İle İlgili Yargıtay Uygulaması" XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Ayrı Bası), 14 Mayıs 1999, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 103

⁶³ Murat Çalışkan, "İtiraz Edilmeyen Faturanın Malın Teslim Edilmiş Ve İşin Yapılmış Olduğunu Gösterip Göstermeyeceği", *MÜHAD*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 210.

⁶⁴ Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 28; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 38. Satış sözleşmesinde edimler arasındaki mübadele ilişkisinin fonksiyonel ve genetik (doğuş yönünden) bakımdan olduğu ve ifa yönünden edimlerin bağlılığının fonksiyonel anlamda mübadele olduğu açıklaması için bkz. Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 62.

⁶⁵ Arkan, s. 151; Çalışkan, s. 216-217.

⁶⁶ Mustafa Reşit Belgesay, "Mahkeme İçtihatları Tahlilleri- İsbat Vasıtaları Ve Kanunî Karineler", *IÜHFİM*, İstanbul 1940, C. 6, S. 1, s. 225; Arslan/Yılmaz/Taşpı-

masına ilişkin karine bakımından da gerek doktrinde⁶⁷ gerekse Yargıtay kararlarında⁶⁸, ispat yükünün yer değiştiğine dair beyanlara rastlamak mümkündür. Buna karşılık diğer görüşe göre ise, adi kanunî karine ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz. Taraflardan birisi karineye dayanır ve karine temelini ispatlarsa, karine sonucu ortaya çıkar. Karine temelini asıl ispat faaliyeti çerçevesinde ispat edilmiş olmasından sonra, karşı taraf karine temelini teşkil eden koşul vakianın gerçekleşmediğini ispatla yükümlüdür.⁶⁹ Karşı tarafın yerine getireceği aksini ispat faaliyeti, karine normunda düzenlenen hukukî sonucun engellenmesi amacıyla bir asıl ispat faaliyetidir.⁷⁰ Dolayısıyla burada ispat yükü yer değiştirmemekte, karşı tarafın kendi lehine ileri sürdüğü başka bir vakıa için bağımsız, yeni bir ispat yükü ortaya çıkmaktadır.⁷¹ Kanaatimizce bu görüşe üstünlük tanımak gerekir. İspat yükü iddia edilen vakıadan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir (HMK m. 190/1). Bu nedenle ispat yükünün yer değiştirmesi mümkün olmaz. Kanunî bir karineye dayanan taraf, karine temelini ispat ettikten sonra (faturaya itiraz edilmediğini), karine sonucu (fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması) ortaya çıkar. Bu karinenin aksi ise, fatura muhatabı tarafından iddia ve ispat edilebilir. Fatura muhatabının bu faaliyeti bir asıl ispat faaliyetidir.

Karşı tarafın aksini ispat faaliyeti sırasında hangi delillere dayanaabileceği belirlemesi yapılırken, itiraz edilmemiş faturanın, fatura muhatabı bakımından delil değerinin ne olduğu tespit edilmelidir. Nitekim bu konuda doktrinde bütünlük bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, itiraz edilmemiş fatura, faturayı alan için senet mahiyetinde bir delil değildir. Bu düşünceye taraftar olan Domaniç, itiraz edilmemiş faturanın borç altına giren tarafların iradelerinden doğan yazılı belge olmadığını, kaldı ki itiraz edilmeyen faturada, faturayı alan tarafın imzasının bulunmadığını belirtmektedir. Yine bu düşünceye taraftar

nar Ayvaz, s. 382.

⁶⁷ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276; Arkan, s. 152; Özdamar, s. 221, 227; Ünal, Fatura, s. 171-172.

⁶⁸ 19. HD, 08.03.2002, E. 2001/6247, K. 2002/1560 (www.kazanci.com); 23. HD, 25.11.2015, E. 2015/1354, K. 2015/7562 (www.lexpera.com).

⁶⁹ Guggenbühl, s. 74; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1661.

⁷⁰ Guggenbühl, s. 143; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1661.

⁷¹ Umar/Yılmaz, s. 174-175; Umar, 189; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1663; Tanrıver, s. 784-785; Atalay, s. 50.

olan Peksöz, itiraz edilmeyen faturada faturayı alan tarafın imzasının bulunmamasının yanı sıra farklı bir gerekçe daha ileri sürmektedir: Adi kanunî karinelerin özel ispat yükü kuralı oldukları kabulünden hareketle, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin kural, faturaya senet niteliğini kazandırmaz.⁷² Buna karşılık doktrinde daha çok taraftar bulan görüşe göre, faturaya itiraz edilmemesi halinde fatura onu alan muhatap bakımından senet niteliğini kazanır.⁷³ Bu düşüncenin gerekçelerinden birisi, karinenin şartlarının gerçekleşmesi ile fatura artık kanunen yazılı bir delil haline gelmiştir.⁷⁴ Yargıtay da bu görüş doğrultusunda değerlendirmelerde bulunmaktadır.⁷⁵ Bu görüş gereğince, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının aksinin ispatı yazılı delil, ticari defter veya yemin vasıtasıyla mümkün olabilir.⁷⁶

Kanaatimizce azınlıkta kalan ilk görüş üstün tutulmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda senet metninde nelerin bulunması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde bir belgenin senet olarak nitelendirilmesi için asgari şartların neler olduğu belirtilmektedir: Senet sayılan belgenin bir cisim bulması, yazınlık, bir vakıa hakkında açıkla-

⁷² Hayri Domaniç, "Fatura ve İspat Kuvveti", *BATİDER*, Ankara 1996, C. 3, S. 4, s. 663; Peksöz, s. 213.

⁷³ Ünal, Fatura, s. 170-171; İmregün, s. 54-55; Arkan, s. 152; Kayar, s. 135; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276; Doğanay, s. 219; Özdamar, s. 225.

⁷⁴ Ünal, Fatura, s. 170.

⁷⁵ 15. HD, 30.05.2016, E. 2016/944, K. 2016/3009 (www.lexpera.com); HGK, 12.10.2011, E. 2011/15-472, K. 2011/608 (www.lexpera.com): "TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile fatura özellikle tacirler arasında ifaya yönelik bir ispat aracı olarak kabul edilip; süresinde itiraz edilmemekle münderecatından sayılan hususlar yönünden düzenleyen lehine, adına fatura düzenlenenin aleyhine, bir karine getirilmiştir. Bu karine faturanın ispat gücüne yönelik bir düzenlemeyi ortaya koymaktadır. Eş söyleyişle, faturanın adına tanzim edilen aleyhine ispat vasıtası olması, yani, faturayı alan kişinin fatura kendinden sadır olmamakla birlikte aleyhine delil teşkil etmesi TTK'nın 23. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ve yukarıda ayrıntısı açıklanan bu karineden kaynaklanmaktadır."

Yargıtay Ticaret Dairesi, 08.04.1968 tarih, 66-3194/1982 sayılı daha önce vermiş olduğu kararında ise, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin karinenin aksinin tanık ile ispatının mümkün olmadığını açıkça ifade etmiştir (Erdoğan Moroğlu/Abuzer Kendigelen, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 54): "...Mevcut kanunî karineye ve münderecatına 8 gün içinde itiraz edilmemiş olması suretiyle yazılı delil niteliğini kazanmış bulunan faturaya rağmen alıcıya ademi teslimin tanıkla ispatı imkânının tanınması doğru değildir."

Aynı şekildeki kararlar için bkz. Arkan, s. 152, dn. 4.

⁷⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 276; Arkan, s. 152; Kayar, s. 135; Ünal, Fatura, s. 170.

mayı içerme ve imza.⁷⁷ Bu unsurlardan imza, senedin belirleyici yönünü oluşturmaktadır. İmza mutlak suretle borç altına giren kişi tarafından atılmak durumundadır. Aksi takdirde diğer unsurları taşıya bile söz konusu belge senet niteliğinde olmaz⁷⁸. Süresi içinde itiraz edilmeyen faturada borç altına giren fatura muhatabının imzasının olmaması, bu faturanın muhatabı için senet vasfını kazanmasına engeldir. Dolayısıyla fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının aksini ispat her türlü delil ile mümkün olmalıdır. Ayrıca aksinin kabulü, uygulamada adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına yol açacak türdendir. Maddî hukuka göre hak sahibi olmayan ve fakat fatura gönderen tarafın, usûl hukukunun senede ilişkin kuralları kapsamında hak sahibi olması sonucunu doğabilir. Hata ile veya kötü niyetle bir fatura gönderen tacir, bu faturaya itiraz edilmemesi nedeniyle alacaklı duruma gelebilir. Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasından sonra aksini ispat, eğer yazılı delil, ticari defter veya yemin ile mümkündür denilecek olsa, kötü niyetli fatura düzenleyen karşısında fatura muhatabı çaresiz bırakılabilir. Zira kötü niyetle fatura düzenleyip gönderen taraf, bunu ticari defterlerine kaydedebilme imkânına da sahiptir. Ayrıca uyuşmazlık mahkeme önüne geldiğinde kendisine karşı yöneltilen yemin teklifini eda edebilir. Fatura gönderilen muhatap zaten mevcut olmayan ticari ilişkiyi ticari defterlerine kaydetmemiş olacağından kendi ticari defterlerine dayansa bile bir sonuca varamaz. Bu nedenle de ispat yükünü yerine getiremediği için davayı kaybedebilecektir.

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasının aksini ispat etmek için başvurulabilecek delillerden birisinin yemin olduğu kabul edildiğinde, yemin teklif eden tarafın ispat yükünü taşıyan taraf olması

⁷⁷ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1773-1774; Tanrıver, s. 830-832.

⁷⁸ Necmeddin M. Berkin, "İspat Hukukunda Senet Delili Ve Yazılı Şekil", İÜHFİM, İstanbul 1946, C. 12, S. 4, s. 1177-1178; Seyithan Deliduman, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", AÜEHFD, Erzincan 2000, C. 4, S. 1-2, s. 417; M. Kamil Yıldırım, "Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi", İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 115; Hakan Pekcanitez, "Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001, s. 406; Serdar Nart, "Alman Ve Türk Hukukunda Senetle İspat", DEÜHFD, İzmir 2007, C. 9, S. 1, s. 213; Halûk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 45; Ozan Tok/Harika Koltaş, "Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler", MÜHAD, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 2670; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1774; Tanrıver, s. 832.

gereklidir. Başka bir deyişle, yemini eda edecek taraf ispat yükünü taşımayan taraftır.⁷⁹ Kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın yemin teklif etmesi hukukî sonuç doğurmaz. Dolayısıyla faturanın aksini ispat etme yükümlülüğü olan tarafın yemin teklif etmesi gerekir.⁸⁰ Ayrıca yemin deliline dayanmak isteyen tarafın somutlaştırma yüküne uygun biçimde dilekçesinde bu hususa yer vermesi gerekmektedir.⁸¹

SONUÇ

Kendisine fatura gönderilen muhatap, faturaya sekiz gün içinde itirazda bulunmazsa fatura içeriğini kabul etmiş sayılır (TTK m. 21/2). Kanundaki bu düzenleme niteliği itibarıyla kanunî bir karinedir. Ayrıca aksine bir düzenleme olmaması nedeniyle de, adi (aksi ispat edilebilir) kanunî karinedir (HMK m. 190/2).

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması, faturayı gönderen tarafa önemli usûli olanaklar sunmaktadır. Ayrıca faturayı gönderen taraf fiili olarak fatura muhtevasını serbestçe belirleyebilmektedir. Bu ve buna benzer nedenlerle, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesinin uygulanması, Türk Ticaret Kanunu'nda belli şartların yerine gelmesine bağlanmıştır. Bu şartların en başında taraflar arasında hukukî geçerli bir sözleşme olması gerekmektedir. Bu şart faturanın sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir belge olmasının gereğidir. Taraflar arasında sözleşmenin varlığının çekişmeli olması durumunda, öncelikle bu hususun ispatlanması gerekir. Fatura muhatabının doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı olarak sözleşme ilişkisini inkâr etmesi halinde, yargılama giderleri ve disiplin para cezasına mahkûm edilmesi mümkündür. Karinenin uygulanması için aranan ikinci şart, faturayı gönderen tarafın tacir olması ve tacirin faturaya konu işi ticari işletmesi bağlamında yapmış olmasıdır. Son olarak, faturaya sekiz gün içinde itiraz edilmemiş olması, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması için

⁷⁹ Ejder Yılmaz, (Medenî Yargılama Hukukunda) Yemin, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 45.

⁸⁰ 13. HD, 31.01.2005, E. 2004/12416, K. 2005/1100 (www.kazanci.com).

⁸¹ İBHGK, 03.03.2017, E. 2015/2, K. 2017/1 (www.lexpera.com): "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olan davalarda tarafların dava ve cevap dilekçeleri ile delil listelerinde 'sair deliller, her türlü delil ve sair deliller' gibi ibarelerin bulunması halinde tarafların yemin deliline başvurmuş sayılmayacakları ve bu kapsamda hâkimin ispat yükü kendisine düşen tarafa 'yemin teklifinde bulunma hakkı' nı hatırlatamayacağı..."

gereklidir. Faturanın muhataba gönderilme şekli ve muhatabın fatura içeriğine ilişkin itirazlarını tacire bildirme şekli hakkında kanunda açık bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması hususundaki karine, medenî usûl hukukunda ispat yükünü taşıyan taraf için ispat kolaylığı sağlayabilmektedir. Zira karine temelinin ispatı, karine sonucunun uygulanmasını gerektirir. Ayrıca karine normunun dikkate alınarak somut olaya uygulanması, hâkimin hukuku uygulama görevi içindedir. Bunun için ise karine temelinin ispatlanması yeterlidir.

Fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesi, ancak faturanın olağan içeriği bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurur. Buna karşılık faturanın olağan içeriğinden sayılmayan kayıtlar faturada yer alsa ve muhatap bu faturaya süresi içinde itiraz etmese bile fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması, bu kayıtlar hakkında uygulanmaz.

Adi kanunî karinelerin varlığı, ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmaz. Faturayı gönderen taraf, karine temeli olan “süresi içinde faturaya itiraz edilmediği”ni ispatlarsa fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucu ortaya çıkar. Fatura muhatabı ise bu durumda karinenin aksini ispat edebilir. Aksini ispat faaliyeti, karine normunda düzenlenen hukukî sonucun engellenmesi maksadıyla yürütülen bir asıl ispat faaliyetidir. Dolayısıyla burada ispat yükü yer değiştirmekte, karşı tarafın kendi lehine ileri sürdüğü başka bir vakia için bağımsız, yeni bir ispat yükü oraya çıkmaktadır.

Faturada, fatura muhatabının imzası bulunmaz. Dolayısıyla bu haliyle fatura, muhatabı için medenî usûl hukukunda kesin delillerden olan senet niteliğinde değildir. Bu nedenle fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasından sonra aksini ispat her türlü delil ile mümkün olmalıdır. Fatura muhatabının, fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılması karinesinin aksini ispatlarken her türlü delile başvurabilmesi, mahkemenin daha adil karar vermesine olanak verir.

Kaynakça

Akil Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, *AÜHFD*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 1-32.

Alangoya Yavuz, *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması*

- İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Atalay Oğuz, Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.
- Bahtiyar Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 15. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Battal Ahmet, "Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydının Niteliği Ve İtiraz Edilmemesi Halinde Sonuçları İle İlgili Yargıtay Uygulaması", XVI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Ayrı Bası), 14 Mayıs 1999, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 77-116.
- Belgesay Mustafa Reşit, "Mahkeme İçtihatları Tahlilleri- İspat Vasıtaları Ve Kanuni Karineler", *İÜHFİM*, İstanbul 1940, C. 6, S. 1, s. 225-237.
- Berkin Necmeddin M., "İspat Hukukunda Senet Delili Ve Yazılı Şekil", *İÜHFİM*, İstanbul 1946, C. 12, S. 4, s. 1175-1192.
- Börü Levent/Koçyiğit İlker, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Börü Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia Ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Brönnimann C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern 1989.
- Çalışkan Murat, "İtiraz Edilmeyen Faturanın Malın Teslim Edilmiş Ve İşin Yapılmış Olduğunu Gösterip Göstermeyeceği", *MÜHAD*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 203-220.
- Deliduman Seyithan, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", *AÜEHFD*, Erzincan 2000, C. 4, S. 1-2, s. 413-435.
- Dirikkan, Hanife, "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar", *DEÜHFİM*, İzmir 2002, C. 4, S. 1, s. 39-75.
- Doğanay İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, C. 1, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Domaniç Hayri, "Fatura ve İspat Kuvveti", *BATİDER*, Ankara 1996, C. 3, S. 4, s. 661-666.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Göksu Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Guggenbühl Markus, Die gesetzlichen Vermutungen des Privatrechts und ihre Wirkungen im Zivilprozess, Dissertation, Schultess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1990.
- İmregün Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.

- Karakaş Fatma Tülay, "Karine Kavramı, Kanunî Karineler Ve Varsayımlar", *AÜHFD*, Ankara 2013, C. 62, S. 3, s. 729-759.
- Kayar İsmail, *Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Kayar İsmail/Turgut Günbay Pınar, "Faturada Yer Alan Vade Farkı Kaydına İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı Hakkında Bir Değerlendirme (Yargıtay İBHGK'nın 27.06.2003 T. ve 2001/1 E, 2003/1 K. Sayılı Kararı)", *EÜHFD*, Kayseri 2006, C. 1, S. 2, s. 151-161.
- Konuralp Halûk, *Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları*, Ankara 2009 (İspat Kurallarının).
- Halûk Konuralp, *Medenî Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin Yayınları*, Ankara 2009 (Yazılı Delil Başlangıcı).
- Kurt Konca Nesibe, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Yetkin Yayınları*, Ankara 2016.
- Moroğlu Erdoğan/Kendigelen Abuzer, *İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Nart Serdar, "Alman Ve Türk Hukukunda Senetle İspat", *DEÜHFD*, İzmir 2007, C. 9, S. 1, s. 207-232.
- Özdamar Mehmet, "Yargıtay Kararları Işığında Fatura İçeriğine İtiraz", *ABD*, Ankara 2008, Yıl: 66, S. 1, s. 219-229.
- Pekcanıtez Hakan, *Medenî Usûl Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Pekcanıtez Usûl).
- Pekcanıtez Hakan, "Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu*, İzmir 2001, s. 389-428 (Elektronik).
- Peksöz Vildan, *Hukuk Muhakemeleri Kapsamında Karineler Ve Faturanın Hukukî Niteliği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Rosenberg Leo/Schwab Karl Heinz/Gottwald Peter, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010.
- Tanrıver Süha, *Medenî Usûl Hukuku, C. I (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması) Yetkin Yayınları*, Ankara 2016.
- Taşpınar Sema, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *AÜHFD*, Ankara 1996, C. 45, S. 1, s. 533-572.
- Tok Ozan/Harika Koltaş, "Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler", *MÜHAD*, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 2665-2691.
- Topuz Gökçen, *Medenî Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları*, Ankara 2012.
- Umar Bilge/Yılmaz Ejder, *İspat Yükü*, 2. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1980.
- Umar Bilge, "Hususî Hukukta Karineler", Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964, s. 181-195.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan N.

- Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ünal Oğuz Kürşat, Fatura ve Teyit Mektubu, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013 (Fatura).
- Ünal Oğuz Kürşat, "Türk Hukukunda Fatura Kavramı Ve Hukukî Mahiyeti", *GÜHFD*, Ankara 1997, C. 1, S. 2 (Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan), s. 41-52 (Kavramı).
- Üstündağ Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Yıldırım M. Kamil, "Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi", *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 107-128.
- Yılmaz Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Zevkliler Aydın/Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA DELİL VE İSPAT EVIDENCE AND PROOF IN DISCIPLINARY INVESTIGATION

Veysel Candan CANOĞLU*

Özet: Her bir kısmi düzen kendi işleyiş ve disiplinini sağlamak zorundadır. Bu kapsamda bazı eylemler yasaklanmakta ve bu eylemlerin işlenmesi halinde belirli yaptırımlar öngörülmektedir. Disiplin cezası vermek içinse doğrudan ceza verme yasağına göre disiplin soruşturmasının yapılması zorunludur.

Disiplin soruşturmasında, disiplin suçuna ilişkin deliller toplanmaktadır. Bu kapsamda soruşturulan ve tanıkların ifadesi alınabilmekte, kurumlardan yazı ve belge talep edilebilmekte, keşif yapılabilmekte, bilirkişiden rapor alınabilmekte ve hukuka uygun her türlü yöntem ile delil elde edilebilmektedir. Bu deliller disiplin amiri veya kurulu tarafından serbest bir şekilde değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda disiplin soruşturmasında kullanılacak deliller ile disiplin suçunun ispatı noktasında delillerin değerlendirilmesi konuları açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Disiplin Soruşturması, Hukuka Aykırı, Dijital, Delil, İspat, Bilirkişi, Keşif, İfade, Soruşturmacı

Abstract: Each institution has to maintain its own functioning and disciplinary order. For this purpose, some actions are prohibited and certain sanctions are issued when these actions are processed. According to the prohibition of direct punishment, disciplinary investigation is necessary to punish.

The evidence is collected through disciplinary investigation. Within this scope, the interrogation of the suspect and witness can be taken, information and documents can be requested from institutions, view can be made, can get report from expert and evidence can be obtained by any method appropriate in the law. These evidences are freely assessed by the disciplinary chief or delegation.

In our study, the evidence in disciplinary investigation and the evaluation of the evidence are explained

Keywords: Disciplinary Investigation, Unlawful, Digital, Evidence, Proof, Expert, View, Interrogation, Investigator

* Avukat, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, av.veyselcanoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1244-8737

GİRİŞ

Etimolojik olarak “disciple” kelimesinden gelip Fransızcadan dilimize geçen disiplin kelimesi, özenle ve titizlikle uyulması gereken sıkı düzen, bir kısım topluluğu yönetmeye yarayan kuralların bütünü anlamına gelmektedir.¹ Mevzuatımızda ise disiplin, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.13’de kanunlara, nizamalara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek şeklinde tanımlanmaktadır.

Disiplin hukuku genel kamu düzeni yerine, dar ve kısmi düzenleri konu almaktadır.² Bu kapsamda disiplin hukuku ile dar ve kısmi düzenlerin hizmetlerini yerine getirebilmesi ve sağlıklı işleyebilmesi için kişilerin görevlerini daha iyi yapması, daha verimli olması, kanunlara uyması ve amirlerinin vermiş olduğu emirleri yerine getirmesi ve hizmetin aksamadan işlemesi için³ kurallar ve yaptırımlar⁴ getirilmektedir.⁵

¹ Oğuz Sancakdar/İlker Tepe, “Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmalarının Temel Esasları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y.2011, C.69, S.1-2, s.251; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2010, s.191; www.tdk.org.tr (ET: 07.11.2017)

² Ceza hukukunun amacı kamu düzeni ve toplumu savunmak iken, disiplin hukukunun amacı hizmetin iyi işlemesine yöneliktir. Bkz. İbrahim Pınar, *Açıklamalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s.308-309. Bununla birlikte hangi eylemin suç hangi eylemin disiplin suçu olarak düzenlenmesi gerektiğine ilişkin genel, evrensel ilke ve ölçütler yoktur. Bkz. Metin Feyzioglu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.48, S.1, s.146.

³ Cemil Cem, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1969, S.5, s.822; Seyfullah Çakmak, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.2010, C.5, S.48, s.71; Ali İhsan İpek, “İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.2, C.1, S.7, s.239; Yasin Sezer/ Ali İhsan İpek, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkisi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.1, S.3, C.1, s.67; Sancakdar/Tepe, s.256.

⁴ Disiplin yaptırımları düzenin korunması ve bozulan düzenin yeniden tesis edilmesi için verilen disiplin tedbirleri ile bozulan düzenin yeniden tesis edilmesi amacıyla, disiplin eylemini gerçekleştiren kişinin cezalandırılması için verilen disiplin cezalarından oluşmaktadır. Bkz. Tahir Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S.30, s.83.

⁵ Gözübüyük/Tan, s.1016-1017. Düzendeki ihlallerin varlığı halinde, amirin sürekli disiplin cezası vermesiyle düzen sağlanamayacağı gibi, bu durum aynı zamanda disiplin amirinin başarısızlığına da neden olmakta ve kurumun etkinlik ve ve-

Ana bir kavram olan disiplin hukuku, kendi içerisinde kamu ve özel disiplin hukuku ile bunların yanı sıra askeri disiplin hukuku ve memur disiplin hukuku gibi alt başlıklardan oluşmaktadır.⁶ Kendine özgü yapı ve işleyişe sahip olması nedeniyle neredeyse her bir kısmi düzenin disiplin suç ve cezaları ile soruşturma usulü gibi konuları düzenleyen müstakil kanun veya yönetmelikler⁷ bulunmaktadır.⁸ Ayrıca bu nedenle henüz kodifiye edilmemiş bir alan olan⁹ disiplin hukukun-

rnililiğini de olumsuz yönde etkilemektedir. Bkz. Cem, s.823. Disiplin cezasının yanı sıra aşağılamak, baskı girişiminde bulunmak, gözdağı vermek ve mobbing uygulamak gibi eylemlerin yapılması, kurumda disiplini olumsuz etkilediği gibi hukuka da aykırıdır. Bkz. Ümit Güveyi, "Memur Disiplin Hukukunda Mobbing", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.18, S.1-2, s.1474. Bunlara karşın, disiplin hukukunda kurallar ve yaptırımların yanı sıra onarıcı ve yapıcı faaliyetler de mevcuttur. Örneğin amirin astlarını anlamaya çalışması, motive etmesi, sorunları konusunda yardımcı olması ve yol göstermesi de disiplin hukukunun bir bölümünü oluşturmaktadır. Bkz. Ahmet Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.25, s.63.

⁶ Güveyi, s.1463-1464; Yılmaz Günel, "Disiplin Cezaları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.13, S.2, s.191.

⁷ Hâkim ve savcılar için 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'na (HSKK) ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na (HSK); Asker kişiler için, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'na; Memur kişiler için, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na; Avukatlar için, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'na; Hükümlüler için, 5275 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a bakılmaktadır.

⁸ Özellikle kamuya ait disiplin kurallarına ilişkin DMK gibi genel bir kanunun yanı sıra özel kanun ve ilgili örgütün çıkardığı yönetmelikler de bulunmaktadır. Ancak özel sektörde her bir işletmenin kendine özgü bir disiplin mevzuatı olmadığı gibi, bu ortamda büyük bir ihtiyaç olmasına rağmen kamudaki gibi bir genel disiplin mevzuatı da bulunmamaktadır. Bu sebeple İş Kanunu m.18/1' de disiplin cezasını gerektiren yasaklı eylemler "davranış" kelimesi ile belirtilmekte olup özellikle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi konusunda büyük bir karışıklık bulunmaktadır. Bkz. Taşkın, Disiplin, s.62-64. Özel disiplin hukuku alanındaki bu eksiklik, ilgili alandaki örneğin iş yerlerindeki disiplini olduğu gibi, iş hukukuna ait genel ilkeler ile doldurulmaktadır. Bkz. Sarper Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Çalışma ve Toplum*, Y.2011/1, S.28, s.10.

⁹ Her bir kurumun ayrı disiplin mevzuatı olduğu gibi, aynı kurum için farklı disiplin mevzuatının varlığı da dağınıklığın ne derecede olduğunu göstermektedir. Bu noktada dağınıklığın giderilmesi için askeri disiplin hukukunda olduğu gibi 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gibi temel kanunlar çıkarılabilmektedir. Nitekim 211, 477 ve 1632 sayılı Kanunlar'da yer alan disiplin işlemleri söz konusu kanunda tek çatı altında toplanmıştır. Bkz. Mehmet Alkan, "6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2015, S.117, s.169. Uygulamada yeknesaklığın ve ortak bir uygulamanın oluşturulması amacıyla, en azından ortak hükümler içeren bir kanunun yapılması faydalı olacaktır. Bkz. Taşkın, Disiplin, s.88. Buna karşın, her kurumun kendi disiplinini sağlaması amacıyla disiplin mevzuatının dağınık olması gerektiği; hatta kodifiye edilmiş bir disiplin hukukunun yarardan ziyade zararlı olacağı da ileri sürülmektedir. Bkz.

da, ortak bir rejimden söz edilemez.¹⁰ Bu durum ise temel konularda dahi belirsizlik ve farklılığa neden olduğundan şeffaf olmayan ve nasıl yürüdüğü belli olmayan disiplin rejimine ortam hazırlamaktadır.¹¹

Disiplin mevzuatındaki boşluklardan dolayı, özellikle deliller konusundaki belirsizliğin giderilmesi, disiplin soruşturmaları için büyük bir önem arz etmektedir. Nitekim disiplin soruşturmasına konu olan eylemin kim tarafından işlendiği deliller ile ortaya konulmaktadır. Bu kapsamda her bir delilin toplanması, incelenmesi ve muhafaza altına alınması ile her bir delilin ispat değeri özellik göstermektedir. İşte, çalışmamızda şekli disiplin hukukuna dâhil olan delil ve ispat konuları açıklanmaktadır.¹² Bu noktada kamu disiplin hukukuna ait soruşturmalarda uygulanması gereken ortak asgari standartlar çerçevesinde delil elde etme yöntemleri, hukuka aykırı deliller ve delillerin ispat değeri konuları açıklanmaktadır.

I. GENEL OLARAK DİSİPLİN SORUŞTURMASI

Disiplin soruşturması,¹³ bozulduğu varsayılan kısmi düzenin yeniden tesis edilmesi için disiplin suçuna konu eylemin cezalandırılması amacıyla yapılan, kendine özgü işleyiş ve özelliklere sahip olan bir inceleme ve araştırma faaliyetidir. Her bir düzenin kendisine ait disiplin mevzuatında, disiplin soruşturmasına ilişkin hükümler farklı şekillerde düzenlenmektedir. Ancak yine de bir takım ortak noktalar mevcuttur. Soruşturmaya başlanması, eylemin araştırılması ve buna

Günel, s.196.

¹⁰ Gittikçe tekil bir hal almaya başlayan Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde dahi disiplin hukuku konusunda bir mutabakata varıldığı söylenemez. Nitekim her bir ülkedeki disiplin hukuku kuralları birbirinden farklı özellikler içermektedir. Bkz. Güveyi, s.1466.

¹¹ Eylem Baş, "Hâkimlerin ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2016, S.3, s.354.

¹² Sancakdar/Tepe, s.257.

¹³ Disiplin soruşturması yerine öğretici ve mevzuatta disiplin kovuşturması ile disiplin yargılaması kavramları da kullanılmaktadır. Esasen farklı bir terimin kullanılmasından yana olsak da çoğunluğun kullandığı üzere biz de disiplin soruşturması kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Ancak yine de bazı durumlarda disiplin yargılamasından bahsetmek de mümkündür. Örneğin anayasal teminata sahip olan bağımsız hâkimler tarafından disiplin mahkemesinde yapılan faaliyetin, gereken diğer koşulların varlığı halinde disiplin yargılaması olarak kabul edilmesi mümkündür.

ilişkin delil elde edilmesi, soruşturulanın savunmasını yapması, yetkili merciin kararını vermesi, karara itiraz edilmesi gibi konular disiplin soruşturmalarının hepsinin ortak birer unsurudur. Buna karşın örneğin disiplin soruşturmasındaki yetkili kişi ve makamlar, işlemlerin tabi olduğu süreler gibi birçok konuda farklılıklar bulunmaktadır.

Disiplin mevzuatlarının dağınık ve eski tarihli olması, disiplin soruşturmalarına ilişkin hükümlerin yetersiz olması ve genel bir disiplin usul kanununun olmaması gibi nedenlerden dolayı disiplin soruşturmalarında uygulanacak hükümlerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda ilk olarak kurumun disiplin mevzuatında var olan hükümler uygulanmalı; eksiklik, diğer kanunlarda yer alan hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla ve ilkelerin hayata geçirilmesiyle doldurulmalıdır. Özellikle klasik idare hukuku ile ceza hukukunun kesiştiği bir noktada bulunan disiplin soruşturmalarında, idare ve ceza hukukuna ait ilkeler nitelikleri itibarıyla uygulanabilmektedir.¹⁴ Ayrıca normlar hiyerarşisine göre Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde yer alan hükümlerden örneğin suçta ve cezada kanunilik ilkesi,¹⁵ kanunu

¹⁴ Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması Ve Cezalandırma Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2014, S.4, s.339; İdare hukukundaki usul kurallarının yanı sıra ceza hukukunda kişilerin korunmasına yönelik düzenlenen ilkelerin de uygulanması gerekmektedir. Bkz. Ali D. Ulusoy, *İdari Yaptırımlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.104. Savunma hakkı, tanık dinletme, soruşturmacının soruşturulan ile husumet içinde bulunmaması, kendini vekil ile temsil ettirme, hakaret ve müessir fiillerde tahrik edici fiillerin göz önüne alınması gibi durumlar nedeniyle disiplin hukukunun daha çok ceza hukukuna yakın bir hal almaya başladığı söylenebilir. Bkz. Bahattin Duman, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, Şeçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2012, s.29.

¹⁵ Disiplin cezalarının mutlaka kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bkz. Gözübüyük/Tan, s.1021. Ancak disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması tartışmalı bir konudur. Günal'a göre disiplin suçu oluşturan eylemlerin her alan ve mesleğe göre değişiklik göstermesi nedeniyle her bir suç tipi için ayrıntılı düzenleme yapılması mümkün olmamakta, bu nedenle ortaya çıkan boşluğun disiplin açısından olumsuz sonuç vermesinin engellenmesi amacıyla idare bizzat disiplin suçu yaratabilmelidir. Bkz. Günal, s.195, 211. Gözler de idarenin disiplin suçunu belirleyebileceğini savunmaktadır. Ancak yine de idare bu konuda tamamen serbest olmadığı için disiplin suçunu kıyas yoluyla oluşturmalıdır. Bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım, 10. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa 2010, s.659, 661. Pınar ise disiplin suçlarını belirleme konusunda idareye bırakılan yetkinin, hâkimin denetimi altında disiplin amiri tarafından kullanılabilmesine işaret etmektedir. Bkz. Pınar, s.308. Karşıt görüşe göre disiplin suçları ancak kanun ile düzenlenmelidir. Alkan'a göre, disiplin suçlarının açık bir şekilde belirli olmaması, aynı veya benzer eylemlerin başka soruşturmalarda farklı yo-

bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi,¹⁶ suç ve cezaların geçmişe yürüme yasağı, lehe kanunun uygulanması,¹⁷ hukuka aykırı bulguların delil

rumlanması nedeniyle esaslı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bkz. Alkan, s.170. Kaya ise bu konuda Anayasanın gayet açık olduğunu ve herhangi bir istisnanın olmadığını belirtmektedir. Disiplin suçlarını belirleme yetkisinin idareye verilmesi keyfi uygulamalara yol açabilmektedir. Bkz. Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Y.2005, C.38, S.2, s.65. Diğer yandan Anayasa ve TCK'da her ne kadar suç ve cezaların kanuniliğine yer verilmiş ise de DMK m.125'te kıyasın yapabileceği ve İş Kanunu m.38'de ise ücret kesme cezasına konu olan eylemlerin toplu sözleşmelerde veya iş sözleşmelerinde gösterilebileceği yer almaktadır. Yani disiplin suç ve cezaları yasama organının yanı sıra idare hatta özel sektördeki işverenler tarafından dahi düzenlenebilmektedir. Bkz. Süzek, s.12-13. Danıştay ise disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiği yönündeki görüşünden dönmüş ve disiplin cezası verilebilecek eylemlerin kanun yerine yönetmelikte de düzenlenebileceği görüşünü benimsemiştir. Bkz. Ulusoy, s.89-90. Anayasa Mahkemesi 2013/28 esas, 2013/106 karar sayılı ve 3.10.2013 tarihli kararı ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.48/1'de yer alan "37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar" şeklinde yer alan düzenlemeyi "Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür." gerekçesi ile iptal edilmiştir. Buna ek olarak Anayasa Mahkemesi 2014/100 esas, 2015/6 karar sayılı ve 14.01.2015 tarihli kararıyla 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53'te yer alan "Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir" şeklindeki düzenlemeyi, 2015/85 esas, 2016/3 karar sayılı ve 13.01.2016 tarihli kararıyla 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu m.83'te yer alan "Gerek inzibat komisyonları tarafından ve gerek salahiyet dairesinde re'sen verilecek inzibat cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunur." şeklindeki düzenlemeyi ve 2016/182 esas, 2017/11 karar sayılı ve 14.06.2017 tarihli kararıyla 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m.56'da yer alan "Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personelinin işe alınmasındaki usul, şartlar, atanma, terfi, nakil, işe son verme, disiplin cezaları ve sicil ile ilgili konuları personel yönetmeliğinden düzenlenir" şeklindeki düzenlemeyi "disiplin cezaları" ibaresi yönünden iptal etmiştir.

¹⁶ Kaya, s.68.

¹⁷ Esasen ceza hukuku kaynaklı olan lehe kanunun uygulanması kurumunun disiplin soruşturmalarında da uygulanması mümkündür. Bu duruma örnek olarak in-

olarak kullanılamaması, savunma hakkının kutsallığı ve sınırlandırılmaması, ölçülülük ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi,¹⁸ aynı fiilden dolayı bir kez ceza verilir ilkesi,¹⁹ eşitlik ilkesi²⁰ gibi pek çok kurum bütün disiplin soruşturmalarında uygulama alanına sahiptir.

Bu noktada bir disiplin soruşturmasının genel olarak yürüyüşünü açıklamak gerekirse, kısmi düzeni konu alan disiplin hukukunda, disiplin suçları da özgü suç niteliğindedir.²¹ Bu nedenle İHAM'ın da belirttiği üzere,²² disiplin cezası herkes hakkında verilemeyeceğinden, disiplin soruşturması da ancak ilgili düzene tabi olan kişiler hakkında yapılabilmektedir.²³

tihal suçu gösterilebilir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde düzenlenen intihal suçuna ilişkin hükümler Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından iptal edilmiştir. Sonuçta bu fiili yasaklayan ve yaptırma bağlayan bir kural ortada kalmadığından ve sonradan çıkarılacak olan düzenlemelerin de geçmişe yönelik uygulanamamasından dolayı, artık bu zaman diliminde işlenen intihal eyleminden dolayı disiplin cezası verilemeyecektir. Bkz. Demircioğlu, s.331-339.

18 Disiplin soruşturmasında eylemin soruşturulan tarafından işlendiğinin net bir şekilde ispat edilmesi gerekir. Özellikle öğrenci ve asker disiplin uygulanmalarında, soruşturmanın ortaya çıkarılmaması halinde kolektif sorumluluk anlayışına göre ceza verilmesi hukuka aykırıdır.

19 Non bis in idem ilkesi adli suç ile disiplin suçu arasında uygulanmasa da bir fiilden dolayı birden fazla disiplin cezası verilmesi bu ilkenin ihlalini oluşturur. Bkz. Yücel Oğurlu, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis In Idem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, Y.2003, s.108. Bu durumda ceza fikri içtima kurallarına göre belirlenmelidir. Bkz. Onur Karahanogulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S.3, s.63. Ancak aynı eylem başka kısmi düzenlere ait disiplin kurallarını ihlal etmiş ise, bu durumda her bir kurum disiplin soruşturması yaparak ceza verebilmektedir. Bkz. Sancakdar Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları*, Ankara 2001, s.312. Danıştay'ın ise bu konuda kanunla bir istisna görülmediğinden aynı eylemden dolayı adli cezanın yanı sıra disiplin cezası verilebileceğini ilişkin yerleşik içtihatleri bulunmaktadır. Bkz. Ulusoy, s.115.

20 Günal, s.196; Taşkın, *Disiplin*, s.76; Bkz. Kadir Korkmaz, "Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2009, C.13, Sayı.1-2, s.249-250.

21 Karahanogulları, s.58.

22 İHAM Weber ve İsviçre kararında, disiplin cezalarının ortak özelliğinin sadece belirli gruplara mensup olan üyelerin, belirli davranış kurallarını ihlal etmeleri halinde verilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Feyzioğlu, *Suçsuzluk*, s.147.

23 Günal, s.192; Taşkın, *Disiplin*, s.67; Alkan, s.185; Çakmak, s.72; Duman, s.27. Pınar, s.308.

Disiplin soruşturması ihbar²⁴ ve şikâyetin²⁵ yanı sıra başka idari mercilerce yapılan bildirim, doğrudan öğrenme, basın yoluyla öğrenme, teftiş ve inceleme sırasında öğrenme gibi çeşitli şekillerde eylemin öğrenilmesi üzerine verilen bir soruşturma emri üzerine başlamaktadır.²⁶ İhbar veya şikâyetin işleme konulabilmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmayan hallerde²⁷ disiplin amirinin re'sen harekete geçerek soruşturmayı başlatması ve eksiklikleri gidermesi gerekmektedir.

Yetkili merci tarafından eylem öğrenildikten sonra, doğrudan disiplin cezası verme yasağına göre, ceza verilebilmesi için soruştur-

²⁴ TCK m.279'da kamu görevlisinin, ceza yargılamasının yapılmasını gerektiren bir suçu göreviyle bağlantılı olarak öğrenmesi halinde yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünün olduğu görülmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda ilgilinin cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.12'de kamu görevlisinin söz konusu Yönetmelikte bulunan etik davranış ilkeleriyle bağdaşmayan veya yasadışı olan iş veya eylemden haberdar olması halinde, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda ilgilinin disiplin sorumluluğu doğmaktadır. Bkz. Çakmak, s.85.

²⁵ Şikâyet üzerine başlayan disiplin soruşturmasında, sonradan disiplin kuralının ihlali nedeniyle mağdur olan kişinin şikâyetini geri alması soruşturmayı durdurmaktadır. Bkz. Baş, s.295. "Her ne kadar şikâyetçi şikâyetinden vazgeçmiş ise de, disiplin kovuşturmasının yürütülmesi ve karara bağlanması ilgilinin şikâyetinde ısrar etmesine bağlı olmayıp şikâyetçiyi tatmin amacına da yönelik değildir." Bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu E:2003/13, K:2003/118, KT:19.04.2003, M. Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008, s.153-154.

²⁶ Gözler, s.663; Pınar, s.323. Soruşturma açmaya disiplin amirleri yetkilidir. Bu kapsamda soruşturma emrini disiplin amiri doğrudan verebileceği gibi, yapılan teftiş ve incelemeler sebebiyle müfettişlerin de talebi üzerine disiplin amiri soruşturma emri verilebilmektedir. Bkz. Sancakdar, s.253, 257.

²⁷ Bazı mevzuatlarda bütün ihbar ve şikâyetlerin değerlendirilemeyeceği, ancak kanunda sayılan unsurları taşıyan ihbar veya şikâyetin işleme konulacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Örneğin 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun m.4'te, dilekçeyi gönderen kişinin adı, soyadı, imzası ve ikametgâh bilgilerinin bulunması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde m.6'ya göre dilekçe işleme konulmamaktadır. 2802 sayılı HSK m.97'de ise gerekli şartları taşımayan ihbar veya şikâyete dair dilekçelerin işleme konulamayacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda ihbar veya şikâyet üzerine hemen soruşturmaya başlamak yerine, dilekçe şekil ve içerik yönünden incelendikten sonra soruşturmaya başlayıp başlama konusunda karar verilmektedir. Bkz. Duman, s.74-76. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği m.65'te ihbar veya şikâyete dair bazı bilgilerin verilmesinin yanı sıra, şikâyetin mahiyeti ve genişliğine göre baro başkanı tarafından istenen masraf avansının ödenmemesi durumunda da şikâyet işleme konulmamaktadır.

maya başlanması bir zorunluluktur.²⁸ Bu yetkinin kimde olduğu her örgütte değişiklik göstermektedir. Genel olarak disiplin amiri²⁹ olarak tanımlayabileceğimiz kişinin yanı sıra bazı özel düzenlemelerde bu yetkinin müfettiş gibi başka kişilere verildiği de görülmektedir.³⁰

Disiplin soruşturması kural olarak gizlilik esasına göre yürütülmektedir.³¹ Ancak bu gizlilik, soruşturulana karşı mutlak bir şekilde uygulanmamalıdır. Nitekim gerçeğin ortaya çıkarılması ancak soruşturmanın çekışmeli bir şekilde yapılmasına bağlıdır.³² Bu nedenle soruşturulana hakkındaki isnadı öğrenmesi, delilleri görmesi, soru sorması, cevap vermesi, delil ileri sürmesine ilişkin imkânın sağlanması bir zorunluluktur.

Soruşturmaya başlandıktan sonra, görevlendirilen soruşturmacı vasıtasıyla soruşturulan ile tanıkların ifadeleri alınmakta, deliller toplanmakta ve diğer gerekli işlemler yapıldıktan sonra hazırlanan soruşturma raporu üzerine³³ artık karar verme aşamasına geçilmektedir. Genel olarak ihtar, uyarı ve kınama gibi hafif cezaları verme yetkisinin disiplin amirine, meslekten çıkarma gibi ağır cezaları verme yetkisinin

²⁸ Kaya, s.80; Ulusoy, s.50. "Disiplin kurulları, disiplin cezasına esas fiilin kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ancak bir soruşturma raporunu değerlendirerek tespit edebilecekler ve bu rapora dayalı olarak ceza tayinine gidebileceklerdir." Karar için bkz. İDDK, E:2004/611, K:2007/2412, KT:29.11.2007, www.kazanci.com.tr.

²⁹ Disiplin soruşturmasını başlatmaya ve disiplin cezası vermeye yetkili makam her mevzuatta değişiklik gösterebilse de çalışmamızda, tekdüzeliğin sağlanması için disiplin amiri kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

³⁰ HSK m.82'de Adalet Bakanının soruşturmayı adalet müfettişleri veya eşit veya daha kıdemli hâkim veya savcılar aracılığıyla da yaptırabileceği yer almaktadır. Adalet Bakanlığı'nın görevlendirdiği müfettişler tanıkları yeminle dinleme, delil toplama gibi soruşturma işlemlerinin hepsini Adalet Bakanı adına yapmaya yetkilidir. Bkz. Sibel İnceoğlu, "Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2007, S.72, s.65.

³¹ Baş, s.303; Sancakdar, s.311.

³² Ulusoy, s.50. Esasen çelişme usulü, ceza yargılamasına ait bir özelliktir. Ancak disiplin soruşturmalarının gittikçe ceza yargılamasına benzemesi nedeniyle disiplin makamları yargılama organı olmasa dahi çelişme usulü gibi yargıya ait usullerden bazılarını uygulayabilmektedir. Bkz. Gözler, s.664.

³³ Bu raporda soruşturma onayı, soruşturmaya başlama tarihi, soruşturulanın kimliği, soruşturma kapsamında yapılan işlemler, elde edilen deliller ile hangi suçların olabileceği ile cezaları belirtilir. Bkz. Gözler, s.665. Soruşturma raporunun hazırlanmaması ya da eksik hazırlanması hukuka aykırıdır. Bkz. Dş. 12.D, E:2012/5320, K:2015/6586, KT:08.12.2015, www.sinerjimevzuatcom.tr.

ise kurullara tanındığı görülmektedir.³⁴ Belirtmek gerekir ki disiplin cezasına karar verme yetkisi, soruşturmayı başlatma yetkisinden farklı olduğu için, rütbe ve kıdem gibi unsurlardan ziyade mevzuatta belirtilen kişi veya makam tarafından bu yetkinin kullanılması gerekmektedir.³⁵

Artık soruşturmanın sonunda yapılacak bir işlem kalmadığında yetkili kişi veya kurul tarafından, dosyadaki delillerin durumuna göre disiplin cezası ya da disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmektedir.³⁶

Verilen disiplin cezalarına karşı kural olarak itiraz edilebilmekte ve yargı yoluna başvurulabilmektedir.³⁷ Bu kapsamda soruşturulan, mensubu olduğu kurumdaki ilgili mercie itiraz etme hakkına sahiptir.³⁸ İtiraz yolu her bir kurumun yapısına göre değişiklik gösterebilmektedir. İtirazı inceleyen merci ise ikinci disiplin amiri olabileceği gibi başka bir kişi veya kurul da olabilmektedir. İkinci olarak, disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvurarak işlemin iptali de talep edilebilmektedir. Bu iki yolun yanı sıra, cezayı veren disiplin amirinin, disiplin cezasını geri alması gündeme gelmektedir. Ancak doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, Danıştay'a göre bir idari işlem olan disiplin cezasının geri alınması mümkün değildir.³⁹

³⁴ Taşkın, Disiplin, s.87. Disiplin cezası verme yetkisi olmamasına rağmen cezanın verilmesi durumunda cezanın iptali gerekmektedir. Bkz. Dş. 12.D. E:2015/1076, K:2015/6150, KT:25.11.2015, www.sinerjimevzuatcom.tr.

³⁵ Danıştay bir kararında, rektörün bir üniversitede en üst yetkili kişisi olmasına rağmen ilgili yönetmelikte disiplin cezası vermeye ilişkin yetkisinin açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle, dekan yerine verilmesi gereken disiplin cezasının rektör tarafından verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Bkz. İDDK, E:2006/2042, K:2010/448, KT:11.03.2010, www.kazanci.com.tr.

³⁶ Baş, s.299.

³⁷ Anayasa m.129/3'e 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile uyarma ve kınama cezaları için getirilen sınırlama kaldırılmış ve bütün disiplin cezaları için yargı denetimi mümkün kılınmıştır. Ayrıca bu madde Kamu Hizmeti Görevlileriyle İlgili Hükümler kısmı başlığı altında düzenlenmiş olsa da iş hukuku gibi diğer disiplin hukuku alanlarında da uygulanmalıdır. Bkz. Taşkın, Disiplin, s.75.

³⁸ Cem, s.832.

³⁹ Danıştay verdiği kararlarda disiplin cezalarına karşı süresi içerisinde itiraz yoluna gidilmemesi veya yapılan itirazın reddedilmesi durumunda kararın kesinleşeceğinden geri alınmayacağını gerekçe göstermektedir. Yazar ise disiplin cezalarının kesinlik kazanması durumunda yargı yoluna başvurma hakkının varlığını korumasından dolayı yargısal değil sadece idari kesinlik kazanacağını; ancak bu durumda dahi disiplin cezası gibi kişilere bir takım yükümlülükler getiren ve aleyhe olan işlemlerin geri alınabilmesinin hukuki güvenlik ilkesine aykırı oldu-

II. SORUŞTURMACI VE DELİL TOPLAMA YETKİSİ

Klasik bir ceza yargılamasındaki tez, antitez ve sentez ayrımı disiplini soruşturmasında bulunmamaktadır. Nitekim disiplin soruşturmasında kimi zaman iddia ve karar mercileri aynı kişi veya makamda birleşmektedir. Gerçekten de disiplin soruşturmasını başlatıp kişiye suç isnat edebilen disiplin amiri, aynı zamanda soruşturma sonucunda disiplin cezası verme yetkisine de sahiptir. Ancak soruşturmayı yapan kişi ile cezayı veren kişinin aynı kişi olması kanımızca kabul edilebilir bir durum değildir. Nitekim soruşturmanın daha iyi yapılabilmesi ve hukuki güvenlik ilkesi gereğince, Danıştay'ın kararlarında da belirttiği üzere, soruşturma bizzat disiplin amiri tarafından yapılmamalıdır.⁴⁰ Ayrıca disiplin cezasına ilişkin kararın kurul tarafından alınması halinde ise, soruşturmacıya oy verme hakkı tanınmamalıdır.⁴¹ Bu nedendir ki ayrı bir soruşturmacı görevlendirilmelidir. Nitekim görevlendirilen soruşturmacı ise disiplin amirinin sahip olduğu yetkileri kullanmaktadır.⁴²

Soruşturmacının görevini yapabilmesi için bağımsızlığının⁴³ yanı sıra tarafsızlığının⁴⁴ sağlanması da oldukça önemlidir. Nitekim adil işlemler yapmak kadar adil görünmek de önemlidir.⁴⁵ Bu yetkilerin baskıdan uzak ve bağımsız bir şekilde kullanılabilmesi için soruşturmacının soruşturulana nazaran mevki olarak üstü veya en azından eşiti olması önemlidir.⁴⁶ Nitekim etkin bir soruşturma, hiçbir etki ve baskı altında kalmadan yansız ve objektif bir şekilde yapılan işlemler

ğunu ileri sürmektedir. Bkz. F. Ebru Gündüz, "Disiplin Cezaların Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2016, C.20, Sayı.1, s.415-418.

⁴⁰ Dş. 12.D, E:2015/1975, K:2017/3074, KT:07.06.2017, www.sinerjimevzuatcom.tr.

⁴¹ İDDK, E:1992/316, 1992/164, KT:23.10.1992, www.kazanci.com.tr.

⁴² Sancakdar, s.261.

⁴³ Danıştay birçok kararında soruşturmacının bağımsız kişiler arasından seçilmesi gerektiğini belirtse de bağımsızlığın ne olduğu ve nasıl güvenceye alınması gerektiği gibi detaylardan söz etmemektedir. Bkz. Dş. 12.D, E:2012/13342, K:2016/2175, KT:13.04.2016, www.sinerjimevzuatcom.tr.

⁴⁴ Kaya, s.83.

⁴⁵ Öztekin, s.816.

