

ELMADAĞ

NOTES

Sayı : 06/2022

Dijital Dünyada Hukukun Yeri

Metaverse ve Dijitalleşme Sürecinde Hukuk

**E- Nabız Uygulaması ve
Kişisel Verilerin Korunması**



Hukuk ve Dijitalleşme

Çağın gelişimi özellikle de bilişim teknolojileri alanındaki gelişmeler kaçınılmaz olarak hukuk dünyasına da sıçramakta ve hukuk dünyasında da dijitalle doğru bir devinim gerçekleşmektedir. Peki hayatlarımızın her alanına farklı yenilikler getiren ve getirmeye devam edeceğinin de garantisini veren dijitalleşme nedir?

ELMADAĞ AVUKATLIK ve DANIŞMANLIK

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

SORUMLU MÜDÜR

Fethullah ERKO

EDİTÖR

Av. Güniz ÇİÇEK

YAZARLAR

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK, Av. Erhan MUTLU, Stj. Av. Zeynep TEZCAN, Av. Beyza UYGUN, Stj. Av. Umut Emre KAYA, Av. Şeymanur AKINCI, Av. Güniz ÇİÇEK, Stj. Av. Zülal HEYBET, Stj. Av. Hüseyin Çağatay ÇAPAR, Av. Gamze ESİRTİ, Av. Dilara TEMİZSOY, Stj. Av. Merve ÇAYIR, Stj. Av. Abdulkadir TAPLAMACI, Av. Tansu BEYAZ, Av. İrem ERKOÇ TANIŞIR, Stj. Av. Osman BAŞ, Av. Tolga İNCE, Stj. Av. Dilara Burcu ZİHNİ, Av. Arb. Aysun ERDEN ONAY, Stj. Av. Hamza Fatih EKİCİ, Av. Özge ÖZGENCİL ÖZEL, Av. Emre TEREKLİ, Av. Mustafa ÖZTÜRK, Stj. Av. Enis AKTÜRK

TASARIM

CYCLE Marketing Dijital Strateji Danışmanlığı A.Ş.
Amavutköy Mah. Hameyn Çıkması Sok. No:1 Beşiktaş, İstanbul
+90 212 986 01 11 • hello@cycle-marketing.com

BASKI

Matsis Matbaa Hizmetleri San. ve Tic.Ltd.Şti.
Tevfikbey Mahallesi Dr. Ali Demir Caddesi No: 51 34290 Sefaköy - İstanbul
+90 (212) 624 21 11 • selman@matbaasistemleri.com

DERGİ YÖNETİM YERİ

Esentepe Mahallesi, Büyükdere Caddesi, Keskin Kalem Sokak, No:17/7,
ARYA Plaza 34394, Şişli/ İstanbul
+90 (212) 288 28 68

E-posta

info@elmadaghukuk.com

Web

www.elmadaghukuk.com

LinkedIn

ElmadagLawFirm

ISSN

2667-4157

ÖNSÖZ



Değerli Okuyucularımız,

Hukukun toplumun bir yansıması olduğu tartışmasız olup buna bağlı olarak da sosyal yaşantıdaki değişimlerden kimi zaman son derece hızlı bir şekilde, kimi zamansa daha geriden takip ederek etkilendiği aşikardır. Dergimizin bu sayısında temel olarak gerek ülkemizde gerekse tüm dünyada baş döndürücü bir hızla gelişen dijital dönüşüm ve metaverse dünyasının hukuka olan etkisini incelemeye çalıştık.

İlk olarak 1992'de bilim kurgu yazarı Neal Stephenson tarafından icat edilen metaverse, eğlenceden ticarete, iş gücünden güzel sanatlara kadar birçok alanda kullanılabilecek bir dizi birbirine bağlı sanal dünya, aynı zamanda üç boyutlu avatarlar aracılığıyla keşfedeceğimiz yeni nesil internet olarak adlandırılıyor.

Günümüzde geldiği aşama olarak metaverse, bilim kurgunun ötesine geçerek, geleceğin kolektif bir vizyonu olan adeta "teknososyal bir hayal" haline gelmeye başladı. Bu durumun sonuçları sosyoloji ve psikoloji başta olmak üzere birçok disiplin tarafından çoktan incelenmeye başladı bile. Hukuk dünyasının

bu gelişmelerden sonuç çıkararak gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesine ise biraz daha süre var gibi görünmekle birlikte mevcut durumun gündeme getirebileceği bazı hukuki boşluklar ya da yakın zamanda tartışılması muhtemel birtakım hukuki sonuçlar biz hukukçular için oldukça iştah açıcı diyebiliriz.

Henüz dijital dönüşüme tam adapte olamamışken, metaverse dünyasının hukuk düzenimize yansımaları ele almak şu an için erken gibi görünse de şimdiden hukuk dünyasındaki yansılara yönelik biraz egzersiz yapmak biz hukukçuları her zaman için geliştirmiş, değerlendirmelerimizde farklı vizyonların açılmasına katkı sağlamıştır.

Bu amaçla yola çıktığımız 6. Sayımızda, metaverse ve dijital dünyadaki gelişmelerin yanı sıra ticari hayata, işçi ve işveren ilişkilerine, uluslararası hukuki gelişmelere dokunan ve aynı zamanda sosyal hayatımızı yakından etkileyen ve güncelliğini uzun süre koruyacak olan birçok hukuki konuya da yer vermeye çalıştık.

Sizlere bu bakış açısı ile hazırlamış olduğumuz dergimizi, değerli zamanınıza keyifle eşlik etmek üzere bir kez daha takdirlerinize sunuyoruz.

Saygılarımla,

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

İÇİNDEKİLER

08

METARVERSE VE DİJİTALLEŞME SÜRECİNDE HUKUK

Av. Dr. Ramazan ARITÜRK

12

METaverse VE HUKUK

Av. Erhan MUTLU

24

HUKUK VE DİJİTALLEŞME

Stj. Av. Zeynep TEZCAN

30

E-NABİZ UYGULAMASI VE KVK

Av. Beyza UYGUN

39

THE POSSIBILITY OF INCORPORATION OF JOINT STOCK COMPANIES THROUGH CONTRIBUTIONS CONSISTING OF CRYPTOCURRENCIES

Stj. Av. Umut Emre KAYA

45

REKABET HUKUKUNDA HUB & SPOKE TİPİ KARTEL OLUŞUMU

Av. Şeymanur AKINCI

53

SIGNIFICANT CHANGES TO ICSID RULES AND REGULATIONS

Av. Güniz ÇİÇEK

58

TÜRK VATANDAŞLIĞINA KABUL ŞEKİL VE ŞARTLARI NELERDİR?

Stj. Av. Zülal HEYBET

66

YABANCILARIN TÜRKİYE'DE ŞİRKET KURMASI

Stj. Av. Hüseyin Çağatay ÇAPAR

69

KİRA SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

Av. Gamze ESİRTİ

76

TAHLİYE DAVASINA KONU TAŞINMAZIN DEVRİYLE BERABER TAŞINMAZA İLİŞKİN TAHLİYE

Av. Dilara TEMİZSOY

82

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ VE SONUÇLARI

Stj. Av. Merve ÇAYIR

91

SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU
Stj. Av. Abdulkadir TAPLAMACI

104

**TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ HAKKINDA
KARAR VERME YETKİSİNE SAHİP OLUP OLMADIKLARI HUSUSUNUN
İNCELENMESİ**
Av. Tansu BEYAZ

110

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ
Av. İrem ERKOÇ TANIŞIR

119

İŞ HUKUKUNDA UZAKTAN ÇALIŞMA
Stj. Av. Osman BAŞ

132

**İŞ YERLERİNDE COVID-19 AŞI KARTI UYGULAMASININ İŞ HUKUKU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**
Av. Tolga İNCE

136

**7343 SAYILI İCRA VE İFLAS KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI HAKKINDA KANUN'UN ÇOCUK TESLİMİNE, ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ
KURULMASINA VE VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN GETİRDİĞİ
YENİLİKLER**
Stj. Av. Dilara Burcu ZİHNİ

143

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK MİLLETLERARASI YETKİ İTİRAZI SORUNU

Av. Arb. Aysun ERDEN ONAY

148

AŞI REDDİNİN CEZAI YAPTIRIMI

Stj. Av. Hamza Fatih EKİCİ

152

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Av. Özge ÖZGENCİL ÖZEL

157

HAKSIZ KORUMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVALARI

Av. Emre TEREKLİ

161

CEZA HUKUKUNDA HÜKMÜN NİTELİK VE NİCELİĞİNE GÖRE İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLUNA TAŞINABİLECEK KARARLAR

Av. Mustafa ÖZTÜRK

173

CEZA YARGILAMASINDA ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR PRENSİBİNİN UYGULANMASI

Stj.Av. Enis AKTÜRK

METARVERSE VE DİJİTALLEŞME SÜRECİNDE HUKUK



Kelime anlamı olarak “öte evren” veya “evren ötesi” şeklinde tercüme edebileceğimiz “metaverse”, son yıllarda özellikle gelişen sosyal medya uygulamalarının yaygınlık kazanmasıyla birlikte ortaya çıkan sanal dünyanın son iddialı versiyonudur. Metaverse teknolojisi, içerisinde blockchain (blokzincir) teknolojisini kullanarak, kişilere değiştirilemeyen, kopyalanamayan, kanıtlanabilir kimlikler sağlamak suretiyle karşımıza çıkan dijital bir evrendir. Esasında sosyal medyanın hayatımızın vazgeçilmezi haline gelmesiyle birlikte sanal kişilik ve sanal kişiliklerin onları yaratan gerçek kişilerle olan bağlantısı felsefi, siyasi ve hukuki zeminde çokça tartışıldı. İnsan gerçek dünyada somut varlığı henüz felsefi düzlemde açıklığa kavuşturulamamışken sanal kişiliklerin hukuki bir tanıma sığdırılması oldukça güç bir uğraş

olarak karşımızda durur.

Öte yandan konu sadece kişinin sanal ve gerçek dünyada tanımlanmasının da ilerisine giderek kişiler arası etkileşimi de içeren sosyal bir yanının olduğu da aşikar. Bu bağlamda, metaverse başta medeni hukuk olmak üzere ticaret hukuku, ceza hukuku (özellikle bilişim suçları), bilişim hukuku, vergi hukuku, fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku, gayrimenkul hukuku gibi pek çok farklı hukuk alanının da ilgi alanı içerisinde yer alır. Bu durumu “Metaverse ile Artırılmış Gerçeklik” teknolojileri konularında çalışan RoofStacks’ın CEO’su Burak Soylu’nun, “Bugünkü ekonomik göstergeler esas filmin bir fragmanı. Metaverse’ün kendi hukuku ve anayasası oluşacak.” sözlerinden daha iyi anlarız. Elbette her yeni teknoloji kendi iddiasını pazarlama



amacıyla daha abartılı bir dil kullanmak durumundadır ve bu nedenle "metaverse"nin geleceği konusunda da temkinlilik payı her zaman düşüncelerimizde yer almalıdır; ancak sosyal medyanın bireysel ve toplumsal alanda yarattığı etkileri gözlemlediğimizde hukukun şimdiden bu konuda çalışmaya başlaması gerektiği gerçeği de yadsınamaz.

Metaverse, blockchain teknolojisi ile birlikte ele alındığında hiç şüphesiz küreselleşme atılımlarının bir ürünüdür. Burada ulus-devletlerin bünyelerinde barındırdığı karmaşık ve birbirinden farklı (bunca çabaya rağmen kısmen uyumlulaştırılabilmiş) yasal mevzuatları, gelenekleri, kültürleri, dinleri, siyasal mekanizmaları ve daha pek çok mikro unsurun sanal bir gerçeklik yaratılarak aşılması ve bireyselliğin ön planda yer aldığı bir yeni dünya kurgulanması söz konusudur. Bu açıdan bakıldığında metaverse düzleminde hiç şüphesiz en önemli sorular ticaret hukuku ve

gayrimenkul hukuku alanlarında ortaya atılır. Şu an henüz siyaset felsefesinin "doğal halini" andırır bir durumda bulunan metaverse, arsa alım-satımı gibi işlemlerle ilk olarak mülkiyet hakkını gündeme getirir. Bu konuda Burak Soylu'nun dediği gibi "Blockchain sistemi kullanıcılara güvenilir ve takip edilebilir bir ağ sunuyor." Ayrıca akıllı sözleşme (smart contracts) teknolojisi ile otomatik sözleşme gerçekleştirilebileceği söylenebilse de, metaverse evreninde sürekli edimli ilişkiler de geliştirilebilecektir.

Metaverse, gerçek kişilerin sanal dünyadaki yansımalarını içerisinde barındırdığı için gerçek kişilerin işleyebileceği pek çok suç tipi dijital kişilikler yoluyla metaverse aleminde de işlenebilir. Sosyal medyadan da aşına olduğumuz bu durum, özellikle hakaret, tehdit, cinsel taciz, dolandırıcılık gibi suç tiplerine karşı metaverse'te de önlemlerin alınmasını gerekli kılar. 2012 yılında Hollanda Yüksek Mahkemesi, iki gencin çevrim içi oyun platformu Runescape'te başka bir gençten sanal bir muska çalmasına ilişkin mahkûmiyet kararını onaylamış ve muskanın, elde edilmesi için harcanan zaman ve çaba nedeniyle, gerçek bir değere sahip olduğunu ifade eder. Metaverse evreninde bu doğrultuda çok sayıda kararın gerekeceği de aşıkar.

Metaverse teknolojisi, NFT teknolojisini de bünyesinde barındırır. Dijital ortamda satışa sunulan NFT koleksiyonları, sanal ortamda üretilen, sergilenebilen ve üzerinde mülkiyet hakkı elde edilebilen bütün metaları kapsar. Dijital sanat eserlerinin NFT teknolojisiyle mülkiyet altına alınması ve satışa sunulabilmesi, geleceğin fikri mülkiyet



"Metaverse, maddi hukuk yanında yargılama süreçlerine de etki edebilir. Örneğin, bütünüyle dijital olan bir evrende ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların fiziki dünyada gerçekleşmesi ne derece makuldür? "

hukukunu da önemli ölçüde değiştirir. Dijital sanat eserlerinin yanında ünlü moda ve aksesuar markaları da ürünlerini NFT projelerine dönüştürebilir. Nitekim metaverse evreninde bütün bu ürünlerin içerisinde yer aldığı NFT pazaryerlerinde bir sanatçının eseri, izinsiz şekilde sergilendiğinde telif hakkı uyuşmazlıkları çıkabilir.

Metaverse evreni tüm bu bahsettiğimiz konularda zaman zaman belirli bir alım satım işlemini içerdiği için özellikle elde edilen gelirin nasıl ele alınacağına ilişkin sorunlar kapsamında vergi hukuku da önemli bir yer tutar. Özellikle küresellik olgusunu merkezinde bulunduran dijital platformlar denetimsizlik sorunu ile karşı karşıya. Bugün pek çok sosyal medya platformu kara para aklama faaliyetleri için kullanılıyorken bütünüyle fiziki karşılığı olmayan metaverse alemi bu şekilde kötü amaçlar için uygun bir zemin yaratabilir. Bu nedenle tüm para akışının takip edilmesi ve buna göre vergilendirilmesi elzemdir. Ancak tüm hukuk alanları içerisinde oldukça eski olan vergi mevzuatımızın bu konuya ne ölçüde adapte olabileceği de sorulması gereken sorular arasında yer almaktadır.

Metaverse, maddi hukuk yanında yargılama süreçlerine de etki edebilir. Örneğin, bütünüyle dijital olan bir evrende ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların fiziki dünyada gerçekleşmesi ne derece makuldür? Yahut metaverse evreninde bu yargılamaların yapılması uyuşmazlığın ait olduğu dünyada sonuca bağlanması noktasında daha mı etkin sonuçlar doğurabilir? Burada uyuşmazlıklar karara bağlanırken, kararın icrasına ilişkin

cebir, zorlama gücü o dijital evrenin hukuki sahibi olan şirkete mi aittir, yoksa bu konuda devletin tekeli devam mı edecektir? Uyuşmazlıklara ilişkin delillerin niteliği değişir mi ya da yeni delil tipleri de bu konuda ortaya çıkabilir mi? Oldukça komplike bir altyapıyı ve kendi içerisinde büyük ölçüde yeni jenerasyonların adapte olabildiği bir kültürü barındıran metaverse evreninde, görece bu kültürden kopuk yetişen yargı mensuplarının karar almasını beklemek ne kadar sağlıklıdır? Bu konuda salt bilirkişilik kurumu yeterli mi veya bilirkişilerin mahkeme üzerinde mutlak etki doğurmasına neden olabilir mi bu sorun? Tüm bu sorular hukukun neden daima bir bütün olarak ele alınması gerektiğini de ortaya koyar. Ancak şurası bir gerçek ki hukuk yaşamla birlikte ortaya çıkan bir olgudur. Dolayısıyla henüz genç yaşta olan metaverse evreni, a priori olarak ele alınamayacak bir gelişmedir. Ancak uygulamalar arttıkça tecrübeler etrafında hukuka konu olabilir. Bu konuda hukuki açıdan önceden atılacak adımlar, teknolojik atılım heyecanının durgunlaşmasına da neden olabilir. Hiç şüphesiz sanal veya gerçek tüm evrende hukukun adaleti gözetilen temel ilkeleri sabittir. Bu ilkeler etrafına örülecek olan hukuk sisteminin teknik boyutları ise zamanla daha net şekilde ortaya çıkacaktır.

METaverse VE HUKUK



1.GİRİŞ

Gelişen teknoloji dünyası ile birlikte hukuk alanının da buna bağlı olarak gelişiyor olması kaçınılmaz bir gerçektir. İnternet çağında yaşadığımız bu dönemde sanal yollar ile gerçekleştirilen her işlemin arkasında hukuki bir işlem yatmakta olup, yapılan tüm eylemlerin de hukuki bir yaptırımı doğurması sonucu ortaya çıkmaktadır. Çoğu zaman kendini geliştiren teknolojiyle hukuk sistemleri de gerçekleşen eylemlere göre kendini şekillendirse de zaman zaman öngörülebilir gelecek sanal projeleri için birtakım hukuki sorunların önüne geçmek adına hukuki anlamda zemin çalışmaları yapılması gerekmektedir. Kurgusal evrenin her alanda kendini geliştirmesi ile aklın dahi zor algıladığı alanlarda hukuki tanımlama yapma zorunluluğuna gitmek gerekmektedir.

Hayatımıza hızla giriş yapan sanal paralardan sonra sanal hayat âlemlerinin yani kurgusal evrenlerin yaşamımıza giriş yapması ve bu kurgusal evrenlerin de git gide gelişmesi ile alternatif yaşam düzenine dönüşmesi, yaşam düzeni kurulması sonrasında adalet kavramı ekseninde hukuki yaptırımların bu sanal düzlemlere nasıl uygulanacağı konusu merak uyandırmaktadır. Her ne kadar daha yeni gelişmekte olan alanlar da olsalar kurgusal evrenler, kişilerin hak ve hukuk aradığı bir yapıya gelmiş olmakta ve bu düzlemlere ilişkin yeni emsal kararlar verilmektedir. Bu makalemizde öncelikle metaverse'ün yani Türkçe karşılığı "evren ötesi"nin ne olduğu ve bu kurgusal evren düzleminde gerçekleşen tüm eylemlerin hukuki yansımalarına değineceğiz. Söz konusu metaverse, çok yeni ve hızlı gelişen bir internet sahası teknolojisi olduğu için şu aşamada, verilen bazı emsal olabilecek kararlar dışında hukuken salt yoruma

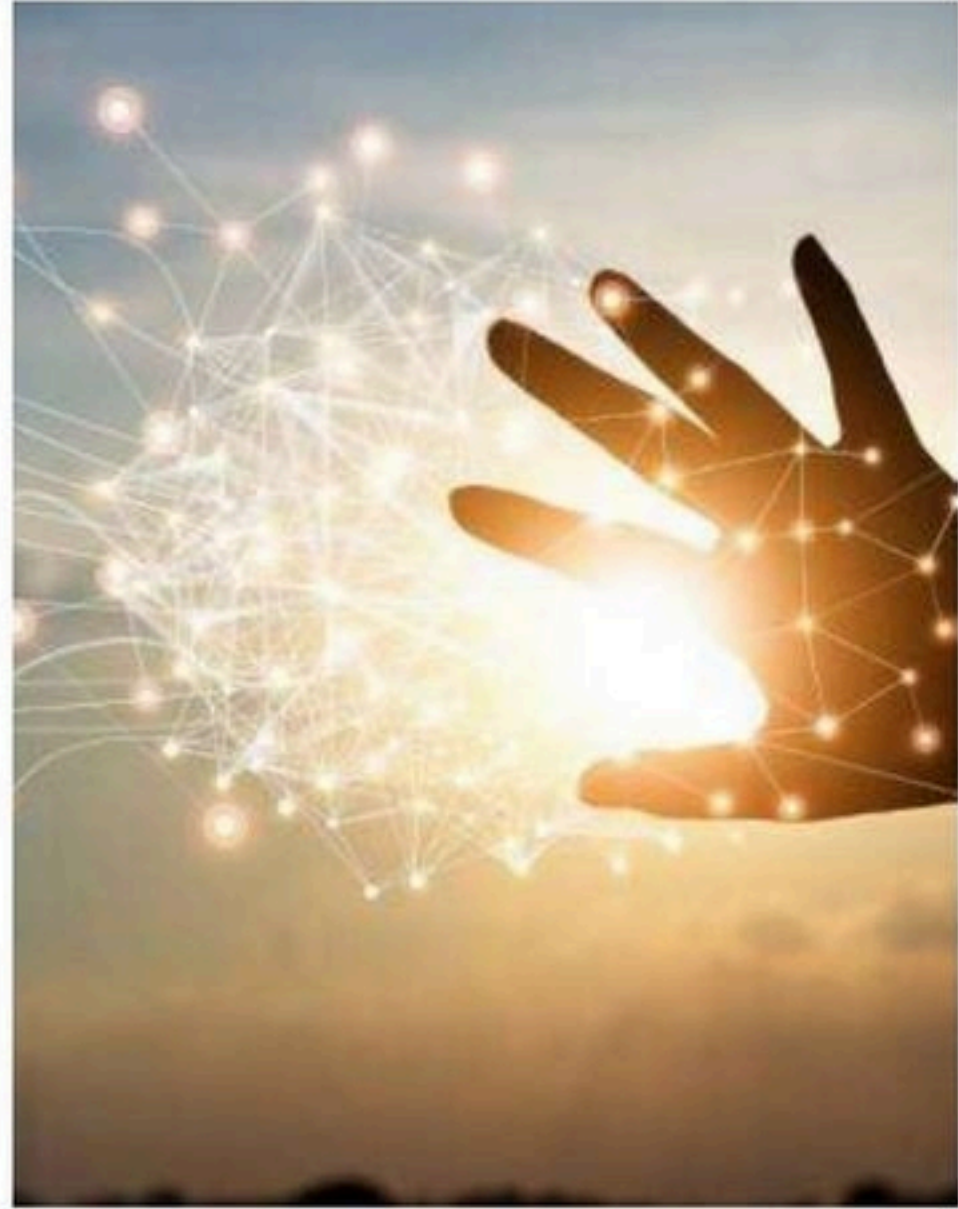
dayalı bir kurgusal evren olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Metaverse Nedir?

Metaverse birçok kişinin kendi sanal temsilleri yani avatar olarak tanımlanabilecek sanal gerçeklikleri sayesinde birbirleriyle ve dijital nesnelerle etkileşime girebildiği, sürekli açık olan kurgusal evrenden oluşan bir ağıdır. Söz konusu bu ağ dünyanın bir izdüşümü olarak düşünülebileceği gibi aynı zamanda yaratılan bir ütopyik ya da distopik bir paralel evren olarak da düşünülebilir. Söz konusu kişiler oluşturdukları karakterler ile bu kurgusal evrende sanki kendi yaşamlarının alt evrenlerini yaratabilecekleri gibi olmak istedikleri bilinçaltı yaşamlarını da kurgusal evrene taşıyabileceklerdir.

Metaverse kavramı ilk kez Neal Stephenson'ın 1992 yılında yayımladığı bilimkurgu romanı Snow Crash'de ortaya çıkmıştır. Bu romanda metaverse kavramı kurgusal bir dünya olarak betimlenmiştir.¹ Nitekim metaverse kavramı, ortaya atıldığı ilk dönemlerde aşırı abartılı ve spekülasyonlu bir gelecek perspektifi olmakla eleştirilmiştir.

Gelişen teknoloji ile kişiler fiziksel dünyayla olan bağlarını en aza indirgerken, diğer yandan da teknoloji devrimi gerçekleşmektedir. Merkezi işlem üniteleri, grafik işlem üniteleri, veri işleme, makine öğrenmesi, yapay zekâ ve kriptografi gibi teknolojilerde muazzam yollar kat edilmiştir. 2010'lara geldiğimizde bunlar, daha da üst düzey teknolojik fikirlerin önünü açmıştır. Örneğin; blokzincir teknolojisi; verileri,



merkezî olmaksızın güvenli bir şekilde işlemeyi mümkün kılmıştır. Blokzincirin en popüler uygulaması kriptoparalar olsa da bu teknoloji, gücün tek elde toplanmasını istemediğimiz ve gizliliğin önemli olduğu her yere uygulanabilir; dijital kimlikler, devlet yönetimi, sağlık, sigorta, hukuk, blokzincir uygulamalarının belirmeye başladığı sahalardan sadece birkaçıdır.²

Tüm bu gelişmelerden sonra tüm bu alanların aynı sanal evrende kullanılabileceği bir kurgusal düzlem oluşturulmuştur. Bu evrende metaverse olarak tanımlanmaktadır. Metaverse çok yeni bir düzlem olduğu için çeşitli tanımları yapılmıştır. Böylesine bir yaratılmış evrenin tek ve gerçek bir tanımının yapılması doğru olmayacaktır. Metaverse'ü çoğu kişi, "Ticaret ve eğlencenin ötesinde sanal topluluklar yaratmaya olanak tanıyan bir konsept olduğu; kullanıcıların avaturları aracılığı ile etkileşime geçebildiği üç

boyutlu sanal alanı kapsayan yeni nesil bir internet olduğu ve siber uzaydaki 'dijital büyük patlama' olarak" betimlemektedir.³

Aynı zamanda yayımlanan yazılarda; metaverse'ün tematik olarak birbirine bağlı kapsayıcı deneyimleri mümkün kılmayı hedeflediği belirtilmektedir.⁴ Yakın bir zamanda ön adına Meta eklenen Facebook Inc.'nin CEO'su Zuckerberg 2021 tarihli bir röportajında metaverse'ün "...mevcudiyet/yan yana olma hissini sunacağını, arkadaşlarla/aileyle bir araya gelmek, alışveriş yapmak, çalışmak, eğlenmek gibi deneyimlerin yanı sıra bugünkü bilgisayarlar ve telefonlar hakkında nasıl düşündüğümüzün ötesinde bambaşka deneyimler yaşanabileceğini, bir hologram şeklinde ofise, işe veya ailenizin evine teleport gerçekleştirilebileceğini...." ifade etmektedir.

Kanaatimce bir tanımlama yapmak gerekirse metaverse;

"Gerçek hayata dair tüm alanların sanal izdüşümlerinden oluşan, kişilerin bilinçaltılarında olmak istedikleri kişilikleri ya da yaşamak istedikleri hayatları sanal düzlemde sunan, hayat çizelgesinde zaman kaybı algısını yok etme gayesi ile kişileri aynı anda sanal gerçeklik boyutu ile buluşturan, bireylere yeni bir gerçeklik, anlam dünyası ve iş birliği fırsatları sunan, kültürel, entelektüel ve ekonomik üretim için alt yapı ve etkileşim olanakları tanıyan kurgusal bir siber toplum evrenidir".

Bu anlatımlarla metaverse yeni bir siber toplum, kurgusal evren gibi betimlemeler yapıldıktan sonra bir toplum oluştuktan sonra ilk akla gelen kurallar ilkesinin konuşulması gerekir. Bir toplumdan bahsedildiği anda ilk insan teoremi ile gelen toplumun olduğu yerde oluşmaya başlayan kurallar ve toplumun gelişmesi ile ortaya



çıkan adalet ve eşitlik olgusunun sonucu hukuk kurallarının konuşulması gerekecektir. Metaverse gelişmesi ile oluşturulacak avatarların oluşturduğu sanal toplum için de aynı ilkelerin gözetileceği kuşkusuz olup bu sanal gerçeklik düzleminin de bir hukuk kurallarına tabi olması gerekeceği düşünülmektedir. Her toplumda bireylerin

uyması gereken bir hukuk kuralları olduğu düşünüldüğünde sanal toplum olgusunun hukuk kurallarından bağımsız şekilde işlerlik kazanması o sanal toplumun çöküşünü getirebilecektir. Aynı zamanda söz konusu sanal düzlemde oluşturulan karakterlerin de gerçek kişiler tarafından yönetildiği/ oynandığı düşünüldüğünde, söz konusu



avatarın gerçekleştirdiği eylemlerin avatarı yöneten kişiyi de bağladığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Basit bir anlatımla; metaverse kişilerin gerçek hayatta gerçekleştirebildiği eylemlerin çoğunluğunu, siber toplumda gerçekleştirmesi olarak betimlendiğinde, hukuku da işbu eylemlere ilişkin her

konuda görebileceğimizi söyleyebiliriz. Örneğin; metaverse düzleminde, bir kişiye/ avatara hakaret edildiğinde bu hakaret bilişim hukuku alanlarından bilişim ceza hukukunu, metaverse düzleminde bir sanal gayrimenkul alınması halinde gayrimenkul hukukunu, yapılan satış işlemlerinin edimlerinin yerine getirilmemesi ticaret ve borçlar hukukunu ilgilendirecektir. Yani gerçek hayatta; toplumda, gerçekleşen tüm hukuki eylemlerin sanal dünyadaki izdüşümlerinin de hukuki boyutlarının oluşacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

3. Metaverse Sanal Evreninde Ceza Hukuku Değerlendirilmesi

Metaverse kurgusal evreninde ceza hukukunu ilgilendirebilecek birçok uyuşmazlık karşımıza çıkabilecektir. Kişiler tarafından oluşturulan avatarların sanal dünyada gerçekleştirdiği eylemlerin reel dünya hukuk kurallarına tabi olup olmadığı gelişen sanal evren kuralları ile netlik kazanacaktır. Oluşturulan avatar kişiliğinin haklarının "sanal insan hakları" olarak nitelendirilmesi yapılıp yapılmayacağı ve bu insan hakları ihlallerinin yaptırımlarının ne olacağı şu aşamada net olmayıp, bu konuda uluslararası bir sanal evren ceza hukuk kuralları oluşturulması söz konusu olabilecektir. Çünkü ceza hukuku, tabiatı ve süregelen gelişimi gereği atıf ve kıyasın pek de mümkün olmadığı bir alan olup sanal evrende, gerçek kişilerin oluşturdukları karakter üzerinden yönlendirmesine bağlı olarak hareket eden avatar eylemlerinin suç olarak nitelendirilmesi durumunda, nasıl bir ceza uygulanacağı sorunsalı ortaya

çıkacaktır.

Söz konusu evrenin zeminlerinin atıldığı aşamada gerçekleşen reel dünyada cezai yaptırımları olan olaylar söz konusudur. Şöyle ki; eski Facebook yeni Meta şirketinin⁵ metaverse evreninde bir kadın, sözlü tacize uğradığını belirtmiş ve ekran fotoğrafı olarak bu hususu ortaya koymuştur. Amerika haberlerinde yer alan verilerde metaverse bu durumu doğrulamış olup bu hususta gerekli kuralların oluşturulması açısından çalışmalar yapıldığı belirtilmiştir. Bu olay da uluslararası bir sanal hukuk kurallarının oluşturulması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak; şu aşamada, kurgusal evren olan metaverse evreninde hakaret, tehdit, cinsel taciz, nitelikli dolandırıcılık gibi birçok suç tipinin bir yaptırım olmaksızın gerçekleşebileceği söylenebilir. Bununla birlikte birçok farklı suç tipleri de dolaylı olarak metaverse evreninde işlenebilecek durumdadır.

4. Metaverse Sanal Evreninde Gayrimenkul Hukuku Değerlendirilmesi

Metaverse sanal evreninde oluşturulan dijital arsa ve dijital gayrimenkul satışları söz konusu olmaktadır. Bu anlamda sosyal ağda gördüğümüz üzere metaverse evreninde arsa satışları oldukça popüler olup bu satışlar beraberinde hukuki hususları da getirmektedir. Gerçek dünya enflasyon düzeninde bile gayrimenkullerin günlük değerlendirilmesi söz konusu iken sanal evrende de bu hususun tartışması yapılacaktır. Yine aynı zamanda, yapılan

satışların hangi bedel üzerinden olacağı, resmi olarak söz konusu satışların nasıl gerçekleştirileceği de tartışmalı hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanların anayasal hakkı olan mülkiyet hakkının sanal evrendeki izdüşümünün nasıl uygulanacağı ve oluşabilecek hukuki sıkıntılar karşısında ne gibi yollar izleneceği belirsizdir. Bir "tık" ile girilebilen bir sanal evrende yüksek bedellerle alınan arsaların malikinin mülkiyet hakkının kapsamının ve sınırlarının nasıl belirleneceği, belirsizliklerden biridir. Reel hayatta mülkiyet hakkı kişiler mülkleri üzerinde özgürce tasarruf yetkisi verirken, sanal evrende bu hususun nasıl uygulanacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.

Yine üzerinde durulan bir diğer husus ise gayrimenkul alımlarının hızla arttığı sana evrende satın alınan mülklerin üzerine haciz konulup konulamayacağıdır. Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik ("Kripto Varlık Yönetmeliği") kapsamında, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ("TCBM") kripto varlıkları; "dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar" olarak betimlemiştir.⁶

TCMB tarafından yapılan bu tanım kapsamında; kripto varlıkların menkul kıymet veya sermaye piyasası aracı ya da ödeme aracı olarak tanımlanmasının önüne

geçilmişti. Ancak mahkeme kararında; kripto paraların “bir çeşit döviz veya sanal para olarak kabul edildiğini” belirterek, Kripto Varlık Yönetmeliği’nden farklı bir tanım getirmiş ve kripto varlıkların haczinin mümkün olduğuna karar vermiştir. Söz konusu karar, İcra hukuk mahkemesi tarafından kesin olmayarak verilmiş olup, istinaf mahkemesi tarafından bozulması söz konusudur. Burada vurgulamak istediğimiz şudur ki; söz konusu sanal işlemlere ilişkin yapılan eylemlerde, reel dünyada da bile bir hukuki birlik bulunmazken sanal evren olan metaverse düzleminde yapılan bir satış işlemi sonucu edinilen gayrimenkul üzerine haciz konulup konulamayacağı hususunda çok farklı mahkeme kararları ile karşılaşmak mümkün olabilecektir.