⁴⁶ Gerçekten de denetleme ve disiplin gibi konularda yetki kullanan ve aleyhe kararlar verebilen kişilerin, görevlerini gereği gibi yapabilmesi bu kişilerin bağımsız olması veya en azından dışarıdan gelen baskıların engellenmesine bağlıdır. Bunun için bir takım güvence ve teminatların getirilmesi gerekmekte veya bu kişilerin rütbe ve makam olarak üst konumda olan kişiler arasından görevlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin askeriyede denetleme başkanı korgeneral veya koramiral rütbesine sahip kişiler arasından görevlendirilmektedir.

ile gerçekleşmektedir.⁴⁷ Bunun için soruşturmacının, disiplin amirine doğrudan bağlı olmayan ve aynı zamanda soruşturulan ile arasında herhangi bir husumet bulunmayan kişiler arasından görevlendirilmesi gerekir.⁴⁸ Ayrıca soruşturmacının soruşturma konusu olay ile soruşturma işlemleri hakkında yeterince bilgi ve deneyime sahip olması önemlidir. Aksi bir durumda, yani soruşturmacının yanlı davranması veya görevini gereği gibi yapmaması durumunda soruşturmacının reddi istenebilir.⁴⁹

Ayrıca soruşturmacının görevlendirilmesindeki usule de dikkat etmek gerekmektedir. Nitekim amaç maddi gerçeğin⁵⁰ ortaya çıkarılması olsa da soruşturmacının yetkisiz olması işlemlerin geçerliliğini etkilemektedir. Örneğin görevli olmayan bir kişi tarafından alınan ifade geçerli olmadığı için, ifade alma işleminin tekrarlanması gerekmektedir. Ancak yine de örneğin imkânsızlık durumunda olduğu gibi, bu kuralın katı uygulanması nedeniyle doğabilecek olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için, her duruma göre bir değerlendirme yapılabilir.

Etkin bir soruşturma için, soruşturmacının taşınması gereken şartların yanı sıra soruşturmacıya tanınan imkânların da elverişli olması zorunludur. Bu kapsamda gerektiğinde kişi ve merciler ile iletişime geçme veya yazışma yapma, delilleri toplama gibi hususlarda gereken kolaylıklar tanınmalıdır. Özellikle dijital delillerin incelenmesinde olduğu gibi bazı işlemler maliyetli olabilmektedir.⁵¹ Nitekim uygulamada kimi zaman maddi imkânsızlıklardan dolayı keşif yerine gidilememekte ve bilirkişiye başvurulamamaktadır. Bu tür sıkıntıları gidermek amacıyla soruşturmacıya belirli bir bütçenin ayrılmasını yararlı gör-

⁴⁷ Mısır, s.86.

⁴⁸ Ulusoy, s.50.

⁴⁹ Örneğin AK m.151'de "Disiplin kurulu üyeleri, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı sebeplerle reddedilebilir ve istinkâf edebilirler." şeklinde yer alan hükme benzer bir hüküm diğer disiplin mevzuatlarında yer almasa bile kıyasen uygulanmalıdır. Hatta amaç gerçeği ortaya çıkarmak olduğu için, soruşturmacı ile disiplin amirinin reddedilmesi de mümkündür.

⁵⁰ Yazara göre, örneğin duruşmanın düzenini bozan kişiye mahkeme tarafından disiplin cezası verilmesi durumunda burada amaç düzenin korunması olduğundan disiplin yaptırımları bakımından maddi gerçeğin bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. Muratoğlu, s.90.

⁵¹ Cemal Araalan, "Türk Hukukunda Dijital Deliller", www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2015_Summer/GSI_Articleletter_2015_Summer_Article15.pdf, s.207.

mekteyiz. Ayrıca yine soruşturmacının görevini gerektiği gibi yapabilmesi için iş yüküne ilişkin hususlara da dikkat edilmelidir.

Soruşturmacı, görevlendirme yazısında belirtilen hususları yerine getirmekle yükümlüdür. Bunlar ise genel olarak eyleme ilişkin gerekli incelemeleri yapmak ve delilleri toplamaktan ibarettir. Bunun yanı sıra disiplin amiri tarafından özel olarak belirtilmese de soruşturmacı kendiliğinden gerekli gördüğü işlemleri yapmak ve delilleri toplamak yetkisine sahiptir.

Disiplin mevzuatlarında delil elde etme yöntemlerinden bazıları düzenlenmiş olsa da amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu için delil serbestisi ilkesi⁵² gereği, her türlü delil kullanılabilir. Keza soruşturmacı da olaya ilişkin bütün delilleri toplamakla yükümlüdür. Bu çerçevede soruşturmacı, soruşturulan ile tanıkların ifadesini almak, keşif yapmak, bilirkişi incelemesi yaptırmak ve her türlü delil ve belgeyi toplamak ve kurumlardan talep etmek yetkisine sahiptir.

Delillerin kaybolmaması veya zarar görmemesi için delil toplama işlemlerine derhal başlanmalıdır.⁵³ Soruşturmacı maddi gerçeği ortaya çıkarmakla yükümlü olduğu için soruşturulanın lehine⁵⁴ ve aleyhine olan bütün delilleri toplamalıdır. Ayrıca deliller sadece eylemin varlığı ya da yokluğuna ilişkin olmamalı, cezayı azaltan veya kaldıran nedenlere ilişkin deliller de toplanmalıdır. Örneğin hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde disiplin suçu oluşmadığından, hukuka uygunluk sebepleri ile bunun yanı sıra kusur yeteneğini ortadan kaldıran sebeplere ilişkin deliller de toplanmalıdır.⁵⁵ Sonuçta toplanan bütün deliller tutanak altına alınmalıdır.⁵⁶

⁵² Katı delil sistemine karşı serbest delil sisteminde, deliller kanunda belirtilmesine karşı, bu sayım tahdidi olmadığından ispat aracı olabilecek her şey delil olarak kabul edilebilmektedir. Bkz. Alper Bulur, "E-İspat", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.66, S.2, s.96.

⁵³ Ulusoy, s.50.

⁵⁴ Ayrıca deliller konusunda salt itham delili, savunma delili ve resen toplanan delil gibi bir ayırım veya fark bulunmamaktadır. Bkz. İbrahim Açı, "Delil", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1975, S.4, s.479. Danıştay'a göre de disiplin soruşturmasında aleyhe delillerin yanı sıra lehe delillerin toplanması da gerekmektedir. Bkz. Dş. 12.D, E:2015/1975, K:2017/3074, KT:07.06.2017, www.sinerjimevzuatcom.tr.

⁵⁵ Sancakdar, s.289-290.

⁵⁶ Gözler, s.664.

Soruşturmaya konu olan eylem dışında, başka bir disiplin soruşturmasını gerektiren eyleme ilişkin delil elde edilirse, bu durumda tesadüfen elde edilen delilden bahsedilmelidir. Burada artık tesadüfen elde edilen delil yeni ve başka bir disiplin soruşturmasının konusunu oluşturmalıdır. Bu nedenle soruşturmacı söz konusu durumu ilgili mercie bildirmeli ve durumu tutanak altına almalıdır.

III. DİSİPLİN SORUŞTURMASINDA DELİLLER VE DELİL ELDE ETME YÖNTEMLERİ

Disiplin soruşturmasında iddia ve savunmayı ispata yarayan araçlara delil denilmektedir.⁵⁷ Disiplin amiri olayın gerçekleştiği tarihe geri dönemeyeceği için, deliller aracılığı ve yardımıyla olayın nasıl gerçekleştiği konusunda bilgi sahibi olmakta ve kararını vermektedir.⁵⁸ Bu noktada tek başına ispata elverişli olmayan belirti gibi kavramlardan ayrılan delil kavramı, kararın dayanağını oluşturmaktadır.⁵⁹

Disiplin mevzuatlarında deliller konusunda genel olarak ifade, keşif ve bilirkişiye ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların yanı sıra ilgili kamu kuruluşlarında olan gerekli bütün belgeler, defterler, kayıtlar ve eşyalar toplanabilmekte ve başka kurumlarda olanların getirilmesi talep edilebilmektedir.⁶⁰ Nitekim görevliler bu talebi yerine

⁵⁷ Sancakdar, s.264.

⁵⁸ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2015, s.498.

⁵⁹ Belirtiler tek başına ispat için yeterli olmadığından ancak başka belirtiler ile desteklenerek delil niteliğine kavuşması halinde ispat için yeterli olabilmektedir. Belirtilerin bir araya getirilmesi durumunda, arada mutlaka boşluklar olmaktadır ve bu boşluklar kimi zaman karineler ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Örneğin, olay yerinde bulunan parmak izi, kişinin orada olduğunu ispatlarsa da suçun o kişi tarafından işlendiğini ispat için tek başına yeterli değildir. Bkz. Metin Feyzi-oğlu, "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2000, S.1, s.20-22.

⁶⁰ Delil elde etmek amacı ağır basmasa da soruşturmanın emniyetli ve sıhhatli bir şekilde devam etmesi amacıyla görevi başında kalmasında sakınca görülen kişi, idari izinli sayılarak bir süre görevinden uzaklaştırılabilmektedir. Örneğin disiplin soruşturmasının emniyetli ve sıhhatli olarak devam etmesi amacıyla, görevi başında kalmasında sakınca görülen subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş veya sözleşmeli erbaş ve erler, asgari Tugay Komutanı emriyle idari izinli sayılarak on beş iş gününe kadar geçici olarak görevinden uzaklaştırılabilecektir. Bkz. Alkan, s.188.

getirmekle yükümlüdür.⁶¹ Ancak yine de bu durum sınırlı bir sayım olarak kabul edilmemelidir. Keza delil serbestisinin geçerli olduğu disiplin soruşturmasında hukuka uygun olarak elde edilmiş her şey delil olabilmektedir.

Disiplin soruşturmasında deliller, soruşturma emri verildikten sonra, yani soruşturma resmi olarak başladıktan sonra toplanabilir hale gelmektedir. Bu nedenle henüz soruşturma başlatılmadan alınan ifadenin bir hükmü bulunmamaktadır.

Ceza muhakemesinde Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemeye nazaran disiplin soruşturmasındaki soruşturmacının yetkileri oldukça kısıtlıdır.⁶² Mukayeseli hukukta arama ve el koyma gibi tedbirler disiplin soruşturmasında da uygulanabilmektedir.⁶³ Ancak Türk Hukukunda her ne kadar arama, el koyma, gözaltı gibi tedbirler kanunlarda idari tedbir olarak düzenlenmiş olsalar da bunların disiplin soruşturmasında uygulanması mümkün değildir. Bunun nedeni ise bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlayan tedbire başvurulmasının Anayasa veya kanun tarafından izin verilmemiş olmasıdır. Gerçekten de örneğin Anayasa m.20' de arama ve el koymaya ilişkin düzenlenen hükümler disiplin soruşturması için geçerli değildir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, disiplin soruşturmasında her ne kadar her şey delil olabile de, bir hakkın veya özgürlüğün kısıtlanması suretiyle elde edilen delilin kullanılabilmesi, ancak bunun bir kanuni dayanağının bulunmasına bağlıdır. Aksi takdirde, aşağıda açıklanacağı üzere, deliller hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş oldukları için disiplin soruşturmasında kullanılamayacaktır. Gerçekten de disiplin soruşturmasında amaç her ne kadar maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olsa da, uygulanan yöntem kişisel ve toplumsal değerlerin tahrip etmesine yol açmamalı ve hukuk devleti ilkesini ihlal etmemelidir.⁶⁴

⁶¹ Sancakdar, s.264.

⁶² Baş, s.301.

⁶³ Alman Federal Disiplin Kanunu m.27' de disiplin soruşturmasına konu edilen eyleme yönelik ve disiplin soruşturmasında kullanılmak üzere mahkemeden arama ve el koyma kararı alınabilmektedir. Bkz. Sancakdar/Tepe, s.267.

⁶⁴ Süha Tanrıver, "Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2006, S.65, s.374; İpek, s.225.

Kimi zaman ilk deliller ihbar veya şikâyet dilekçesine ekli bir durumda soruşturma dosyasına girmektedir. Yine de çoğu zaman deliller disiplin amiri veya esas olarak soruşturmacı tarafından toplanmaktadır. Bunun yanı sıra savunma hakkının bir gereği olarak oluşturulan tarafından talep edilen deliller de toplanmalı ve oluşturulmanın sunduğu deliller dosyaya eklenmelidir. Örneğin oluşturulan, olayla ilgisi olduğunu düşündüğü kişinin tanık olarak dinlenmesini de talep edebilmelidir.⁶⁵ Bu hakkın kullanılabilmesi için, hakkındaki suçlamanın öğrenilmesi ve dosyadaki delillerin incelenebilmesine imkân sağlanması zorunludur. Ancak uygulamada soruşturma dosyasının gizli olduğu⁶⁶ gerekçe gösterilerek dosyanın örneği istendiği zaman verilmekten kaçınılmakta, hatta kimi zaman dosya gösterilmemektedir.⁶⁷ Bu olumsuz durumlar şüphesiz Danıştay'ın da belirttiği üzere⁶⁸ adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.⁶⁹

Artık soruşturma işlemleri tamamlandıktan sonra, soruşturmacı elde ettiği delilleri raporuna ek olarak disiplin amirine sunmalıdır. Bu raporda soruşturma kapsamında yapılan işlemlerin yanı sıra, oluşturulan ile eylem arasındaki ilişkiyi gösteren lehe ve aleyhe deliller eklenmeli, eylemin kim tarafından, nerede, ne zaman, nasıl ve ne şekilde işlendiği gibi hususlar açıkça belirtilmelidir. Nihayet raporun disiplin amirine sunulması ile birlikte karar verme aşamasına geçilmiş olmaktadır.⁷⁰ Ancak önemle belirtmek gerekir ki hukuk yargılamasının

⁶⁵ Baş, s.297.

⁶⁶ Soruşturmanın gizli olarak yapılması savunma hakkını kısıtlayacağı gibi, toplumun veya diğer ilgililerin denetimi ve bilgi edinmesini de engellemektedir. Hatta soruşturmanın yanı sıra soruşturma sonucu verilen kararın ve gerekçesinin gizli kalması gerektiğine ilişkin mülga 2461 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu m.16'da bir hüküm bulunmaktaydı. Bkz. İnceoğlu, s.70. Ancak yeni getirilen 6087 sayılı Kanunun 32'inci maddesinde artık kişisel verilerin korunması kaydıyla verilen disiplin cezalarının internet sitesinde yayımlanacağı belirtilmektedir.

⁶⁷ Baş, s.304.

⁶⁸ "Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkânsızdır." Karar için bkz. İDDK, E:2005/3292, K:2008/1633, KT:12.06.2008, www.kazanci.com.tr.

⁶⁹ Mısır, s.167.

⁷⁰ YK m.53'te disiplin soruşturmasının ilk soruşturma ve son soruşturmadan oluştuğu görülmektedir. Buna göre soruşturma emrinin verilmesi ve delillerin top-

da savunmanın genişletilmesi yasağı gibi bir durum disiplin soruşturmasında geçerli olmadığından, bu evre de dâhil olmak üzere, disiplin soruşturmasının her evresinde delil ileri sürülebilmekte ve toplanması talep edilebilmektedir. Yani delilin geç bildirilmesi veya geç ileri sürülmesi nedeniyle delilin reddedilmesi gibi bir durum mümkün değildir.

A. İFADE

Olay hakkında bilgisi olan kişilerin, yetkililer tarafından olay hakkında dinlenilmelerine ilişkin işleme ifade alma denilmektedir. Disiplin soruşturmalarında en çok kullanılan delillerden birisi ifadedir. Nitekim Danıştay'a göre de arz ettiği önem nedeniyle ifadenin alınması ve kullanılması büyük bir gereksinimdir.⁷¹

Soruşturmacı şikâyet veya ihbar edenin, soruşturulananın, mağdurun ve tanıkların ifadesini almak zorundadır. Eğer maddi imkânsızlık söz konusu ise ifade alma işlemi istinabe yoluyla da yapılabilmektedir.⁷²

İfade alma işlemi sırasında soruşturmacı ve ifadeyi veren kişinin yanı sıra ifadeyi yazan kişinin dışında başka kimse olmamalıdır. Öncelikle olay hakkında ifadesi alınacak kişiye yeterli ölçüde bilgi verilmeli ve olay hakkındaki konuşması kesilmeden dinlenmelidir. Sonrasında olaya ilişkin soru sorulmalıdır. Bu kapsamda ifade verilirken gereksiz yere müdahale edilmemeli ve söylenen sözler yanlış veya anlam hatası olsa dahi tutanağa aynen söylendiği gibi geçirilmeli, eksik kalan hususlar varsa hatırlatılmalı ve başka bir diyeceğinin bulunup bulunmadığı sorulmalıdır.⁷³

1. Soruşturulananın İfadesi

Hakkında disiplin soruşturması yapılan soruşturulananın ifade vermesi, diğer kişilerin ifade verme işlemine göre farklılık göstermektedir. Soruşturulan disiplin soruşturmasında esasen en az iki kere din-

lanması sonucunda ilk soruşturma tamamlanmakta artık karar vermek üzere, yapılan işlemler bir rapor ve fezleke gibi kararı verecek makama gönderilerek son soruşturma başlatılmalıdır. Bkz. Duman, s.77-78.

⁷¹ Dş. 12.D. E:2015/3295, K:2017/2060, KT:27.04.2017, www.kazanci.com.tr.

⁷² Kaya, s.85.

⁷³ Duman, s.173-174.

lenmelidir. Doktrinde bu dinleme işlemlerinden ilkinde salt bildiklerini anlattığından ifade, ikincisine ise olaya ilişkin yorum ve açıklamalarını da söyleyebildiği için savunma denilmektedir.⁷⁴ Bu nedenle soruşturulanın olaya dair ifadesi alınmış olsa bile, soruşturma belli bir boyuta eriştikten sonra soruşturulanın artık savunma niteliğindeki ifadesi de alınmalıdır.⁷⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde her ne kadar ilk ifade işleminde soruşturulanın salt bildiklerini anlatması gerektiği ileri sürülse de bununla yetinilmemelidir. Nitekim savunma hakkı soruşturmanın tamamı boyunca geçerli olduğundan, soruşturulan ifade alma sırasında ayrıca savunmasını yapabileceği gibi, susma hakkını kullanması durumunda ise olaya dair bildikleri hakkında konuşmama hakkına da sahiptir.

İfade yazılı olarak soruşturmacıya sunulabileceği gibi, tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak da verilebilir.⁷⁶ Danıştay'ın da belirttiği üzere,⁷⁷ soruşturulana isnat edilen eylem ile haklarının bildirilmesi ve yasak usullerden kaçınılması gerekmektedir. Bu noktada CMK m.147'de yer alan hakların kıyasen uygulanması⁷⁸ ve m.148'de yazılı yasak sorgu usullerinden kaçınılması zorunludur. Bunun yanı sıra masumiyet karinesinin bir gereği olarak⁷⁹ soruşturulanın susma hakkını kullanma, avukatın hukuki yardımından yararlanma, kendi dilinde ifade verme gibi hakları da mevcuttur.⁸⁰ Ayrıca soruşturulana yemin teklif edilmemeli, soruşturulan yeminsiz bir şekilde dinlenmelidir.

Olayın aydınlatılması için soruşturmacı, soruşturulana soru sorulabilir ise de yönlendirici sorular sormamalı, baskı yapmamalı ve

⁷⁴ Sancakdar, s.265, 305.

⁷⁵ Karahanogulları, s.70.

⁷⁶ Kaya, s.82.

⁷⁷ Dş. 12.D. E:2012/6421, K:2016/324, KT:28.01.2016, www.kazanci.com.tr.

⁷⁸ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından çıkarılan Teftiş Kurulu Yönetmeliği m.39/1-f'de sadece disiplin cezasını gerektiren eylemler hariç, disiplin soruşturmalarında hakların CMK'ya göre hatırlanmasının gerektiği düzenlenmektedir.

⁷⁹ Masumiyet karinesi her ne kadar daha çok ceza hukukuna hâkim bir ilke olsa da idari cezalar için de uygulanmalıdır. Bu kapsamda yargısal kesinleşme söz konusu olmasa da, en azından kararın idari anlamda kesinleşmesine kadar kişinin masum sayılması gerekmektedir. Bkz. Ulusoy, s.106-107.

⁸⁰ Avukatla temsil her ne kadar uygulamada yaygın olsa da, insan haklarına saygı temeline dayalı anlayış çerçevesinde disiplin soruşturmaları kapsamında avukatla temsille ilişkin somut düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bkz. Sancakdar, s.309-310.

kanuna aykırı bir menfaatte bulunmamalıdır. İfade olayın aydınlatılması amacıyla alındığı için soruşturmacı önceden hazırlık yapmalı ve şikâyet edilen kişinin suçlanmasına neden olan olayı eylem, yer, zaman, oluş şekli gibi unsurlarla somutlaştırılmalıdır.⁸¹

2. Tanıkların İfadesi

Olayın aydınlatılması için olaya tanık olmuş birisinin beş duyu organından en az birisinin vasıtasıyla edindiği bilgileri yetkili makama bildirmesine tanık ifadesi denilmektedir.⁸² Soruşturulan dışında kalan kişilerden, eylem nedeniyle doğrudan zarara uğrayan mağdur da dâhil olmak üzere olay hakkında bilgisi olanların tanık olarak ifadelerine başvurulabilmektedir. Tanığın mutlaka ilgili düzene dâhil bir personel, üye, çalışan vs. olması zorunlu değildir. Şüphesiz olay yerinden geçen herhangi birisinin de tanık olarak ifadesi alınabilmektedir.

Olaya doğrudan tanık olmamakla birlikte tanığın tanıklığı durumu, yani dolaylı tanıklık durumunda ne olacağı ise belirsizdir. Bizce tanığın mutlaka olayı beş duyu organından en az birisi ile öğrenmesi yani olaya bizzat tanık olması gerekmektedir. Nitekim tanık sadece bu yolla edindiği bilgileri yorum dahi katmadan anlatmak zorunda olduğuna göre, olay dışındaki bilgilere ilişkin tanıklığın kabul edilmemesi gerekir. Bu nedenle duyduğunu aktarma yasağının disiplin soruşturmalarında da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak tanığın hastalık, ölüm gibi nedenlerden dolayı tanıklık yapması imkânsız olur ise, tanığın daha önce olayı anlattığı güvenilir kişi de dinlenebilir. Yine de dolaylı tanığın ifadesi diğer deliller ile desteklenmeli ve tek başına ceza verilmesi noktasında yeterli görülmemelidir.

Yargıtay ise özellikle cinsel suçlarda olduğu gibi, mağdurun çeşitli nedenlerden dolayı tanıklık yapamadığı olaylarda dolaylı tanıklığı kabul etmektedir⁸³. Ancak genel olarak dolaylı tanığın ifadesi tek başına soruşturmaya başlamak için yeterli kabul edilse bile⁸⁴ ifadenin savun-

⁸¹ Taşkın, Disiplin, s.76.

⁸² Yenisey/Nuhoğlu, s.511.

⁸³ Yarg. 14.CD, E:2014/4874, K:2014/10967, KT:14.10.2014, www.kazanci.com.tr.

⁸⁴ Sadece dolaylı tanığın ifadesinin olması nedeniyle iddianamenin iade edilemeyeceğine ilişkin karar için bkz. Yarg. 4.CD, E:2008/9955, K:2008/16049, KT:02.07.2008, www.kazanci.com.tr.

ma ile çelişmesi halinde iyice irdelenmesi gerektiği⁸⁵ ve soruşturulana ceza verilebilmesi için ifadenin diğer deliller ile desteklenerek şüphenin tamamen yenilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁸⁶

Tanığın yemin etmesi hususunda ise DMK ve AK gibi bazı kanunlarda özel düzenleme bulunmaktadır. Özel hüküm bulunmayan hallerde, söz konusu boşluk DMK ve AK'nın yanı sıra CMK'daki ilgili hükümlerin kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır. Keza AK, yemine ilişkin hususlarda CMK'daki hükümlere atıf yapmaktadır. Bunun yanı sıra özellikle Anayasa'da yer aldığı üzere soruşturulanın yakını olması halinde tanığa ifade vermesi konusunda bir zorlamada bulunulamaz. Bunun gibi tanıklıktan çekinme ve yemin etmemeye ilişkin hususlar CMK'da yer alan hususlar çerçevesinde araştırılmalı ve sonrasında yemin yoluna gidilmelidir. Mağdurun tanıklık etmesi halinde ise CMK m.236/1'de yer aldığı üzere yemin zorunlu değildir. Ayrıca ceza yargılamasında tanığın gelmesi kanunla zorunlu kılınmasına rağmen,⁸⁷ kısmi düzeni konu alan disiplin soruşturmasında tanığın zorla gelmesi ve getirilmesine ilişkin konu belirsizdir. Tanığın gelip ifade vermesi disiplin soruşturması bakımından önem arz etse bile, bu konuda zorlayıcı nitelikte özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tanığın ifadesi yalnız alınsa da gerekli görülen hallerde tanıklar birbirleriyle yüzleştirilmelidir.⁸⁸ Ayrıca tanıklar soruşturulanla da yüzleştirilmeli ve soruşturulana tanıklara soru yöneltme imkânı tanınmalıdır. Nitekim tanığa soru sorma işlemi neticesinde ifadenin inandırıcılığı daha net bir görünüm almaktadır.⁸⁹ Ayrıca ifadenin güvenilirliği noktasında, soruşturulan ile ilişkisi, aralarında husumet bulunup bulunmadığı, kendisini tanıyıp tanımadığı gibi konular da açığa kavuşturulmalıdır.

Soruşturmacı istediği tanığı dinleyebileceği gibi, örneğin DMK m.129'da düzenlendiği üzere soruşturulanın talebi üzerine belirtilen kişileri de dinlemelidir. Bu kapsamda kaç tane tanığın dinlenebileceğine ilişkin bir hüküm yoksa amaca uygunluk ve dürüst işlem ilke-

⁸⁵ Yarg. 6.CD, E:2011/17641, K:2014/2566, KT:19.02.2014, www.kazanci.com.tr.

⁸⁶ Yarg. 1.CD, E:2013/1893, K:2013/4658, KT:26.06.2013, www.kazanci.com.tr.

⁸⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s.512.

⁸⁸ Sancakdar, s.267.

⁸⁹ Muhammet Kızıl, "Tanık İfadesi ve İnandırıcılık", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2014, S.2, s.405-406.

lerine göre yorum yapılmalıdır. Örneğin kötü niyetin varlığı ve işin sürüncemede bırakılması veya imkânsızlık durumları dışında tanığın reddedilmemesi gerekir.

Tanığın ücret hakkı ise örneğin AK m.161’de düzenlenmiş olup buna göre, tanığa kaybettiği zaman ve harcadığı mesaiye uygun olarak bir tazminat ile yolculuk ve ikamet giderlerinin de ödeneceği yer almaktadır.

B. BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Çözümü uzmanlık veya özel veya teknik bilgi gerektiren konularda gerekli inceleme ve araştırmaları yaparak görüşünü bildiren özel veya tüzel kişiye bilirkişi denilmektedir.⁹⁰ Uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurulması kaçınılmaz⁹¹ olduğundan, disiplin soruşturmalarında da bilirkişinin görüşüne ihtiyaç duyulabilmektedir. Özel inceleme yapılması gereken konuların artması ile birlikte, kanun koyucu bilirkişi incelemesine ilişkin düzenlemelerini artırmıştır.⁹² Disiplin mevzuatlarının çoğunda bilirkişi incelemesinin yaptırılabilceği belirtilmekle birlikte sadece delil toplarken bilirkişi raporuna başvurulmasına işaret etmekle yetinilmiştir.

Bilirkişi raporu her ne kadar bağlayıcı olmasa da⁹³ uygulamada bilirkişinin hazırladığı rapor doğrultusunda kararlar verildiğini görmekteyiz. Bu nedenle bilirkişi incelemesi oldukça önem arz ettiğinden, bilirkişi mutlaka çözümlenmesi veya görüşünün istendiği konuya ilişkin alanda uzman olmalı,⁹⁴ tarafsız ve bağımsız olmalı ve görevini dürüst ve özenli bir şekilde yerine getirmelidir.⁹⁵

⁹⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s.214; Ahmet Taşkın, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.2, S.3, s.112.

⁹¹ Ömer Ulukapı, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2001, C.9, S.3-4, s.206.

⁹² Taşkın, Bilirkişi, s.119.

⁹³ Mustafa Karakurt /Yasin Ataç, “Bilirkişi Raporlarının Dil Yapısı”, *Adli Bilimler Dergisi*, C.14, S.2, s.44.

⁹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s.214; Bilirkişinin görevlendirilmesi bir tutanağa bağlanmalı ve bu tutanakta bilirkişinin uzmanlık alanı mutlaka belirtilmelidir. Bkz. Ulukapı, s.193-194.

⁹⁵ Karakurt/Ataç, s.44. Mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişiler hâkimin yardımcısı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Taşkın, Bilirkişi, s.112. Benzer şekilde disiplin soruşturmalarında bilirkişiyi disiplin amiri veya soruşturmacının yardımcısı olarak nitelendirebiliriz.

Soruşturma kapsamında dosyada bulunan defter, belge gibi evrakın yanı sıra bilgisayar, taşınabilir bellek, ses ve görüntü kaydı gibi çeşitli eşyanın incelenmesi ile belirli konular hakkında görüş alınması için bilirkişiye başvurulabilmektedir. Hatta alınan ifade dahi bilirkişi incelemesine tutulabilmektedir.⁹⁶ Hâkimin hukuki konularda bilirkişiye başvurması yasak olmasına rağmen, disiplin amiri veya soruşturmacı kendi uzmanlık alanına giren bir konuda dahi bilirkişiye başvurulabilmektedir. Bununla birlikte özellikle uzmanlık isteyen dijital delillerin çözümlenebilmesi konusunda bilirkişiye başvurulması zorunluluk arz etmektedir.⁹⁷

Bilirkişiye soruşturma kapsamında çözmesi veya görüşünü bildirmesi gereken konu hakkında lüzum olduğu ölçüde dosya hakkında bilgi verilir. Bilirkişiye teslim edilen evrak veya eşya imza ile tutanağa bağlanır. Mevzuatta veya görevlendirme yazısında belirtilen süre içerisinde, yoksa makul süre içerisinde bilirkişi gerekli incelemeleri yapıp raporunu ekleriyle birlikte sunmalıdır. Ayrıca bunun yanı sıra keşif sırasında da bilirkişi incelemesi yapılması mümkündür.⁹⁸

Hazırlanan raporda görevlendirmeye ilişkin süreler, görevlendirilen olaya ilişkin yapılan çalışma yöntemi, incelenen hususlar ile varılan sonuçlara ilişkin görüş gerekçeli bir şekilde açıklanmalıdır. Bunun yanı sıra bilirkişi kendisinden istenilmeyen ve açıklanması istenen konu dışında görüşünü paylaşmamalıdır.⁹⁹ Raporda anlatılanlar mantıksal bir yöntem izlenerek bir kanaat oluşturacak şekilde yazılmalı ve ayrıca kullanılan dil açık, net ve anlaşılabilir olmalıdır.¹⁰⁰

Bilirkişinin hazırlayıp sunduğu rapor soruşturulana bildirilmeli ve rapora karşı bir diyeceği olup olmadığı sorulmalıdır. Soruşturulan rapora istinaden yazılı olarak soru yöneltebilmektedir. Ayrıca soruşturulanın sözlü olarak da soru sormasına imkân tanınmalıdır. Bilirkişi-

⁹⁶ Kızıl, s.403.

⁹⁷ Dijital veriye ilişkin şifre çözülebilmekte, veri kurtarılabilen, gizlenmiş dosya bulunabilmektedir. Bkz. Özcan Özbey, "Adli Bilişim ve Sayısal Deliller (5271 sayılı CMK'nın 134. maddesi)", *Yargıtay Dergisi*, Y.2010, C.36, Ş.3, s.71-72.

⁹⁸ Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.65, S.1, s.142.

⁹⁹ Ulukapı, s.197.

¹⁰⁰ Karakurt/Ataç, s.44-45.

nin hazırladığı rapor yeterli görülmez veya diğer raporlar ile arasında çelişki meydana gelirse, o zaman durumun açıklığı kavuşturulması için yeniden bilirkişi raporu istenmelidir.¹⁰¹ Ayrıca bununla da yetinilmemeli, soruşturulan, olaya ilişkin olarak kendisi de uzman görüşü alıp dosyaya sunabilmelidir.

C. KEŞİF

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için kimi zaman olaya dair deliller yeterli olmamaktadır. Bunun için dosyada bulunan delilin beş duyu organından birisiyle algılanabilmesi amacıyla ilgili yere gidilebileceği gibi, eşyanın veya kişinin de getirilmesi ile keşif işlemi yapılabilmektedir.¹⁰² Keşif olarak tanımlanan bu inceleme yöntemi, hukuk sistemimizin genelinde uygulandığı gibi disiplin soruşturmalarında da uygulama alanı bulmaktadır.

Disiplin mevzuatlarının çoğunda özel ve detaylı olarak düzenlenmesine de disiplin soruşturmasında keşfin yapılabileceği belirtilmektedir. Bir delil elde etme yöntemi olan keşif esasen ifade alınması, belgelerin toplanması gibi işlemlerden ayrılmaktadır. Nitekim soruşturma dosyasındaki delillerin, dolaylı delil ikamesi keşif ile aşılabilmektedir.¹⁰³ Bu nedenle acil durumlarda ve deliller toplandıktan sonra karar verme aşamasında, kararı verecek olan disiplin amirinin de olayı daha iyi kavrayabilmesi için keşif yapması yararlı olabilmektedir.

Keşif işlemi yapılırken bu esnada tanık ifadesi de alınabilmektedir.¹⁰⁴ Hatta daha önce ifadesi alınmış olsa bile, olayın aydınlatılması için keşif mahallinde yeniden tanık ifadesine başvurabilmekte ve soru sorulabilmektedir. Tanığın yanı sıra uzmanlığı konusunda ihtiyaç duyuluyorsa bilirkişi de keşifte hazır bulundurulabilmektedir.¹⁰⁵

Keşif işlemi yapılmadan önce soruşturulana makul bir süre önceden bildirim yapılmalıdır. Engel olmamak şartıyla, soruşturulan keşif mahallinde bulunabilmeli ve soruşturulana yapılan işlemler ve dinlenen tanık ile bilirkişilere soru sorma imkânı tanınmalıdır.

¹⁰¹ Sancakdar, s.269.

¹⁰² Yenisey/Nuhoğlu, s.630; Yıldız, s.128-145.

¹⁰³ Yıldız, s.131.

¹⁰⁴ Sancakdar, s.270.

¹⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.632.

Nihayet keşif yapıldıktan sonra yapılan işlemler ile ulaşılan sonuçlar bir tutanağa bağlanmalıdır. Bu tutanakta ayrıca keşfin nerede, ne zaman, nasıl, hangi şartlarda yapıldığı, keşfe kimlerin çağrıldığı ve kimlerin katıldığı, inceleme konusu şeyin niteliği ve niceliği gibi konular açıkça yazılmalı, soruşturulan da dâhil olmak üzere ilgililerin eklemek istediği beyanlar kayda geçmeli ve tutanak imza altına alınmalıdır.

D. DİJİTAL DELİLLER

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte klasik delillere ek olarak dijital delil kavramı¹⁰⁶ doğmuştur.¹⁰⁷ Delil konusu zaten derin bir alana sahip iken, dijital deliller ile konu daha da önemli bir hale gelmiştir.¹⁰⁸ Nitekim disiplin soruşturmalarında da dijital delil önemli bir yere sahiptir. Özellikle disiplin suçlarının dijital ortamda işlenmeye elverişli olması nedeniyle dijital delillerin önemi artmaya devam etmektedir.¹⁰⁹ Ancak disiplin hukuku da dâhil olmak üzere hukukumuzda dijital deliller konusunda henüz açık, net ve yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Esasen teknolojinin gelişim hızı göz önüne alındığında bu durum normal karşılanabilirse de bu alanda özel düzenlemelerin bir an önce yapılması gerekmektedir.¹¹⁰

Bu noktada dijital delillerin durumuna göre üçlü bir ayırım yapabiliriz. İlk durumda dijital delil, suçun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin telefon, ses kayıt cihazı gibi aletlerin bazı yasaklı yerlere sokulması veya bulundurulması durumunda disiplin suçu oluşmaktadır. Burada delilin dijital olması yeterli olup aletin özelliği, verinin güvenilirliği gibi konular önem arz etmemektedir. İkinci durumda, disiplin suçunun işlenmesi dijital alete bağlı değildir; ancak disiplin suçunun işlendiği kamera kaydı gibi dijital deliller ile de ispatlanabilmektedir. Üçüncü durumda, disiplin suçu doğrudan doğruya dijital ortamda işlenmektedir. Sosyal medya üzerinden hakaret edilmesi, başkasının

¹⁰⁶ Dijital delil yerine sayısal delil veya elektronik delil de denilmektedir. Bkz. Çetin Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y.2015, C.3, S.2, s.254; Özbey, s.70.

¹⁰⁷ Bulur, s.89.

¹⁰⁸ Arslan, Dijital, s.254.

¹⁰⁹ Burak Candan, "Teknolojik Araçlardan Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2010, C.2, S.1, s.1338.

¹¹⁰ Özbey, s.63.

bilgisayarına izinsiz girilmesi gibi olaylar örnek olarak gösterilebilir. Ancak burada dijital delil daha çok önem arz etse de dijital delil dışındaki delillerin kullanılması da mümkündür.

Görüldüğü üzere disiplin suçlarında dijital delil neredeyse bütün soruşturmalarda kullanılmaya elverişlidir. Bu kapsamda disiplin suçuyla ilgisi bulunan ve dijital ortamda oluşturulan, depolanan ve iletilen,¹¹¹ kısaca dijital niteliğe sahip olan her türlü dijital veri, disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılabilir. Örneğin cep telefonu, bilgisayar, faks makinesi, ses kayıt cihazı, sim kartı, sunucu, modem, sanal ortamdaki zip dosyası dijital delil olarak kabul edilmektedir.¹¹²

Dijital delillerin toplanması, muhafaza altına alınması, çözümlenmesi ve kullanılması ise uzmanlık isteyen konulardır. Nitekim dijital deliller değiştirilmeye ve bozulmaya son derece elverişlidir.¹¹³ Bu nedenle dijital delillerin çözümünün kural olarak bilirkişi marifetiyle yapılmasının zorunlu olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca uzmanlığın yanı sıra dijital delilin toplanmasındaki usule de dikkat etmek gerekir. Nitekim yapılacak yanlış bir işlem ile delil yok olabileceği gibi, uygulanacak doğru bir yöntem ile silinen verinin kurtarılması da mümkün olabilmektedir.¹¹⁴ Bu kapsamda dijital delilin elde edilmesi ile incelenmesi esnasında izlenecek yol ve yöntem hukuka ve bilime uygun olmalıdır.¹¹⁵ İlk olarak dijital delil, usulüne göre elde edilip muhafaza altına alınmalı ve akabinde dijital delil tanımlanmalı ve analiz edilmelidir.¹¹⁶ Sonrasında yapılan işlemler sonucu elde edilen veriler eksiksiz ve tarafsız bir şekilde hazırlanarak rapor halinde sunulmalıdır.¹¹⁷

Önemli bir husus ise delilin hukuka uygunluğunun sağlanmasına ilişkindir.¹¹⁸ Bunun için dijital verinin delil olarak kullanılabilmesi ancak onun güvenilir olması, mantığa uygun olması, gerçek, bozulmamış, tamam ve eksiksiz olmasına bağlıdır.¹¹⁹ Ancak yine de dijital delil-

¹¹¹ Araalan, s.204.

¹¹² Özbey, s.71; Muharrem Özen/Gürkan Özocak, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2015, S.1, s.53.

¹¹³ Arslan, Dijital, s.256.

¹¹⁴ Özen/Özocak, s.48.

¹¹⁵ Araalan, s.205

¹¹⁶ Özbey, s.72

¹¹⁷ Özen/Özocak, s.45.

¹¹⁸ Arslan, Dijital, s.265.

¹¹⁹ Araalan, s.204.

ler dış müdahalelere karşı oldukça açık ve savunmasız olduğundan,¹²⁰ örneğin fotoğraflar üzerinde oynanabildiğinden, ses ve video kayıtları değiştirilebildiğinden dijital delillerin güvenilirliği tartışmalıdır.¹²¹ Gerçekten de değişiklik ve oynama yapıldığının tespiti ile nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının ortaya konulması oldukça zordur.¹²² Bu nedenle doktrinde, disiplin soruşturmasında dijital deliller önemli rol oynasalar da bunların diğer deliller ile desteklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹²³ Yargıtay da dijital delillerin manipülasyona açık olduğunu, diğer deliller ile arasında bir hiyerarşik ilişki olmasa da kolay değiştirilebileceğini ve bozulabileceğini ancak yine de ispat noktasında kullanılabilirliğini belirtmektedir.¹²⁴

Dijital delilin güvenilirliği konusundaki tartışmanın yanı sıra, dijital delilin elde edilmesi ve kullanılması konusunda hukuka uygunluğu da tartışmalıdır. Nitekim ses ve görüntü gibi kayıtların alınmasında hukuka uygunluk nedeni yoksa bu deliller hukuka aykırı olmaktadır.¹²⁵ Anayasa Mahkemesi son zamanlarda verdiği bir kararında¹²⁶ kapalı devre kamera sistemi (CCTV) ile elde edilen delilin kullanılabilmesi için kamera ile izlemenin önleme gibi makul bir ihtiyaca hizmet etmesi ve özel hayatın gizliliğine aykırı olmaması gerektiğini belirtmektedir. Bunların yanı sıra kamera dışarıdan görülebiliyor olmalı, sürekli kayıt yapıyor olmalı ve dışarıdan fark edilebiliyor olmalıdır.

Bir diğer nokta ise gittikçe kullanımı yaygınlaşan sosyal medya aracılığıyla elde edilen delillere ilişkindir. Yapılan bir araştırmaya göre internete bağlanabilen yetişkinlerden %91'inin sosyal medya kullandığı bilgisi de göz önüne alındığında, sosyal medya deliller bakımından bir "altın madeni" olarak addedilmektedir.¹²⁷ Gerçekten de sosyal medya kapsamında elde edilen deliller, soruşturma dosyasında oldukça önem arz etmektedir.¹²⁸

¹²⁰ Özbey, s.64.

¹²¹ Candan, s.1335.

¹²² Özbey, s.64-65.

¹²³ Sancakdar, s.270.

¹²⁴ Yarg. 9.CD, E:2013/9110, K:2013/12351, KT:09.10.2013, Arslan, Dijital, s.256-257.

¹²⁵ Arslan, Dijital, s.264.

¹²⁶ Orhan Kayahan Başvurusu, Başvuru No:2014/1970, KT:22.11.2017.

¹²⁷ Justin P. Murphy/Adrian Fontecilla, "Adli Soruşturma ve Ceza Davalarında Sosyal Medya Delili: Yeni Hukuksal Sorunların Sınırı", *Küresel Bakış Dergisi*, Y.4, S.14, s.33-35.

¹²⁸ Özen/Özocak, s.47.

Sosyal medya üzerinden delil toplarken ikili bir ayırım yapılmalıdır. Eğer veri kişi tarafından gizlenmemiş veya kişi, herkesin görebileceği bir şekilde paylaşım yapmış ise bu durumda bir mahkeme veya merciin iznine gerek olmadan delil kullanılabilir. ¹²⁹ Ancak veri gizlenmiş veya bazı kişilere açık olsa bile herkese karşı açık olarak paylaşılmamış ise bu durumda veri özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda veri ilk durumdaki gibi doğrudan toplanamaz. Bunun için ancak özel hayatın gizliliğine meşru bir müdahale hakkı getiren düzenleme bulunmalıdır. Bunun yanı sıra kanunun dolanılması sonucuna yol açabilecek, hack gibi işlemlerin yanı sıra sahte hesap açıp kullanma gibi yöntemlerin kullanılması ile elde edilen deliller de hukuka aykırıdır. Nitekim veri delil olarak değerlendirilirken, verinin nasıl elde edildiği hususunu göstermek soruşturmacıya aittir ve soruşturmacı ancak hukuka uygun vasıtalarla sosyal medya üzerinden delil toplayabilmektedir.

E. CEZA YARGILAMASINDA ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILIP KULLANILAMAYACAĞI SORUNU

Kimi zaman aynı eylem disiplin suçunun yanı sıra suç da oluşturabilmektedir. Bu durumda, kabahatlerin aksine ¹³⁰ kişinin aynı eylem nedeniyle cezai sorumluluğuyla beraber disiplin sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. ¹³¹ Bu nedenle aynı eylem nedeniyle ceza yargılaması ile birlikte disiplin soruşturması da yapılmakta ¹³² ve duruma göre ceza verilebilmektedir. ¹³³

¹²⁹ Murphy/Fontecilla, s.36-37.

¹³⁰ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.15'e göre aynı eylemin hem kabahat hem de suç oluşturması durumunda, sadece idari ya da cezai yaptırımın uygulanabileceği belirtilmektedir. Kabahatler için özel bir düzenleme olmasına karşın disiplin suçları için genel bir düzenleme yoktur.

¹³¹ İngiltere gibi bazı hukuk düzenlerinde bu hallerde disiplin soruşturması yerine sadece suça dair yargılama yapılmaktadır. Bkz. Cem, Disiplin, s.830.

¹³² DMK m.131'de olduğu gibi bazı kanunlarda, açık bir şekilde ceza yargılamasının disiplin soruşturmasının yapılmasına engel olmadığı yer almaktadır. Ancak 1126 sayılı Avukatlık Kanunu m.140'ta aynı eylemden dolayı ceza kovuşturmasına başlanmış ise disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasının sonuna kadar bekletileceği yer almaktadır. Ayrıca yine aynı maddenin devamında, avukat hakkında yürütülen ceza davasının sonunda mahkûmiyet kararının çıkması durumunda ilgili eylemden dolayı disiplin soruşturmasının da yapılması gerektiği yer almaktadır.

¹³³ Yaptırımların birliği görüşünü savunanlara göre, aynı fiilden dolayı hem idari hem de adli ceza verilmesi non bis in idem ilkesini ihlal etmektedir. Detaylı bilgi

Kural olarak bu iki süreç birbirinden bağımsız olduğundan, disiplin soruşturmasının yapıp sonlandırılması için ceza yargılamasının vereceği kararın beklenmesi zorunlu değildir.¹³⁴ Yine de doktrinde disiplin soruşturması devam ederken ceza mahkemesince yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle verilen beraat kararı (CMK m.223/2-b) ile yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması (CMK m.223/5) nedeniyle verilen mahkûmiyet kararının, disiplin organlarını içeriği ve niteliği bakımından bağladığı ileri sürülmektedir.¹³⁵ Ancak DMK m.131/2 ve YKÖDY m.17 gibi bazı

için bkz. Oğuz Sancakdar/Eser Us/Turhan Mine Kasapoğlu /Lale Burcu Önüt, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2015, s.734. Esasen ceza hukuku kaynaklı olmasına rağmen non bis in idem ilkesinin günümüzde neredeyse bütün hukuk düzeninde hâkim bir ilke olduğu belirtilmektedir. Ancak yine de Yazara göre bu ilke, ceza mahkemesi ve disiplin soruşturmasında verilen cezalar bakımından uygulama alanına sahip değildir. Bkz. Oğurlu, s.104.

¹³⁴ Gözler, s.663; Kaya, s.78; Karahanoğulları, s.76; Bunların yanı sıra ceza davasındaki zamanasımı gibi durumlarda ceza vermek mümkün olmasa bile, hatta genel af ile eylem artık suç olarak nitelendirilmese dahi aynı eylemden dolayı disiplin soruşturması yapılabilmektedir. Bkz. Oğurlu, s.113, 119. Zorunlu olmamakla birlikte bazı durumlarda disiplin soruşturması için ceza yargılamasının bitmesini beklemek faydalı olabilmektedir. Bkz. Pınar, s.311. Ancak ceza yargılamasının kıyasen daha uzun sürmesi disiplin soruşturmasının da geç sonuçlanmasına neden olabileceğinden, olumsuz sonuçların engellenmesi için bekleme konusunda makul bir karar alınmalıdır. Bkz. Günal, s.209. Disiplin hukukunda kısmi düzeni bozan fiilin en kısa zamanda cezalandırılarak, bozulan düzenin yine bu sürede yeniden tesis edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ceza mahkemesinin vereceği karar beklenmemelidir. Örneğin bir üniversite öğrencisi hakkında açılan disiplin soruşturmasında ceza yargılamasının beklenmesi halinde, duruma göre 2-3 yıl ve hatta daha uzun bir süre beklenmesi gerekebilmektedir. Bu sürenin oldukça uzun olması ve hatta bu süre zarfında öğrenci belki mezun dahi olabileceğinden, artık bu sürenin sonunda verilen disiplin cezası hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bkz. Ulusoy, s.130-131.

¹³⁵ Çetin Arslan, "Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Fasikül Hukuk Dergisi* Y.2010, C.2, S.3, s.37; İpek, s.240; Bu durumda disiplin soruşturmasında söz konusu mahkûmiyet kararına rağmen ceza verilmesine yer olmadığı; beraat kararına rağmen ceza verilemez. Bkz. Sezer/İpek, s.68; Ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmünün ertelenmesi bir önem arz etmediğinden disiplin mercileri bu karar ile bağlıdır. Bkz. Oğurlu, s.117. Diğer yandan AK m.140'ta buna ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre "eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat halı" durumu dışında beraat kararı verilse bile, söz konusu eylem disiplin kurallarına aykırılık taşıyorsa disiplin soruşturması yapılarak duruma göre disiplin cezası verilebilecektir. Ancak bu iki halin varlığı durumunda disiplin cezası verilemeyeceğinden soruşturmaya son verilmelidir. Bkz. Mısır, s.62. Ulusoy ise ceza mahkemesi tarafından o fiilin işlenmediği yönünden verilen beraat kararı istisna olmak üzere, ceza mahkemesince

düzenlemelerle durum açıklığa kavuşturulmuş olup ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet ile mahkûmiyet dışındaki kararların disiplin cezası verilmesine bir etkisi olmadığı belirtilmektedir. Danıştay ise eski tarihli kararlarında ceza yargılamasında verilen kararın disiplin soruşturması bakımından bağlayıcı olduğu görüşünü¹³⁶ İDDK kararı ile değiştirmiştir.¹³⁷ Son tarihli kararlarında ise Danıştay'a göre ceza yargılamasında verilen beraat kararının disiplin soruşturmasında bir etkisi bulunmamaktadır.¹³⁸ Nitekim bir dosyada verilen karara konu olayda, rüşvet aldığı iddiası üzerine memur hakkında hem disiplin soruşturması hem de ağır ceza mahkemesinde yargılamaya başlanmış; ağır ceza mahkemesince delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmesine karşın, disiplin soruşturması sonucunda disiplin cezası verilmiştir. Danıştay, rüşvet suçuna ilişkin ağır ceza mahkemesinde yapılan yargılamada eylemin işlenip işlenmediği hususunun ceza hukuku boyutlarıyla ele alınması nedeniyle verilen beraat kararının disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar veren idare mahkemesinin kararını onamıştır. Bu nedenle Danıştay, disiplin soruşturmasında gereken araştırmalar yapılmadan ve deliller toplanmadan, sırf ceza yargılamasında verilen karara atıfta bulunarak karar verilmesini hukuka aykırı bulmaktadır.¹³⁹ Anayasa Mahkemesi ise ceza yargılaması ile disiplin soruşturmasının farklı alanlar olduğunu belirtmekte ve ceza yargılamasında beraat kararı verilmesine rağmen disiplin soruşturmasında ceza verilmesinin mümkün olduğunu ve bu durumun masumiyet karinesini ihlal etmediğini belirtmektedir.¹⁴⁰ İHAM ise bir kararında, henüz ceza yargılaması sürerken bu yargılamada isnat edilen suç ve delillere atıfta bulunarak verilen disiplin cezasının m.6/2'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁴¹

Bize göre, ceza hâkiminin verdiği kararın doğrudan disiplin soruşturmasında uygulanması durumunda, disiplin soruşturmasında

verilen kararların disiplin amirini bağlamayacağını belirtmektedir. Bkz. Ulusoy, s.132-133.

¹³⁶ Danıştay bir kararında polis memuru hakkında verilen beraat kararından sonra disiplin cezası verilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Dş. 12.D, E:2001/3094, K:2003/3946, KT:10.12.2003, www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹³⁷ İDDK, E:2003/67, K:2003/436, KT:20.06.2003, www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹³⁸ İDDK, E:2010/1391, K:2011/273, KT:21.04.2011, www.kazanci.com.tr.

¹³⁹ Dş. 5.D. E:2016/16487, K:2017/2194, KT:13.02.2017, www.kazanci.com.tr.

¹⁴⁰ Any. Mah. Başvuru No:2012/998, KT:07.11.2013.

¹⁴¹ İHAM, Başvuru No:45028/07, KT:28.03.2017.

yapılan işlemler ile disiplin amirinin iradesi yok sayılmaktadır. Ayrıca İHAM'ın Sekanına ve Avusturya kararında¹⁴² belirttiği üzere, madde bendi ve gerekçesi farklı olsa bile beraat kararların hepsi kişinin suçsuz olduğuna ilişkindir. Bu nedenle beraat kararlarından sadece birisinin, disiplin soruşturmasında ceza verilmesine yer olmadığı kararının dayanağını oluşturması masumiyet karinesinin de ihlalini oluşturmaktadır. Ayrıca yasaklı eylemin disiplin ve ceza mevzuatında düzenleniş tarzı farklı olduğundan objektif ve sübjektif unsurlar da farklılık arz etmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, her iki sistemdeki delil elde etme yöntemlerinin birbirinden farklı olması nedeniyle dosyadaki deliller de birbirinden ayrı olabilmektedir. Bu delillere göre karar veren hâkim ile disiplin amiri, kendi dosyalarındaki delilleri serbestçe takdir ettiklerinden aynı eylem nedeniyle verilecek kararların farklı olması gayet doğal olarak kaçınılmazdır.

Bir diğer tartışma konusu ise ceza yargılamasında özellikle koruma tedbirleri ile elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılıp kullanılamayacağına ilişkindir. İlk olarak belirtmek gerekirse, sırf disiplin soruşturmasında kullanılmak üzere CMK'da yer alan koruma tedbirlerine başvurulamaz. Buna karşın, aynı eylemden dolayı disiplin soruşturmasının yanı sıra ceza yargılaması yapılıyorsa, bu yargılamada başvuru koruma tedbirleri sonucu elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilmesi ileri sürülmektedir. Baş'a göre, örneğin iletişim kayıtlarının CMK m.135'e göre hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi durumunda mahkeme dosyası istenmeli ve kayıtlar disiplin soruşturmasında kullanılmalıdır.¹⁴³ Aynı görüşte olan Çakmak, kamu disiplininin son derece olumsuz etkileneceği gerekçesiyle, ceza muhakemesinde elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilmesini ifade etmektedir.¹⁴⁴ Ancak Arslan, örneğin iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin olarak kanunda yer alan şartlara bakılması gerektiğini, bu yüzden CMK m.135/6'daki katalogta yer alan suçlar dışında bu tedbir sonucu elde edilen delillerin kullanılamayacağını belirtmektedir.¹⁴⁵ Arslan'ın görüşüne katılmakla birlikte, kataloga ilişkin sınırlamanın yanı sıra bu tedbirlerin sadece soruşturma

¹⁴² İHAM, Başvuru No:13126/87. Bkz. Feyzioğlu, Suçsuzluk, s.153.

¹⁴³ Baş, s.302.

¹⁴⁴ Çakmak, s.82.

¹⁴⁵ Arslan, İletişim, s.37-40.

ve kovuşturma evrelerinden oluşan ceza yargılamasında uygulanabileceğini, yani bu şekilde elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılamayacağını belirtmek isteriz. Nitekim disiplin soruşturmasının yapılış amacını kısmi düzen; ceza yargılamasının yapılış amacını ise kamu düzeni oluşturmaktadır. Şüphesiz kamu düzenini korumak kısmi düzeni korumaktan daha önemlidir. Bu nedenle, ortaya çıkan zararın ağırlığı ve zarara uğrayanın kamu düzeni olması gibi nedenlerden dolayı, ceza muhakemesinde delil elde etme yöntemleri bazen hak ve özgürlükleri kısıtlayabilmekte veya ihlal edebilmektedir.¹⁴⁶ Bu kapsamda şüpheli veya sanığın telefonu dinlenebilmekte, evinde arama ve el koyma yapılabilmekte ve hatta vücudundan biyolojik örnekler alınabilmektedir. Bunlar gibi ceza muhakemesine ait delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması pek tabii delillerin daha kolay toplanmasını sağlayacaktır. Ancak bireyin haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi bir takım hak ve özgürlüğünün salt ceza yargılamasında delil elde etmek için ihlal edilmesinin yanı sıra bu ihlal sonucu elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kanuni bir dayanak olmaksızın elde edilen söz konusu delillerin disiplin soruşturmasında kişi aleyhine kullanılması kabul edilemez. Bunun için hukukun bu duruma cevaz vermesi gerekmektedir. Kişi temel hak ve hürriyetlerinin asıl olduğu hukuk sistemimizde, bunların özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği Anayasa m.13'te belirtilmektedir. Örneğin Anayasa m.20'de özel hayatın gizliliğini ihlal eden arama ve el koyma tedbirlerine başvurulabilecek haller arasında disiplin soruşturmalarına yer verilmemiş ve ayrıca bunlara başvurulması, onay sonradan verilse dahi mutlaka bir hâkimin kararına bağlı tutulmuştur. Nitekim İHAM da örneğin iletişimin denetlemesi tedbirinin uygulanması bakımından, Anayasa m.22 ile CMK m.135'in disiplin soruştur-

¹⁴⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki, delillere ulaşırken çoğu zaman bireyin bir takım temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmektedir. Müdahalenin ancak kanunla düzenlenmesi halinde müdahale hukuka uygun hale gelmekte; aksi takdirde söz konusu müdahale suç teşkil edebilmektedir. Örneğin, bir kişinin evinde arama yapıp suç eşyası niteliğiyle eşyasına el konulması durumunda haksız arama, konut dokunulmazlığın ihlali, hırsızlık gibi suçların oluşması gündeme gelebilmektedir. Diğer yandan disiplin soruşturmalarında delil elde etmek için herhangi bir sınırın bulunmadığının kabulü, yasak sorgu yöntemlerinin de önüne açabilmektedir.

ması bakımından uygulanamayacağını belirtmektedir.¹⁴⁷ O halde ceza yargılamasında elde edilen delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir.

IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Disiplin soruşturmasında kullanılacak delillerin hukuka uygun olup olmaması tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre disiplin soruşturmasında delillerin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olması önemli değildir. Nitekim İpek'e göre delil, hukuka aykırı bir delil olsa bile, delilin disiplin soruşturmasında kullanılabilmesi mümkündür.¹⁴⁸ Çakmak'a göre, hukuka aykırı delil kavramı ceza yargılamasına ait bir kavram olduğundan ve disiplin soruşturmasında delilin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olmasına ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmadığından, hukuka aykırı deliller disiplin soruşturmasında kullanılabilir.¹⁴⁹ Danıştay'ın bu görüşe uygun verdiği kararlardan birinde, bir emniyet mensubu hakkında yapılan disiplin soruşturması kapsamında hâkim kararı olmaksızın şahsi eşyalar incelenmiş ve sadece bu yolla elde edilen delillere dayalı olarak verilen disiplin cezası onanmıştır.¹⁵⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi¹⁵¹ ve İHAM'a göre¹⁵² hukuka aykırı elde edilmiş delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir.

Bizim görüşümüze göre, disiplin soruşturmasında ancak hukuka uygun deliller kullanılmalı, hukuka aykırı delillerin karara hiçbir şekilde bir etkisi olmamalıdır. Disiplin soruşturmasında amaç gerçeğin ortaya çıkarılması olmakla birlikte, bunun da sınırları bulunmakta ve gerçeğin ortaya çıkarılması için her yola başvurulabilir anlayışı redde-

¹⁴⁷ İHAM, Başvuru No:30083/10, KT:07.06.2016.

¹⁴⁸ Yazar, Yargıtay'ın hukuka aykırı delillerin disiplin soruşturmasında kullanılabilmesine ilişkin kararlarını gerekçe göstererek, disiplin soruşturmasında da hukuka aykırı elde edilmiş olsa bile iletişim kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesini savunmaktadır. Bkz. İpek, s.246.

¹⁴⁹ Yazara göre şekli bir hukuk dalı olmayan idare hukukunda, soruşturma kapsamında suçun ortaya çıkarılabilmesi için herhangi bir kısıtlama bulunmadığından her türlü delil kullanılabilir. Ceza yargılamasından farklı olarak, memur disiplin hukukunda amaç barışı korumak ve iç disiplini sağlamak olduğundan, idarenin bu konuda geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Bkz. Çakmak, s.85-86.

¹⁵⁰ Dş. 12.D. E:2001/3558, K:2002/2902, KT:30.09.2002, Bkz. Çakmak, s.86.

¹⁵¹ Any. Mah. Başvuru No:2014/7738, KT:13.07.2016.

¹⁵² İHAM, Başvuru No:30083/10, KT:07.06.2016.

dilmelidir. Nitekim hukuka aykırı delillerin kullanılmaması da gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki amaçlardan birisidir.¹⁵³ Disiplin amiri, hukuka aykırı delile dayanarak disiplin cezası veremez. Ayrıca disiplin soruşturmasında hukuka aykırı delillere ilişkin bir kanun hükmünün veya yasaklamanın bulunmaması gerekçe gösterilerek hukuka aykırı delilin kullanılması mümkün değildir.¹⁵⁴ Hukuka aykırı delillerin kullanılmamasına ilişkin kural kaynağını Anayasadan almaktadır. Anayasa m.38’de kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Madde başlığı her ne kadar Suç ve Cezalara İlişkin Genel Esaslar olsa da yine Anayasa m.176’da belirtildiği üzere, madde kenar başlığı Anayasa metninden sayılmadığından, bu hükmün disiplin soruşturmaları için de geçerli olduğu açıktır. O halde hukuka aykırı elde edilmiş olan delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması hukuka aykırıdır. Öyle ki disiplin soruşturması sonucunda, disiplin cezası verilmesini gerektiren tek ve yeterli bir delilin olması halinde dahi söz konusu delil hukuka aykırı ise bu delil yine de kullanılmamalı ve disiplin cezası verilmemelidir.

V. DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT GÜCÜ

Soruşturmacı delilleri toplayıp diğer gerekli işlemleri yaptıktan sonra hazırladığı rapor ile birlikte soruşturma dosyasını disiplin amirine vermektedir. Dosyayı incelendikten sonra disiplin amiri, eksiklik varsa soruşturma işlemlerine devam edilmeli; eksiklik yoksa ve artık soruşturma kapsamında yapılacak başkaca bir işlem kalmamış ise karar verme aşamasına geçilmelidir.¹⁵⁵ Delilleri toplama yetkisi soruşturmacıya verilmiş ve deliller bizzat soruşturmacı tarafından toplanmış olsa dahi delilleri değerlendirerek karar verme yetkisi disiplin amirine aittir. Bu nedenle soruşturmacı tarafından hazırlanan rapor öneri niteliğinde olduğundan disiplin amiri bakımından bağlayıcı değildir.¹⁵⁶

¹⁵³ Yenisey/Nuhoğlu, s.63.

¹⁵⁴ Yazar, aynı şekilde, medeni usul hukukunda da hukuka aykırı edilen delillerin ne olacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa dahi, bu delillerin kullanılmayacağı ifade etmektedir. Bkz. Tanrıver, s.371.

¹⁵⁵ Henüz soruşturma işlemleri tamamlanmadan ve yeterli delil toplanmadan disiplin cezası verilmesi hukuka aykırıdır. Bkz. Dş. 12.D. E:2012/5471, K:2016/217, KT:26.01.2016, www.sinerjimevzuatcom.tr; Dş. 12.D. E:2012/2030, K:2015/6218, KT:26.11.2015, www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹⁵⁶ Sancakdar, s.272; Duman, s.175.

Delillerin bağlayıcılığı konusunu açıklamak gerekirse, bu konuda başlıca iki delil sistemi bulunmaktadır. Bunlardan ilkinine göre, bir vakıanın ispatı için özel olarak kanunda öngörülen delilin ileri sürülmesi halinde, yetkili merci bu delilin ispat için yeterli olduğunu kabul ederek kararını bu doğrultuda vermelidir.¹⁵⁷ Bu durumda delil bağlayıcı nitelikte olduğundan takdir yetkisinden söz etmek mümkün değildir.¹⁵⁸ Buna karşın ikinci sistemde, vakıanın ispatında delilin değerlendirilmesi yetkili merciin takdir yetkisine bırakılmaktadır.¹⁵⁹

Disiplin soruşturmasında ise deliller konusunda disiplin amirinin takdir yetkisi bulunmaktadır. Özel hukukun aksine disiplin suçu gibi bir eylemin önceden serbestçe planlanması mümkün olmadığından, özel hukuktaki gibi belge delilinden söz edilemeyeceğinden kesin delilden de bahsetmek mümkün değildir.¹⁶⁰ Ayrıca kendiliğinden araştırma ilkesinin var olduğu durumlarda, deliller yetkili makam bakımından bağlayıcı olmamaktadır.¹⁶¹ Bu kapsamda disiplin soruşturmasında vicdani delil sistemi uygulandığını da belirtmek isteriz. O halde delil serbestliğinin yanı sıra delillerin değerlendirilmesinde de serbestlik geçerlidir.¹⁶² Bu nedenle her bir delilin kendine ait özelliği ve ayrı ispat değeri bulunduğundan, genelleme yapmak yerine, delillerin ispat değeri disiplin amiri tarafından serbestçe takdir edilmelidir.¹⁶³ Bu nedenle doktrindeki, salt tanık ifadesi¹⁶⁴ ya da salt dijital delillere¹⁶⁵

¹⁵⁷ Bulur, s.96.

¹⁵⁸ Açıan, s.479.

¹⁵⁹ Bulur, s.96.

¹⁶⁰ Açıan, s.480.

¹⁶¹ Kesin deliller ile ispat kuralı ve bağlayıcı deliller ancak taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir. Bkz. Bulur, s.97.

¹⁶² Delil sistemi tarihte başlıca dört aşamadan geçmiş olup bunlar; akıl dışı, dini(ordel-jüri), kanuni ve vicdani delil sistemleridir. Uzun süre uygulanan kanuni delil sisteminde belli hususlar sadece kanunda belirtilen deliller ile ispatlanmaktadır. Kanuni delil sistemi, hâkimin delillerle mutlak şekilde bağlanmasına yönelik su-iistimallerin artması nedeniyle yerini vicdani delil sistemine bırakmıştır. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.499.

¹⁶³ Örneğin AK m.158/1'de delillerin serbestçe takdir edileceği hüküm altına alınmıştır: "Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ve barolar disiplin kurulları, gösterilen delilleri, soruşturma ve duruşmadan edinecekleri kanıya göre serbestçe takdir ederler."

¹⁶⁴ Yazara göre tanık ifadeleri takdiri delil olduğundan, bu delilin kesin delil olarak değerlendirilmemesi ve ancak diğer deliller ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. Sancakdar, s.268.

¹⁶⁵ Candan, s.1335-1337.

dayanılarak karar verilmemesine ilişkin görüşe katılmamaktayız. Nitekim yukarıda açıkladığımız üzere, her bir delilin ispat gücü farklı olduğundan bazen dosyadaki tek delil disiplin cezası için yeterli olabileceği gibi, bazen de dosyadaki birden çok delil disiplin cezası için yeterli olmamaktadır.

Diğer yandan, deliller konusundaki serbestlik, disiplin amirinin keyfi bir şekilde hareket edebileceği anlamına gelmemektedir.¹⁶⁶ Bu kapsamda bazı kıstaslara uyarılığın gözetilmesi gerekmektedir. Yazılılık esasına göre, disiplin amiri kararını dosya üzerinden vermeli¹⁶⁷ ve kararını ancak dosyada bulunan delillere dayandırmalıdır. Dosyada yer almayan ve soruşturulana gösterilmeyen bir delile dayanılarak karar verilemez. Verilen karar ise mutlaka gerekçeli olmalıdır.¹⁶⁸ Disiplin amiri, kararı hangi delile dayandığını, hangi delillerin hangi eylemler ile ilişkisi olduğunu, hangi delillerin lehe yahut aleyhe olduğunu, çelişme halinde hangi delile neden üstünlük tanıdığını açık, net ve gerekçeli bir şekilde yazmalıdır. Nitekim gerekçe tarafsız, üçüncü bir kişi tarafından makul ölçülere göre yapılacak bir inceleme sonucu, kararın neden verildiğinin anlaşılmasını sağlayacak standartta olmalıdır. Danıştay'ın birçok kararında da belirttiği üzere, eylemin deliller ile ilişkilendirilmesinin yanı sıra eylemin işlenmesindeki manevi unsurun da ortaya konulması gerekmektedir.¹⁶⁹ Yani kısaca, bir yargılamada verilen hükümde olması gerektiği gibi, delillerin sadece kararda gösterilmesi ile yetinilmemeli, detaylı bir açıklama yoluna gidilmelidir.¹⁷⁰

Disiplin amiri, deliller aracılığıyla geçmişte yaşanan olayı kavrayıp karar vermektedir. Bu noktada disiplin amiri de delilin güvenilir-

¹⁶⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.499.

¹⁶⁷ Baş, s.298.

¹⁶⁸ Gerekçelerin tek tek yazılması ve ilişkilendirilmesi konusunda bkz. Dş. 12.D. E:2011/2498, K:2015/6238, KT:26.11.2015, www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹⁶⁹ "...bu kapsamda anılan İdari Soruşturma Raporları'nda gerçekleştirildiği iddia olunan hayali ihracat olayına davacının kasıtlı olarak iştirak ettiğine ilişkin hukukun geçerli, kesin ve somut bir delile rastlanmadığı kanaatine varıldığından davacıya verilen disiplin cezasının iptali isteminin reddine yönelik mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır." Bkz. Dş. 15.D. E:2016/1062, K:2017/4232, KT:22.06.2017. www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹⁷⁰ Yazara göre incelemeye konu olan bir karar için sine qua non (olmazsa olmaz) niteliğine haiz olan gerekçe, kararın kalbini oluşturan ve ona güç veren bir ruh gibidir. Anayasa, uluslararası sözleşme ve kanun gibi mevzuat ile genel hukuk kurallarının yanı sıra gerekçe, kamu vicdanını tatmin eden bir niteliği de sahiptir. Bkz. Öztekin, s.815.

liğini kendisi takdir etmelidir. Örneğin bir tanık ifadesindeki sadece olayı görenlerin bilebileceği orijinal noktalar ile ayrıntılar, ifadenin düzenli ve mantıksal yapıya uygun olması ve olay kapsamında iç içe geçmiş veya karşılıklı etkileşimli anlatım tarzı gibi etkenler ifadenin inandırıcılığını artırmaktadır.¹⁷¹ Disiplin amiri kendi incelemesi ile kanaate ulaşamıyorsa, örneğin dijital delilde olduğu gibi bilirkişinin yardımıyla yararlanmalıdır.¹⁷²

Delillerin değerlendirilmesi sonucu, eylemin soruşturulan tarafından işlendiği konusunda net bir sonuca varılması halinde disiplin cezası verilmelidir. Diğer yandan, bütün soruşturma işlemlerine rağmen deliller eylemin soruşturulan tarafından işlendiğinin ispatı için yetersiz ise, bu durumda disiplin cezası verilemez. Yani disiplin soruşturmalarında yaklaşık ispat yerine tam ispat ölçütü geçerlidir. İspat için gereken ölçü şüphenin tamamen yenilmesidir. Diğer bir deyişle eylemin soruşturulan tarafından işlendiğinin %100 oranında belirli olmasıdır.¹⁷³ Bu durum, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin doğal bir sonucudur.¹⁷⁴ Aksi takdirde, Danıştay'ın da belirttiği üzere verilen kararlar hukuka aykırıdır.¹⁷⁵ Gerçekten de deliller ile disiplin amiri bugünden dünü öğrenmeli, kararını verirken şüphe yenilerek yerini belirliliğe bırakmalıdır.¹⁷⁶ Yapılan bu işlemler neticesinde şüphe tamamen yenilmediği durumlarda disiplin cezası verilmemelidir.

¹⁷¹ Kızıl, s.399-401.

¹⁷² Bulur, s.101.

¹⁷³ Öztekin, s.818.

¹⁷⁴ "Ayrıca evrensel ceza hukuku ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi disiplin hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre; disiplin yaptırımı uygulanacak kişi tarafından ikrar edilmeyen ve eldeki mevcut deliller ile disiplin normuna aykırı fiilin ispatı mümkün olmayan hallerde "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince ilgiliye disiplin cezası verilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir." Karar için bkz. Dş. 12.D, E:2016/7260, K:2017/2823, KT:30.05.2017, www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁵ "Bu durumda, dava konusu disiplin cezasına dayanak gösterilen eylemlere ilişkin isnatların soyut olduğu, dolayısıyla isnat edilen eylem belirli bir olaya ilişkin olmadığı gibi, kimin hangi eylemlerden, ne ölçüde sorumlu olduğu, açıkça, her türlü şüpheden uzak, somut, kesin, yeterli ve inandırıcı delillerle tam bir vicdani kanaat oluşturacak şekilde ortaya konulmadığından,"Dş. 12.D. E:2012/9082, K:2016/408, KT:02.02.2016, www.sinerjimevzuatcom.tr.

¹⁷⁶ Eskiden şüphenin belirli bir boyutu aşması halinde deli yetersizliğinden dolayı beraat kararı verilmesi yerine cezada indirime gidilirken, tam inanişaya bağlı olan çağdaş hukuk sistemimizde ceza verilebilmesi için şüphenin tamamen yenilmesi zorunludur. Bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.499, 501.

Ayrıca takdir yetkisi hususunda belirtmek isteriz ki, hizmetlerin daha iyi yürümesi için idareye de takdir yetkisi tanınmaktadır.¹⁷⁷ Ancak delillerin serbestçe takdir edilmesi ile söz konusu takdir yetkisi birbirinden ayrıdır. Nitekim disiplin soruşturmasında da geçerli olan takdir yetkisinin delillerin değerlendirilmesi aşamasında kullanılması mümkün değildir. Deliller eylemin soruşturulan tarafından işlendiğini gösteriyorsa artık takdir yetkisi bundan sonraki süreçte, örneğin cezanın tayini aşamasında kullanılabilir.¹⁷⁸ Bu bakımdan tekerrür, cezanın kişileştirilmesi, bir üst veya alt cezanın verilmesi gibi durumlar haricinde,¹⁷⁹ asıl cezalandırılması gereken eylem olduğundan, soruşturulanın disiplin soruşturmasına konu olmayan eylemleri göz önüne alınmaz. Örneğin daha önce soruşturulan hakkında birden fazla soruşturma açılmış olması soruşturulanın suçlu olduğunu göstermez. Bunun yanı sıra delillerin disiplin suçunun soruşturulan tarafından işlendiğini göstermesine karşın, soruşturulanın çalışkan, başarılı olması gibi nedenlerden dolayı suçsuz sayılması da mümkün değildir. Gerçekten de takdir yetkisi ancak eylemin soruşturulan tarafından işlendiğine kanaat getirdikten sonra cezanın verilmesi aşamasında uygulama alanı bulabilen bir yetkidir. Bu kapsamda personelin başarılı veya çalışkan olması, sicili, eğitim düzeyi ve aldığı ödüller gibi özlük dosyasında bulunan hususlar ile amiri ve diğer kişiler ile olan ilişkisi gibi bir takım ölçütler göz önüne alınmakta ve duruma göre eylemin gerektirdiği cezadan bir derece hafif ceza verilebilmektedir.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Korkmaz, s.243.

¹⁷⁸ DMK m.137 ile m.145 arasında düzenlenen görevden uzaklaştırma kararını verme ve bu kararı geri alma yetkisi ile DMK m.125'e göre eylemin ağırlığı ve durumun niteliğine göre bir alt derecedeki disiplin cezasını verme yetkisinin disiplin amiri veya kuruluna tanınması, takdir yetkisine örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Korkmaz, s.246-247.

¹⁷⁹ Nitekim disiplin amiri takdir yetkisini keyfi kullanmamalı ve hatta gereken araştırmayı yapmalıdır. Danıştay, takdir yetkisinin olduğu durumda ceza vermeden önce, ilgilinin geçmiş sicil durumuna bakılarak bir alt ceza ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. İDDK, E:2007/1200, K:2011/268, KT:21.04.2011, www.kazanci.com.tr.

¹⁸⁰ Disiplin suçu için her durumda bir alt cezanın verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yetki tamamen idarenin takdir yetkisi altında tanımlanmakta ve yetkinin kullanılması tamamen ilgili mercie tanınmaktadır. Bkz. Dş. 12.D. E:2000/2702, K:2002/2982, KT:09.10.2002, www.sinerjimevzuatcom.tr.

SONUÇ

Disiplin hukuku genel kamu düzeni yerine kısmi düzeni konu alan bir hukuk dalıdır. Özellikle son yüzyılda ceza hukukunun son çare olması yönündeki anlayışın gelişmesiyle birlikte disiplin hukuku, önemi artan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Bu kapsamda neredeyse her bir alt disiplin hukukuna ilişkin müstakil kanun ve yönetmelikler hazırlanmıştır. Ancak bu durum bazı olumsuz sonuçlara da yol açmıştır. Esasen her bir kısmi düzenin kendisine ait yapısı, işleyişi, amacı gibi hususların farklı olduğu gözetildiğinde, disiplin mevzuatındaki söz konusu dağınıklık kabul edilebilirse de uygulamada birliğin sağlanması ve boşlukların doldurulması amacıyla genel bir disiplin kanununa ihtiyaç duyulmaktadır. Boşluk her ne kadar disiplin amiri tarafından doldurulursa ve bu durum hâkim tarafından da denetlenebilirse de belirlilik, açıklık ve uygulamada birliğin sağlanması amacıyla bütün disiplin düzenleri açısından uygulanabilir, asgari düzeyde hükümler içeren, ortak bir disiplin kanunun yapılması büyük bir ihtiyaçtır.

Diğer yandan disiplin hukukunda uygulanacak hükümlerin azlığı nedeniyle bir takım boşluklar mevcuttur ve bu boşlukların idare hukuku ve ceza hukuku başta olmak üzere ilkelerin uygulanması ve hükümlerin kıyas yoluyla doldurulması mümkündür. Nitekim normlar hiyerarşisine göre anayasa ve uluslararası sözleşmeler de disiplin hukukunda uygulanabilmektedir.

Bir hukuk veya ceza yargılamasında veya idari yargılamada eylemin ispatına ilişkin delillere ilişkin konular detaylı bir şekilde düzenlenmiş ise de disiplin soruşturmasında deliller konusu gerektiği gibi düzenlenmemiştir. Disiplin mevzuatlarının genelinde soruşturmacının ifade alabileceği, kurumlardan yazı ve belge talep edebileceği, bilirkişiden rapor alabileceği ve keşfe gidebileceği belirtilmektedir. Bu hususlar dışında delil elde etme yöntemlerinin neler olduğu ve hangi sınırlar içerisinde neler yapılabileceği konusu düzenlenmemektedir. Bu nedenle ortaya çıkan boşluk doldurulmalıdır. Disiplin soruşturmasında delil serbestisi geçerli olduğundan her türlü delil kullanılabilir. Bunun ise sınırını hukuka aykırı deliller oluşturmaktadır. Bireyin temel hak ve hürriyetlerine dayanak olmadan müdahalede bulunan veya yasak işlemler sonucu elde edilen delillerin disiplin so-

ruşturmasında kullanılması mümkün değildir. Nitekim ceza yargılamasında olduğu gibi kullanılan delillerden bazıları temel hak ve hürriyetlere bir müdahale sonucu kullanılabilir hale gelmektedir. Ancak söz konusu delilin ceza yargılamasında kullanılmasına ilişkin Anayasal ve kanuni dayanak mevcut olmasına karşın, disiplin soruşturmasında kullanılabilmesine ilişkin herhangi bir dayanak mevcut olmadığından, ceza yargılamasında elde edilen söz konusu delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması mümkün değildir.

Delillere ilişkin özellik gösteren bir diğer konu ise dijital delillere ilişkindir. Teknolojinin gelişim hızını yakalamak mümkün olmasa da bu konuda en azından asgari standartlara sahip bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Özellikle dijital delillere ilişkin tanımlar, bu delillerin nelerden oluştuğu ve elde etme yöntemleri gibi konuların düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Delillerin değerlendirilmesi disiplin cezasını verecek kişi veya kişilerden oluşan kurul tarafından yapılmakta ve duruma göre ya ceza verilmekte ya da ceza verilmemektedir. Disiplin amiri veya disiplin heyeti kendi hür iradesi ile karar vermeli ve bu kapsamda ceza mahkemesinin vereceği karar ile bağlı olmamalıdır.

Soruşturmacı ile disiplin amiri veya heyetinin bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlanmalıdır. Bu kapsamda bu kişi veya kişiler kurumun içerisinde görevlendirilirken bazı hususlara dikkat edilmeli ve hatta kurumun işlevi ve büyüklüğü de göz önüne alınmalı ve gerekiyorsa bu yetkilerin kullanılması müstakil ve tamamen bağımsız kişi veya kişilere verilmelidir. Bunun yanı sıra iş yükü ve bütçe gibi hususlar da iyileştirilmelidir.

Delillerin elde edilmesi konusundaki serbestlik, delillerin değerlendirilmesinde de geçerlidir. Ancak bu değerlendirme sonucu verilecek karar, salt tek taraflı iradenin bir ürünü olmamalıdır. Bu kapsamda soruşturmacının görüşü alınmalı, özellikle soruşturma dosyası oluşturulan ile paylaşılmalı ve deliller tartışılmalıdır. Bu tartışma sonucu yapılacak değerlendirme sonucu disiplin soruşturmasına ilişkin karar verilmelidir. Şüphenin yenilmemesi durumunda ise ceza verilmemelidir. Verilen her türlü karar gerekçeli bir şekilde yazılmalıdır.

Kaynakça

- Açan İbrahim, "Delil", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1975, S.4, s.478-485.
- Alkan Mehmet, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2015, S.117, s.167-200.
- Araalan Cemal, "Türk Hukukunda Dijital Deliller", www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2015_Summer/GSI_Articleletter_2015_Summer_Article15.pdf, s.203-212, (ET: 18.01.2018).
- Arslan Çetin, "Ceza Muhakemesinde İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukundaki Durumu Üzerine Bir Değerlendirme", *Fasikül Hukuk Dergisi* Y.2010, C.2, S.3, s. 32-40. (Kısaltma: İletişim)
- Arslan Çetin, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y.2015, C.3, S.2, s.253-266. (Kısaltma: Dijital)
- Baş Eylem, "Hâkimlerin ve Savcılarının Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2016, S.3 s.265-359.
- Bulur Alper, "E-İspat", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.66, S.2, s.90-104.
- Candan Burak, "Teknolojik Araçlardan Elde Edilen Verilerin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2010, C.2, S.1, s.1331-1340.
- Cem Cemil, "Disiplin ve Disiplin Hukuku", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1969, S.5, s.821-834.
- Çakmak Seyfullah, "İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.2010, C.5, S.48, s. 71-86.
- Demircioğlu Mustafa Yaşar, "Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması Ve Cezalandırma Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2014, S.4, s.327-362.
- Duman Bahattin, *Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması*, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2012.
- Feyzioğlu Metin, "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İsnatlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2000, S.1, s.19-46. (Kısaltma: Delil)
- Feyzioğlu Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.48, S.1, s.135-163. (Kısaltma: Suçsuzluk)
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basım, 10. Baskıdan Tıpkı Ek Baskı, Bursa 2010.
- Günel Yılmaz, "Disiplin Cezaları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.13, S.2, s.190.211.
- Gündüz F. Ebru, "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2016, C.20, Sayı.1, s.411-424.
- Güveyi Ümit, "Memur Disiplin Hukukunda Mobbing", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.18, S.1-2, s.1455-1481.

- İnceoğlu Sibel, "Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2007, S.72, s.55-74.
- İpek Ali İhsan, "İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.2, C.1, S.7, s.221-256.
- Karahançoğulları Onur, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C.8, S.3, s.55-77.
- Karakurt Mustafa/Ataç Yasin, "Bilirkişi Raporlarının Dil Yapısı", *Adli Bilimler Dergisi*, C.14, S.2, s.43-47.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Y.2005, C.38, S.2, s.61-87.
- Kızıl Muhammet, "Tanık İfadesi ve İnandırıcılık", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2014, S.2, s.395-407.
- Korkmaz Kadir, "Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2009, C.13, Sayı.1-2, s. 241-252.
- Mısır M. Haşim, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.
- Muratoğlu Tahir, "Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.19, S.30, s.77-147.
- Murphy Justin P./Fontecilla Adrian, "Adli Soruşturma ve Ceza Davalarında Sosyal Medya Delili: Yeni Hukuksal Sorunların Sınırı", *Küresel Bakış Dergisi*, Y.4, S.14, s.33-54. (Çeviren: Murat Arabacı)
- Oğurlu Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis İn İdem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.52, S.2, Y.2003, s.101-124.
- Özbey Özcan, "Adli Bilişim ve Sayısal Deliller (5271 Sayılı CMK'nın 134. Maddesi)", *Yargıtay Dergisi*, Y.2010, C.36, S.3, s.61-126.
- Özen Muharrem/Özocak Gürkan, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlar da Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.2015, S.1, s.41-77.
- Pınar İbrahim, *Açıklamalı-İçtihatlı Memur Suçlarında İdari Soruşturma*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987.
- Sancakdar Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Sancakdar Oğuz/Tepe İlker, "Alman Federal Disiplin Kanunu ve İdari Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y.2011, C.69, S.1-2, s.251-271.
- Sancakdar Oğuz/Us Eser/Kasapoğlu Turhan Mine/Önüt Lale Burcu, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2015.
- Sezer Yasin/İpek Ali İhsan, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.1, S.3, C.1, s. 43-74.

- Süzek Sarper, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", *Çalışma ve Toplum*, Y.2011/1, S.28, s.9-18.
- Tanrıver Süha, "Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y.2006, S.65, s.368-377.
- Taşkın Ahmet, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.2, S.3, s.111-152. (Kısaltma: Bilirkişi)
- Taşkın Ahmet, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y.7, S.25, s.60-91. (Kısaltma: Disiplin)
- Ulukapı Ömer, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2001, C.9, S.3-4, s. 191-207.
- Ulusoy Ali D., *İdari Yaptırımlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2015.
- Yıldız Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.65, S.1, s.127-173.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. Baskı, Ankara 2010.

İŞE İADE TALEPLERİNDE DAVA ŞARTI OLAN (ZORUNLU) ARABULUCULUK COMPULSORY MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION IN REEMPLOYMENT CLAIMS

Özlem ÖZEKES*

Özet: 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) ile Türk Hukuku'nda iş davaları bakımından zorunlu arabuluculuk kabul edilmiş, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi ile bu konuda oldukça ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. İş uyuşmazlıklarının tümü için değil, belirli iş uyuşmazlıkları için zorunlu arabuluculuk söz konusudur. Bunların içinde işe iade talepleri de yer almaktadır. Yeni İş Mahkemeleri Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda da (İŞK) değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikler kapsamında işe iade talepleri ve davaları da yer almaktadır. İşe iade davaları bakımından zorunlu arabuluculuk bazı özellikler göstermektedir. Arabulucuya başvuru süresi ve sonuçları, taraflar ve varılacak anlaşma konusunda özellikle düzenleme yapılmıştır. Bunun dışında, işe iade taleplerinin özelliğinden kaynaklanan hususlar da dikkate alınmalıdır. Bu konuda hüküm bulunmayan hallerde, öncelikle İşMK m. 3, ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) uygulanacaktır. Bu çalışmada işe iade davalarında zorunlu arabuluculuğun gösterdiği özellikler ele alınmış; ayrıca konuyla bağlantılı hususlar açıklanmış, sorunlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Zorunlu Arabuluculuk, İşe iade Davası, İş Mahkemeleri

Abstract: With the new Labor Courts Code (IsMK) No. 7036 (IsMK), compulsory mediation was enacted in Turkish Law regarding claims which are arising from labor contracts. In this regard, a very detailed regulation was enacted in Art. 3 of the Labor Code. There is a compulsory mediation for certain labor disputes, not for all labor disputes. These include reemployment claims. The new Labor Courts Code also amended the Labor Code (IsK) No. 4857. These amendments also include reemployment claims and cases. Compulsory mediation regarding reemployment claims shows some features. Application process and results of mediation, parties, and agreement to be reached have been enacted particularly. Apart from that, the issues arising from the nature of the claim for reemployment should also be taken into consideration. In cases where there is no provision in this matter, firstly the IsMK Art. 3, as

* Avukat

well as the Law on Mediation in Legal Disputes (HUAK) will apply. In this study, the characteristics of compulsory mediation in case of reemployment were discussed; the issues and problems related to the subject are explained.

Keywords: Mediation, Compulsory Mediation, Reemployment Case, Labor Courts

GİRİŞ

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu yürürlüğe girmiş ve 1950 tarihli 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır (İşMK m. 10). Yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun yargılama bakımından 5521 sayılı Kanun'a göre çok büyük yenilikler getirdiğini söylemek güçtür. Ancak kabul edilen yeni Kanun'un getirdiği en önemli yenilik, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bir dava şartı olması, bu çerçevede dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğudur.

7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi arabuluculukla ilgili oldukça uzun ve ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasına göre "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*". Bu hükümden hareketle, iş hukukunda dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğunu temelde iki kategoride toplamak mümkündür: Birincisi, işçi veya işveren alacakları, ikincisi ise işe iade davaları. Kanun koyucu, getirdiği bu yeni düzenlemeyle uyumlu olarak başta İş Kanunu (İşK) olmak üzere diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapmıştır. Bu çerçevede 4857 sayılı İş Kanunu'nda da işe iade davalarıyla ilgili olarak 20. ve 21. maddeler değiştirilmiş; arabuluculuk konusunda hükümler eklenmiştir.

İş uyuşmazlıklarında dava şartı olan arabuluculuk hakkında 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesi hükümleri uygulanmakla birlikte, işe iade talepleri bakımından ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 20. ve 21. maddesinde yer alan özel hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu özel hükümler bazı farklılıklar göstermesi yanında, uygulama bakımından da bazı güçlükleri içinde barındırmaktadır. İşe iade taleplerinin bu farklılığı sebebiyle ayrı bir inceleme konusu yapılması hem konunun teorik yönü hem de uygulaması bakımından yararlı olacaktır.

tır. Dava şartı olan arabuluculuğun çok yeni olması, onun içinde de işe iade taleplerinin özellik göstermesi bizi böyle bir çalışma yapmaya yöneltmiştir.

Biz bu çalışmada iş uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili getirilen yeni düzenlemenin tümünü değil; sadece işe iade davaları bakımından yapılan düzenleme ve getirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Konuyu incelerken işe iade davalarında yapılan düzenlemeyi ve bu düzenlemeye göre arabuluculuğun gösterdiği özellikleri açıklayacağız. Ancak diğer yandan da bu düzenlemenin ortaya çıkartabileceği muhtemel sorunlara değineceğiz.

Çalışmada kısaca iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında ön açıklamalardan sonra, ele aldığımız uyuşmazlığın temeli olan işe iade talepleri hakkında genel bir bilgi vermeye çalışacağız. Bu genel bilgilerin ardından, işe iade taleplerinde dava şartı olan arabuluculuğun gösterdiği özellikleri temel aşamaları ile ele alıp ilgili konuları açıklarken ortaya çıkacak muhtemel sorunlar üzerinde de değerlendirme yapacağız.

I. İŞ UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK HAKKINDA TEMEL DÜZENLEMELER

A. Genel Bilgi

Genel bir bakış açısıyla iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun, işe iade davalarında arabuluculuk ise iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun özel bir türüdür. İş uyuşmazlıklarında arabuluculuk bakımından hüküm bulunmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) hükümleri uygulanacaktır (İŞMK m. 3/21). Bu bakımdan hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk sistemi bilinmeden iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun doğru uygulanması mümkün olmayacaktır. Belirli iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun zorunlu olması ve bu konudaki özel hükümler dışında, burada da arabuluculuğun genel ilkeleri ve arabuluculuk sürecine ilişkin genel düzenleme geçerlidir. Bu sebeple, aşağıda çok fazla ayrıntıya girmeden arabuluculuk hakkındaki genel düzenleme ve bu konudaki temel kanun olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu esas alınarak açıklama yapılacaktır.

İşe iade taleplerinde arabuluculuk hakkında genel hükümlerin bilinmesi yetmez. Zira işe iade talepleri de zorunlu arabuluculuğun kapsamındadır (İşMK m. 3/1). Ancak işe iade talepleri bakımından sadece 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesindeki hükümlerin uygulanması yeterli değildir. Bunun dışında 4857 sayılı İş Kanunu'nun işe iade talepleriyle ilgili 20. ve 21. maddesindeki özel hükümler göz önünde tutulmak zorundadır. Bu hükümler bazı yönlerden diğer iş uyuşmazlıklarındaki arabuluculuktan farklıdır. Ayrıca işe iade taleplerinin özelliği de zorunlu olarak arabuluculuk uygulamasında farklılaşmaya yol açacaktır.

Bu açıklamalar kapsamında önce işe iade talepleriyle ilgili özel düzenleme dikkate alınarak zorunlu arabuluculuk hükümleri uygulanmalı; bu konuda hüküm bulunmadığında ve ayrıca arabuluculuğun temel ilkeleri bakımından, arabuluculuğa ilişkin genel hükümlerden yararlanılmalıdır. Bu gerekçelerle aşağıda önce genel olarak hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkında bilgi verilecek, dava sonra özel olarak iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk üzerinde durulacaktır. Bu genel açıklamalardan sonra, ayrı bir başlık altında işe iade taleplerinde arabuluculuk daha ayrıntılı incelenecektir.

B. İş Uyuşmazlıklarının Temeli Olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

1. Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İçinde Arabuluculuğun Yeri ve Özellikleri

Hukukta uyuşmazlıkları çözmek bakımından klasik anlayış yargı organlarına başvurulması ve yargılama yapılarak karar verilmesidir. Yargılamada taraflardan bağımsız bir üçüncü kişi konumunda olan hâkim, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde mevcut yargılama hükümlerine uygun olarak yürüttüğü usûlî sürece göre, onların gerçekleştirdiği ispat faaliyeti sonucunda, yine mevcut maddî hukuk kurallarına göre bir karar verir. Tarafların kural olarak ne yargılamayı yapacak mahkemeyi ne yürütülecek süreci ne de sonucu belirlemeleri mümkündür. Bununla birlikte, yargılama faaliyeti içinde kendilerine tanınan imkânlar çerçevesinde yargılamayı ve kararı etkileyebilirler. Ancak uyuşmazlıkları çözümenin tek yolu yargılama değildir. Geçmişten günümüze kadar yargılama içinde ve yargılama dışında

farklı uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulanagelmıştır. Uyuşmazlık çözüm yöntemleri farklı ayrımlara tâbi tutulabilse de, en genel ayrım yargılama yapılarak uyuşmazlıkların çözümü ile yargılama yapılmadan uyuşmazlıkların çözümüdür. Devlet yargısı (mahkeme) ve tahkim yargısı (hakem) yargılama yapılarak uyuşmazlığı çözerken, tarafların doğrudan görüşmesi (müzakere-sulh) veya tarafların bir üçüncü kişi yardımıyla, ancak yine uyuşmazlıkları kendilerinin çözdüğü (arabuluculuk) yöntemler yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemleridir.¹

Yargılama yapılarak uyuşmazlığın çözümünde çözüm bir üçüncü kişinin kararına bırakılmıştır ve tarafların süreç ve sonuç üzerinde hâkimiyetleri sınırlıdır. Oysa yargılama dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde taraflar ya doğrudan veya üçüncü kişinin yardımıyla süreci de sonucu da kontrol etmektedirler. Yargılama dışında gerçekleştirilen, tarafların hâkimiyetlerinin fazla olduğu ve esnek çözüm imkânlarını sunan bu yöntemler genel olarak “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak ifade edilmektedir.² Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde de en çok uygulanan ve bilinen yöntem “arabuluculuk” yöntemidir. Bu yöntemde arabulucu veya uzlaştırıcı denilen üçüncü kişinin yardımıyla taraflar süreci yürütür ve yine kendi iradeleriyle bir çözüme ulaşırlar. Üçüncü kişi burada karar vermez, tarafların masada kalmalarına, süreci sağlıklı yürütmelerine ve iki tarafın da menfaatine ve iradesine uygun bir karar vermelerine yardımcı olur. Bu sebeple arabuluculuk bir yargılama, arabulucu da karar verici değildir.³

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, arabuluculuk şu şekilde tanımlanmaktadır: “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”dir.

¹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2803 vd.; Kekeç, s. 5 vd.; Tanrıver, s. 160.

² Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2805 vd.; Kekeç, s. 11 vd.; Tanrıver, s. 151.

³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2813 vd.; Kekeç, s. 23 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 26 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 28 vd.

6325 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle,⁴ arabulucuya gerekirse çözüm önerme yetkisi de tanınmıştır.

Arabuluculuk konusunda (HUAK'da da açıkça düzenlenen) bazı temel ilkeler mevcuttur. Bunlar, iradîlik, eşitlik ve gizliliktir. Arabuluculuk iradîdir⁵, yani tarafların iradeleriyle, gönüllü olarak katıldıkları bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir (HUAK m. 3/1). Taraflar eşittir, yani taraflar sürece başvurmada ve tüm süreçte eşit haklara sahiptir (HUAK m. 3/2). Arabuluculukta gizlilik esastır, yani yargılamadan farklı olarak arabulucu, taraflar ve süreçte yer alanlar, (aksi kararlaştırılmadıkça) sürecin ve bu süreç içindeki bilgi ve belgelerin gizliliğini korumak durumundadırlar (HUAK m. 4, 5).⁶

Ülkemizde farklı düzenlemelerde temel alınacak bazı hükümler olsa da, arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte 2012 yılında kanunî bir düzenleme olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 137/1, 140/2-3, 320/2) ve diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır.⁷ HUAK'ın kabulünden sonra, yargılama dışında böyle bir uyuşmazlık çözüm yönteminin başta hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü olmak üzere farklı Anayasa hükümlerine aykırılığı sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuş; ancak Anayasa Mahkemesi özellikle bu yöntemin iradî olması, gönüllülük esasına dayanması, süreci başlatmak, sürdürmek ve sonlandırmak bakımından ihtiyariliğini dikkate alarak başvuruyu reddetmiş; ayrıca bu yöntemin yargı yoluna başvuruyu engellemediğini belirtmiştir.⁸

⁴ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 6325 sayılı Kanun'da da bazı önemli değişiklikler yapmıştır (RG, 25.10.2017, S. 30221).

⁵ Temel ilke bu olmakla ve gerçek anlamda arabuluculuk iradî olmakla birlikte, istisnai durumlarda zorunlu arabuluculuk da düzenlenmiştir. Bu çalışmada ele alınan işe iade davalarının da içinde bulunduğu bazı iş uyuşmazlıkları, dava şartı şeklinde zorunlu arabuluculuk kapsamındadır (İşMK m. 3). Ancak bu arabuluculuğun temel ilkesinin değiştiği anlamına gelmez.

⁶ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2816 vd.; Kekeç, s. 57 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 122 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 43 vd.

⁷ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2824 vd. Arabuluculuğun Dünya'da ve Ülkemiz'deki gelişimi hakkında bkz. Kekeç, s. 30 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 32 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 27 vd.

⁸ AYM, 10.07.2013, 2012/94, 2013/89 (RG, 25.01.2014, S. 28893).

2. Arabuluculuk Süreci ve Temel Aşamaları

Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk, her konuda başvuru-
labilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Ancak özel hu-
kuk kaynaklı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş
ve işlemlerde bu yönteme başvurulabilir (HUAK m. 1/2).⁹ Arabulu-
culuk faaliyeti çok genel olarak üç aşamadan oluşur (HUAK m. 13-
18).¹⁰ Arabulucuya başvuru ve arabulucunun tarafları aydınlattığı,
sorunların tespit edildiği ilk başlangıç oturumları, birlikte veya ayrı
ayrı oturumların yapıldığı müzakere süreci ve faaliyetin sonlandırıl-
dığı aşamadır. Bir kimsenin kanunda belirlenen yetkileri kullanarak
ve imkânlardan yararlanarak (HUAK m. 6-12) süreci yürütmesi için
kanunun aradığı şartları sağlayarak arabuluculuk siciline kayıtlı bir
arabulucu olması gerekir (HUAK m. 20). Taraflar herhangi bir üçüncü
kişiyi de arabulucu olarak sürece dâhil edebilirler; ancak resmî nitelik-
li, sicile kayıtlı bir arabulucu olmadıkça kanunda belirlenen sonuçlar
gerçekleşmeyecektir.

Henüz bir dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra ara-
bulucuya başvurulabilir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m.
137, 140) ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na (m.
15/5, 16) göre, dava açıldıktan sonra mahkeme tarafları sulh veya ara-
buluculuğa teşvik etmelidir. Arabuluculuk yöntemi, kanundaki temel
hususlara dikkat edilerek taraflarca belirlenir (HUAK m. 15/1-3). An-
cak niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim
tarafından yapılabilecek işlemlerin arabulucu tarafından yapılması
söz konusu olmaz (HUAK m. 15/4). Arabuluculuk ücretini karşılaya-
mayacak durumda olanlar adlî yardımdan yararlanabilir. Bunun için
arabuluculuk bürosunun bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkeme-
sinden adlî yardım kararı talep edilebilir (HUAK m. 13/3).

Davanın açılmasından sonra taraflar birlikte arabulucuya başvu-
racaklarını belirtmişlerse, bu durumda yargılama, mahkemece üç ayı
geçmemek üzere ertelenecektir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu
üzerine üç aya kadar uzatılabilir (HUAK m. 15/5). Arabulucuya baş-

⁹ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2827 vd.; Kekeç, s. 96 vd.; Eğitim Kitabı, s. 30 vd.

¹⁰ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2838 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd.; Arabuluculuk
Eğitim Kitabı, s. 79 vd. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, s. 23
vd.,128 vd.

vurunun davaya bu etkisi yanında, maddî hukuktaki sürelerle de etkisi bulunmaktadır. Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz (HUAK m. 16/2). Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması durumunda, arabuluculuk süreci tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılarak bunun tutanakla belgelendirilmesi ile başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvurulması durumunda ise süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak belirtmeleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile başlamış olur (HUAK m. 16/1).¹¹

Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler (HUAK m. 15/6). Arabulucu birlikte veya tarafların onayı ile duruma göre ayrı ayrı oturumlar yaparak süreci yürütebilir.

Kanunda arabuluculuk sürecinin, tarafların anlaşmaya varması; taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi; taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi; tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi ve uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı tespit edilmesi hâllerinde sona ermiş olacağı kabul edilmektedir (HUAK m. 17/1).¹²

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştikları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanunî temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Arabuluculuk faaliyeti

¹¹ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2840 vd.; Kekeç, s. 128 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd.

¹² Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2842; Kekeç, s. 194 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 181 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 173 vd.

sonunda düzenlenecek tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda da taraflara gerekli açıklamaları yapmalıdır (HUAK m. 17/2-3).

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimini, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, yukarıda belirtilen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir (HUAK m. 17/4).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz (HUAK m. 18/5). Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflar anlaşılırsa bu anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir ve anlaşma belgelendirilirse bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Tarafların arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varmaları ve bunu belgelendirmeleri halinde, bu belgeye *icra edilebilirlik şerhi* verilmesini isteyebilirler. Bu şerh, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması durumunda, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/1-2). Ayrıca, Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesiyle uyumlu olarak taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge kabul edilir (HUAK m. 18/4). Tarafların isteğine göre icra edilebilirlik şerhinin verilmesi için yapılacak yargılama, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılmalıdır. Bu incelemenin kapsamı sınırlıdır; sadece anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konusunda inceleme yapılır. Bu inceleme sonunda verilecek kararlara karşı ilgililer tarafından istinaf yoluna başvurulabilir (HUAK m. 18/3).¹³

¹³ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2844 vd.; Kekeç, s. 205 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 191 vd.; Arabuluculuk Eğitim Kitabı, s. 177 vd.

C. İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Özel Düzenleme

1. Genel Olarak

İş hukuku maddî iş hukuku bakımından kendine has ilke ve kuralları olan bir alan olduğu gibi,¹⁴ bir uyuşmazlık çıktığında bunun çözümünde ve dava açılması halinde de bir takım özellikler gösterir.¹⁵ Bu sebeple, iş mahkemeleri ve iş uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Bu konuda daha önce yürürlükte olan 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu yerine 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu kabul edilmiştir. 7036 sayılı yeni İş Mahkemeleri Kanunu'nun getirdiği en önemli yenilik veya değişiklik, belirli iş uyuşmazlıklarının¹⁶ çözümü için dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu ve bunun dava şartı olarak kabul edilmiş olmasıdır.¹⁷

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde oldukça ayrıntılı bir şekilde dava şartı olan arabuluculuk düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kanunda belirtilen iş uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak iş mahkemesinde dava açmadan önce, arabulucuya başvurduğunun ve bu başvurunun başarısızlıkla sonuçlandığının belgelenmesi gerekmektedir. Davacı dava açarken, arabulucuya başvurduğunu ancak anlaşmaya varılamadığını gösteren son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Bu yapılmadığı takdirde önce mahkeme tarafından son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması, aksi halde davanın usûlden redde-

¹⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 22 vd.; Süzek, s. 15 vd.; Mollamahmutoğlu/Asarlı/Baysal, s. 4 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 11 vd.

¹⁵ İş yargısına hâkim olan ilkeler bakımından bkz. Birben/Öktem, s. 1076 vd.

¹⁶ İş uyuşmazlığı kavramı ve türleri hakkında bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 933-934; Akyiğit, s. 717-718. Ayrıca iş yargısında uyuşmazlık konusu hakkında Günay, s. 47 vd.

¹⁷ Bu düzenlemeye yönelik olarak, öncelikle hak arama özgürlüğü ve Anayasaya aykırılık olmak üzere birçok eleştiri yöneltilmiştir. Bu eleştirilere konumuz dışında kaldığından ayrıca değinmiyoruz. Öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hak arama özgürlüğü ile ilişkisi için bkz. Tanrıver, s. 153 vd. İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki zorunlu arabuluculuk hakkındaki eleştiri ve farklı açılardan değerlendirmeler için bkz. Özekes/Atalı, Tebliğ Metni; Namlı, s. 156 vd.; Alpagut, s. 214 vd.; Karacabey, s. 451 vd.; Doğan Yenisey, s. 167 vd.; Erdoğan/Erzurumlu, s. 1865 vd.; Güzel, Tasarı, s. 1135 vd.

dileceği ihtarını içeren bir davetiye gönderilmelidir. Davacı bu ihtarın uygun şekilde davranmazsa, dava dilekçesi tebliğe dahi çıkartılmadan usûlden reddedilecektir. Arabulucuya hiç başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması halinde ise, başkaca bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilir (İşMK m. 3/2).