5. Metaverse Sanal Evreninde Fikri Mülkiyet Hukuku Değerlendirilmesi

Burada öncelikle non-fungible token yani “NFT” üzerinde durmak gerekecektir. NFT

günümüzde modern sanat eseri olarak görülmekte olup, ulusal tanımı ile dijital bir varlığın benzersiz olduğunu ve bu nedenle birbirinin yerine geçemeyeceğini onaylayan, blok zinciri adı verilen bir dijital defterde depolanan veri birimi olarak tanımlanmaktadır. Metaverse evreni teknolojisi de NFT teknolojisini içinde barındırmaktadır.

NFT’lerin tanımsal nitelendirmeleri diğer sanat eserlerine nazaran daha farklı olsa da aynı hukuki koruma rejimine tâbidirler. Bu eserler içerisinde fikri mülkiyet hukuku hükümlerini barındıran 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”) uyarınca, hukuki koruma altındadırlar. FSEK’in ilgili maddelerine bakıldığında NFT’leri de kapsayan hükümlerin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu alanda meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda, söz konusu kanunun ilgili maddelerince hukuki uyuşmazlık çözülebilecektir.



NFT niteliğindeki sanat eserlerinin oldukça büyük bedellerde satılması dikkate alındığında, eser sahibinin yasal hakları ve neler yapabileceği konusu önem arz edecektir. Eser sahibinin ve dolaylı hak sahiplerinin FSEK kapsamında mali haklarına bakacak olursak bunlar; temsil etme işleme yayma, pay, çoğaltma ve takip hakları olacaktır. Manevi haklar ise; eserin ismini belirleme, eseri kamuya sunma, bilgi verme, eser üzerinde değişiklik yapabilme hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine eser sahibinin yargılamaya ilişkin hakları ise; tecavüzün menî davası, tecavüzün önlenmesi davası, maddi ve manevi tazminat davası açabilme hakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bu haklar NFT eserlerine de uygulanabilecek olup, dolaylı olarak NFT'yi içinde barındıran metaverse sanal evrenine de uygulanacağı sonucu çıkarılabilir.

6. Metaverse Sanal Evreninde Kişisel Verilerin Değerlendirilmesi

Teknolojinin ve sosyal medya kullanımının gelişmesi ile birlikte kişisel verilerin gizliliğinin korunması da tehdit altına girmektedir. Bu zamana kadar kullanılan sosyal platformlarda birçok kişisel veri sızıntıları gerçekleşmekte ve bu konuda büyük şirketlere birçok tazminat davası yöneltilmektedir. Metaverse teknolojisi de kişilerin kurgusal evrendeki olan eylemlerini veri analizi temel alınmak suretiyle doğrudan kararların alınması ile gerçekleştirmektedir. Bu açıdan bakıldığında da metaverse evreni, reel dünyadan farklı olarak internet üzerinden veri akışı olan bir sistem olduğu için verilerin korunması

ve sınırlamalar noktasında tedbirlerin alınması gereken bir platform olarak ortaya çıkmaktadır. Metaverse evreninin bilişim sistemlerinin çok daha ötesinde, çok daha kapsayıcı bir evren olduğu varsayılırsa özel hayatın gizliliği ve kişisel veriler noktasında geniş korumalar getirilmesi olasıdır. Metaverse evreninde şahıs kendisi olarak yer almasa da kendi oluşturacağı avatar ile varlığını devam ettireceğinden kendi kişilik haklarının zarar göreceği algısı ile olaya yaklaşılarak, bu hususta birtakım önlemler almak gerekecektir. Kişilik hakları ihlali bilişim sistemlerinin hukuki olarak en çok darbe aldıkları alan olup, metaverse evreninde olası bir ihlalinde kurgusal düzene çarpıcı şekilde zarar vereceği kesindir. Çünkü metaverse evreni kişinin bir nevi sanal gerçeklik ile varlığını başka bir boyutta devam ettirmesi olarak düşünüldüğünde kullandığımız sosyal platformlardan daha fazla kişilik haklarının korunmasına özen gösterilmesini gerektirecektir.⁷

7. Metaverse Sanal Evreninde Borçlar Hukukunun Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere; gerçek dünyada yapılan tüm eylemlerimiz, bir bakımdan borçlar hukukunu ilgilendirmektedir. Yapmış olduğumuz alışveriş bile borçlar hukuku alanına girmekte olup internet üzerinden yapılan işlemlerimizde genel anlamı ile bir borç doğurmaktadır. Gerçek dünyada uygulanan bu emareleri, metaverse evrenine uyguladığımızda da birtakım sorunlarla karşılaşmak mümkün olacaktır. Kaldı ki; bu işlemleri gerçekleştiren kişilere ilişkin uygulanabilecek tazminat hukuku alanı da

çok soyut şekilde varlığını göstermektedir. Metaverse evreni ile şirketler, metaverse evreninde yeni iş kollarına yönelebilecek olup, bu özel hukuk uyumsuzluklarında kimlerin sorumlu tutulacağı, zararlar sonucunda tazminat taleplerinin kimlerden istenebileceği konularının açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Bu alanlarda henüz bir kanuni yapılanma söz konusu olmadığından ülkelerin nasıl bir uygulama yapacağı merak konusudur. Ortak uygulanabilir uluslararası hukuk normları mı belirlenecek yoksa evren kurucularının otonom kuralları doğrultusunda mı kuralların uygulanacağı da tartışma konusudur. Ülkeler hukuk normlarını oluştururlarken, örf ve adet gibi hususlardan beslenebilmekte olup, bu kapsamda oluşturulacak bir metaverse hukuk kurallarının da nasıl olacağı merakla beklenmektedir. Ancak şu kesindir ki; metaverse evrenin bir kurgusal evren olup tüm dünyada yaşayan insanlar için var olduğu dikkate alındığında, ortak bir amacı hedefleyen insani hakları gözetten bir kurallar zincirinin oluşturulması daha mantıklı olacaktır.

9. Metaverse Sanal Evreninde Miras Hukukunun Değerlendirilmesi

Metaverse teknolojisinin mevcut yansımalarından biri de miras hukuku alanında olacaktır. Kişilerin kurgusal evrende herhangi bir mal ve mülk satın almış olmaları miras konusuna dair tartışmaları da beraberinde getirecektir. Malların ve mülklerin, miras bırakanın kurgusal evrendeki mirasçılara mı yoksa gerçek dünyadaki mirasçılara mı

gececeği konusunda somut bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada dijital miras kavramından bahsetmek gerekecektir. Dijital miras kavramı hukuk sistemlerinde çok yeni bir kavramdır. Bugüne kadar da Türk hukuk sisteminde dijital miras için yasal bir tanım veya ayrı bir yasal düzenleme öngörülmemiştir. Bununla birlikte bazı görüşlere göre bazı dijital varlıkların artık diğer mülk türleriyle birçok benzerlik taşıdığı ve devredilebilecek bir değere sahip olmalarından dolayı dijital mirasın vasiyetler ve mülklerle ilgili kanunlara tabi olması gerektiği savunulmaktadır. Bizimde katıldığımız bu görüşe göre; gelişen teknoloji ile birlikte kişiler malvarlıklarını çok farklı internet sağlayıcısı üzerinde biriktirebilmektedirler. Bilişim sistemleri üzerinde açılan hesaplar, cüzdanlar kişilerin yeni malvarlıklarını korudukları alanlar olmaktadır. Peki ya bu sistemler üzerinde edinilen malvarlığı mirasa dahil olabilecek midir?

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 13.11.2020 tarihli, 2020/1149 Esas ve 2020/905 Karar sayılı kararı ile mirasçılar olan merhumun eş ve çocuk tarafından bir dizi dijital varlığın merhumun mirasının bir parçası olduğunun tespiti için açılan davaya ilişkin dijital mirasın temeli sayılabilecek bir hüküm kurulmuştur. İddiaya konu olan davada; dijital varlıklar bir e-posta ve iCloud hesabıdır.

İlk derece mahkemesi kararında; mirasçılarının ölen kişinin telefonundaki fotoğraf ve video gibi bilgilere başka yollarla erişebildiğini ve e-posta ve iCloud hesabının mirasın

bir parçası olarak belirlenmesine izin verilmesinin özel hayatın gizliliğinin ihlali teşkil edeceğini belirtmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesi, bu tür dijital varlıkların aslında merhumun mirasının bir parçası olup olmadığının tespit edilmesinin gerekli olduğunu ve mahkemenin özel yaşamı koruma gerekçesiyle karar vermekte hata yaptığını belirterek, ilk derece mahkemesi kararının aksi yönünde karar vermiş olup, talep edilen hesapların merhuma ait olup olmadığını ve mirasçılara hesaplardaki bilgilere erişim sağlamanın yasal olup olmayacağını belirlemek için teknik ve hukuki bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtirken, gerekçesinde dijital varlıkların mirasa dahil edilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Gerekçe bölümünde; iddianın temelini oluşturan e-posta ve iCloud hesabının ötesine geçerek, ölen bir kişinin mirası belirlenirken sosyal medya hesabı ve dijital cüzdanlar gibi dijital varlıkların hepsinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre Bölge Adliye Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") miras konusuna uyguladığı 599. maddesinin dijital varlıklar için de geçerli olması gerektiğine hükmetmiştir.

Karar gerekçesinde, Alıntılanan Yargıtay ilamı çerçevesinde eldeki dosyada hiç bir araştırma yapılmaksızın talebin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte eldeki dosyada özel bir durumun söz konusu olduğu da açıktır. Zira talep eden müteveffanın "Apple iCloud" kimliğinin terekenin aktifinde olduğunun da tespitini talep etmiştir. Gelişen

teknolojilerin insan hayatını kolaylaştırması yanında bir kısım yeni kavramlar ve hukuki sorunlar yarattığı bilinen bir gerçektir. Bunların en başında da mülkiyet kavramının başkalaşımının geldiği söylenebilir.

Yakın zamana kadar mülkiyet kavramı menkul ve gayrimenkul mülkiyeti ile bir kısım sınırlı ayni haklar etrafında şekillenirken, son dönemde fikri mülkiyet kavramının gelişimi üzerine ilgili otoritelerce "Fikir ve Sanat Eserleri" mülkiyet hukuku çerçevesinde koruma altına alınmış, bu yönde bir kısım yasal düzenlemelere gidilmiştir. Ancak çağımızın kaçınılmaz şekilde dijitalleşen hayat tarzı karşısında, dijital mal varlığına dair dijital mülkiyet ile ilgili henüz yasal bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

Yine yakın zamana kadar elektronik posta hesapları, sosyal medya hesapları ve benzeri dijital uygulamalar, yalnızca kişisel kullanıma yönelik olup maddi bir değer taşımazken; günümüzde bu hesapların reklam gelirleri elde edilen maddi bir karşılığı olan hesaplar halini alabildiği gibi yine sosyal medya hesaplarının ve dijital para cüzdanlarının bağlı olduğu e-posta hesaplarının da artık kişisel kullanımı aşmış, ticari değeri olan dijital mal varlığı kapsamına girmeye başladığı anlaşılmaktadır. Bu konuda; Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Yasemin Maraşlı Dinç'in "<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2019-142-1849>" adresinde yayınlanan makalesinden yararlanılarak, katıldığımız bir kısım tespitlerinin altının çizilmesi anlamında aşağıda alıntılama yapılmıştır.

"Teknolojinin, dolayısıyla da internetin bu denli gelişmesi sonucunda sosyal medya kullanımı hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline almıştır. Artık bir kısım insan, sosyal medya platformları aracılığıyla maddi kazanç elde etmeye dahi başlamıştır. Özellikle son zamanlarda "YouTuber" olarak nitelenmeye başlanan insan sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Öte yandan "Facebook" veya "Instagram" hesapları üzerinden, bir meslek icra edercesine satış yaparak yahut genellikle takipçi sayısı fazla olanların kişisel sayfalarında reklamlar yaparak maddi kazanç elde etmeleri sıradan hale gelmiştir. Tüm bu gelişmelerin sonucu olarak ortaya çıkan dijital mal varlığı veya dijital miras kavramları ise ülkemiz hukuk sistemi içerisinde çok yaygın bir kullanıma sahip değildir. Türk kanunlarında bu konuda yasal düzenlemeler de henüz mevcut değildir. Bunun yanında konu Türk hukuk öğretisinde de, uygulamada bir sorun olarak ortaya çıkmamasından olsa gerek, yeterli derecede incelenmemiştir. Dijital malvarlığı kavramı, videolar, fotoğraflar, e-postalar, kişisel sosyal medya hesapları gibi elektronik olarak depolanan ve yalnızca dijital formda bulunan diğer varlıklar anlamına gelmektedir. Ancak dijital dünyanın sürekli değişmesine bağlı olarak dijital malvarlığının nelerden oluştuğu net olarak belirlenememektedir. Dijital miras ise bu tür soyut malvarlığı değerlerinin mirasçılara intikal etmesi, mirasa konusu olmasıdır". Aynı makalede değinildiği üzere mirasta intikal prensiplerinin kanunda şekil bulmuş hali olan TMK m.599/2 hükmünde; "Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı

kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar" denilmektedir.

Günümüzde dijital mal varlığının yadsınamaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslararası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir. TMK'nın 1. maddesi; "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." düzenlemesini içermektedir. Murisin e-posta hesabı ve buna bağlı olarak kullanılan sosyal medya hesapları, dijital cüzdan hesapları vb. maddi değer ifade eden ve TMK'nın 599. maddesi kapsamında terekesine dahil olup, mirasçılara intikali gereken dijital mal varlığının da tespiti gerekeceği kanaatine varılmıştır. Dosya özelinde bakıldığında, talep eden özellikle "*****@gmail.com" hesabının murise ait olduğunun, yani müteveffanın apple kimliği ile ilişkili hesapların sahibi olduğunun

ve müvekkilinin müteveffanın temsilcisi olduğunun ve mahkemece verilecek yetkilerinin, Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanunu'nda kullanıldığı şekliyle "yasal rıza" teşkil ettiğinin tespitini istemektedir. *****@gmail.com hesabının müteveffaya ait olup olmadığı hususu teknik bir konu olup, mahkemece ancak bilirkişi raporu alınarak tespit edilebileceği açıktır. Bunun tespitinden sonra ise talep edenin ilgilinin temsilcisi olduğu ve bu bilgilerin verilmesinin Elektronik Haberleşmenin Gizliliği Kanunu'na aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususu hukuki bir değerlendirme gerekecektir.

Sonuç olarak; mahkemece tespit talebi gereğince, "murisin ölüm tarihi itibarıyla tüm aktif ve pasif mal varlığının tespiti ve bu minvalde dijital mal varlığının terekesine dahil olması gerektiği nazara alınarak dijital terekesinin de tespiti yapılarak araştırma ve inceleme sonucunda bir karar verilmesi gerekirken, ölü kişinin e-posta hesabının özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilerek talebin reddine karar



verilmiş olması hatalı olmuştur." denilmek suretiyle detaylı bir açıklama yapılmıştır.

Bu kararla dijital malvarlığının da miras kabul edilmesine karar verilmiş olup, metaverse evrene uygulandığında metaverse evreninde edilen mal ve mülklerinde kişinin dijital malvarlığını oluşturduğu yorumu yapılabilecektir. Ancak metaverse evreninde mirasçıların, gerçek hayattaki mirasçılar olamayacağını da unutmamak gerekeceğinden bu açıdan da bir değerlendirme yapmak gerekecektir.

8.Sonuç Olarak Metaverse ve Hukuk Alanına Bakış

Gelişen teknoloji çağının en üst sistemi olarak görülmekte olan metaverse evreni, çoğu alanda yenilikleri de beraberinde getirecek bir evren olarak görülmektedir. Pandeminin getirdiği internet kullanımının yaygınlaşması ve kişilerin bilişim sistemi üzerinden hayatını idame ettirebilmesi metaverse evrenin gelişmesine olanak sağlamış ve bu evrenin işlevselliğini ortaya koymuştur. Çoğu insanın hayal edemediği yerleri bir sanal gerçeklik mekanizması ile görmesi bu evrene olan ilgiyi de arttırmıştır. Üstelik zaman kavramının bu kadar önemli olduğu bir çağda adeta sanal ışınlanma deneyimi yaratan metaverse evrenine ilgi bu nedenle çok fazladır. Tüm bunların varlığında hayatın tüm yansımalarının bu evrene uyarlanması zaten kaçınılmazdır. Kimileri bu evreni tembelliğin bir sonuç ürünü olarak nitelendirse de birçok insanın ulaşmak istediği ama ulaşamadığı hayat standardına sanal gerçeklik üzerinden

ulaşılmasının tembellik olmadığı görüşü de mevcuttur. Metaverse evreni, her şeyi ile insanı ilgilendiren bir boyut olarak karşımıza çıkmakta olup, tüm bunların hukuk sistemlerini etkilemesi de yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. İlerleyen yıllarda daha da etkili olacak sanal evrenler için oluşturulan herhangi bir hukuk kuralları olmaması bu alana da ilgiyi arttırmaktadır. Bu aynı zamanda hukuk sistemlerinin kendini geliştirmesi gereken ve çağa ayak uydurması gereken bir sistem olduğunu da gözler önüne sermektedir. Yaşadığımız evrenin sanal yansıması olan metaverse evrenin hukuksal anlamda neler

getireceği zamanla ve verilecek mercii kararları ile ortaya çıkacaktır. Ancak bu aşamada tahkim merkezlerinin etkin olması olası görünmektedir. İlerleyen zamanlarda hukuk alanlarının hepsine sirayet edecek sanal hukuk normları ile karşı karşıya kalacağımız da çok aşıkardır. Her ne kadar sanal bir evren de olsa kişi üzerinden oluşturulan kurgusal bir evren üzerinde yine kişi tarafından oluşturulan bir avatar ile gerçekleştirilen eylemler söz konusu olduğundan, insan hakları temelinde şekillenecek bir hukuk sistemi oluşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- <https://www.bloomberg.com/press-releases/2021-12-08/liquidax-capital-introduces-metaverse-patent-portfolio> (Erişim Tarihi:22.05.2022)
- <https://apnews.com/article/technology-facebook-metaverse-mark-zuckerberg-d99617b9399bee5c09bc7aceb593eecd> (Erişim Tarihi:22.05.2022)
- <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/04/nfts-show-value-owning-unownable/618525/> (Erişim Tarihi:22.05.2022)
- <https://yztd.org.tr/blog/turk-mahkemesinin-dijital-mirasa-iliskini-karari>
- https://www.oculus.com/experiences/quest/2514011888645651/?intern_source=connect-2021-recap-horizon-home-the-future-of-work-presence-platform-and-more
- <https://www.coindesk.com/business/2021/11/15/barbados-to-become-first-sovereign-nation-with-an-embassy-in-the-metaverse/>
- <https://www.protocol.com/newsletters/sourcecode/too-many-metaverses?rebelltitem=1#rebelltitem1>
- NSTC, "National Nanotechnology Initiative: Leading to the Next Industrial Revolution" A Report by the Interagency Working Group on Nanoscience", Engineering and Technology Committee on Technology, National Science and Technology Council, Washington, D.C, 2000.
- Kurt, İ. ve Ağayev, E. (2009). Bilgisayar ve İletişim Teknolojilerinin Kullanımı Sosyal Pedagojiye Karşı (Mı?). The 3rd International Conference on Application of Information and Communication Technologies Conference Proceedings, 14- 16 Oct. 2009. ss.154-156.
- Tunçer, C. (2022). Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nden metaverse hazırlığı . <https://www.log.com.tr/tapu-ve-kadastro-genel-mudurlugu-nden-metaverse-hazirligi/>
- Simmel, G. (2005). Metropol ve Zihinsel Yaşam, Şehir ve Cemiyet. İstanbul: İz Yayıncılık
- Macdowell, M. (2021). Shaping online avatars: Why our digital identities differ. <https://www.voguebusiness.com/technology/shaping-online-avatars-why-our-digital-identities-differ>
- Özyurt, V. (2022). Metaverse'te suç işleme özgürlüğü yok!. <https://www.sabah.com.tr/pazar/2022/02/13/metaversete-suc-isleme-ozgurlugu-yok>
- Rodrigues, P., ve Bidarra, J. (2014). Transmedia storytelling and the creation of a converging space of educational practices. International Journal of Emerging Technologies in Learning-(iJET), 9, ss. 42-48.
- Remer, R. (2009). Social Atom Theory Revisited: SAT Redux. www.uky.edu/~rremmer/sociometry/SATRDY.DOC

HUKUK VE DİJİTALLEŞME



Dijital-dijitalleşme; içinde bulunduğumuz çağda, sahip olduğu geniş kullanım alanı ve gösterdiği hızlı gelişim ile birlikte günümüz dünyasının vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiştir.

Çağın gelişimi özellikle de bilişim teknolojileri alanındaki gelişmeler kaçınılmaz olarak hukuk dünyasına da sıçramakta ve hukuk dünyasında da dijitalle doğru bir devinim gerçekleşmektedir. Peki hayatlarımızın her alanına farklı yenilikler getiren ve getirmeye devam edeceğinin de garantisini veren dijitalleşme nedir?

Dijitalleşme, "Ulaşılabilir bilgilerin herhangi bir bilgisayar, akıllı telefon, tablet vb. teknolojik araçlar tarafından okunabilecek, o ortamlarda düzenlenebilecek ve iş akışlarına

dahil edilecek şekilde dijital ortama aktarılması sürecine verilen ad olarak tanımlanabilir. Analog teknolojilerle karakterize edilen endüstriyel çağdan dijital teknolojiler ve dijital iş yenilikleriyle karakterize edilen bilgi ve yaratıcılık çağına geçişi açıklar."

Dijitalleşme, içinde bulunduğumuz çağ için bir tercih değil bir gereksinimdir. Bu sebeple her alanda olduğu hukuk alanında da dijital dönüşüm tabi ki kaçınılmazdır. Hukuk sektörü için dijital dönüşüm başta hizmetlerin sunumu ve dava süreçleri olmak üzere iş akışının, pazarlamanın, ekip çalışmasının ve müşteri ilişkilerinin de dahil olduğu çok yönlü bir dijitalle taşınmayı ifade etmektedir. Bunun için de diğer sektörlerde verimliliği arttıran pek çok dijital aracın hukuk sistemindeki süreçlere entegrasyonunun gerçekleştirilmesi üzerine

çalışmalar yapılmaktadır. Dijitalleşme hukukta hukuki bilgiye erişim hızını ve yöntemini değiştirmiştir.

Dijitalleşmede üç önemli unsur vardır: hızlı, ekonomik ve popüler olmak. Hızlı olmak, dijitalleşmedeki en önemli özelliktir. Dijital dünyada verinin dijitale aktarılmasının hızlı bir şekilde yapılması bilginin artmasının önemli bir şekilde etkilemektedir. Ekonomik olmak ise daha ucuza hizmet vermektir. Ücretsiz bir şekilde sunulan platformlar en çok tercih edilenler olur. Hukuk sistemimizde ise adalete erişim her geçen yıl daha da pahalılaşıyor. Harç ücretleri, mahkeme masrafları gibi ücretler mecbur kılınıyor. Popüler olmak da, insanlar tarafından çok hızlı tepkiler verilmesine yol açıyor. Bunlar da hukuki kararları etkiliyor.

Dijital-dijitalleşme ve hukukun ortak paydada buluşması düşünülünce akla bilişim suçları, siber güvenlik, adli bilişim gibi konular gelmektedir fakat dijital hukuk ve hukuk teknolojisi bunlardan daha fazladır. Yargı sürecinin işleyişine, tüm hukuk dallarını kapsayan bir yapısı vardır.

Hukuk dünyasındaki dijitalleşmeyi genel hatlarıyla iki kola ayırırsak bir kolunu; "yeni teknolojilerle birlikte gelişen yeni sorunların mevcut hukuki düzenlemelerin uyarlanması veya değiştirilmesi ile birlikte çözüme kavuşturulması" oluşturur. Bu durum hala daha güncel tartışmaların yapıldığı belirsiz bir durumdur. Örneğin en sık tartışılan konulardan biri olarak; otonom yani sürücüsüz bir araç trafik kazasına sebebiyet verdiğinde bu durumda sorumluluğun yazılımı yazanda mı

yoksa araç üreticisinde mi olacağı sorunudur. Bunun gibi daha birçok konuda bu şekilde yaşanması kuvvetle muhtemel durumlarda nasıl bir çözüm yolu izlenebileceği ve izlenmesi gerektiği hususları tartışma konusudur.

Hukuk dünyasındaki dijitalleşme alanının ikinci kolu olarak da; "hukukun işleyişindeki süreçlere de dijitalleşme ile hayatımıza dahil olan teknolojilerin entegre edilmesi"ni söyleyebiliriz. İşbu durum "legal tech" yani "hukuk teknolojisi" şeklinde adlandırılmaktadır.

Teknolojinin hukuki bilgi ile buluştuğu hukuk teknolojisi; hukuka erişimi, uygulamayı ve yönetmeyi otomatikleştirmek, basitleştirmek ve iyileştirmek için bilgisayar destekli dijital teknolojinin kullanımı şeklinde tanımlanabilir.

Örneğin, bir insan tarafından doldurulması ve hazırlanması günlerce sürecektir belgelendirme sürecini kullanıcıya yöneltilen sorulara bağlı olarak şablon üzerinden dakikalar içerisinde oluşturan yazılımlar mevcuttur. Ve hatta Mahkemede hâkim yerine hüküm vermek üzere geliştirilen derin öğrenme algoritması (the deep-learning algorithm) ile tasarlanan yapay zekâ Estonya, İngiltere ve Amerika'da bir süredir kullanılmaktadır.

Hukukta mevcut sistemde yapılan belge üretimi, elektronik form doldurma, karar verilme sürecinde ihtimallerin hesaplanması, uzaktan yardım gibi işlemlerin teknoloji sayesinde yapıldığını söylemek mümkündür.

Hukuk teknolojisinde özellikle son zamanlarda Türkiye'de de gelişme kaydedilmektedir. Son

dönemde çeşitli yazılımların kullanımı ile mevcut sistemdeki paydaşları destekleyen hukuk teknolojilerinin sayısı artmıştır. Örnek olarak; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi ("UYAP"), e-Tahsilat, Celse uygulaması gibi uygulamalar örnek olarak gösterilebilir. Ve bir de son zamanlarda gündemimize dahil olan e-Duruşma teknolojisi. E-Duruşma sistemi avukatların bulundukları yerlerden



online olarak taraf oldukları hukuk mahkemeleri duruşmalarına katılmalarını sağlamak için tasarlanmış olan sistemdir. Bunun sağlanabilmesi için tabi ki öncelikle e-Duruşma sisteminin kurulu ve aktif olması gerekmektedir. Bunlar haricinde diğer yapay zekâ destekli uygulamalar Türkiye’de henüz kullanılmamaktadır. Bunun nedeni olarak alt yapı eksikliği ve özellikle de avukatlık mevzuatı ve Baro ile avukatların tutumu gösterilebilir.

Dijitalleşme ile hukuk dünyasına dahil olan bir diğer sistem de "internet mahkemeleri". Günümüzde kullanımı oldukça artan internet mahkemelerine örnek olarak; Çin’de e-Ticaretin başını çeken şirketlerden birisi olan Alibaba dahil, birçok teknoloji şirketinin olduğu Zhejiang bölgesinde internet mahkemeleri kuruldu. Resmi olarak 18 Ağustos 2017 tarihinde "www.netcourt.gov.cn" alan adıyla hayata geçti. İnternette alışverişlerden kaynaklanan sözleşme ve ürün sorumluluğu anlaşmazlıkları, internet servis sözleşmeleriyle ilgili (alan adı sahipliği gibi) davalar, internet telif hakkı ihlâli davaları, çevrimiçi ortamda verilen kredilerden doğan anlaşmazlıklarla ilgili davalar ve daha birçok konu üzerinde uzmanlaşmış olan hakimler ülkenin her yerinde video konferans yöntemiyle katıldıkları mahkemelerde baktıkları dosyaları çok daha hızlı şekilde sonuçlandırıyor.

İnternet Mahkemeleri, Dijital Hukuk açısından çok kritik bir noktadır. Zira yargılama faaliyeti artık dijital ortamda mümkün oluyor. Blockchain, güvenli ve doğrulanmış elektronik imza, zaman damgası, video konferans gibi çeşitli teknolojik imkanlarla çok daha ucuza davamız hem de kısa sürede sonuçlanmak üzere görülebiliyor. Dava açmak, delillerin sunumu, arabuluculuk/uzlaşma faaliyetinde tarafların bulunması, sonuçsuz kalınması durumunda mahkemenin görülmesi, mahkemenin talepleri ve hâkimin karar vermesi, hepsi dijital ortamda.

İnternet mahkemelerinde Doğal Dil İşleme ("NLP") kullanımı artıyor. NLP bir

metnin analizini yapabilmektedir. Soruları yanıtlama, makine çevirisi, alternatif sonuçları ilişkilendirme gibi işlemler yapılabilmektedir.

Hukuk dünyasına entegrasyon sağlamış diğer birkaç dijital uygulamaya daha bakacak olursak:

- Kayıtlı Elektronik Posta ("KEP"): E-posta teknolojik altyapısını kullanan, bununla birlikte e-postanın gönderim ve alımına dair kanıtların oluşturulup saklandığı hukuken geçerli bir e-posta iletim hizmetidir. KEP resmi yazışmaların elektronik ortamda mevzuata uygun, uluslararası standartlarda ve teknik olarak güvenli bir şekilde yapılmasına olanak sağlayan bir sistemdir. Hukuki açıdan; Yapılan hukuki işlemlerde güvenli ortamlarda vatandaşa tebliğ edilmeli usulsüz tebligat sorununun ortadan kaldırılarak yargıyı yavaşlatan birçok unsurun ortadan kalkması demektir. Konuya bu yönüyle bakıldığında ülkemizde adalet sistemi tebligatların zamanında ve muhataplarına ulaştırılamaması sebebiyle ciddi sorunlar yaşamaktadır. Bu bağlamda, bir taraftan bireyler yönünden ciddi hak kayıpları ortaya çıkabilmekte, diğer yandan tebligatların süratli gerçekleştirilememesi nedeniyle davaların sürüncemede kalmasına yol açılabilmektedir.
- E-İmza: elektronik imzanın, kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, göz retinası taraması, parmak izi taraması gibi) biyometrik yöntemler, kredi kartlarında kullanılan PIN kodları, elle atılmış imzanın

tarayıcıdan geçirilerek elektronik ortama aktarılmış hali, bilgisayar ekranında bu amaçla yapılmış bir kalemle atılan imza tekniği veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imzayı da içeren bir üst kavram olarak karşımıza çıktığı görülmektedir.¹

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 15.01.2004 tarihinde kabul edilerek 23.01.2004 tarihinde Resmî Gazetede (S. 25355) yayınlanmıştır. Elektronik imzanın en önemli özelliği hukuki işlemlerde güvenlik, kimlik tespiti, inkâr edilmeme gibi özelliklerin sağlanmak istenmesidir.

Dijitalin – dijitalleşmenin hukukun işleyişini ne kadar etkilediğine dair bir emsal karar niteliğinde olan Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 2020/1149 E. ve 2020/905 K. sayılı kararında özetle; dijitalleşen hayatın getirisi olarak artık "dijital mal varlığı - mülkiyet" konuşulmaya başlanmış ve hatta dava konusu olmuşlardır. Emsal niteliğindeki bu karara göre artık e-posta hesapları, sosyal medya hesapları ve diğer dijital uygulamalar da miras bırakanın terekesine dahil edilecek ve bu minvalde aktif ve pasif mal varlığı incemesi yapılacaktır. Bahse konu istinaf yargılamasında, yerel mahkemenin miras bırakanın e-posta hesabının özel hayatın gizliliği içine dahil edilmesi şeklindeki kararı hatalı bulunmuş ve işbu karar kaldırılmıştır.

Dijitalleşme ile doğmuş diğer bir kavram olan "dijital ekonomi", sadece ekonomik ilişkilerin taraflarını oluşturan kişileri veya

toplumları etkilememekte tabi ki bu alanda ülke mevzuatlarına da yeni düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Söz konusu düzenleme konularından birini vergi mevzuatları oluşturmaktadır. Türkiye’de de dijital ekonominin vergilendirilmesine yönelik çeşitli adımlar atılmaktadır.

Dijital teknolojilere dayanan dijital ekonomi alanında özellikle de dijital ekonominin vergilendirilmesi devletler açısından büyük önem arz etmektedir. Fakat tahmin edilebileceği üzere klasik ve geleneksel vergilendirme sistemleri, dijital ekonominin vergilendirilmesinde yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik de belli başlı sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların aşılması noktasında her devletin kendi düzenlemelerini ve çalışmalarını yapmasının yanı sıra Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (“OECD”) ve Avrupa Birliği (“AB”) gibi uluslararası nitelik taşıyan kuruluşların da işbu sorunlar sebebiyle özellikle de oluşabilecek vergi kayıplarının giderilmesine yönelik çeşitli çalışmaları bulunmaktadır. Bu bağlamda özellikle OECD’ nin, sorunların tespiti ve çözüm önerileri sunulması konusunda ortaya koyduğu “Matrah Aşındırma ve Kar Aktarımı (“BEPS”)” adlı çalışması, en yoğun ve kapsamlı çalışmalardan biridir.

Bu kapsamda Türkiye’ de de yasal girişimler gerçekleşmiştir: işyeri kavramının tanımı genişletilerek, mobil araçlar, elektronik ortam veya alanlar eklenmiştir ve dijital işyeri tanımlanmıştır. İşe başlamayı bildirecek mükellefler arasında elektronik ortamda faaliyette bulunanlar da dahil edilmiştir.