İş hukukunda hangi uyuşmazlıklar bakımından zorunlu arabuluculuğun uygulanacağı, Kanun'da, hem dâhil olan uyuşmazlıkların hem de dışarda kalan uyuşmazlıkların sınırı çizilerek belirtilmiştir. Bu kapsamda, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (İşMK m. 3/1). Tarafların işçi ve işveren olması gerekmektedir. Dolayısıyla işçi ve işveren dışındaki taraflara ilişkin talepler zorunlu arabuluculuk dışındadır. Basın iş hukuku kapsamında gazetecilerin ve deniz iş hukuku kapsamında gemi adamlarının da zorunlu arabuluculuk kapsamında işçi sayılacağı ayrıca Kanun'da belirtilmiştir (İşMK m. 3/20). Maddenin gerekçesinde hangi taleplerin bu kapsama gireceği daha açık şekilde gösterilmiştir. Gerekçeye göre, işçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezaî şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunlu olan alacaklardır. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmeleri (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunlu olacaktır. Şüphesiz işçi ile işveren arasında gerçekleşen her alacak değil, bu taraflar arasındaki iş hukukundan kaynaklanan alacaklar söz konusu olmalıdır.

Konumuzla ilgisi bakımından, işe iade taleplerinin de zorunlu arabuluculuğun kapsamında olduğu hem İş Mahkemeleri Kanunu (m. 3/1) hem de İş Kanunu'nda (m. 20, 21) ayrıca belirtilmiştir. Bu konuda gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti ve varılan anlaşmaya ilişkin özel düzenleme olduğundan, bunlar ayrıca dikkate alınmak durumundadır. Biz de aşağıda bunları açıklamaya çalışacağız.

Kanun'da zorunlu arabuluculuğun kapsamına giren hususlar açıkça belirtildiği gibi, tereddüt olmaması bakımından nelerin bu kapsamda olmayacağı da belirtilmiştir. Kanun'da, iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddî veya manevî tazminat ile bunlarla ilgili, tespit, itiraz veya rüçû davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığı ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır (İşMK m. 3/3). Buradaki sınırlama sadece iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan uyuşmazlıklar için söz konusudur; gerekçede de açıkça belirtildiği üzere, iş ilişkisinden kaynaklı haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme gibi sebeplerden doğan alacak ve tazminat talepleri için önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

2. Zorunlu Arabuluculuk Sürecinin İşleyişi¹⁸

a. Arabuluculuk Sürecinin Başlaması ve Arabulucunun Görevlendirilmesi

Yukarıda açıklanan iş hukuku kaynaklı taleplerde uyuşmazlığı çözmek isteyen taraf, karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise onlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu bulunmayan yerlerde ise bu konuda görevlendirilen yazı işlerine müdürlüğüne başvuracaktır (İşMK m. 3/5). Arabuluculuk Daire Başkanlığı, sicile kayıtlı arabuluculardan zorunlu arabuluculuk kapsamında arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderirler (İşMK m. 3/4). Uyuşmazlıkta yer alacak arabulucu da, ilgili büro tarafından, komisyon başkanlıklarına bildirilen listelerden seçilir. Ancak taraflar liste dışından bir başka arabulucuyu da görevlendirebilir (İşMK m. 3/6).

¹⁸ İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesi dava şartı şeklinde zorunlu arabuluculuğu 22 fıkra halinde oldukça ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu başlık altında konu, işe iade davalarına temel olması bakımından kanunun sistematik açıklaması şeklinde incelenecek, ayrıntıya girilmeyecektir. Konu ile ilgili olarak bkz. Odaman/Karaçöp, s. 59 vd.; Doğan Yenisey, s. 186 vd.; Kurt, s. 426 vd.; Kar, s. 359; Günay, s. 94 vd.

Uyuşmazlığın çözümü için başvuran taraf, kendisi ve karşı tarafla ilgili elinde bulunan iletişim bilgilerini arabuluculuk bürosuna vermelidir. Ayrıca büro, resmî kayıtlardaki iletişim bilgilerini de araştırmaya yetkilidir. İlgili kurum ve kuruluşlar da büro tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri vermek durumundadır (İşMK m. 3/7). Büro, elindeki bilgileri görevlendirilen arabulucuya verir ve arabulucu bu bilgileri esas alır; ancak gerekirse kendiliğinden de araştırma yapabilir. Görevlendirilen arabulucu her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirerek ilk toplantıya davet eder ve bu işlemleri belgelendirir (İşMK m. 3/8).

Arbulucu kendisini görevlendiren büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Fakat, diğer taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini de ekleyerek büronun yetkisine itiraz edebilir. İtiraz üzerine arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, dosya üzerinden bir inceleme yapar ve yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder. Bu inceleme harca tâbi değildir. Mahkemenin kararı, büro tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre taraflara tebliğ edilir. Yetki itirazının reddi durumunda aynı arabulucu yeniden görevlendirilir ve arabuluculuk sürecine ilişkin süreler yeni görevlendirme tarihinden başlar. Yetki itirazı kabul edilirse, kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde yetkili büroya başvurulabilir. Bu durumda yetkisiz büroya başvurma tarihi yetkili büroya başvurma tarihi olarak kabul edilir. Yetkili büronun, yeniden arabulucu görevlendirmesi gerekir (İşMK m. 3/9).

b. Arabuluculuk Faaliyeti ve Sonuçlanması

Arbuluculuk faaliyeti, arabuluculuğun niteliği gereği süre ile sınırlandırılmıştır. Süreç arabulucunun görevlendirilmesi tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır, bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İşMK m. 3/10). Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez (İşMK m. 3/17). Bu düzenleme Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'ndaki hükümlerle aynıdır (HUAK m. 16/2).

Arbuluculuk görüşmeleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucuyu görevlendiren büronun bağlı bulunduğu adli yargı ilk

derece mahkemesi adalet komisyonunun yetki alanı içinde yürütülür (İşMK m. 3/19). Görüşmelere taraflar bizzat, kanunî temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler. İş hukukuna özgü olarak, işverenin yazılı belgeyle yetkilendirdiği çalışanı da görüşmelerde işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir (İşMK m. 3/18).

Arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığından görüşmenin yapılamaması, görüşme yapıldığında anlaşmaya varılamaması ya da varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyeti sonlandırılır ve son tutanak düzenlenerek durum derhal arabuluculuk bürosuna bildirilir (İşMK m. 3/11). Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varmaları halinde, Kanun'da ayrıca bir düzenleme yapılmamıştır, dolayısıyla genel hükümler geçerlidir. Ancak, işe iade davaları bakımından aşağıda açıklanacak özel hükümlerin dikkate alınması gerekir.

Kanun koyucu zorunlu arabuluculuğu yerleştirmek, bundan kaçınılmasının önüne geçmek ve uygulamasını sağlamak üzere, arabuluculuk giderleri ve bu kapsamda vekâlet ücreti bakımından da ayrıca düzenleme yapmış ve bu konuda bazı yaptırım hükümleri kabul etmiştir. Buna göre, taraflardan biri geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaz ve bu sebeple arabuluculuk faaliyeti sona ererse toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf ileride açılacak davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri ise kendi üzerlerinde bırakılır (İşMK m. 3/12).

Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır. Bu durumda ücret Tarifesinin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından daha az olamaz (İşMK m. 3/13). İşe iade talebiyle yapılan görüşmeler için bu ücretin nasıl belirleneceği ayrıca belirtilmiştir.¹⁹ Arabuluculuk faaliyeti sonunda ta-

¹⁹ Bu konu aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Bkz. aşa. III, D, 2, b.

raflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları durumunda, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılanır. Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenen ve taraflarca karşılanan arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (İşMK m. 3/14). Ancak dava açılmaması halinde bu ücretin nasıl tahsil edileceği hususu belirsizdir.

Zorunlu arabuluculuk uyarınca arabuluculuk bürosu tarafından yapılması gereken zorunlu giderler, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde anlaşma uyarınca taraflarca ödenecek; anlaşmaya varılamaması hâlinde ise ileride açılacak davada haksız çıkacak taraftan tahsil olunmak üzere Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır (İşMK m. 3/16).

Zorunlu arabuluculukla ilgili olarak süreç ve diğer konularda özel düzenleme olmayan hallerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulanacaktır (İşMK m. 3/21).

II. İŞE İADE TALEPLERİ VE İŞE İADE DAVALARI HAKKINDA GENEL BİLGİ

Biz bu çalışmada uyuşmazlık aşaması ile ilgili olarak zorunlu arabuluculuğu incelediğimizden sadece feshe karşı koruma ve işe iade (iş güvencesi) taleplerinde uyuşmazlık çözüm yolu ile sınırlı açıklama yapmaya çalışacağız. Bu nedenle, konumuzun kapsamı dışında kaldığından ve gereksiz açıklamalardan kaçınmak için geçersiz fesih ve bunun maddî iş hukuku bakımından şartları ve durumunu ayrıca açıklamayacağız.²⁰

Önce 4773 sayılı Kanun'la, daha sonra 4857 sayılı İş Kanunu ile feshe karşı koruma ya da iş güvencesi hükümleri hukukumuzda girmiş

²⁰ Bu konuda genel bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 446 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 196 vd.; Süzek, s. 567 vd.; Tulukçu, s. 17 vd.; Akyiğit, s. 324; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 64 vd., 159 vd.; Kar, s. 23 vd.; Alp, s. 2 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 334 vd.; Narmanlioğlu, Ferdi İş, s. 494 vd.; Keser, s. 61 vd.

ve iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amacıyla ayrı bir düzenleme yapmıştır. Bu çerçevede geçersiz fesih durumunda başvurulacak hukukî imkânlar ve sonuçları ayrıca düzenlenmiştir.²¹

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, 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. Bu çerçevede, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında otuz veya daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde, en az altı aylık kıdemi olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin sözleşmesini, işveren feshetmek istediği takdirde, işçinin yeterliliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak ve dayandığı sebebi açık şekilde belirtmek zorundadır. Buna karşı feshe muhatap olan işçi, feshin geçersizliğini ileri sürerek arabulucuya başvurabilir; arabuluculuk süreci başarısız olursa, feshin geçersizliğini mahkeme (veya özel hakem) önünde dava edebilir.²²

Kanun'un 20. maddesine göre ise, iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iadesini talep ediyorsa, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren, bir ay içinde işe iade talebiyle, önce arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açılabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu davada, feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükünün işverene ait olduğu, işçinin, feshin başka bir sebebe dayandığı iddiasında ise, bu iddiasını ayrıca ispatla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Dava açıldığında ivedilikle görülecektir; karara karşı istinaf yoluna başvurulabilir ve istinaf kararı kesindir.²³

²¹ Bu konuda bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 198; Tulukçu, s. 88 vd.; Kar, s. 25 vd. Birben, s. 349 vd.; Keser, s. 61 vd.

²² Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 496 vd.; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 10-11; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 450 vd.; Süzek, s. 572 vd.; Akyiğit, s. 327 vd.; Kar, s. 41 vd.; Alp, s. 2 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 335 vd.

²³ Bu davanın niteliği ve özellikleri hakkında ayrıca bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 11, 16 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 199 vd.; Süzek, s. 633 vd.; Tulukçu, s. 290 vd.; Kar, s. 275 vd.; Ekmekçi s. 132 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 354 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 219 vd.; Keser, s. 108 vd.; Özkes, Değerlendirme, s. 483 vd.; Özkes, Takip ve İcra, s. 33-34; Yılmaz, Dava, s. 20 vd.

Kanun'un 21. maddesinde işe iadenin sonuçları düzenlenmiştir. Feshin geçersizliğine karar verildiğinde, kesinleşen mahkeme kararının tebliğinden itibaren, on işgünü içinde, işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorunda olan işçinin, bu talebi üzerine işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmalıdır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur. İşçinin süresinde başvurusuna rağmen işverenin bir ay içinde işe başlatmaması durumunda, işveren, işçiyi mahkemece belirlenen, en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında bir tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. Bunun dışında, kararın kesinleşmesine kadar çalışmadığı süre için, işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenecektir. Tazminat ile ücret ve diğer haklar bakımından, dava tarihindeki ücret esas alınır.²⁴

III. İŞE İADE TALEPLERİNDE DAVA ŞARTI OLAN ARABULUCULUĞUN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

İşe iade talepleri bakımından arabulucuya başvuru, süreç ve sürecin sona ermesi konusunda, İş Mahkemeleri Kanunu ve İş Kanunu'nda belirtilen farklılıklar dışında, genel olarak diğer iş uyuşmazlıklarında yukarıda açıklanan arabulucuya başvuruya ilişkin hususlar geçerli olacaktır. Bu çerçevede başvurunun nasıl yapılacağı, yetkili büro, arabulucunun süreci başlatması, sürecin yürütülmesi, sürecin sona ermesi, işe iade davalarının niteliği dikkate alınarak, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğu düzenleyen İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesine göre gerçekleşecek; burada hüküm bulunmayan hallerde de genel arabuluculuk hükümleri uygulanacaktır. Bu amaçla yukarıda her iki düzenleme bakımından genel bilgiler verilmiştir. Biz bu başlık altında özellikle işe iade talepleri bakımından özellik gösteren hususlar üzerinde durmaya çalışacağız. Diğer konularda yukarıda arabuluculuğa ilişkin genel açıklamalar, özellikle de iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin açıklamalar geçerli olacaktır.²⁵

²⁴ Feshin geçersizliği ve işe iade konusunda bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s.18 vd.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 219; Süzek, s. 644 vd.; Tulukçu, s. 331 vd.; Kar, s. 482 vd.; Alp, s. 21 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 361 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 521 vd.; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 289 vd.; Keser, s. 120 vd.

²⁵ Bkz. yuk. I, özellikle I, C, 2.

A. Başvuru Süresi

Yukarıda da belirtildiği üzere, iş sözleşmesi feshedilen işçi, işe iade talebinde bulunmak isterse, bu talebini belirli süreler içinde arabulucu ve duruma göre mahkeme (veya özel hakem) önüne getirmek durumundadır. Bu çerçevede, işçi, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren, bir ay içinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurmak zorundadır. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde ise, işçi son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Ayrıca taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir. Başvuru zorunlu olmasına rağmen, arabulucuya başvurmaksızın doğrudan dava açılırsa, bu dava usûlden reddedilecektir. Kanun koyucu usûlden red kararının kesinleşmesi üzerine, kesinleşen ret kararının re'sen tebliğinden itibaren iki hafta içinde de arabulucuya başvurulabileceğini düzenlemiştir (İŞK m. 20/1).

Dikkat edilirse aynı hükümden üç süre yer almaktadır. Öncelikle, iş sözleşmesinin feshi halinde, işe iade talep edilecekse, bunun bir aylık süre içinde arabulucuya başvurulması yoluyla gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Bu süre, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren başlamaktadır. İkinci olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmeden doğrudan dava açılması halinde süre düzenlenmiştir. Bu durumda dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. Bu red kararı üzerine de iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir. İki haftalık süre, kesinleşen red kararının tebliğinden itibaren başlamaktadır. Üçüncü olarak, arabulucuya başvuru zorunluluğunun yerine getirilmesi, ancak tarafların anlaşamaması halinde iş mahkemesinde (veya özel hakemde) dava açılması ihtimalidir. Bu halde, iki haftalık bir süre kabul edilmiştir. Bu süre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Bu sürelerden biri doğrudan arabulucuya başvurulması, diğeri kanuna rağmen arabulucuya başvurmak yerine dava açılması halinde, mahkemenin ret talebinden sonra arabulucuya başvurulması, sonuncusu ise arabulucuya başvuru zorunluluğu yerine getirilmesinden sonra anlaşılamadığı için işe iade davası açılması süresidir. Doğrudan arabulucuya başvurulması süresi bir ay, diğer süreler iki haftadır. Başvuruların farkı sebebiyle sürelerin başlangıcı da farklılaşmaktadır.

Arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık süre, fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren başlamaktadır. Bu sürenin başlangıcına ilişkin olarak, Kanun'da zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerin kabulünden önce, dava açmak bakımından kabul edilen hususlar burada da geçerliliğini koruyacaktır. Buna göre, feshin tebliğ edilmemesi söz konusu ise, işçinin fesih tarihini kesin olarak belirleyeceği işlem yaptığı tarihten itibaren süre işlemeye başlayacaktır. İşçi fesih bildirimini tebellüğden imtina ederse, bu durumda süre, İş Kanunu m. 109'a göre tebliğden imtina edildiğinin belgelendiği, tutanağa bağlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Şayet eylemli fesih durumu varsa, bu defa süre eylemli feshin yapıldığı tarihinden itibaren başlatılacaktır. Feshe karşı idarî itirazda bulunmak ya da raporlu olmak süreyi etkilemeyecektir.²⁶

7036 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce, işe iade davası açılması bakımından mahkemeye başvuru süresi bir ay olarak düzenlenmişti. Bu çerçevede başvuru süresi hak düşürücü süre olarak kabul edilmekteydi. Şüphesiz zorunlu arabuluculuğun kabulü ile başvuru yeri ve şeklinde değişiklik olmuşsa da, sürenin niteliği değişmemiştir. Zaten Kanun'un düzenleniş şekline de bu sürenin emredici nitelikte hak düşürücü süre olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, süresinde arabulucuya başvurmaması halinde işçi, artık daha sonra işe iade davası açma hakkını da kaybedecek; işverenin yaptığı fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğuracaktır.²⁷

Bu sürenin hak düşürücü olması sebebiyle, dava açıldığında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekecektir. Bu yönüyle sürenin dikkate alınmasında bir sorun yoktur. Ancak doğrudan arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık süre veya arabulucuya başvurmadan dava açılıp da davanın usûlden reddi üzerine arabulucuya başvuru için aranan iki haftalık süre geçirilirse, bunun arabulucu tarafından dikkate alınıp alınamayacağı üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir.

²⁶ Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 520; Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 14 ve orada belirtilen Yargıtay kararı. Astarlı, İş Güvencesi, s. 42; Tulukçu, s. 286; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 355-356; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 233 vd.; Keser, 110 vd.

²⁷ Astarlı, İş Güvencesi, s. 41.

Yukarıda arabuluculuğa ilişkin genel açıklamalar yapılırken belirtildiği üzere,²⁸ arabuluculuk bir yargılama değildir; arabulucu da hâkim gibi karar verici değildir. Başvuru için hak düşürücü süre geçirilmişse, bu süre arabuluculuk aşamasında nasıl dikkate alınacaktır? Çünkü arabulucunun yargılama ve karar verme yetkisi olmadığından bu süreyi kendiliğinden dikkate alamaz. Özellikle işveren bu yönde bir itiraz ileri sürerse, hatta süre geçtiğini belirterek arabulucunun davetine katılmazsa, ne yapılması, sürecin nasıl sonuçlandırılması gerekeceği belirsizdir. Zira süreyi geçiren işçi arabulucuya başvurduğunda arabuluculuk bürosunun ve büronun görevlendireceği arabulucunun -yargı makamı olmadıkları için- bu hususu dikkate almaları kural olarak söz konusu olamayacaktır. İşveren arabuluculuk müzakerelerine davet edildiğinde salt bu sebebi ileri sürerek görüşmelere katılmayacağını belirtirse, mazeretsiz toplantılara katılmamış gibi İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasındaki yargılama giderlerine ilişkin yaptırımın uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar bu durum Kanun'da belirtilen mazeret sayılmasa da, katılmama bakımından haklı gerekçe sayılmalıdır. Çünkü belirli süre ile sınırlanmış başvuru hakkını zamanında kullanmamış işçi karşısında, işverenin artık işe iadenin sonuçlarıyla muhatap olması söz konusu olmamalıdır. Böyle olunca işveren eğer iradî olarak böyle bir arabuluculuk görüşmesine katılmak isterse şüphesiz engel bir durum yoktur; ancak artık zorunlu arabuluculuk kapsamında bir görüşme ve süreç işletilemeyecektir. Bu durumda HUAK anlamında genel düzenlemelere göre arabuluculuk söz konusu olacaktır.

Burada temel sorun, arabulucunun böyle bir durumda ne yapması gerektiğidir. Şayet karşı taraf-işveren bu durumu ileri sürerek arabuluculuk sürecine katılmaz ya da toplantıya gelip sürenin geçtiğini ileri sürerek görüşmeden çekilirse arabulucunun arabuluculuğu sonlandırması ve tutanakta bu durumu özel olarak belirtmesi gerekecektir. Şüphesiz işçi sürenin farklı sebeplerle geçmediğini (örneğin sürenin başlangıcıyla ilgili sorunlar olduğunu vs.) belirtebilir. İşçinin bu konudaki beyanları da tutanağa geçirilmelidir. Bu konudaki asıl karar, ileride dava açılırsa mahkemece verilecektir. Arabulucunun bu durumda arabuluculuk faaliyetinden çekilmesi veya hâkim gibi bir karar vererek sü-

²⁸ Bkz. yuk. I, B.

reci sonlandırmasının mümkün olmayacağı, hatta böyle bir durumun arabulucunun sorumluluğunu da gerektirebileceği kanaatindeyiz.

Sürenin geçirildiğini belirterek arabuluculuk sürecine katılmayan ve sürecin sona ermesine sebep olan işverene karşı işçi, arabulucuya başvuru zorunluluğunu yerine getirmiş sayılacağından, arabulucuya başvuru süresinin gerçekte geçmediğini düşünüyorsa işe iade davası açabilecektir. Ancak, işçinin bu durumda, yukarıda açıklanan iki haftalık süre içinde dava açmayı ihmâl etmemesi gerekir. Aksi halde, diğer hususlar incelenmeden hak düşürücü süre sebebiyle, ön incelemeden sonra tahkikata başlanmadan davanın reddine karar verilmelidir (HMK m. 142). İşe iade davası süresinde açılırsa, mahkeme, işverenin arabulucuya başvuru süresi olan bir aylık hak düşürücü sürenin geçirilmiş olduğu yönündeki savunmasını incelemelidir. Kaldı ki, hak düşürücü süre dosyadan anlaşıldığı takdirde (ki böyle bir durumda doğal olarak dosyadan anlaşılacaktır) itiraz niteliğinde olduğundan hâkim tarafından kendiliğinden de dikkate alınmalıdır. Bu noktada iki ihtimal vardır: Birincisi, işçinin arabulucuya başvuru süresini aslında geçirmediğinin tespiti; ikincisi geçirmiş olduğunun tespitidir. Birinci ihtimalde, mahkeme işe iade davasını görmeye devam etmelidir. Çünkü her hâlükârda taraflardan biri (işveren), arabuluculuk sürecine katılmamış ve süreç sona ermiş; böylece işçi arabulucuya başvuru zorunluluğunu yerine getirmiştir. Esasen sorun, işverenin arabulucuya başvuru süresinin geçtiğini ileri sürerek sürece katılmadığı ve sürecin sona erdiği bir durumda, mahkeme sürenin geçmediğini tespit etmişse, işverenin İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 12. fıkrasındaki yargılama giderleriyle ilgili yaptırıma mahkûm edilip edilmeyeceğidir. Kanaatimizce burada işverenin bu yöndeki itirazının haklı dayanakları varsa, bu hakkını açıkça kötüye kullanmamışsa, yargılama giderleriyle ilgili yaptırım uygulanmamalıdır. Ancak, işverenin bu konudaki itirazını haklı kılabilecek bir gerekçe bulunmuyor ve durum çok açıksa o zaman yaptırım hükmünün uygulanması gerektiği görüşünderiz. Böyle bir durumda, işverene dava içerisinde bu sefer ihtiyarî arabuluculuk teklif edilebilecektir. İşveren bunu kabul ederse, o çerçevede de karar verilebilecektir. İkinci ihtimal söz konusu olur, yani işçi gerçekten arabulucuya başvuru süresini geçirmiş olur ve mahkeme tarafından da bu tespit edilirse, o zaman işe iade başvurusunda aranan hak düşürücü süre geçirilmiş olduğundan işe iade davasının redde-

dilmesi gerekmektedir. Çünkü daha önce arabulucuya başvuru süresi geçirilmişse zaten bu yönde talep hakkı da ortadan kalkmış olacaktır.

B. Başvurunun Tarafları

Zorunlu arabuluculuğun genel düzenlemesi çerçevesinde, şüphesiz arabuluculuk başvurusunun tarafları işçi ve işveren olacaktır (İŞMK m. 3/1). Bu yönüyle genel hükümlerden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Burada özellik gösteren durum işveren tarafında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerdir.²⁹ Kanun'da bu konuda ayrıca düzenleme yapılmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrasına göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Madde gerekçesinde, uygulamada konuyla ilgili ortaya çıkan sorunlara değinilerek,³⁰ alt işverene bağlı çalışan işçinin, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaalı olduğuna dayanabildiği, bunun sonucu olarak gerçek işverenin tespitinde taraf sorununun çıktığı, davanın sıfattan reddi halinde yeniden dava açma süresinin geçirildiği, bu durumun hem işçiyi mağdur edip hem de usûl ekonomisine aykırı olduğu, ayrıca böyle bir talep durumunda asıl işveren-alt işveren iddiasına muhatap olan işverenlerin (şeklî-usûlî anlamda) mecburî dava arkadaşı³¹ konumunda buldukları, böylece hukukî dinlenilme haklarını da daha iyi gerçekleştirebilecekleri belirtilmiştir.³²

Bu hüküm dikkate alındığında, işe iade talebinde bulunan işçi, bu talebi bakımından karşısında asıl ve alt işveren ilişkisi bulunan işve-

²⁹ Asıl işveren-alt işveren hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 158 vd.; Güzel, Alt İşveren, s. 31 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 64 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 115 vd.

³⁰ Asıl işveren-alt işveren ilişkisindeki sorunlar ve tartışmalar hakkında bkz. Çelik, s. 5 vd.; Süzek, s. 167 vd.; Güzel, Alt İşveren, 39 vd.; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 70 vd.; Narmanlıoğlu, Ferdi İş, s. 129 vd.; Keser, s. 115 vd.

³¹ "Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usûlî) bakımdan mecburî dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir." 22. HD, 05.04.2012, 1966/6464 (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Ayrıca bkz. Astarlı, İş Güvencesi, s. 42-43; Günay, s. 109-110.

renleri muhatap olarak göstermişse, her ikisine ilişkin iletişim bilgisini de arabuluculuk bürosuna vermek ve arabuluculuk bürosu da (ayrıca arabulucu da) duruma göre her ikisi bakımından da gerekli araştırmayı yapmak durumundadır (İşMK m. 3/7, 8). Bu çerçevede arabulucu da, her iki işvereni muhatap alarak, bilgilendirip toplantıya davet etmelidir (İşMK m. 3/8).

Bu düzenlemenin uygulamada soruna yol açacak birçok yönü bulunmaktadır³³. Yukarıda belirtilen madde gerekçesi dikkate alındığında, alt işveren-asıl işveren ilişkisinde, işe iade davasındaki sorun noktasından bakarak hüküm konulduğu anlaşılmakta ve gerekçe dava üzerine kurulmaktadır. Oysaki arabuluculuk bir dava değildir ve davadaki her çözüm arabuluculuk sürecinde geçerli olmaz ve uygulanamaz. Burada da sorunun davadaki düşüncenin ve sorun çözme anlayışının arabuluculuğa da taşınmış olmasından kaynaklandığı söylenebilir.³⁴

Öncelikle, işçinin beyanı esas alınarak, asıl işveren alt işveren durumu belirlenmekte ve arabuluculuk süreci başlatılmaktadır. Şüphesiz dava açıldığında da hukukumuzda geçerli olan şekli taraf teorisi gereğince, davacının davalı olarak gösterdiği kişi veya kişiler davalı tarafta yer alır. Ancak, mahkemenin taraf sıfatını kendiliğinden inceleyerek karar vermesi ve sonunda bunlardan biri veya ikisi bakımından davanın reddi söz konusu olabilecektir. Arabuluculuk faaliyetinde ise arabulucunun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca, davada bu kişiler arasında şekli ve usûli bakımdan bir mecburiyet veya birliktelik olsa da, maddi anlamda bir mecburiyet söz konusu değildir. Dolayısıyla asıl işveren ve alt işveren ayrı ayrı savunma yapabilecektir. Bununla birlikte, kanunda arabuluculuk söz konusu olduğunda bunların görüşmelere birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması, yani birlikte hareket etmesi zorunlu kılınmıştır. Kaldı ki, işçinin bu konuda belirlemesi yanlış olabileceği gibi eksik de olabilecektir. Örneğin, işçi tek işveren olduğunu düşünerek sadece birine karşı talebini yönelterek arabuluculuk faaliyetini başlatabilir.

³³ Astarlı da konunun bu yönüne değinmiştir (Astarlı, İş Güvencesi, s. 42).

³⁴ Özellikle işe iade davasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile ilgili açıklamalar için bkz. Kar, s. 379 vd.

Bu nedenlerle, söz konusu düzenlemenin, maddî hukuka ve usûl hukuku kurallarına aykırı bir düzenleme olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca, belirttiğimiz bu hukukî sakıncaları yanında, düzenleme, uygulamada da pratik olarak sorunlara yol açabilecektir. Örneğin, kendisine arabuluculuk talebi yöneltilen bu işverenlerden her ikisi veya biri, taraflar arasında bir asıl işveren alt işveren ilişkisi bulunmadığını, işçinin tespitinin yanlış olduğunu belirtirse ne olacaktır? Şüphesiz arabulucunun bu konuda karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti de bu tespiti yapmaya uygun değildir. Eğer işveren tarafın bu itirazı, işçi tarafından da kabul edilerek sadece birine veya bu tarafların da dışında başka birine talep yöneltilirse sorun olmayacaktır. Ancak işçi, bu kişilere karşı talebini sürdürürse, sürecin işlemesi konusunda farklı ihtimalleri dikkate almak gerekmektedir.

Bu noktada, kendilerine talep yöneltilen her iki işveren veya sadece biri arabuluculuk toplantısına katılmayabilir. Ancak, pratik bakımdan iki durum arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü Kanun bunların iradelerinin birbirine uygun olmasını aradığından, zaten birisi katılmadığında, aranan ortak irade oluşmayacağı için arabuluculuk süreci yürütülemeyecektir. Öte yandan, Kanun'da işverenlerin toplantıya birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerektiği belirtilmiş; ancak bunun sonucu açıkça belirtilmemiştir. Fakat maddenin düzenlenişinden, bu birliktelik sağlanamazsa arabuluculuk faaliyetinin yürütülemeyeceği anlaşıldığından, arabulucunun bunu belirterek son tutanağı düzenleyeceği söylenebilecektir. Bu noktada işveren tarafının her ikisinin veya birisinin toplantıya katılmamasının gerekçesi, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığı ise ve daha sonra açılan davada da bu husus tespit edilirse, o zaman yargılama giderleri ile ilgili yaptırımın burada uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

İşveren tarafında yer alanlar toplantıya katılmakla birlikte, ortak bir irade oluşturamayabilirler. Fakat bu ortak iradenin oluşmamasının da farklı sebebi olabilir. İki işveren, belirli konularda mutabık kalamadığından anlaşma olmayabileceği gibi, işverenlerden her ikisi veya biri kendilerinin bu iş ilişkisinin tarafı olmadığı ya da olsa bile asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunmadığını ileri sürdüğünden anlaşma gerçekleşmeyebilir. Bu durumun daha sonra açılan davada dikkate alınması gerekecektir.

C. Başvurunun Yapılması ve Arabuluculuk Faaliyetinin Yürütülmesi

İşe iade davalarında başvurunun şekli ve içeriği konusunda özel bir düzenleme yapılmadığından, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesindeki diğer iş uyuşmazlıklarında uygulanan başvuru şekli ve usulü uygulanacaktır.³⁵

Başvuruda işçi, işe iade talebinde bulunulduğunu ayrıca belirtilmelidir. Çünkü işe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyeti özellik göstermekte; ayrıca sonuçları da farklı gerçekleşmektedir. Başvuru sırasında asıl işveren-alt işveren söz konusu ise o zaman karşı tarafta birden fazla kişi olacağından arabuluculuk bürosunun tespitinde bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki büro yetkili olacaktır.

Yukarıda açıklamakla birlikte, önemi sebebiyle tekrar belirtmek gerekir ki, arabuluculuk görüşmelerine taraflar bizzat katılabilecekleri gibi, kanunî temsilcileri veya avukatları da bu görüşmelere katılabilir. Genel düzenlemelerden farklı olarak bunların dışında işverenin yetkilendireceği herhangi bir çalışanı da işvereni görüşmelerde temsil edebilir (İşMK m. 3/18). Bu hüküm avukatların hukukî uyuşmazlıklardaki temsil yetkisine ilişkin düzenlemelere ve tekel hakkına özel bir istisna getirmektedir.

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi bakımından da işe iade talepleri konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Burada da, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümler (İşMK m. 3) ve hüküm bulunmayan hâllerde genel arabuluculuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Arabuluculuk faaliyetinde arabuluculuğun temel ilkeleri gözetilmeli ve işe iade davasının niteliği dikkate alınarak süreç yürütülmelidir. Tarafların, salt parasal çıkarları değil; işçinin işe iade edilmesi talebi ve işverenin işçiyi tekrar çalıştırmak isteyip istemediği, bunun arkasındaki sebepler de önem taşımaktadır. Kanaatimizce, arabulucunun mümkün olduğunca, işçinin, iş akdinin feshedilmesinin arkasında yatan gerçek sebebi ortaya çıkarmak ve tarafların gerçek niyetlerini anlamak için çaba göstermesi uygun olacaktır. İş akdinin feshinin arkasında, gerçekten geçerli bir sebep olma-

³⁵ Ayrıca bkz. Kar, s. 363 vd.; Günay, s. 101 vd.

yıp başka sebepler bulunuyor, geçerli sebepler bunları perdeliyorsa, o sebeplerin dikkate alınarak menfaatlerin ortaya çıkartılarak tarafların anlaşma zemini yakalamalarına yardımcı olunmalıdır. Şayet gerçekten geçerli bir sebep mevcut olup da buna rağmen işveren ve işçinin her ikisinin menfaatine uygun şekilde iş akdinin sürdürülmesi mümkün görünüyorsa, o yönde hareket edilmelidir. Şüphesiz burada, davadaki gibi bir haklılık ve hukukî zemin değil; bu zeminle birlikte taraf menfaatleri, amaçları ve niyetleri önem taşımaktadır. İşe iade taleplerinde amaç, öncelikle işçinin tekrar çalışabilmesi, işverenin de bu konuda engel gördüğü hususların ortadan kaldırılmasıdır. Bu mümkün görünmüyorsa, o zaman diğer konular ve parasal hususlara daha fazla odaklanılması daha yerinde olacaktır. İşe başlatma yönünde anlaşma olsa dahi parasal konuların da anlaşma metninde yer alması gerektiği kanunî düzenleme gereğidir (İşK m. 21/7). Bu konuya aşağıda ayrıca değinmeye çalışacağız.³⁶

İşe iade taleplerinde özel bir hüküm olmamakla birlikte, zorunlu arabuluculuktaki düzenlemenin sonucu olarak, arabuluculuk süreci, arabulucunun görevlendirilmesi tarihinden itibaren üç hafta içinde sonuçlandırılmalıdır. Bu süre zorunlu hallerde arabulucu tarafından bir hafta daha uzatılabilir (İşMK m. 3/10).

D. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

1. Genel Olarak

İşe iade taleplerinde arabuluculuk faaliyetinin sonucu bakımından bazı özel hükümler olsa da (İşK m. 20, 21), sürecin hangi hallerde sonuçlandırılacağı belirtilmediğinden İş Mahkemeleri Kanunu'ndaki hükme bakmak, bunu işe iade talepleriyle ilgili hükümlerle birlikte yorumlamak gerekir. İş Mahkemeleri Kanunu, arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşmenin yapılamaması, taraflar görüşmeye katılmakla birlikte anlaşmaya varılamaması ve tarafların görüşmelere katılmaları sonunda anlaşmaya varılmaması hallerini sona erme halleri olarak kabul etmiştir (İşMK m. 3/11):

Bu çerçevede, yukarıda sayılan hallerin nispeten farklı sonuçları

³⁶ Bkz. aşa. III, D, 2, a.

olsa da, genel olarak iki kategoride toplayabiliriz. Bunlar: Arabuluculuk faaliyetinin başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlanması, arabuluculuk faaliyetinin başarısızlıkla, yani anlaşma olmadan sonuçlanmasıdır. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflar anlaşabilecekleri gibi, farklı sebeplerle (taraflara ulaşamama, görüşmelere katılmama, anlaşmaya varmama) anlaşma gerçekleşmeyebilir. Her ikisinin doğuracağı sonuçlar farklıdır. Bunlar aşağıda ayrı ayrı incelenecektir. Ancak hangi durum gerçekleşirse gerçekleşsin, arabuluculuk faaliyeti sona erecek ve arabulucu son tutanağı düzenleyerek durumu derhal arabuluculuk bürosuna bildirecektir.

2. Arabuluculuk Faaliyetinin Anlaşma İle Sona Ermesi ve Sonuçları

a. Yapılacak Anlaşmanın Niteliği ve İçeriği

Kanun koyucu işe iade talepleri hakkında zorunlu olarak arabulucuya başvurulduğunda, bu anlaşmayı özel olarak düzenlemiştir. Hatta işe iade taleplerinin zorunlu arabuluculuk bakımından en çok özellik gösteren yönünün bu olduğu söylenebilir.

Genel hükümlere göre ve diğer iş uyuşmazlıklarında, tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varmaları hâlinde, bunu mutlaka bir anlaşma metnine dökmeleri veya belirli şekilde anlaşma yapmaları şart değildir. Kanun koyucu, anlaşmanın belirli şekilde yapılması halinde, bunun ilâm niteliğinde olacağını kabul etmiştir. Bu da varılan anlaşmanın ya taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması, daha sonra mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesiyle veya taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması ile şerhe de ihtiyaç duymadan gerçekleşir (HUAK m. 18). Ancak işe iade davalarında anlaşmanın geçerli olması için, belirli içerikte yapılması zorunlu kılındığından, belirli bir metne dökülmesi zorunludur (İŞK m. 21/7).

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların işe iade talebi bakımından bir anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşmanın içeriğinin nasıl olması gerektiği, zorunlu arabuluculuğun ayrıntılı şekilde hüküm altına alındığı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde değil; geçersiz feshin sonuçlarını belirten İş Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, tarafların işçinin işe başlatılması konusunda

anlaşmaya varmaları halinde üç husus anlaşma metninde yer almalıdır. Bunlar, işçinin işe başlatma tarihi, üçüncü fıkrada düzenlenen ücret ve diğer haklar (yani işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar ödenecek olan doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları) ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ikinci fıkrada düzenlenen tazminatın parasal miktarıdır.

Bu üç hususun anlaşma metninde yer almaması durumunda, anlaşmanın sağlanamamış sayılacağı ve son tutanağın buna göre düzenleneceği belirtilmiştir (İşK m. 21/7).³⁷

Dikkat edilirse, arabuluculuk sonunda anlaşmaya varılması halinde, düzenlenecek anlaşma metninin içeriği, mahkeme veya özel hake-min işe iade kararı vermesi halinde vereceği kararın içeriğiyle aynıdır. Aradaki fark, birinde bu hususlar anlaşma metnine arabulucu ve taraflarca geçirilirken, diğerinde hâkim veya hakemin bunlara kararında yer vermesidir.

Konuya, sadece anlaşma metninin içeriği yönünden bakıldığında bir sorun bulunmamaktadır. Fakat hükmün farklı yönlerden açıklanması zorunluluğu vardır. Burada temel sorun, örneğin işçi işe iade talebiyle arabulucuya başvurduğunda, arabuluculuk müzakereleri sonunda, her iki taraf işe iade dışında başka bir anlaşmaya varırsa bu anlaşma geçersiz mi sayılmalıdır? Bu soruyu sormamızın sebebi, işe iade ile ilgili yapılacak anlaşmanın içeriğinin, Kanun'da özel olarak belirtilmiş olmasıdır. Kanun'daki bu sınırlama ve belirlemenin nasıl anlaşılacağı önemlidir. İşe iade alternatifi dışında ve Kanun'da belirlenen içeriğe aykırı bir anlaşmanın hiçbir şekilde geçerli sayılmayacağı kabul edilebileceği gibi; işe iade dışında da tarafların menfaatine uygun bir anlaşmaya varılabileceği, ancak işe iade yönünde anlaşma yapılacaksa içeriğin yukarıda açıklanan Kanun'daki şekilde olması gerektiği de kabul edilebilecektir.

Bu noktada İş Kanunu'nun 21. maddesinin düzenlemesi de değerlendirilmelidir. Zira bu maddenin son fıkrasına göre, 21. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.³⁸ Yani iş-

³⁷ Kar, s. 368.

³⁸ Bu fıkra Kanun Taslak halindeyken biraz daha farklı düzenlenmiş, ancak kanun-

verenin geçerli sebep göstermediği veya sebebin geçerli olmadığı hal-lerde, bu durum, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin işçiyi işe başlatma zorunluluğu, işçinin işe başlatılmaması halinde, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek olan en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları değiştirilemez ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılamaz. Bu düzenleme, mutlak olarak dikkate alınır, işe iade taleplerinde arabulucuya da başvurulduğunda tarafların başka türlü anlaşma yapmasının mümkün olmadığı, yaparlarsa da bunun geçersiz sayılacağı kabul edilmelidir.³⁹

Ancak, bu gerekçenin aksi de savunulabilecektir. Öncelikle, arabuluculuk farklı yöntem ve sonuçlara açık bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, arabulucuya başvuru zorunlu olsa da, süreç ve sonuç bakımından tarafların serbest iradeleri söz konusudur. Ayrıca arabuluculukta önemli olan, hukukî durumdan daha çok tarafların menfaatleri ve üzerinde anlaş-tıkları çözümdür. Bunun yanında, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası, işe iade ile ilgili olarak, Kanun'a aykırı şekilde mahkemeye başvuru ve onun vereceği karar hakkında önceden yapılan anlaşmaların geçersiz sayılacağı şekilde kabul edilebilir. Keza, sözleşmeyle hükümleri değiştirilemeyecek olan İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrasında da arabuluculuğa ilişkin hususlar değil; mahkeme ve özel hakemin kararına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 7036 sayılı Kanun'la, İş Kanunu'nun 21. maddesine arabuluculuğa ilişkin hükümler eklenmiş olmasına rağmen, aksinin kararlaştırılmayacağını belirtilen fıkralar ilk üç fıkra olup bunlar da mahkeme veya özel hakemin vereceği kararlar hakkındadır. Bu noktada *Astarlı*, maddenin Taslak metninde,

laşma aşamasında vazgeçilmiştir. Madde, taslak halindeyken "Arabulucu huzurunda anlaşmaya varılması hali saklı kalmak kaydıyla bu maddenin birinci, ikinci, üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir" şeklinde düzenlenmiştir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Alpagut, s. 213; Güzel, Tasarı, s. 1145. Ayrıca Tulukçu, s. 379 vd.

³⁹ İş güvencesi ile ilgili hükümlerin emredici olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede, İşK. m. 18'in nisbî emredici olduğu; ancak İşK m. 21/1, 2, 3 hükümlerinin mutlak emredici olduğu hakkında bkz. Süzek, s. 659 vd.; Mollamahmutoğlu/As-tarlı/Baysal, s. 370; Tulukçu, c. 378. Ayrıca Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 527 vd.; Kar, bu durumda arabulucunun arabuluculuk faaliyetine son vermesi ve tutanağı buna göre düzenlemesi gerekir demektir (Kar, s. 369, 491).

özellikle parasal haklar bakımından, işçi lehine düzenlemeye imkân tanıyan ifadenin, Tasarı'da ve maddenin kanunlaşan halinde yer almadığını belirterek, İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrasındaki sınırlamanın işçi lehine olacak şekilde tamamen kaldırılması, işçi lehine olmak şartıyla tarafların anlaşabilmelerine imkân tanınmasının uygun olacağı kanaatindedir.⁴⁰ Kanun'un şu andaki düzenlemesinde de, sadece parasal haklar bakımından değil; arabuluculuğun niteliği ve amacı, ayrıca Kanun'un düzenlemesi dikkate alındığında, arabuluculuk müzakereleri sonunda iki tarafın mutabık kaldığı ve menfaatlerine uygun olan, özellikle işçinin menfaatlerini daha çok koruyan başka bir anlaşma da geçerli kabul edilebilir. Örneğin, taraflar işe iade dışında, işçiye başka türlü menfaat sağlanması konusunda da anlaşabilirler. Kanaatimizce, açıkladığımız gerekçelerle, bu ikinci düşünce arabuluculuğa ve Kanun'un düzenlemesine daha uygundur. Nitekim *Astarlı* da, Kanun'da açıkça düzenlenmese de arabuluculuk faaliyeti sonunda, tarafların, işçinin işe başlatılmaması konusunda anlaşabileceklerini ve farklı ihtimallerle bunun gerçekleşebileceğini savunmaktadır. Bu çerçevede, taraflar, feshin geçerliliği konusunda anlaşabilirler ve bunun sonuçlarını ayrıca kararlaştırabilirler (kıdem, ihbar tazminatının ve yıllık izin, fazla çalışma ücreti ödenmesi gibi). Ayrıca taraflar, işveren feshini ortadan kaldırarak, sulh niteliğinde bir ikale ile sözleşmeyi sonlandırabilir, buna bağlı olarak da sonuçlarını serbestçe kararlaştırabilirler.⁴¹ *Astarlı*'nın bu görüşünün, yukarıda belirttiğimiz kanaatimizi desteklediğini düşünüyoruz.

İster Kanun'da belirtilen hususlar dışında anlaşma yapılamayacağı, ister işe iade yönünde veya bunun dışında anlaşma yapmakta tarafların serbest olduğu düşünölsün, tartışma, hangi yönde anlaşma yapıp yapılamayacağı ile ilgilidir. Ancak, işe iade yönünde bir anlaşmaya varılmışsa, içeriğinin Kanun'da belirtilenin dışında olması mümkün değildir. İşe iade konusunda anlaşmaya varılması halinde, yukarıda açıklanan içerik mutlaka anlaşma metninde yer almalıdır. Aksi halde anlaşmanın sağlanamadığı kabul edilecektir. Taraflar, işe iade konusunda anlaşıklarını, ancak işe başlatmama durumunda, 4-8 aylık değil de, örneğin 3-6 aylık ücret ödeneceğini ya da ödenecek ücretin

⁴⁰ *Astarlı*, İş Güvencesi, s. 49-50.

⁴¹ *Astarlı*, İş Güvencesi, s. 50.

4 aya kadar değil de 2 aya kadar olacağını kararlaştırırlarsa, aslında anlaşmaya varılmamış sayılmaları gerektiği görüşündeyiz. Bu hususu gözetmek arabulucunun görevidir. Kanun'da aranan unsurlar konusunda anlaşma yoksa arabulucu bu durumu tespit ederek tarafların anlaşamadığını belirtip son tutanağı tutmalıdır.

Burada kısaca açıklanması gereken bir diğer husus da, anlaşmanın zorunlu içeriğinde yer alan İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasındaki "Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir." ifadesinin arabuluculukta nasıl anlaşılması gerektiğidir⁴². Zira çalıştırılmayan süre bakımından en çok dört aylık ücret için hükümde "kararın kesinleşmesine kadar" denilmektedir. Arabuluculukta bir yargısal karar ve kararın kesinleşmesi olmadığından, bunun "anlaşmanın yapılmasına kadar" şeklinde anlaşılmasının doğru olacağı görüşündeyiz.

Son olarak, taraflar anlaşmaya vardıklarında arabuluculuk ücreti ve giderlerinin nasıl ödeneceğini de kararlaştırabileceklerdir. Taraflar bu konuda karar vermemişlerse, o zaman arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre taraflarca eşit şekilde karşılanacaktır. Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz (İşMK m. 3/13, c. 1, 2). İşe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, asıl anlaşma konusu işe iade olduğundan, Kanun bu durumda ücretin nasıl hesaplanacağını da özel olarak belirtmiştir. Buna göre, işe iade taleplerinde tarafların anlaşmaları durumunda, arabulucuya ödenecek ücretin belirlenmesinde, işçiye, işe başlatılmaması hâlinde ödenecek tazminat miktarı ile çalıştırılmadığı süre için ödenecek ücret ve diğer haklarının toplamı, Tarifenin İkinci Kısım uyarınca üzerinde anlaşılan miktar olarak kabul edilir (İşMK m. 3/13, c. 3)⁴³.

b. Anlaşmanın Sonuçları

Arabuluculuk süreci sonucunda taraflar anlaşılırsa, işin niteliği gereği, bu anlaşmayı gönüllü olarak yerine getirecekleri düşünülecektir.

⁴² Bu ücret ve hakların kapsamına nelerin gireceği ve bu konuda Yargıtay uygulaması için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 521 vd.; Süzek, s. 656-657; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 308 vd.; Alpagut, s. 209; Kar, s. 488.

⁴³ Ayrıca bkz. Kar, s. 369; Günay, s. 114-115.

Çünkü arabulucuya başvuru zorunlu ise de, sürece dâhil olmak ve anlaşma yapıp yapmamak tarafların iradelerine bağlıdır. Tarafların kendi istek ve iradeleri ile bir anlaşmaya varmaları, onların menfaatlerine en uygun çözümü ürettikleri anlamına gelir. Bu durumda da anlaşmaya uygun davranmaları beklenir. Normal beklenen durum bu olmakla birlikte, tarafların anlaşmaya uygun davranmamaları da mümkündür.

İş Kanunu'nun 21. maddesi, kural olarak, mahkeme veya özel hakem kararını esas alarak bir düzenleme yapmıştır; ancak gerek arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmayla ilgili hüküm, gerekse maddenin genel düzenlemesinden bir sonuca varılabilir.

Kanun'da işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı, mahkeme veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, tarafların anlaşmaya varması halinde de, feshin geçersiz hale geleceğini, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, iş sözleşmesinin devam ettiğini söyleyebiliriz.⁴⁴ Ancak, buradaki işe başlatmak için öngörülen bir aylık sürenin, arabuluculuk anlaşmasında da bağlayıcı olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü arabuluculuk anlaşmasının zorunlu içeriğinde, Kanun, sadece işe başlatma tarihinden bahsetmiş; fakat İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına atıf yapmamıştır. Oysa tazminat ve ücretler konusunda 2. ve 3. fıkraya atıf vardır. Buradan işçinin işe başlatılacağı tarihin, varılacak anlaşmada mutlaka belirtilmesi, fakat bunun bir aylık süre ile bağlı olmadığı sonucuna varılabilecektir. Ancak, bunun da, Kanun'un arzu etmediği sonuçlar doğurması ihtimali vardır. Örneğin, taraflar işçinin çok uzun bir süre sonra işe başlatılacağını kararlaştırabilecekler midir? Eğer ayları, yılları bulan uzun süreler öngörülürse, bunun işe iade kurumunun amacıyla, iş güvencesinin niteliği ile izahı mümkün değildir. Bu çekinceler çerçevesinde *Astarlı*, bu hükmün de kendisinden önce gelen hükümlerle birlikte değerlendirilmesi ve 21. maddenin 1. fıkrasındaki bir aylık süreye burada da uyulması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵

Tarafların kararlaştırdıkları tarihte işçi işe başlamayabilir veya işveren işe başlatmayabilir. Bu durumda Kanun'da işçinin kararlaştırı-

⁴⁴ Astarlı, İş Güvencesi, s. 49.

⁴⁵ Astarlı, İş Güvencesi, s. 49.

lan tarihte işe başlamaması hâlinde feshin geçerli hâle geleceği ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olacağı belirtilmiştir (İŞK m. 21/7, son cümle). İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ise, İş Kanunu'nun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre işçiye ödenecek tazminat talep edilebilecektir.

Taraflar, zorunlu içerik sebebiyle anlaşmayı doğal olarak yazıya dökceklerdir; ancak, bunun şeklinin nasıl olacağı Kanun'da belirtilmemiştir. Bu konuda İş Mahkemeleri Kanunu'nda da hüküm olmadığından, genel hükümlere, yani Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na bakılmalıdır (İŞMK m. 3/21). Bu çerçevede anlaşma metninin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanmasından sonra, mahkemeden icra edilebilirlik şerhi talep edilir ve bu şerh verilirse, anlaşma ilâm niteliğinde olacaktır. Taraflar, avukatları ve arabulucu tarafından imzalanması halinde ise şerhe ihtiyaç olmadan bu belge ilâm niteliğinde sayılacaktır (HUAK m. 18). Şayet anlaşma ilâm niteliğinde belge haline getirilmezse, o zaman adi bir belge olarak genel hükümlere göre sonuç doğuracaktır.

Burada, işe iade davaları sonucunda verilen kararın (ilâmın) niteliği ve bunun icrasına ilişkin tartışmalar konumuz dışında kaldığından üzerinde durmamaktayız. Zira bu kararın eda hükmü mü, tespit hükmü mü olduğu ve buna göre nasıl icra edileceği tartışılmalıdır. Sadece şunu belirtelim ki, tarafların vardıkları anlaşma, ilâm niteliğinde olsa dahi, mahkemenin verdiği ilâmdan daha güçlü olmayacağından, mahkeme kararına yönelik yapılan tartışmalar burada da gündeme gelecektir.⁴⁶

⁴⁶ Doktrinde aksine görüş olmakla birlikte (Örneğin, Özkes, Değerlendirme, s. 495; Özkes, Takip ve İcra, s. 33-34), işe iade davası sonunda iadeye ilişkin verilen kararın genel olarak tespit hükmü olduğu kabul edilmektedir. Keza Kanun değişikliğinden önce, feshin geçersizliğinin tespiti halinde, işe başlatmama tazminatı ve boşa geçen süre ücretine ilişkin kararın da tespit hükmünün niteliğini değiştirmediği, tespit hükmünün adeta devamı olduğu, bu sebeple bu konularda ayrıca talep olmasa da karar verileceği ve kararda para değil, ay olarak belirleme yapılması gerektiği kabul edilmekteydi (Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 518; Astarlı, İş Güvencesi, s. 45; Süzek, s. 637 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 362; Çankaya/Günay/Göktaş, s. 246; Yılmaz, Dava, s. 25-26; Yılmaz, Takip, s. 47 vd. İşe iade davasındaki hüküm ile alacak davasındaki hüküm ilişkisi hakkında bkz. Birben, s. 350 vd.). Ancak, 7036 sayılı Kanunla 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesine yeni fıkra eklenerek "Mahkeme veya özel hakem, ikinci fıkrafta düzenlenen tazminat ile üçüncü fıkrafta düzenlenen ücret ve diğer hakları, dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirler." denilmiştir. Bu yeni fıkranın amacı da madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "Uygulamada işe iade kararı veren

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin 5. fıkrasına göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, anlaşmaya varılan konularda dava açılmaz. Bu hükmün aslında uygulanması her zaman mümkün olmayabilecektir. Çünkü tarafların anlaşmasına rağmen, örneğin işveren, işçiyi işe başlatmaz, buna karşılık işçi, işe iade tazminatı için (eğer ilâm niteliğinde belge haline getirilmemişse) ilamsız icra takibi yapar, işveren de buna karşı itiraz ederse, takip duracaktır. Buna karşılık işçinin takibe devam edebilmesi için itirazın kaldırılması yoluna başvurması (İİK m. 68-69) ya da itirazın iptali davası açması (İİK m. 67) gerekir.⁴⁷ Sonuç olarak, takibe itiraz halinde, takibe devam edilebilmesi için bir dava açılması zorunlu olduğundan, "Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca

mahkeme boşa geçen süreye ilişkin alacak (ücret ve diğer haklar) ile işe başlatmama tazminatını ay esaslı olarak belirlemektedir. Bunun sonucu olarak işe iade kararına dayanarak işe başlamak isteyen işçinin işe başlatılmaması durumunda kararda ay esaslı olarak belirlenen alacak ve tazminatın tahsili için ikinci bir dava açması gerekmektedir. Hem işçi bakımından sorunlu olan bu durumun önüne geçmek hem de yargının iş yükünü azaltmak amacıyla mahkemenin belirtilen alacak ve tazminatı parasal olarak belirlemesi öngörülmekte ve işe başlatılmama durumunda kararda yazan parasal miktarın tahsili için doğrudan icra takibine geçilebilmesine imkân tanınmaktadır. Düzenleme ile ikinci fıkroda belirtilen tazminat ile üçüncü fıkroda belirtilen ücret ve diğer hakların dava tarihindeki ücret esas alınarak parasal olarak belirlenmesi kabul edilmekte ve böylece uygulama sorunlarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Mevcut beşinci fıkradan sonra ilave edilen fıkroda da, belirtilen alacak ve tazminatların arabuluculuk görüşmelerinde de parasal olarak belirlenmesi zorunluluğu getirilmektedir". Dikkat edilirse gerekçede daha çok işe iade davasıyla ilgili uygulama sorunlarının bertaraf edilmesi amaçlanmış, böylece farklı davalar açmak yerine doğrudan icra takibine imkân tanınmak istenmiştir. Ancak, gerek maddenin düzenlenişi gerekse gerekçeden bu icra takibinin ilamlı mı ilamsız mı takip olacağı anlaşılamamaktadır. Şayet burada ilamlı takip denilecek olursa, o zaman esas karar olan işe iade kararı, doktrindeki çoğunluğa ve Yargıtay uygulamasına göre tespit hükmü olması sebebiyle ilamlı icraya konu olamazken, onun sonucu ve uzantısı olan parasal haklara ilişkin kısım nasıl eda hükmü sayılarak ilamlı icraya konu edilecektir? Bu kendi içinde çelişkili bir durumdur. Eğer burada kastedilen ilamsız icra takibi ise, o zaman da gerekçede belirtilen yeni davaların açılmasının önüne geçilemeyecektir. Çünkü ilamsız icra yolu zaten önceden de mevcuttu; kaldı ki ilamsız icra takibine karşı itiraz edildiğinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmak (İİK m. 68 vd.) veya itirazın iptali davası açmak (İİK m. 67) gerekir. O zaman da amaçlanan yeni davaların açılmasının önüne geçilmiş olmaz. Kısaca yeni düzenlemenin önceki tartışmaları tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı görüşündeyiz. Bu konuda ayrıca bkz. Astarlı, İş Güvencesi, s. 44-46; Alpagut, s. 211.

⁴⁷ Konu işe iade davası sonunda verilen ilâmın icrası ile ilgili tartışmalarla da bağlantılı olduğundan bu konuda ayrıca bkz. Özekes, Değerlendirme, s. 504 vd.; Özekes, Takip ve İcra, s. 32 vd.; Yılmaz, Takip, s. 50 vd.; Süzek, s. 638.

dava açılmaz” şeklindeki hüküm çok anlamlı olmayacaktır. Ayrıca, anlaşma ilâm niteliğinde belge haline getirildiğinde de, bu belgenin icra edilmesi konusundaki tartışmalara göre, yine dava açılması zorunluluğu doğabilir. Görüldüğü üzere, Kanun’daki hükmün, varılan anlaşmanın icrası aşamasına geldiğinde uygulanabilirliği yoktur.

Bunların yanında, özellikle anlaşma metninin, gerçek bir arabuluculuk faaliyeti sonucu ortaya çıkmaması, Kanun’un gereklerinin yerine getirilmemesi, genel hükümlere göre irade sakatlığı vs. hususların ortaya çıkması halinde de şüphesiz dava açılması yine mümkündür. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, zorunlu arabuluculuğun yürürlüğe girmediği, ihtiyarî arabuluculuğun uygulandığı dönemde dahi verdiği oldukça ayrıntılı bir kararında, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir belge hazırlansa da, bunun mahkeme tarafından denetlenebileceğini belirtmektedir. Kararın içeriğinden, karara konu olayda, arabuluculuk faaliyetinin gereği gibi yürütülmediği ve arabulucunun gereği gibi görevini yapmadığı da anlaşılmaktadır. Ancak 9. Hukuk Dairesi, kararında bu konu üzerinde durmamış, arabuluculuk sonucu ortaya çıkan anlaşmanın içeriğini ele alarak sadece bu yönde bir değerlendirme yapmıştır. Oysaki böyle bir durumda, aslında gerçek bir arabuluculuk anlaşmasından dahi söz edilemeyeceğinden ve gerçek bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmediğinden, ayrıca, açık kanun hükümleri ile arabuluculuğun özüne ve yöntemine aykırı bir yol izlendiğinden, arabulucunun hukukî, cezaî ve disiplin sorumluluğu da doğacaktır. Daire bahsi geçen kararında özetle, iş güvencesi hükümleri ile TBK m. 420’deki ibraya ilişkin sınırlamayı birlikte değerlendirerek, iş sözleşmesinin feshine bağlı haklara ilişkin olarak yapılan sulh sözleşmesinin ve ibranın geçerli olup olmayacağını tartışmıştır. Kararın konumuz bakımından özellikle önem arz eden kısmı şu şekildedir:⁴⁸

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında ‘...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.’ düzenlemesine yer verilmiştir. 6098 sayılı TBK’nın bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile

⁴⁸ 9. HD, 08.12.2016, 25300/21744 (Kazancı İçtihat Bankası).

işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda, uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibari ile arabuluculuğa ve niteliği itibari ile de cebri icraya elverişli değildir.”⁴⁹

Bu karar yanında, iş güvencesi hükümleri karşısında, “taraflar işe iade bakımından sulh olabilirler mi?” sorusunun cevabı olarak Yargıtay’ın 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi farklı kararlar vermiştir. Doktrinde ise, genel olarak bu sulh sözleşmesinin geçerli olması gerektiği benimsenmiş, bunun yanında ibra konusunda da ayrıca değerlendirme yapılmıştır.⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar ve değerlendirmeler konumuzun sınırlarını aştığından ayrıntısına girmiyoruz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, belirtilen tartışmalar henüz zorunlu arabuluculuğun kabul edilmediği dönemde yapılsa da, benzer sorunlar zorunlu arabuluculukta da ortaya çıkacaktır ve bu sorunların incelenmesi gerekecektir. Her şeyden önce kanun koyucunun aradığı şekilde bir arabuluculuk faaliyeti ve arabuluculuk süreci ortaya çıkmazsa, varılan anlaşmanın geçerliliği tartışılacaktır. Bunun yanında içerik olarak da sulh ve ibra ile ilgili tartışmalar, arabuluculuğun zorunlu hale gelmesi ile sona ermemektedir. Çünkü bu tartışmaların temeli olan maddi hukuk hükümlerinde bir değişiklik yoktur.

⁴⁹ Kararı esas alarak bu konuda yapılan tartışma ve değerlendirme için ayrıca bkz. Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1482 vd. Yukarıdaki açıklamalarımız bakımından da önemi sebebiyle Yazarların, 9. Hukuk Dairesi’nin kararını da değerlendirdikleri çalışmalarında bu konuyla ilgili yaptıkları şu nihâi tespiti burada da belirtmek istiyoruz: “Kanaatimizce, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenecek olan ibra sözleşmeleri TBK’nın 420. maddesindeki kriterleri taşımak zorundadır. Kanunda yer alan bu hüküm emredici niteliktedir. Emredici nitelikteki hükümler tarafların anlaşması suretiyle değiştirilemez. Bu sebeple emredici hükümlere aykırı olarak yapılan anlaşma belgelerinin içeriğinin arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmelidir. İçerisinde ibra hükümleri taşıyan her türlü sözleşme her ne isim altın yapılırsa yapılsın kanunda aranan kriterleri taşımak zorundadır. Aksi hâlde, sırf ibra sözleşmesi ilişkin hükümlerden kaçınmak amacıyla tarafların başka hukukî kurumları kullanarak birbirlerine ibra etmelerine olanak tanınmış olunacaktır”. Bu konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Özkes/Atalı, Tebliğ.

⁵⁰ Bu konu ile ilgili açıklamalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 528 vd.. Ayrıca Astarlı, İbra, s. 42 vd.; Şahin Emir/Kazmaz Tepe, s. 1487 vd., 1498 vd.

Tüm bu tartışmalar göstermektedir ki, Kanun'a "...dava açılmaz" şeklinde hüküm koymak sorunu çözmektedir ve böyle bir hüküm her zaman uygulanamamaktadır. Çünkü bu konunun icra boyutundaki tartışmalar sebebiyle, yeni davaların açılması söz konusu olduğu gibi, konunun maddî hukuk yönü bakımından da içeriğinin denetlenmesi gerekebilecektir. Bu sebeple şartları oluştuğunda, dava açılması mümkündür. Kaldı ki, dava açılmaz şeklindeki hükmün ortaya çıkardığı bu sorunlar yanında, baştan dava yolunun kapatılması hak arama özgürlüğü yönünden de sorunludur.

3. Arabuluculuk Faaliyetinin Anlaşma İle Sona Ermemesi ve Sonuçları

Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya da varamayabilirler. Bu, tarafların (özellikle işveren tarafın) arabuluculuk faaliyetine katılmamasından kaynaklanabileceği gibi, yürütülen arabuluculuk müzakerelerinin başarısızlıkla sonuçlanmasından da kaynaklanabilir. İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 11. fıkrasında, arabulucunun, taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması yahut yapılan görüşmeler sonucu anlaşmaya varılmaması veya varılamaması hallerinde arabuluculuk faaliyetini sonlandıracağı ve son tutanağı düzenleyerek arabuluculuk bürosuna bildireceği belirtilmiştir.

İşçi, arabuluculuk sürecini işletmeden, doğrudan işe iade davası açarsa, mahkeme, işçiye arabuluculuk faaliyetine başvurulduğu ve başarısızlıkla sonuçlandığına ilişkin son tutanağın ibrazı için bir haftalık süre verecek; bu kesin süre içinde son tutanak mahkemeye sunulmazsa, dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedecektir (İşMK m. 3/1, 2). Bu durumda ret kararı mahkemeye taraflara kendiliğinden tebliğ edilir. Kesinleşen ret kararının tebliğinden itibaren iki hafta içinde arabulucuya başvurulabilir (İşK m. 20/1, c. 4, 5). Dikkat edilirse bu durumda arabulucuya başvuru süresi bir ay değil; artık iki hafta olacaktır. Bu hüküm diğer iş uyuşmazlıklarından da farklılık göstermektedir. Çünkü diğer durumlarda tekrar arabulucuya başvuru için süre öngörülmemişken, işe iade davasının niteliğinden dolayı burada red kararının kendiliğinden tebliğe çıkartılacağı ve kesinleşen karardan sonra da arabulucuya başvuru için kesin bir süre verileceği öngörülmüştür. Bu, diğer iş uyuşmazlıklarından farklı olarak işe iade davalarına özgüdür. Nitekim bu durum maddenin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir.⁵¹

⁵¹ Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 16-17; Astarlı, İş Güvencesi, s. 41; Tulukçu, s.

İşçi, arabuluculuk sürecini başlatmasına rağmen, arabulucu, işverene ulaşamaz, işveren veya daha sonra farklı sebeplerle işçi görüşmelere katılmazsa, arabulucunun, faaliyeti sonlandırarak, son tutanağı düzenleyip arabuluculuk bürosuna bildirmesi gerekir (İşMK m. 3/11). İşveren bu sürece herhangi bir mazereti olmaksızın katılmazsa, o zaman arabulucu bunu da tutanakta belirtir ve işveren daha önce yukarıda belirtilen şekilde, ileride dava açıldığında, yargılama giderleri ile ilgili yaptırıma mahkûm edilir. Şayet işçi de, daha sonra mazeretsiz görüşmelere katılmazsa aynı yaptırımla işçi de muhatap olacaktır (İşMK m. 3/12). Arabuluculuk bürosuna başvurarak arabuluculuk sürecini başlatan işçi, daha sonra ilk toplantıya katılmayabilir veya ilk toplantıya katılarak diğer toplantılara katılmayabilir. Hangi durumda olursa olsun arabuluculuk süre işletilmiş; ancak başarısızlıkla sonuçlanmış kabul edilmeli ve sonuçlar ona göre gerçekleşmelidir.⁵²

Taraflar arabuluculuk sürecini işletmelerine rağmen görüşmeler anlaşmayla sonuçlanmayabilir. Bu durumda da arabulucu arabuluculuk faaliyetini sonlandırarak son tutanağı düzenleyecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, işçi, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir.⁵³ Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir (İşK m. 20/1, c. 2, 3).⁵⁴

İşe iade davası açılması durumunda, mahkeme karar verdiğinde, daha önce tarafların arabuluculuk görüşmelerine katılıp katılmama-

287.

⁵² Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 15.

⁵³ Erdoğan/Erzurumlu, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı halindeyken yayınladıkları çalışmada, işe iade taleplerinde anlaşma metninde işe iadenin, işe iade edilmeme halinde tazminat, ücret ve diğer hakların birlikte yer almasının doğru ve aslında pratik olmadığını; bunun yerine zorunlu arabuluculuk kapsamında tarafların işe iade konusunda anlaşır ve bunu yerine getirirlerse sorun çıkmayacağını, şayet işe iade konusunda anlaşamazlarsa, mahkemede açılacak davada yeniden işe iade talep etmek yerine, davanın konusunun parasal haklarla ilgili olmasının daha doğru olacağını savunmaktadırlar. Yazarlar, böylece işe iadede anlaşamayan taraflar, bu konuda iradelerini belli ettiklerinden, dava açılıp işe iade kararı verilse de zaten uygulanmayacak bir kararı vermek yerine, uygulanabilecek nitelikte parasal haklarla ilgili karar vermenin hem daha pratik hem daha az sorun doğuran bir çözüm olacağını açıklamaktadırlar (Erdoğan/Erzurumlu, s. 1894 vd.).

⁵⁴ Bu konuda bkz. Narmanlıoğlu, Feshin Geçersizliği, s. 16 vd.

larına göre, arabuluculuk ücreti, yargılama giderleri ile ilgili özel hükümleri de kararında belirtmesi gerekir (İşMK m. 3/12, 14, 16).

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile genel olarak iş mahkemeleri ve iş yargılamasına ilişkin yeni bir düzenleme yapılmakla birlikte, aslında yürürlükten kaldırılan 5521 sayılı İş Kanunu'nda, yargılama anlamında, çok önemli değişikliğe yol açmamıştır. 7036 sayılı Kanun'un bu konuda getirdiği en önemli yenilik veya değişiklik, iş uyuşmazlıklarının bir kısmı için dava şartı olarak (zorunlu) arabuluculuğun kabul edilmesidir. Böylece Kanun'da belirlenen iş uyuşmazlıkları için, dava açmadan önce arabulucuya başvurmak, bu başvurunun başarısız olduğu belgelendikten sonra dava açmak mümkündür; aksi halde dava, dava şartı yokluğundan usûlden reddedilecektir. 7036 sayılı Kanun'la birlikte, başta 4857 sayılı İş Kanunu olmak üzere diğer iş mevzuatında da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin merkezinde, zorunlu arabuluculuk kurumu bulunmaktadır. Bu çerçevede, iş güvencesi, işe iade uyuşmazlıkları bakımından da zorunlu arabuluculuk kapsamında özellikle İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde ekleme ve değişikliklere gidilmiştir. Biz bu çalışmada işe iade talepleri kapsamında zorunlu arabuluculuğun gösterdiği özellikleri incelemeye çalıştık.

İşe iade talepleri ile ilgili zorunlu arabuluculuk, getirilen özel hükümler sebebiyle tamamen olmasa da bazı önemli farklılıklar göstermektedir. İşe iade talepleriyle ilgili zorunlu arabuluculuk bakımından, öncelikle bu özel hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler dışında, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde, zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlenen hükümler geçerli olacak; burada da hüküm bulunmayan hallerde başta 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu olmak üzere, arabuluculuğa ilişkin genel ilke ve kurallar uygulanacaktır.

İş Kanunu'nda düzenlenen feshe karşı koruma ya da iş güvencesi hükümleri ile iş sözleşmelerinin geçersiz feshine karşı işçileri korumak amaçlanmış; böyle bir durumda başvurulacak hukukî imkânlar düzenlenmiştir. Geçersiz bir feshe muhatap olduğunu düşünen işçi, feshin geçersizliğini ileri sürmek istiyorsa, önce arabulucuya başvurmak,

arabuluculuk süreci başarısız olursa, feshin geçersizliğini mahkeme (veya özel hakem) önünde dava etmek durumundadır.

İşe iade talebiyle arabulucuya başvuru, diğer zorunlu arabulucuya başvurulardan farklı olarak, bir aylık hak düşürücü süreye bağlıdır. Bu süre, fesih bildirimının tebliği ile başlar. Ancak, bu tebliğin yapılmaması veya tebliğle ilgili sorunlar bakımından, daha önce Yargıtay'ın işe iade davalarında verdiği kararların ve doktrinde kabul edilen kriterlerin burada da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. İşçi, arabulucuya başvurmak yerine, doğrudan dava açarsa, mahkeme dava şartı sebebiyle talebi usûlden reddetmek ve ret kararını re'sen taraflara tebliğ etmek durumundadır. Bu red kararının kesinleşmesinden sonra da, re'sen yapılacak tebliğden itibaren, iki hafta içinde arabulucuya başvurma imkânı tanınmıştır. Gerek önce arabulucuya başvuru halindeki bir aylık süre sınırı, gerekse doğrudan mahkemeye başvurudan sonra iki haftalık ek süre, diğer iş uyuşmazlıklarında düzenlenmeyen, işe iade taleplerine özgü hükümlerdir. Burada tartışmaya açık konu, bu hak düşürücü süreler geçirilerek arabulucuya başvurulmuşsa, arabulucu hâkim ve karar verici konumunda olmadığından, bu sürelerin geçtiğinin nasıl dikkate alınacağı ve sürecin nasıl işletileceğidir. Kanatımızca, burada akla gelebilecek en pratik yol, karşı tarafın bu durumu ileri sürerek arabuluculuk görüşmelerine katılmaması, arabulucunun da bu durumu tutanakta belirterek görüşmeleri sonlandırması ve eğer daha sonra dava açılırsa, bu durumun ayrıca davada değerlendirilmesidir.

İşe iade taleplerinde taraflar bakımından da özel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu ise, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleştirilebilmesi için, işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması gerekir. Bu hüküm özellikle uygulamadaki muvazaalı ilişkilerin çözümü için getirilmişse de, başka sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Öncelikle, gerçekten böyle bir ilişkinin mevcut olup olmadığı, arabuluculuk sürecinde incelenerek çözülecek bir konu değildir. Bu konuda bir sorun çıkarsa, arabulucu yargılama yapmadığından karar veremeyecektir. Keza zaman zaman menfaat zıtlığı da olan asıl işveren-alt işverenin görüşmelere birlikte katılması ve birlikte ortak irade oluşturmaları kolaylıkla sağlanacak bir durum da değildir.

İşe iade taleplerinde arabulucuya başvuru ve sürecin yürütülmesi yönünde özel hüküm bulunmadığından, iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin hükümlerle, orada da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. Ancak, süreç içinde arabulucu özellikle işe iade ile tarafların özel menfaatlerinin ortaya çıkmasına, sorunun arkasındaki gerçek sebebin tespit edilmesine çaba göstermeli; bu çerçevede sağlıklı ve her iki tarafın menfaatine uygun bir çözüm üretilmesine katkı sağlamalıdır görüşünderiz.

Arabuluculuk sürecinde arabulucu taraflara ulaşamamışsa, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamamışsa, taraflar görüşmeye katılmakla birlikte anlaşmaya varılamamışsa veya tarafların görüşmelere katılmaları sonunda anlaşmaya varılmışsa arabulucu süreci sonlandırarak son tutanağı düzenlemeli ve bunu arabuluculuk bürosuna iletmelidir.

Arabuluculuk görüşmeleri başarıyla sonuçlanır ve taraflar anlaşılırsa, Kanun'da bu anlaşmanın içeriğinde zorunlu olarak nelerin bulunması gerektiği, işe iade talepleri bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, işe başlatma tarihi, işçinin çalıştırılmadığı süre için işçiye (en çok dört aya kadar, doğmuş bulunan) ödenecek ücret ve diğer hakları ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarı anlaşma metninde mutlaka yer almalıdır. Aksi halde anlaşma sağlanamamış sayılır ve arabulucu son tutanağı buna göre düzenler. Kanun'da tam olarak açıklık olmasa da tarafların anlaşmaya varması halinde, feshin geçersiz hale geleceğini, hüküm ve sonuç doğurmayacağını, iş sözleşmesinin devam ettiğini söylemek mümkün olabilecektir. Anlaşmaya rağmen işçinin kararlaştırılan tarihte işe başlamaması hâlinde fesih geçerli hâle gelir ve işveren sadece bunun hukukî sonuçları ile sorumlu olur. İşverenin, işçiyi işe başlatmaması halinde ise, işçi, kendisine ödenmesi gereken tazminatı talep edebilecektir. Kanun'da belirtilen şekilde, anlaşma metnine icra edilebilirlik şerhinin verilmesi ile veya taraflar, avukatları ve arabulucunun metni imzalanması halinde bu şerhe ihtiyaç duymadan anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belge sayılacaktır. Ancak, işe iade taleplerinin niteliği konusundaki tartışmalar ve önce işe iade, olmazsa parasal hakların ödenmesi şeklindeki düzenleme sebebiyle icra konusunda uygulamada sorun çıkma ihtimali yüksektir. En azından kanun koyucunun arzuladığı sonuç tam olarak gerçekleşmeyebilecektir.

Arabuluculuk süreci işletilmesine rağmen görüşmeler başarıyla, yani anlaşmayla sonuçlanmayabilecektir. Bu durumda da, arabulucu, arabuluculuk faaliyetini sonlandırarak son tutanağı düzenleyecektir. İşçi, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren, iki hafta içinde iş mahkemesinde işe iade davası açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede iş mahkemesi yerine özel hakeme de götürülebilir.

Esasen, iş hukukunda ve iş yargılamasındaki ağır iş yükünü bertaraf etmenin öncelikli amaç olduğu anlaşılan zorunlu arabuluculuk, içinde birçok sorunu barındırmaktadır. Zira iş hukukunun kendine özgü ilkeleri ve sorunları bulunmaktadır. İş uyuşmazlıkları da diğer uyuşmazlıklardan farklılık gösteren bir alandır. İş hukukundan kaynaklanan bu özellikler ve sorunlar yanında, işe iade taleplerinin ayrı sorunları ve özellikleri bulunmaktadır. Bu çalışmada yaptığımız tespitler çerçevesinde, yapılan düzenlemenin, bu sorunları tamamen çözdüğünü söylemek mümkün gözükmemektedir. Hatta arabuluculuk bakımından getirilen hükümlerin, yeni sorunlara da yol açma ihtimali bulunmaktadır. Eğer istenen şekilde bir uygulama sağlanamazsa, hem araya arabuluculuk faaliyetinin girmesi sebebiyle sürecin uzaması söz konusu olacak hem de iş yargısı yeni bir sorun ve iş yükü ile karşı karşıya kalabilecektir. Bunun ise, işe iade gibi, işçinin mümkün olan en kısa sürede hakkına ulaşmasının özel önem taşıdığı bir uyuşmazlık türünde, istenen amacın dışında bir durum olduğu açıktır.

Kaynakça

- Akyiğit Ercan, İş Hukuku, Ankara 2016.
- Alp Mustafa, "İşçinin Feshe Karşı Korunması (İş Güvencesi Yasası)", *DEÜHFD* 2003/1, s. 1-40.
- Alpagut Gülsevil, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul, 2016, s. 195-217.
- Astarlı Muhittin, "İkale İçeriğinde Yer Alan İbra Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu", *Sicil* 2015/34, s. 41-46. (İbra)
- Astarlı Muhittin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 4857 Sayılı İş Kanunu'nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Sicil* 2017/38, s. 40-53. (İş Güvencesi)
- Birben Erhan, "İşe İade Davasında Verilen (Kesin) Hükümün İşçilik Haklarına İlişkin Alacak Davasına Etkisi", *MİHDER* 2007/2, 349-358.

- Birben Erhan/Öktem Sezgi, "İş Yargılamasının Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, s. 1076-1143.
- Çankaya Osman Güven/Günay Cevdet İlhan/Göktaş Seracettin, Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Çelik Nuri, "İş Hukukumuzda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Önemli Bazı Sorunları", Sicil 2010/17, s. 5-16.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu Nurşen/Canbolat Talat, İş Hukuku Dersleri, 30. Bası, İstanbul 2017.
- Doğan Yenisey Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi- 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul 2016, s. 167 vd.
- Ekmekçi Ömer, "Yeni İş Kanunu Karşısında Yargı, Dava Süreci ve Olası Uygulama Sorunları Üzerine", Mercek 2003/ Temmuz, s. 132 vd.
- Erdoğan Ersin, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 14, S. 55/2017, s.1211 vd.
- Erdoğan Ersin/Erzurumlu Nurbanu, "İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi", İSGHD, C. 13, S. 52/2016, s.1861 vd.
- Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- Günay Cevdet İlhan, İş Yargısı ve Arabuluculuk, Ankara 2017.
- Güzel Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinin Sınırları", ÇTD 2004/1, s. 31-65. (Alt İşveren)
- Güzel Ali, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler", ÇTD 2016/3 (50), s. 1131-1146. (Tasarı)
- Kar Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Karacabey Kürşat, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", TBBD 2016/123, s. 451-488.
- Kekeç Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Keser Hakan, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, Ankara 2016.
- Kurt Resul, "İş Yargısında Arabuluculuk", TBBD 2018/135, s. 405-445.
- Mollamahmutoğlu H./Astarlı M./Baysal U., İş Hukuku Ders Kitabı, C. 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.
- Namlı Mert, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi - 14 Mayıs 2016 (Ed.: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey), İstanbul 2016, s. 151 vd.

- Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014. (Ferdi İş)
- Narmanlıoğlu Ünal, "İş Kanunu'nun İşçiye Güvence Sağlayan Feshin Geçersizliği Davasının Yeni Çerçevesi (İş Mahkemeleri Kanunu'nun Feshin Geçersizliği Davasında Yaptığı Değişiklikler)", Sicil 2017/38, s. 9-21. (Feshin Geçersizliği)
- Odaman Serkan/Karaçöp Eda, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil 2016/35, s. 51-65
- Özekes Muhammet, Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017. (Pekcanitez Usûl)
- Özekes Muhammet, "İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479-514. (Değerlendirme)
- Özekes Muhammet, "İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları", Sicil 2006/4, s. 32-38. (Takip ve İcra)
- Özekes Muhammet/Atalı Murat, "7036 sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler (Tebliğ Metni)", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul/23 Aralık 2017
- Süzek Sarper, İş Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2017.
- Şahin Emir Asiye/Kazmaz Tepe Büşra, "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", ÇTD 2018/3, s. 1481-1508.
- Tanrıver Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", TBBD 2006/64.
- Taşpolat Tuğsavul Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı (Ed.: Yeşilırmak A./Kekeç E.K.), Avrupa Konseyi Projesi, Ankara 2017. (Arabuluculuk Eğitim Kitabı)
- Tulukçu Nezihe Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Ankara 2017.
- Yılmaz Ejder, "İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler", Sicil 2006/4, s. 20-31. (Dava)
- Yılmaz Ejder, "İşe İade Davasında Verilen Hükümün İcra Takibine Konulması", Sicil 2010/17, s. 45-52. (Takip)

DUYGUSAL ZEKÂ VE İŞ STRESİ ÜZERİNE BİR UYGULAMA: ERZURUM BAROSU AVUKATLARI ÖRNEĞİ

AN IMPLEMENTATION ON EMOTIONAL INTELLIGENCE AND WORK STRESS: A CASE OF ERZURUM BAR ASSOCIATION LAWYERS

M. Kürşad TİMUROĞLU*
Ceyhun SERÇEMELİ**

Özet: Duygusal zekâ ve iş stresi kavramlarından yola çıkılarak, birbirleri arasındaki bağlantının araştırıldığı bu çalışmada, öncelikle duygusal zekâ ve iş stresi kavramları açıklanmış, ardından bu kavramların iş hayatı üzerinde ne gibi etkileri olduğu araştırılmıştır.

Çalışmada Erzurum Barosu avukatları ile duygusal zekâ ve iş stresi üzerine anket çalışması yapılmış ve söz konusu anket aracılığıyla Erzurum Barosu avukatlarının duygusal zekâ ve iş stresi durumlarına ilişkin analiz yapılmıştır. Özellikle avukatlık meslek grubunun seçilmesindeki ana hedef avukatlık meslek mensuplarının müvekkilleriyle aralarında güçlü bir duygusal bağ kurduklarının gözlemlenmesidir.

Anket sonuçları dikkate alındığında, çalışanların duygusal zekâ seviyesi ne kadar yüksek olursa o kadar yüksek seviyede iş stresine maruz kaldıkları gözlemlenmiştir. Sonuç bölümünde ise duygusal zekânın önemine değinilerek, iş stresinin azaltılması noktasında çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Duygusal Zekâ, İş Stresi, Empati, Stres, Avukat

Abstract: The concept of emotional intelligence and work stress was first searched in this study which investigated the connection between each other and then the concepts of emotional intelligence and work stress were tried to be explained and the effects of these concepts on working life were investigated.

* Dr. Öğretim Üyesi, Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, timuroglu@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2028-9764

** Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, ceyhun.sercemeli@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6013-5239

In the study, a questionnaire study on emotional intelligence and work stress was conducted with the lawyers of Erzurum Bar Association and the analysis of Emotional Intelligence and Work Stress of Erzurum Bar Association Lawyers was conducted through the questionnaire. In particular, the main goal of the selection of the profession of lawyers is to observe that lawyers professed a strong emotional connection with their clients.

When the survey results are taken into consideration, it is observed that the higher the level of emotional intelligence, the higher the level of work stress. In the conclusion section, the importance of emotional intelligence was mentioned and various suggestions were made at the point of reducing work stress.

Keywords: Emotional Intelligence, Work Stress, Empathy, Stress, Lawyer

GİRİŞ

Günümüz dünyasında sosyal, siyasal, kültürel, ekonomik birçok alanda büyük gelişmeler görülmektedir. Söz konusu gelişmeler beraberinde yeni keşifleri ve kavramları da getirmektedir. Duygusal zekâ ve iş stresi terimleri de bu kavramlar arasında yer almakla birlikte son dönemlerde önemli araştırmalara konu olmaktadır.

Duygusal zekâ kavramı bilişsel zekâ kavramına benzemekle birlikte bu kavramdan farklı olarak insanların psikolojik ve sosyal yönüne odaklanan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Duygusal zekânın önemi özellikle son yıllarda anlaşılmış olmakla birlikte birçok kavramla yakından ilişkisi bulunduğu için üzerine önemli araştırmalar yapılmıştır. Çalışmada da bu araştırmalara kısaca değinilecektir. Duygusal zekâ üzerine yapılan araştırmalarda duygusal zekânın ölçülebilir bir kavram olduğu anlaşılmış ve günümüzde insanların duygusal zekâ düzeylerini ölçebilmek için geliştirilen bu araçlara başvurarak duygusal zekâ seviyelerini anlamaya ve geliştirmeye çalıştıkları gözlemlenmiştir.

Çalışmanın konusu olan duygusal zekâ ve iş stresi kavramları arasındaki bağlantının araştırılmasındaki en önemli etken, özellikle avukatlık meslek mensuplarının müvekkilleriyle aralarında duygusal bir bağ kurduklarının ve bu durumun iş stresine sebep olduğunun gözlemlenmesidir. Öyle ki avukatlık meslek mensuplarının görev yaptıkları adliyeler başta olmak üzere birçok yerde karşılaşılan uyuşmazlık konuları, müvekkil konumundaki kişilerin içinde bulunduğu olumsuz ruh hali, endişeli psikolojik durumlar vb. stresli ortamlar psikolojik

açından yıpranmaya sebep olmakla birlikte, özellikle stres altındaki müvekkillerle empati kurulduğunda iş stresinde bir artışa sebep olabilmektedir.

Öte yandan duygusal zekâ ve iş stresi üzerine ülkemizde birçok araştırma yapılmış olsa da özellikle avukatlık meslek mensuplarıyla uygulamaya yönelik çalışmaların az olması sebebiyle de çalışmanın faydalı olacağı düşünülmektedir.

Çalışmada duygusal zekâ ve iş stresi kavramları ele alınarak birbirleri ile olan ilişkisi anlaşılacak ve uygulama kısmında Erzurum Barosu'na kayıtlı avukatlık meslek mensuplarıyla yapılan anket çalışması aracılığıyla bu durumun avukatlık meslek mensuplarında ne derecede etkili olduğu araştırılacaktır.

1. DUYGUSAL ZEKÂ KAVRAMI

Duygusal zekâ kavramının, son yıllarda insan davranışlarının açıklanması açısından araştırmacıların, üzerine yoğun bir şekilde odaklandığı bir kavram olduğu görülmektedir. İngilizcede "Emotional Intelligence - EI" veya "Emotional Quotient - EQ" olarak kavramsallaştırılan ve Türkçeye "Duygusal Zekâ " olarak çevrilen duygusal zekâ kavramı; hem duygu, hem de zekâ konusundaki araştırmaları gündeme getirmiştir. Duygusal zekâ kavramının tam olarak anlaşılabilmesi için duygu ve zekâ kavramlarının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

Thompson, (2009)'a göre, duygusal zekâ genel olarak kendi duygularının farkında olma ve doğru anlama, başkalarının duygularının farkında olma ve doğru anlama, bu algılamalar sonucu meydana gelen bilgileri hayata (özel hayat, iş hayatı) değer katacak şekilde kullanabilme yeteneğidir. Öte yandan duygusal ve entelektüel gelişim hedefi ile düşünceyi destekleme, duyguları, anlamları ile fark edebilme ve gözlemlene becerisi olarak da ifade edilmektedir.

Duygusal zekâ, ortalama performans gösterenleri ayıran bir çeşit "x" faktördür. Kendilerini tanıyan ve şahsi sorumluluk alabilen kişileri, kişisel sorumluluk alamayan bilinçsiz ve ısrarlı şekilde aynı hataları yapan kişilerden ayırmaktadır. Duygularını yönetebilen ve kendilerini motive edenleri, duygularına yenik düşen ve duygularının kontrolü

altına giren kişilerden ayırmaktadır. Başkalarıyla iletişim kurabilen ve pozitif ilişkilerde bulunabilen kişileri, duyarsız ve dikkatsiz kişilerden ayırmaktadır. Hepsinden öte, duygusal zekâ, duygusal enerjilerini yönetmede başarılı olan ve hayatlarına bu şekilde yön verenleri, kendilerini duygusal bir enkaz içinde gören ve bu sebeple başarıya giden yoldan sapmak zorunda olanlardan ayırmaktadır.

Sonuç olarak bakıldığında, duygusal zekâ, kişilerin içsel ve dışsal uyaranlara bağlı olan duygularının farkında olunması, bunların tanımlanıp ifade edebilmesi, başkalarının duygusal mesajlarının doğru şekilde algılanıp değerlendirilmesi ve bunların bir bütün halinde kontrol edilerek amaçlarına uygun şekilde yönetilebilme becerisidir.

2. DUYGUSAL ZEKÂNIN BOYUTLARI

2.1. Kişisel Beceriler Boyutu

Kişisel beceriler, bireyin hem çevresine hem de iş hayatındaki rolüne uygun, yapıcı davranışlarda bulunabilmesi için gerekli becerilerdir. Söz konusu özellikler, bireyin kendisini tanıması ve yönetmesine ilişkin yetenek ve becerilerinden oluşur. Bunlar da bireyin güçlü olduğu yönlerini artırmasını, zayıf yönlerini en aza indirmesini, yaşamı için etkin kararlar almasını, hedefler belirlemesini ve onları başarmasını sağlar.

Kişisel beceriler boyutunun alt boyutları ise, duygusal benlik bilinci, kendine güven, kendine saygı, kendini gerçekleştirme ve bağımsızlıktan oluşmaktadır. Kişisel becerileri yüksek olan kişiler, duygularının farkında olan özgüvenleri yüksek ve yaşamlarında yaptıkları şeyler hakkında olumlu düşünceleri olan kişilerdir. Bu kişiler duygularını rahatça ifade edebilen ve düşüncelerini, inançlarını ifade etmede bağımsız, güçlü ve kendilerine güveni olan bireylerdir.

2.2. Kişilerarası Beceriler Boyutu

Kişisel beceriler, bireyin kendini idare etme şeklini belirleyen yeterlilikler iken kişilerarası yeterlilik, çevresindekilerle olan ilişkilerinin şeklini, başarısını belirleyen sosyal duygusal zekâ unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu boyut, duygusal zekânın diğer tüm boyutlarına nispeten en kolay fark edilebilen boyuttur.

Kişilerarası beceriler, kişinin, diğerlerini anlaması üzerine odaklanmış bir kavramdır. Söylenmeyen ya da bir kısmı anlaşılabilen düşünceler, hisler ve endişelerin fark edilmesi ve anlaşılmasıdır. Kişilerarası becerilere sahip kişiler, sürekli duygusal ipuçları yakalarlar. Bununla birlikte kişilerin ruh hallerini ve sözlü olmayan ipuçlarını algılayabilir, farklı geçmişlerden kimselere saygı gösterip onlarla iyi anlaşılır ve dikkatli dinleyicilerdir.

2.3. Stresle Başa Çıkma Boyutu

Bilişsel zekâ, belirli bazı durumlar için önemini yitirmektedir. Özellikle stresli durumlarda bilişsel kaynaklar veya kuram prensipleri, bazı durumları tanımlamada yetersiz kalmaktadır. Kişi, yüksek stres altında kaldığında, bilişsel kaynaklara erişimi zorlaşır, idraki olmayan yetenekleri kullanmak zorunda kalır. Bu durum ve şartlar altında, duygusal zekâ, stresli durumlarla başa çıkmak için devreye girer.

Stresle ilgili araştırma sonuçlarına göre stres altındaki kişiler, rasyonellik yerine, deneyimlerine dayanarak karar alırlar ve bu durumda duygularını iyi yönetebilen kişiler, potansiyel bir tehdidi olumlu sonuçlarla bertaraf edebilirler. Bu ve benzer durumlar için stresle başa çıkma boyutunun, son derece önemli bir kavram olduğu görülmektedir. Bu boyut, stres toleransı ve tepki kontrolü alt boyutları ile kişinin stresle başa çıkma becerilerini içermektedir.

2.4. Uyumluluk Boyutu

Uyumluluk boyutu; kişinin çevresel etkilerle başa çıkma becerileri ile ilgili bir kavram olmakla birlikte problem çözme, gerçekçilik ölçüsü ve esneklik alt boyutlarını içermektedir.

Uyumluluk derecesi, kişilerin çevrelerindeki taleplerle doğru şekilde baş edebilmeleri ve sıkıntılı durumlarla karşılaşmaları durumunda hangi düzeyde başarılı olacaklarını göstermektedir. Bu boyut açısından etkili kişiler, problemleri anlamada ve uygun çözümlere ulaşmada zorluk çekmezler ve genel olarak esnek, gerçekçi ve etkin bireylerdir. Bu kişiler, günlük hayatlarında karşılarına çıkan güçlüklerle karşı genellikle uygun çözümler bulabilirler.

2.5. Genel Ruh Hali Boyutu

Genel ruh hali ise, mutluluk ve iyimserlik alt boyutlarını içermektedir. Bu boyut, kişilerin yaşama bakış açılarını, hayatlarından aldıkları zevki ve yaşamla ilgili duygularını ölçmektedir. Bu boyut açısından etkili kişiler, hayatlarından zevk almasını bilen neşeli, olumlu, umutlu ve iyimser kişiler olarak tanımlanmaktadırlar. İnsan ilişkileri açısından birleştirici bir etken olmakla birlikte, problem çözme ve stres toleransında da etkili, motivasyon verici yönleri bulunan bir boyutu ifade etmektedir.

3. STRES VE İŞ STRESİ KAVRAMLARI

Günümüz dünyasının en önemli problemlerinden biri olarak görülmekte olan stres, birçok alanda olduğu gibi örgütsel yaşam içerisinde de önemli bir etki mekanizmasına sahiptir. Bu açıdan son derece karmaşık bir yapısı bulunan modern yaşam ve örgütler, bünyelerinde sayılamayacak kadar çok stres faktörü barındırmaktadırlar. İlgili literatür incelendiğinde stresin doğal bir olgu olarak kabul edildiği kolaylıkla görülmektedir. Bizim için de stres insanın içerisinde bulunduğu her yaşam alanında olduğu gibi örgütsel alanda da doğal olarak karşımıza çıkan ve öyle ele alınması gereken bir olgudur.

Baltaş, 1996 yılında yaptığı çalışmada stresin, organizmaların fiziksel ve ruhsal sınırlarının zorlanması ve tehdit edilmesiyle ortaya çıkan bir durum olarak tanımlanabileceği gibi, kişilere özgü ve biricik olan bireysel bütünlüğü zorlayıcı ve bozucu etkenler şeklinde de tanımlanabileceğini belirtmiştir.

İş stresi ya da çalışma stresi kavramları ise literatürde, kişileri normal fonksiyonlarından saptıran, psikolojik ve/veya fiziksel davranışlarını değiştiren (dağıtan veya arttıran) işle ilgili etmenlere bağlı olarak meydana gelen psikolojik bir durum olarak ifade edilmektedir. Başka bir tanımlamaya göre ise işyeri stresi, işin gerekleri ile işçinin yetenekleri, kaynakları ya da gereksinimleri arasında uyumsuzluk olduğunda meydana gelen, zararlı fiziksel ve duygusal cevaplar olarak ifade edilmektedir. Stres faktörü ve çalışma ortamındaki eksiklikler çalışanların işteki memnuniyet düzeylerini azaltmakta, buna bağlı olarak da iş görenlerin verimliliklerini düşürmektedir.

4. STRESİN BOYUTLARI

İş stresinin boyutlarının ölçüldüğü araştırmalar incelendiğinde genel olarak stresin üç boyutu üzerinde durulduğu gözlemlenmiştir. Hay tarafından yapılan bir araştırmadan da elde edilen veriler ışığında stresin üç aşaması ile ilgili olarak; Hafif derecede stres; Orta derecede stres ve Ağır stres olmak üzere üç aşamanın yanı sıra panik aşamasından da bahsedildiği görülmekteyse de çalışmamızda stresin üç aşaması incelenmiştir. Stresin üç aşamasında ortaya çıkan ya da gözlenen duygusal ve davranışsal tepkiler karakterize edilirken öncelikle stresin her düzeyinde kişilerin çevrelerine karşı son derece duyarlı oldukları gözlemlenmiştir. Bu noktadan hareketle stresin üç aşamasına bakılacak olursa;

1.Hafif derecede stres: Bu düzeyde yaşanan stresin temel belirtisi uyanıklık halidir. Kişi, önceki duygusal durumuna göre bir kavrama güçlüğü yaşamaktadır. Yani çevresinde gerçekleşen olayları daha güç kavrar.

2.Orta derecede stres: İletişim ve kavrama becerileri iyice azalmıştır. Bir başkası tarafından dikkati çekilmedikçe çevresinde olup bitenleri fark etmez.

3.Ağır stres: Bu aşamada ruhsal ve bedensel gerginlik, kalp çarpıntısı, mide şikâyetleri ve terleme ortaya çıkar. Bu belirtilere kavrama becerilerindeki ağır gerileme eklenir. Sadece çok özel ayrıntıların farkına varılır ancak ayrıntılar arasındaki ilişkiler kopuktur.

5. DUYGUSAL ZEKÂ İLE İŞ STRESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Weisinger (1998)'e göre, bireyler günlük yaşantılarında ekonomik, sosyal, aileden kaynaklanan, çevresel pek çok stres durumlarıyla karşılaşmaktadırlar. Bireylerin kendilerinin duygularını anlayabilmeleri, çevrelerindeki insanları motive edebilmeleri ve ilişkilerini başarılı bir şekilde yönetebilmelerine yönelik yetenekleri (Petrides ve Furnham, 2000) şeklinde de tanımlanan duygusal zekâ, stresle başa çıkmada etkili olabilmektedir. Deniz vd. (2012), bu bilgiler ışığında eğitim ve öğretim alanında yaşanan stresle mücadele konusunda yaptıkları araştırmada, günlük hayatlarında ve fakültelerinde eğitim ve öğretim etkinliklerinde pek çok problemle karşılaşan öğrencilerin, strese sebebiyet veren durumlar göz önüne alındığında, bu sorunlarla baş

edebilmeleri için duygusal zekâ yeteneklerine sahip olmalarının çok önemli olduğunu, dolayısıyla öğrencilere duygusal zekâ yeteneklerini geliştirici etkinliklere yer verildiğinde, stresle baş etme becerilerinin de gelişeceğini belirtmişlerdir.

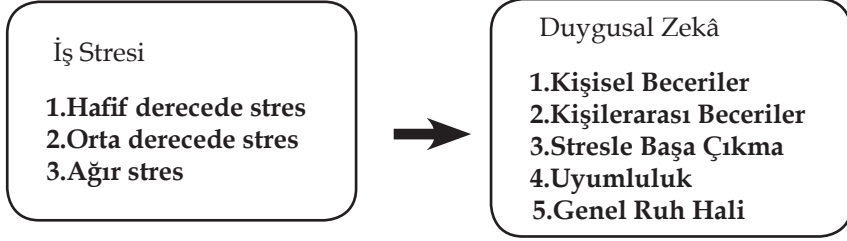
Şahin vd. (2009), yaptıkları çalışmada bilişsel zekânın stresle ilişkisinin kısmen karmaşık ve yeterli seviyede açıklanmamış bir konu olma özelliğini sürdürmekte olduğunu ifade etmişlerdir. Travmatik olaylara maruz kalmış deneklerde, stres belirtileri ve zekâ ilişkisinin açıklanmaya çalışıldığı araştırmaları sonucunda, düşük zekâ seviyelerinin yüksek stres belirtilerini yordamada etkili olduğuna dair bulgulara ulaşıldığını belirtmişlerdir. Bu noktada kronik stresin, hipokampus-te küçülmeye sebep olmasına bağlı olarak hafıza ile ilgili bozulmalara neden olduğunun görülmesi sonucunda, düşük zekânın mı daha fazla strese neden olduğu, yoksa kronik stresin mi zekâ üzerinde olumsuz etkilere sebep olduğu hakkında kesin bir kanıya varılmasının zorlaşmakta olduğunu ve stresle ilişkisi nispeten tutarlı görünen diğer bir zihinsel özellik ya da yeteneğin ise duygusal zekâ olduğunu ifade etmişlerdir.

Önen (2012) ise, öğretmen adayları üzerine yapmış olduğu çalışmada öğretmen adaylarının stresli durumların etkili bir şekilde üstesinden gelme sürecinde duyguları ve yapımları gerekenler arasında uyumluluk sağlayabilmeleri durumunda, stresle doğru bir şekilde başa çıkabileceklerini belirtmiştir. Öğretmen adaylarının stresli durumlarla baş etmede sahip oldukları duygusal zekâ seviyeleri ve kimlik özelliklerinin onların karmaşık çalışma ortamlarına motive olmalarını ve mesleklerini etkili bir şekilde icra etmelerine katkı sağlayacağını belirterek, duygusal zekâları ve gelişmiş kimlik özellikleriyle toplumun değer yargılarının yeni jenerasyonlara aktarımında başarılı bir performans sergileyebileceklerini ifade etmiştir.

Yukarıdaki araştırmalar ışığında, duygusal zekâ ile iş stresi arasında bir ilişki olduğu görülmektedir. Öyle ki, araştırmalardan elde edilen sonuçlara göre, duygusal zekâ düzeyi yüksek olan bireylerin iş stresiyle mücadelede daha başarılı olabilecekleri, duygusal zekâ düzeyi düşük olan bireylerin ise iş stresiyle mücadelede nispi olarak daha az başarılı olabilecekleri anlaşılmaktadır.

6. ARAŞTIRMANIN MODELİ

Yukarıdaki bilgiler ışığında, araştırmanın modeli ve hipotezleri belirlenmiştir.



Araştırmada duygusal zekâ becerisi bağımsız değişken iş stresi ise bağımlı değişken olarak belirlenmiştir.

7. ARAŞTIRMANIN HİPOTEZLERİ

H_1 : Duygusal Zekâ iş stresini olumlu yönde etkiler.

H_2 : Kişisel Beceriler iş stresini olumlu yönde etkiler.

H_3 : Kişilerarası Beceriler iş stresini olumlu yönde etkiler.

H_4 : Stresle Başa Çıkma düzeyi iş stresini olumlu yönde etkiler.

H_5 : Uyumluluk iş stresini olumlu yönde etkiler.

H_6 : Genel Ruh Hali iş stresini olumlu yönde etkiler.

8. ARAŞTIRMADA KULLANILAN GEREÇLER

8.1. Bar-On EQ-i (Bar-On Duygusal Zekâ Ölçeği)

Bar-On, Goleman' dan önce Duygusal Zekâ modelini herkesçe bilinir bir hale getirmiştir. Sosyal ve duygusal zekâ alanında araştırma yapan bir kuramcı olan Bar-On, modelini hem kişisel hem de kişilerarası yetenekleri ifade etmekte kullanmaktadır. Bar-On, 1980 yılından itibaren duygusal zekâ konusu üzerine yoğunlaşmış ve Bar-On Duygusal Zekâ Ölçeğini geliştirmiştir. Bar-On'un teorisi duygusal zekâ ve sosyal zekâ modellerini kapsayan bir modeldir. Bar-On duygusal katsayı envanteri ile kişinin başarı potansiyeli ölçülmesi ve IQ ölçümünün eksik yanlarını hesaplanması hedeflenmiştir.¹

¹ Reuven Bar-On, Development of The Bar-On EQ-I: A Measure of Emotional

Çalışmada kullanılan Bar-On EQ-i (Bar-On Duygusal Zekâ Ölçeği) Bar-On tarafından geliştirilmiş olup kişilerin duygusal zekâ düzeyini ölçmektedir. Bar-On EQ anketi, günümüze kadar birçok akademik çalışmada kullanılmıştır. Üç İngilizce okutmanı tarafından ayrı ayrı Türkçe'ye çevrilen anket, dördüncü kişi tarafından tekrar İngilizce'ye çevrilmiştir. Anketin orijinali ve yapılan çeviri karşılaştırılmış, yanlış anlaşılma olasılığı olan ifadeler yeniden gözden geçirilmiştir. Mumcuoğlu ve Acar yaptıkları çalışmada İngilizce ve Türkçe form arasında anlamlı bir ilişki olduğunu gözlemlemektedirler. Yapılan güvenilirlik ve geçerlik çalışmaları sonucu İngilizce ve Türkçe formunun bilimsel araştırmalarda kullanılmasının bir sakıncası olmadığını belirtmektedir.²

Değerlendirmeler “Kesinlikle katılıyorum” seçeneğine “5” ve “Kesinlikle katılmıyorum” seçeneğine “1” puan verilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir. Buna göre ölçekten alınan yüksek puanlar çalışanın duygusal zekâ düzeyinin yüksek, düşük puanlar ise bu durumun tersini göstermektedir. Bu noktada Bar-On EQ-I ölçeğinde yer alan ifadeler verilen cevaplar 5’li Likert ölçeği ile düzenlenmiştir.

Çalışmada kullanılan, duygusal zekâ ölçme aracının boyutları ile ilgili maddeler Tablo 1’de gösterilmiştir.