KDV’nin dijital ortamdaki mal ve hizmetlere sağlıklı uygulanabilmesine ilişkin birtakım adımlar atılmıştır. Fakat yine de dijitalin ve dijitalleşmenin dinamik yapısı göz önüne alındığında işbu yasal girişimlerin yetersiz olduğu ve bu girişimlere yenilerinin eklenmesi gerektiği açıktır.

Dijitalin-dijitalleşmenin hukuktaki bu mevcut sistemi destekleyici ya da mevcut sistemdeki paydaşların yerini alabilen yapay zeka destekli teknolojiler aksında gerçekleşen gelişmeleri ile bir yandan sosyal adaletsizliğin ve eşitsizliğin dengelenmesi amaçlanmaktadır. Bir diğer yandan ise yapay zeka teknolojilerinin tasarımının ve kullanımının insan hakları, demokrasi ve hukuk değerlerine uygu olmasını sağlamaya yönelik hak ve yükümlülükler ile ilgili düzenlemeler yaratılması kaçınılmazdır. Genel itibari ile vatandaşın temel haklarına saygı duymak ve olası sorumluluktan kaçınmak için, yasa uygulamada yapay zeka ve robotik kullanımının belli özelliklerle karakterize edilmesi kararına varıldığı görülmektedir.

Sonuç olarak, dijital dönüşüm hayatın her alanına ve herkes için pek çok yenilik getiriyor. Bu alanlar arasında olan hukuka ve hukukla bağlantılı alanlara dijitalleşmenin getireceği fırsatlar ve tehditler hala daha tartışma konusudur ve görünüme bakılırsa bir süre daha hukukçular, yapay zekadan kişisel verilere kadar uzanan geniş bir alandaki verilerin oluşturduğu yeni dünyadan kaynaklanan fırsatları ve sonuçları değerlendirmeye devam edecekler.

DİPNOT

¹ Pekcanitez, 2001; Arkan, 2000; Sevimli, 2001

KAYNAKÇA

- Abanoz Buket, (13.05.2020), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 26, Sayı 1
- <https://blog.lexpera.com.tr/hukuk-teknolojisinin-yukselisi-avukatlik-mesleginin-sonu-mu-geliyor/>
- Eric Niiler, "Can AI Be A Fair Judge in Court? Estonia Thinks So", Wired, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fairjudge-court-estonia-thinks-so/>, 17.11.2019; Karen Hao, Jonathan Stray, "Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game", MIT Techonology Review, <https://www.technologyreview.com/s/613508/ai-fairer-thanjudge-criminal-risk-assessment-algorithm/>, 18.11.2019.
- <https://21yyte.org/tr/koronavirus-salgini/covid-19-un-dijital-hukuk-a-onemli-etkileri>
- Zhao, Yun. (2019) Internet courts in China. <https://www.inhousecommunity.com/article/internet-courts-china/> (Erişim: 3 Nisan 2020)
- <http://www.altintas.av.tr/edergi/Ahkam-Dergisi.pdf>
- <https://etonet.org.tr/uploads/bolgesel-sektorel/125-201911/KAPAK/Dijitalleşme%20Çağında%20Hukuk-Gökçe%20ÇOBANSOY.pdf>
- Hamdi Furkan Günay - Barış Yıldız, "Türk Vergi Hukuku Ekseninden Dijital Ekonomiye Genel Bir Bakış", 2018, <https://www.researchgate.net/publication/327980202>

E-NABIZ UYGULAMASI VE KVK



Dijitalleşmenin ve teknolojik gelişmelerin hız kazandığı bir dönemde ulusal ve bölgesel bazda devletler, kurumlar ve kuruluşlar açısından ciddi nitelikte sorumluluklar doğmaktadır. Yaşam kalitesinin ve standartların yükseltilmesi bakımından vazgeçilmez nitelikte olan teknolojik gelişmeler ve bilişim sistemleri elektronik ortamda yer alan uygulamaların geliştirilmesi suretiyle hayatın her alanına sirayet etmiştir. İnsan hayatının vazgeçilmez noktası olarak sağlık sektöründe de bu gelişmeler takip edilmiş olup devletler ve kurumlar sundukları hizmetler çerçevesinde entegre bir yapı ile sistemlerini bir bütün içerisinde yürütme gayreti içerisine girmişlerdir.

Özellikle 2020 yılının başında Dünya Sağlık Örgütü tarafından ilan edilen pandemi süreci, tüm dünyadaki insanların test sonuçları, aşı bilgisi dahil sağlık verilerini yetkilendirilmiş

ve onaylı sistemler aracılığıyla cebinde taşıyor olmalarının önemini göstermiştir.

Sağlık verilerinin özel nitelikli kişisel veri olduğu, toplanması ve işlenmesi sürecinin mevzuata uygun ve hassas şekilde yürütülmesi gerektiği açıktır. Sağlık verilerine hızlı şekilde erişebilme ve üçüncü kişiler ile paylaşabilme noktasında bilişim sistemleri kolaylık sağlasa da başta kişilerin sahip oldukları verilerin değerini bilmemelerinden kaynaklı olmak üzere yasal hakların bilgisine sahip olmamak, idari makamlar tarafından uygulamaya konulan herhangi bir sistemi sorgusuz şekilde uygulamak, metinleri okumadan imzalamak veya onaylamak beraberinde ciddi sorunları getirmektedir.

E-Nabız sistemi, yasal olarak verilen yetki üzerine Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yürütülen kişilerin sağlık

verilerinin elektronik ortamda işlendiği ve muhafaza edildiği bilişim sistemidir. E-Nabız sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde hızlılığı ve etkinliği sağlamakta olduğu açıktır. Bununla birlikte E-Nabız uygulamasına üçüncü kişiler tarafından erişimin sağlanma koşulları, yer alan verilerin tam olarak gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı, sistemden kaynaklı hatalardan yaşanabilecek hak kayıplarının dikkate alınıp alınmadığı noktasında soru işaretleri barındıran bir yapıdır.

Bu çalışma ile birlikte E-Nabız uygulamasının kabul ediliş süreci, verilerin toplanması ve işlenmesinin dayanağı, sisteme dahil veri türleri, söz konusu sağlık verilerinin işlenmesi ve verilerin güvenilirliği ilkesi kapsamında yürütülen çalışmalar incelenecek ve değerlendirilecektir.

I. E-NABIZ UYGULAMASI VE KABUL EDİLİŞ SÜRECİ

A. E-Nabız Uygulamasının Kabul Ediliş Süreci

E-Nabız uygulaması; "Kişisel Sağlık Kaydı Sistemi" olarak kamu sağlığının korunması, sağlık sistemlerinin verimli ve etkin şekilde yürütülmesi amacıyla Sağlık.Net Online Sistemine bağlı şekilde kişisel sağlık verilerinin mahremiyet ve güvenliği açısından azami düzeyde alınan önlemler çerçevesinde uygulamayı kullanan kişilerin kendilerine ait teşhis, tahlil sonuç bilgileri dahil programın izin verdiği ölçüde sağlık verilerine ulaşabilmelerini ve yetki verdiği üçüncü kişiler tarafından erişilebilmesini sağlayan sistemdir¹.

E-Nabız ilk olarak 05.02.2015 tarihli, 2015/5

sayılı, "e-Nabız Projesi" konulu Genelge ile; sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi, geliştirilmesi, kişilerin kendileri tarafından kendilerine ait kişisel sağlık verilerine dijital ortamda ulaşabilmeleri amacıyla kişisel sağlık verilerinin gizlilik ve güvenlik içerisinde kayıt altına alınması amacıyla kurulmuştur². 2015/5 sayılı Genelge'nin yayımlanmasından sonra söz konusu genelgenin iptali talep edilmiş olup Danıştay 15. Dairesinin 14.11.2017 tarihli E. 2015/3035 ve K. 2017/6611 sayılı kararı ile söz konusu genelge yasal dayanağı bulunmaması nedeniyle iptal edilmiştir. 15. Daire hazırladığı gerekçesinde; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası³ m.20/3'te yer alan düzenleme çerçevesinde kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının kapsamı ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi gerektiği hususlarının yer aldığı; hassas nitelikteki kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde açık kanuni düzenlemelerin bulunması gerektiği; davalı tarafından yasal dayanak olarak gösterilen düzenlemelerden sadece 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun⁴ 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin gösterilebileceği ancak söz konusu fıkranın spesifik bir düzenleme olmadığı; söz konusu sağlık verilerinin işlendiği sisteminin internet üzerinden bir yazılım yoluyla yapılacağının düzenlenmediği; dava sürecinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun⁵ (KVKK) 30'uncu maddesinin altıncı fıkrası ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu m.3/1 (f) bendinde değişiklik yapılarak veri kayıt ve bildirim işlemlerinin elektronik ortamda da yapılabileceği düzenlenmiş olsa da daha sonra yürürlüğe giren mevzuatın daha önce

yürürlüğe girmiş olan genelgenin dayanağı olamayacağını ifade etmiştir⁶.

Danıştay, 2015/5 sayılı Genelgenin iptali için açılan ayrı bir davada neredeyse aynı gerekçeye dayanmış olup ek olarak Anayasa Mahkemesinin (AYM) bazı KVKK hükümlerinin iptali istemi ile yürütülen dosya kapsamında verilen karara⁷ atıf yapmak suretiyle KVKK m.30/7 ile yeniden düzenlenen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin⁸ m.47'nin iptali isteminin Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle AYM tarafından reddedildiği hususunu ayrıca belirtmek suretiyle iptal kararı vermiştir⁹.

Bahsi geçen AYM kararına konu KHK'nin "Bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi" başlıklı 47'nci maddesinde değişiklik yapan KVKK'nin 30'uncu maddesinin yedinci fıkrasının iptali istenmiştir. AYM, iptal incelemesinde; 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine atıf yaparak; kişisel verilerin işlenmesi konusunda istisnaların belirlenebileceğini, 95/46/EC sayılı Direktif'te sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında sır saklama yükümlülüğü bulunan personel tarafından işlenmesine olanak tanıdığı, sağlık hizmeti almak amacıyla hastalara sunulacak sağlık hizmetinin gereği işlenmek zorunda olan kişisel veriler yönünden ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerektiği, söz konusu kurallar ile genel sağlığın korunmasına yönelik önlemler bakımından temel haklar ile kamu yararı arasında makul ve adil bir dengenin yakalandığı, temel ilkelerin kanunla düzenlenme ilkesine bir aykırılığın

bulunmadığı gerekçeleriyle iptal isteminin reddine karar vermiştir. Söz konusu AYM kararında E-Nabız açısından değerlendirilmesi gereken husus, kararın 177. paragrafında yer alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) atfıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında; kişisel sağlık verilerine izinsiz erişilmesine karşı etkin önlemlerin alınmasının önemli olduğu, devletin kişisel verileri koruyacak kuralları düzenleme ve güvence altına alma yükümlülüğünde olduğu belirtilmiş olup söz konusu paragrafta şu ifadeler yer vermiştir: "kişisel sağlık verilerini sağlamakta başarısız olunması veya bu bilgilere erişime engel olacak güvenli ve sağlam bir sistem kurulamamasının AİHS'nin ihlali olarak değerlendirildiği görülmektedir. (I/Finlandiya, B. No: 20511/03, 17.07.2008)."



Yukarıda bahsi geçen Danıştay kararlarının gerekçesinde belirtildiği üzere; KVKK'nin 30'uncu maddesinin altıncı fıkrası ile yapılan değişiklik ile hastaların sağlık verilerinin izlenebilmesi, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde etkinliğin sağlanabilmesi amaçlarıyla Sağlık Bakanlığı ve ilgili kuruluşlar tarafından sağlık verilerinin işleneceği bir sistemin kurulacağı düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin¹⁰ 358'inci maddesi ile Genel Müdürlüğün sorumluluk alanları belirlenmiştir. Bu çerçevede sağlık bilişim sistemlerinin ve teknolojilerinin geliştirilmesi, sağlık verilerini içeren bilgi sistemlerinin oluşturulması ve projelerinin yürütülmesi, sağlık personellerinin uyması gereken kuralların belirlenmesi konularında

Genel Müdürlük yetkilendirilmiştir. Genel Müdürlük'ün 26.04.2016 tarihli, "Sağlık.Net Online ve e-Nabız" konulu, 67189002 sayılı yazısında E-Nabız sisteminin uygulanılmasının temelinde kişilerin sağlık verileri hakkında doğrudan bilgi sahibi olabilmesi ve söz konusu verileri yönetebilmesi, sağlık verilerinin bir arada bulunması ve hekimler tarafından erişilebilir olması sebebiyle gereksiz tetkik ve tahlillerin önüne geçilmesi bu şekilde devletin ekonomik menfaatlerinin de gözetilebilmesi hususları üzerinde durulmuştur.

B. E-Nabız Uygulamasının Tanımı

Sağlık Bakanlığı ve ilgili kuruluşlar kapsamında sağlık hizmeti sunan özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişileri tarafından KVKK hükümleri kapsamında yürütülen süreçlerde uygulanacak usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik¹¹ (KSVHY) yayımlanmıştır. KSVHY m.4/1 (d) bendine göre; E-Nabız; "İlgili kişilerin sağlık verilerine kendilerinin, hekimlerin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimini sağlayan, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak Bakanlıkça kurulan sistem" olarak tanımlanmaktadır.

E-Nabız hesabı bulunan kişiler, kendilerinin belirleyebilecekleri gizlilik seçenekleri çerçevesinde kişisel sağlık kaydı sistemine erişim sağlayabilecek, gizlilik tercihleri ve sonuçları konusunda detaylı bir şekilde bilgilendirilecek ve ayrıca kişisel sağlık kaydı sistemi üzerinden kişisel verilerini düzenleyebilecek ve silebilecek olmaları sebebiyle hastalıkların teşhis ve tedavisinde kolaylık sağlanacağı ifade edilmektedir¹².



II. KVKK HÜKÜMLERİ İŞİĞİNDA E-NABIZ UYGULAMASI

A. E-Nabız Uygulaması Çerçevesinde Kişisel Veri Kavramı

1. Özel Nitelikli Kişisel Veri Kavramı

E-Nabız uygulaması çerçevesinde kişisel veri kavramının incelenmesi bakımından öncelikle kişisel veri ve özel nitelikli kişisel veri tanımının yapılması önem taşımaktadır. Kişisel veri, KVKK m.3/1 (d) bendinde "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" olarak tanımlanmaktadır. Bilginin türüne ilişkin herhangi bir husus belirtilmeksizin, bilgi ile kimliği belirli olan veya veriler ile belirli hale gelebilecek bir gerçek kişi ile ilginin kurulması halinde söz konusu verinin kişisel veri olduğu sonucuna varılmaktadır¹³.

KVKK kapsamında kişisel veri tanımının yanında özel nitelikli kişisel veri tanımı da yapılmıştır. KVKK m.6/1'de "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri" özel nitelikli kişisel veri olarak tanımlanmaktadır. Sağlık ve cinsel hayat alanındaki hassas nitelikteki kişisel verilerin işlenmesi ile KVKK kapsamındaki diğer kişisel veriler ve özel nitelikli kişisel veriler arasında farklılık bulunmaktadır¹⁴. Aşağıda yer alan bölümlerde özel nitelikli kişisel veri olarak sağlık verilerinin işlenmesi konusundaki farklılık ayrıca açıklanacaktır.

Bu noktada, sağlık, cinsel hayat ve biyometrik verilerin özel nitelikli kişisel veri olduğu,

E-Nabız uygulaması kapsamında yer alan sağlık verileri bu yönüyle özel nitelikli kişisel veri sınıfında yer almaktadır. Ayrıca, KSVHY'de kişisel sağlık verisi tanımı yapılmıştır. Tanımda yine kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait olmak üzere ilgili kişinin sağlığına ilişkin her çeşit bilgi ile birlikte sunulan sağlık hizmeti çerçevesinde edinilen bilgiler kişisel sağlık verisi olarak kabul edilmektedir.

2. E-Nabız Uygulamaları Kapsamında Bulunan Veriler

E-Nabız uygulaması kapsamında; ilgili kişinin hastane ziyaretleri, hangi klinikten randevu aldığı bilgisi, kendisine yazılan reçeteler ve reçete tarihleri, hastalık, sağlık ve/veya istirahat raporları, hastalık tanıları ile ilgili hekim ve klinik bilgisi, geçmişe dönük tüm tahlilleri, geçmişe dönük tüm radyolojik görüntüleri, Covid-19 aşı bilgileri, alerjileri, acil durum notları, hekimlerin görmesi amacıyla hastanın kendisi tarafından eklenebilecek resim ve görüntüler, genel aşı takvimi, hastaya yazılan ilaçlar ve kullanım şekilleri, hastane randevu bilgileri, veri girişi yapılması halinde tansiyon, nabız, kan şekeri, kilo, boy, kan grubu bilgileri, kimlik ve iletişim bilgileri yer almaktadır¹⁵. Hiç şüphe yoktur ki E-Nabız uygulaması çerçevesinde ilgili kişilerin işlenen verileri sağlık verisi olup özel nitelikli kişisel veridir.

B. E-Nabız Uygulaması Çerçevesinde Kişisel Verilerin İşlenmesi

E-Nabız uygulaması çerçevesinde işlenen sağlık verileri niteliği itibarıyla özel nitelikli kişisel veri olup KVKK hükümleri çerçevesinde genel ilkeler doğrultusunda verilerin

işlenmesi esastır. Kişisel verilerin işlenmesi; hasta mahremiyeti, hekimin kayıt tutma ve sır saklama yükümlülüğüne hâlel gelmeksizin; küresel nitelikteki bilginin güncel ve doğru olması, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, belirli olması, ve meşru amaçlar için işlenmesi, amaçla bağlantılı olarak belirli bir ölçüde olması, amacının gerektirdiğinden daha uzun süreyle tutulmaması ilkeleri gözetilerek gerçekleştirilmektedir¹⁶.

Sağlık verilerinin, özel nitelikli sağlık verisi olmaları sebebiyle ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır¹⁷. Sağlık ve cinsel hayat haricindeki sağlık verileri kanunlarda öngörülen durumlarda açık rıza olmaksızın işlenebilmektedir. Sağlık ve cinsel hayat kapsamında kalan veriler kamu sağlığının gözetildiği durumlarda, sağlık hizmetlerinin sunulması, önleyici bir mekanizmanın oluşturulması, hizmetlerin planlanması ve idaresi amaçlarıyla; sadece sır saklama yükümlülüğü altındaki kişiler veya yetkililer tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilmektedir¹⁸.

Sağlık verileri ile ilgili olarak Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması ayrıca şart koşulmuştur¹⁹. Sağlık verisinin işlenmesinde açık rızanın aranmadığı istisnai hallerin düzenlenmesi sebebiyle bu noktada veri sorumlusuna yeterli önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir²⁰. Kurul'un 31.01.2018 tarihinde vermiş olduğu 2018/10 sayılı kararında verilerin işlenmesine yönelik önlemlere yer verilmiştir²¹.

Kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi

için hukuka uygunluk nedeni bulunması gerekmektedir zira esas kural hassas verilerin işlenmemesi ve mahremiyetinin korunmasıdır²². Kişisel sağlık verilerinin korunması ve mahremiyetin sağlanması amacıyla kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, bir araya getirilmesi, erişim sağlayan sistemlerin güvenliği ve söz konusu sistemlerin denetimi ile ilgili usul ve esasların belirlenmesi amacıyla Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik²³ (KSVİMSHY) yürürlüğe girmiştir. KVKK'nin yeni yürürlüğe girdiği tarihlerde yayımlanan yönetmelikte mevzuat hükümleri ile uyumun yakalanamadığı gerekçeleriyle yargıya taşınmış yürütmesi durdurulmuş olup



akabinde değişiklik yönetmeliği yürürlüğe girmiş tekrar yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir²⁴. Daha sonra, yukarıda "E-Nabız Uygulamasının Tanımı" başlığı altında değinmiş olduğumuz KSVHY yürürlüğe girmiş, söz konusu düzenleme ile Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin

Sağlanması Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 378'inci maddesinin birinci fıkrasında ayrıca kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yönelik düzenleme bulunmaktadır. Maddede yetkili üçüncü kişilerin erişim sağlayabilecekleri hassas verilerin yer aldığı sistemin kurulması düzenlenmiştir. Verilen yetkiler çerçevesinde, belirlenen usul ve esaslar dahilinde E-Nabız uygulaması aktif hale getirilmiş olup, ilgili kişilerin sağlık verisi kayıtları tutulmaya başlanmıştır.

C. E-Nabız Uygulamasının Güvenilirliği

1. Veri Güvenliği İlkesi

Veri güvenliği verilerin korunmasını amaçlayan, bu yönüyle doğrudan ilgili kişilerin kişisel verilerinin korunmasından ayrı biçimde değerlendirilmesi gereken kişisel verilerin işlenmesi faaliyetlerinde göz önüne alınması gereken temel ilkelerdendir²⁵.

Veri güvenliği ilkesi KVKK m.12 içerisinde yerini almakta olup söz konusu düzenleme ile veri sorumlularının veri güvenliği konusundaki yükümlülükleri belirlenmektedir²⁶. KVKK m.12 çerçevesinde veri sorumluları ilgili kişilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve hukuka aykırı biçimde erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını ve gerekli idari ve teknik tedbirlerin alınmasını sağlamakla yükümlüdür. Veri sorumlusu ayrıca veri güvenliğini KVKK hükümleri çerçevesinde sağlamak için gerekli denetimleri yaptırmak konusunda sorumlu

kılınmıştır.

2. E-Nabız Uygulaması Çerçevesinde Veri Güvenliği

Sağlık sektöründe bilişim sistemlerinin getirdiği yeniliklerin ve kolaylıkların kişilerin hak ve özgürlüklerinin gözetilerek uygulamaya konulması önem taşımaktadır. Bu yönden inşa edilen sistemlerin güvenilirliğini sağlanması öncelikli konulardandır. Özellikle sağlık hizmetlerinde yetkisiz erişimin engellenmesi sektörün niteliğinden kaynaklı gerektirdiği güven ilişkisinin devamı için gereklidir²⁷.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 378'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre; Sağlık Bakanlığı kişilerin sağlık verilerini işleyen bilişim sistemlerinin güvenilirliğini Kişisel Verileri Koruma Kurulunun (Kurul) belirlediği ilkeler ve Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen standartlar çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Bu yönden merkezi sistemde yer alan verilen hangi personel tarafından hangi amaçlarla kullanıldığının denetlenebilmesi için ayrıca güvenliği sağlayacak sistemin oluşturulması gerekmektedir. Maddenin beşinci fıkrasında ise sağlık personellerinin sistem üzerindeki hareketlerinin Sağlık Bakanlığına bildirmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Elektronik ortamda veri saklama döneminden önce hastaların sağlık verileri hekimler ile doğrudan paylaşılmakta; fiziki ortamda tutulan dosyalara işlenmesi durumunda fiziken dosyalara erişimi bulunan kişiler tarafından görülebilmekteydi²⁸. Ancak E-Nabız uygulaması ile birlikte hastaların sağlık verileri doğrudan elektronik ortama taşınmış olup sistemin açık bulunduğu durumlarda hastalar

ve hekimleri dışında yetkisiz kişiler tarafından erişilebilir olmasına imkan sağlamıştır.

Kurul'un e-nabız sistemine yetkisiz şekilde sağlık personeli tarafından erişim sağlanması ile ilgili 2021/962 numaralı kararı²⁹ ile Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun (Kurum) yetkisiz erişime yaklaşımı görülmektedir. Kurul söz konusu şikayeti; kişisel vsağlık verilerinin kabul edilen genel ilkeler doğrultusunda ve KVKK m.5 ve KVKK m.6 hükümleri göz önüne alınmak suretiyle değerlendirmiştir. Kurul incelemeleri neticesinde; E-Nabız uygulamasına yetkili hekim tarafından giriş yapılabileceği, hekim sekreterinin eyleminin hukuka aykırı bir erişim sağladığı, hastanenin KVKK m.12 çerçevesinde makul ve idari tedbirleri almadığının anlaşıldığı, bu nedenle söz konusu eylemin KVKK m.12/1 (b) bendine aykırılık teşkil etmesinden kaynaklı idari para cezasının uygulanmasına karar verilmiştir. Ayrıca, inceleme aşamasında hastanenin kendisine yöneltilen başvuruyu yanıtlamadığı tespit edildiğinden KVKK m.13 kapsamındaki yükümlülüğünü yerine getirmesi konusunda gerekli özeni göstermesi için hastaneye talimat verilmesine karar verilmiştir.

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ile birlikte değişen dünyada elektronik ortamda ilerleyen yeni sistemler kurulmaya başlanmıştır. Sağlık sektöründe de teknolojik gelişmelerin yansması görülmektedir. Özellikle hasta bilgilerinin kaydedilmesi ve depolanması ile erişilebilirliği yönünden kişisel verilerin korunması hukuku gündeme gelmektedir. Özel nitelikli kişisel veri olan sağlık verileri

kişileri için çok hassas ve hukuken korunmaya muhtaç verilerdendir. Türkiye'de uygulamaya konulan E-Nabız sistemi ise ilgili kişilerin sağlık verilerinin elektronik bir ortamda belirli yetkilendirme koşullarının varlığı halinde üçüncü kişilerin erişimine açık bir şekilde tutulmasına olanak tanımaktadır.

E-Nabız uygulaması ile hastaya ilişkin verilerin bir arada tutulması sağlık hizmet çerçevesinde teşhis ve tedavide büyük kolaylıklar sağlamakta, tahlillerin bir arada bulunması gibi sağlık verilerinin toplu bir şekilde yorumlanabilir vaziyette bulunmaları sağlık hizmetleri üzerindeki yükün azaltılmasına katkı sağlamaktadır. Tüm bunların yanında hastaların kişisel verilerinin işlenmesi ve saklanması ilgili kişilere zarar vermeksizin tutulmasının temel mevzuat çerçevesinde olanaklı kılınmaya çalışılması kaçınılmazdır.

E-Nabız uygulaması sağlık hizmetlerinin sunulması noktasında büyük kolaylıklar sağlarken; hastalara yönelik yanlış teşhislerin sisteme işlenmesi, gerçeği yansıtmayan kayıtların sisteme dahil edilmesi hususları iş hayatında haksız işlemlere tabi tutulmasına, sağlık verilerinin farklı ortamlarda ifşa edilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle E-Nabız uygulaması kullanıcıları ve Sağlık Bakanlığı yetkilileri E-Nabız uygulamasına işlenen sağlık verileri konusunda hassas davranması ve kişisel sağlık verileri işlenen hastaların olabildiğince E-Nabız uygulaması hakkında bilgilendirilmesi önem taşımaktadır.

DİPNOT

- ¹ T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün 67189002 sayılı yazısı için bkz. <https://sbsgm.saglik.gov.tr/Eklenti/19282/0/kts-sbyspdf.pdf> E.T. 15.12.2021.
- ² T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün 51317919 sayılı yazısı için bkz. <https://istanbulism.saglik.gov.tr/Eklenti/23257/0/enabizgenelge20155pdf.pdf> E.T. 15.12.2021.
- ³ RG. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).
- ⁴ RG. 15.05.1987, S. 19461.
- ⁵ RG. 07.04.2016, S. 29677.
- ⁶ Dan. 15. D., 14.11.2017, E. 2015/3035 ve K. 2017/6611. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr E.T. 16.12.2021.
- ⁷ AYM., 28.09.2017, E. 2016/125 ve K. 2017/143. Karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr> E.T. 16.12.2021.
- ⁸ RG. 02.11.2011, S. 28103 (Mükerrer).
- ⁹ Dan. 15. D., 18.04.2018, E. 2015/2900 ve K. 2018/3876. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr E.T. 16.12.2021.
- ¹⁰ RG. 10.07.2018, S. 30474.
- ¹¹ RG. 21.06.2019, S. 30808.
- ¹² İMANÇLI, Canan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul, 2020, s. 105.
- ¹³ KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Basım, İstanbul, 2020, s. 360.
- ¹⁴ KÜZECİ, KVK, s. 557.
- ¹⁵ www.enabiz.gov.tr E.T. 16.12.2021
- ¹⁶ ORAK, Beşir, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Ankara, 2020, s. 55.
- ¹⁷ KVKK m.6/2.
- ¹⁸ KVKK m.6/3.
- ¹⁹ KVKK m.6/4.
- ²⁰ YILMAZ, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması, 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 153.
- ²¹ 31.01.2018 tarihli 2018/10 numaralı Kurul Kararı Özeti için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4110/2018-10> E.T. 16.12.2021.
- ²² DÜLGER, Murat Volkan, Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 1, Sayı: 2, 2015, s. 54; ORAK, s. 67.
- ²³ RG. 20.10.2016, S. 29863.
- ²⁴ ATALAY, Havva Nur, Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması, Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi, Sayı: 1, 2021, s. 7.
- ²⁵ KÜZECİ, KVK, s. 289.
- ²⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara, 2019, s. 31.
- ²⁷ KÜZECİ, KVK, s. 290.
- ²⁸ KÜZECİ, Elif, Sağlık Bilişim Teknolojileri Ve Yeni Hukuksal Soru(n)lar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018, s. 486.
- ²⁹ 21.09.2021 tarihli 2021/962 numaralı Kurul Kararı Özeti için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7074/-Ilgili-kisinin-talebi-ya-da-rizasi-olmaksizin-ozel-bir-hastane-calisan-hekim-terafindan-e-nabiz-sistemine-erisim-saglanmasi-hakkinda-Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulunun-21-09-2021-tarihli-ve-2021-962-sayili-Karari> E.T. 16.12.2021.

KAYNAKÇA

- ATALAY, Havva Nur, Mahremiyet Kapsamında Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması ve Depolanması, Sosyal Çalışmalar Üzerine Akademik Perspektif Dergisi, Sayı: 1, 2021.
- DÜLGER, Murat Volkan, Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 1, Sayı: 2, 2015.
- İMANÇLI, Canan, Kişisel Sağlık Verilerinin Korun(a)mamasından Doğan Özel Hukuk Sorumluluğu, İstanbul, 2020.
- KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Oniki Levha Yayınları, 4. Basım, İstanbul, 2020 (Kısaltma: KVK).
- KÜZECİ, Elif, Sağlık Bilişim Teknolojileri Ve Yeni Hukuksal Soru(n)lar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2018 (Kısaltma: Sağlık Bilişim).
- ORAK, Beşir, Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması, Ankara, 2020.
- YILMAZ, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Korunması, 5. Baskı, Ankara, 2021.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <https://enabiz.gov.tr> <https://www.kvkk.gov.tr> <https://kisiselveri.saglik.gov.tr> <https://sbsgm.saglik.gov.tr> <https://www.resmigazete.gov.tr/>

THE POSSIBILITY OF INCORPORATION OF JOINT STOCK COMPANIES THROUGH CONTRIBUTIONS CONSISTING OF CRYPTOCURRENCIES



Abstract

Cryptocurrencies ("Crypto Assets") have more than 3,500 variants in total which have made their mark on the world recently and are the first decentralised securities in the world. The crypto asset is often used as an umbrella term and it includes Altcoins and Tokens. The most important features of Crypto Assets that differ from the traditional money concept are that the prices are not determined by any central authority, they are of the same value everywhere, they are based on blockchain technology, they are value for money and are not under the control of any central authority. Especially in the last period, access to technology has increased due to

the developments in technology and also global pandemics caused an increase in the use of technology and internet. Accordingly, access to crypto assets has become much easier and the circulation of crypto assets has increased explicitly.

Upon the integration of technological developments into capital markets, crypto assets have also taken their place in business life and bringing these assets to companies as capital has become a subject of curiosity as a result of developments in trade and technology and expanding stock markets. In this article, respectively; following subjects will be examined: Crypto assets and the brief

history of crypto assets, Assets that can be brought as capital to joint-stock companies, and The issue of bringing crypto assets as capital to joint-stock companies.

1. Cryptocurrencies

The global crises experienced in the history of the world have led to the reconsideration of a centralised money concept. Money Confidence Indexes published every year shows that people's trust in the banking system and the governments that are supposed to regulate the financial markets have declined significantly with the crises experienced. However, the money continued to be under the control of the central authority for a long time. Eventually "Bitcoin" aimed to change the system when it emerged, but it was not easy to accept Bitcoin as a currency in the new system. Because it is not possible to talk about the proper conditions for the crypto assets. However, the infrastructure for crypto-asset services in many financial environments, especially banks, mobile applications and money machines is developing rapidly. The fate of cryptocurrencies, which combines their strengths and weaknesses compared to fiat money, remains uncertain. Since the authority behind the fiat money is not included in crypto assets, it will leave the actors alone in the losses and losses to be experienced, so these crypto-assets are approached by many quite hesitantly.

Basically, money acts as a medium of exchange. According to the doctrine, what is used in exchange for goods and services is considered money. When the occurrence

of money is examined, it will be understood that its purpose of existence is to facilitate exchange. However, over time, the type of money has changed in parallel with the changing needs. In other words, money is not only a means of exchange but also started to be used for different purposes over time. For example, money sometimes fulfilled different functions such as investment instruments, sometimes supplied as collateral or used as a unit of measurement. In this direction, crypto assets have attracted the attention of large masses and settled in the focus of many market actors, since they are virtual assets that have the same value everywhere, are based on blockchain technology, have value for money and are not under the control of



a central authority. As a matter of fact, in the 2022 report of Thomson Reuters named "Crypto Asset Regulations by Country", it is stated that the interest shown in crypto assets is high all over the world and especially in Turkey. In support, towards the end of 2020, the US-based online payment system PayPal announced that it would accept cryptocurrencies as a means of payment, and as a result, interest in crypto assets increased.

The value of crypto assets is determined by the buyer and the seller by transactions that take place on virtual platforms. As it is known, the transfer of crypto assets takes place with blockchain technology. This is what enables crypto assets to operate independently of a

central authority. Traditional monetary systems are under the control of governments, central banks, and federal states' financial elements, respectively. Transparency in transactions involving crypto assets is more evident than in conventional money concepts. Because the transactions are based on the "block-chain" technology. This technology eliminates third-party intermediaries that help legitimise the transaction in transactions between parties. Because each of the transactions is recorded in separate blocks on the network in an indelible and unplayable way. On the other hand, the working principle of crypto assets is based on encryption. Therefore, the identity of the wallet owners and transferring parties cannot be determined.

2. Assets That Can Be Brought As Capital To Joint Stock Companies

Capital, in the broad sense, is defined as the money used in this business and all the goods that can be converted into money, which are necessary for the realisation and execution of a commercial enterprise. According to article 127 of the Turkish Commercial Code; money, receivables, valuable papers and shares of capital companies, intellectual property rights, movables and all kinds of immovable, movable and immovable rights of use and use, personal labour, commercial reputation, commercial enterprises, rightfully used transferable electronic media, fields, names and Values such as signs, mining licences and other rights with economic value, all kinds of transferable and cash value can be brought as capital to the companies. The count of these values is not limiting (numerus clausus)





in the provision. As a rule, it can be stated that, unless there is a contrary provision in the law, everything that has economic value and is transferable to another person can be brought to commercial companies as capital. In terms of the values that can be brought in as capital, the provisions of Article 307 of the Turkish Commercial Code for limited companies, Article 342 of the Turkish Commercial Code for joint-stock companies and Article 581 of the Turkish Commercial Code for limited liability companies should be taken into consideration.

3. Incorporation of Joint Stock Companies through Contributions Consisting of Cryptocurrencies

Upon the integration of technological developments into capital markets, crypto assets have also taken their place in business life. However, what is the capital value of crypto assets? In Article 127 of the Turkish Commercial Code, the values that can be brought to commercial companies as capital are listed in an exemplary manner. Unless there is a contrary provision in the law, it is possible as a rule that everything with economic value and transferable to others

can be brought to commercial companies as capital in kind. Capital is the element that contributes to the formation of the company and ensures that the person who brings it is a part of the company. Capital is divided into three groups in terms of type: cash capital, capital in kind, labour and intellectual capital. If the capital can be brought in money, it is said to be cash capital. The money stipulated in Article 127 of the Turkish Commercial Code is fiat currency. It can be thought that crypto-assets can be considered fiat currency within the meaning of Article 127 of the Turkish Commercial Code. However, for this, it is important that the fluctuations in exchange rates of cryptocurrencies are not too high and that they have a certain exchange value. The fluctuations experienced make it difficult to determine the values of crypto assets. There are several reasons causing these fluctuations: lack of liquidity, uncertainty regarding regulatory processes, the possibility of security breaches, etc. In this direction, it would be more appropriate to evaluate each crypto asset in its way. Currently, it is not technically possible to bring crypto-assets as cash capital, since cash payments cannot be made with crypto assets.

When the time comes when crypto assets will be treated the same as fiat currencies and banks start accepting payments with crypto assets, crypto assets with these qualities will be able to be brought to companies as cash capital.

On the other hand, under the Article 342 of the Turkish Commercial Code, with the title "asset elements that can be invested in-kind capital" in joint-stock companies stating: "asset elements, including intellectual property rights and virtual environments, that do not have limited real rights, liens and measures, that can be evaluated and transferred in cash, are in kind, can be used as capital. Acts of service, personal labour, commercial reputation and unpaid receivables cannot be capital." At this point, crypto-assets cannot be considered as acts of service, personal effort and commercial reputation. Also, these conditions stipulated in terms of capital in-kind are related to the proper establishment of the company by protecting the capital of the company, ensuring the continuity of the company and therefore protecting the company, company partners and creditors. In this way, it is possible to bring crypto assets, which can be considered assets, as in-kind capital to joint-stock and limited companies. Because, evaluation in cash means that the in-kind values brought can be converted into a common unit of measurement, that is, they can be expressed in money/cash. It is not necessary to transfer the ownership of the value brought as capital to the company. The important thing is that the economic benefit expressed by the value

brought can be used by the company. In this case, the transferability condition will be fulfilled and therefore, crypto assets can be transferred to the company or can be re-transferred. This view is also supported by the French Council of State, which qualified cryptocurrencies as contributions in kind in a decision dated April 26, 2018. (Decision of Conseil d'Etat: <https://www.actu-juridique.fr/affaires/le-conseil-detat-precise-la-nature-juridique-et-les-modalites-dimposition-du-bitcoin/#:~:text=Dans%20sa%20d%C3%A9cision%20du%2026,cession%20par%20des%20particuliers14.>)

Moreover, the method of bringing capital is important as well. As is known, the capital is brought to the company with the articles of association in Turkish Law. This is also the case with the contribution of crypto assets as capital. Since crypto-assets brought to companies as capital are considered as capital in-kind, their value in Turkish Lira corresponding to their amount and the number of shares corresponding to this value should be written in the articles of association. Before that, the Turkish Lira value corresponding to the crypto assets brought to the companies as capital should be determined. The value of crypto assets in joint-stock and limited companies will be determined by experts appointed by the commercial court of the first instance in the place where the company headquarters is located. In the prepared report, the valuation method, the number of shares to be allocated in return for crypto-assets and their Turkish Lira equivalent should be written. At this point, Belgian Law has

different regulation. The company founders themselves are required to prepare a report, not through an expert appointed by the court. The underlying reason for this idea is that it is the founders of the companies who can be held jointly and severally liable to third parties for any harmful consequences resulting from price fluctuations. In addition, another report should be prepared by an auditor on the valuation made by the founders and the valuation methods used. If the report confirms an incorrect valuation by the founders, the responsibility of the auditor may be established.

4. Conclusion

As a result, crypto assets are in greater demand and the use of these assets is

increasing day by day. It is possible to bring crypto assets with an asset value to trading companies and especially joint-stock companies as capital in-kind since these assets can be evaluated in cash. Because the important thing is that the economic benefit expressed by the value brought can be used by the company. However, since there is no payment feature with crypto assets in our country, it is not possible to bring these assets as cash capital. This is a common practice in the world. Once the necessary regulations and the development of the payment feature occurs, crypto assets with the necessary qualifications listed in the law will be able to be brought as cash capital in the future.

REFERENCES

- Nina Methens & Pierre Vanholsbeke, Bitcoin and Cryptocurrencies: Can a Company Be Incorporated through Contributions Consisting of Cryptocurrencies?
- Fatih Bilgili & M. Fatih Cengil, Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi
- Gökhan Ünal, Kripto Paraların Vergilendirilmesi
- Thomson Reuters, Cryptocurrency Regulations by Countries
- Beyhan Yaslıdağ, Kripto Paralar

REKABET HUKUKUNDA HUB & SPOKE TİPİ KARTEL OLUŞUMU



1. Giriş

Hub & Spoke kartel, bir pazarda tedarikçi veya perakendeci düzeyinde rakip olan iki bağımsız teşebbüs ("rakipler" veya "spokes") ile üretim veya dağıtım zincirinin farklı bir seviyesinde faaliyet gösteren başka bir teşebbüs ("merkez" veya "hub") olarak tanımlanır. Merkezi teşebbüs, rakipler arasında doğrudan bir iletişim olmasa da rakipler arasındaki koordinasyonu kolaylaştırır¹. Rakipler arasında yatay düzeyde doğrudan bilgi alışverişi olmamasına rağmen, söz konusu dolaylı bilgi alışverişinin piyasadaki kartel ile aynı olumsuz etkileri olabileceğini kabul edilir.

Türk Rekabet Hukuku bünyesinde Hub & Spoke yeni bir ihlal türüdür². 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun veya Dikey Anlaşmalar Rehberi kapsamında Hub & Spoke açıkça düzenlenmediği gibi ayrı bir ihlal türü olarak da tanımlanmamıştır. Ayrıca, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Rehberi'nde

teşebbüsler arası bilgi alışverişinin birçok şekilde gerçekleşebileceği ve dolaylı olarak gerçekleştiği durumlarda ihlallerin olabileceği vurgulanmaktadır³.

2. Hub & Spoke Türleri

Türk Hukuku doktrinde tanımlanmış üç tür Hub & Spoke mevcuttur⁴. Hub & Spoke'un tedarikçinin merkez görevi görmesi suretiyle parakendeciler arasında bilgi değişimi türünde, iki rakip teşebbüsün, üst pazarda faaliyet gösteren ve merkez görevi gören bir tedarikçi aracılığıyla bilgi değişimi yapması söz konusu olur.

Hub & Spoke, tedarikçilerin alt pazardaki bir perakendeciye merkez olarak kullanarak bu perakendeci aracılığıyla bilgi değişimi yapması şeklinde de ortaya çıktığı durumlar da parakendecinin merkez görevi görmesi suretiyle tedarikçiler arasında bilgi değişimi olarak tanımlanabilir. Bu durum çoğunlukla

pazarda az sayıda oyuncunun olduğu hallerde oluşur. Çünkü, az sayıda oyuncunun mevcut olması, bilgi değişimi sürecinde teşebbüsler arasındaki koordinasyonu artırmaktadır.

Hub & Spoke'un son türünde ise, merkez, rakip teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazardan tamamen bağımsız, üçüncü bir kişi konumundadır. Bu durum, üçüncü kişinin merkez görevi görmesi suretiyle perakendeciler arasında bilgi değişimi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, merkez, rakip teşebbüslerin alt pazarındaki veya üst pazarındaki bir oyuncu değildir. Örneğin, merkez, bir bağımsız denetim firması veya bir dernek olabilir. Bu durumda, dolaylı bilgi değişimine aracılık etmeleri nedeniyle üçüncü kişiler, ilgili pazarda hiçbir faaliyetleri olmasa dahi rekabet otoriteleri tarafından cezalandırılabilir.

3. Hub & Spoke'un Nitelikleri

3.1. Hub & Spoke Yatay Bir Uygulamadır.

Pazarlar kural olarak bir tedarik zinciri üzerinden yapılır. Buna göre bir pazarda, yine kural olarak, beş basamak bulunur⁵. Bunlardan ilki hammaddenin çıkarılması ve işlenmesi, yarı mamul hale getirilmesidir. İkinci basamakta yarı mamul ürün ana ürüne çevrilir. Üçüncü basamakta ana ürün toptan satılır. Dördüncü basamakta ürün perakende satılır. Beşinci ve sonuncu basamakta da ürün tüketilir. Kural olarak her bir basamakta birden fazla aktör vardır ve rekabet hukukunda yatay ilişki aynı basamakta faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatırken, dikey ilişki aynı

pazarda ve fakat farklı basamaklarda faaliyet gösteren aktörlerin ilişkilerini anlatır. Bu manada Hub & Spoke uygulamasının varlığı için, bir dikey ve iki yatay olmak üzere, en az üç kişi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle bir üçgen teşekkül etmiş olmalıdır. Ancak dikey düzlemdeki aktörün varlığı yanılmamalıdır. Amaç, yatay düzlemdeki aktörlerin ilişkisidir. Buna göre dikey aktörün işlevi, yatay aktörlerin birer parçasını teşkil ettiği ahşap bir tekerleği bir arada ve dağılmadan tutan bir metal kuşak olmaktan ibarettir.

3.2. Hub & Spoke Uygulaması Fiyat Rekabetine Yöneliktir.

Hub & Spoke yatay düzlemdeki, yani rakipler arası fiyat rekabetine ilişkindir; başarılı olması halinde fiyatlar yükselmektedir.



3.3. Hub & Spoke Markalar Arası Rekabeti Etkiler.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesinde münferit bir ürünün, yine kural olarak, perakende satış fiyatının üretici tarafından belirlenmiş olması söz konusudur. Bu manada anılan uygulama dikey bir uygulamadır, ama sonuçları yataydır. Belirlenmiş perakende satış fiyatının tutulması ile söz konusu ürünün pazarda başkaca bir fiyattan bulunması ihtimali kalmaz. Ancak bu uygulamadan aynı pazarda bulunan diğer ürün fiyatları etkilenmez ve hatta diğer ürün fiyatları mevcut uygulamayı baskı altında tutar. Hub & Spoke uygulamasında ise, ilgili pazardaki birden çok ürünün fiyatının etkilenmesi söz konusudur. Örneğin aşağıda detaylıca irdeleneceği üzere Tesco olayında tüm peynir fiyatları artmıştır;



Apple olayında ise tüm kitaplarda toptan satış fiyatı artmıştır.

3.4. Hub & Spoke Uygulaması Uyumlu Eyleme Vücut Verir.

Hub & Spoke uygulamasında yatay düzlemdeki aktörlerin iradeleri, ilgili ürün pazarındaki fiyatları artırmak yönünde tam olarak örtüşmüş ve bu manada bir borçlar hukuku sözleşmesi yaratılmış değildir. Hub & Spoke uygulamasındaki bilgi akışı, daha çok, münferit rakiplerin takip edecekleri fiyatlandırma stratejileri dolayısıyla diğerlerinin yaşadığı stratejik belirsizlikleri ortadan kaldırmaya, azaltmaya yöneliktir. Uyumlu eylemde, sözleşmeden farklı olarak, bilgi akışının varlığı kâfi gelmez; bilgiyi alan kişinin eyleme geçmiş olması da gerekir. Ancak bu şekilde tarafların akort içerisinde hareket etmelerinden bahsedilebilir. Son olarak uyumlu eylemde sebep-sonuç ilişkisi bulunur. Rakibin davranışının sebebi, kendisi ile irtibata geçilmiş olmasıdır⁶. Somut olayda eğer, irtibata geçilen taraf, irtibata geçilmemiş olsaydı farklı davranacaktı diyebiliyorsak, o takdirde ancak bir uyumlu eylemden bahsedilebilir. Bu manada Hub & Spoke, uyumlu eylemin dolaylı ve dikey düzlemde bir katılımcının varlığı ile de olabileceğini söylemekten ibaret gibi görünmektedir.

3.5. Hub & Spoke Uygulamasının Oluşması Müteaddit İrtibatı Gerektirir.

Yatay düzlemde bir uyumlu eylemin yaratılması süreci uzun sürmektedir. Tek seferlik bir irtibat da bu noktada kâfi gelmemektedir. Ancak

bazı kararlarda pazarın yapısı itibariyle tek bir irtibatın dahi yeterli gelebileceği de belirtilmektedir.

3.6. Hub & Spoke Uygulamasında Nitelikli Bilgi Paylaşılır.

Yukarıda da belirtildiği üzere Hub & Spoke uygulamasında gelecekteki fiyat stratejilerine ilişkin bilgi paylaşılır. Bu bilgi ya gizlidir ya da büyük gayretlerle ortaya çıkarılabilecek türdendir. Bu manada kamuya açık bilginin, örneğin mevcut fiyat bilgilerinin paylaşılması Hub & Spoke olarak değerlendirilemeyecektir.

4. Hub & Spoke'un Temel Kriterleri

Hub & Spoke, diğer rekabet hukuku ihlallerine göre daha karmaşık bir yapıya sahiptir ve derinlemesine bir analiz gerektirir. Hub & Spoke ihlalinin mevcut olup olmadığının belirlenmesi kapsamında dikkate alınması gereken kriterlerin ortaya konması, rekabet otoriteleri için genel bir çerçeve teşkil etmesi açısından önem arz eder. Söz konusu kriterler, İngiltere'deki önemli kararlar⁷ neticesinde belirlenmiş ve Hub & Spoke kartellerinin değerlendirilmesi kapsamında diğer rekabet otoriteleri bakımından da yol gösterici olmuştur.

Teşebbüs A ve teşebbüs C'nin perakendeci ("rakipler" veya "spokes") ve teşebbüs B'nin tedarikçi ("merkez" veya "hub") konumunda olduğu senaryoda⁸:

A'nın B'ye Stratejik Bilgi İletmesi

A tarafından kendisine ait rekabete hassas nitelikteki bir bilginin B'ye iletildiği durumda ilk objektif koşul sağlanmış olur. Rekabete hassas bilgi, A'nın sağladığı bilginin rakipleri tarafından öğrenilmesi durumunda pazardaki belirsizliğin azalması sonucunun doğmasını ifade eder. Örneğin, teşebbüslerin geleceğe yönelik fiyat politikaları rekabete hassas bilgi olarak değerlendirilebilir⁹.

B'nin, A'nın Rekabete Hassas Bilgisini Rakip C'ye İletmesi

A'nın merkez B'ye rekabete hassas bilgisini iletmesi ve bunu takiben, B'nin bu bilgiyi C'ye iletmesi durumunda ikinci objektif koşul sağlanır. Ardından C, B'den edindiği söz konusu bilgiyi geleceğe yönelik fiyat stratejisini belirlerken kullanır.

A'nın B'ye İlettiği Bilginin Rakipleriyle Paylaşılacağını Bilmesi

A'nın kendisine ait rekabete hassas bilgisini B'ye, yatay düzeydeki rakibi olan C ile paylaşacağı yönünde bir irade veya öngörüyle iletmesi gerekir. Belirtilmelidir ki, sübjektif koşulun sağlanması kapsamında A'nın, bilginin C'ye aktarılabileceği yönündeki öngörüsünün mü yoksa A'nın bilgiyi B vasıtasıyla C'ye aktarma niyetinin varlığının mı esas alınması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir.

İlaveten, bilgi değişiminin karşılıklı olarak gerçekleşmesi, ihlal şüphesini kuvvetlendiren bir olgu olarak ortaya çıkar. Söz konusu durum, A'nın B'ye bilgi iletirken eş zamanlı olarak

C'nin de B'ye bilgi iletmesi halinde meydana gelir. Böylelikle, A ve C'nin birbirlerinin stratejileri hakkında bilgi sahibi olması daha olasıdır. Bu kapsamda, öngörülebilirlik veya irade kriterinin ispatlanması da kolaylaşır. Bilgi akışının tek taraflı olduğu durumlarda ise bilgi değişimindeki iradenin ispatlanması daha güçtür.

Sübjektif koşul kapsamında dikkate alınması gereken bir diğer unsur ise eylemin gerçekleştirildiği zaman ile bilgi değişiminin meydana geldiği zamandır. Zira, ticari açıdan hassas bilgilerin paylaşılması, sözleşmelerin müzakere edildiği ve şartlarının belirlendiği süreçte hukuka aykırılık teşkil etmez¹⁰.

Buna ek olarak, sübjektif koşul ele alınırken, bilgi değişiminin ekonomik gerekçesinin olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Zira, paylaşılan bilginin ekonomik gerekçesi, bu bilgi değişiminin hub and spoke ihlali niteliğinde olmasını engelleyebilir.

C'nin Bilgilerin A'dan Elde Edildiğini Bilmesi ve C'nin Bu Bilgileri Pazarda Kendi Davranışlarını Belirlerken Kullanması

Yukarıda açıklanan kriterlere ek olarak, C, B'nin A'dan gelen bilgileri hangi sebeple ve hangi koşullar altında elde ettiğini bilmelidir. Aksi takdirde, C'nin rekabeti ihlal amacı olmadığı savunulabilir. İlaveten, C'nin bilginin hangi sebeple aktarıldığını anlaması ve bilginin doğru olduğuna inanarak geleceğe yönelik fiyat politikasını ve pazardaki davranışlarını bu yönde belirlemesi gerekir¹¹.

5. İlgili Kurul Kararları

5.1. United States of America v. Apple Inc., et al. (12 Civ. 2826-DLC)

Apple kararı olarak da bilinen bu karar toplam 160 sayfadan ibarettir. Yargılamaya konu olay 2000'li yılların ortalarından başlamaktadır. Amerika'da bulunan en büyük altı yayınevinin, o zamanlar için tek elektronik kitap platformu olan Kindle'ı arzeden Amazon ile sözleşmeleri mevcuttur. Yayınevleri yazarlardan yayın hakkını elde ettikten sonra kitapları klasik (hard cover) formatta basmakta ve okuyucular ile buluşturmaktadır. Yayınevleri aynı anda Amazon'a da, bu kitapları elektronik formatta sunma hakkını vermektedirler. Yayınevleri bu hakkı kitabın klasik formatının altında bir fiyatla, toptan fiyatının yaklaşık %20 eksikğine Amazon'a vermektedir. Çünkü kendileri de, e-kitaplarda baskı, dizgi, ambalaj, nakliye gibi masraflardan kurtulmaktadırlar.

Ancak zamanla Amazon, düşük fiyat uygulamasına geçer. En çok satan kitapları bile, bazı zaman zarar da etse, 9.99 USD gibi sabit bir fiyattan okuyuculara sunmaya başlar. Bu durum yayınevlerini ürkütür: Bu klasik kitap endüstrisinin sonu olabilir. Bu nedenle yayınevleri Amazon'a kitap vermemeyi düşünürler. Fakat bu durumda da Amazon'un doğrudan yazarlar ile irtibata geçeceğinden çekinirler.

Bu minvalde altı büyük yayınevi Amazon'un fiyat artışı yapmasını sağlamak adına önce kendi aralarında toptan satış fiyatını artırmak konusunda bir uzlaşmaya gitmeye çalışsalar



da, bunda başarılı olamazlar. İstenen başarı Apple'ın Ipad ve IBookStore uygulamaları ile Amazon'a rakip olarak pazara girmesiyle gelir. Altı yayınevi ve Apple defalarca buluşurlar ve Apple'ın deregasyonu altında toptan satış fiyatı ve benzeri hususlar üzerinde yayınevleri anlaşılır.

Görüldüğü üzere Apple olayının karakteristik özellikleri şunlardır:

Pazarda rahatsızlık duyulan bir aktör vardır;
Rakipler önce kendi aralarında yatay düzlemde anlaşmaya çalışmışlardır;
Bunda başarılı olamayınca dikey düzlemde güçlü bir aktörün oyuna dahili, yatay düzlemdeki anlaşmayı/uyumlu eylemi mümkün kılmıştır.

Hub&Spoke'un oluşması müteaddit toplantı, buluşma ve benzerini gerektirmiş ve anlaşma/uyumlu eylemin ortaya çıkması uzun zaman almıştır.

Oluşan kartel farklı yayınevleri arasında toptan satış fiyatının belirlenmesine yöneliktir; bu manada markalar arası rekabeti (interbrand competition) etkilemektedir.

5.2. Tesco Stores Ltd. v. OFT (2012-CAT 31)

Tesco kararı öğretiye de ışık tutabilecek nitelikte ve Hub & Spoke kavramına ait unsurların en ince detayına kadar ortaya konduğu bir karar niteliğindedir. Karar 167 sayfadır. Karara temel olan olaylar şu şekilde cereyan etmiştir: Süt üreticileri sütlerini işleyicilere satmaktadırlar. İşleyicilerden bir kısmı bunları günlük süt olarak işlemekte, diğerleri ise bu sütlerden çedar ve diğer yöresel peynirleri yapmaktadırlar. Anılan ürünler daha sonra Tesco gibi marketler üzerinden son tüketici ile buluşmaktadır.

Taze süt fiyatına ilişkin regülasyonların 1990'lı yılların ortasında kalkması ile süt üreticilerinin satış fiyatı işleyiciler tarafından baskılanmıştır. 2003 yılına gelindiğinde süt üreticilerinin satış fiyatındaki düşüş %28 seviyesindedir ve yerel süt üretimi bitme noktasına gelmiştir. Bu düşüş neticesinde süt üreticileri parlamento ziyaretleri ve işleyicilere yönelik boykotlar da olmak üzere birtakım girişimlerde bulunurlar.

Bu noktada bir perakendeci, süt üreticisi ve işleyicilerin fiyat artırımını yapmalarına taraftar olduğunu, ancak bu artışın perakende fiyatlarına da yansması gerektiği yönünde beyanlarda bulunarak diğer perakendecilerle irtibata geçer. Tesco bu irtibat kurma girişimlerini reddeder ve hatta konuyu rekabet otoritesi önüne taşır. Sonrasında ise perakendeciler tüm peynir ürünlerinde fiyat artışını, artış niyetlerini işleyiciler ile paylaşmak suretiyle gerçekleştirirler.

Tesco olayında sistem şöyle işlemektedir: Perakendeci gelecekteki fiyat artışı niyetini işleyiciler ile paylaşmakta, işleyiciler bu niyeti diğer perakendecilere taşımakta ve diğer perakendeciler fiyat artışı yapmakta veya yapılan artışı takip etmektedirler.

Görüldüğü üzere Tesco olayında da:

Yatay fiyat kartelini tetikleyen bir olay vardır (süt üreticilerinin girişimleri); Perakendeciler bu olayda da önce kendi aralarında irtibata geçmişlerdir ve fakat Tesco karteile katılmayı reddetmiştir; Bu olayda da dikey olarak ilişkide bulunan aktörler devreye girmiştir ve Etkilenen rekabet, yine markalar arası rekabettir. Uyumlu eylem neticesinde farklı üreticilerden kaynaklanan tüm peynir ürünlerinin fiyatının artması söz konusudur.

6. Sonuç

Görüldüğü üzere Hub & Spoke uygulamasına genellikle perakende sektöründe ve yeniden satış fiyatlarının belirlenmesi dolayısıyla

rastlanılmaktadır. Bu noktada perakende sektörü özelinde şu hususa değinmek gerekir: Perakendeci satış fiyatını, alış fiyatını temel alarak belirler. Alış fiyatının üzerine elde etmek istediği kar marjını ekler ve yeniden satış fiyatını bulur. Ancak perakendecilerin piyasada kendileri bir veya iki firmayı fiyatlar konusunda takip etmeleri olağandır. Bu firmalardan biri, bir ürüne daha düşük fiyat veriyorsa, artık kar marjı önemli değildir ve perakendeci de bu fiyata düşer, maliyetleri ölçüsünde düşmeye çalışır.

Bu arada perakende sektöründe tedarikçiler ile perakendeciler mevcut fiyatlar veya olası fiyatlar konusunda konuşurlar. Bu normal bir ticari diyalogun parçasıdır ve perakendeciler bu konuşmayı, ürünün fiyat konusunda doğru plase edilmiş olduğundan emin olmak için yürütürler. Ne de olsa tedarikçiler, pazara bir üst basamaktan bakmaktadırlar. Aynı zamanda



tedarikçi de böyle bir bilgi paylaşımına yakındır. Çünkü tedarik ettiği ürünün yanlış fiyattan tüketici ile buluşacak olması halinde, ürün satılamayacak ve iade edilecektir.

Bu manada, dikey düzlemde tedarikçi ile perakendeci arasında mevcut ve olası fiyatlar, kar marjları ve toptan satış fiyatları konusunda görüşme, tartışma olur; bu gereklidir ve yasak değildir.

Özetlemek gerekirse; Hub & Spoke uygulaması Rekabet Hukuku'nun yeni kavramlarından biridir. Ancak esasen, uyumlu eylem olarak nitelenen bir uygulamanın dikey düzlemde güçlü bir aktörün deragasyonunda gerçekleştirilmesinden ibaret görünmektedir. Hub & Spoke kavramının son dönemde

yaygınlaşmasının sebebi yeniden satış fiyatının belirlendiği hallerin çoğunda rekabet otoritelerinin ünlü Leegin kararı¹² ışığında muafiyet tartışmalarına girmekten imtina etmek istemeleri ve dikey nitelikteki yeniden satış fiyatı belirlemelerini yatay bir Hub&Spoke karteli gibi göstermekle bu yükten kurtulmaya çalışmaları gelmektedir.

Ancak yukarıda da ifade olunduğu üzere, bu tartışmadan kaçınmanın rekabet hukukuna has bir faydası bulunmadığı gibi, çoğu olayda rekabeti fiyat belirlemesinden daha az zararlı bir alternatifin mevcudiyeti dolayısıyla muafiyet tanınamayacak, tanınabildiği hallerde ise, elde edilen verimlilik tüketici yararına da olacaktır.

DİPNOT

¹ OECD: Roundtable on Hub and Spoke Arrangements, Background Note (2019)

² A, Yılmaz. Rekabet Hukuku Teori ve Uygulama (2021), s. 437.

³ Kurum tarafından yayınlanan Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz (2013)

⁴ A, Yılmaz. A.g.e.

⁵ Bu basamaklandırma için bkz. Christian J, Meier, Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und Schweizerisches Kartellrecht, WuR, 1980, s. 300.

⁶ Bkz. Commission v. Anic Participazioni (1999), C-49/92, ECR I-4125, N. 118.

⁷ İngiltere Rekabet Temyiz Heyeti'nin (Competition Appeal Tribunal) 1014 ve 1015/1/1/03 sayılı Argos Limited and Littlewoods Limited v Office of Fair Trading, 2004 CAT 24 kararı.

⁸ <https://www.erdem-erdem.av.tr/bilgi-bankasi/hub-and-spoke-kartelleri>

⁹ İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin (Court of Appeal) 2005/1071, 1074 ve 1623 sayılı Argos Limited ve Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading ve JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading kararı, 2006 EWCA Civ 1318.

¹⁰ Odudu, Okeoghene: Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion, European Competition Journal, Sayı 7 (2) (2011), s. 234.

¹¹ İngiltere Temyiz Mahkemesi'nin (Court of Appeal) 2005/1071, 1074 ve 1623 sayılı Argos Limited ve Littlewoods Limited v. Office of Fair Trading ve JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading kararı, 2006 EWCA Civ 1318.

¹² Talepte bulunan taraf Leegin Creative Leather Products, Inc., deri ürünleri ve aksesuarlar tasarlayan, üreten ve dağıtımını gerçekleştiren bir şirkettir. 1991 yılında Leegin, "Brighton" markası ile kemer satmaya başlamıştır. Brighton markası günümüzde geniş bir bayan moda aksesuarları yelpazesi halini almıştır. A.B.D.'de 5.000'den fazla yeniden satıcı vasıtası ile tüketiciye sunulmaktadır. Bu yeniden satıcıların büyük çoğunluğu bağımsız, butik mağazalar ile küçük lüks mağazalardır. Leegin, en azından kendi ürünleri için, küçük mağazaların büyük mağazalara nazaran müşterilere daha iyi ve geniş çapta hizmet sunduğu ve alışveriş tecrübesini daha tatminkar kıldığını ileri sürmektedir.

SIGNIFICANT CHANGES TO ICSID RULES AND REGULATIONS

The International Center for the Settlement of Investment Disputes ("ICSID"), arbitration ("Arbitration Rules") and conciliation rules have been amended, and new and independent rules have been introduced on mediation and fact-finding (collectively, the "Rules"). These comprehensive changes are the product of five years of work. The amendments introduced by the Rules were ratified by the majority of the states party to ICSID on 21 March 2022 and will enter into force on 1 July 2022. The main purpose of the amendments is to modernize and simplify the rules, to make them more accessible, to increase the efficiency of the proceedings in terms of time and expenses, to reduce environmental impacts with the use of technological opportunities, and also to improve transparency. David Malpass, Chairman of the World Bank Group and the ICSID Governing Council, stated the purpose of the amendments as follows:

"Amended rules simplify judicial procedures to improve accessibility, speed, transparency and improved disclosure procedures with the primary aim of facilitating foreign investment for economic growth."

Changes to the Rules

These changes are the fourth and most comprehensive in ICSID history. Among these, the most important changes are (i) to the efficiency of the proceedings; (ii) third

party financing; (iii) litigation expenses; (iv) the composition of the arbitral tribunal and the rejection of the arbitrators; (v) transparency; (vi) temporary legal protection measures and (vii) amendments to expand access to ICSID Supplementary Service Rules.

Changes to Improve the Efficiency of Judgment

Increasing the efficiency of the judiciary is one of the main aims of the amendments and many changes have been made that serve this purpose from different angles. While some of these changes are related to existing rules, some of them foresee completely new provisions.

- First of all, Article 4 of the Arbitration Rules is a change in the method of submission of documents, and in this context, documents must be submitted electronically as a rule, except for special reasons that require them to be submitted in a different way. This introduces a different method from the previous practice of physical submission of documents. This change aims to ensure that document submission is time and expense efficient, in line with the green arbitration trend.

- Secondly, in accordance with Article 2 of the ICSID Institutional Rules, explanations regarding the investment, ownership and



control of the investment should be included in the arbitration request, unlike the previous practice. In addition, Article 3 of the ICSID Institutional Rules makes recommendations regarding a number of additional information that the parties may include in their arbitration request to help expedite the initial stages of the proceedings. The additional information proposed is by the parties: (i) the number and method of appointment of arbitrators, (ii) the language of the proceedings, (iii) the agreements and proposals regarding the use of rapid arbitration, and (iv) if the party submitting the arbitration request is a legal entity, the owner or control of the legal entity, are the names of the real and legal persons holding it.

- In addition, in accordance with Article 31 of the Arbitration Rules, in order for the arbitral tribunal to conduct an efficient trial in terms of time and expenses; One or more case management meetings are required to identify the uncontested cases, clarify

the subject of the dispute, and limit the contentious matters.

- In addition, the Arbitration Rules now contain new regulations regarding serial arbitration. In this way, it has been made possible to apply to the rapid trial procedure with the consent of the parties. Since the rules regarding the serial trial procedure foresee a shorter time and petitions, they can reduce the trial time by half. It should be noted that, pursuant to Article 86 of the Arbitration Rules, the parties may waive the application of rapid arbitration at any stage of the proceedings.

- In addition, Article 42 of the Arbitration Rules expressly permits bifurcation, a previously unregulated procedure that already exists in practice. It also provides a non-limiting list of criteria that the arbitral tribunal should consider when deciding on the division of proceedings (for example, that the duration and costs of the proceedings will be significantly reduced). The amendments also confirm that the arbitral tribunal can decide on the division of the proceedings ex officio, even if the parties do not demand it.

- The Arbitration Rules now allow for consolidation and coordination of cases. This is a change in line with the arbitration rules of internationally preferred institutions such as the International Chamber of Commerce. Unlike the division of proceedings, the consolidation and coordination of cases is only possible with the consent of the parties.

- The Arbitration Rules also provide for stricter deadlines throughout the proceedings

compared to previous arrangements, in order to reduce time and expenses. In addition, the deadlines that the arbitral tribunal must comply with while making its interim and final decisions are also stipulated. However, it is difficult to predict the effect of the timeframes regarding the decisions of the arbitral tribunal, as they are not precise.

Third Party Financing

Third party funding has been one of the controversial issues during the drafting of the amendment bill. Some states have demanded that this practice be banned completely. However, the Arbitration Rules still allow for third party financing, with stricter disclosure requirements.

- The party applying for third party financing under Article 14 of the Arbitration Rules; The third party providing the financing is required

to disclose in writing the name and address. This disclosure must be made immediately with the request for arbitration or, if the agreement regarding third party financing is made at a later stage, at the time of such agreement. In addition, if the financier is a legal entity, the names of those who have control of that legal entity must also be disclosed. The scope of third party financing is broad, to include nonprofit deals.

- A comprehensive and strong protection against possible conflicts of interest has been provided by giving the arbitral tribunal the authority to request additional information.

Litigation Expenses

- With the amendments, a section specific to litigation expenses has been created. In this section, in addition to other amendments, it is regulated that all decisions regarding



litigation expenses in accordance with Article 52 of the Arbitration Rules must be reasoned.