Tablo 1.Bar-On EQ Anketinin Boyutlarına İlişkin Maddeler

BOYUTLAR	MADDELER
Kişisel Beceriler	A1 - A29
Kişilerarası Beceriler	A30 - A47
Stresle Başa Çıkma	A48 - A62
Uyumluluk	A63 - A75
Genel Ruh Durumu	A76 - A87

Tablo 1.’de belirtilen maddelerden A1,A2,A3,A4,A5,A6,A9,A11,A14,A19,A22, A23,A26,A28,A30,A35,A41,A43,A47,A48,A50,A53,A58,A59,A61,A65,A66,A68,A69,A70,A71,A72,A73,A74,A75,A76,A77,A80 ve A85 numaralı sorular ters sorulardır. Bu soruların değerleri ters girilmiştir.

and Social Intelligence, Chicago, IL: 105th Annual Convention of the American Psychological Association. 1997, s.3

² Mumcuoğlu, s.50, Acar, s.58

8.2. İŞ STRESİ ÖLÇEĞİ

Çalışmada kullanılan İş Stresi Ölçeği, Dr. Suzanne Haynes tarafından Ulusal Sağlık İstatistikleri Merkezi'nde çalışan kadınlar ve erkekler üzerinde uygulanmış ve aynı ölçek AKTAŞ (1996) tarafından Türkçeye uyarlanarak güvenilirlik çalışması gerçekleştirilmiştir. Ölçeğin uyarlama çalışmasında uzman grubundan yararlanılmıştır.

Toplam puanlar şöyle yorumlanmaktadır; 12'den küçük ise (düşük stres) bireyin işteki baskı ve sıkıntılarla etkili bir şekilde baş edemediği, 12-30 arasında ise (stresli) bireyde fiziksel ve ruhsal stres belirtilerinin mevcut olduğu, 30'dan yüksek ise (yüksek stresli) bireyde iş stresinin tehlikeli bir boyutta olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.³

9. BULGULAR

Çalışmaya katılan ve uygun bulunan 153 katılımcıdan alınan cevaplar üzerinden analiz yapılmıştır. Verilerin analizinde SPSS 16 istatistik programı kullanılmıştır. Yapılan analizler ise aşağıda açıklanmıştır.

Araştırmaya Katılanların Demografik Özellikleri

Ankete katılan kişilerin demografik özelliklerini belirlemek amacıyla cinsiyetleri, yaşları, eğitim durumları, medeni durumları ve deneyimleri araştırılmıştır. Bu doğrultuda elde edilen bilgiler Tablo 1'de verilmiştir.

Tablo 1. Örneklem Karakteristikleri

	Frekans (F)	Yüzde (%)		Frekans (F)	Yüzde (%)
Toplam Katılımcı (N=153)			Toplam Katılımcı (N=153)		
Cinsiyet			Eğitim Durumu		
Kadın	68	% 44.4	Ortaöğretim	142	% 92,8
Erkek	85	% 55.6	Lisans	11	% 7,2
			Lisansüstü		

³ Aliye Mavili Aktaş, "Bir Kamu Kuruluşunun Üst Düzey Yöneticilerinin İş Stresi Ve Kişilik Özellikleri" *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2001, C.56, S.4, s.34

Medeni Durum			Deneyim		
Evli	44	% 28.8	0-5 yıl	112	% 73,2
Bekâr	109	% 71.2	6-11 yıl arası	19	% 12,4
			12 yıl ve üstü	22	% 14,4
Yaş					
30 yaş ve altı	107	% 69.9			
31-40	31	% 20,3			
41-50	11	% 7,2			
51 ve üstü	4	% 2,6			

Araştırmaya katılan avukatlar cinsiyetleri açısından incelendiğinde 153 kişilik örnek büyüklüğünün %44,4'üne denk gelen 68 kişinin kadın, %55,6'sına denk gelen 85 kişinin de erkek olduğu görülmektedir.

Katılımcıların eğitim seviyelerine bakıldığında; %7,2lik bir orana denk gelen 11 kişinin lisansüstü eğitime sahip olduğu, üniversite mezunu kişilerin ise %92,8 olduğu ve 142 kişiye denk geldiği görülmektedir.

Kullanılan Ölçeklerin Güvenirliklerinin Belirlenmesi

Yapılan bu çalışmada Erzurum Barosu'na kayıtlı Serbest Avukatların duygusal zekâ düzeyi ile iş stresi açısından algı düzeylerini belirlemek amacıyla Cronbach's Alpha değerlerine bakılmış ve elde edilen sonuçlar Tablo 2'de gösterilmiştir.

Tablo 2. Çalışmada Kullanılan Ölçeklerin Güvenirlik Düzeyleri

Ölçek Alt Boyutlar Cronbach's Alpha		
Duygusal Zekâ	Kişisel Beceriler	0,859
	Kişilerarası Beceriler	0,896
	Stresle Başa Çıkma	0,733
	Uyumluluk	0,835
	Genel Ruh Durumu	0,876
İş Stresi		0,546
Ölçeğin Genel Güvenilirliği		0.945

Tablo 2’de görüldüğü gibi ölçeğin genel güvenilirlik düzeyine bakıldığında ölçeğin genel olarak güvenilirlik düzeyi (0,945) yüksek çıkmıştır. Diğer taraftan duygusal zekânın alt boyutları incelendiğinde alpha değerleri yüksek olmakla birlikte iş stresinin ölçüldüğü son 10 soruluk bölümde güvenilirlik düzeyi 0,546 alpha değeri ile düşük çıkmıştır. Bu nedenle iş stresi ölçeği ile ilgili tekrar güvenilirlik analizi yapılarak hangi soruların değeri düşürdüğüne bakılmıştır. Bunun ardından sırasıyla, “İşimde çok az çeşitlilik ve sorun vardır” sorusu anketten çıkarılmış ve güvenilirlik düzeyi 0.569’a yükselmiştir. Ardından, “İşimde baskı altında kaldığımda kontrolümü kaybetme eğilimindeyim” sorusu çıkarılmış, güvenilirlik 0.595’e yükselmiştir. Bu işlemin ardından “İşimi gereklerini yerine getirmemi engelleyen birçok müdahalelerin sıkıntısını yaşıyorum” sorusu çıkarılmış, güvenilirlik 0.628’e yükselmiştir. Ardından “ Bazı iş arkadaşlarımla, astlarımla çalışmak güçtür” sorusu çıkarılmış, güvenilirlik 0.657’ye yükselmiş ve son olarak “İşim evde de devam eder, işimi bitirmeden hayatta uyuyamam” sorusu çıkarılmış, güvenilirlik düzeyi 0,659’a yükselmiştir. Bu beş soru sırasıyla çıkarıldığında güvenilirlik alpha değeri 0,659 a yükselmiş ve neticede aşağıdaki tabloya ulaşılarak anketten soru çıkarma işlemi sonlandırılmıştır.

Tablo 3. İş Stresine İlişkin Güvenilirlik Analizi: Altıncı Adım

	Madde Silinirse Ölçeğin Ortalaması	Madde Silinirse Ölçeğin Varyansı	Düzeltilmiş Madde Toplam Puan Korelasyonu	Madde Silinirse Ölçeğin Cronbach Alfa Katsayısı
Yaptığım iş çok yorucudur.	15,2222	6,977	,371	,630
İşten ayrılına kadar yapmam gereken tüm işleri bitirebilirim.	15,0065	6,796	,523	,557
İşimle ilgili yeni sorumluluklar çıktığında bu sorumlulukları diğer çalışanlara devretmek yerine kendim üstlenirim.	15,0719	7,186	,450	,591
İşimin gereklerini yerine getirmek için çoğunlukla aşırı yüklenirim.	15,1895	7,365	,429	,601
Hem mükemmel bir yönetici hem mükemmel bir eş, hem de bir ebeveyn olmak benim için çok önemlidir.	14,8301	7,353	,314	,656

Tablo 4. İş stresi Güvenilirlik Analizi

Cronbach Alpha	Soru Sayısı
,659	5

Tabloda görüldüğü üzere bu noktadan sonra madde silinirse güvenilirliği düşüreceğinden soru çıkarma işlemine son verilmiş ve söz konusu 5 soru ile anketin güvenilirlik alpha değerinin, 0,659 olduğu görülmüş olup söz konusu değer kabul edilebilir düzeydedir.

Alfa güvenilirlik katsayılarının yüksekliği, ölçeğin iç tutarlılığı açısından geçerli olduğu konusunda fikir verir. Bar-On EQ-i güvenilirlik testi için her bir boyutun ve anketin toplam Cronbach Alfa katsayısına bakılmıştır. Özdamar'ın alfa katsayısının değerlendirilmesinde uyulan değerlendirme kriterleri esas alınmıştır.⁴ Bu kriterler şu şekildedir:

.00 ___ .40 ise ölçek güvenilir değildir.

.40 ___ .60 ise ölçek düşük güvenilirliktedir.

.60 ___ .80 ise ölçek oldukça güvenilirdir.

.80 ___ 1 ise ölçek yüksek derecede güvenilirdir.

Katılımcıların Duygusal Zekâ ve İş Stresine Yönelik Algıları

Yapılan bu çalışma duygusal zekâ, duygusal zekânın alt boyutları ve iş stresi ele alınarak oluşturulmuştur. Duygusal zekânın alt boyutları; kişisel beceriler, kişilerarası beceriler, stresle başa çıkma, uyumluluk ve genel ruh durumu olmak üzere 5 alt boyuttan oluşmaktadır. Bu değişkenler itibarıyla Tablo 5'te katılımcıların kişisel becerilere yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

⁴ Kazım Özdamar, *Paket Programlar ile İstatistiksel Veri Analizi-1*, Kaan Kitabevi, Eskişehir, 2004, s. 500.

Tablo 5. Katılımcıların Kişisel Becerilere Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Başkalarının bana ihtiyaç duymalarından çok ben başkalarına ihtiyaç duyarım.	153	4,1438	,91348
Başkaları ile çalışırken kendi fikirlerimden çok onlarınkine güvenirim.	153	4,0850	,87320
Kendi başıma karar veremem.	153	4,3203	,84022
Yapacaklarımın bana sık sık söylendiği bir işte çalışmayı tercih ederim.	153	4,2418	,88872
Bir liderden çok takipçiyimdir.	153	4,0000	1,04504
Son birkaç yılda çok az başarı elde ettim.	153	3,9150	1,18070
İlgimi çeken şeyleri yapmaktan hoşlanırım.	153	4,1830	1,02237
Yaşamımı elimden geldiğince anlamlı hale getirmeye çalışırım.	153	3,9608	1,06920
Tam olarak hangi konularda iyi olduğumu bilmiyorum.	153	3,8693	,92972
Hoşuma giden şeyleri elimden geldiğince sonuna kadar öğrenmeye çalışırım.	153	4,1765	,87447
Hayatta neler yapmak istediğime dair kesin bir fikrim yok.	153	3,9346	1,04927
Kendimi takdir ederim.	153	3,8954	,91883
Sahip olduğum kişilik tarzından memnunum.	153	4,0523	,97191
Kendimi olduğum gibi kabul etmek bana zor geliyor.	153	4,1830	,89911
Fiziksel görüntümden memnunum.	153	3,9935	,88479
İyi ve kötü yanlarıma baktığım zaman kendimi iyi hissedirim.	153	3,9085	,83791
Çoğu durumda kendimden eminimdir.	153	3,9020	,79277
Biriyle aynı fikirde olmadığımda bunu ona söyleyebilirim.	153	3,9739	,93856
Başkaları benim iddiasız biri olduğumu düşünürler.	153	4,0131	,91757
Başkalarına kızdığımda bunu onlara söyleyebilirim.	153	3,5621	1,15183
İnsanlara ne düşündüğümü kolayca söyleyebilirim.	153	3,6471	1,00963
Haklarımı savunamam.	153	4,3399	,77937
İstedğim zaman " hayır " demek benim için zordur.	153	3,5033	1,19276
Neler hissettiğimi bilirim.	153	3,9804	,89935
Duygularımı göstermek benim için oldukça kolaydır.	153	3,4967	1,10098
Derin duygularımı başkaları ile kolayca paylaşmam.	153	2,8301	1,27109
Kendimi kötü hissettiğimde beni neyin üzdüğünü bilirim.	153	3,9216	,89978
Duygularımı tanımlamak benim için zordur.	153	3,7582	,95302
Uygun bir zamanda negatif duygularıyla yüzleşir, onları gözden geçiririm.	153	3,7778	,99487
Kişisel Beceriler Boyutu	153	3,9162	,43846

Tablo 6'da katılımcıların kişilerarası becerilerine yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 6. Katılımcıların Kişilerarası Becerilere Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Acı çeken insanların farkına varamam.	153	4,1307	,84832
Başkalarının duygusal gereksinmelerine duyarlıyım.	153	3,9346	1,02388
Başkalarına neler olduğunu önemserim.	153	4,1176	,85794
Diğer insanların duygularını incitmemeye özen gösteririm.	153	4,1634	,93512
Doğrudan ifade etmeseler de, başkalarının duygularını çok iyi anlarım.	153	4,0196	,87713
Çevremdekilerle iyi geçinemem.	153	4,3072	,78875
Kolayca arkadaş edinebilirim.	153	4,0000	,99340
Yakın ilişkilerim benim ve arkadaşlarım için çok önemlidir.	153	4,1765	,90407
Arkadaşlarım bana özel şeylerini anlatabilirler.	153	4,2026	,84573
İnsanlar benim sosyal olduğumu düşünürler.	153	3,9608	1,04430
Başkalarıyla iyi ilişkilerim vardır.	153	4,0850	,93856
Sevgimi belli edemem.	153	3,5882	1,19500
İnsanlara yardım etmekten hoşlanırım.	153	4,2418	,88128
Başkalarına göre bana güvenmek zordur.	153	4,1895	,92304
Kurallara uyan bir vatandaş olmak çok önemlidir.	153	4,1438	1,07249
Aynı anda başka bir yerde bulunmak zorunda olsam da, ağlayan bir çocuğun anne ve babasını bulmasına yardım ederim.	153	4,2810	,94212
Başka insanlara saygı duyarım.	153	4,3399	,86727
Eğer yasaları çiğnemem gerekirse, bunu yaparım.	153	3,7974	1,26366
Kişilerarası Beceriler Boyutu	153	4,0933	,57850

Tablo 7’de katılımcıların stresle başa çıkma boyutuna yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 7. Katılımcıların Stresle Başa Çıkma Boyutuna Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Tarzımı değiştirmem zordur.	153	2,9869	1,21388
Yeni şartlara ayak uydurmak benim için kolaydır.	153	3,6209	,92485
Yeni şeylere başlamak benim için zordur.	153	3,5490	,97967
Bazı şeyler hakkında fikrimi değiştirmem zordur.	153	3,3007	1,08267
Eski alışkanlıklarımı değiştirebilirim.	153	3,2549	,97014
Problemlerin çözümüne ilişkin farklı çözüm yolları düşünmeye çalışınca genellikle tıkanır kalırım.	153	3,8235	,93272
Güç bir durumla karşılaştığımda konuyla ilgili olabildiğince çok bilgi toplamayı isterim	153	3,9739	,82675
Bir problemi çözerken her olasılığı inceler, daha sonra en iyisine karar veririm.	153	4,0850	,70662
Zorluklarla baş edebilme yaklaşımım adım ilerlemektir.	153	3,9150	,85799
Bir problemle karşılaştığımda önce durur ve düşünürüm.	153	4,0261	,76904
Abartmayı severim.	153	3,5882	1,22759
Hayal ve fantezilerime kendimi kaptırırım.	153	3,5556	1,27676
Fanteziler ya da hayaller kurmadan her şeyi gerçekte olduğu gibi görmeye çalışırım.	153	3,3791	1,03877
Çevremde olup bitenlerin farkında değilimdir.	153	4,1830	,87688
Hayallerimden çok çabuk sıyrılabilir ve o anki durumun gerçekliğine kolayca dönebilirim.	153	3,5556	1,03802
Stresle Başa Çıkma Boyutu	153	3,6532	,45687

Tablo 8’de katılımcıların uyumluluk boyutuna yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 8. Katılımcıların Uyumluluk Boyutuna Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Can sıkıcı problemlerle nasıl baş edebileceğimi bilirim.	153	3,7843	,82670
Çok sinirlenmeden stresle baş edebilirim.	153	3,3137	1,06666
Çok fazla strese dayanamam.	153	3,3137	1,13248
Endişemi kontrol etmemin zor olduğunu biliyorum.	153	3,1046	1,15373
Zor şartlarda serinkanlılığımı nasıl koruyacağımı bilirim.	153	3,6275	,96574
Üzücü olaylarla yüz yüze gelmek benim için zordur.	153	3,0458	1,18843
Endişeliyimdir.	153	3,1895	1,10472
İnsanlarla tartışırken, bana sesimi alçaltmamı söylerler.	153	3,8497	1,07466
Konuşmaya başlayınca zor susarım.	153	3,6732	1,10519
Düşünmeden hareket edişim problemlere sebep olur.	153	3,6601	1,11310
Öfkemi kontrol etmem zordur.	153	3,6340	1,11657
Sabırsız bir insanım.	153	3,1438	1,24297
Huysuz bir insanımdır.	153	3,9216	1,17277
Uyumluluk Boyutu	153	3,4816	,63865

Tablo 9’da katılımcıların genel ruh durumu boyutuna yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 9. Katılımcıların Genel Ruh Durumu Boyutuna Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Hayattan zevk almıyorum.	153	3,9739	1,15250
Gülümsemek benim için zordur.	153	4,2614	,96499
Hayatımdan memnunum.	153	3,8301	1,06246
Hafta sonlarını ve tatilleri severim.	153	4,1830	1,02878
Kendimi çok sık kötü hissederim.	153	3,5556	1,10554
Benimle birlikte olmak eğlencelidir.	153	3,9020	,94427
Oldukça neşeli bir insanımdır.	153	3,8954	,93304
Zaman zaman ortaya çıkan tersliklere rağmen, genellikle işlerin düzeleceğine inanırım.	153	3,9477	,96512
Genellikle en iyisini ümit ederim.	153	3,8824	1,00617
Yeni bir şeylere başlamadan önce genellikle başarısız olacağım hissine kapılırım.	153	3,8431	1,06448
Çok zor durumların üstesinden geleceğime inanıyorum.	153	3,9216	,95648
İşler gittikçe zorlaşsa da genellikle devam etmek için motivasyonum vardır	153	3,9542	,90568
Genel Ruh Durumu Boyutu	153	3,9292	,65685

Tablo 10’da katılımcıların duygusal zekâ algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 10. Katılımcıların Duygusal Zekâ Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Duygusal Zekâ	153	3,8147	,43463

Tablo 11’de, katılımcılara uygulanan anketteki duygusal zekânın 5 boyutun ölçüldüğü 87 sorunun ardından Bar’on tarafından anketin güvenilirliğini ölçmek amacıyla ankete eklenmiş olan 88. soruda yer alan “Yukarıdaki ifadeler samimi bir şekilde cevap verdim.” şeklindeki ifadeye katılımcılar tarafından verilen yanıtların, ortalama ve standart sapma değerleri görülmektedir.

Tablo 11. Katılımcıların 88. Soruda verilen bilgiye Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Yukarıdaki ifadeler samimi bir şekilde cevap verdim.	153	4,4510	,95931

Tabloda görüldüğü üzere katılımcılar “Yukarıdaki ifadeler samimi bir şekilde cevap verdim.” şeklindeki soruya 4.451 gibi çok yüksek oranda bir ortalama ile cevap vermişlerdir. Bu da katılımcıların soruları dikkatli şekilde okuyup cevaplandıklarını gösteren önemli bir veri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tablo 12’de ise katılımcıların iş stresine yönelik algılarının aritmetik ortalamalarına ve standart sapmalarına yer verilmiştir.

Tablo 12. Katılımcıların İş Stresine Yönelik Algıları

	N	Ortalama	Standart Sapma
Yaptığım iş çok yorucudur.	153	3,6078	1,08358
İşten ayrılına kadar yapmam gereken tüm işleri bitirebilirim.	153	3,8235	,94672
Bazı iş arkadaşlarımla, astlarımla çalışmak güçtür.	153	3,1765	1,10094
İşimin gereklerini yerine getirmek için çoğunlukla aşırı yüklenirim.	153	3,6405	,90040
Hem mükemmel bir yönetici hem mükemmel bir eş, hem de bir ebeveyn olmak benim için çok önemlidir.	153	4,0000	1,05755
İş Stresi	153	3,7660	,64105

Duygusal Zekâ, duygusal zekânın boyutları ve iş stresi algı ortalamaları ve standart sapmalarına yönelik yukarıdaki tablolarda görüldüğü üzere, katılımcıların duygusal zekâ algılarına yönelik 87 sorunun ortalaması 3,8147 iken, iş stresine yönelik algılarının ortalama değeri 3,7660'tır. Buradan hareketle duygusal zekâyâ ilişkin algı düzeyinin yüksek olduğu kişilerde iş stresi düzeyinin de yüksek olacağı sonucu varmamız mümkündür. Öte yandan duygusal zekânın alt boyutlarından olan kişisel becerilere ilişkin algı ortalaması 3,9162, kişilerarası becerilere yönelik algı ortalaması 4,0933, stresle başa çıkma boyutuna ilişkin algı ortalaması 3,6532, uyumluluk boyutuna ilişkin algı ortalaması 3,4816 ve genel ruh durumu boyutuna ilişkin algı ortalaması ise 3,9292 olarak görülmektedir.

Tablo.13 Değişkenler Arası İlişkileri Gösteren Korelasyon Tablosu

	Ortalama	Standart Sapma	1	2	3	4	5	6	7
1.Duygusal Zekâ	3,8147	,43463	1						
2.Kişisel Beceriler	3,9162	,43846	796**	1					

	Ortalama	Standart Sapma	1	2	3	4	5	6	7
3.Kişilerarası Beceriler	4,0933	,57850	,839**	,713**	1				
4.Stresle Başa Çıkma	3,6532	,45687	,768**	,561**	,587**	1			
5.Uyumluluk	3,4816	,63865	,684**	,348**	,340**	,466**	1		
6.Genel Ruh Durumu	3,9292	,65685	,839**	,608**	,681**	,501**	,434**	1	
7.İş Stresi	3,7660	,64105	,542**	,434**	,576**	,390**	,255**	,479**	1

(2-Tailed) $p < 0.01$

Çalışmamızda duygusal zekâ ile iş stresi arasında ve duygusal zekânın alt boyutları ile iş stresi arasında bir ilişki olup olmadığını anlayabilmek amacıyla korelasyon analizi yapılmıştır. Tablo 13'te gösterilen korelasyon analizi incelendiğinde duygusal zekâ ile iş stresi arasında ve aynı zamanda duygusal zekânın alt boyutları ile iş stresi arasında 0,99 önem düzeyinde bir ilişki olduğu görülmüştür.

Duygusal Zekâ ile iş stresi arasındaki ilişki ($p < 0,01$ $r = ,542$) orta derecededir ve pozitif yönlü anlamlı bir ilişki mevcuttur. Duygusal zekânın alt boyutlarından olan kişisel beceriler boyutu ile iş stresi arasındaki ilişki incelendiğinde ($p < 0,01$ $r = ,434$) orta derecede pozitif yönlü bir ilişki olduğu görülmektedir. Duygusal zekânın bir diğer alt boyutu olan kişilerarası beceriler ile iş stresi arasındaki ilişkiye bakıldığında ($p < 0,01$ $r = ,576$) adı geçen alt boyut ile değişken arasında orta derecede pozitif yönlü anlamlı bir ilişki olduğu görülür. Duygusal zekânın alt boyutlarından bir diğeri de stresle başa çıkma boyutudur ve bu iki boyut arasında incelenen ilişki düzeyi ($p < 0,01$ $r = ,390$) orta derecede ve pozitif yönlü anlamlı bir ilişki mevcuttur. Duygusal zekânın alt boyutlarından olan uyumluluk boyutu ile iş stresi arasında ($p < 0,01$ $r = ,255$) zayıf derecede pozitif yönlü anlamlı bir ilişki mevcut iken duygusal zekânın alt boyutlarından olan genel ruh durumu ile iş stresi

arasında ise ($p < 0,01$ $r = ,479$) orta derecede pozitif yönlü anlamlı bir ilişki olduğu görülmektedir. Sonuç olarak bakıldığında duygusal zekâ ile iş stresi arasındaki anlamlı ilişki ve duygusal zekânın alt boyutları ile iş stresi arasındaki anlamlı ilişki ölçeğin güvenilirliğini desteklemektedir. Öte yandan kişilerin duygusal zekâ düzeylerinde görülen farklılığın iş stresi düzeylerinde de farklılığa neden olduğu görülmekte ve yine duygusal zekânın alt boyutlarına bakıldığında da bu boyutlarla iş stresi arasında aynı ilişki gözlemlenmektedir.

Tablo 14. Duygusal Zekânın İş Stresine Etkisi

Bağımlı Değişken	Bağımsız Değişken		
İş Stresi	Duygusal Zekâ		
	B	t	P
	,800	7,933	,000
R ²	,294		
Düzeltilmiş R ²	,290		
F	62,938		

İş stresinin bağımlı değişken olarak kabul edildiği ve aynı doğrultuda duygusal zekânın bağımsız değişken olarak kabul edildiği Tablo 6'da gösterilen regresyon analizi sonuçlarına göre iş stresinin toplam varyansının %29'unu ($R^2 = ,294$) duygusal zekâ açıklamaktadır.

Tablo 8. Kişisel Beceriler Boyutunun, Kişilerarası Beceriler Boyutunun, Stresle Başa Çıkma Boyutunun, Uyumluluk Boyutunun ve Genel Ruh Durumu Boyutunun İş Stresine Etkisi

Bağımlı Değişken	Bağımsız Değişken														
	Kişisel Beceriler			Kişilerarası Beceriler			Stresle Başa Çıkma			Uyumluluk			Genel Ruh Durumu		
	B	t	p	B	t	p	B	t	P	B	t	p	B	t	P
İş Stresi	,634	5,917	,000	,638	8,652	,000	,547	5,198	,000	,256	3,245	,001	,467	6,698	,000
R ²	,188			,331			,152			,065			,229		
Düzeltilmiş R ²	,183			,327			,146			,059			,224		
F	35,016			74,860			27,018			10,531			44,865		

İş stresinin bağımlı değişken olarak kabul edildiği ve duygusal zekânın alt boyutlarından olan; kişisel beceriler, kişilerarası beceriler, stresle başa çıkma, uyumluluk ve genel ruh durumunun bağımsız değişken olarak kabul edildiği Tablo 8’de gösterilen regresyon analizi sonuçlarına göre iş stresinin toplam varyansının %19’unu ($R^2=,188$) kişisel beceriler, %33’ünü ($R^2=,331$) kişilerarası beceriler, %15’ini ($R^2=,152$) stresle başa çıkma, %7’sini ($R^2=,065$) uyumluluk ve yaklaşık olarak %23’ünü ($R^2=,229$) ise genel ruh durumu açıklamaktadır. Bağımlı değişken olarak kabul edilen iş stresini en çok etkileyen değişkenin ise kişilerarası beceriler olduğu görülmektedir.

Tablo 9. Hipotez Sonuçları

Hipotez	r	p-değeri	Karar
H ₁	0,373	P<0.05	Kabul
H ₂	0,188	P<0.05	Kabul
H ₃	0,331	P<0.05	Kabul
H ₄	0,152	P<0.05	Kabul
H ₅	0,065	P<0.05	Kabul
H ₆	0,229	P<0.05	Kabul

Yukarıda gösterilen hipotez tablosunda görüldüğü gibi analiz sonuçlarının hipotezleri desteklediği görülmektedir.

SONUÇ

Duygusal zekâ üzerine yapılan araştırmalar özellikle son yıllarda yoğunluk kazanmıştır. Yapılan araştırmalar sonucunda duygusal zekânın önemi kavranmış ve birçok faktör üzerindeki etkisi açıklanmaya çalışılmıştır.

İş stresi kavramı da özellikle sanayileşme süreci sonrası büyük bir hızla gelişmekte olan iş hayatının yoğun bir çalışma programı gerektirmesi sebebiyle son dönemlerde daha önemli bir hale gelmiş ve üzerinde yoğun araştırmalar yapılan bir konu olmuştur.

Araştırmada duygusal zekâ ve iş stresi kavramları ele alınarak iki kavram arasındaki ilişki açıklanmıştır. Bilimsel araştırmalarda genellikle bilişsel zekânın önemi üzerinde durulurken, duygusal zekânın da

son derece önemli olduğu keşfedilmiş ve iş hayatı üzerindeki önemli etkileri çeşitli çalışmalarla ortaya konulmuştur. Bu noktada iş stresinin de duygusal zekâyla ilişkili bir kavram olduğu çeşitli araştırmalarda belirtilmiştir. Bu açıdan avukatlık meslek mensuplarının özellikle müvekkilleriyle ilişkileri açısından yoğun duygusal bir süreç içerisinde bulduklarının gözlemlenmesi sebebiyle, çalışmada Erzurum Barosu'na kayıtlı avukatlarla duygusal zekâ ve iş stresi üzerine anket çalışması yapılmıştır.

Duygusal zekâ ve iş stresi ilişkisini anlamak amacıyla yapılmış olan bu çalışmada geri dönüş alınabilen 153 adet anket analiz edilmiş ve analiz sonucunda çeşitli bulgulara ulaşılmıştır. Çalışmanın bir diğer amacına bakılacak olursa duygusal zekâ ölçeğinin alt boyutları olan, kişisel beceriler, kişilerarası beceriler, stresle başa çıkma, uyumluluk ve genel ruh durumu boyutlarının iş stresi üzerindeki etkisi anlaşılma-ya çalışılmıştır. Bu amaçlarla yapılan analiz çalışması sonucunda araştırmanın değişkenlerinden olan duygusal zekâ ile duygusal zekânın alt boyutlarının ve iş stresinin yer aldığı hipotezlerin kabul edildiği ve bu değişkenlerin birbirini pozitif yönlü etkilediği ve bu değişkenler arasında anlamlı bir ilişki olduğu ortaya çıkmıştır. Öte yandan katılımcıların duygusal zekâ algılarına yönelik 87 sorunun ortalaması 3,8147 iken, iş stresine yönelik algıların ortalaması 3,7660'tır. Bu iki değer birbirine çok yakın seviyede olması da çalışmamızda ileri sürülmüş olan hipotezleri destekleyici niteliktedir. Öyle ki, ortalama duygusal zekâ puanı ile ortalama iş stresi puanının hemen hemen aynı seviyede olması sebebiyle kişilerin duygusal zekâ düzeyi ne denli yüksek olursa iş stresi düzeylerinin de o seviyede yüksek olacağı sonucuna ulaşılması mümkündür.

Analiz sonuçları araştırmada yer alan 6 hipotezin tamamını desteklemiştir. Söz konusu hipotezlere bakıldığında duygusal zekânın iş stresini olumlu yönde etkilediği aynı şekilde duygusal zekânın alt boyutlarının iş stresini olumlu yönde etkilediği görülmüştür. İlgili hipotezler ışığında kişilerin duygusal zekâ düzeylerinin iş stresi düzeylerini etkilediğini söylememiz mümkündür. Bu minvalde kişilerin duygusal zekâ seviyesi yükseldiğinde iş stresi düzeylerinin de yükseleceğini öte yandan duygusal zekâ düzeyleri düştüğünde ise iş stresi düzeylerinin de düşük seviyede olacağı sonucuna varılabilir.

Analiz sonuçları ve literatür bilgileri ışığında, duygusal zekâ ve iş stresi arasında ilişki bulunduğu açıklanmıştır. İş hayatında duygusal zekânın başarıyı artırıcı bir faktör olduğu çeşitli araştırmalar sonucu ortaya çıkmıştır. Bu noktada yüksek duygusal zekâyâ sahip bireylerin iş stresini kontrol edememeleri durumunda başarısızlığa uğrayacakları da açıktır. Dolayısıyla iş hayatında başarılı olabilmek için iş stresinin azaltılması ve/veya kontrol altında tutulması hayati önem taşımaktadır.

Araştırmadan elde edilen sonuçlar dikkate alındığında, Erzurum Barosu'na kayıtlı avukatlık meslek mensuplarında da çeşitli çalışmalarda gözlemlenen durumların görülmesinden hareketle, avukatlık meslek mensuplarının müvekkilleriyle yüksek seviyede empati kurmalarına bağlı olarak iş stresi seviyelerinin de yükselebileceği görülmektedir. Bu açıdan avukatlık meslek mensupları özelinde iş stresinin kontrol altında tutulabilmesi açısından bireylerle empati kurulsa dahi bunun iş stresine sebep olmayacak ölçüde tutulabilmesi için özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu noktadan hareketle Hukuk Fakültesi'nden mezun olan kişilerin iş hayatında başarılı olabilmeleri açısından özellikle Hukuk Fakültelerinde duygusal zekâyâ yönelik psikolojik eğitimlerin zorunlu ders olarak okutulması faydalı olacaktır. Bununla birlikte iş hayatında başarının artırılabilmesi için duygusal zekânın gelişimine yönelik olarak kişisel gelişim eğitimleri de önem arz etmektedir. Öte yandan iş stresinin azaltılması noktasında, zaman yönetimi, kısa molalar, basit egzersizler, uyku düzenine dikkat edilmesi vb. tedbirlerin alınması ve bunlara yönelik eğitim faaliyetlerinde bulunulması da faydalı olacaktır.

Sonuç olarak duygusal zekânın iş stresini etkileyen önemli bir faktör olduğu görülmektedir. Bu açıdan söz konusu iki kavramın iyi analiz edilmesi, duygusal zekânın geliştirilmesi için çalışılmalar yapılması ve iş stresinin azaltılması noktasında çeşitli tedbirlerin alınması, iş hayatında başarının artırılmasına katkı sağlayabilecektir. Özellikle avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi yoğun duygusal süreçlerin yaşandığı mesleklerde, yüksek duygusal zekâyâ sahip olan bireylerin yaşadıkları iş stresini kontrol etmeleri durumunda daha yüksek iş performansı elde edecekleri ve iş hayatında daha başarılı çalışanlar olacakları görülmektedir. Dolayısıyla duygusal zekânın başarılı bir iş hayatı için son derece önemli bir faktör olduğu açık olmakla birlikte iş

stresinin de kontrol altında tutulabilmesi hem iş hayatındaki başarıyı artıracak hem de daha sağlıklı bir yaşam standardını beraberinde getirecektir.

Kaynakça

- Acar Fusun Tekin, "Duygusal Zekâ Yeteneklerinin Göreve Yönelik ve İnsana Yönelik Liderlik Davranışları İle İlişkisi: Banka Şube Müdürleri Üzerine Bir Alan Araştırması", 2001, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, s.36.
- Aktaş Aliye Mavili, "Bir Kamu Kuruluşunun Üst Düzey Yöneticilerinin İş Stresi Ve Kişilik Özellikleri" *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2001, C.56, S.4, s.34
- Bar-On Reuven, Development of The Bar-On EQ-I: A Measure of Emotional and Social Intelligence, Chicago, IL: 105th Annual Convention of the American Psychological Association. 1997, s.3
- Batool Bano Fakhra, (2013). Emotional Intelligence and Effective Leadership, *Journal of Business Studies Quarterly*, Volume 4, Number 3,
- Bayat Bülent, Endüstri ve Örgüt Psikolojisi, Alter Yayıncılık, Ankara, 2008, s.226.
- Can Halil, Organizasyon ve Yönetim, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2002, s.69.
- Çakar Ulaş ve Arbak Yasemin, "Modern Yaklaşımlar Işığında Değişen Duygu-Zekâ İlişkisi Ve Duygusal Zeka", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2004, C.6, S.3, s. 27.
- Çetinkaya Özlem ve Alparslan Ali Murat, "Duygusal zekânın iletişim becerileri üzerine etkisi: Üniversite öğrencileri üzerinde bir araştırma" *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2011, C.16, S.1, s.365.
- Deniz M. Engin ve Yılmaz Ercan, "Üniversite Öğrencilerinde Duygusal Zekâ Ve Stresle Başa Çıkma Stilleri Arasındaki İlişkinin İncelenmesi" *Türk Psikolojik Danışma ve Rehberlik Dergisi*, 2016, C.3, S.25, 17.
- Doğan Selen ve Şahin Faruk, (2007). Duygusal Zekâ: Tarihsel Gelişimi ve Örgütler İçin Önemine Kavramsal Bir Bakış, *Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 16(1).
- Doğan Selen ve Demiral Özge, (2007). Kurumların Başarısında Duygusal Zekânın Rolü ve Önemi, *Celal Bayar Üniversitesi Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 14 (1).
- Elwork Amiram ve Benjamin G. Andrew H., "Lawyers in distress" *Journal of Psychiatry & Law/Summer*, 1995, 23: 205.
- Eröz Sibel Sü, "Örgütlerde Duygusal Zekâ", *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2013, C.16, S.29, s.219.
- Feldman Jeff ve Mulle Karl, Put Emotional Intelligence To Work: Equip Yourself For Success, American Society for Training and Development, 2008, s.3.
- Gürsoy Ali, (2014). Yenilik Yönetiminde Yöneticilerin Duygusal Zekâ Yeteneklerinin Rolü, (Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi.
- İzci Yusuf ve Erbaş Yahya Cem, (2015). Hipokampus: Yapısı ve Fonksiyonları. *Türk Nöroşiruji Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 3.

- Kağıtçıbaşı Çiğdem, Yeni İnsan ve İnsanlar, *İstanbul: Evrim Yayınevi*, 1999, s.204.
- Kaya M. Dursun, Güzel Dilşad, Çubukcu Betül, "Ilıca Şeker Fabrikası Çalışanlarının İş Memnuniyeti, Ergonomik Çalışma Koşulları ve İş Stresi Yönünden İncelenmesi", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2011, C.25, S.2, s.54.
- Koçak R., (2002). Aleksitimi: Kuramsal Çerçeve Tedavi Yaklaşımları Ve İlgili Araştırmalar. *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, Cilt:35 Sayı:1-2.
- Mumcuoğlu Özlem, "Bar-On Duygusal Zekâ Testi'nin Türkçe Dilsel Eşdeğerlik, Güvenilirlik ve Geçerlik Çalışması" Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü, 2002, s.50.
- Önen Ayşem Seda, "Öğretmen Adaylarının Kişilik Özellikleri Ve Duygusal Zekâ Düzeylerinin Stresle Başa Çıkma Etkileri", *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi*, 2012, C.42, S.42, s.312
- Özdamar Kazım, Paket Programlar ile İstatistiksel Veri Analizi-1, Kaan Kitabevi, Eskişehir, 2004, s. 500.
- Stephen P. Robbins, T., Judge A. (2015). Örgütsel Davranış, 14. Basımdan Çeviri, Nobel yayınları.
- Şahin Hisli, Nesrin Güler, Murat Basım, H. Nejat, "A Tipi Kişilik Örüntüsünde Bilişsel ve Duygusal Zekânın Stresle Başa Çıkma ve Stres Belirtileri ile İlişkisi". *Türk Psikiyatri Dergisi*, 2009, C.20, S.3, s.244.
- Topuz Hatice, "The Relationship Between Leadership and Emotional Intelligence: A Proposed Development Model for Enhancing Leadership Qualities Among the Officers in the Turkish Navy", Deniz Harp Okulu Komutanlığı, Deniz Harp Bilimi ve Mühendisliği Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2005, s.23.
- Ural Ayhan, (2001). Yöneticilerde Duygusal Zekânın Üç Boyutu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 3, Sayı:2.

**GENEL MAHKEME’NİN VE AVRUPA BİRLİĞİ
ADALET DİVANI’NIN INTEL KARARI
KAPSAMINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİNE
İLİŞKİN KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ**
A COMPARATIVE STUDY BETWEEN
THE JUDGMENT OF THE GENERAL COURT
AND THAT OF THE CJEU CONSIDERING THE INTEL DECISION

Gönenç GÜRKAYNAK*

Hilal ÖZCELİK**

Ali TUNÇSAV***

Özet: İşbu makalede ilk olarak, Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Genel Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın, Intel Corporation kararındaki değerlendirmeleri özetlenmiş ve bu doğrultuda, ABAD’ın farklılaşan değerlendirmelerine vurgu yapılarak bunların AB ve Türk rekabet hukuku mevzuatında ne gibi değişikliklere neden olabileceği tartışılmıştır. Bu itibarla, özellikle hâkim durumun kötüye kullanılması soruşturmalarında hukuki standardın sağlanması adına rakipler için pazar kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurularak ve etki unsuruna özen gösterilerek analiz edilmesi gerektiği hususu makale kapsamında tartışılan ana unsurlardandır. Bu doğrultuda, Avrupa Birliği’nin işleyişine Dair Antlaşma’nın 102. maddesi bu makalenin özünü ve odak noktasını oluşturmaktadır. Makalede ayrıca, Kanun Sözcüsü Nils Wahl’ın görüşü de dikkate alınarak, Intel kararında indirim sistemleri ve ekonomik temelli bir etki analizi hususlarında ortaya koyulan farklı dinamiklerin, Türk rekabet hukuku mevzuat ve içtihadı çerçevesinde ne ölçüde uygulanmış ve uygulanabilir olduğu konusu da tartışılmaktadır. Bu noktada, özellikle, ilgili soruşturmanın Eşit Etkinlikteki Rakip Testi’nin uygulandığı ilk soruşturma olmasına dikkat çekilmiştir. Makalenin sonuç kısmında ise, Intel kararının, Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından, hâlihazırda benimsenmiş olduğu üzere etki analizinin kullanılmaya devam edilmesini destekleyici bir karar olduğu gerekçeleri ile birlikte açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Intel, Sadakat İndirimleri, Eşit Etkinlikteki Rakip Testi, İktisadi Değerlendirme, Pazar Kapama Etkisi

* Avukat, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğr. Gör., gonenc.gurkaynak@elig.com, ORCID: 0000-0001-8483-7809

** Avukat, hilal.ozcelik@elig.com, ORCID: 0000-0002-3243-2647

*** Avukat, ali.tuncsav@elig.com, ORCID: 0000-0003-1783-1946

Abstract: The article primarily summarizes the assessments within the decisions of the European Commission, European General Court and the Court of Justice of the European Union regarding the Intel Corporation case. Accordingly the article argues the possible changes that these assessments may lead to within the Turkish and the EU legislation while emphasizing on CJEU's varying evaluations. In this regard, with a view to ensure legal certainty with regard to investigations involving an abuse of dominance in particular, the necessity of analysing the capacity to establish a market foreclosure over competitors while considering all the circumstances of the case and by giving due regard to the element of effect, is among the main aspects to be argued within the scope of this article. Accordingly, Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union constitutes the essence and the focal point of this article. While also considering the opinion of Advocate General Nils Wahl, it is also argued within the article the extend to which the different dynamics set forth in the Intel decision on rebate schemes and an economic based effects analyses are applied, and applicable, to the Turkish competition law legislation and precedents. It is especially remarked at this stage that the relevant investigation is the first investigation where the As Efficient Competitor Test has been applied. In the conclusion section of the article, it is explained with its reasoning that the Intel decision necessitates and supports the application of the effects analysis which is already acknowledged under Turkish competition law practice.

Keywords: Intel, Loyalty Rebates, As Efficient Competitor Test, Economic Analysis, Foreclosure Effect

1. GİRİŞ

Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD"), indirim sistemleri ile ilgili son yılların en çok tartışılan dosyalarından biri olan Intel Corporation'ın ("Intel") temyiz başvurusuna ilişkin büyük bir ilgi ile beklenen kararını 6 Eylül 2017 tarihinde vermiştir. Bu karar, özellikle sadakat indirimlerine ilişkin olarak etki temelli ekonomik bir analiz yapılması gerektiği görüşünü perçinleyen bir emsal niteliğindedir. ABAD, bu kararı ile Intel'in uyguladığı indirim sistemleri ve doğrudan ödemeler ile hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin Avrupa Komisyonu'nun ("Komisyon") Intel kararını onayan 12 Haziran 2014 tarihli Avrupa Genel Mahkemesi ("Genel Mahkeme") kararını bozmuştur.

13 Mayıs 2009 tarihinde, Komisyon, pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile Intel'e 1,06 milyar Avro para cezası kes-

miştir. Dünyanın önde gelen yarıiletken üreticilerinden olan Intel'e ilişkin Komisyon tarafından yürütülen soruşturma sürecini, Intel'in en büyük rakibi olan Advanced Micro Devices, Inc.'in ("AMD") şikâyeti tetiklemiştir. Bunun üzerine, Intel, Komisyon kararının iptali için Genel Mahkeme'ye başvurmuştur. Genel Mahkeme, Intel'in itirazını reddetmiş ve Intel'in indirim ve doğrudan ödeme uygulamalarıyla Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın ("ABİDA") 102. maddesini ihlal ettiğini belirten Komisyon kararını onaylamıştır. Bunun üzerine, Intel, 28 Ağustos 2014'te Komisyon kararının onaylandığı Genel Mahkeme kararını diğer iddialarla birlikte ABAD'a taşımıştır. ABAD ise Genel Mahkeme'nin Intel'in müşterilerine sunmuş olduğu indirim sistemlerinin rekabeti engelleyip engellemediğine ilişkin olarak tekrardan değerlendirme yapmasına karar vermiştir.

Soruşturma kapsamında, esasen Intel'in ABİDA 102. maddeye aykırılık teşkil eden dışlayıcı uygulamalarla hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki iddialar değerlendirilmiştir. Komisyon, kararında bilgisayarlarda kullanılan "x86 mimarisi tabanlı merkezi işlem birimi" ("CPU", Central Processing Unit) pazarında üretici iki büyük teşebbüsün Intel ve AMD olduğunu belirlemiştir.

Komisyon, Intel'in AMD'yi piyasa dışına itmeyi amaçlayan bir strateji uygulamak suretiyle, Ekim 2002'den Aralık 2007'ye kadar ilgili ürün pazarı kapsamında küresel pazardaki hâkim durumunu kötüye kullandığını ileri sürmüştür. İlaveten, Komisyon, Intel'in yaklaşık %70 (veya daha fazla) pazar payına sahip olması nedeniyle ilgili ürün pazarında hâkim durumda olduğunu belirtmiştir. Komisyon, buna ek olarak, Intel'in rakiplerinin pazara girerken güçlük çektiklerini ve araştırma-geliştirmeye (ar-ge), fikri mülkiyetlerine ve üretim tesislerine ilişkin kapasitelerini genişletemediklerini vurgulamıştır. Intel kararında Komisyon tarafından "kötüye kullanma" olarak kabul edilen davranışlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Dört büyük orijinal bilgisayar üreticisi olan Dell, HP, NEC ve Lenovo'ya alımlarının tamamı ya da büyük bir bölümünü Intel'den yapmaları karşılığında indirim uygulaması,
- Media-Saturn-Holding GmbH'ye sadece Intel x86 CPU tabanlı bilgisayar satması karşılığında finansal avantajlar sağlaması,

- HP, Acer ve Lenovo'ya AMD x86 CPU tabanlı ürünleri piyasaya sürmemeleri veya dağıtımlarını sınırlamaları karşılığında ödeme yapması.

Komisyon'un basın duyurusunda özetlendiği üzere: “[ABAD], Komisyon'un bahsi geçen indirimlerin yapıları gereği rekabeti kısıtlayabilecek nitelikte olduğunu vurgulamış olmasına rağmen, (i) kararındaki somut olayın koşullarına ilişkin detaylı bir inceleme yapmamış olduğunu ve (ii) bu nedenle de etkin bir rakibin şimdiye kadar uygulanabilir nitelikte fiyatlar sunmak zorunda olması gerektiği ancak şimdiye kadar sunamamış olması sebebiyle de bahsi geçen indirim sistemlerinin böyle bir rakip için pazar kapatıcı etkide olduğu sonucuna ulaştığını gözlemlemektedir.”¹ Bu kapsamda, ABAD, Komisyon'un indirimlerin rekabete etkisi üzerinde kapsamlı bir analiz yapmak zorunda olmadığına ilişkin Genel Mahkeme değerlendirmesini onaylamazken, diğer taraftan Komisyon'un vermiş olduğu para cezasının geçerliliğini etkileyecek bir değerlendirme de yapmamıştır.² Bununla birlikte, ABAD'ın Intel kararında Genel Mahkeme'nin etki temelli ekonomik analiz kapsamında Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'ne (*As Efficient Competitor Test*) (“Eşit Etkinlikteki Rakip Testi” veya “AEC Testi”) ilişkin argümanları değerlendirmiş olması gerektiği ve Genel Mahkeme'nin indirimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkisinin olup olmadığına ilişkin analiz yapmadığı belirtilmiştir.

Zira Genel Mahkeme kararı kapsamında, Intel tarafından uygulanan ve dışlayıcı olduğu iddia edilen fiyatlama stratejilerinin ilgili pazarda pazar kapama etkisine neden olup olamayacağına dair etki temelli bir değerlendirmeye yer verilmemiş, salt şekilci bir yaklaşım benimsenerek hukuka aykırılık karinesi doğrultusunda Intel'in uyguladığı münhasırlık indirimlerinin *per se* (kendiliğinden ve başlı başına) bir rekabet ihlali olduğuna kanaat getirilmiştir. Bu bağlamda, Genel Mahkeme, dosya kapsamında Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerine ilişkin fiyat-maliyet temelli ekonomik analiz veya rakiple-

¹ ABAD'ın 90/17 numaralı basın açıklaması, “Judgment in Case C-413/14 P Intel Corp. v European Commission” Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 90/17, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02. 2018).

² Eric Kroh, “EU Intel Decision Bolsters Tech Cos.’ Antitrust Defenses”, Law 360, New York, 2017, (çevrimiçi) https://www.cov.com//media/files/corporate/publications/2017/09/eu_intel_decision_bolsters_tech_cos_antitrust_defenses.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

rin eşit etkinlikte olup olmadıklarına ilişkin iktisadi bir değerlendirme yapmaksızın, bu indirim sistemlerinin zaten doğaları gereği pazar kapama etkisine yol açacağına ve bu nedenle de daha detaylı bir pazar kapama etkisi analizi yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.

ABAD'ın yargılamasına esas teşkil eden çıkarımların başında, hâkim durumun kötüye kullanılması soruşturmalarında hukuki standardın sağlanması adına rakipler için pazar kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, somut olayın tüm koşulları göz önünde bulundurulmuş ve kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi gerektiği hususu gelmektedir. ABAD yargılamasında açıklığa kavuşturulduğu üzere, söz konusu analiz ise teşebbüsün herhangi bir rekabeti kısıtlama etkisine sahip olmadığını iddia ettiği hususlarla ilgili olarak etki temelli bütünsel bir değerlendirme içermelidir. Bununla birlikte, ABAD yargılaması, dışlayıcı etkinin ortaya çıkabilecek etkinliklerle dengelenebileceğinin ve dolayısıyla, bu etkinliklerin de değerlendirmede dikkate alınması gerektiğinin özellikle altını çizmektedir.

Genel Mahkeme'nin ve ABAD'ın özellikle indirim sistemlerine ilişkin değerlendirmeleri ve analizleri farklılık gösterdiğinden ve Intel, ilgili ürün pazarında hâkim durumda olan bir teşebbüs olduğundan, ABİDA'nın 102. maddesi³ bu makalenin özünü ve odak noktasını oluşturmaktadır. İndirimlere ilişkin olarak ise, bu makalede Genel Mahkeme'nin Intel kararı özelinde eksik bulunan analizlerine yönelik eleştirilerin yanı sıra, Intel kararı da kullanılarak Komisyon ve ABAD'ın hâkim durumdaki bir teşebbüsün sağlamış olduğu indirimlere ve genel olarak indirim sistemlerine ilişkin bakış açılarına yer verilecektir. Zira Komisyon'un incelediği ve şikâyete konu eylemler arasında Intel'in ticaret ortaklarına sunduğu koşullu indirimler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, Komisyon ve ABAD'ın Intel'in koşullu

³ ABİDA, m.102 şu şekildedir: "Bir veya birden fazla teşebbüsün, iç pazardaki veya iç pazarın önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması, üye devletlerarasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Söz konusu kötüye kullanma özellikle aşağıdakileri içerir: (a) adil olmayan alış veya satış fiyatları veya diğer adil olmayan ticari şartların, doğrudan veya dolaylı olarak dayatılması, (b) üretimin, piyasaların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına olacak şekilde sınırlandırılması, (c) ticari ilişkinin diğer taraflarına eş değer işlemler için farklı koşullar uygulanması suretiyle, onların rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokulmaları, (d) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması."

indirim sistemlerini incelerken ele aldığı başlıklardan yola çıkarak bu makalede de indirim sistemlerine ilişkin yaklaşımlar incelenirken, (i) indirim sistemlerinin doğası ve işleyişleri, (ii) AEC Testi, (iii) rekabete ve tüketiciye zarar ve (iv) haklı sebep bulunmaması gibi başlıklar altında değerlendirilmeye özen gösterilecektir.

Bu makale kapsamında, Komisyon'un, Genel Mahkeme'nin ve ABAD'ın Intel dosyası kapsamındaki kararları ve Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın görüşü çerçevesinde, uygulanan indirim sistemlerinin hem genel anlamda hem de Intel dosyası özelinde, (i) türleri ve tabii tutuldukları farklı sınıflandırmalar, (ii) olası pazar kapama etkilerinin bulunup bulunmadığı, (iii) tüketiciler üzerinde doğurabilecekleri olumlu ve olumsuz etkiler, (iv) tabii tutulmaları gereken iktisadi temelli değerlendirme ve (v) beraberlerinde getirebilecekleri olası etkinlik kazanımları hususları incelenmektedir. Makalede ayrıca, Intel kararında indirim sistemleri ve ekonomik temelli bir etki analizi hususlarında ortaya koyulan farklı dinamiklerin, Türk rekabet hukuku mevzuat ve içtihadı çerçevesinde ne ölçüde uygulanmış ve uygulanabilir olduğu konusu da tartışılacaktır.