- Furthermore, Article 52 of the Arbitration Rules provides guidance to arbitrators on how to decide on litigation costs, by providing a non-limiting list of criteria that the arbitral tribunal should consider when deciding on litigation costs. In this regard, all relevant circumstances must be taken into account, in particular the complexity of the case, the reasonableness of the requested costs and the attitude of the parties throughout the proceedings.

- As an important change, the arbitral tribunal can now make an interim decision regarding the litigation expenses, if it deems necessary. In addition, there is no obligation to bear the costs of litigation entirely on the losing party, unless a claim has been rejected as manifestly ill-founded.

- Article 53 of the Arbitration Rules is a new regulation on security for litigation expenses. Upon the request of one of the parties, the arbitral tribunal may decide that the plaintiff in the main action or counterclaim should deposit a security for the costs of the proceedings. In addition, a non-limiting list of criteria that the arbitral tribunal can evaluate while making this decision is also included in the regulation. It should be noted that in case of non-compliance with the decision to deposit a guarantee regarding the litigation expenses, the trial may be suspended by the arbitral tribunal and if the suspension continues for 90 days, the arbitral tribunal may

terminate the proceedings after receiving the opinions of the parties.

Composition of the Arbitration Committee and Refusal of the Arbitrators

- Article 15 of the Arbitration Rules envisages a method for the formation of the arbitral tribunal and simplifies this process. In this framework, if the parties fail to agree on the number of arbitrators and the procedure for their appointment within 45 days from the registration of the case, the arbitral tribunal shall consist of three arbitrators and pursuant to Article 37(2)(b) of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ("ICSID Convention"), each party will appoint an arbitrator and, according to the agreement of the parties, a third arbitrator will be appointed who will preside over the arbitral tribunal.

- Articles 22 and 23 of the Arbitration Rules provide for shorter deadlines for the dismissal of the arbitrators, and also clearly stipulate that the arbitrators who are not the subject of the rejection request or the President of the ICSID Administrative Council shall decide on the rejection of the arbitrator.

Transparency

- The new Section X of the Arbitration Rules includes improvements in transparency. In accordance with Article 62 of the Arbitration Rules, all final and annulment decisions will be published in full or in anonymized form with the consent of the parties. As a significant change, the parties will be deemed to have consented to the publication of a document

if they do not object in writing within 60 days of its sending. It should be noted that in cases where the parties do not consent to the publication of a whole document, the previous practice of publishing excerpts from documents continues. In addition, Articles 63 and 64 of the Arbitration Rules regulate the conditions and procedures for the publication of documents submitted in interim decisions and proceedings.

- Article 65 of the Arbitration Rules, which presumes that the hearings are open if one of the parties does not object; This is an important step towards improving transparency. In addition, if hearings are open to third parties, the arbitral tribunal will take procedural measures to prevent disclosure of confidential and protected information.

- Another development in terms of transparency, Article 67 of the Arbitration Rules sets out the non-limiting criteria to be evaluated by the arbitral tribunal when allowing non-participants to participate in the proceedings.

Temporary Legal Protection Measures

- With Article 47 of the Arbitration Rules, which is a regulation regarding temporary legal protection measures, it is clearly regulated that the arbitral tribunal can decide on a temporary legal protection measure upon the request of one of the parties or ex officio by evaluating all the relevant conditions.

Changes to ICSID Additional Service Rules

Since the scope of the ICSID Convention

is limited only to disputes between states parties and nationals of states parties, the ICSID Additional Service Rules aim to expand access to ICSID services and expertise. With the new amendments, the scope of the ICSID Supplementary Service Rules has been increased by (i) making it applicable where neither the host state nor the investor state is a party state, and (ii) making it accessible to regional economic integration organizations, the best known example of which is the European Union. has also been expanded.

Conclusion

The amendments brought by the rules include important developments, especially in order to reduce the duration and expenses of the proceedings and to increase transparency, as a result of a comprehensive and ambitious work. Time will tell how the changes will be reflected in the application and how successful it will be. In addition, ICSID is expected to publish a guide on the Code and its applications in the coming months.

TÜRK VATANDAŞLIĞINA KABUL ŞEKİL VE ŞARTLARI NELERDİR?



Vatandaşlık, bir kimseye bazı haklar sorumluluklar ve ayrıcalıklar getiren, o kimseyi bir devletin üyesi yapan hukuki statüdür. Vatandaşlık, ilgilinin talebine veya yetkili makamın kararına ihtiyaç olmaksızın doğum ile birlikte kendiliğinden kazanılır. Kişinin doğumundan sonra ve doğumundan başka bir sebebe binaen kazandığı vatandaşlığa müktesep vatandaşlık ya da sonradan kazanılan vatandaşlık denilir. Bu şekilde kazanılan vatandaşlık, geçmişe etkili değildir. Vatandaşlık kurumu her ülkenin kendi koşulları ve hukuk düzeni içinde gelişmektedir. Ülkemizde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı, hukuki bir kurum olarak 1982 Anayasasında yer bulmuştur. Anayasanın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlığı altında düzenlenen 66. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin Türk olduğu kabul edilmiştir.¹ Aynı maddede Türk ana veya Türk babanın çocuğunun da Türk olduğu belirtilmiş, ayrıca vatandaşlığın, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağı ve ancak kanunda belirtilen

hallerde kaybedileceği de hüküm altına alınmıştır. Bu hükümden hareketle 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı Resmi Gazetede "5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu" yayımlanmıştır.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)² ile sonradan vatandaşlık kazanma halleri, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması olarak belirtilmiştir. Türk vatandaşlığını doğum ile kazanan kişiler ile sonradan kazanan kişiler bakımından, vatandaşlık statüsü kapsamında bir farklılık yoktur.

Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kazanılma Halleri

Genel olarak vatandaşlığın kazanılması, Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılması, yeniden vatandaşlığa alınma ve evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması yolları ile gerçekleşir. Türk hukukunda TVK'nın 10. maddesinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığı kazanılabileceği belirtilmiştir.

Vatandaşlığa kabul hususunda idarenin takdir yetkisinin varlığı söz konusudur.³

Genel Olarak Vatandaşlığa Alınma

Yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmanın normal yolu olan genel olarak vatandaşlığa alınma, kanunda başvuru için aranan şartlar başlığı altında düzenlenmiştir.⁴ Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda aranan şartlar, TVK'nın "Başvuru İçin Aranan Şartlar" başlıklı 11. maddesinde kurala bağlanmıştır. Şartlar sırasıyla bu şekildedir:

- Maddenin (a) bendine göre; Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen kişi kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Bir kişi ergin değilse ve ayırt etme gücüne de sahip değilse bu durumda bu kişi Türk vatandaşlığına başvuramaz. Türk hukukunda vatandaşlık kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Bu hüküm doğrultusunda tam ehliyetsiz olan kişiler bu yola başvuramayacaktır.

- Maddenin (b) bendine göre; başvuran kişi başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmiş olmalıdır. Bunun yanında TVK'nın 15. maddesinde "Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktır. Türk vatandaşlığı kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam on iki ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler bu kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir." hükmü düzenlenmiştir. Sürelere ilişkin bir düzenleme de 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK) yer almaktadır.⁵

Bu Kanun'a göre usulüne uygun olarak Türkiye'ye gelen ve doksan günden fazla Türkiye de kalmak isteyen yabancıların ikamet izni alması gerekir. Yabancıların Türkiye'de kalış amacına göre farklı tiplerde ikamet izin süreleri öngörülmüştür. Örneğin ziyaret amacıyla geldiğinde kısa dönem ikamet izni verilir. Bazı kişiler ikamet izninden muaf tutulabilirler, örneğin diplomatik temsilciler ve aileleri muaftır. Türkiye gelip ikamet izni alındıktan sonra beş yıl süreyle ikamet etmesi gerekir, bu beş yıllık süre içerisinde on iki ayı aşmamak üzere Türkiye dışında bulunabilir.

- Maddenin (c) bendine göre; başvuran kişi Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmelidir. Bu konuda Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik) çeşitli karineler getirilmiştir.⁶ Yönetmelik'in 15. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; "Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini; Türkiye'de taşınmaz mal edinmek, iş kurmak, yatırım yapmak, ticaret ve iş merkezini Türkiye'ye nakletmek, çalışma iznine tabi olarak bir iş yerinde çalışmak ve benzeri davranışlarla teyit etmiş olmak veya Türk vatandaşı ile evlenmek, ailece müracaat etmek, daha önce Türk vatandaşlığını kazanmış olan ana, baba, kardeş ya da çocuk sahibi olmak veya eğitimi Türkiye'de tamamlamak." hükmü düzenlenmiştir.

- Maddenin (ç) bendine göre; Vatandaşlık talebinde bulunan kişinin genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığının bulunmaması gerekir. Buradaki hastalıktan kastedilen toplumun sağlığını etkileyebilecek

bulaşıcı hastalıklardır. Yönetmelik'in 17. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde bu duruma ilişkin usul ve esasların Sağlık Bakanlığınca belirlenmesine yönelik bir düzenleme getirilerek, kişinin sağlık durumunu Sağlık Bakanlığı tarafından verilecek bir raporla belgelendirmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

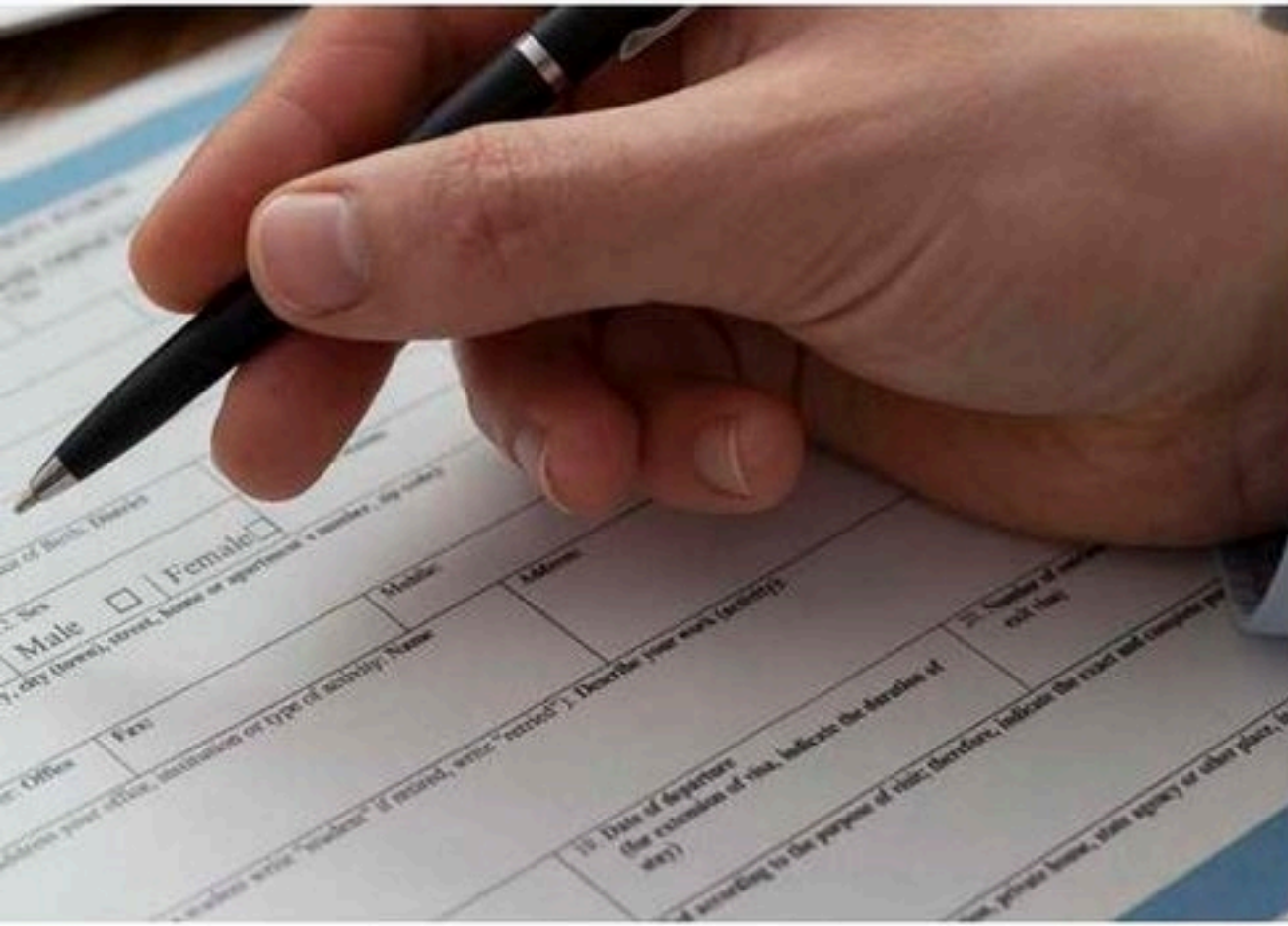
- Maddenin (d) bendine göre; başvuran kişi iyi ahlak sahibi olmalıdır. İyi ahlak sahibi olmaya dair madde gerekçesinde "Türk örf ve adetleri ile toplumsal yaşamına aykırı bir davranış içinde bulunulmaması" şeklinde belirtilmiş,⁷ Yönetmelik'in 15. maddesinde de "Toplum içinde birlikte yaşamının gerektirdiği sorumluluk duygusu ile davranarak iyi ahlak sahibi olduğunu göstermek, davranışları ile çevresine güven vermek, toplumca hoş karşılanmayan ve toplum değerlerine aykırı kötü alışkanlığı bulunmamak." ifadesi yer almıştır. Başvurucunun iyi ahlak sahibi olup olmaması hakkındaki araştırma, İl Emniyet Müdürlüğü tarafından yapılacak bir soruşturma ile sonuçlandırılır.⁸

- Maddenin (e) bendine göre; bir diğer şart ise vatandaşlığa alınacak kişinin yeterince Türkçe konuşabilmesidir. Birçok ülkenin vatandaşlık mevzuatında dil şartı kabul edilmektedir. Çünkü kişinin vatandaşlığına geçmek istediği ülkenin dilini konuşuyor olması, o toplum ile uyum sağlayacağına karine teşkil edecek önemli bir emare olarak kabul edilmektedir.⁹ Bu şart, vatandaşlık başvuru inceleme komisyonlarınca yapılacak mülakatlarla belirlenir.



- Maddenin (f) bendine göre; başvurucunun, Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olması şartı aranmaktadır. Örneğin teminat göstermesi istenebilir. Madde gerekçesine baktığımızda, yeterli gelir ve bir mesleğe sahip olma şartıyla Türk vatandaşlığına alınan kişinin topluma yük olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

- Maddenin (g) bendine göre; başvurucunun, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamalıdır. Yönetmelik'in 72. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yapılan düzenlemeyle; ilgili kurumlar tarafından yapılan araştırma sonucunda, Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkmaya yolunda faaliyette bulunan, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak destekleyenler, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunan, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katılan, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan



kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanların Türk vatandaşlığını kazanamayacağı kural altına alınmıştır.

Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İstisnai Haller

İstisnai yoldan vatandaşlığa alınacak kişiler, TVK'nın 12. maddesinin 1. fıkrasında dört grup halinde belirlenmiştir. Anılan madde uyarınca milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile vatandaşlık kazanacak olan kişiler şunlardır:

1- Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler,

2- Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler,
3- Göçmen¹⁰ olarak kabul edilen kişiler,
4- YUKK'un 31. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu.

Turkuaz Kart Uygulaması

6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu'nun "Turkuaz Kart" başlıklı 11. maddesine göre, uluslararası İşgücü Politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara ilk üç yılı geçiş süresi olmak kaydıyla Turkuaz Kart verileceği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın, geçiş süresi içinde işveren veya yabancidan yürütülen faaliyetlere ilişkin bilgi ve belge talep edebileceği belirtilmiş, bu geçiş süresi içinde aynı Kanun'un 15. maddesi uyarınca iptal edilmeyen Turkuaz Kartta yer alan geçiş süresi kaydının, yabancının başvurusu halinde kaldırılacağı ve süresiz Turkuaz Kart verileceği, bu başvuru geçiş süresinin dolmasına yüz seksen gün kalmasından itibaren ve her durumda geçiş süresi dolmadan yapılacağı, bu süre dolduktan sonra ise geçiş süresi kaydının kaldırılmasına ilişkin yapılan başvurunun reddedileceği ve Turkuaz Kartın geçersiz hale geleceği düzenlenmiştir.¹¹

Yatırım Yolu ile Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Yatırım yolu ile Türk vatandaşlığının kazanılması TVK'da değil Yönetmelik'in 20. maddesinde düzenlenmiştir. Yönetmelikte Türk vatandaşlığına kabul edilmek isteyen yabancıların getirdiği dövizlerin, yatırım işlemleri öncesinde bir banka aracılığıyla Merkez Bankasına satılması kararlaştırılmıştır. Vatandaşlık kazanmak için belirtilen kapsam ve tutarda yatırım şartlarının sağlanıp sağlanmadığının tespitinde uygulanacak usul ve esaslar, tespiti yapan kurum tarafından belirlenecektir. Anılan maddeye göre, bu maddede sayılı şartlardan herhangi birini sağlayan yabancı, TVK'nın 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Bu şartlar;

"a) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirdiği Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca tespit edilen.

b) En az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarındaki taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı veya kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş, en az 400.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarı peşin olarak yatırılan ve tapu siciline üç yıl süreyle devir ve terkinin yapılmayacağı taahhüdü şerh edilmek şartıyla noterde düzenlenmiş sözleşme ile taşınmazın satışının vaat edildiği Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca tespit edilen.

c) En az 50 kişilik istihdam oluşturduğu

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca tespit edilen.

ç) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye'de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen.

d) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında Devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit edilen.

e) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını en az üç yıl elinde tutma şartıyla satın aldığı Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen.

f) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz tutarında katkı payını, kapsamı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenen fonlarda tutma ve üç yıl sistemde kalma şartıyla bireysel emeklilik sistemine yatırdığı Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen."

şeklinde düzenlenmiştir. Bu parasal değerlerin belirlenmesinde, tespit tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının efektif satış kuru ve/veya çapraz döviz kuru esas alınacaktır. Ayrıca yapılacak yatırım türleri arasında belirtilen süreyi tamamlamak amacıyla geçişkenlik mümkün kılınmıştır.



Yetkili Makam Kararı İle Yeniden Vatandaşlık Kazanma

Yeniden vatandaşlığa alınma, vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş kişilerin tekrar vatandaşlığa alınmalarını sağlayabilmek için kabul edilmiş bir kurumdur. Yeniden vatandaşlığa alınmada, kişi daha önce vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ve fakat herhangi bir nedenle vatandaşlığını kaybettiği bir devletin vatandaşlığına alınmaktadır. Bu kurum, ikamet şartsız vatandaşlığın kazanılması ve ikamet şartına bağlı olarak vatandaşlığın kazanılması olarak ikiye ayrılır.¹² İkamet şartsız vatandaşlığın kazanılması şartları TVK'nın 13. maddesinde yer almaktadır. Yetkili makam İçişleri Bakanlığıdır. İkamet şartsız vatandaşlığı kazanmak isteyen kişinin milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması gerekir. Bu kişiler Kanun'da 'Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler' ve 'Ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybetmiş olup kanunda belirtilen seçme hakkını süresi içinde kullanmayanlar' olarak belirlenmiştir.

İkamet şartlı vatandaşlığın kazanılması ise TVK'nın 14. maddesinde düzenlenmiştir. Yine aynı şekilde milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir durumlarının olmaması gerekir. Kanun'da belirtilen, Türk vatandaşlığı Cumhurbaşkanı kararı ile kaybettirilen ve Türk vatandaşlığını seçme hakkı ile kaybeden kişiler ikamet şartlı olarak Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Düzenleme uyarınca bu kişilerin Türkiye'de üç yıl ikamet etmeleri gerekmektedir.

Evlenme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanma, son yıllarda ülkemizde dikkat çeken bir müessesedir. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda¹³ evlenme kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanma yoluydu. 2003 yılında yapılan değişiklik ile evlenme, Türk vatandaşlığının doğrudan kazanılma sebebi olmaktan çıkmıştır. Türk vatandaşı ile evlenen yabancının Türk vatandaşlığına geçebilmesi için Kanun'da aranan şartları şahsında gerçekleştirmesi gerekmektedir. TVK'nın 16. maddesine göre, bir yabancının Türk vatandaşı ile evlenmesi halinde vatandaşlığı etkilenmez. Yani vatandaşlık kendiliğinden kazanılmaz, ilgilinin talebi ve yetkili makam kararıyla kazanılır. Kişinin bu yola başvurabilmesi için ön şart en az üç yıl Türk vatandaşıyla evli olma ve evliliğin başvuru esnasında devam ediyor olmasıdır. Bu hususun yabancı eş tarafından ispat edilmesi gerekir. Diğer şartlar ise aile birliği içinde yaşama, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmama ve evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir harekette bulunmama

olarak sayılmıştır. Bu şartlar idare tarafından araştırılır. Eşler arasındaki yaş farkı ya da birbirinin dilini bilmeme eşlerin ayrı ayrı yerlerde ikamet etmesi gibi durumlar yetkili mercii tarafından incelenecektir. Evliliğin muvazaalı olması halinde Türk vatandaşlığı kazanılamaz.

Evlat Edinilme Yolu İle Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Evlat edinme ile vatandaşlık kazanma tek yönlüdür. Evlat edinilen kişi evlat edinenin vatandaşlığını kazanır. Öncelikle mahkeme tarafından evlat edinme işleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Mahkeme tarafından bu işlem gerçekleştirildikten sonra evlat edinen, evlat edindiği kişinin vatandaşlığı için başvurur.¹⁴ TVK'nın 17. maddesine göre, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir. Bu noktada, Milli İstihbarat Teşkilatı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nden bir arşiv araştırması istenir. Vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kararı vermeye yetkili makam ise İçişleri Bakanlığı'dır. Evlat edinilme işlemlerinin usule uygun olup olmadığı hususunda da ortada yabancı unsur taşıyan bir durum söz konusudur. Bu nedenle 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine başvurulacaktır.¹⁵ Bu Kanun'un 18. maddesine göre, evlat edinme ehliyeti ve şartlarının, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki millî hukukuna tâbi olduğu, evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte

uygulanacağı, evlat edinmenin hükümlerinin evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi halinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbi olduğu kural altına alınmıştır. Evlat edinilme yolu, sonradan kazanılan bir vatandaşlık yoludur. Bu kişiler, vatandaşlığı sonradan kazansa da asli olarak kazansa da aralarında farklılık söz konusu değildir. Aynı haklara sahip olacaklardır.

Seçme Hakkını Kullanma Yolu İle Vatandaşlığın Kazanılması

Vatandaşlığın sonradan kazanılmasının yollarından sonuncusu da seçme hakkını kullanma yolu ile vatandaşlığın kazanılmasıdır. İlgili düzenlemeye TVK'nın 21. maddesinde yer verilmiştir. Seçme hakkının kullanılması yolu ile vatandaşlığın kazanılabilmesi için yetkili makamın takdirine ve kararına gerek yoktur. İlgili kişinin usulüne uygun olarak yapacağı açıklaması gerekli ve yeterlidir. Düzenlemeye göre ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabileceklerdir.

SONUÇ

Her devlet, devlet olmaktan ötürü vatandaşlık bağını kendi siyasi, ekonomik ve/veya sosyal şartlarına göre kurmaktadır. Bu bağ genel olarak Türk hukuk sisteminde Türk vatandaşlığının, aslen ve sonradan olmak üzere iki yoldan kurulmaktadır. Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması, TVK'da yetkili makam kararı ile kazanma, evlat edinilme yoluyla kazanma ve seçme hakkının

kullanılması suretiyle kazanma olmak üzere üç farklı halde belirlenmiştir. Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasında ise, Türk vatandaşlığının kazanılması, istisnai vatandaşlığın kazanılması, ikamet şartı aranmaksızın ve ikamet şartlı yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması ile evlenme yoluyla kazanılması olmak üzere beş farklı

biçimde düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığını kazanma usullerinin hepsinde ayrı şartlar öngörülmüş olup, ilgili şartları sağlayanlar Türk vatandaşlığının kazanılması için başvuruda bulunabilme hakkını elde etmektedirler. Dolayısıyla düzenlemelerle getirilen şartların sağlanmasının kişiye yalnızca başvuru hakkı vereceği dikkatlerden kaçmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982), T.C Resmi Gazete, 2709, 18 Ekim 1982.
- Türk Vatandaşlığı Kanunu(2009) , T.C Resmi Gazete, 27256, 29 Mayıs 2009.
- 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (mülga)
- Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu(2013), T.C Resmi Gazete ,28615, 4 Nisan 2013.
- Uluslararası İşgücü Kanunu(2016), T.C Resmi Gazete, 29800, 28 Temmuz 2016.
- Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(2007), T.C Resmi Gazete, 26728, 27 Kasım 2007.
- Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. (2010), T.C Resmi Gazete, 27544, 6 Nisan 2010.
- Türk Vatandaşlığı Kanunu madde gerekçesi, erişim adresi : <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>
- https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili_Turk_Vatandasligi_Kanuna_Gore_Aciklama2009.pdf.
- Prof. Dr. Vahit DOĞAN, 16. Baskı Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara Eylül 2019.
- Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir, 2020-2021 Devletler Özel Hukuku Ders Notları.

DİPNOT

- ¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982), T.C Resmi Gazete, 17863, 18 Ekim 1982
- ² Türk Vatandaşlığı Kanunu(2009) , T.C Resmi Gazete, 27256 , 29 Mayıs 2009
- ³ Prof. Dr. Vahit DOĞAN, 16. Baskı Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara Eylül 2019, s.59
- ⁴ Prof. Dr. Vahit DOĞAN, 16. Baskı Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara Eylül 2019, s. 61
- ⁵ Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu(2013), T.C Resmi Gazete ,28615, 4 Nisan 2013
- ⁶ Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik(2010), T.C Resmi Gazete, 27544, 6 Nisan 2010
- ⁷ Türk Vatandaşlığı Kanunu madde gerekçesi, erişim adresi : <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss90.pdf>
- ⁸ https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/genelge/5901Sayili_Turk_Vatandasligi_Kanuna_Gore_Aciklama2009.pdf.
- ⁹ Prof. Dr. Vahit DOĞAN, 16. Baskı Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara Eylül 2019, s. 69
- ¹⁰ 5543 sayılı İskân Kanunu'nun 3. maddesinde, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu kanun uyarınca kabul olunanlar göçmen olarak tanımlanmıştır.
- ¹¹ Uluslararası İşgücü Kanunu(2016), T.C Resmi Gazete, 29800, 28 Temmuz 2016
- ¹² Prof. Dr. Vahit DOĞAN, 16. Baskı Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara Eylül 2019, s. 80
- ¹³ 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (mülga)
- ¹⁴ Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir, 2020-2021 Devletler Özel Hukuku Ders Notları.
- ¹⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(2007), T.C Resmi Gazete, 26728, 27 Kasım 2007

YABANCILARIN TÜRKİYE'DE ŞİRKET KURMASI



1. Giriş

Dünyanın birçok ülkesi, ülkelerine yabancı yatırımcılar çekmek için çalışmalar yapmaktadır. Türkiye, son yıllarda yaşanan savaşlar ve iş imkanlarından dolayı mülteci göçleri alması, yabancılara bazı şartlarda vatandaşlık vermesi ve iş hacminin büyümesiyle büyük bir pazara sahip olmuştur. Türkiye'de çalışan insanların emeklerinin çok olması fakat karşılığının alınamaması ve sermayenin az olması sebebiyle Türkiye'nin yabancı para birimlerine ihtiyacı olmaktadır. Aynı zamanda yabancıların diğer ülkelerde yaptıkları ticaretlerde, olası bir uyuşmazlık durumunda başvurduğu "tahkim" yolu, Türkiye'nin de kendini hukuki anlamda geliştirdiği ve başarıyla ilerlediği bir çözüm yöntemidir.

2. Yabancılar İçin Çıkarılan Kanunlar Ve Vatandaşlık

Yabancıların Türkiye'de şirket kurması ve ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi için 1954 yılında "6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu" mevzuatı yayımlandı fakat mevzuatın ve günün koşullarının yeterli olamaması sebebiyle yeni bir kanun hazırlanması gerekti. Türkiye'ye gelen yatırımcıların malvarlığını, haklarını korumak, uluslararası alanda problemlerle karşılaşmamak ve düzgün bir zemine dayandırmak için 2003 tarihinde "8469 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" çıkarılmıştır. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ("Kanun") 4875 sayılı Kanun'a göre, Türkiye'de yerleşik olarak bulunmayan Türk vatandaşları yabancı

yatırım statüsüne girmektedirler. Kanun'a dayanak olarak çıkartılan "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği" ("Yönetmelik") 18. maddesine göre: "Yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşları, Kanunun uygulanması bakımından yabancı yatırımcı sayılırlar."

Ayrıca Kanun'un 2. maddesi; Türkiye'de tebligat adresi bulunan, Türk Ticaret Siciline kayıtlı ve ortakları yabancı olan şirket yabancı şirket sayılmamaktadır. Yabancı şirket sayılması veya yabancı yatırımcı sayılması için, tüzel kişiliğin Türkiye dışındaki ülkelerde, kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulması gereklidir.

Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de şirket türleri bakımından bir sınırlandırmaya tabi değildirler. 12 Ocak 2017 tarihinde kanunla kabul edilen ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile 1 (bir) milyon Amerikan Doları değerinde ev alanlar, aldığı evi 3 (üç) yıl elinde tutması durumunda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı alabilmekteydi. 2017'den beri yurtdışından Türkiye'ye ev almaya gelen yabancılar, Türkiye'de yaşamalarıyla beraber yatırım yapmaya da istekli oldular. Gıda, ilaç, inşaat vb. alanlarda yatırımlar yapmaya başladılar.

3.Şirketler

Kanun'a göre, Türkiye'de yabancı yatırımcıların kuracakları şirket türü ile ilgili bir



sınırlandırmaya tabi değildirler. Yönetmeliğin 17. maddesi; yabancı yatırımcıların kurabilecekleri şirketleri Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanununda düzenlenen şirketler olduğunu belirtmiştir. Yabancıların mevcut bir anonim veya limited şirketi satın almak veya sıfırdan şirket kurup yatırım yaparak büyümeye çalışabilirler. Anonim Şirketin kuruluşu için 50.000 (elli bin) Türk Lirası, Limited Şirketin kuruluşu için 10.000 (on bin) Türk Lirası asgari para gerekmektedir. Anonim şirketlerde, payların ekonomik bir karşılığı vardır. Pay sayısı ve payın ekonomik değeri ile çarpılması sonucu şirketin sermayesi ortaya çıkar. Şirketin ne kadar payı olduğu kurucular tarafından belirlenir. Pay sahipleri isterse, hisse senetleri çıkartılabilir. Bir veya birden fazla ortakla şirket kurulabilir. Şirketin değerinin yükselmesi için halka açılma Anonim şirketlerde bulunmaktadır. Halka açık şirketlerde ortak sayısı artmaktadır. Ortak

sayısında azami bir sınır bulunmamaktadır fakat ortakların sayısının 500'ü (beş yüz) aşması durumunda şirket halka açılmış sayılmaktadır. Limited Şirketlerin Anonim Şirketlerden bazı farkları ise, en fazla 50 (elli) ortak olabilir. Asgari sermayesi en az 10.000 (on bin) Türk Lirasıdır. Ortaklara kar payı avansı dağıtılabilir. Ek olarak, kooperatifler Türk Ticaret Kanunu'na göre düzenlendiği için yabancı yatırımcılar kooperatife ortak olma ve kooperatif kurma hakları da vardır. Ayrıca yabancıların Türkiye'de çalışmak istemesi ve izne bağlanması 4817 sayılı "Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun" kapsamına girmektedir.

4.Şirketlere Ortak Olma Yolları

Türk vatandaşlarına ait şirketlere ortak olmak isteyen yabancıların, şirketi satın almaları veya birleşme yoluyla ortak olma imkanları vardır. Şirkete yabancı ortağın ortak olması halinde 4875 sayılı Kanun'a tabi olurlar.

Şirketi satın alma işlemi; bir şirketin malvarlıklarıyla beraber hisselerinin, farklı bir şirket tarafından satın alınmasıdır.

Birleşme yolu; farklı sektörden veya aynı sektörden şirketlerin bir grup/çatı altında bir araya gelerek birleşmesidir.

Yabancıların sıfırdan şirket kurarak vatandaşlık almasından bahsetmek gerekirse; "istinai yol" ile vatandaşlık kazanabilirler. Bunun yolu; en az 50 (elli) kişilik istihdam oluşturması gerekmektedir.

Yabancıların Türkiye'de şirket kurması için istenen belgelerin temin edilmesi ve sürecin uzun sürmesi zorlu bir işlemdir. İstenen evraklarının bazılarını belirtmek gerekirse; pasaportların Türkiye'deki yeminli tercüman

tarafından onaylanmış Türkçe tercümesi ve noter tasdiki, vatandaşı olduğu ülkenin vergi kaydının apostili gerekmektedir.

5.Sonuç

Türkiye, yabancı yatırımcıları ülkenin menfaati için önemli görmektedir ve bu nedenle yabancı yatırımcıları çekmek için çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Kanun, doğrudan yabancı yatırımcılar için hazırlanmış ilişkin yasal bir metindir. Ayrıca yatırımcıları çekmek için bazı kuruluşlar ve bakanlıklarda yetkili merciler yatırım anlaşmaları imzalamışlardır.

Yapılacak şirket kuruluşları ve şirketlere ortak olunması Türkiye'deki istihdamı, ticari ilişkileri ve ülke ekonomisini arttırmaya devam edecek ve yabancı yatırımları ülkemize çekmeye devam edecektir. Yabancıların Türkiye'de Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") bahsi geçen şirket türlerini kurması mümkündür.

Şirket türlerine göre, idari izinler, talepler ve mevzuat değişiklik göstermektedir. Yabancıların gerekli izinleri almadan, Türkiye'de şirket kurmaya çalışması cezai yaptırımlara tabidir.

KİRA SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

Giriş

Kira sözleşmesi, günlük hayatımızda en çok karşılaştığımız sözleşme türlerindendir. Dolayısıyla kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar da yargı sistemimizde en çok çözüm aranan uyuşmazlıklardandır. Pek çok vatandaş hayatının bir döneminde bir kira sözleşmesinin tarafı olmaktadır. Bu sebeple de aslında herkesin kira sözleşmesi ve tarafların sahip olduğu haklar konusunda bilinçlenmesi faydalı olacaktır.

Bu yazımızda; kira sözleşmesinin unsurları ve kira bedeli kavramını açıklayarak, kira bedelinin tespit edilmesi ve kira bedelinin tespiti ile kira sözleşmesinin uyarlanması davalarının farklılıklarına vurgu yapılacak ve kira sözleşmesinde belirlenen hususların kira sözleşmesi süresince değişen koşullara uyarlanması konularından bahsedilecektir.

Kira Sözleşmesinin Unsurları

Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 299. maddesine göre; "Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". TBK'da yer verilen bu tanımdan, kira sözleşmesinin unsurları belirlenebilir.

Kira sözleşmesinin ilk unsuru, tarafların



karşılıklı olarak anlaşmasıdır. Bu anlaşma; kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını devretmesi ile kiracı tarafından kira bedeli ödenmesi unsurları üzerinde tarafların karşılıklı olarak mutabakata varmalarını ifade etmektedir. Bu yönüyle kira sözleşmesi, hukuki nitelik olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Böylelikle kira sözleşmesinin imzalanmasıyla, tarafların birbirine karşı yükümlülükleri doğmaktadır.

Kira Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri

Kira sözleşmesinin imzalanmasıyla, tarafların birbirlerine karşı yükümlülüklerinin doğacağından bahsetmiştik. Bu doğrultuda; kiraya verenin teslim, yan giderlere katlanma, vergi ve benzeri yükümlülükleri katlanma borcu ile kiralananın ayıplarından sorumluluğu söz konusudur. Kiracının ise kira bedelini

ödeme, kiralanan şeyi sözleşmeye uygun şekilde özenli olarak kullanma ve komşulara saygı gösterme, temizlik ve bakım giderlerine katlanma, ayıpları bildirme, ayıpların giderilmesine ve kiralananın gösterilmesine katlanma borcu ortaya çıkmaktadır.

Kira Bedeli Kavramı

Kira sözleşmesinin unsurlarından ve kiracının yükümlülüklerinden biri olan kira bedeli, sözleşmenin en önemli unsurlarındandır. Kira sözleşmesi geçerli olarak kurulduğu noktada kiraya veren kişi, kiralanan şeyi kiracının kullanımına elverişli bir şekilde kiracıya teslim etme ve sözleşme süresince de kullanıma elverişli şekilde bulundurma yükümlülüğü altına girer. Buna karşılık kiracının ise kiralanan şeyi kullanmasının karşılığı olarak, kira bedelini ödeme yükümlülüğü ortaya çıkar. Kira bedeli kavramını tanımladığımız bu noktada ise kira bedelinin belirlenmesi hususu önem kazanmaktadır.

Kira Bedelinin Belirlenmesi

Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde; kira sözleşmesinin kurulması sırasında taraflar, kira bedelini serbestçe belirleyebilirler. Ancak sözleşme devam ederken, özellikle yenileme dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesi bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamaların en önemlisi ve belki de diğer sınırları da kapsayan bir husus olarak kabul edebileceğimiz "kiracı aleyhine değişiklik yapmama" ilkesidir. Bu ilkeye göre kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesi hususu dışında kalan diğer düzenlemelerle kiracı aleyhine değişiklik yapılamaz. Söz konusu

kiracı aleyhine düzenleme yasağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 346. maddesinde; "Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi hâlinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir." şeklinde



düzenlenmiştir. Her ne kadar TBK'da tarafları korumaya yönelik olarak bazı düzenlemeler getirilmişse de günlük hayatta sık sık kiraya verenin ve kiracının menfaatlerinin kira bedelinin tespit edilmesi, kira artış oranları, sözleşmenin günlük hayatın gereklerine göre uyarlanması gibi pek çok konuda çatıştığını görmekteyiz. Bu noktada; asıl konumuz olan kira sözleşmelerinin uyarlanmasına geçmeden önce taraflar arasında kira bedelinin tespit edilmesi hususuna değinmek faydalı olacaktır. Ancak önemle belirtmemiz gerekir

ki; kira sözleşmesinin uyarlanması hususu sadece kira bedelinin uyarlanmasından ibaret değildir. Kira sözleşmesinin uyarlanması, kira bedelini de kapsayan ve sözleşmenin diğer unsurlarının da uyarlanmasını içeren geniş bir kavramdır. Kira bedelinin tespit edilmesine ilişkin hukuki süreç ile kira sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin yeni koşullara göre



uyarlanmasına ilişkin hukuki süreç birbirinden farklıdır. Yazımızda da bu farklılık vurgulanarak, devamında ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

Kira Bedelinin Tespit Edilmesi ve Hukuki Süreci

Kira bedelinin tespiti; tarafların anlaşması ya da dava yoluyla kira bedelinin tespit edilmesi şeklinde gerçekleştirilir. Nitekim kira bedelinin belirlenmesine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 344. maddesinde; "Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak

kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır." ifadeleri ile tarafların kira bedelini hangi sınırlar dâhilinde tespit edebileceğine ilişkin yol gösterilmiştir. Burada 2019 yılında yapılan değişikliğe de dikkat çekmek yerinde olacaktır. Önceden kira bedeli belirlenirken üretici fiyat endeksindeki artış göz önüne alınırken artık tüketici fiyat endeksi dikkate alınmaktadır.

Bunun yanı sıra kira bedelinin taraflarca tespit edilmediği hallerde ise dava yoluyla kira bedelinin tespit edilmesi söz konusu olup, yine 344. maddede bu husus belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre; "Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir".

Görüleceği üzere; genelde kira bedelinin tespiti hususu, kira bedelinin hiç belirlenmediği durumlarda veya belirlense de sözleşmenin yenilendiği dönemlerde kira artış miktarı konusunda anlaşmazlık bulunduğu takdirde söz konusu olmaktadır. Oysa uyarlama davası, kira sözleşmesi süresince oluşabilecek olağanüstü durumlara karşı sözleşmede yer alan kira bedeli de dâhil olmak üzere diğer düzenlemelerin bu yeni durumlara uygun hale getirilmesi konusunda uygulama alanı bulmaktadır.



Kira Sözleşmelerinin Uyarlanması Kavramı

Günlük hayatımızda, taraflar arasında çeşitli anlaşmazlıklar sebebiyle kira bedelinin mevcut koşullara uygun hale getirilmesi talep edilmektedir. Bu durumun güncel örneklerinden birisi, uzun süre tüm dünyayı etkisi altına alan pandemi sürecidir. Bu süreçte, küresel çapta herkes sağlık, ekonomik, sosyal ve daha pek çok alanda etkilenmiştir. Normalde hâlihazırda mevzuatımızda olan bu kavramı, bu süreçte çok daha fazla duyduk. Pandemi süreci boyunca, bazı işyerleri kapalı kalmış ve kiraya verenler kiralanan şeyi elverişli halde kullanıma hazır bulundurma borcunu yerine getirememişlerdir. Mücbir sebep kabul edilen bu durumda da kiracılar ifadan kaçınmak istemişlerdir. Ancak uzun vadede düşünüldüğünde, sözleşmeyi feshetmek istemeyen taraflar için kira sözleşmesinin uyarlanması daha makul olmaktadır.

Aynı şekilde özellikle yabancı para cinsinden kararlaştırılan kira sözleşmelerinde de döviz kurlarındaki ani artışlar kiracı açısından edimin ifasını güçleştirmektedir.

Görüleceği üzere; her ne kadar sözleşmenin kurulması sırasında serbestlik ilkesi gereği taraflar sözleşme hükümlerini serbestçe kararlaştırabilse de bazen kira sözleşmesinin imzalandığı tarihte, öngörülemeyen olağanüstü durumlar sonradan ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle artık taraflardan kira sözleşmesinde yer alan yükümlülüklerini ifa etmesi beklenemeyecek bir hal alıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinde yer alan "aşırı ifa güçlüğü" kavramı gündeme gelecek ve bu doğrultuda kira sözleşmesinin uyarlanması söz konusu olacaktır.

Kira Bedelinin Tespiti ve Sözleşmenin Uyarlanması Davası Arasındaki Farklar Nelerdir?

Yazımızın bu kısmına kadar kira bedeli kavramı ve kira bedelinin tespit edilmesi ile kira sözleşmesinin uyarlanması hususlarına değindik. Burada kira bedelinin tespit edilmesi ile kira sözleşmesinin uyarlanması arasındaki farklardan söz etmenin, kira sözleşmesinin uyarlanması konusunun anlaşılması açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz. İlgili farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1- Kira bedelinin belirlenmesi davasının uygulama alanı bulduğu alanlar, konut ve çatılı iş yeri kiralardır. Ancak kira sözleşmesinin uyarlanması; taşınır, taşınmaz vb. tüm kira sözleşmelerinde uygulanabilmektedir.
- 2- Önemle belirttiğimiz üzere kira bedelinin tespit edilmesine ilişkin davanın konusu kira bedelidir. Ancak uyarlama davasında sözleşmedeki kira bedeli dâhil olmak üzere

diğer hükümlerin de bu davaya konu edilmesi mümkündür.

3- Kira bedelinin tespitine ilişkin davanın açılabilmesi için sözleşmenin devamı süresince olağanüstü durumların oluşmasına gerek yoktur. Tarafların kira bedelinin, kira artış oranının belirlenmesi gibi hususlarda anlaşamamaları bu davanın açılması için yeterlidir. Ancak kira sözleşmesinin uyarlanması davası için Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinde belirtildiği üzere sözleşmenin devamı sırasında, ortaya olağanüstü bir durum çıkması ve bu durumun artık dürüstlük kuralları gereği taraflardan ifanın beklenemeyeceği hallerin söz konusu olması gerekmektedir.

4- Söz konusu davalar sonucunda verilen kararlar da birbirlerinden farklı olmaktadır. Kira bedelinin tespit edilmesine ilişkin dava sonucunda; sadece kira bedelinin belirlenmesine yönelik tespit niteliğinde bir karar verilirken, kira sözleşmesinin uyarlanmasına ilişkin dava sonucunda; kira bedeli, vade, ifa tarzı gibi konuların yeni koşullara uyarlanması yönünde karar verilebileceği gibi uyarlamanın mümkün olmaması durumunda kira sözleşmesinin feshedilmesine de karar verilebilir.

Uyarlama Davasının Şartları Nelerdir?

Örnek olarak pandemi, döviz kurlarındaki hareketlilik gibi sebeplerle tarafların hak ve menfaat dengesinin sağlanması amacıyla kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep etme imkânları olduğundan söz ettik. Kira sözleşmesinin uyarlanmasının talep

edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinde bu şartlar açıkça sayılır. İşbu madde uyarınca;

1. Geçerli bir sözleşme olmalı,
2. Sözleşmenin yapılması aşamasında taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü bir durum meydana gelmeli,
3. Olağanüstü hal borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkmış olmalı,
4. Olağanüstü halin mevcut duruma ilişkin olguları kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalı,
5. Borçlu borcunu ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi sebebiyle doğan haklarını saklı tutarak (ihtirazı kayıtlı) ifa etmiş olmalı. Sayılan şartlar sağlandığı takdirde taraflar, sözleşmenin uyarlanmasını kendi aralarında talep edebilecekleri gibi mahkemeden de bu yönde talepte bulunabileceklerdir. Taraflar uyarlama konusunda kendi aralarında anlaşmaya varırlarsa, bunu sözleşme imzalayarak yazılı hale getirmeleri yararlı olacaktır. Tarafların imzaladıkları sözleşmede uyarlama hususunda bir hüküm yoksa ve taraflar da bu konuda anlaşmaya varamazlarsa, dava yoluna başvurabilirler.

Uyarlama Davasının Konusu

Uyarlama davasından bahsederken "Kira Sözleşmesinin Uyarlanması" tabiri



kullanılmaktadır. Zira söz konusu dava sadece kira bedelinin uyarlanmasına ilişkin olarak değil, sözleşmenin diğer unsurları dâhilinde de açılabilir. Hâkim, kira sözleşmesinin uyarlanması davasında tarafların menfaatlerini gözeterek, en uygun uyarlama şekline karar verecektir. Bu hususa ilişkin olarak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/16898 E. ve 2014/18895 K. sayılı kararında; "Uyarlama edim yükümünün azaltılması veya karşı edimin arttırılması şeklinde yapılabileceği gibi vadelerin veya ifa tarzının değiştirilmesi gibi hâkimin uygun bulacağı her şekilde yapılabilir." ifadeleri ile hâkimin edim, vade veya ifa tarzına ilişkin olarak en uygun uyarlama yolunu belirleyeceğine vurgu yapılmıştır.

Kira Sözleşmesinin Uyarlanmasına İlişkin Hukuki Süreç

Kira sözleşmesinin uyarlanması için gerekli şartlar oluştuğunda; bir süreye bağlı olmaksızın taraflarca, kira sözleşmesinin uyarlanması davası açılabilir. Dava açmadan önce ihtarnâme çekilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada dikkat edilecek husus ise kira sözleşmesinin devamı sürecinde ortaya çıkan olağanüstü koşullara rağmen ödeme yapılacaksa bu ödemenin ihtirazi kayıtlı yapılması gerekmektedir. Bu şekilde uyarlama davasına ilişkin tüm haklar saklı tutulmuş olacak ve hukuki süreç sonucunda, karara göre bu ödemelerin iadesi ya da mahsup edilmesi söz konusu olabilecektir.

Uyarlama davasının açılması için mevzuatımızda herhangi bir süreye yer verilmemiştir. Ancak uyarlamaya ilişkin şartlar oluştuğu takdirde, derhal açılması makul olacaktır. Bu süreçte; dava sonucunda verilecek uyarlama kararı, dava tarihinden itibaren ileriye doğru geçerli olacak şekilde uygulanacaktır.

Uyarlama Davasında Görevli ve Yetkili Mahkemenin Belirlenmesi

Kira sözleşmesinin uyarlanması davasında görevli mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca Sulh Hukuk Mahkemeleridir. Yetki hususunda ise seçimlik olarak kiralanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi veya davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Uyarlamaya ilişkin olarak yukarıdaki şartlar sağlandığı takdirde ilgililer görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak, kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilirler.

Sonuç

Yazımızın başında da belirttiğimiz gibi günlük hayatta da kira sözleşmeleriyle çok sık karşılaşmaktayız. Dolayısıyla kira sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar da yargı sistemimizin büyük kısmını oluşturmaktadır. Taraflar, sözleşmeyi imzaladıktan sonra kişisel hatta küresel boyutta değişikliklerle karşılaşabiliyorlar. Bu değişimler bazen ekonomik olarak büyük kayıplara sebep olabildiğinden, artık sözleşme koşulları çekilmez hale gelebiliyor. İşte bu noktada hukuk sistemimiz, tarafların hak ve menfaatlerini koruma amacıyla çeşitli düzenlemelere yer vermektedir. Genel

olarak yukarıda bahsedildiği üzere; kira sözleşmesinin uyarlanması davası da temel olarak, hayatın olağan akışında karşılaşılan olağanüstü durumlarda sözleşmelerin bu durumlara uyarlanarak, devamlılığını sağlamaktadır. Bu doğrultuda taraflar, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere uyarlama davasının koşulları oluştuğunda, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın ve ihtar çekmeksizin görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak kira sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilirler. Bu şekilde sözleşme uyarlanarak, değişen koşullara uygun hale getirilecek ve sözleşmenin feshi gerçekleşmediğinden sözleşmenin devamlılığı sağlanmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2013/16898 E. ve 2014/18895 K. sayılı kararı

TAHLİYE DAVASINA KONU TAŞINMAZIN DEVRİYLE BERABER TAŞINMAZA İLİŞKİN TAHLİYE DAVASININ DA DEVRİ



TBK. m. 310 uyarınca kiralananın el değiştirmesi halinde kira sözleşmesi, tüm hak ve borçlarıyla birlikte yeni malike devrolur. Eski malik, kiralananın mülkiyetini devretmekle kira sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkar ve onun yerini kiraya veren olarak yeni malik alır. Kira sözleşmesinin yasal devrinde sadece kiraya veren tarafta değişiklik olduğundan kira sözleşmesi hiçbir değişikliğe uğramadan devam eder. Yeni malik, eski malikin kira sözleşmesinden kaynaklanan tüm alacaklarına ve borçlarına, yenilik doğurucu haklarına, itiraz ve defilerine sahip olur. Kira alacağı ve tahliye davası gibi dava konusu olmuş bir mal ya da hakkın devri halinde de bu davaları takip yetkisi yeni malike geçmektedir.

Kural olarak, bir hak ya da alacağını devreden eski malikin, -tarafklar arasında aksini kararlaştıracak bir anlaşma olmamak kaydıyla-

o hak ve alacak üzerinde tasarruf yetkisi kalmamakta, tüm tasarruf yetkisi yeni malike geçmektedir. HMK'nın Dava Konusunun Devri başlıklı 125/2. Maddesi; davacı hak sahibine, davaya konu mal ve hakkın devri ile birlikte dava konusunun da devri hakkını vermektedir.

6100 sayılı HMK'nun 125/2 maddesinde, "Davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder" hükmü yer almaktadır.

Madde metninden hareketle, kanun koyucunun davanın hak sahibi ile yürütülmesi esasını benimsediğini; dava sırasında dava konusunu devreden tarafın devretmiş olduğu

bu hakkı ile davada taraf sıfatı ile dava takip yetkisini de sona erdirdiğini kabul ettiği görülmektedir. Malik bir mal ya da hakkını devrederek, o hak ya da mala ilişkin derdest bir davası varsa hem davadaki taraf sıfatını hem de davayı takip yetkisini devretmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, davada taraf sıfatı ile birlikte davayı takip yetkisinin devri iradi olabilirken, sadece davayı takip yetkisinin iradi olarak devri Türk hukuk doktrinine göre mümkün olmayıp, bu husus vefat ya da tüzel kişiliğin sona ermesi gibi hallerde geçerli görülmektedir. Dava takip yetkisi, dava konusu hakka bağlı olduğundan hakkın sona ermesi ile dava takip yetkisinin de sona ermesi gerekir. Bu durumda bir hakkı ya da malı devreden kişinin o mal üzerindeki tasarruf yetkisi son bulacağından, aktif ve pasif dava sıfatı da kalmayacaktır.

Kanunumuza göre asıl olan, dava konusunu iktisap edenin, devredenine yerine görülmekte olan davaya iştirak ederek taraf sıfatını değiştirmesi ve dava takip yetkisini kendisine özgülemesidir. Dava sırasında dava konusu mal veya hakkın geçişine ve devredenine davadaki sıfatının kaybına sebep olan her türlü devir, işbu maddenin konusuna girmektedir. Aynı şekilde, dava konusu olan mal veya hakkın dava sırasında kanundan ötürü bir üçüncü kişinin eline geçmiş olduğu zorunlu hallerde de dava konusunun devri hükümleri uygulanır. Hem iradi olarak hem de kanunun gerektirdiği devirlerde HMK 125. maddesinin uygulanma imkânı mevcuttur.

Bu tür devirde, bir hak veya mal kanunda öngörülen belirli bir olayın gerçekleşmesi

üzerine alacaklının bir irade beyanına gerek olmaksızın kendiliğinden üçüncü kişiye geçer. Kanuni devir hukuki bir işlem olmadığı için burada alacağın üçüncü kişiye geçmesi, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Kanuni devirde hak, kanunda öngörülen bir olayın gerçekleşmesi ve özellikle üçüncü kişinin alacaklıyı tatmin etmesi ve bu suretle onun yerine geçmesi üzerine kendiliğinden bu kişiye geçer. Kanuni devirde genel olarak eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında bir halefiyet ilişkisi söz konusu olur.

HMK md. 125/2'deki düzenleme; davanın açılmasından sonra meydana gelen dava konusu hak ya da mal devrinde, devralanı devredenden ayrı bağımsız olarak görmektedir. Bunun nedeni, dava sonunda verilecek kesin hüküm ile elde edilecek menfaatin yöneltileceği kişinin, mal ya da hakkı devralan olmasıdır. Buna göre, davanın aktif ve pasif tarafının sadece maddi hukuk ilişkisine göre belirlendiği ve davanın tarafı olarak gösterilen kişinin maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmadığı hâllerde, davada sıfatı da bulunmamakta yani dava konusu üzerinde tasarruf edebilme hakkı ile birlikte davaya taraf olarak devam etme hakkını da kaybetmektedir. Buna göre, Türk hukuk sisteminde, hakkı devredenine davada sanki devir yokmuş gibi taraf olarak kalması mümkün değildir ve hatta taraf olarak kalsa bile bu dava sonucunda verilen karar, üçüncü kişiye karşı kesin hükmün tesirine sahip değildir.¹ Dava konusunun devri, dava konusu mala ya da hakkı ilişkin derdest bir dava olduğu zaman geçerlidir.



HMK 125/2. Md. hükmü incelendiğinde, dava konusunu takip yetkisinin devri ile ilgili istisnai bir hüküm düzenlenmediği görüldüğünden, kiralayanı devralan kişinin o mala ilişkin derdest tüm davaların takip yetkisini de devralabileceğini, kira sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda tahliye, kira alacağı veyahut tazminat vb konularda dava takip yetkisinin de engellenmediğini anlamak gerekir.

Doktrinde tahliye davası sırasında dava konusu taşınmazı başkasına devreden davacının ayrıca dava hakkını da devretmesine gerek olması; çünkü, taşınmazın devri sırasında aksi kararlaştırılmamışsa, davacının tahliye davasını takip etme hakkı da taşınmazı devralan üçüncü kişiye geçeceği belirtilmektedir. HMK 125/2. maddesi tek başına değerlendirildiğinde buna imkân vermektedir. Ancak Yargıtay; eski malikin kira alacak hakkı ve buna bağlı tahliye davası açma hakkının temlikname ile yeni malike devredilmemesi halinde,

bu husustaki davalarda yeni malikin taraf sıfatının olmayacağından taliye davasına devam edemeyeceğini, temlik ile alacağını devretmeyen eski malikin ise alacak hakkı dışında tahliye davasında kiralayan sıfatı kalmadığından tahliye davasına devam edemeyeceği belirtmektedir.^{2 3} Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde eski malikin kendi döneminden kaynaklı kira alacaklarını yeni malike temlik etmesi halinde, yeni malik eski kira alacaklarına ilişkin tahliye hükümlerini devam ettirebilecektir; aksi halde kanunen kendisine yeni malik olması nedeniyle tanınan tahliye hükümleri ile taşınmazın tahliyesini isteyebilecektir.

Yine doktrinde, bir taşınmazı malikinden başka kişilerin de malikin rızası ile kiraya verebileceği ve taşınmazını başkasına devreden davacının, taşınmazı devralan üçüncü kişi ile yapacağı anlaşma ile, kiralayan sıfatını muhafaza edebileceği kabul edilmektedir. Bu halde, kira sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik olmadığından, tahliye davasına, taşınmazı devretmiş olan fakat kiralayan sıfatını muhafaza eden davacı tarafından devam edilir. Ancak taşınmazı devralan üçüncü kişi, bu halde tahliye davasına davacı sıfatı ile devam edemez. Kira bedelinin tespiti davası devam ederken davacı, kiralanan taşınmazı başkasına devrederse, devir tarihine kadar olan kiranın tespiti için davacının davacı sıfatı ve hukuki yararı devam ettiğinden, davacı davaya devam edebilir. Taşınmazı devralan üçüncü kişinin de devir tarihinden sonrası için kira döneminin bitimine kadar olan kiranın tespiti için davacı sıfatı ve hukuki yararı doğduğundan, devralan üçüncü kişi

de davaya devam edilmesini isteyebilir. Bu halde, davacı ile üçüncü kişi, davacı tarafta ihtiyari dava arkadaşı olurlar.

HMK 125/2. maddesi gereğince, kira alacakları ve tahliyeyle ilişkin davaların konusunun devri halinde devralan, davada davacının yerine geçerek davayı devam ettirir. Yargıtay ise, dava konusunun devri hükümlerinin uygulanmasında dava konusu mal ve hakkın devri ile birlikte ona bağlı eski hak ve alacaklarda dava takip yetkisinin temlikini aramaktadır. Çünkü devir ile devreden eski malikin davada taraf sıfatı sona ermekte olup, devralan yeni malikin de hak ve mallar bakımından malik sıfatı ile taraf ehliyeti doğmaktadır. Ancak burada



önem verilmesi gereken husus devralan yeni malikin, devralınan hak veya malın devreden döneminden kalan hak ve alacaklarına ilişkin dava takip yetkisinin alınabilmesi için bu hususta bir temliknamenin hazırlanması gerektiğidir. Aksi halde yeni malikin sadece kendi malik sıfatının doğduğu andan sonrasında oluşacak hak ve alacaklar için dava açma hakkı vardır.

DİPNOT

¹ Dava Konusunun Devri/ Yargıtay 1 HD 2014/12614 E., 2014/14017 K. Sayılı, 13.10.2014 Tarihli Karar "Taraflar arasında görülen el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil davası sonunda, yerel mahkemece davanın kısmen kabulüne, ilişkin olarak verilen karar bir kısım davalılar vekili tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, Tetkik Hâkimi K1'nun raporu okundu, açıklamaları dinlendi, gereği görüşülüp düşünüldü;

-KARAR-

Dava, el atmanın önlenmesi, yıkım ve ecrimisil isteklerine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya içeriği ve toplanan delillerden; çekişmeli 1015 ada 2 parsel sayılı taşınmazı davacının 23.02.2007 tarihinde satın alma yoluyla edindiği ancak yargılama sırasında 19.03.2013 tarihinde davacı tarafından dava dışı K2'ye temlik edildiği, anlaşılmaktadır. O halde, davanın devamı sırasında (karardan önce) taşınmazın el değiştirdiği gözetildiğinde HMK'nın 125. (HUMK'nun 186) maddesinde öngörülen usulü işlemlerin tekemmül ettirilmesi, ondan sonra esas hakkında hüküm kurulması gerekeceğinde kuşku yoktur.

Bilindiği üzere, dava açıldıktan sonrada sınırlayıcı bir neden bulunmadığı takdirde dava konusu malın veya hakkın üçüncü kişilere devredilebilmesi tasarruf serbestisi kuralının bir gereği, hak sahibi veya malik olmanın da doğal bir sonucudur. Usul Hukukumuzda da ayrı durumlar dışında dava konusu mal veya hakkın davanın devamı sırasında devredilebileceği kabul edilmiş 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 125.maddesinde dava konusunun taraflarca üçüncü kişiye devir ve temlik halinde yapılacak usulü işlemler düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, "dava konusunun devri" kenar başlığı altında; "davanın açılmasından sonra, dava konusu davacı tarafından devredilecek olursa, devralmış olan kişi, görülmekte olan davada davacı yerine geçer ve dava kaldığı yerden itibaren devam eder" şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Hal böyle olunca; anılan yasal düzenlemeler gözetilmek suretiyle işlem yapılması ve ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken, değinilen husus göz ardı edilerek yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Davalı tarafın temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile, hükmün açıklanan nedenden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince BOZULMASINA, bozma sebebine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 11.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

² Yargıtay 3. HD 2004/9625 E., 2004/10945 K. sayılı, 14.10.2004 Tarihli kararı " sözleşmenin devri • devralanın dava hakkı • eksik inceleme • eksik inceleme • devir sözleşmesi • devir sözleşmesi

Dava dilekçesinde kira parasının 1.1.2004 gününden başlayarak aylık 1.250.000.000 lira olarak tespiti istenilmiştir.

Mahkemece davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü.

I- MADDİ OLAY VE YEREL MAHKEME KARARI

Davada 1.1.2004 tarihinden itibaren aylık kiranın 1.250.000.000 lira olarak tespiti istenilmiştir.

Mahkemece, davacının ne malik ne kiralayan olduğu, ibraz edilen temliknamenin ise davacıya dava açma hakkı vermeyeceğinden söz edilerek davanın reddine karar verilmiş olup hükmü davacı taraf temyiz etmektedir.

Dosya içine ibraz edilen 1.1.2003 tarihli temlikname ile "tüm yazılı ve sözlü kira sözleşmesine dayanan hakların, bu tarihe kadar ödenmeyen kira alacakları, ödenmeyen kiralardan doğan tahliye haklarının tamamen Mehmet'e (davacı) devir ve temlik edildiği" anlaşılmaktadır.

II- SÖZLEŞMENİN YÜKLENİLMESİ KAVRAMI

Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir.

Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer.

Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder.

Yüklenen taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir.

Yukarıda sözü edilen belgeden, kira sözleşmesinde kiralayanın bu ilişkiden ayrıldığı ve kendisinin yerine davacıyı ikame ettiği, bu hukuksal olguya cevabi ihtarname ile davalının onay verdiği anlaşılmaktadır. O halde bütünlük içerisinde ve üç taraflı olarak kendine özgü bir şekilde "sözleşmenin yüklenildiği" nin kabulü gerekecektir. Bu hukuksal ilişkiden çıkan sonuçlar şunlardır:

1- Taraflar anlaşma ile sözleşmede taraf değiştirmişlerdir.

2- Sözleşmeyi yüklenen (davacı) taraf devreden tarafın konumuna, baştan itibaren sözleşmenin tarafı imiş gibi sahip olur. Buna bağlı olarak da alacak haklarını kendi adına takip eder, yenilik doğuran hakları tek taraflı beyanı ile ileri sürer ve bu hakların ileri sürülmesine muhatap olur. Zira eski sözleşme ortadan kalkmamıştır.

3- Devreden taraf ile yüklenen tarafın devir sözleşmesi yapması ve bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını sözleşmede kalan tarafın icazet vermesine bağlı kılmaları olanaklıdır.

III- UYUŞMAZLIĞIN HUKUKSAL TAKDİRİ

Dosya kapsamından; uyuşmazlık konusu olayda, dava dışı kişilerin (malik ve kiralayanlar) kira sözleşmesine dayanan haklarını; ödenmeyen kira alacaklarını ve kiralardan doğan tahliye haklarını davacıya temlik ettikleri; davalının ise 27.5.2003 tarihli cevabi ihtarname ile davacıyı hak sahibi olarak kabul edip bundan sonraki ödemelerin kendisine yapılacağını bildirdikten sonra makul bir bedel üzerinden yeni dönem kira parası hakkında uyuşmak istediğini bildirdiği anlaşılmaktadır.

Davalının duruşmadaki davacının sıfatına ilişkin açıklamaları çelişkili davranış olup hukuken himaye görmez.

IV- SONUÇ

Mahkemece, yukarıda anlatılanlar ışığında davacının "dava açma sıfatı"nın olduğu kabul edilerek işin esası hakkında inceleme yapması gerekirken eksik inceleme ile ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince (BOZULMASINA) ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.10.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

³ Yargıtay 13 HD 2014/40855 E., 2015/35505 K. sayılı, 3.12.2015 tarihli Kararı "tahliye talebi • alacağın temliki • kira bedeli MAHKEMESİ: İcra Hukuk Mahkemesi DAVA TÜRÜ: Tahliye

İcra mahkemesince verilmiş bulunan yukarıda tarih ve numarası yazılı karar, davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Davacı alacaklılar tarafından, davalı borçlu hakkında, kira alacağının tahsili amacıyla haciz ve tahliye istekli olarak başlatılan icra takibine davalı borçlu tarafından yasal süresinde itiraz edilmemesi üzerine kesinleşen takip sebebiyle davacı alacaklılar icra mahkemesine başvurarak tahliye isteminde bulunmuştur. Mahkemece istemin kabulüne karar

verilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Temerrüt sebebiyle tahliye isteme hakkı ancak temerrüde esas olan alacağın alacaklısı bulunan kiralayana aittir. Kiralayan aynı zamanda malik ise; kiralananın satılması halinde yeni malik önceki malikin halefi durumunda bulunduğundan satın alma tarihinden sonraki kira alacağının kendisine ödenmesi için ihbar ve daha sonra temerrüt ihtarını göndermek ya da 6570 Sayılı Kanunda gösterilen tahliye sebeplerinden birine dayanmak suretiyle kiracının tahliyesini sağlayabilir. Kiralayan durumunda bulunan malik, kiralanayı satarken yeni malike ödenmemiş kira alacaklarını temlik edebilir. Bu durumda alacağın temliki ile birlikte buna ilişkin dava hakkı da devredilmiş olur.

Kiralayan malik kiracı hakkında kira alacağının tahsili ve temerrüt sebebiyle tahliye davası açtıktan sonra kiralanayı satarsa henüz hüküm altına alınmamış olan kira alacaklarını da yeni malike temlik edebilir. Bu durumda kiralanayı devralan kişi davaya devam eder. Tahliye isteme hakkı alacak hakkından ayrı olarak temlik edilemez. Buna karşılık sadece alacağın temliki mümkündür.

Olayımıza gelince; davacı alacaklılar tarafından 12.08.2013 tarihinde başlatılan icra takibinde; aylık 700,00 TL den ödenmeyen 2013 yılı 4. İla 8. Aylar arası 7 aylık kira bedeli toplamı 3.500,00 TL nin faiziyle birlikte tahsili istenmiştir. Davalı 20.08.2013 tarihinde Nisan ayı kirası açıklamasıyla 700,00 TL kira parasını davacıların banka hesabına, 25.09.2013 tarihinde de bakiye 2.800,00 TL yi takip dosya numarası belirtmek suretiyle ... Vakıfbank Şubesi hesabına yatırmış, yatırılan bedelin 02.10.2013 tarihinde davacılar vekili tarafından tahsil edildiği görülmüştür. Davacı tarafından 02.10.2013 tarihinde açılan tahliye davasından sonra dava konusu taşınmazın davacılar tarafından 08.10.2013 tarihinde ...'e satılması üzerine, ... vekili 20.03.2013 tarihli dilekçe ile duruşmalara yeni malik sıfatıyla katılma talebinde bulunmuş ise de temerrüt sebebiyle tahliye davası alacağa bağlı olarak açılan bir dava olup, satımdan sonra alacak yeni malike temlik edilmemiş, bilakis eski malik kiralyanlar tarafından tahsil edilmiştir.

Davanın açılmasından sonra kiralananın satılmasıyla önceki malik ve kiralyanların kiralyan sıfatı kalmadığından davanın reddi gerekirken tahliyeye karar verilmesi doğru değildir.