2. REKABET HUKUKUNDA İNDİRİM SİSTEMLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

2.1. Rekabet Hukuku Kapsamında İndirim Sistemlerine Genel Bakış

Her ne kadar sunulma şekillerinde bazı farklılıklar olsa da, indirim sistemlerindeki temel düşünce satışa sunulmuş belirli bir ürün için belirlenen orijinal fiyat üzerinden indirim uygulayarak ürünün daha düşük fiyata satın alınmasını sağlayabilmektir. Bilindiği üzere, indirimler belirli sayıda veya belirli miktarda/değerde ürün alımları karşılığında sağlanabilmektedir. Teşebbüsler, müşterilerinin indirimine verdikleri değer nedeniyle indirim uygulayarak satışlarında artış sağlama imkânı elde edebilmektedir. AB rekabet hukuku kapsamında, hukuki değerlendirmeye tabii bir içerik teşkil eden indirimlerin ve bunların yasalarla uyumlarının değerlendirilmesi, yalnızca ilgili ürün pazarında hâkim durumda olan teşebbüsler için yapılmaktadır.⁴ Bu durumda,

⁴ Eddie Johansson, "Assessing Rebates under Article 102 TFEU", Uppsala Univer-

hâkim durumda olmayan teşebbüsler özgürce indirim uygulayabiliyorken, hâkim durumda olan teşebbüsler dışlayıcı indirim sistemleri nedeniyle AB rekabet hukuku mevzuatını ihlal edebilmektedir.⁵

ABAD'ın Intel kararında bir kez daha vurgulamış olduğu üzere,⁶ rekabeti korumak adına hâkim durumdaki teşebbüslerin belirli sorumluluklarının olması olağandır. Nitekim ABİDA 102. madde, hâkim durumda olan bir teşebbüsün kendisi kadar etkili olduğu düşünülen rakipler üzerinde dışlayıcı bir etkisi olan fiyatlama uygulamalarını benimsemesini ve rekabetin meşru gereklilikleri dışında yöntemler kullanılarak hâkim durumunu güçlendirmesini sağlayan yöntemleri kullanmasını da yasaklamaktadır. Dolayısıyla, 102. madde bağlamında fiyat yoluyla yapılan rekabet, bütünüyle meşru sayılmayabilmektedir. Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslerin neden olduğu kısıtlama etkisinin gerçek boyutu ve bu teşebbüslerin sağlayabilecekleri yararlardaki ölçütler doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu tartışmaların temel sebebi ise şimdiye kadar ABAD'ın yalnızca işlemin hacmine bağlı olarak sağlanan indirim sistemlerini yasal saymış olmasıdır.⁷

Bununla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüslerin uyguladığı indirim sistemlerinin rekabet boyutu son yıllarda daha çok ilgi odağı olmaya başlamıştır. Bu konuda en güncel karar ise bu makalenin konusu olan Intel kararıdır. Bu kapsamda, güncel gelişmelerle birlikte doktrinde sadakat arttırıcı indirimlerin ve özellikle de münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin ilgili ürün pazarındaki rekabete zarar verdiği varsayımı ile ilerlenip ilerlenmemesi konusunda tartışmalar yer almaya başlamıştır.⁸

Bu makalede, AB rekabet hukukundaki indirim sistemleri irdelecek ve Intel kararı doğrultusunda Genel Mahkeme ve ABAD içtihatlarındaki güncel yaklaşımlar ele alınacaktır. Bu itibarla, ilk olarak AB rekabet hukuku kapsamında ele alınan indirim sistemleri grup-

sitet, Uppsala, 2017, s.6, (çevrimiçi) <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1065820/FULLTEXT01.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵ Case C-85/79 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, para. 89.

⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 135.

⁷ ABAD, şimdiye kadar yalnızca miktar indirimlerini hukuka aykırı olarak kabul etmiştir. Bkz. Case C-85/79 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461, para. 90.

⁸ Johansson 2017, s. 7.

landırmasından bahsedilecektir. Intel kararında, Genel Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan ve dışlayıcı olarak addedilebilecek üç farklı grup indirim sistemi olduğunu belirtmiştir.⁹ Mahkemeler tarafından uygulanan hukuki testler, indirim sisteminin ait olduğu gruba göre farklılık oluşturabileceğinden indirim sistemleri kapsamında yapılan bu gruplandırma önem arz etmektedir. Buna ek olarak, bir indirim sisteminin rekabete aykırı olup olmadığı dahi bulunduğu gruba bağlı olabilecektir.¹⁰ Genel Mahkeme'nin Intel kararı kapsamındaki indirim sistemleri, indirim sistemlerine ilişkin önceki Avrupa içtihadı doğrultusunda,¹¹ ana hatlarıyla üç başlık altında incelenmiştir. Bunlar: (i) miktar indirimleri, (ii) münhasırlık karşılığı verilen indirimler ve (iii) bu iki gruptan birine girmeyen üçüncü kategori indirimlerdir.¹² Ancak, indirim sistemlerine ilişkin ABAD tarafından yapılan ilk değerlendirme olan *Post Danmark* kararı¹³ kapsamında, indirim sistemlerinin rekabete aykırı olup olmadıklarının değerlendirilmesi adına Intel kararında belirlenen üç ana kategorinin yanında, üçüncü başlık altında değerlendirilebilecek çeşitli farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Bunlar; standart miktar hedefli indirimler, ya da kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler ve tüm birim indirimleri, ya da geriye dönük indirimler şeklindedir.¹⁴ Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu makalede yalnızca Intel dosyası kapsamında belirlenen indirim türleri inceleme altına alınacaktır. Zira indirim sistemlerine yönelik olarak doktrin ve mahkeme içtihatları kapsamında indirim sistemlerinin etkili olduğu pazara, kapsamlarına, indirim oranlarına ve hedeflerine göre oldukça farklı sınıflandırmalar belirlenmiştir.¹⁵

⁹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 74.

¹⁰ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000.

¹¹ Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para. 71-73 ve Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 61-67.

¹² Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 74.

¹³ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000.

¹⁴ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000, para. 23-25.

¹⁵ Doktrinde indirim sistemleri, "miktar indirimleri", "satış hedefi indirimleri", "münhasırlık karşılığı verilen indirimler" ve "rakip sağlayıcıları hedef alan indirimler"; "sadakat indirimleri", "miktar indirimleri", "hedef indirimleri", "üst dilim indirimleri" ve "fonksiyonel indirimler"; "tek ürün indirimleri", "paket indirimleri" ve "tüm birim indirimleri"; "geriye dönük indirimler" ve "sabit oranlı indirim sistemleri"; "artan oranlı indirim sistemleri" ve "standart miktar hedefli indirimler"; "kişiselleştirilmiş miktar hedefli indirimler", "pazar payı indirimleri"

(i) Miktar İndirimleri: Hâkim durumdaki bir teşebbüsten yapılan alımların sadece miktarına bağlı olarak verilen ve tüm alıcılar için objektif bir şekilde uygulanan indirimlere “miktar indirimleri” denilmektedir.¹⁶ Bu gruptaki indirimler, genellikle pazar kapatıcı etkiye sahip olmadıklarından çoğunlukla yasal kabul edilmektedir. Tedarikçi, düşük fiyatlar nedeniyle ekonomik avantaj sağlayabilecek durumda olduğundan, tüketicilere de düşük fiyat olarak yansıtacaktır. Dolayısıyla, bu türdeki indirimler, hem etkinlik anlamında hem de ekonomik bağlamda olumlu sonuçlar doğurmaktadır.¹⁷ Bu gruptaki indirimler, ancak tüketicilerin rakiplerinden ürün tedarik etmesini engellemeleri ve ekonomik olarak elde edilecek bazı avantajlara dayanmıyor olmaları durumlarında, AB rekabet hukukuna ve ABİDA m.102’ye aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, miktar indirimleri *per se* olarak hukuka uygun kabul edilmektedir.¹⁸

(ii) Münhasırlık Karşılığı Verilen İndirimler: Alıcının rakip sağlayıcılardan alım yapmasının mutlak olarak yasaklandığı indirimler olarak tabir edilen bu indirimler, alıcıyı tek bir sağlayıcıya bağlaması sebebiyle sadakat indirimlerinin daha özel bir görünümünü (yani, alt türünü) oluşturmaktadır.¹⁹ Genel Mahkeme, münhasırlık karşılığı verilen bu indirimleri, tüketicilerin alımlarının tümünü veya büyük bir bölümünü hâkim durumdaki teşebbüsten almasını zorunlu kılan indirimler olarak tanımlamaktadır. Münhasırlık karşılığı verilen indirimler, tüketicilerin bu tür yükümlülükleri yerine getirmesine bağlıdır ve dolayısıyla pazarı kapatıcı etkisi bulunmaktadır. Bu türdeki indirimler, indirimlerin külfetini veya yararlarını ispatlayabilen ekonomik işlemlerde bulunmamaktadır ve bu nedenle de rekabetin amaçlarını yerine getiremedikleri kabul edilmektedir.²⁰ Genel Mahkeme, ayrıca münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin finansal faydalarının hâkim durumdaki teşebbüslerin müşterilerinin tedarikçilerini seçme özgür-

ve “büyüme oranlı indirimler” şeklinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur.

¹⁶ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 75.

¹⁷ Case T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin v Commission [2003] ECR II-4071, para. 58-60.

¹⁸ Johansson 2017, s. 16.

¹⁹ Göneç Gürkaynak, Zeynep Ortaç, Betül Baş, Su Şimşek, “Intel Kararı Işığında Hukuk ve İktisat Perspektifinden Sadakat İndirimlerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt: 31, Sayı:2 s. 339-407.

²⁰ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 77.

lüğünden alıkoymada ve pazara başka ürünlerin girişini engellemede kullanıldığını belirtmektedir.²¹

Objektif ve kısıtlanmamış rekabet ile örtüşmemesi nedeniyle münhasırlık karşılığı verilen indirimler hukuka aykırı kabul edilmektedir ve yalnızca istisnai durumlarda makul bulunmaktadır. Genel Mahkeme'nin kullandığı dil, münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin doğaları gereği rekabeti ihlal ettiklerinin kabul edildiğine de işaret etmektedir.²² Billhassa bu nedenle de Genel Mahkeme, Komisyon tarafından bu indirimlerin pazar kapatıcı etkiye sahip olduğunun kanıtlanması gibi bir yükümlülük olmadığını savunmuştur.²³

(iii) Üçüncü Kategori: Bu gruptaki indirimler temelinde diğer iki gruba girmeyen indirimlerden oluşmaktadır ve haklı sebep kuralına (*rule of reason*) göre incelenmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan belirli indirimler, yalnızca münhasırlık derecesine veya alınan hacme bağlı olmamakta, fakat yine de sadakat açısından bağlayıcı etkiye sahip bir sisteme sahip olabilmektedir. Bu tür indirimlere örnek olarak, *Post Danmark II* kararı²⁴ kapsamında %90 pazar payı ile ilgili pazarda hâkim durumdaki teşebbüs Post Danmark tarafından uygulanan fiyatlama davranışları örnek gösterilebilir. ABAD, bu karar kapsamında rekabete aykırı olduğu iddia edilen indirim sisteminin ne bir sadakat indirimi, ne de tam anlamıyla bir miktar indirimi olduğunu belirtmiş, bu nedenle de söz konusu indirimlerin münhasırlık veya miktarla ilişkilendirilebilecek koşullardan bağımsız uygulanan indirimler olduğunun altını çizmiş ve bunları üçüncü kategori indirimler başlığı altında incelemiştir.²⁵ Ayrıca, ABAD bu karar kapsamında, bu türdeki indirimlerin somut olayın tüm koşulları değerlendirilerek incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

2.2. İndirim Sistemlerinin Rekabeti Kısıtlama Yönündeki Olası Etkileri

Genel Mahkeme *Intel* kararı kapsamında yaptığı incelemede bir etki analizine yer vermemişken, ABAD'ın kararı kapsamında indirim

²¹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 76-77.

²² Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 85.

²³ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 103.

²⁴ Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrenceradet [2015] 5 CMLR 25.

²⁵ Case C-23/14 Post Danmark A/S v Konkurrenceradet [2015] 5 CMLR 25, para. 29.

sistemlerine ilişkin bir etki analizi yapılması gerektiğini öngörmesi ile *Intel* dosyasına ilişkin esas tartışma, indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlama yönündeki olası etkilerinin olup olmadığı noktasında toplanmıştır.

Genel Mahkeme, *Hoffman-La Roche* kararı ile sabit içtihat haline gelen yaklaşımı benimseyerek, Komisyon tarafından ortaya koyulan şekilci yaklaşım doğrultusunda hareket etmiş ve sadakat indirimlerinin rekabetçi etkileri değerlendirilirken bir fiyat-maliyet analizinin gerekli olmadığını belirtmiştir.²⁶ Böylece, Genel Mahkeme bu tür indirimlerin pazarda meydana getirebileceği rekabeti kısıtlayıcı etkileri dışlayarak, sadakat indirimlerinin, *doğası gereği*, hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²⁷ Nitekim indirim sistemlerine ilişkin bir etki analizi, Komisyon tarafından yapılmış olmasına rağmen, Genel Mahkeme, kararı kapsamında Komisyon tarafından yapılan etki analizinin yetersiz olduğuna dair *Intel* tarafından öne sürülen savunmalara değinmeye dahi ihtiyaç duymamıştır.

Öte yandan, Kanun Sözcüsü Wahl'ın 20 Ekim 2016 tarihli görüşü kapsamında, ABİDA'nın 101(1) maddesinin²⁸ uygulanması açısından, rekabeti kısıtladığı iddia edilen her türlü eylemin hem amaç hem de etki bakımından iki farklı kategori altında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁹ Wahl görüşünde ilk olarak "amaç bakımından ihlal" kavramının, yalnızca açık bir şekilde hukuka aykırı etkiler

²⁶ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 99.

²⁷ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 85.

²⁸ ABİDA madde 101(1) şu şekildedir: "Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: (a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, (b) üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, (c) piyasaları veya arz kaynaklarını paylaştıran, (d) ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, (e) sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan."

²⁹ Sandro Marco Colino, Pablo Ibáñez Colomo, Damien Neven, Nicolas Petit, "Intel: Analysing the Advocate General's opinion, *Revue Des Droits De La Concurrence*", *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

göstereceği kabul edilen ihlaller açısından uygulanabilir olduğunu belirtmiş; ikinci olarak ise, rekabetçi açıdan olumlu etkiler doğurabilecek eylemleri *per se* ihlal olarak addetmeden önce, bu eylemlere ilişkin kapsayıcı bir etki analizi yapılması gerektiğini öngörmüştür.³⁰

Kanun Sözcüsü Wahl tarafından sunulan bu görüş doğrultusunda verdiği kararda ABAD, münhasırlık indirimlerinin gerçekten rekabete zarar verip vermediğinin araştırılması gerektiğine ilişkin savunma da dâhil olmak üzere, Intel tarafından ileri sürülen tüm iddiaların Genel Mahkeme tarafından kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹ Böylece ABAD, "x86 tabanlı mikroişlemci" pazarında %70'den yüksek bir pazar payına sahip Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlayıcı bir etkisinin olup olmadığının ancak belirli ekonomik modellerin somut olaya uygulanması durumunda saptanabileceği görüşünü benimsemiştir. Bu halde, ABAD'ın, pazarda hâkim durumda bulunan Intel'in uyguladığı indirim sistemleri ve doğrudan ödemeler ile hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin yapılacak değerlendirme sırasında etki temelli bir yaklaşımın tam anlamıyla göz ardı edilemeyeceğini ve dolayısıyla söz konusu eylemlerin yalnızca *per se* ihlal kapsamında değerlendirilemeyeceğini öngördüğü açıktır. ABAD, bu kararı ile "amaç bakımından ihlal" kavramının Genel Mahkeme tarafından hatalı bir nitelendirmeye tabi tutulduğunu ve dosyanın hukuki ve ekonomik bağlamının gereği gibi incelenmesi gerektiğini belirttiği 11 Eylül 2014 tarihli *Cartes Bancaires*³² kararında benimsediği tutuma benzer bir tutum sergilemiştir.

Intel savunması kapsamında, Komisyon'un sürekli olarak kendisine sunulan delillere kendi eğilimi doğrultusunda şekil verdiğini, kendi yaklaşımı ile çelişen delilleri ise göz ardı ettiğini, önemsemediğini ve hatta bu delillerin bir kısmını tedarik etmeyi dahi reddettiğini öne sürmüştür.³³ Bunun üzerine ABAD, hâkim durumdaki teşebbüs Intel'in

³⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³¹ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149.

³² Case C- 67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission, [2014].

³³ "Why the European Commission's Intel Decision is Wrong", Intel Pressroom,

söz konusu eylemlerinin pazarı kapama etkisi olup olmadığına ilişkin öne sürülen delillerin Komisyon tarafından değerlendirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.³⁴ Dolayısıyla, bu karar ile hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile karşı karşıya kalan tüm teşebbüslerin, rekabete aykırı olduğu iddia edilen eylemlerinin pazardaki rekabeti etkileyebilecek nitelikte olmadığına ilişkin savunmalarının ve bu doğrultuda dosyaya sunulan delillerinin, Komisyon tarafından gereği gibi değerlendirilmesi zorunlu kılınmıştır. Bu bağlamda, ABAD'ın Intel kararı sonucu ortaya koyulan asıl husus, indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlamaya elverişli olduğuna ilişkin varsayıma, bundan sonra hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından aksi ispatlanabilecek bir nitelik kazandırılmış olmasıdır.

ABAD tarafından münhasırlık indirimleri bakımından etki odaklı bir yaklaşımın uygulanmasının zorunlu görüldüğü bu karar, bu yönüyle bir ilk niteliğindedir. Nitekim bu kararı ile ABAD, etki temelli bir analizin yapılmasının somut olay bakımından gerekli görüldüğü *Teliasonera*³⁵ ve *Post Danmark*³⁶ kararlarının yanında, hâkim durumunun kötüye kullanılması sonucuna ulaşmadan önce Komisyon'un ve ulusal rekabet otoritelerinin münhasırlık indirimlerine ilişkin bir etki analizi yapmaları gerektiğini öngörmektedir.³⁷

Sonuç olarak, Genel Mahkeme tarafından Intel kararı kapsamında indirim sistemleri açısından ortaya koyulan ve Intel'in söz konusu eylemlerinin hukuka aykırılık karinesi altında *per se* ihlal olduğunu savunan şekilci yaklaşım, Intel'in fiyatlama stratejilerine ilişkin etki temelli bir değerlendirmeden yoksun olduğundan, ABAD tarafından reddedilmiştir.

2009, s.1, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁴ Ian Giles, Jay Modrall, "Major Victory for Intel as CJEU Sends Case Back to General Court for Re-examination", Kluwer Competition Law Blog, 2017, s. 2, (çevrimiçi) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/09/12/major-victory-intel-cjeu-sends-case-back-general-court-re-examination/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁵ Case C-52/09 Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-0527.

³⁶ Case C209/10 Post Danmark vs Konkurrenceraadet [2012] ECR I-0000.

³⁷ Thomas Lübbig, Alex Potter, James Aitken, Thomas Janssens, "Intel in the Court of Justice", Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 2017, s.1, (çevrimiçi) http://knowledge.freshfields.com/h/Global/r/3581/intel_in_the_court_of_justice, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

2.3. AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi'nin Intel Dosyasına Etkileri

AB içtihatları kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması noktasında kabul edilen ve Intel dosyasında da Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından benimsenen mutlak şekilci yaklaşım, doktrinde ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler, Intel kararında etki temelli bir değerlendirmenin göz ardı edilmiş olmasının AB rekabet politikası açısından geriye atılan bir adım niteliğinde olduğu,³⁸ Genel Mahkeme tarafından münhasırlık indirimleri açısından bu denli şekilci bir yaklaşımın kabul edilmesinin yerinde olmadığı³⁹ ve münhasırlık ve sadakat indirimlerinin, yalnızca önceki içtihatlar kapsamında rekabete aykırı olarak addedildikleri için, bu tür indirim sistemlerinin rekabeti arttırıcı nitelikte olabileceğine dair herhangi bir gerekçelendirilmenin dahi öne sürülemeyeceğine hükmedilmiş olduğu⁴⁰ noktalarında birleşmektedir.

İçtihatları kapsamında Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından ısrarla benimsenen şekilci yaklaşıma karşı dile getirilen bu denli yoğun eleştiriler sonucunda Komisyon tarafından, "AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi"⁴¹ ("Rehber") yayımlanmış ve bir açıdan ABİDA'nın 102. maddesinin modernizasyon süreci başlatılmıştır. Rehber kapsamında Komisyon'un münhasır davranışlara ilişkin genel yaklaşımı, münhasır davranışlarda bulunan teşebbüslerin yüksek pazar payına sahip olmaları ve bu pazar payını uzun süre boyunca ellerinde tutabilmiş olmaları hususlarının, bu teşebbüslerin münhasır davranışlarının rekabetçi açıdan bir ihlal teşkil ediyor olduğu yönünde önemli bir ön gösterge olduğunun, ancak bu şekilde bir sonuca

³⁸ James S. Venit, "The EU General Court Upholds the European Commission's Decision Regarding Exclusivity Rebates on the Microprocessor Market (Intel)", e-Competitions Bulletin, 2014, s.1, (çevrimiçi) <http://awa2015.concurrences.com/articles-awards/business-articles-awards/article/the-eu-general-court-upholds-the-european-commission-s-decision-regarding>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

³⁹ Hans Zenger, "Intel And The Future of Article 102", Charles River Associates Competition Memo, Brussels, 2014, s. 3, (çevrimiçi), http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Intel_and_the_future_of_Article_102.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁴⁰ Pablo Ibañez Colomo, "Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions", Chilling Competition, 2014, s.1, (çevrimiçi) <https://chilling-competition.com/2014/06/16/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁴¹ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009].

varılabilmesi için dosya muhtevastındaki tüm unsurların değerlendirilmesi gerektiği seklindedir.⁴² Ayrıca, Rehber fiyat bazlı münhasır davranışların ve bu davranışların pazarı kapama etkisi olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında AEC Testi'nin yapılması gerekliliğini öngörmektedir.⁴³ Bu halde, Rehber kapsamında, ABİDA'nın 102. maddesi uygulanırken Komisyon tarafından etki analizi temelli ve tüketici refahı odaklı bir görüşün kabul edildiği açıktır.

Rehber'in yayımlanması ile birlikte Komisyon tarafından etki temelli bir yaklaşımın benimsenmesinin ardından, Genel Mahkeme'nin dosya kapsamında bir ekonomik analize ihtiyaç duymaması ve rakiplerin eş etkinlikte olup olmamasının dosya bakımından bir sonuç teşkil etmeyeceğini belirtmesi, Rehber'in hukuki bağlayıcılığı noktasındaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Ancak, Rehber açık bir şekilde Komisyon'un ve Genel Mahkeme'nin Rehber ile ortaya koyulan hususları tamamen dışlamalarının ve bu hususları Rehber kapsamında öngörülenden daha farklı bir değerlendirmeye tabi tutmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir.⁴⁴ Görüldüğü üzere, AB mevzuatı, indirim sistemlerinin tek başlarına nitelikleri gereği mi, yoksa yalnızca rekabeti kısıtlayıcı etkileri olması durumunda mı hukuka aykırı olacağı hususunda yeterince açıklayıcı olmayıp, doktrin ve mevzuatta indirim sistemlerinin nasıl bir yol izlenerek inceleneceği konusunda bir yeknesaklık arz etmemektedir.⁴⁵ Zira Rehber kapsamında bir inceleme yapmaları zorunlu kılınan Genel Mahkeme ve ABAD, Intel dosyası çerçevesinde uygulama önceliklerini farklı belirlemiş ve farklı yönde kararlar vermişlerdir.

2.4. Intel Tarafından Uygulanan İndirim Sistemlerinin Pazar Kapama Etkisi

Bilindiği üzere pazar kapama etkisi, en basit anlamıyla *“alıcının sağlayıcıya ve/veya sağlayıcının alıcıya erişimini kısıtlayan ticari stratejiler”*

⁴² AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 15.

⁴³ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23-25.

⁴⁴ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 2-3.

⁴⁵ Rochelle Toplensky, “Intel Wins Review of EU's €1bn Antitrust Fine”, Financial Times Press, 2017, s. 1, (çevrimiçi) <https://www.ft.com/content/f460ef98-930f-11e7-bdfa-eda243196c2c>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

olarak ifade edilmektedir.⁴⁶ Bu doğrultuda, 29 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz ("*Kılavuz*") ve Rehber kapsamında bu husus, indirim sistemlerinin özeline indirgenerek bir değerlendirilmeye tabi tutulmuş ve indirim sistemlerinin hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulandığında pazar kapama etkisi doğurabileceği açıklanmıştır.⁴⁷

Intel kararında da Genel Mahkeme, indirim sistemlerinin pazar kapama etkisini incelemiş ve tüketicilerin bu davranışlardan zarar görme ihtimaline ilişkin münhasırlık indirimleri ve sadakat indirimleri kategorileri üzerinden bir değerlendirme ortaya koymuştur. Genel Mahkeme, öncelikle Intel tarafından uygulanan münhasırlık indirimlerinin pazar kapama etkisine sahip olup olmadıklarından bağımsız olarak hukuka aykırı olacaklarına hükmetmiş ve bu tür indirimlerin hukuka aykırı olarak addedilmeleri adına rekabeti kısıtlar nitelikte oldukları hususunun incelemeye alınan her bir dosya kapsamında ortaya konulmasına ilişkin bir değerlendirmenin gerekli olmadığını belirtmiştir.⁴⁸ Sadakat indirimlerine ilişkin olarak ise Genel Mahkeme, *Tomra*⁴⁹ ve *Telia Sonera*⁵⁰ kararlarına atıfta bulunarak, sadakat indirimlerinin piyasadaki etkileri değerlendirilirken bu etkilerin doğası gereği rekabeti kısıtlayıcı olabilecek nitelikte olduğunun ortaya koyulmasının yeterli olduğunu, dolayısıyla sadakat indirimlerinin pazardaki rekabeti etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin bir analiz yapılmasının gereksiz olduğunu açıklamıştır.⁵¹

20 Ekim 2016 tarihli görüşü kapsamında Kanun Sözcüsü Wahl ise, bir indirim sisteminin yalnızca pazarı kapama etkisinin hâlihazırda gerçekleşmiş olması yahut büyük olasılıkla gerçekleşecek olduğunun tespit edilmesi durumunda, bu indirim sisteminin pazarı kapama etkisine yol açacağını ve dolayısıyla rakipleri dışlayıcı nitelikte bir dav-

⁴⁶ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, para. 79.

⁴⁷ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 37.

⁴⁸ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 143.

⁴⁹ Case C-549/10 P Tomra Systems ASA and Others v European Commission [2012] ECR I-0000, para. 73.

⁵⁰ Case C-52/09 Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-0527, para. 88.

⁵¹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 103

ranış şeklinde nitelendirilebileceğini öne sürmüştür.⁵² Benzer şekilde, Intel de savunmasında müşterilere ürünlerin tamamının veya çoğunun kendisinden tedarik edilmesinin zorunlu kılınması durumunun pazarı kapama etkisi doğurabileceğini belirtmiş, ancak bunun bir kesinlik değil, yalnızca ihtimal dâhilinde olduğunu vurgulamıştır.⁵³ Tüm bunlar doğrultusunda Genel Mahkeme'nin, Intel'in uyguladığı indirim sistemlerinin fiilen rekabeti kısıtlayacak nitelikte bir etkisi olup olmadığı araştırılmaksızın, salt pazarı kapatma etkisi yaratma ihtimalinin varlığını göz önünde bulundurarak hareket etmesi sonucu söz konusu davranışların rekabete aykırı olarak addedilmesinin, Wahl'ın kanaatine göre yerinde veya hukuka uygun olmadığı açıktır.

Kanun Sözcüsü Wahl'ın görüşü doğrultusunda ABAD, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanacak münhasırlık indirimlerinin mutlak anlamda hukuka aykırı olarak kabul edilemeyeceğini vurgulayarak, kendi pazarlarında güçlü pazar payına sahip teşebbüsler açısından memnuniyet doğurucu nitelikte bir karar vermiştir. ABAD, Komisyon ve Genel Mahkeme'nin, Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin pazarı kapama etkisi bulunmadığına dair destekleyici delil öne sürüldüğü noktada, söz konusu davranışları rekabete aykırı olarak addetmeden önce bu delillerin ve dosyaya özgü tüm unsurların (hâkim durum seviyesi, etkilenen pazar payı, indirim sistemlerinin niteliği ve devam süresi, vb.) değerlendirmiş olması gerektiğini ortaya koymuştur.⁵⁴ Dolayısıyla, Genel Mahkeme'nin Intel tarafından ortaya koyulan ve söz konusu indirim sistemlerinin yol açtığı zararları telafi edebilecek rekabet yanlısı etkileri inceleme altına dahi almamasının hatalı bir yaklaşım olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁵⁵

⁵² Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵³ Intel Corporation'ın Genel Mahkeme'nin kararına ilişkin 28 Ağustos 2014 tarihli temyiz talebi kapsamındaki ana argümanları, "Appeal brought on 28 August 2014 by Intel Corporation against the judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition) delivered on 12 June 2014 in Case T-286/09 Intel Corporation v European Commission", Official Journal of the European Union, 2014, s.2, (çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2014.395.01.0025.01.ENG, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁵⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 138,139.

⁵⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 140.

2.5. Tüketicilerin Zarar Görme İhtimaline İlişkin Değerlendirmeler

Intel tarafından uygulanan indirim sistemlerinin, Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından öngörüldüğü üzere, tüketiciler üzerinde çeşitli zararlara yol açabileceği hususu sabit olmakla birlikte, bu tür indirim sistemlerinin uygulanmasına izin verilmesi şeklindeki bir yaklaşımın günün sonunda tüketiciler adına yararlı dahi olabileceğine dair muteber savunmalar mevcuttur.

İlk olarak Intel, savunmasında ilk olarak genel itibariyle mikroişlemciler (CPU) pazarında son dönemlerde fiyatların tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ciddi ölçüde düşüşe uğradığını belirterek hâkim durumda olmadığını, dolayısıyla tüketicilerin rekabete aykırı olduğu iddia edilen indirim sistemleri sonucunda herhangi bir zarar görmüş olamayacağını ileri sürmüştür.⁵⁶ Ayrıca, pazardaki alım gücünün oldukça yüksek olması nedeniyle, Intel'in rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olmadığı da öne sürülen iddialar arasındadır.⁵⁷ Bu savunmaların Komisyon tarafından reddedilmiş olması, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda,⁵⁸ dosyanın uygun ekonomik bağlamı içinde değerlendirilmediğine ilişkin bir gösterge teşkil edebilecek niteliktedir. İlâveten, Intel müşterilerinin önemli bir kısmının büyük çaplı şirketlerden oluştuğunu ve uyguladığı bu tür indirimlerin genellikle bu müşteriler tarafından ürünlerin satın alınmasına ilişkin bir ön şart olarak öne sürüldüğünü savunmuştur. Bu savunma da, nihai olarak alım gücünün ciddi bir kısmını oluşturan müşterilerin bu indirim sistemlerinden zarar görmediğini ortaya koyabilecek niteliktedir.⁵⁹

Bununla birlikte, söz konusu indirim sistemleri pazarın rekabetçi yapısı ve dolayısıyla tüketiciler üzerinde esas itibariyle iki tür zarara sebebiyet vermektedir. Bunlar: (i) indirim sistemleri uygulamalarının doğal sonucu olarak ortaya çıkan tüketici seçeneklerinin azalması ve (ii) Intel'in pazardaki rakiplerinin güç kaybedecek olması sonucu ilgili pazardaki rekabetçi yapının belirli bir süre boyunca yeniden sağlana-

⁵⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 884.

⁵⁷ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 885.

⁵⁸ Bölüm 2.2.: İndirim Sistemlerinin Rekabeti Kısıtlama Yönündeki Olası Etkileri.

⁵⁹ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 517.

mayacak olması şeklinde sıralanabilir. Zira tüketicilerin Intel'e rakip teşebbüslerin ürünlerini daha az kullanması sonucu söz konusu ürünlerin ulaşılabilirlikleri azalacak ve ürün çeşitliliğinin kısıtlanması ile tüketicilerin arzu edilen ürünlere yeterli derecede erişim imkânı kalmayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, Intel mevzubahis indirim sistemlerinin pazarın rekabetçi yapısı üzerinde yalnızca zarara yol açmayacağını, beraberinde tüketicilere belirli menfaatler de sağlayabileceğini öne sürmektedir. Bu doğrultuda, Intel kendisi tarafından dosyaya sunulan tüm delillerin tam ve eksiksiz olarak incelemesi sonucu söz konusu ürünlerin müşterilere indirimli ancak her şekilde maliyetlerinin üstünde bir fiyata sunulduğunu, dolayısıyla pazarın etkin bir şekilde işlev gösterdiğini ve bu durumun güncel rekabet politikaları çerçevesinde teşvik edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰ Gerçekten de, Intel'in rekabete aykırı olduğu öne sürülen davranışlarının, pazar kapama etkilerinin ve tüketici üzerinde ortaya çıkaracağı zararlarının Komisyon ve Genel Mahkeme tarafından kesin bir şekilde ortaya koyulmadığı bu durumda, özellikle sürdürülebilir yeniliğin mevcut olduğu, fiyatların gitgide azaldığı ve üretimin arttığı "x86 tabanlı mikroişlemci" pazarı özelinde, ekonomik bağlamları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.6. İndirim Sistemlerine İlişkin Ekonomik Değerlendirme

Bilindiği üzere, rekabet politikaları ve rekabet hukuku, hukuk ve ekonomi teorilerinin eş zamanlı benimsenmesini gerektiren bir alandır. Bu kapsamda, iyi işleyen bir rekabet düzeninde kamu otoriteleri tarafından konulan kurallara uyularak serbestçe ekonomik seçimler yapılabiliyor olması gerekmektedir. Bu itibarla, teşebbüslerin ekonomik çıkarları doğrultusunda kararlar almaları ve sadakat indirimleri gibi araçlarla kârlarını arttırmaya çalışmaları olağandır. Bununla birlikte, rekabet ihlallerinde rekabet kurumlarının bu ihlali belirlemek ve engellemek gibi bir görevi üstlenmesi gerektiği de aşîkârdır. İlaveten,

⁶⁰ "Why the European Commission's Intel Decision is Wrong", *Intel Pressroom*, 2009, s.1, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

serbest piyasa düzeninde rekabet kurumlarının gerçekten yasadışı bir uygulama olmadığı ve dolayısıyla rekabetçi düzenin gerçekten zarar görmediği durumlarda teşebbüslerin ekonomik kararlarına müdahale etmesi düşünülemeyecektir. Aksi takdirde, rekabet kanunları rekabetçi süreçlere zarar gelmesini engellerken, rekabet kurumu işlemlerinin rekabeti destekleyici ve teşvik edici bir etkisi olmayacağı gibi, kurumun işleyişi ve etkinliği hususunda çeşitli iddiaların gündeme gelmesi kaçınılmaz olacaktır.⁶¹

Bu doğrultuda, indirim sistemlerine ilişkin olarak doktrinde dışlayıcı indirim sistemlerinin pazara etkisine bakılmaksızın değerlendirilmesi eleştirilmektedir.⁶² Hâkim durumdaki teşebbüslerin indirim sistemleri değerlendirilirken etki analizinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşan bu görüşler, bir davranışın doğası gereği rekabeti ihlal ettiği yönünde bir çıkarımda bulunulmaması gerektiğini de açıkça ifade etmektedir. Daha ekonomik temelli bir yaklaşımın gerekliliği konusunda, hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti ihlal etmeyi açıkça amaçlayan hiçbir tek taraflı davranışının, bu davranışın pazara etkisi belirlenmeden, doğası gereği rekabeti ihlal ettiğinin söylenemeyeceği de dile getirilmektedir.⁶³ Aksi takdirde, AB içtihatlarının hâkim durumdaki teşebbüslerin söz konusu olduğu indirim sistemlerine ilişkin dosyalarda, belirli ekonometrik araçların yardımıyla sunulabilecek ve rekabeti engelleyici etkinin oluşmadığına ilişkin delillerin sunulmasının gereksiz olduğu gibi *çarpık* bir sonuca sürüklediği söylenebilecektir. Bu itibarla, hâlihazırda, özellikle hâkim durumdaki teşebbüslerin genelinin savunmalarında (i) indirim sistemlerinin doğası gereği rekabeti ihlal ettiğinin kabul edilmemesi gerektiğini ve (ii) her bir indirim sisteminin etkisinin somut olay bazında incelenmesi gerektiğini istikrarlı bir şekilde ileri sürdükleri söylenebilecektir.⁶⁴

⁶¹ Johansson 2017, s. 19.

⁶² Danilo Samà, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", Luiss Guido Carli University of Rome, 2012, s. 29-30 (çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425100 (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶³ Ioannis Lianos, "Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-based' Approach in Article 82 EC", Article 82 EC - Reflections on its recent evolution, Ariel Ezrachi (ed.), Hart Publishing, 2009, s.32.

⁶⁴ Paul Nihoul, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consu-

Bu kapsamda, bu makaleye konu olan ve rekabet hukukunda indirim sistemlerine ilişkin ekonomik değerlendirmeler hususunda önemli tartışmalara yol açan Intel dosyası, Rehber'in yayımlanmasından sonra Komisyon tarafından sadakat indirimlerinin rekabet üzerindeki etkilerinin "daha ekonomik bir yaklaşım" ile analiz edildiği ve özellikle AEC Testi'nin de uygulandığı ilk soruşturma olmuştur. Ayrıca, sadakat indirimlerine ilişkin "şekilci" bulunan Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin istikrarlı içtihadında etki odaklı yaklaşım doğrultusunda bir kırılım olup olmayacağına dair bir öngörü sağlamış olması, Intel'i son yılların en önemli kararı haline getirmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar Genel Mahkeme Intel'in sunmuş olduğu ekonomik delilleri yeteri kadar değerlendirmeyip etki odaklı yaklaşım konusundaki beklentileri sarsmış olsa da, ABAD'ın (i) Genel Mahkeme'nin kararına bu açıdan katılmaması ve bu kapsamda (ii) Genel Mahkeme'nin Intel'in iddia edilen dışlayıcı faaliyetlerinin pazar kapama etkisinin olmadığını kanıtlamak amacıyla mahkemeye sunmuş olduğu ekonomik delilleri değerlendirmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozması, bu kırılım beklentisini yeniden canlandırmıştır.

Nitekim Komisyon tarafından ortaya koyulan görüş doğrultusunda Genel Mahkeme, dosya kapsamında uygulanan sadakat indirimlerinin fiyatlamaya ilişkin bir davranış olarak ele alınamayacağını söylemiş⁶⁵ ve fiyat-maliyet temelli ekonomik bir analiz yapılmaksızın, bu indirim sistemlerinin varlığının başlı başına bir ihlal teşkil edeceğine işaret etmiştir. Özellikle, ekonomik unsurlar da dâhil olmak üzere dosya kapsamındaki mevcut tüm koşulların bütün boyutlarıyla değerlendirilmesi yönündeki güncel AB içtihatları⁶⁶ göz önüne alındığında, bu şekilci yaklaşım elbette ki çeşitli haklı eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin başında Nils Wahl tarafından ABAD'a sunulan görüş yer almaktadır. Nitekim yukarıda da açıklanmış olduğu üzere, Wahl hâkim durumdaki teşebbüslerin uyguladıkları indirim sistemlerinin analizi noktasında yeni ve yeknesak bir hukuki çerçeve oluşturulabilmesi adına, dosya-

mer Harm", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8, s.7, (çevrimiçi) <https://academic.oup.com/jeclap/article/5/8/521/1821424>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁵ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 99.

⁶⁶ Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331, para. 61-67 ve Case C-549/10 P Tomra Systems and Others v Commission [2012] ECR I-0000.

nın Genel Mahkeme'ye iade edilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur.⁶⁷ Zira Wahl, Genel Mahkeme'nin yapmaktan imtina ettiği üzere, yalnızca indirim sistemleri bakımından değil, herhangi bir amaç yönünden rekabete aykırı davranışın *per se* ihlal olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle davranışın geliştiği bağlamın değerlendirilmesi gerekliliğine dikkat çekmiştir.⁶⁸ Wahl'a göre *dosya kapsamında fiyatların maliyetin altında olması gibi açık bir münhasır davranış mevcut olsa dahi, "bağlam" unsuru göz ardı edilemeyecektir. Yine Kanun Sözcüsü Wahl'ın benzer doğrultudaki Cartes Bancaires kararına ilişkin görüşü⁶⁹ ile birlikte değerlendirildiğinde, bu görüş, ABİDA'nın 102. maddesinin çekilme-ye çalışıldığı "ekonomik istikamet" doğrultusunda ABAD'a bir çağrı niteliğinde olmuştur. Neticede Wahl'ın görüşü ana hatlarıyla şu cümle ile özetlenebilir: "Deneyimler ve ekonomik analiz sadakat indirimlerinin, hâkim teşebbüsler tarafından uygulansalar dahi, kural olarak, tartışmasız bir biçimde rekabete zararlı veya aykırı olduklarını göstermemektedir."⁷⁰*

ABAD ise, yukarıda daha detaylı açıklandığı üzere, Intel'in dosyaya sunduğu ve rekabeti engellediği iddia edilen sözde ihlallere ilişkin ekonomik delillerin gereği gibi değerlendirilmediği gerekçesiyle dosyayı Genel Mahkeme'ye iade etmiştir.⁷¹ Bu yönüyle, ABAD kararı uzun süredir eski ve şekilci yaklaşımı benimsediği için eleştirilen AB mahkemelerine, özellikle indirim sistemlerine ilişkin dosyalar açısın-

⁶⁷ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁸ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁶⁹ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case Case C- 67/13P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission dosyasındaki görüşü, "Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission", Luxembourg, 2014, (çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=EN>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷¹ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149-150.

dan ortaya koyulan tüm ekonomik delillerin tam anlamıyla değerlendirilme altına alınması yönünde yeni bir teamül oluşturmaktadır.

Nitekim ABAD'ın sadakat indirimlerine karşı şimdiye kadarki tutumu onları yasal olmayan ve rekabeti kısıtlayan araçlardan biri olarak görmek olmuştur.⁷² İndirim sistemleri, satıcıya alıcıların taleplerine bağlı olarak fiyatını farklılaştırma seçeneği sunduğu için fiyat ayrımcılığı olarak ele alınmıştır.⁷³ Zira indirimler genellikle sadece alım düzeyi belirli bir eşiği aşınca sağlanmaktadır.

Bu şekilci yaklaşım, doktrinde ve literatürde de çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmiştir. *İndirim sistemlerinin ekonomik gerekçelerle açıklanabileceğine ilişkin bu eleştiriler esas itibarıyla şu başlıklar altında toplanmaktadır: (i) ABİDA'nın 101. maddesinde olduğu gibi 102. maddesinin de iktisadi ilkeler çerçevesinde revize edilmesi gerektiği,⁷⁴ (ii) indirim sistemleri bakımından etki temelli bir yaklaşım benimsenerek hukuki belirlilik sağlanması gerektiği⁷⁵ ve (iii) indirim sistemlerinin pazardaki ekonomik tesirlerinin belirli bir zarar teorisi çatısı altında yeknesaklaştırılması gerektiği.⁷⁶ ABİDA 102. madde altında ise, hâkim durumdaki teşebbüslerin eylemlerine şekilci yaklaşımı esnetmek, ABİDA 101. madde ve yoğunlaşmaların denetimine paralel bir ekonomik yaklaşım sağlamak ve hukuka aykırılık karinesi altındaki değerlendirmeler yerine rekabetçi etkilerin dikkate alındığı bir perspektiften incelemek yönündeki talepler tartışılmıştır. Bahsi geçen bu görüşler doğrultusunda, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde hâkim durumdaki teşebbüsün münhasırlık indirimlerine mutlak hukuki müdahale uygulanmaksızın daha yenilikçi bir bakış açısına ihtiyaç olup, indirim sistemlerinin pazar üzerindeki iktisadi etkilerinin etraflıca incelenmesi önceliklendirilmelidir.*

⁷² Hans Zenger, "Loyalty Rebates and The Competitive Process", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 4, pp. 717-768, 2012, s. 1. (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185, (Erişim tarihi: 21.02.2018).

⁷³ Johansson (2017), s. 19.

⁷⁴ John Kallaugher, Brian Sher, "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82", *European Competition Law Review*, 2004, s. 285. (çevrimiçi) https://www.lw.com/upload/pubcontent/_pdf/pub872_1.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁷⁵ Jorge Padilla, Donald Slater, "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82", *GCLC Research papers on Article 82 EC*, Belgium, 2005, s.98.

⁷⁶ Samà, 2012, s. 32.

Sonuç itibarıyla, Intel kararı ile birlikte, güçlü ve sağlam bir hukuki zemine oturtulmuş ve davranışların rekabeti kısıtlamaya yeterli olmadığını açıkça ortaya koymaya muktedir ekonomik temelli delillerin varlığı halinde, hâkim teşebbüslerin müşteri ihtiyaçları doğrultusunda çeşitli indirim politikaları uygulamalarının önü açılacaktır.⁷⁷ Bu kapsamda, Intel kararı, indirim sistemlerinin gerçekten rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olup olmadığına karar vermek için indirim sistemlerinin ekonomik etki değerlendirmelerinin yapılması gerektiği hususunda bir içtihat oluşturmaya başlaması açısından önemli bir yere sahiptir. Bu itibarla, Intel kararının daha önceden AB içtihatları bağlamında değerlendirilen dosyalarda söz konusu şirketlerin ekonomik delil sunmalarını teşvik edici olması açısından önemli bir değişikliğe sebep olduğu söylenebilecektir. Buna ek olarak, Intel kararı bu yaklaşım sayesinde Komisyon'daki 102. madde kapsamındaki mevcut büyük dosyalarla birlikte gelecekte Komisyon tarafından veya herhangi bir rekabet otoritesi tarafından değerlendirilebilecek dosyalar yönünden de olumlu bir gelişme olarak nitelendirilebilecektir.

2.6.1. Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Son yıllarda Avrupa rekabet politikasının giderek daha ekonomik (bir diğer deyişle, "ekonomik etki odaklı") bir yaklaşım sergilemeye yöneldiği söylenebilir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, AB'de "daha ekonomik bir yaklaşımı" etkin kılmaya yönelik çalışmaların bir meyvesi olarak, Komisyon 2008 yılında Rehber'i yayımlamıştır. Bu kapsamda, Rehber'in 23. ve 27. paragrafları arasında hâkim durumdaki teşebbüsün uygulamalarına müdahale edilmesi gerekip gerekmediğine karar verilirken başvurulacak genel ilkeler ortaya konulmuştur. Nitekim rekabet otoritelerince kıyasıya rekabetin bittiği ve yıkıcı fiyatlamanın başladığı noktanın belirlenmesi konunun odağını oluşturmaktadır. Rehber'e göre, Avrupa Komisyonu önüne gelen somut olaylara rekabet karşıtı piyasayı kapayıcı etkilerin engellenmesini

⁷⁷ Jacques P. Gunther, Adrien Giraud, "EU Competition Law and the Intel Case: Towards a More Effects-Based Approach of Fidelity Rebates", Willkie Farr & Gallagher LLP, 2017, s.3, (çevrimiçi) http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/09/EU_Competition_Law_and_the_Intel_Case.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

amaçlayan bakış açısıyla yaklaşacak ve esas olarak dosyaya konu olan uygulamanın hâkim durumdaki teşebbüs kadar etkin olan rakiplerin rekabetini bozacak olduğu durumlarda müdahale edecektir.⁷⁸ Nitekim Rehber’de daha az etkinlikteki teşebbüslerin piyasa dışına çıkarılması ile ilgilenilmemesi gerektiği açıkça belirtilmektedir. Bu bağlamda, hâkim durumdaki teşebbüslerin, koşullu indirim sistemleri de dâhil olmak üzere, fiyat bazlı dışlayıcı eylemlerinin belirlenebilmesi için Rehber’de AEC Testi düzenlenmiştir. AEC Testi, fiyat sıkıştırması ve yıkıcı fiyat uygulamalarının değerlendirilmesinde Rehber öncesinde de kullanılmaktaydı. Bu test kapsamındaki eş etkinlikteki rakip, hâkim durumdaki teşebbüs ile aynı maliyete sahip olan farazi bir teşebbüstür. Testin arkasında yatan mantıkta, sadece bazı türdeki rekabet karşıtı davranışların aynı ölçüde etkin rakipleri dışlayabilecek potansiyele sahip olacağı ön kabulünden hareket edilmekte ve söz konusu uygulamanın ancak bu tür bir rakibi dışlaması halinde hukuka aykırı olarak değerlendirilebileceği görüşüne dayanmaktadır.⁷⁹

Eşit Etkinlikteki Rakip Testi’nde dikkate alınan üç etken bulunmaktadır. Bunlar: (i) müşterinin herhangi bir zamanda ihtiyaçlarını bir rakipten tedarik edebileceği miktar anlamına gelen “talebin rekabete açık kısmı,” (ii) müşterilerin tedarikçiyi değiştirme kararlarını verdikleri dönem (“ilgili dönem”), ve (iii) maliyet ölçütüdür. Eş etkinlikteki rakip belirlenirken kullanılan maliyet ölçütleri ise ortalama kaçınılabılır maliyetler (“OKM”) ve uzun dönem ortalama artan maliyet⁸⁰ (“UDOAM”) olarak belirlenmiştir.⁸¹ Ortalama kaçınılabılır maliyetlerin karşılanamaması hâkim durumdaki teşebbüsün kısa vadede kârından feragat ettiği anlamına gelmekte ve eş etkinlikteki rakibin zarar etmesizin hedeflenen müşterilere hizmet sunamamasına neden olmaktadır. Uzun dönem ortalama artan maliyet çoğunlukla ortalama kaçınılabılır maliyetlerin üzerinde olup, uzun dönem ortalama değişken maliyetin karşılanamaması ise hâkim durumdaki teşebbüsün somut olay bazındaki hizmetler ve ürünler için katlanması gereken tüm sabit maliyetle-

⁷⁸ AB Komisyonu’nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23.

⁷⁹ Jones Allison, Suffrin Brenda, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, 2016.

⁸⁰ Uzun vadeli ortalama artan maliyet türünde ise, ortalama kaçınılabılır maliyet türünden farklı olarak, ürüne özgü tüm maliyetler, yani sadece geri alınabilir maliyetler değil, batık maliyetler de dikkate alınır.

⁸¹ AB Komisyonu’nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 26.

ri karşılayamadığı ve eşit etkinlikteki rakibin piyasa dışına çıkarılabileceği anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, Rehber'e göre AEC Testi hâkim durumdaki teşebbüslerin fiyat bazlı dışlayıcı eylemlerinin değerlendirilmesinde de kullanılmalıdır.⁸² Bu kapsamda, söz konusu somut olayda AEC Testi, Intel ile eşit etkinlikteki bir rakibin Intel'in indirimlerini kaybedecek bir müşterinin zararını telafi edebilmek için ürünlerini önermesi gerektiği fiyatı tespit etmektedir. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, somut olayda talebin rekabete açık kısmında Intel'in verdiği indirimini telafi etmek için eşit etkinlikteki rakibin ortalama kaçınılabilir maliyeti altında bir fiyat önermesi gerekiyorsa, ilgili indirim pazarı Intel kadar etkin bir rakibe kapattığı varsayılabilecektir. Nitekim bu aynı zamanda son tüketicinin de ürün seçeneğinin azalacağı anlamına gelecektir.

2.6.2. Intel Kararı Kapsamında AEC Testi'nin Yeterli Ölçüde Kullanılıp Kullanılmadığı Meselesi

Rehber, Komisyon'un Intel'e ilişkin soruşturması başladıktan sonra yayımlanmış olmasına karşın Intel dosyasında da uygulanmıştır. Komisyon sadakat indirimlerini hem AB Mahkemeleri içtihatları doğrultusunda, hem de Rehber'deki ekonomik modele göre (yani, Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'ni uygulayarak) incelemiş ve hatta 518 sayfalık kararının yaklaşık 150 sayfasını bu ekonomik incelemeye ayırmıştır. Komisyon'un Intel dosyasında sadakat arttırıcı indirimlerin analizinde etki odaklı bir yaklaşım ortaya koyması, yukarıda da belirtildiği üzere, bir ilktir. Intel kararında Komisyon, söz konusu testin amacının "pazarda Intel kadar etkin bir rakibin Intel'in müşterisine teklif ettiği indirimini telafi etmek üzere sunmak zorunda olduğu fiyatı tespit etmek" olduğunu belirtmiştir. Komisyon, Intel kararında bu testin bağlı olduğu parametreleri: (i) ilgili müşteri grubu talebinin rekabete açık kısmı, (ii) müşterilerin tedarikçilerini değiştirip değiştirmeyeceklerine karar verirken dikkate aldıkları zaman dilimi ve (iii) eş etkinlikteki bir rakip için uygulanabilir olan maliyet ölçütü olarak belirlemiştir.⁸³

⁸² AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 23-27.

⁸³ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1006.

Öte yandan, Komisyon'un kararını inceleyen Genel Mahkeme, 1979 tarihli *Hoffmann-La Roche* kararından bugüne değin korunan ve hâkim durumdaki teşebbüsün uyguladığı sadakat indirimlerini hukuka aykırılık karinesi kapsamında değerlendiren içtihadı bağli kalmayı tercih etmiştir. Yıkıcı fiyatlandırma başlığı altında, rekabet hukuku açısından endişe yaratan husus, teşebbüsün rakiplerinin piyasadan çıkmasını sağlamak amacıyla kısa dönemde düşük fiyatlar uygulaması iken, sadakat indirimlerinden kaynaklanan endişe, öngörülen münhasırlık koşullarına ilişkindir. Genel Mahkeme, bu yöndeki kararı ile yerleşik içtihadı sadık kalmış ve dışlayıcı uygulamaların hukuka uygunluğunu belirlemek üzere Rehber ile getirilen AEC Testi'ni sadakat indirimleri bakımından konuyla ilgisiz bulmuştur. Bu nedenle, Komisyon'un AB Mahkemeleri içtihatlarından ayrılıp Rehber doğrultusunda belirli ekonomik modellerden yararlanmasıyla güç kazanan ve hâkim durumdaki teşebbüsün sadakat indiriminin tüketiciyi somut bir zarara uğratıp uğratmadığının Komisyon tarafından tespit edilmesinin zorunlu olmasını teşvik eden yaklaşım, Genel Mahkeme'nin Intel kararı üzerine bir hayli zayıflamıştır.