Karar bu nedenle bozulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Börü, Levent, Dava Konusun Devri, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2012 s.259-281
- Keser, Leyla, Medenî Usul Hukukunda Dava Konusunun Devri, -Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi-, İstanbul 1994 s.137-139;
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, IV.C., 6.B., İstanbul 2001 Kuru-HMU IV s.3804-3805

KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN İHLALİ VE SONUÇLARI

Giriş

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; uygulamada kullanılan diğer isimleriyle "kat yapım sözleşmesi", "taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi" veya "arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi", yüklenicinin, sözleşme konusu arsa sahibinin arsasına birtakım bağımsız bölümleri inşaa ve teslim etmeyi üstlendiği; arsa sahibinin ise arsanın belli bir payını veya söz konusu yapıda sözleşme ile belirlenen bağımsız bölümlerden bazılarını, yükleniciye devretmeyi üstlendiği iki taraflı bir sözleşmedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada sıkça karşımıza çıkan, iki tarafa borç yükleyen, karma tipli bir sözleşme türüdür. Bu noktada kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları bakımından üstlenilen birtakım yükümlülükler mevcuttur. Tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini çeşitli şekillerde yerine getirmemesi ise sözleşmenin ihlaline yol açacaktır. Sözleşmenin ihlaline bağlanan sonuçlar ise; özellikle doğacak uyuşmazlıklar bakımından, ihlale sebep olmayan taraf için hangi hakların doğabileceği konusunda önem arz etmektedir.

1- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Şekil Şartları

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanunda açıkça tanımı yapılmamış olmakla

beraber yüklenicinin üstlendiği inşa edimi bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde düzenlenen eser sözleşmesinin, arsa payı sahibinin payları devretmeyi taahhüt etmesi bakımından ise Türk Borçlar Kanunu madde 237'de düzenlenen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı söylenebilir¹. Görüldüğü üzere, kat karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Arsa sahibinin borcu, sözleşmede kararlaştırılmış olan arsa paylarını yükleniciye devretmek; yüklenicinin borcu ise aynı şekilde sözleşmeyle belirlendiği üzere bağımsız bölümleri mimari projeye uygun yaptıktan sonra, arsa sahibine devretmektir.

Bir kısım görüşe göre kat karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi gibi ani edimli (geçici borç ilişkisi doğuran) olarak nitelendirilmesi gerekirken, başka bir görüşe göre ise sürekli borç ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Sözleşmenin ani edimli olduğunun kabulünde sözleşme, dönme ile sona erdiği takdirde aynen geri verme söz konusu olacaktır. Sözleşmenin fesihle ileriye yönelik sonlandırılması halinde ise inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olarak kabulü gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.1.1984 tarih ve 3/1 sayılı kararında kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı özelliğini taşıdığı belirtilmiştir².



Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekli açısından değerlendirme yapılacak olursa; kural olarak eser sözleşmeleri şekle tabi değilse de pay devri taahhüdün içeren bir sözleşme olması sebebiyle TBK m.22/2, 213 ve TMK m.706 gereğince resmi şekle tabidir³. Şekle aykırı yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmesi kural olarak geçersizdir ve taraflar sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde aldıklarını geri vermekle yükümlü olur⁴. Kural olarak sözleşmeyi resmi şekle tapu memuru bağlar; fakat Noterlik Kanunu m.60 ile taşınmaz satış vaatlerinin noter tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir⁵. Ancak birtakım hallerde; geçersiz sözleşme olsa da arsa üzerinde inşa yapma konusunda yükleniciye hak tanıyan ve bu duruma sessiz kalan arsa sahibi, daha sonra dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin geçersiz olduğuna dayanarak tarafına düşen edimlerin ifasından kaçınamaz. Yargıtay HGK'nun 30.4.1997, 97/15-146, K.372 sayılı kararı ile ; "Taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya

çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse, bu takdirde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz." şeklinde hüküm kurulmuştur.

2- Sözleşmenin Tarafları Olan Arsa Sahibi ve Yüklenicinin Karşılıklı Yükümlülükleri

Arsa sahibi ve yüklenici; gerek kanundan, gerekse taraflar arasında imza altına alınan kat karşılığı inşaat sözleşmesi ve teknik şartnameden kaynaklanan çeşitli hak ve yükümlülüklerle sahiptirler.

Arsa sahibi bakımından bunlar şöyle sıralanabilir: Arsa Sahibinin Arsayı Teslim Borcu, Arsa Sahibinin Teslim Edeceği Arsanın İmar/Parsel İşlemlerinin Yapılmış Olması, İnşaatın Yapılacağı Arsaya Sözleşmede Kararlaştırılan Miktarda Bağımsız Bölüm İnşa Edilebilmesinin Mümkün Olması, Arsa Sahibinin Arsayı İnşaata Uygun Bir Şekilde

Müteahhide Teslim Etmesi, İnşaatın Yapımı İçin Vekalet Verme Borcu Arsa sahibinin sözleşmeye konu arsayı yükleniciye teslim etmesi asli borcudur. Bu noktada söz konusu arsanın üzerinde inşaat yapılmaya müsait olması önem arz etmektedir. Bunun yanında arsanın imar/parsel işlemlerinin yapılmış olması gerekmektedir. Söz konusu arsada bu hususlar mevcut değilse bununla ilgili olarak yapılan sözleşme başından itibaren geçersiz sayılır. Geçersiz sözleşmeye dayanılması mümkün olmadığından, sözleşmenin yerine getirilmesi veya getirilmemesi sebebiyle doğan zararın tazmini istenemez. Böyle bir ihlal durumunda, ifa imkansızlığı söz konusu olduğu için sözleşme feshedilecekken arsa sahibinin de gecikme tazminatı ve kar kaybı talep etmesi mümkün olmaz. Yüklenici ise ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı inşa, arsaya değer kazandırmış ise bu farkı talep edebilir⁶.

Yüklenicinin borçları ise şöyle sıralanabilir: Müteahhidin Bağımsız Bölümleri Zamanında ve Eksiksiz İnşa Etme Yükümlülüğü, Müteahhidin Bağımsız Bölümleri Eksiksiz ve Projeye Uygun Biçimde Arsa Sahiplerine Devretmesi, Müteahhidin Özen Yükümlülüğü, Müteahhidin Sadakat Yükümlülüğü, Müteahhidin İş Bizzat Yapma Yükümlülüğü (Kural), Müteahhidin İş Kendi Gözetiminde Yaptırma Yükümlülüğü (İstisna), Müteahhidin İnşaat Alanı ve Çevresinin Güvenliği İçin Gerekli Tedbirleri Alma Yükümlülüğü, Müteahhidin Gerekli Araç ve Gereçleri Sağlama Yükümlülüğü, Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Müteahhidin İskan/ Oturma İzni Alma Borcu.



Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin; sözleşme konusu arsada yapmayı taahhüt ettiği inşaatı, eksiksiz ve zamanında tamamlayıp arsa sahibine teslim etmesi asli borcudur. İnşaatın tamamlanması, edimin ifası için tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda arsa sahibine eksiksiz teslim edilmesi de gereklidir⁷. Yüklenicinin temel olan bu borcu aynı zamanda; sözleşme ve masraflarını karşılama, projeleri hazırlatma ve ruhsat alma, sadakat ve özen gösterme, sözleşmede kararlaştırılan binayı bizzat kendisi veya kendi yönetimi altındaki kişiye yaptırma, işe zamanında başlama ve bitirme borçlarını da içermektedir.

TBK m.471' göre; yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yüklenici sözleşmede kararlaştırıldığı üzere inşa etmeyi taahhüt ettiği taşınmazı özenle inşa etmeli, alanında uzman bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermelidir. Aynı zamanda yüklenici, arsa sahibi ile sözleşme ilişkileri çerçevesinde edinmiş olduğu bilgileri sadakatle kullanmak yükümlülüğündedir⁸. Ruhsat alma borcu,

her ne kadar arsa sahibine de aitse bu yükümlülük vekaletname ile yükleniciye devredilebilir⁹. Proje hazırlatma gibi işlemler ise içerdiği bürokrasi sebebiyle uzmanlık ve parasal kaynak gerektirdiği için müteahhide bırakılması uygun görülmüştür.¹⁰ Müteahhit aynı zamanda yüklendiği işi bizzat kendisi yapmak veya yönetimi altındaki kişilere yaptırmak yükümlülüğü altındadır.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcu sözleşmede kararlaştırılan inşayı tamamlamakla sona ermez. Yapının tamamlanması ve arsa sahibine teslimi birbirinden farklı şeylerdir. Sözleşmede belirlenen bağımsız bölümlerin arsa sahibinin zilyetliğine ve tasarruf alanına bırakılması gerekir. İnşaatın tamamlandığı arsa sahibine bildirildikten sonra tapuda tescil işlemi de yapılmalıdır. Bu noktada; arsa sahibinin ilgili binayı teslim alması ve kabul etmesi aynı anlamlara gelmez. İnşaatı kabul etmek, inşaatın sözleşmeye uygun yapıldığı ve ayıp bulunmadığı anlamına gelir¹¹.

Binanın sözleşmede belirtilen nitelikleri taşımaması halinde ise yüklenicinin ayıplı ifasından söz edilir. Eser sözleşmelerinde olduğu gibi kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunmaktadır. Ayıba karşı tekeffülden bahsedebilmek için TBK m.474'e göre inşaatın tamamlanarak teslim edilmiş olması ve eserin ayıplı olması şartları aranır. Aynı zamanda bu ayıbın arsa sahibinden kaynaklanmaması gerekir. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne ilişkin arsa sahibinin birtakım hakları bulunmaktadır.

TBK m.475'e göre bunlar; sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim hakkı ve ayıbın ortadan kaldırılması hakkıdır. Ayrıca bu seçimlik haklara ek olarak, arsa sahibi tazminat da talep edebilir.

3- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin sona erme yollarından en doğal ve beklenen hali sözleşmenin ifasıdır. Sözleşmenin ifa ile sona ermesinden bahsedilmek için tarafların karşılıklı olarak yüklendiği sorumlulukları yerine getirmiş olup; arsa sahibinin sözleşme konusu arsayı yükleniciye devretmiş, yüklenicinin ise inşa ettiği bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmiş olması gerekmektedir. Bu, sözleşmenin olağan bir şekilde sona ermesini ifade eder. Ancak uygulamada da sıkça karşımıza çıktığı üzere sözleşmelerin olağan olmayan bir sebep ile, ifa dışı sonlanması mümkündür. Sözleşmenin ifa dışı sona ermesi iki türlü karşımıza çıkar. Sözleşme, ihlal teşkil etmeyecek bir sebeple sonlanabileceği gibi ihlal teşkil eden sona erme sebepleri de mevcuttur¹².

1) Sözleşmenin İfa ile Sona Ermesi

Bir sözleşme için olağan sona erme hali, sözleşmenin ifa edilmesidir. Tüm borç ilişkileri için geçerli olan TBK m.83-111, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri için de uygulama alanı bulur. Sözleşmenin ifası, borçlanılan edimlerin karşılıklı olarak tam ve doğru bir surette yerine getirilmesini ifade eder. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin ifası sözleşmede belirlendiği üzere yerine getirilir.



2) Sözleşmenin İfa Dışı - İhlal Teşkil Etmeyen Sebeplerle Sona Ermesi

Sözleşmenin ihlali olarak nitelendirilemeyecek fakat sözleşmeyi ifa dışı bir hal ile sonlandıran sebepler şöyle sıralanabilir: sözleşmenin borçludan kaynaklanmayan sonraki imkansızlık sebebiyle sona ermesi, sözleşmenin şekil eksikliği ile sona ermesi, tarafların anlaşması suretiyle sözleşmenin sona ermesi, arsa sahibi tarafından yüklenicinin zararı tazmin edilerek sözleşmenin feshi, sözleşmenin öngörülme veya beklenmeyen bir hal sebebi ile feshi¹³.

3) Sözleşmenin İhlal ile Sona Ermesi

3.1 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüdü

Genel itibarıyla borçlu temerrüdü, borca aykırılık hâllerinden birini teşkil eder. Burada borçlu, muaccel ve ifası mümkün olan bir borcu talep edilmesine rağmen ifa etmemektedir.

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici temerrüdünden bahsederken esasında inşaatın zamanında tamamlanmaması ve teslimin gerçekleşmemesi anlaşılır. Yüklenicinin, borçlu temerrüdüne düşmesi şartların şöyle sıralanabilir:

İlk olarak yüklenicinin borcu muaccel olmalıdır. Şöyle ki; TBK m. 117 hükmünde "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer" diyerek temerrüde düşülmesinin muacceliyet ve ihtar şartlarına bağlı olduğu belirtilmiştir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere temerrüt için borcun muaccel olmasıyla birlikte henüz ifa edilmemiş olması gerekmektedir. Yani temerrüt, muaccel olan borcun geciktirilmesi veya yerine getirilmemesidir¹⁴. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde muacceliyet genellikle taraflar arasındaki sözleşme ile belirlenir, sözleşmedeki vade belirlemesini eserin tamamlanacağı makul süreyi hesaba katarak yapmak gerekir. Bu belirli veya öngörülebilir bir tarih olabilir. Sözleşme ile belirlenen tarih geldiğinde veya sözleşme ile öngörülen sürenin sonunda teslim muaccel olur¹⁵. Yüklenici sözleşmenin akdedilmesinden sonra üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmiyorsa örneğin proje hazırlığı, inşaat ruhsatı alımı gibi; bu halde arsa sahibinin TBK m. 473/1 hükmüne göre borç muaccel olmadan da sözleşmeden dönme talep edebilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde borcun muaccel olması yüklenicinin temerrüdü için bir zaman şartı olduğundan bu sürenin başlaması arsa sahibinin, yüklenicinin işe başlamasına imkân tanıyacak ortamı sağlamasıyla da ilişkilidir. Eğer arsa sahibi inşayı yapmaya imkân verecek şekilde arsayı

yükleniciye teslim etmezse borç muaccel olsa da yüklenici temerrüde düşmez.

Yüklenicinin temerrüde düşebilmesi için borcun ifasının da mümkün olması gerekir. Şöyle ki; borcun ifası imkansız ise temerrütten bahsedilmeyecektir. Buradaki imkansızlık objektif imkansızlıktır. İnşaat zamanında tamamlanmamış olsa bile daha sonra tamamlanarak teslim edilmesi de mümkün değil ise objektif imkânsızlık söz konusudur. İfa imkânsızlığı yüklenicinin kusuru ile ortaya çıkmışsa arsa sahibi, ifayı talep edemese de TBK m. 112 hükmüne göre yükleniciden tazminat talep edebilir¹⁶. Yüklenicinin temerrüt halinden sonra ifa imkansızlaşırsa yüklenici ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulur¹⁷.

Temerrüt için aranacak diğer bir şart alacaklının borçluya ihtarda bulunmuş olmasıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde temerrüt ihtarı, yüklenicinin borcunun ifasında geciktiği uyarısını ve ifaya davet edildiğini içeren arsa sahibinin irade beyanıdır¹⁸. TBK m. 117/1'e göre; muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Ancak temerrüt için ihtar şartının aranmadığı haller de bulunmaktadır. Şöyle ki; TBK m. 117/2'ye göre vade, belirli bir gün veya belirlenebilir bir zaman olarak kararlaştırılmışsa bu sürenin dolması veya tarihin gelmesiyle arsa sahibince yapılacak bir ihtara gerek olmaksızın yüklenici temerrüde düşer. Bununla beraber TBK m.124/1'e göre bazı hallerde borçluya ihtarda bulunmanın bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Böyle durumlarda ihtarda bulunulmasına gerek yoktur. Bu hâlde arsa sahibinin TBK m.

473/1 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkı saklıdır¹⁹.

Son olarak borçlunun temerrüdünden bahsedilebilmesi için alacaklının temerrüt halinde bulunmaması gerekir. Arsa sahibi önce kendi edim yükümlülüklerini yerine getirmelidir, aksi halde borçlu karşı edimin ifa edilmediği def'ini ileri sürebilir.

3.1.1 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları

Yüklenicinin temerrüdü halinde arsa sahibinin hakkı asıl olarak yükleniciyi ifaya zorlamaktır. Ancak yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olduğu hallerde arsa sahibinin başkaca hakları da bulunmaktadır. Yüklenicinin temerrüdü halinde; arsa sahibi, aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebileceği gibi, aynı zamanda kural olarak hiçbir talepte bulunma ve ihtar çekme zorunluluğu olmaksızın taraflarca kararlaştırılmış olan cezai şartı da talep edebilecektir.²⁰ Arsa sahibi, ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini de talep edebilecektir.

TBK m.113/1'e göre yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır. Bu noktada arsa sahibi yükleniciye eda davası açabileceği gibi nama ifaya izin davası da açabilir. Nama ifa davası ile arsa sahibi, masrafı yükleniciye ait olmak üzere inşaatın kendisi veya başkası tarafından tamamlattırılmasını isteme hakkına



sahiptir. Böylece arsa sahibi yükleniciye düşen bağımsız bölümlerden yeteri kadarını üçüncü şahsa devretmek suretiyle elde edeceği "avans" ile inşaatın eksik kalan kısmını tamamlama hak ve yetkisini mahkeme marifetiyle elde etmiş olur. Yani arsa sahibi, yüklenici namına ifayı gerçekleştirmiş olur. Arsa sahibi bu davayı sözleşme ile kendisine düşen inşası tamamlanmayan bağımsız bölümler ve varsa ortak alanlar için açabilir²¹. TBK m. 125/2'e göre; alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir." şeklinde hükme bağlanmıştır. Buna göre arsa sahibine, aynen ifa talebiyle birlikte yükleniciden gecikme tazminatının talep edilebilmesinin yanında ilâve haklar da tanımlanmıştır²².

Arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçip borcun

ifa edilmemesinden doğan zararın (müspet zarar) tazminini talep edebilir. Şöyle ki; müspet zararın edim anlamındaki kapsamı inşaatın tamamlanan kısmı dışında kalan eksik edimleri ifade eder. Yani yüklenici edimini zamanında ifa etseydi arsa sahibinin malvarlığının ulaşacağı durum ile temerrüt sebebiyle malvarlığının mevcut hâli arasındaki fark müspet zararı oluşturur²³.

Bunun yanı sıra arsa sahibi sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini talep edebilir. Şöyle ki; sözleşmeden dönme hakkı tek taraflı varması gereken ve şekil şartı olmayan irade beyanıyla kullanılır. Ancak yüklenici sözleşmeden dönme beyanını kabul etmezse arsa sahibinin sözleşmenin feshi davası açması gerekecektir. TBK m.125/3'e göre; sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri

geri isteyebilirler. Yani sözleşmeden dönme hakkının kullanılması hâlinde taraflar ifa yükümlülüğünden kurtulacakları gibi ifa ettikleri edimlerin iadesini de isteyebilirler. Sözleşmeden dönme durumunda sözleşme, geçmişe etkili olarak sona ereceğinden, taraflar sözleşme gereği verdiklerini geri alma hakkına sahip olacaklardır²⁴. Arsa, yüklenici adına tapuda tescil edilmişse arsa sahibi tapu iptal ve tescil davasıyla arsayı geri alabilecektir. Müteahhit ise bir kısım inşaat yapmışsa, bunun neticesinde arsa sahibi zenginleşeceğinden, zenginleşme oranında arsa sahibi müteahhitte ödeme yapacaktır.

3.2 Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Temerrüdü

Uygulamada genellikle kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ile karşılaşmaktadır. Yüklenicinin inşaatı başlamak, inşaatı zamanında bitirip teslim etmek, ruhsat ve iskân izinlerini almak gibi birçok sorumluluğu varken arsa sahibinin sadece sözleşmede kararlaştırılan arsa payını yükleniciye devir borcu vardır. Bu sebeple yüklenicinin temerrüde düşme ihtimalinin daha yüksek olduğu söylenebilir²⁵.

Arsa sahibinin temerrüde düşmesinin sonucunda; yüklenici, ondan aynen ifa talebinde bulunursa inşaatı yapmaya devam eder. Yüklenici ayrıca bu gecikmeden dolayı gecikme tazminatını da arsa sahibinden talep edebilir.

Aynı zamanda arsa sahibinin temerrüdü durumunda yüklenici, aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeye göre kendisine düşen

bağımsız bölümlerin değerinden inşaatın toplam maliyeti düşülerek hesaplanacak müspet zararını arsa sahibinden talep edebilir.

Sonuç

Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada sıkça karşımıza çıkan ve uyuşmazlıklara da konu olan sözleşmelerdendir. Bu sebeple kuruluş şekli, ifası ve sona ermesi hususları bakımından oldukça önemlidir. Sözleşme ile müteahhit arsa sahibinin arsasına bina yapmayı, arsa sahibi de kararlaştırılan bağımsız bölümleri müteahhide devretmeyi taahhüt etmektedir.

Sözleşmenin ihlali ve sonuçları ise özellikle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar ve devamındaki süreç için önem arz etmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ancak yüklenici veya arsa sahibinden biri tarafından ihlal edilebilir. Söz konusu ihlal, yüklenicinin veya arsa sahibinin sözleşmede temerrüde düşmesi haliyle karşımıza çıkar. Müteahhidin sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemesi durumunda, müteahhit temerrüde düşecek ve arsa sahibi TBK madde 125'e göre seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Keza arsa sahibinin sözleşmeyi ihlalinde de, yüklenici açısından benzer sonuçlar meydana gelir.

DİPNOT

- ¹ <https://www.ocalhukuk.com/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi/> (Son Erişim: 09.05.2022)
- ² <https://okyayevren.com/yayinlar/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi-temerrut/> (Son Erişim:14.05.2022)
- ³ Mehmet Özyürek, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2019, s.74
- ⁴ <https://barandogan.av.tr/blog/gayrimenkul-hukuku/kat-karsiligi-arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi-nasil-yapilir.html> (Son Erişim:14.05.2022)
- ⁵ Özyürek, s.74
- ⁶ <http://www.canbazhukuk.com/karar.php?no=213> (Son Erişim:09.05.2022)
- ⁷ <https://barandogan.av.tr/blog/gayrimenkul-hukuku/kat-karsiligi-arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi-nasil-yapilir.html> (Son Erişim:14.05.2022)
- ⁸ Özyürek, s.77
- ⁹ Özyürek, s.81
- ¹⁰ <https://www.ocalhukuk.com/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi/> (Son Erişim:14.05.2022)
- ¹¹ <https://www.ocalhukuk.com/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi/> (Son Erişim:14.05.2022)
- ¹² Engin Bahadır, "KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ", GAZİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ, Mart 2019, s.47
- ¹³ Bahadır, s.49
- ¹⁴ Bahadır, s.85
- ¹⁵ Bahadır, s.88
- ¹⁶ Bahadır, s.88
- ¹⁷ Özyürek, s.84
- ¹⁸ Bahadır, s.90
- ¹⁹ Bahadır, s.84
- ²⁰ Özyürek, s.87
- ²¹ Bahadır, s.92
- ²² Bahadır, s.95
- ²³ <https://okyayevren.com/yayinlar/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi-temerrut/> (Son Erişim:14.05.2022)
- ²⁴ Bahadır, s.101
- ²⁵ Bahadır, s.109

KAYNAKÇA

- Mehmet Özyürek, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2019.
- Engin Bahadır, "KAT KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ", GAZİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ, Mart 2019.
- <https://www.ocalhukuk.com/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi/>
- <https://okyayevren.com/yayinlar/kat-karsiligi-insaat-sozlesmesi-temerrut/>
- <https://barandogan.av.tr/blog/gayrimenkul-hukuku/kat-karsiligi-arsa-payi-karsiligi-insaat-sozlesmesi-nasil-yapilir.html>
- <http://www.canbazhukuk.com/karar.php?no=213>
- <https://www.lexpera.com.tr/>
- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
- 8049 Sayılı Türk Medeni Kanunu

SATIM SÖZLEŞMESİNDE SATICININ AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU



1. Giriş

Ticari satışlarda en sık karşılaşılan sorunlardan biri de satışa mevzu mallarda karşılaşılan ayıplar sonucu tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesidir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK"), eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan ("eBK") farklı olarak bu mevzudaki sorunlara yenilikler getirmiştir.

TBK'nin en önemli düzenlemelerinden biri olan satış sözleşmelerinde üzerinde durulması gereken en önemli mevzu satışın gerçekleşmesinden sonra satılan üründe ayıp ortaya çıkması ve ayıp halinde alıcının hakları ile satıcının yükümlülüklerinin neler olduğudur. Bu yazımızda da satış sözleşmesine mevzu olan malın var olan veyahut sonradan ortaya çıkan ayıpları halinde tarafların hak ve yükümlülükleri ile bunlar için düzenlenmiş şekil şartlarından bahsedilmektedir.

Satım sözleşmesinde, satıcının alıcıya karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu birtakım borçları vardır. Bu borçlardan bir tanesi de ayıba karşı tekeffül yani satılan malda meydana gelen yahut mevcut olan ayıplara karşı bu ayıpları üstlenme borcudur.

Satış sözleşmesinden satıcı için doğan asli edim yükümlülükleri satım konusu şeyin mülkiyetini alıcıya geçirme ve teslim etmedir. Ancak, onun söz konusu yükümlülükleri yanında, hem üçüncü şahısların üstün hak iddiasında bulunmalarına imkân bırakmayan hem de ayıpsız bir mal teslim etmesi zorunludur. Öğretide veciz bir şekilde ifade edildiği üzere, "Satılan mal ne yürütülmüş mal olacaktır ne de çürütülmüş mal", Yani satılan malın kusursuz olacağı ifade edilmektedir.

Ayıba karşı tekeffül borcu TBK'nin 219. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Söz

konusu hükümler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") öngörülen istisnalar dışında ticari nitelikteki satış sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır.

2. Kavram: Ayıba Karşı Tekeffül

Ayıba karşı tekeffül borcu, "Satılan şeyde satıcı tarafından vaat edilen vasıfların bulunmamasından veya satılan şeyin değerini yahut sözleşme gereğince ondan beklenen faydaları azaltan veya kaldıran noksanlıkları bulunmasından mütevellit satıcının sorumlu tutulmasıdır."² Özetle belirtmek gerekirse, satıcının alıcıya karşı satılarda bildirdiği nitelikler ile satılanın kullanım amacı bakımından ondan beklenen faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan niteliklerin bulunmamasından doğan sorumluluğuna ayıptan doğan sorumluluk olarak ifade edilmektedir.

Nitekim eBK'nin 194'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "Satıcı alıcıya karşı satılanın zikir ve vaat ettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi, maddî veya hukukî bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli surette tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir". TBK'nin 219'uncu maddesine göre de "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.". Aynı maddenin ikinci fıkrasında: Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan

sorumlu olacağını ifade etmektedir.

Madde hükümlerinin ifade tarzları dikkate alındığında, ayıba karşı tekeffül borcunun biri sözleşmeden doğan "akdi" ve diğeri kanundan doğan "kanuni" tekeffül olmak üzere iki çeşidinin bulunduğunu göstermektedir.

Sözleşmeden doğan "akdi" tekeffül, satıcının, malda bulunduğunu söylediği ve bulunmasını taahhüt ettiği özellikler için sorumlu olmasıdır. Kanundan doğan "kanuni" tekeffül ise, satım konusu malda normal olarak bulunması gereken özelliklerin bulunmamasından veya değerini azaltan bir kısım ayıpların bulunmasından kaynaklanan sorumluluktur. Bu tip ayıplardan sorumlu tutulabilmesi için satıcının ayrıca taahhüt etmesi gerekmez. Sorumluluk doğrudan doğruya kanun hükmünden kaynaklanmaktadır.



3. Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şartları

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilmek için aşağıda saymış olduğumuz şartları birlikte taşıması gerekmektedir.

- Alıcıya teslim edilen mal ayıplı olmalıdır.
- Ayıp sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalıdır.
- Ayıp önemli olmalıdır.
- Alıcı, sözleşmenin kurulduğu anda ayıbın varlığından haberdar olmamalıdır.
- Alıcı kendisine düşen külfet ve yükümlülükleri yerine getirmiş olmalıdır.
- Aksi yönde bir anlaşma yapılmamış olmalıdır.

3.1. Alıcıya Teslim Edilen Mal Ayıplı Olmalıdır.

TBK'nin 219'uncu maddesine göre, "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.". Aynı maddenin ikinci fıkrasında, satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumlu olacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda bakıldığında ayıp, satımın konusunu oluşturan malın niteliklerine ilişkin bir noksanlığı ifade eder. Yani, ya malda normal olarak bulunması gereken veya satıcı tarafından taahhüt edilmiş olan bir kısım özellikler yoktur; ya da malın değerini azaltan veya alıcının gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen bir kısım eksiklikleri vardır.

Maddi ayıp, malın fiziksel, kimyasal yapısını bozan aynı cinsten diğer mallara nazaran

değer azaltan her türlü eksikliktir. Başka bir ifadeyle, maddi ayıp denilince, satım konusu malda mevcut fiziki bozukluklar anlatılmak istenir. Bunlara misal olarak, satılan bir kunduranın yırtık, lekeli veya renginin solmuş olması gibi durumlar gösterilebilir. Satın alınan meyve ve sebzelerin çürük çıkması, teslim edilen kömürün toprak ve taşla karışık olması, tüpün çatlak olması ve gaz sızdırması hep birer maddi ayıptır.

Hukuki ayıp, satılanın kendisinden beklenen yararları menfi yönde etkileyen, maldan gereği gibi yararlanmayı engelleyen objektif hukuki sınırlamalar veya yasaklardır. Başka bir ifadeyle, hukuki ayıp denilince, satım konusu malın hukuk düzeninde aykırılıklar barındırmasından mütevellit toplumun çıkarları gözetilerek kamunun menfaatlerine uymamasından kullanılmasına veyahut maldan yararlanılmasına mani olan objektif hukuki sınırlamalar anlatılmak istenir. Bunlara misal olarak, malın hukuka aykırı bir marka taşıması, başkasının telif veya sınai hakkını ihlal etmesi, alım satımının yasak olması, telefon idaresinin aradığı standartları taşıyamaması, ülkeye kaçak sokulmuş olması, üzerinde haciz bulunması, teslim edilen araca başkasına ait bir aracın şase numarasının takılmış olması, iskanı olmayan bir yerin satılması gibi durumlar gösterilebilir.

Ekonomik ayıpta ise, alıcıya teslim edilen malın ekonomik değerini azaltan, satılan malın alıcısına getirmesi gereken verimi getirmemesi gibi bazı özellikleri vardır. Bunlara misal olarak malın normal şartlarda getirebileceği kira gelirini getiremeyeceği

anlaşılmıştır; otomobil öngörülen hıza ulaşamamaktadır; klima yeterli soğukluğu sağlamamaktadır; kararlaştırılandan farklı bir mal teslim edilmiştir; satılan araç öngörülenden daha fazla yakıt veya elektrik tüketmektedir...

Yukarda açıklamalarda bulunduğumuz niteliklere aykırılık oluşturun malda, alıcı satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna dayanarak ileride açıklayacağımız seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Buna karşılık, malın miktarındaki eksiklikler ayıp sayılmayacağı gibi, sözleşmede kararlaştırılanın dışında bir mal teslim edilmesi de bu anlamda ayıp sayılmaz. Birinci halde eksik ifadan, ikinci halde ise yanlış ifa veya ademi ifadan söz edilir. Bu durumda alıcı genel hükümler çerçevesinde haklarını kullanabilecektir.

3.2. Ayıp Sözleşmenin Kurulduğu Anda Mevcut Olmalıdır.

Ayıp sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmalıdır. Zira, satıcı, malın alıcıya teslim edilmesinden sonra ayıplı bir hale gelmesinden sorumlu tutulamaz. Sözleşmenin kurulduğu an ifadesi satılan malın türüne göre değişiklik arz etmektedir. Satıcı, menkul mallarda zilyetliğin devrinden, gayrimenkul mallarda tescil anından önceki ayıplardan sorumlu olacaktır. Hasarın geçmesinden sonraki ayıplar özel olarak üstlenilmiş veya kasten gizlenmiş olanlar hariç alıcıya aittir. Nitekim TBK'nin 208. maddesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir, "Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı;

taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir. Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.". Satıcı, hastalıklı olarak teslim edilmiş bir ineğin daha sonra ölmesi gibi istisnâ haller dışında, yarar ve hasarın alıcıya geçmesinden sonra meydana gelen bozukluklardan sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık, sorumlu tutulma açısından satıcının maldaki bu ayıpları bilme zorunluluğu yoktur. O, maldaki ayıplardan haberdar olmasa dahi yani gizli ayıplardan dahi sorumlu olacaktır. Nitekim bu durum TBK'nin 219. maddesinin ikinci fıkrasında şöyle ifade edilmektedir, "Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseye bile onlardan sorumludur.".



Satıcının ayıpların varlığından haberdar olması, sorumluluğunun daha da artmasına vücut verir. Aynı şekilde, ayıbın meydana gelmesinde satıcıya yüklenmesi mümkün herhangi bir kusurun bulunmaması da önem taşımaz.

3.3. Ayıp Önemli Olmalıdır.

Satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan söz edilebilmesi için, malda varlığı iddia edilen, niteliğini veya kendisinden beklenen faydayı sağlamadığı görülen ayıpların önemli olması lazımdır. Başka bir ifadeyle, maldaki ayıp, alıcının maldan beklediği yararlanma imkanını önemli ölçüde azaltmalıdır. Ayıbın bu bağlamda önemli olup olmadığı tespit edilirken alıcının sübjektif değerlendirmeleri değil, dürüstlük ilkesi olarak düzenlenen Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") 2. maddesi göz önünde tutulmalıdır. Dürüstlük ilkesi çerçevesinde değerlendirildiği zaman

önemli sayılamayacak ayıplar için tekeffül hükümlerinin uygulanması istenemez. Bu tip ayıplara misal olarak, satın alınan kitabın bazı sayfalarının kıvrılmış olması, otomobilin kaportasında küçük bir çizik bulunması, konserve kutusunun üzerindeki etiketin bir bölümünün soluk veya çok renkli olması gibi durumlar gösterilir. Bu misallerde de görüldüğü üzere önemli olmayan ayıplar malın kullanılmasında yahut yararlanılmasında beklenen faydaya herhangi bir mâni teşkil etmeyecektir.