Bununla birlikte, Intel Kararı kapsamında Komisyon ve Genel Mahkeme, hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin doğaları gereği zaten rekabeti kısıtlar nitelikte oldukları için, bunların varlığında somut olayın bütün şartlarının tek tek değerlendirilmesine gerek olmadığını belirtmişlerdir. Yine aynı sebeple, Komisyon Intel Kararında hâkim durumda olan Intel tarafından uygulanan sadakat indirimlerinin değerlendirilmesinde Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin uygulanmasına da gerek görmemekle birlikte, yine de Eşit Etkinlikteki Rakip Testi analizini yaparak etki odaklı yaklaşıma yönelik müspet niyetini ortaya koymuş ve kararının Rehber ile uyumlu olduğunu göstermeye çalışmıştır. Bununla birlikte, bu testin uygulanmasına gerek olmadığını belirtmesi, eğer testin sonucu Intel'in indirim uygulamalarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olmadığını göstermiş olsaydı bile her halükarda Intel'in indirim uygulamalarının ihlal niteliğinde olduğuna karar vereceği şeklinde yorumlanabilecektir. Öte yandan, Genel Mahkeme ise Komisyon ile aynı sonuca ulaşmış olmasına rağmen, somut olayda hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatlandırma faaliyetleri incelendiğinden Eşit Etkinlikteki Rakip Testi'nin Intel dosyasında uygulanabilir olmadığına karar kılmıştır.

Bununla birlikte ABAD, Komisyon'un somut olaydaki indirim sistemlerinin doğaları gereği rekabeti kısıtlar nitelikte olduğunu vurgulamış olmasına rağmen, yine de karardaki koşulları detaylı bir şekilde incelediğini ve bu incelemenin ardından eşit etkinlikteki bir rakibin uygulanabilir olmayan nitelikte fiyatlar sunması gerektiği kanısına vardığını ve nihai olarak da somut olaydaki indirim sistemlerinin böyle bir rakip için pazar kapama etkilerinin olduğu sonucuna ulaştığını gözlemlemiştir. ABAD, bütün bu sebeplerle Genel Mahkeme'nin Intel'in bu teste ilişkin argümanlarını değerlendirmiş olması gerektiğini savunmuştur.⁸⁴ Nitekim ABAD gösterdiği bu yaklaşım ile indirim sistemlerinin eşit etkinlikteki rakipler için pazar kapama etkisinin olup olmadığı hususunda yapılabilecek değerlendirmelerde AEC Testi'nin önemli bir role sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, ABAD somut olaydaki indirimlerin rekabeti engelleyici nitelikte olup olmadığını değerlendirirken AEC Testi'ni hiçbir şekilde dikkate almaması dolayısıyla Genel Mahkeme'nin yargılamasının hatalı olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸⁵ ABAD'ın vardığı bu sonuç ise, münhasırlık karşılığı verilen indirimlerin söz konusu olduğu bir dosyada etki analizinin gerekliliğine karar verilmesi açısından bir ilk teşkil etmekte ve önem taşımaktadır. Bu itibarla, Intel kararı bundan sonra yalnızca indirim sistemlerine ilişkin dosyalarda değil, tüm hâkim durumun kötüye kullanılması iddiası içeren dosyalarda etki analizinin öneminin artacağına dair mühim bir işarettir.

2.7. Intel Dosyası Kapsamındaki Olası Etkinlik Kazanımlarına İlişkin Değerlendirmeler

Rekabeti kısıtlayıcı faaliyetleri olduğu iddia olunan hâkim durumdaki teşebbüslerin savunma yaparken başvurabilecekleri yöntemlerden biri ekonomik değerlendirme ile ulaşılabilecek ve biçimlendirilebilecek "etkinlik" savunmasıdır. Nitekim etkinlik kazanımı için (i) söz konusu faaliyetin kaçınılmaz olması, (ii) söz konusu faaliyetin var olan/olası rekabeti engelleyerek veya kısıtlayarak etkin rekabeti yok etmemesi, (iii) söz konusu faaliyetin en azından etkinlik sonucu doğurması gibi bir ihtimalin var olması ve (iv) bu etkinliklerin toplum re-

⁸⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 145.

⁸⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 146.

fahında ve rekabetçi pazarda oluşabilecek olası olumsuz sonuçlardan daha fazla olması koşullarını sağladığını ispat eden hâkim durumdaki teşebbüs, söz konusu faaliyetinin etkinlik sağladığı yönünde bir savunma yapabilecektir.⁸⁶

13 Mayıs 2009 tarihli kararı kapsamında Komisyon, Intel tarafından ileri sürülen etkinlik kazanımlarına genel hatları itibariyle şu başlıklar altında yer vermektedir:⁸⁷ (i) indirimler sonucu tüketicilere daha düşük fiyatlar uygulanacak olması, (ii) gelişmiş üretim kapasitelerinin etkin bir şekilde kullanılması sonucu ortaya çıkacak ölçek ekonomisi, (iii) satış hacminin ve ürün karışımının önceden tahmin edilebilir hale gelmesi sonucu ortaya çıkabilecek diğer maliyet azaltan etkinlikler ve üretim etkinlikleri, (iv) orijinal malzeme üreticilerinin ek ürünler imal etmesi sonucu sağlanacak olan risk paylaşımı ve (v) pazarlama etkinlikleri. Intel tarafından ortaya koyulan bu etkinlik kazanımlarının uygulanan indirimler sonucu ortaya çıkması muhtemel pazar kapama etkisini dengeleyeceği veya bu yolla meydana gelecek bir etkiye oranla ağır basacağı şeklindeki savunmalara rağmen Komisyon, bu etkinlik kazanımlarının yeterli derecede kanıtlanamadığına ve dolayısıyla kabul edilemeyeceklerine hükmetmiştir.⁸⁸

Yukarıda açıklandığı üzere, bahse konu indirim sistemlerinin doğası gereği ABİDA'nın 102. maddesi kapsamında bir hâkim durumun kötüye kullanılması türü ve durumu oluşturduğunu belirtmekle birlikte, Genel Mahkeme, hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyetlerinin dışlayıcı etkilerine karşılık bu faaliyetlerin doğurduğu etkinliklerin değerlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu bağlamda, Genel Mahkeme nesnel ekonomik gerekçelerle açıklanabilir nitelikteki indirimlere izin verilmesi gerektiğini, diğer tür indirimlerin ise "bozulmamış rekabetin amacıyla bağdaşmaz" nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁸⁹

Öte yandan, Kanun Sözcüsü Wahl da benzer şekilde, ekonomik karakteri göz önünde bulundurulduğunda, AB rekabet hukukunu

⁸⁶ "The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings", OECD Policy Roundtables, 2012, s. 208, (çevrimiçi) <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>, (Erişim tarihi: 21.02.2018).

⁸⁷ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1632-1638.

⁸⁸ Case COMP/C-3/37.990 Intel [2009] OJ C227/07. para. 1633, 1639.

⁸⁹ Case T-286/09 Intel Corp v Commission [2014] ECR II-0000, para. 77.

“etkinliklerin arttırılması” amaçlı bir kurallar bütünü olarak tanımlanmış⁹⁰ ve dolayısıyla rekabet hukuku kararlarında etkinlik kazanımlarının mümkün olduğu ölçüde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte, özellikle tüketici refahını ön planda tutan Şikago Okulu yaklaşımını benimseyen bazı yazarların görüşlerine göre, hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan sadakat indirimlerine, bu indirimlerin tüketici refahına katkılarının pazarın rekabetçi yapısı üzerinde ortaya çıkaracağı zararları denkleştirebileceği durumlarda, pazardaki rakiplerin dışlanacak olması sonucunu doğuracak olsalar dahi izin verilmelidir.⁹¹ Ayrıca, indirim sistemlerinin etkinlik kazanımları neticesinde rekabetçi amaçlar adına da kullanılabilmesine ve dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından uygulanan indirimler değerlendirilirken dosya kapsamındaki tüm ekonomik gerekçelerin incelenmesi gerektiğini savunan bu yaklaşım, çeşitli AB içtihatları⁹² ve Rehber⁹³ kapsamında da açıkça kabul edilmiştir.

ABAD ise, analizinde öncelikli olarak ABIDA'nın 102. maddesinin amacını ortaya koymuş ve bu kapsamda ilgili maddenin amacının bir teşebbüsün kendi menfaatleri doğrultusunda bir piyasada hâkim duruma ulaşmasını engellemek olmadığını altını çizmiştir. Bu itibarla, ABAD 102. maddenin hâkim durumdaki teşebbüsten daha az etkin olan rakiplerin piyasada kalmasını garanti altına almayı amaçlamadığını ve bu nedenle de her dışlayıcı etkinin otomatik olarak rekabet için zararlı olmadığını açıklığa kavuşturmuştur.⁹⁴ Bu kapsamda,

⁹⁰ Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, “Advocate General’s Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission” Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxembourg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁹¹ Friedrich A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press, Chicago, Illinois, U.S.A., 1948, Chicago, Illinois, USA ve Sandro Marco Colino, Pablo Ibáñez Colomo, Damien Neven, Nicolas Petit, “Intel: Analysing the Advocate General’s opinion, Revue Des Droits De La Concurrence”, *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

⁹² Case C-95/04 British Airways v Commission [2007] ECR I-2331 para. 86 ve Case 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission [1983] ECR 3461, para. 14.

⁹³ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 46.

⁹⁴ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 133.

ABAD Genel Mahkeme tarafından bu indirim sistemlerinin, pazarda meydana getirebilecekleri zararları telafi edici bir etkileri olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın doğaları gereği rekabete aykırı kabul edilmelerinin yerinde olmadığı kanaatinde olduğunu da belirtmiştir. ABAD'a göre, *"böyle bir sistemden kaynaklanacak ve rekabet için olumsuz olacak dışlayıcı etkinin aynı zamanda tüketickiye fayda sağlayacak etkinlik bazındaki avantajlar ile denkleştirilip denkleştirilmediğinin ya da telafi edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir."*⁹⁵ ABAD aynı zamanda, Intel tarafından uygulamaya konulan indirim sistemlerinin rekabeti kısıtlamaya elverişli olup olmadığının değerlendirilebilmesi için olgusal ve ekonomik delillerin de Genel Mahkeme tarafından değerlendirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁶

3. INTEL KARARININ TÜRK REKABET POLİTİKASI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Türk Rekabet Mevzuatı Çerçevesinde İndirim Sistemleri ve İktisadi Değerlendirme

3.1.1. Mevzuat

Türk rekabet mevzuatı çerçevesinde indirim sistemleri, doğaları gereği dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen birer uygulama niteliğinde olduklarından, hem 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun (*"4054 sayılı Kanun"*) 4. maddesi kapsamında, hem de bu indirimleri alıcılara sağlayan teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumda olmasını gerektirdiğinden 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedirler. Ancak, indirim sistemlerinin rekabete aykırı etkilerinin değerlendirilebilmesi açısından bu indirimleri uygulayan teşebbüsün hâkim durumda olması her şeyden önce bir ön şart niteliğinde olduğundan, hâkim durumdaki teşebbüsün indirimler yoluyla dışlayıcı nitelikteki kötüye kullanma eylemlerine ilişkin en doğru değerlendirme, 4054 sayılı Kanunun 6(e) maddesi (*"...tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişimin kısıtlanması"*) altında yapılacaktır.⁹⁷

⁹⁵ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 140.

⁹⁶ Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission [2017], para. 149.

⁹⁷ Bekir Kocabaş, İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından

Öte yandan, Kılavuz çerçevesinde ise, indirim sistemlerine ilişkin detaylı ekonomik analiz ve maliyete ilişkin esaslı yenilikler öngörülmüştür. Kılavuz'un temel amacı, "hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının 6. madde kapsamında değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak hususları açıklamak, şeffaflığı arttırmak, maddenin teşebbüslerce yorumlanmasında doğabilecek belirsizlikleri en aza indirmektir."⁹⁸ Bu bağlamda, Kılavuz kapsamında Türk rekabet mevzuatına dâhil edilen ortalama kaçınılabilir maliyet,⁹⁹ uzun dönem ortalama artan maliyet,¹⁰⁰ eşit etkinlikteki rakip¹⁰¹ ve etkin fiyat¹⁰² gibi iktisadi temelli kavramlar, rekabet üzerinde olumlu etki

Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008, s.81.

⁹⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 3.

⁹⁹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 52. paragrafı gereğince ortalama kaçınılabilir maliyet şu şekilde tanımlanmıştır: "OKM, bir teşebbüsün belirli miktardaki bir çıktıyı üretmemesi halinde katlanmayacağı veya tasarruf edeceği maliyetler olarak tanımlanabilir. OKM hesaplanırken üretimle doğrudan ilişkilendirilebilir sabit ve değişken maliyetlerin toplamı dikkate alınarak işletmenin inceleme konusu üretim için katlandığı tüm maliyetler hesaplanabilmektedir. Genellikle kısa dönemde ancak değişken maliyetlerden kaçınmak mümkün olduğu için çoğu durumlarda OKM ve ortalama değişken maliyet (ODM) aynı maliyetleri ifade etmektedir. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen eylemi gerçekleştirebilmek için ilave kapasite yatırımı yapmasının gerekmesi gibi hallerde, söz konusu sabit maliyetler de maliyet hesabında dikkate alınmaktadır. Bu gibi durumlarda OKM, ODM'den daha uygun bir ölçüttür."

¹⁰⁰ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 54. paragrafı gereğince uzun dönem ortalama artan maliyet şu şekilde tanımlanmıştır: "UDOAM ise bir firmanın belirli bir ürünü üretmek için katlandığı tüm (değişken ve sabit) maliyetlerin ortalamasıdır. Ortalama toplam maliyet (OTM) ve UDOAM birbirlerine yakın maliyet ölçütleridir. Hatta bu iki maliyet türü tek ürün üreten firmalar için aynıdır. Buna karşın, birden fazla ürün üreten firmalar açısından kapsam ekonomilerinin söz konusu olduğu durumlarda UDOAM her bir ürün için OTM'den düşük olabilmektedir. Çoklu ürün üretimi durumunda, bir ürünü üretmeyerek kaçınılabilen herhangi bir maliyet genel maliyet olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, genel maliyetlerin yüksek olması halinde bu tür maliyetler de eşit etkinlikteki bir firmanın dışlanmasına yönelik değerlendirmede dikkate alınabilir. UDOAM'nin değişken maliyetlerin çok düşük, sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha uygun bir ölçüt olduğu söylenebilecektir."

¹⁰¹ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 77.

¹⁰² Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un 77. paragrafı gereğince etkin

oluşturabilecek indirim sistemlerine ilişkin bir nevi güvenli liman niteliğindedir.¹⁰³

3.1.2. Rehber ve Kılavuz'un Karşılaştırmalı Analizi

Yukarıda açıklandığı üzere, indirim sistemlerine ilişkin yenilikçi ekonomik analizler öngören Kılavuz, Rehber'de yer alan analiz yöntemine paralel teknik analiz yöntemleri barındırmaktadır. Bu haliyle Kılavuz'un, büyük ölçüde AB Rehberi'nden esinlenerek formüle edildiği ve şekillendirildiği söylenebilir. Kılavuz ile Rehber'in büyük ölçüde uyduğu gerçeği göz önüne alındığında, Kılavuz'un bir diğer amacının AB rekabet mevzuatı ile Türk rekabet mevzuatı arasında bir yeknesaklık sağlamak olduğu da düşünülmektedir.

Kılavuz, indirim sistemleri özelinde, bu indirim sistemlerinin rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açmasının muhtemel olup olmadığına ilişkin yapılacak olan bir değerlendirme açısından göz önüne alınması gereken belli başlı unsurlar öngörmektedir. Bu unsurlar şu şekilde sıralanabilir: (i) hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu, (ii) ilgili pazardaki koşullar, (iii) müşterilerin ya da sağlayıcıların konumu, (iv) incelenen davranışın kapsamı ve süresi ve (v) fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller ve dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller.¹⁰⁴ Bu yönüyle, Kılavuz kapsamında indirim sistemlerine ilişkin öngörülen analiz yöntemleri Rehber'de yer alan analiz yöntemlerine paralellik göstermektedir. Zira Rehber kapsamında da, yukarıda sayılan tüm unsurlar mevcuttur.¹⁰⁵ Ayrıca Kılavuz, yine Rehber'e paralel olarak, hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı kötüye kullanma niteliğindeki davranışlarının değerlendirilmesini konu edinmekte ve sömürücü ya da ayrımcılık temelli kötüye kullanma hallerini kapsamı dışında bırakmaktadır.

fiyat şu şekilde tanımlanmıştır: "hâkim durumdaki teşebbüs tarafından sunulan geriye dönük bir indirim karşısında, rakiplerin müşterilerin talebinin rekabete açık kısmını kendilerine yönlendirebilmek için sunmaları gereken fiyat"

¹⁰³ Özkan Ahmet Fatih, "Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 4 Sayı:1, s.315.

¹⁰⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 26.

¹⁰⁵ AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi [2009], para. 20.

Kılavuz'da, indirim sistemlerinin rekabete aykırı olarak addedilebilmesi için, rakipler açısından müşterilerin ihtiyaçlarının rekabete açık kısmını karşılamayı zorlaştırmak suretiyle pazara giriş veya pazarda büyüme engeli yaratıp yaratmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine Kılavuz'a göre, geriye dönük indirimlerin rekabet karşıtı pazar kapamaya yol açmasının, indirim hedeflerinin kişiselleştirilmiş olduğu, indirim oranının ve indirim hedefinin tüketicinin ilgili referans dönemindeki toplam talebi içerisinde önemli bir yer tuttuğu ve özellikle de hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin kendisi ile eşit koşullarda rekabet edemedikleri durumlarda daha muhtemeldir. Rehber'e paralel olarak, indirim uygulaması karşısında eşit etkinlikteki rakiplerin ilgili müşterinin talebinin rekabete açık kısmı için hâkim durumdaki teşebbüsle etkin bir şekilde rekabet edip edemeyeceklerinin araştırılması, Türk Rekabet Kurulu'nun ("*Kurul*") geriye dönük indirimlere ilişkin incelemelerinin temelini oluşturmaktadır.

Mehaz Rehber'in Kılavuz'a yansımaları olarak, Kılavuz kapsamında talebin rekabete açık kısmı ile rekabete kapalı kısmı esas alınarak, etkin fiyat belirlenmesine ilişkin esaslar öngörülmüş ve bu fiyatın hâkim durumdaki teşebbüsün OKM ve UDOAM kalemleriyle karşılaştırılarak eşit etkinlikteki rakipler üzerindeki etkileri analiz edilmiştir.¹⁰⁶

Esasen, Komisyon tarafından Rehber ile amaçlanan etki analizi doğrultusundaki dönüşüm Türk rekabet hukuku uygulamasında tam olarak karşılığını bulamamaktadır. Bunun bir sonucu olarak da, Komisyon tarafından etki odaklı yaklaşımın içtihat hukukuyla olan uyumsuzluğunu aşmak amacıyla uygulama önceliklerini düzenleyen bir rehber çıkarılmış iken, Türk rekabet hukuku uygulamasında benzeri bir hassasiyet olmadığından sadece aynı konuya ilişkin maddi düzenlemeler içeren bir kılavuz yayımlanmıştır. Aynı nedenle, Rehber'den farklı olarak, Kılavuz kapsamında uygulama önceliklerine ilişkin bir unsur bulunmamaktadır.

Kılavuz, Kurul'un uygulamalarına ilişkin olarak yol gösterici niteliktedir ve Türk Rekabet Kurumu ("*Kurum*") tarafından çıkarılmasına rağmen, karar organı olan Kurul'u bağlamamaktadır. Kurum tarafından çıkarılan Kılavuz'un Kurul tarafından uygulanmamasının,

¹⁰⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 77.

Kılavuz'un amaçlarından biri olan hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik sağlama amacıyla örtüşmeyeceğinin aşikâr olduğu düşünülmektedir.

Her ne kadar Türk rekabet uygulamasının söz konusu Kılavuz kapsamında getirilen yeniliklere çok yabancı olmadığı, söz konusu testlerin bazılarının Kurul'un hâkim durum dosyalarında – indirim sistemlerine ilişkin olmasa da – kullanıldığı ve Türkiye'de hâlihazırdaki uygulama ile içtihat arasında çelişki olmadığı söylenebilirse de, Kılavuz ile getirilmek istenen analiz yönteminin Türk rekabet hukuku uygulaması açısından uygulanabilirliği ve Kılavuz'da öngörülen hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik sağlamak gibi amaçlara ulaşmak konusunda ne ölçüde başarılı olabileceği net değildir.

Kılavuz ile Türk rekabet uygulamasına getirilen değişiklik AB'de Rehber ile sadakat indirimlerine ilişkin olarak başlayan dönüşüm kadar büyük olmasa da, bazı noktalarda uygulamanın nasıl şekilleneceği hususunda bir takım soru işaretleri bulunmaktadır.

Örnek olarak, Kılavuz kapsamında yer verilen OKM, UDOAM gibi kavramların uygulamada belirlenmeleri, hem Kurul hem de teşebbüsler açısından zordur. Kılavuz kapsamında, talebin rekabete açık kısmını kendilerine yönlendirebilmek için sunulması gereken fiyatın (*etkin fiyat*) nasıl belirleneceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca, etkin fiyat ve talebin rekabete açık kısmının tespitinin ne şekilde yapılacağı konusu da belirsizdir.

Kurul tarafından hâkim durumdaki teşebbüslere uygulamalarında belirlilik sağlama ve ticari davranışlarını belirleme noktasında rehberlik etmesi amacıyla çıkarılan Kılavuz ile benimsenen testin teşebbüsler açısından uygulanması kolay bir test olup olmadığı ve öngörülebilirlik ile belirlilik beklentilerini ne ölçüde karşıladığı tartışma konusu olacaktır.

Netice itibarıyla, Rehber ile AB uygulamasına getirilmeye çalışılan ekonomik etki odaklı yöntemin Kılavuz ile Türk rekabet uygulamasının da bir parçası olması ve hâkim durumdaki teşebbüslerin uygulamalarında belirlilik ve bu teşebbüslere bir nevi "güvenli liman" sağlamayı hedeflediği hususu açıktır.

3.2. Kurul Kararları Çerçevesinde İndirim Sistemleri ve İktisadi Değerlendirme

3.2.1. Sadakat İndirimleri ve Miktar İndirimleri Ayırımı

İndirim sistemlerine ilişkin kararlarında Kurul tarafından kabul edilen esas tutum, sadakat indirimlerini ve miktar indirimlerini birbirinden ayırık tutmak yönünde olmuş ve miktar indirimlerinin genellikle kötüye kullanma olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymuştur. Sadakat indirimleri özelindeki içtihatlarında ise Kurul, miktar indirimlerine kıyasen daha temkinli bir yaklaşım sergilemektedir.

Söz konusu ikili ayırım, Kurul'un *Frito Lay*¹⁰⁷ ve *Ülker*¹⁰⁸ kararları kapsamında açıkça ortaya koyulmuştur. *Frito Lay* kararında, Kurul sadakat indirimini diğer indirim sistemlerinden ayrı tutmuş ve farklı değerlendirmiş ve bu farkı sadakat indirimlerinin miktardan öte hâkim durumdaki teşebbüsten mal alınmasını teşvik edici nitelikte olmalarıyla açıklamıştır.¹⁰⁹ Ülker kararında ise Kurul, somut olayda çeşitli etkinlik kazanımlarının mevcut olması halinde hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından indirim uygulanabileceğini, fakat bu teşebbüs tarafından sadakat indirimleri uygulanmasının her halde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirileceğini belirtmiştir.¹¹⁰

3.2.2. Pazar Kapama Etkisi Analizi

Rekabet hukukunun indirim sistemlerine müdahalesinin arkasında bu uygulamaların hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından ayırmıcılık, yıkıcı fiyat, bağlama, ya da münhasırlık benzeri uygulamalara yol açarak tüketici refahına ya da toplumsal refaha zarar verebileceği düşüncesi yatmaktadır.¹¹¹ Kurul, bu noktadan hareketle, indirim sistemlerinin rekabet hukuku açısından olası sakıncalarını genellikle tek taraflı bir teşebbüs davranışı olarak hâkim durumun kötüye kullanıl-

¹⁰⁷ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı.

¹⁰⁸ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı.

¹⁰⁹ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı, para. 2641,2642.

¹¹⁰ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı, para. 924-927.

¹¹¹ Rekabet Kurulu'nun 20.11.2015 tarihli ve 15-41/675-237 sayılı *Tüpraş* kararı.

ması başlığı altında değerlendirmiştir.¹¹² Bu bakımdan, herhangi bir indirim sisteminin 4054 sayılı Kanun'a aykırı kabul edilmesi, başta hâkim durum analizi olmak üzere, ilgili sistemin münhasırlık, artan oranlılık, geriye dönüklük, vb. kriterler bakımından değerlendirilerek, sadakat arttırıcı ve pazar kapama etkisine sahip olup olmadığının tespitini gerektirmektedir.¹¹³

Nitekim Kılavuz öncesi dönemde sadakat indirimlerine ilişkin Kurul kararlarına bakıldığında, Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin detaylı maliyet analizlerine yer vermediği, ancak belirli kararlar kapsamında indirim sistemlerine ilişkin bir pazar kapama etkisi analizinin yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, Kurul'un değerlendirmelerinde esas aldığı asıl kriterin, sadakat arttırmak suretiyle pazarın rakiplere kapatılıp kapatılmadığı hususu olduğu ve dolayısıyla indirim sistemlerinin rekabete aykırı yapısını değerlendirirken söz konusu indirimlerin her bir somut olay bakımından pazar üzerinde doğurdıkları etkilerin incelenmesinin esas alındığı görülmektedir. Bu yönde bir etki analizinin Kurul tarafından farklı boyutlarıyla ele alındığı çeşitli kararlar mevcuttur ve aşağıda detaylı olarak incelenmektedir.

Nitekim *Mey İçki* kararında¹¹⁴ Kurul, sadakat indirimi uygulamasına dönüşecek şekilde tasarlanan ve bu şekilde ileri sürülen indirim sistemlerinin kötüye kullanma teşkil edebileceğini belirtmiş, ancak kararda bu indirimlerin rekabeti kısıtlayıcı bir amaç ve plan doğrultusunda uygulanabilme ve dolayısıyla da kötüye kullanılma ihtimali olmakla birlikte, peşinen böyle olduğu varsayımının benimsenmesinin de doğru olmayacağı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, Kurul *Mey İçki* tarafından uygulanan indirim sistemlerinin fiili ve muhtemel etkileri olarak ikili bir ayırım benimsemiş ve bu doğrultuda söz konusu indirimlerin pazar üzerinde somut bir kötüye kullanma etkisi bulunmadığından, salt muhtemel etkilerin varlığının başlı başına pazarın kapanması sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir.¹¹⁵

¹¹² Rekabet Kurulu'nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

¹¹³ Rekabet Kurulu'nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

¹¹⁴ Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı *Mey içki* kararı.

¹¹⁵ Rekabet Kurulu'nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı *Mey içki* kararı., para. 248.

Benzer şekilde, Kurul'un *Seramik Yapıştırıcıları* kararında,¹¹⁶ karar kapsamında uygulanan indirim sisteminin esas itibarıyla pazardaki etkilerine bakılması gerektiği ve değerlendirmelerin rakiplerin dışlanması suretiyle rekabetin engellenmesine yönelik analizler üzerinde yoğunlaşması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁷

Kurul'un *Doğan Yayın Holding*¹¹⁸ kararında ise, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemi, hem dışlayıcı potansiyelin varlığı hem de doğrudan dışlama etkilerinin varlığı bakımından ayrı ayrı kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Kurul, söz konusu indirim sistemlerinin doğrudan rekabet karşıtı etki yaratmadığını tespit etmekle birlikte, teşebbüs tarafından ileri sürülen pazarda herhangi bir etki doğmadığına ve sırf rakip teşebbüslerin dışlanması potansiyelinin varlığının bir rekabet ihlali teşkil etmek noktasında yetersiz kaldığına dair savunmasını kabul etmemiştir. Kurul, *Doğan Yayın Holding* kararında ayrıca Rehber kapsamındaki rekabete aykırı piyasa kapama kavramına atıfta bulunarak,¹¹⁹ "soruşturma konusu indirim sistemleri ve uygulamalarının rekabet karşıtı dışlama potansiyeline sahip olmasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi" gerektiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla Kurul, teşebbüsün davranışlarının pazarda etki doğurma potansiyelinin bulunmasını bile bir ihlalin varlığına işaret etmesi açısından yeterli görmüştür. Bu yönüyle bu karar, ABAD'ın Intel kararı ile pazarın rakip teşebbüslere kapanma potansiyeli olmasının, söz konusu indirim sistemlerinin rekabete aykırı olarak addedilebilmesi yönünden yeterli bulunması noktasında kesişmektedir. Nitekim yukarıda da bahsi geçen **Ülker** kararında¹²⁰ da hâkim durumdaki sağlayıcının uyguladığı, satın alınan mal miktarına bağlı olmaksızın alıcının ihtiyacının yüzdesine göre değişen artan oranlı in-

¹¹⁶ Rekabet Kurulu'nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı *Seramik Yapıştırıcıları* kararı.

¹¹⁷ Rekabet Kurulu'nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı *Seramik Yapıştırıcıları* kararı., para. 505-509.

¹¹⁸ Rekabet Kurulu'nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Yayın Holding* kararı.

¹¹⁹ Rekabet Kurulu'nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı *Doğan Yayın Holding* kararı., para. 3390.

¹²⁰ Rekabet Kurulu'nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı **Ülker** kararı.

dirim, alıcının daha fazla indirim kazanmak amacıyla ihtiyacının tamamını ya da önemli bir bölümünü hâkim durumdaki sağlayıcıdan alması sonucunu doğuruyorsa, bu indirimin etkisi itibarı ile sadakat indirimi olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir. Bu yönüyle, Kurul kararlarında benimsenen yaklaşımın şekilci olmakla eleştirilen Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin içtihatlarından ayrıştığı ve etki analizine yönelmiş olduğu görülmektedir.

3.2.3. Kılavuz Öncesi ve Sonrası Döneme Ait Etki Analizi

Kılavuz öncesi dönemde hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan indirim sistemlerinin etki yönünden değerlendirilmesi zorunluluğunu açık bir şekilde öngören esas karar *Frito Lay* kararıdır. Söz konusu kararda indirim sistemlerinin *per se* hukuka aykırı olduğuna ilişkin karine değerlendirilmemiş olup, indirimler çok yönlü bir etki analizine tabi tutulmuştur. Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin bir etki değerlendirmesi yapılması görüşünü perçinler nitelikteki bu kararda ilgili husus, "Söz konusu belgeler incelendiğinde ise bu etkilerin amaçlanan seviyelerin çok gerisinde kalması itibarıyla sınırlı olduğu düşünülebilir. Bu açıklamalar ışığında, bu dönemdeki eylemlerin kısa süreli olarak ve sınırlı bir şekilde etki gösterdiği söylenebilir." ifadesiyle açıkça ortaya konulmuştur.¹²¹ Kurul, *Frito Lay* tarafından münhasırlık karşılığı alıcılara sağlanan indirim sistemlerini, pazarda kısa süreli bir etkilerinin olduğu, pazarın tümüne yayılmış oldukları ve rakip teşebbüslerin ilgili pazarda daha etkin olduğu gibi birçok farklı boyutuyla ele alarak geniş kapsamlı bir etki analizi yapmıştır. Ayrıca kararda, rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik eylemlerde bulunulup bulunulmadığının ve eğer bulunulmuşsa bu zorlaştırmanın derecesinin ne olduğunun da incelenmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Böylece Kurul, Komisyon ve Genel Mahkeme'nin Intel dosyası kapsamında ulaştığı sonucun aksine, şekilci bir yaklaşımı benimsemek yerine, ABAD'ın kararı ile benzer bir doğrultuda ilerleyerek, söz konusu indirim sistemlerinin pazar üzerindeki etkilerinin tüm boyutlarıyla gereği gibi değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

¹²¹ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı *Frito Lay* kararı, para. 2660.

Ancak Kurul, Kılavuz sonrası döneme ait güncel *Luxottica* kararında,¹²² *Frito Lay* kararının aksine, hâkim teşebbüsler tarafından uygulanan indirim sistemlerine ilişkin kapsamlı bir etki analizi öngörmemiştir. Markalı güneş gözlükleri toptan satış pazarında hâkim durumda olduğu saptanan *Luxottica*'nın indirim sistemleri uygulamaları yoluyla dışlayıcı eylemlerde bulunduğu iddiası ile başlatılan soruşturma kapsamında *Luxottica*, söz konusu indirim sistemlerine ilişkin yıkıcı fiyatlandırma analizi yapılması gerektiğini belirtmiş¹²³ ve dosyaya bu doğrultuda geniş çaplı bir ekonomik analiz sunmuştur. Buna rağmen, Kurul *Luxottica* tarafından dosyaya sunulan ekonomik analize ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış ve söz konusu indirimlerin pazar üzerindeki potansiyel etkilerini değerlendirme altına almamıştır. Kurul, dosya kapsamında ekonomik temelli bir analize gerek olmadığını şu sözlerle açıklamaktadır: "*Marka imajı ve moda algısından dolayı farklılaşmış ürünlerin satıldığı güneş gözlüğü sektöründe, uygulanan indirim sisteminin, maliyet altı fiyatlandırma yaparak rakipleri pazarın dışına çıkaracak bir boyutunun olamayacağı değerlendirilmektedir. Bu nedenle dosya kapsamında Luxottica tarafından uygulanan indirim sistemlerinin yıkıcı fiyat ihlali bakımından daha detaylı incelenmesine gerek duyulmamıştır.*"¹²⁴ Bu yönüyle *Luxottica* kararı, Kılavuz sonrası döneme ait olmasına rağmen, açıkça şekilci yaklaşımı benimseyerek Kılavuz kapsamında öngörülen türden bir maliyet analizine yer vermediği için zamanının gerisinde kalmıştır.

Yukarıda bahsi geçen *Frito Lay* kararı ayrıkt tutulduğunda, hem Kılavuz öncesi hem de Kılavuz sonrası dönemde, Kurul'un indirim sistemlerine ilişkin genel yaklaşımının ekonomik düzeyde etki temelli bir analiz yapılmasına gerek görülmemesi şeklinde olduğu açıktır. Bu halde, özellikle Kılavuz sonrası döneme ilişkin kararlarda etki temelli bir değerlendirme yapılmamış olması Kılavuz ile açıkça çelişmektedir. Şüphesiz ki, bu denli şekilci bir yaklaşım teşebbüslere daha fazla hukuki belirlilik sağlayacaktır. Ancak, "*rekabetçi davranış ile rekabeti bozucu davranış arasındaki sınırın çok belirgin olmadığı indirim sistemleri*

¹²² Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı.

¹²³ Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı, para. 311, 385.

¹²⁴ Rekabet Kurulu'nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı *Luxottica* kararı., para. 253.

gibi fiyata ilişkin uygulamalarda, şekilci bir yaklaşımın benimsenmesi önemli riskleri beraberinde getirmektedir."¹²⁵ Bu itibarla, Intel kararı kapsamında ABAD'ın benimsemiş olduğu tutumla benzer olarak Kurul'un da şekilci yaklaşımdan ziyade indirim sistemlerini incelediği her dosyada somut olay bazındaki şartlarla birlikte indirim sisteminin pazarda oluşturduğu bütün etkileri göz önünde bulundurmak yönünde bir tutum sergilemesinin olası tüm riskleri bertaraf edebileceği söylenebilir.

3.2.4. İndirim Sistemlerinin Haklı Gerekçeler Altında Değerlendirilmesi

Yukarıda detaylı bir şekilde anlatıldığı üzere, Intel dosyası kapsamında ABAD, indirim sistemleri uyguladıkları iddiasıyla soruşturulan hâkim durumdaki teşebbüslerin çeşitli etkinlik kazanımlarının varlığını ispat etmeleri suretiyle bu tür davranışların haklı gerekçeler altında doğrulanabileceğini ve geçerli bir haklı gerekçenin varlığı halinde hâkim durumdaki teşebbüsler üzerine isnat edilen ihlal iddialarının reddedilebileceğini ortaya koymuştur. Kurul da, aynı şekilde, belirli kararlarında bu tür davranışların bir etkinlik analizi çerçevesinde haklı gerekçeler başlığı altında meşrulaştırılabileceği ilkesini benimsemiştir.

Bu doğrultuda yapılacak olan etkinlik analizinde öne çıkan temel unsurlar, rekabetten beklenen yararların neler olduğunun saptanması, hâkim durumdaki teşebbüsün eylemlerinin teşebbüs tarafından ileri sürülen bu yararlarla doğrudan ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği ve öne sürülen yararlar ile rekabete aykırı olduğu iddia edilen davranışın orantılı olup olmamasıdır.¹²⁶ Dolayısıyla, ilgili teşebbüsler, rekabete aykırı olduğu iddia edilen davranışları rekabete karşılık verdiği ölçüde ve ancak bu uygulamaların zorunlu olduğunu nesnel bir biçimde ispat edilebildikleri durumlarda haklı gerekçeler öne sürebilmektedirler.

İçtihatla, indirim sistemlerinin haklı gerekçeler altında rekabetçi olarak değerlendirilebileceği görüşünü perçinleyen çeşitli kararlar

¹²⁵ Bekir Kocabaş, İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008, s.73.

¹²⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, para. 76.

mevcuttur. *Sanofi Aventis* İlaçları Ltd. Şti. kararında, Kurul hâkim durumdaki teşebbüslerin rekabeti gereğinden fazla bozmamak kaydıyla kendilerini korumak için tedbir alabilecekleri yönündeki savunmalarını kabul ederek, *Sanofi Aventis* Ltd. Şti. tarafından öne sürülen bu gerekçeyi haklı bulmuştur.¹²⁷ *Tüpraş* kararında ise, Kurul ABAD'a atıf yapmak suretiyle, hâkim durumdaki teşebbüslerin meşru ticari menfaatlerini koruma amacıyla hareket ettiklerini öne sürdükleri hallerde dahi orantılılık ilkesine riayet etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Kurul orantılılık ilkesinin gereğince, meşru ticari menfaatini korumayı amaçladığını öne süren hâkim durumdaki teşebbüsün (i) kullandığı araç ya da yöntemlerin korunmaya çalışılan menfaati makul biçimde elde edebilmek için uygun olması ve (ii) uygulamaya koyduğu davranışın zorunlu olması gerektiğini karar kapsamında açık bir şekilde ortaya koymuştur.¹²⁸ Kurul, *U.N. Ro Ro* kararında¹²⁹ ise hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen eylemin, ileri sürülen haklı gerekçe veya etkinlik için gerekli ve aynı zamanda orantılı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararlar ışığında, Kurul'un haklı gerekçelere dayandırıldıkları müddetçe hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından sunulan indirim sistemlerini rekabetçi kabul ettiği söylenebilecektir.

3.2.5. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda ve Kılavuz'un getirilmesindeki amaçlardan birisinin de AB rekabet mevzuatı ile paralellik sağlanması olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, ABAD'ın Intel kararı kapsamında benimsemiş olduğu tutumun Kurul tarafından da yol gösterici olarak alınması gerektiği aşikârdır. Kılavuz'da hâlihazırda indirim sistemlerine ilişkin olarak yenilikçi ekonomik analizlerin düzenlenmiş olduğu da dikkate alındığında, Kurul'un benzer dosyalarda ABAD'ın değerlendirmelerini kendisine yol gösterici olarak almasının önünde herhangi bir engel olmadığı düşünülmektedir. Nitekim yukarıda örnek mahiyetinde sayılan Kurul içtihatlarında da

¹²⁷ Rekabet Kurulu'nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı *Sanofi Aventis* İlaçları Ltd. Şti. kararı, para. 2850.

¹²⁸ Rekabet Kurulu'nun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı *Tüpraş* kararı, para. 118.

¹²⁹ Rekabet Kurulu'nun 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı *U.N. Ro Ro* kararı.

hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından sunulan indirim sistemlerinin haklı gerekçeler ışığında rekabetçi olabilecekleri belirtilmiştir. Bu noktada, haklı gerekçelerle sunulmuş olsalar dahi hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından sunulan indirimlerin pazar kapama etkisinin olabileceği şüphesine düşen Kurul'un etki analizine başvurması kaçınılmaz olacaktır. Zira kanaatimizce hukuki standardın sağlanması adına rekabet edilecek rakipler için piyasa kapama etkisi oluşturabilme kapasitesinin, söz konusu durumun tüm ilgili koşulları göz önünde bulundurularak, kapsamlı bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. İlgili durumun tüm koşullarının analizi ise, teşebbüsün içeriğinin herhangi bir rekabeti kısıtlama etkisine sahip olmadığını iddia ettiği hususlara karşı ekonomik etki temelli bir yaklaşım içermelidir.

4. SONUÇ

ABAD'ın yerleşik içtihatlarla yeni bir yön verebilecek nitelikteki Intel kararı, Genel Mahkeme'nin onama kararı ardından Rehber'in uygulanabilirliğine dair oluşan belirsizliği bir ölçüde çözümlenmiştir. Zira ABAD'ın bu kararı sadakat indirimlerine ilişkin olarak yerleşik içtihatla bir kırılım yaratacak niteliktedir. Bu itibarla, bundan sonra Komisyon tarafından Rehber'in uygulanma zorunluluğu bir kez daha hatırlatılmış ve Rehber'in uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin oluşan şüpheler bertaraf edilmiştir. Dolayısıyla, hukuki belirlilik bir ölçüde sağlanmış ve AB rekabet hukukunun üye devletler düzeyindeki uygulamasında da yeknesaklığı sağlamak adına kayda değer bir adım atılmıştır.

Bunun yanı sıra, indirim sistemlerinin değerlendirilmesinde ihtiyaç duyulan daha modern bir yaklaşım ABAD'ın Intel kararı ile karşılanmıştır. Nitekim Komisyon'un indirim sisteminin ilgili pazara etkisini ölçmekle yükümlü olduğu hususu da ABAD'ın bu kararı ile vurgulanmıştır. Bu kapsamda, ABAD'ın Intel kararı ile sergilediği tutum bundan sonraki indirim sistemlerinin incelenmesine ilişkin hâkim durum dosyalarında örnek teşkil etmelidir.

İlaveten, Rehber'in yayımlanması ile artan ve ABİDA 102. maddenin daha ekonomik bir perspektiften yorumlanmasına yönelik beklentiler, ABAD'ın Intel kararı ile birlikte bir ölçüde karşılanmıştır. Buna

ek olarak, ABAD'ın kararı şimdiye kadarki AB Mahkemeleri içtihatları altındaki “şekilci yaklaşım” ile bir indirim sisteminin tüketici ve tüketici refahı üzerindeki etkilerini incelenmeksizin, yalnızca rekabetçi yapı ve rakiplerin korunmasını esas alarak değerlendirme yapılması yönündeki uygulamaların değişeceği yönündeki beklentilere de olumlu bir cevap vermiştir.

Intel kararının Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından sonucu ise, Kurul'un Rehber'i esas alarak çıkardığı Kılavuz doğrultusunda hâlihazırda benimsemiş olduğu etki analizini kullanmaya devam edecek olmasıdır. Nitekim Genel Mahkeme'nin onama kararının ardından oluşan tüm şüpheler ABAD'ın bozma kararı ile ortadan kaldırıldığı için Kurul'un benimsemiş olduğu yaklaşımdan uzaklaşmasını gerektiren bir durum mevcut değildir. Kurul'un sadakat indirimlerine ilişkin vermiş olduğu kararlarında zaten etki odaklı bir yaklaşımın benimsenmiş olduğu dikkate alındığında, ABAD'ın Genel Mahkeme'nin kararını hatalı bulmasının, Kurul'un bu yaklaşımının isabetli olduğunu kanıtladığı düşünülmektedir.

Kaynakça

- Colino Sandro Marco, Colomo Pablo Ibáñez, Neven Damien, Petit Nicolas, “Intel: Analysing the Advocate General’s opinion, *Revue Des Droits De La Concurrence*”, *Concurrences Review*, 2017, C. 1-2017, S. 83450, s. 16-35 (çevrimiçi) <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2017/on-topic/intel-analysing-the-advocate-general-s-opinion>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Colomo Pablo Ibañez, “Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions”, *Chilling Competition*, 2014, (çevrimiçi) <https://chillingcompetition.com/2014/06/16/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Giles Ian, Modrall, Jay, “Major Victory for Intel as CJEU Sends Case Back to General Court for Re-examination”, *Kluwer Competition Law Blog*, 2017, (çevrimiçi) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2017/09/12/major-victory-intel-cjeu-sends-case-back-general-court-re-examination/> (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Gunther Jacques P., Giraud, Adrien, “EU Competition Law and the Intel Case: Towards a More Effects-Based Approach of Fidelity Rebates”, *Willkie Farr & Gallagher LLP*, 2017, (çevrimiçi) http://www.willkie.com/~media/Files/Publications/2017/09/EU_Competition_Law_and_the_Intel_Case.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Gürkaynak Gönenç, Ortaç Zeynep, Baş Betül, Şimşek Su, “Intel Kararı Işığında Hukuk ve İktisat Perspektifinden Sadakat İndirimlerine İlişkin Bir Değerlendirme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt: 31, Sayı: 2.

- Hayek Friedrich A, *Individualism and Economic Order*, Chicago University Press, Chicago, Illinois, U.S.A., 1948.
- Johansson Eddie, "Assessing Rebates under Article 102 TFEU", Uppsala University, Uppsala, 2017, (çevrimiçi) <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1065820/FULLTEXT01.pdf> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Jones Allison, Suffrin Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, 2016.
- Kallaugher John, Sher Brian, "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82", *European Competition Law Review*, 2004, (çevrimiçi) https://www.lw.com/upload/pubcontent/_pdf/pub872_1.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Kroh Eric, "EU Intel Decision Bolsters Tech Cos.' Antitrust Defenses", *Law 360*, New York, 2017, (çevrimiçi) https://www.cov.com//media/files/corporate/publications/2017/09/eu_intel_decision_bolsters_tech_cos_antitrust_defenses.pdf , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Kocabaş Bekir, *İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek Taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme*, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:90, Ankara, 2008.
- Lianos Ioannis, "Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-based' Approach in Article 82 EC", *Article 82 EC - Reflections on its recent evolution*, Ariel Ezrachi (ed.), Hart Publishing, 2009, s.19-49.
- Lübbig Thomas, Potter Alex, Aitken James, Janssens Thomas, "Intel in the Court of Justice", *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, 2017, (çevrimiçi) http://knowledge.freshfields.com/h/Global/r/3581/intel_in_the_court_of_justice , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Nihoul, Paul, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, Vol. 5, No. 8, (çevrimiçi) <https://academic.oup.com/jeclap/article/5/8/521/1821424> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Özkan Ahmet Fatih, "Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt: 4 Sayı:1.
- Padilla Jorge, Slater Donald, "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82", *GCLC Research papers on Article 82 EC, Belgium*, 2005, s.84-104.
- Samà Danilo, "The Antitrust Treatment of Loyalty Discounts and Rebates in the EU Competition Law: In Search of an Economic Approach and a Theory of Consumer Harm", *Luis Guido Carli University of Rome*, 2012, (çevrimiçi) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425100 (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Toplensky Rochelle, "Intel Wins Review of EU's €1bn Antitrust Fine", *Financial Times Press*, 2017, (çevrimiçi) <https://www.ft.com/content/f460ef98-930f-11e7-bdfa-eda243196c2c> , (Erişim Tarihi: 21.02.2018).
- Venit James S., "The EU General Court Upholds the European Commission's Decision Regarding Exclusivity Rebates on the Microprocessor Market (Intel)",

e-Competitions Bulletin, 2014, (çevrimiçi) <http://awa2015.concurrences.com/articles-awards/business-articles-awards/article/the-eu-general-court-upholds-the-european-commission-s-decision-regarding>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

"Why the European Commission's Intel Decision is Wrong", Intel Pressroom, 2009, (çevrimiçi) https://www.intel.com/pressroom/legal/docs/EC_response092109.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Zenger Hans, "Intel And The Future of Article 102", Charles River Associates Competition Memo, Brussels, 2014, (çevrimiçi) http://www.crai.com/sites/default/files/publications/Intel_and_the_future_of_Article_102.pdf, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Zenger Hans, "Loyalty Rebates and The Competitive Process", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, No. 4, pp. 717-768, 2012, (çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2019185, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Mevzuat

AB Komisyonu'nun Uygulama Önceliklerine Dair Rehberi (2009) (Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings).

Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma (The Treaty On The Functioning Of The European Union)

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz

Diğer Kaynaklar

ABAD'ın 90/17 numaralı basın açıklaması, "Judgment in Case C-413/14 P Intel Corp. v European Commission", Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 90/17, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02. 2018).

Intel Corporation'ın Genel Mahkeme'nin kararına ilişkin 28 Ağustos 2014 tarihli temyiz talebi kapsamındaki ana argümanları, "Appeal brought on 28 August 2014 by Intel Corporation against the judgment of the General Court (Seventh Chamber, Extended Composition) delivered on 12 June 2014 in Case T-286/09 Intel Corporation v European Commission", Official Journal of the European Union, 2014, (çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3A0J.C_.2014.395.01.0025.01.ENG, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case C- 413/14 P Intel Corp. v European Commission dosyasındaki görüşü, "Advocate General's Opinion in Case C-413/14 P Intel Corporation Inc. v Commission" Avrupa Adalet Divanı Basın Duyurusu, Luxemburg, 2017, No. 114/16, (çevrimiçi) <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-10/cp160114en.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Kanun Sözcüsü Nils Wahl'ın Case Case C- 67/13P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission dosyasındaki görüşü, "Groupement des cartes

bancaires (CB) v European Commission”, Luxemburg, 2014, (çevrimiçi) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=EN>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

“The Role of Efficiency Claims in Antitrust Proceedings”, Policy Roundtables, 2012, (çevrimiçi) <http://www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.02.2018).

Rekabet Kurulu Kararları

Rekabet Kurulu’nun 23.02.2017 tarihli ve 17-08/99-42 sayılı Luxottica kararı.

Rekabet Kurulu’nun 20.11.2015 tarihli ve 15-41/675-237 sayılı Tüpraş kararı.

Rekabet Kurulu’nun 12.06.2014 tarihli ve 14-21/410-178 sayılı Mey içki kararı.

Rekabet Kurulu’nun 17.01.2014 tarihli ve 14-03/60-24 sayılı Tüpraş kararı.

Rekabet Kurulu’nun 31.01.2013 tarihli ve 13-08/88-49 sayılı ABBOTT kararı.

Rekabet Kurulu’nun 01.10.2012 tarihli ve 12-47/1413-474 sayılı U.N. Ro Ro kararı.

Rekabet Kurulu’nun 30.03.2011 tarihli ve 11-18/341-103 sayılı Doğan Yayın Holding kararı.

Rekabet Kurulu’nun 21.01.2011 tarihli ve 11-03/42-14 sayılı Seramik Yapıştırıcıları kararı.

Rekabet Kurulu’nun 20.04.2009 tarihli ve 09-16/374-88 sayılı Sanofi Aventis İlaçları Ltd. Şti. kararı.

Rekabet Kurulu’nun 06.04.2006 tarihli ve 06-24/304-71 sayılı Frito Lay kararı.

Rekabet Kurulu’nun 02.06.2005 tarihli ve 05-38/487-116 sayılı Ülker kararı.

Avrupa Birliği Kararları

ABAD’ın 6 Eylül 2017 tarihli Case C- 413/14 P - Intel Corp. v European Commission kararı.

ABAD’ın 6 Eylül 2015 tarihli Case C-23/14 - Post Danmark A/S v Konkurrenceradet kararı.

ABAD’ın 6 Eylül 2015 tarihli Case C- 67/13 P Groupement des cartes bancaires (CB) v European Commission kararı.

ABAD’ın 19 Nisan 2012 tarihli Case C-549/10 - Tomra Systems ASA and Others v European Commission kararı.

ABAD’ın 27 Mart 2012 tarihli Case C209/10 - Post Danmark vs Konkurrenceraadet kararı.

ABAD’ın 17 Şubat 2011 tarihli Case C-52/09 - Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB kararı.

ABAD’ın 15 Mart 2007 tarihli Case C-95/04 - British Airways v Commission kararı.

ABAD’ın 9 Kasım 1983 tarihli Case 322/81 - NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities kararı.

ABAD’ın 13 Şubat 1979 tarihli Case C-85/79 - Hoffmann-La Roche kararı.

Genel Mahkeme’nin 12 Haziran 2014 tarihli Case T-286/09 - Intel Corp v Commission kararı.

Genel Mahkeme'nin 15 Mart 2007 tarihli Case C-95/04 - British Airways v Commission kararı.

Genel Mahkeme'nin 30 Eylül 2003 tarihli Case T-203/01 - Michelin v Commission kararı.

Komisyon'un 13 Mayıs 2009 tarihli Case COMPC-3 /37.990 - Intel kararı.

Komisyon'un 7 Eylül 1981 tarihli Case COMP 81/969 - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin I) kararı.