3.4. Alıcı, Sözleşmenin Kurulduğu Anda Ayıbın Varlığından Haberdar Olmamalıdır.

Alıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada ayıbı biliyor veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilecek durumda bulunuyor idiyse satıcı ayıptan sorumlu olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, alıcı ayıbın varlığını eskiden beri biliyorsa, yani malın ayıplı olduğunu bilerek satın almış ise, artık satıcı bu ayıptan tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulamaz. Nitekim bu durum TBK'nin 222.maddesinde şöyle ifade edilmektedir, "Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Satıcı, alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle görebileceği ayıplardan da ancak böyle bir ayıbın bulunmadığını ayrıca üstlenmişse sorumlu olur.". Öğreti, söz konusu hükümden hareketle, satıcının tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için ayıbın gizli olmasını aramaktadır. Bu sebeple, eğer ayıp alıcının olağan muayenesi ile fark edilebilecek kadar açık ise, satıcının kanundan doğan tekeffül yükümlülüğünün kapsamına girmez. Satıcı, bu tip ayıplardan sadece açık



olarak taahhüt etmiş "sözleşmeden doğan bir tekeffül" var ise sorumlu tutulabilir. Misalen kundura işiyle uğraşan bir esnafın satmış olduğu kundurada, kösele olarak imal edilen tabanın içine konulan astar ile taban arasında bir ayıp mevcut ise alıcının bunu olağan gözden geçirmeyle fark etmesi pek mümkün değildir. Bu durumda satıcı bu ayıptan haberdar olmasa dahi sorumlu olacaktır.

3.5. Alıcı Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş Olmalıdır:

Gözden Geçirme Ve Ayıbı Bildirme

Satıcının ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, satılanı gözden geçirme ve satılанда satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek veya muhafaza, tespit ve sattırma gibi alıcının yerine getirmesi gereken bazı külfet ve yükümlülükler vardır:

3.5.1. Gözden Geçirme ve İhbar Külfeti

Olağan bir muayene sonucu anlaşılacak ayıplarda, alıcı, malın kendisine tesliminden itibaren mahalli örf ve adete göre imkan bulur bulmaz malı gözden geçirmek başka bir ifade ile muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında bir ayıbın var olduğunu görürse bunu derhal satıcıya bildirmek zorundadır. Nitekim TBK'nin 223. maddesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir: "Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılанда satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal

ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılанда olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır."

Alıcı, malı bizzat muayene edebileceği gibi, uzman olarak gördüğü bir kişiye de muayene ettirebilir. Muayene süresi de satım konusu şeyin mahiyetine ve ileri sürülen ayıbın cinsine göre değişebilir. Şüphesiz ki muayene külfetinin yerine getirilebilmesi için malın alıcıya teslim edilmesi gerekir. Mal alıcının hâkimiyetine sokulmadığı sürece alıcı tarafından muayene edilmesi pratik açıdan mümkün olmayacaktır. Muayene de şartlar aksini gerektirmiyor ise, malın alıcıya teslim edildiği yerde yapılır.

Buna karşılık, ayıp olağan bir gözden geçirme ile anlaşılabilir nitelik taşımıyorsa, alıcı, ileride ortaya çıktığı andan itibaren yine derhal satıcıyı haberdar etmelidir. Aksi takdirde yine malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır. TBK'nin 223. maddesinde geçen derhal sözcüğünden maksat, maldaki ayıp fark edilir edilmez vakit kaybetmeksizin alıcıya haber verilmesidir. İhbarın süresi içinde yani derhal yapılmış olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre hakim tarafından takdir edilir. Bundan dolayı ki önemli olan ihbarın zamanında ve uygun araçlarla gönderilmesidir; yolda ortaya çıkacak gecikmeler alıcının haklarını etkilemez. O, malda tespit ettiği ayıba ilişkin ihbarı zamanında gönderince mükellefiyetini yerine getirmiş sayılır. İhbarın geçerliliği

herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapılabilir. Ancak ilerde ortaya çıkabilecek sorunları ortadan kaldırma açısından yani ispat kolaylığı açısından noter aracılığıyla veya en azından yazılı şekilde yapılması tavsiye edilebilir. Ayrıca, ihbar metninin malda mevcut ayıpların neler olduğunu ve ihbar yapılırken ulaşılmak istenen sonucu ihtiva etmesi de şarttır. Normal muayene ve ihbarın gerektirdiği masraflara alıcı katlanır. Ancak, tekeffül davasının olumlu sonuçlanması durumunda alıcının bunları da satıcıdan istemesi mümkündür.

TBK'nin alıcının gözden geçirme ve ihbar yükümlülüğüne ilişkin hükümleri, TTK'de düzenlenen ticari satımlarda da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak burada dikkat edilecek husus her iki tarafı tacir olmayan yani sadece bir tarafı tacir olan ticari satım sözleşmelerinde uygulanır. Tacirler arasındaki yani her iki tarafı da tacir olan ticari satım sözleşmelerinde ise TBK'den farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda ihbar yükümlülüğü ise TTK tarafından özel olarak düzenlenmiştir. Nitekim TTK'nin 23. maddesinin birinci fıkrasında, "Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, TBK'nin 223. maddesinin ikinci fıkrası uygulanır." Bu hükme göre, tacirler arasındaki ticarî satımlarda, malın ayıplı olduğu teslimi

sırasında açıkça görülebilir bir nitelik taşıyorsa, alıcı, durumu iki gün içinde satıcıya bildirmek mecburiyetindedir. Bu yükümlülüğüne aykırı hareket eden alıcı, malı ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır. Buna karşılık, malın ayıplı olduğu teslimi sırasında açıkça anlaşılabılır bir nitelik taşımıyorsa, alıcı, malı teslim almasından itibaren sekiz gün içinde muayene etmek veya ettirmek ve bu muayene sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, yine aynı süre içinde satıcıya bildirmek zorundadır. Aynı şekilde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen alıcı da malı ayıplarıyla birlikte kabul etmiş sayılır.

Hayvan satışında gözden geçirme ve ihbar külfeti gerek adi satım gerekse ticari satımlardan farklı bir düzenlemeye tabi tutulmaktadır. Nitekim TBK'nin 224. maddesinde şöyle bir düzenleme yer almaktadır, "Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur.". Söz konusu hükme göre, hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin

aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olacaktır.

Ayrıca gerçekleşen satımlarda satıcının ağır kusuru bulunması halinde satılndaki ayıbın yukarıda zikrettiğimiz bildirim külfeti bakımından ihbar sürelerine uymadığını ileri sürerek sorumluluğunu ortadan kaldırması mümkün değildir. Nitekim TBK'nin 225. maddesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir, "Ağır kusurlu olan satıcı, satılndaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir."

3.5.2. Satılanın Başka Yerden Gönderilmesi Halinde Muhafaza ve Sattırma

Alıcı, mal başka bir yerden gönderiliyorsa yani bir mesafe satımı söz konusu ise, muayene ve ihbar yükümlülüğü yanında birtakım tedbirleri de almak zorundadır. Buna göre, başka yerden gönderilen malın ayıplı olduğunu gören alıcı, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi varsa, yerinde yapılan satışlar için öngörülmüş hükümlere göre hareket eder. Buna karşılık, bulunduğu yerde satıcının bir temsilcisi yoksa, malın korunması için gerekli tedbirleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Malı, korunması için gerekli tedbirleri almadan alıcıya geri gönderemez. Nitekim TBK'nin 226. maddesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir, "Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa, satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Alıcı, ayıplı



olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez.". Ayrıca, zaman kaybetmeden malın ayıplı durumunu bir mahkeme kararıyla tespit ettirmesi de gerekir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederse, iddia ettiği ayıbın malın kendisine ulaşması anında var olduğunu ispatlamak durumunda kalır. Bu durumda 226. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Satılan malın kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür. Alıcı, durumu satıcıya en kısa zamanda bildirmezse, bundan doğan zarardan sorumlu olacaktır.

3.6. Aksi Yönde Bir Anlaşma Yapılmamış Olmalıdır.

TBK'nin satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümleri esas itibariyle yedek hukuk kuralı niteliğindedirler. Bundan mütevellit taraflar söz konusu hükümlerin aksini kararlaştırmak suretiyle satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu sınırlandırabilecekleri

gibi, tümüyle ortadan da kaldırabilirler. Yani, satıcının kanundan doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu daraltan veya ortadan kaldıran sözleşme hükümleri kural olarak geçerlidir. Bu kuralın TBK’de tek istisnası, 221. maddede düzenlenen sorumsuzluk anlaşması başlıklı hükmüdür, “Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”. Bu durumda satılan malda satıcının ağır kusurunun bulunması halinde her ne kadar alıcı ile aralarında aksine bir anlaşma yaparak ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmış olsa da yapılan anlaşma geçersiz olacaktır.

4. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunda Alıcının Hakları

Yukarıda izahatını yaptığımız satıcının satış sözleşmesinin konusunu oluşturan malda herhangi bir ayıp meydana gelmesi halinde veya daha önceden var olan bir ayıbın alıcının maldan beklediği faydayı etkilemesi başka bir deyimle ortadan kaldırması durumunda alıcının lehine birtakım haklar doğmaktadır. Nitekim TBK’nin 227. maddesinde de düzenleme altına alınmaktadır.

Bu haklar TBK’nin m. 227. maddesine göre, “Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.
2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde,

bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme.

4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme.

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir.

Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.”

Alıcının kanunen kendisine tanınmış olan seçimlik haklarının hukuki niteliğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler bulunur. Görüş ayrılığına sebebiyet veren konu, alıcının seçimlik haklarının, özellikle dönme hakkının bir yenilik doğuran hak mı yoksa tarafların mutabakatı ile kurucu nitelikte gerçekleşen bir talep mi olduğu noktasındadır. Her ne kadar konuya ilişkin ağır görüş bu seçimlik hakların bir yenilik doğuran hak olduğu dolayısıyla satıcıya yapılan tek taraflı irade beyanı ile kullanılacağı yönünde olsa da bir diğer görüşe göre de alıcının kullanacağı seçimlik hak üzerinde tarafların mutabakatının aranması gerektiğidir.

4.1. Seçimlik Hakların Kullanımının Sınırları

Yukarıda vurgulandığı üzere TBK’de yer alan satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yedek hukuk kuralları niteliğinde olması ve emredici normlar olmaması sebebiyle tarafların aralarında akdedecekleri bir sözleşme ile alıcının seçimlik haklarına veya kullanımlarına çeşitli sınırlamalar getirebilir. Misalen seçimlik hakların sadece mahkeme aracılığıyla kullanılabileceğine ilişkin sınırlama getirilebilir. Ayrıca buna ek olarak ayıp sebebiyle satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline çok yakın olması durumunda alıcı seçimlik haklarından sadece dönmeyi veya satılanın benzeri ile değiştirilmesini talep edebilir. Bir diğer sınırlama ise yukarıda da vurgulanan zaman bakımında sınırlamalardır. TBK ve TTK nezdinde düzenlenen sürelerin kaçırılması durumunda seçimlik hakların kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Yine TBK m.227’de belirtildiği gibi satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek alıcının seçimlik haklarını kullanmasına mani olabilir.

4.1.1. Sözleşmeden Dönme

Ayıp malın kendisinde kalmasını gereksiz kılacak bir nitelik gösteriyorsa alıcı, sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe yürür olarak ortadan kalkar.

Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için

kullanılabilir. Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamaması zorunludur. Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz.

Satım konusu mallar arasında asıl şey – eklenti (aslı – ferî) ilişkisi varsa, asıl eşyaya ilişkin satım sözleşmesinden dönme eklentiye ilişkin satımı da etkiler. Buna karşılık, eklentiye ilişkin satımın feshi asıl şeyin durumunu etkilemez. Nitekim bu durum TBK’de de ifade edilmektedir. Malın ayıp nedeniyle veya bir kaza sonucu yok olması ya da hasara uğraması hâllerinde de fesih için dava açılabilir. Ancak, böyle bir durumda da alıcı elinde kalanı geri vermekle yükümlü olur. Öğretide, fesihle birlikte müspet zararın tazmini için de dâva açılabileceği ifade edilmektedir. Satılan alıcının kusuru yüzünden telef olmuş yahut alıcı onu başkasına temlik etmiş veya şeklini değiştirmiş ise, artık sadece kıymet noksanına mukabil satış bedelinin indirilmesini dâva edebilir. Bu durum TBK’nin 228. maddesinde de şöyle ifade edilmektedir, “Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür. Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı,

ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.”.

4.1.1.1. Dönmenin Sonuçları

Satış sözleşmesinden dönen alıcı, satılanı, ondan elde ettiği yararları ile birlikte satıcıya geri vermekle yükümlüdür. Buna karşılık alıcı da, satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir:

1. Ödemiş olduğu satış bedelinin, faiziyle birlikte geri verilmesi.
2. Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yapmış olduğu giderlerin ödenmesi.
3. Ayıplı maldan doğan doğrudan zararının giderilmesi.

Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının diğer zararlarını da gidermekle yükümlüdür.

4.1.2. Satış Bedelinin İndirilmesini İsteme

Alıcı, ayıplı haline rağmen malın elinde kalmasında yarar görüyorsa, sözleşmeden dönme yerine satış bedelinin indirilmesini isteyebilir. Yani, alıcı için sözleşmeden dönme zorunluluğu yoktur. Ancak, istisnaen, ayıp nedeniyle ortaya çıkan kıymet eksilmesi malın satış bedeline eşit ise, o, artık satımın feshini istemek mecburiyetindedir. Bu hakkın kullanımında alıcının tek taraflı irade beyanı yeterli olmayıp, satıcının da bedelde indirimi kabul etmesi gerekmektedir.

4.1.3. Malın Ayıpsız Çeşidiyle Değiştirilmesini İsteme

TBK m. 227’de listelenmiş, alıcıya tanınan seçimlik haklardan biri olan değiştirme hakkı sadece çeşit borçlarında söz konusu

olabilmekte iken, parça borçlarında ise bu hakkın kullanımı ancak tarafların mutabakatı kaydıyla gerçekleşebilir. TBK m. 227, alıcıya böyle bir hak tanıdığı gibi, satıcıya da derhal satılanın ayıpsız bir benzerini teslim etmek ve alıcının uğradığı zararı tamamen tazmin etmek koşuluyla alıcının açabileceği davalardan ve alıcıya tanınan seçimlik hakların kullanılmasının önüne geçme hakkı tanır.

4.1.4. Ücretsiz Onarım İsteme

TBK kendisine ayıplı bir mal teslim edilmiş alıcıya ücretsiz onarım isteme hakkı tanımıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (“TKHK”) tanıdığı bu imkân, TBK tasarısı tarafından da kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteyebilecektir.

5. Zamanaşımı

Satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan doğan davalar için kanunumuzda zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. TBK’nin 231. maddesine göre, “Satıcı daha uzun bir süre için üstlenmiş olmadıkça, satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava, satılana ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Alıcının satılanın kendisine devrinden başlayarak iki yıl içinde bildirdiği ayıptan doğan def’i hakkı, bu sürenin geçmiş olmasıyla ortadan kalkmaz. Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz.”.

Görüldüğü üzere satıcının ayıba karşı tekeffül borcundan doğan davalar, ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, malın alıcıya teslim edilmesinden itibaren iki yıl geçince zamanaşımına uğrayacaktır. Bu iki yıllık süre yalnız taşınır satışları için geçerli olup, taşınmaz satışlarında bu süre beş yıldır. İki yıllık süre, ayıp ister gizli olsun ister açık bir ayıp olsun bu ayıbın görülmesiyle değil, satılanın alıcıya devriyle birlikte işlemeye başlar. Devirden maksat satılan şeyin alıcının mal üzerinde fiili hakimiyet kurmasına bağlıdır. Alıcının malı teslim aldıktan sonra yani fiili hakimiyet kurduktan sonra ayıbı tespit edememesi iki yıllık sürenin işlemeye başlamasını engellemez. Binaenaleyh, alıcının satılan maldaki ayıbı iki yıllık süre geçtikten sonra öğrenmesi halinde, ayıptan doğan hakkı sona erer; borç, eksik borç haline dönüşür. Alıcı bu duruma rağmen hakkını ileri sürerse, satıcının zamanaşımı def'i ile karşılaşacaktır. Burada hâkim zamanaşımını kendiliğinden değil, ancak davalı satıcının ileri süreceği zamanaşımı def'i üzerine göz önüne alabilir. Demek ki, TBK m. 231'de öngörülen süreler hak düşürücü süreler değil, gerçek anlamda zamanaşımı süreleridir.³ Ancak, taraflar on yılı geçmemek şartıyla⁴ daha uzun bir zamanaşımı süresi de öngörebilirler. Böyle bir durumda sözleşme kararlaştırılmış süreye göre hareket edilir. Aynı zamanda madde metninden anlaşılacağı üzere zamanaşımı süresini kaçırmış olan alıcıya bir de def'i hakkı da tanınmıştır. Buna göre, o, malın kendisine tesliminden itibaren iki sene dolmadan önce bildirdiği ayıpları, iki yıllık süre geçtikten sonra satıcı tarafından aleyhine açılacak dâvalarda def'i olarak ileri sürebilir. Bu çerçevede,

muayene, ihbar ve muhafaza gibi külfet ve yükümlülükleri usulüne uygun şekilde yerine getirmiş bir alıcı, zamanaşımı süresini kaçırmış bile olsa, satıcının kendisinden satış bedelini talep ve dâva etmesi durumunda kendisine teslim edilen malın ayıplı olduğunu ileri sürebilir.⁵

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki borçlar hukukumuz da zamanaşımını kesen ve durduran sebepler burada da uygulanacaktır. Mesela satıcının borcunu ikrar etmesi veya alıcının dava açması halinde TBK m.154'e göre zamanaşımı kesilir.⁶

Zamanaşımı, TKHK'nin 12. maddesinde de özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. Bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır. İkinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan az olamaz. Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.". Bu düzenlemeye göre madde metninden anlaşılacağı üzere taraflar kendi aralarında daha uzun bir zamanaşımı süresi takdir edebileceklerdir. Ancak zamanaşımı süresinin tüketici yararına uzatılması mümkün iken, korunan kişi olduğu için onun aleyhine kısaltılması mümkün değildir.⁷

6. SONUÇ

Sonuç olarak yukarıda tarafımızca detaylı olarak açıklandığı üzere, satıcının alıcıya karşı satılarda bildirdiği nitelikler ile satılanın kullanım amacı bakımından ondan beklenen faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan niteliklerin bulunmamasından kaynaklanan durumlarda satıcının ayıba karşı tekeffül borcu gündeme gelmektedir.

Böyle bir durumda alıcının maldan beklediği faydayı etkilemesi başka bir deyimle ortadan kaldırması durumu oluşacağından alıcı taraf kanunda belirtilen sürelerde satılanı gözden geçirmeli ve malın ayıplı olması durumunda uygun sürede ayıp bildiriminde bulunmalıdır. Böylece yapılan bildirimle birlikte alıcı kanunda sınırlı olarak sayılan seçimlik haklarından birini kullanabilecektir.

DİPNOT

¹ Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.86.

² Edis, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.7; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.73.

³ Fikret Eren Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları 5.Baskı, Ankara,2017,s.123

⁴ Bkz., Feyzioğlu, 302; Tandoğan, 194.

⁵ Feyzioğlu, 303. Böyle bir durumda, teslim edilen malların ayıplı olduğu hususunda ispat yükü davalının üzerindedir. Bkz., 19. HD., 26.5.2003, E.2003/2169 K.2003/5420, "... Davacı, davalıya teslim ettiği cevher bedelinden bakiye alacağını talep etmiş, davalı da bu isteme karşı teslim olunan malın sözleşmeye uygun olmadığını bildirerek karşı çıkmıştır. Malın tesliminde bir uyuşmazlık bulunmadığından ayıbın ispat külfeti davalıdadır. Bu durumda ayıbın belirlenmesi ve davalının ödeme yapıp yapmamakta haklı olup olmadığının tespiti için yapılacak yargılama masraflarının ispat külfeti kendisine ait olan davalı yandan alınması gerekir. ..." (YKD., C.29, S.10, 2003, s.1577- 1578).

⁶ Fikret Eren Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları 5.Baskı, Ankara,2017,s.124

⁷ Fikret Eren Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları 5.Baskı, Ankara,2017,s.127

KAYNAKÇA

- Fikret Eren Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 5.Baskı, Ankara 2017
- Cevdet Yavuz Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler 17.Baskı, İstanbul 2021

TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİ HAKKINDA KARAR VERME YETKİSİNE SAHİP OLUP OLMADIKLARI HUSUSUNUN İNCELENMESİ

Giriş

Tüketici hakem heyetleri, uyuşmazlık değeri yönünden başvurunun zorunlu olduğu haller dışında, özellikle değeri düşük olan uyuşmazlıklar bakımından mahkemeye başvurmak istemeyen tüketiciler tarafından, başvuru şeklinin kolaylığı ve heyetin uyuşmazlık hakkında karar verme süresinin kısalığı gibi avantajlar ile tercih edilerek, tüketicinin daha hızlı olarak hakkına kavuşmasına olanak sağlamaktadır.¹

Bununla birlikte tüketici hakem heyetlerine yapılan başvurularda, manevi tazminat talebinde bulunulup bulunulamayacağı yönünde mevzuatta açık bir düzenlemenin yer almaması nedeniyle bu husus tartışmalı hale gelmiştir.

TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN GÖREV ALANI

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ("6502 sayılı Kanun") "Kuruluşu ve görev alanı" kenar başlıklı 66. maddesi uyarınca tüketici hakem heyetlerinin görev alanı; genel itibariyle "tüketici işlemleri



ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklar" şeklinde belirlenmiştir.

Yeri gelmişken 1 Nisan 2022 tarih ve 31796 sayılı Resmî Gazete'de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ("Değişiklik Kanunu") yayımlandığını ve 6502 sayılı Kanun'un ilgili bazı maddelerinde değişiklikler gerçekleştirildiğini belirtmekte fayda vardır. Bu değişikliklerden biri yukarıda

bahsi geçen 66. maddeye ilişkindir. Her ne kadar tüketici hakem heyetlerinin görev alanına dair yapılan genel tanımda bir değişiklik olmasa da; 6502 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrası; "Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla il merkezlerinde ve yeterlilik şartları yönetmelikle belirlenen ilçe merkezlerinde en az bir tüketici hakem heyeti oluşturmakla görevlidir." şeklinde düzenlenmekte iken, Değişiklik Kanunu'nun 12. maddesi ile işbu fıkra "Bakanlık, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla tüketici hakem heyetleri oluşturmakla görevlidir. Tüketici hakem heyetlerinin yetki alanı ile iş bölümü Bakanlıkça belirlenir." şeklinde, yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra (01/10/2022) yürürlüğe girmek üzere değiştirilmiştir.

Burada tüketici ve tüketici işlemlerinden kastedilenin ne olduğuna da değinmek gerekecektir. Şöyle ki; 6502 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesi uyarınca tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi; tüketici işlemi ise mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir.

Tüketici hakem heyetlerine başvuruda bulunulabilmesi için başvuru konusu işlemin kanunda belirlenen tüketici işlemi kapsamına dahil olması ile birlikte uyuşmazlık konusu miktarın her yıl yeniden belirlenen parasal sınırların altında kalması gerekmektedir. Bu doğrultuda 6502 sayılı Kanun'un "Başvuru" kenar başlıklı 68. maddesi şu şekilde düzenlenmektedir;

"(1) Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

(2) Tüketici hakem heyetleri kendilerine yapılan başvuruları gereğini yapmak üzere kabul etmek zorundadır.

(3) Başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir. Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetine karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir.

(4) Bu maddede belirtilen parasal sınırlar her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı

Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu artışların hesabında on Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz.

(5) Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel değildir.”

Yine belirtmekte fayda var ki; Değişiklik Kanunu uyarınca 68. madde kapsamında da bir takım değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Şöyle ki, Değişiklik Kanunu’nun 13. maddesi uyarınca; 6502 sayılı Kanun’un 68. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi “Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı kalmak kaydıyla; değeri otuz bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.” şeklinde, üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi ise “Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise başvurular o ilçe kaymakamlığına yapılabilir.” şeklinde değiştirilmiş, aynı zamanda üçüncü fıkraya “Yapılan bu başvurular, kaymakamlıklarca gereği yapılmak üzere Bakanlıkça belirlenen yetkili tüketici hakem heyetine iletilir.” şeklinde yeni bir cümle eklenmiştir. Dördüncü fıkrada yer alan “Bu artışların hesabında on Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz.” şeklindeki cümlenin içerisindeki “on” ibaresi de “bin” olarak değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikler yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra (01/10/2022) yürürlüğe girecektir.

MANEVİ TAZMİNAT TALEBİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Manevi tazminat, kişilerin haksız eylemler

karşısında uğradıkları ruhsal zararın karşılanmasına ilişkin bir tazminattır.² Tüketiciler, almış oldukları ürünler veyahut kendilerine sağlanan hizmetler ile ilgili olarak 6502 sayılı Kanun kapsamında bir ayıp durumu söz konusu olduğunda seçimlik haklarından birini kullanmak amacıyla başvuru için gerekli şartların sağlanması halinde, tüketici hakem heyetlerine başvuruda bulunabilirler. Bununla birlikte 6502 sayılı Kanun’un öngördüğü seçimlik haklardan biri ile birlikte 11.01.2011



tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“6098 sayılı Kanun”) hükümleri uyarınca tazminat talebinde de bulunulabileceği 6502 sayılı Kanun’un ilgili maddelerinde³ düzenlenmiş durumdadır. Buna karşın mevzuatımızda; işbu makalemizin konusunu teşkil eden manevi tazminat taleplerine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Tüketici hakem heyetlerinin manevi

tazminat talepleri hakkında karar verip veremeyeceklerine ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle bu husus tartışmalı hale gelmiş olup, her iki yönde de görüşler ortaya konulmuştur. Doktrinde; manevi tazminat talebi miktar itibarıyla parasal sınırın altında ise tüketici hakem heyetine başvurunun zorunlu olduğu, 6098 sayılı Kanun'un 83/1'inci maddesi ile tüketicilerin manevi tazminat talepleri konusunda genel hükümlere yollama yapıldığı ileri sürülmüştür.⁴



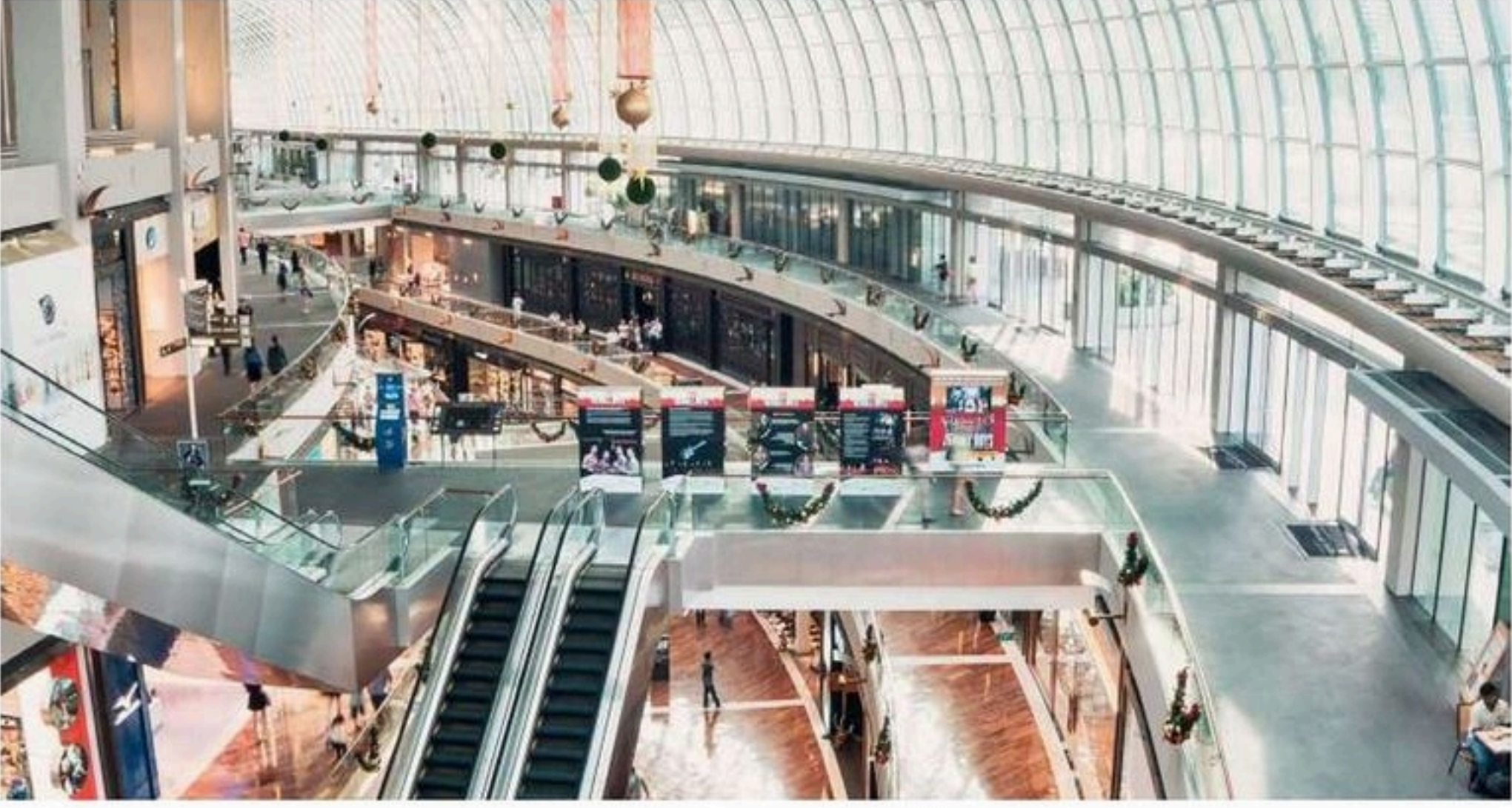
Ancak manevi tazminatın kabulünün ve miktarının belirlenmesinin hâkimin takdirinde olduğu, tüketici hakem heyetlerinin manevi tazminata hükmedemeyeceği yönünde de görüş ortaya konulmuştur.⁵

Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü ("Genel Müdürlük") tarafından ise; ayıplı mal satımında ve ayıplı hizmet sunumunda, tüketici tarafından talep

edilmesi halinde şartları oluştuğunda maddi ve manevi tazminata da karar verilebileceği yönünde görüş bildirilmiştir.⁶

Bu durumda manevi tazminat talebinde bulunan tüketicinin; uğramış olduğu zarar, satıcının ayıplı mal satmada veya sağlayıcının ayıplı hizmet sunmada kusurlu olduğunu, satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunu, uğramış olduğu zarar ile satılan ayıplı mal veya sunulan ayıplı hizmet arasında illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesi gerekecektir.

Ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihatları uyarınca;⁷ manevi tazminat talep edilebilmesi için kişilik haklarının (kişinin yaşamı, sağlığı, beden ve ruh bütünlüğü, onur ve saygınlığı, resmi ve özel yaşantısı vb.) zarar görmesi şartı aranmakta ancak ayıplı mal satımı nedeniyle oluşan zararın kural olarak kişinin iç huzurunu bozacak, kişilik haklarına zarar verecek nitelikte bir olgu olmadığı kabul edilmektedir.⁸ Diğer bir deyişle; tüketicinin satılan mal veya sunulan hizmetin ayıplı olması sebebiyle manevi bir zarara uğradığını iddia ederek manevi tazminat talebinde de bulunması halinde, satılan malın veyahut sunulan hizmetin ayıplı olduğunun tespiti manevi tazminata karar verilmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Manevi tazminata karar verilebilmesi için tüketicinin tazminat için aranan koşulların oluştuğunu ve ayıp sebebiyle kişilik haklarının zarar gördüğünü ispat etmesi gerekecektir. Nitekim 6502 sayılı Kanun'un ayıplı mala ilişkin tüketicinin seçimlik haklarını düzenleyen 11. maddesinin gerekçesinde de, tüketicinin seçimlik haklarının yanı sıra 6098 sayılı Kanun



hükümlerine kıyasen tazminat talep etme imkânının da mevcut olduğu, ancak bunun için sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir.

Yine Genel Müdürlük tarafından, gerek maddi gerekse manevi tazminat taleplerinin karara bağlanmasında bilirkişi görüşüne başvurulması gerektiği yönünde görüş verildiği görülmektedir.

Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği'nin ("Yönetmelik") "Kararın niteliği ve kapsamı" kenar başlıklı 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tüketici hakem heyetleri, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlıdır. Dolayısıyla tüketici tarafından talep edilmediği sürece heyet tarafından re'sen inceleme yapılarak maddi ve/veya manevi tazminat hakkında bir karar tesis edilemeyecektir. Bununla birlikte fıkranın devamında; "Ancak başvurunun yapıldığı tarihte uyuşmazlık miktarının tam ve kesin

olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkii ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyuşmazlık miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde talep edilen miktardan daha fazlasına veya daha azına tüketici hakem heyetince karar verilebilir. Verilen kararın her hâlükârda 6'ncı maddede belirtilen parasal sınırlar dâhilinde olması gerekir." şeklinde ifade edilmek suretiyle taleple bağlılık ilkesinin bir istisnasına yer verildiği görülmektedir.

Genel Müdürlük, tüketiciler tarafından hakem heyetlerine yapılan başvurularda manevi tazminat talebine de yer verildiği durumlarda söz konusu talebin "verilebilecek en yüksek tazminat" şeklinde yoruma açık şekilde değil, açık ve net bir miktar yazılmak suretiyle bu talebin ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak da; Yönetmeliğin 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tüketici hakem heyetlerinin uyuşmazlıkla ile

ilgili karar verirken tarafların talepleriyle bağlı olduğu ve il ve ilçe tüketici hakem heyetlerinin görev sınırlarının tespiti amacıyla uyuşmazlık miktarlarının 6502 sayılı Kanun'un "Başvuru" başlıklı 68. maddesi uyarınca belirlendiği hususları gösterilmektedir.

Maddi ve manevi tazminatın birlikte talep edilmesi halinde görevin nasıl belirleneceğine de değinmek gerekir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 06.05.2009 tarihli, 2009/334 Esas ve 2009/6221 Karar sayılı ilamının ilgili bölümünde; "4077 sayılı yasanın 22. maddesine göre 2008 tarihinde, 822.02 YTL'ye kadar olan davalar için Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurulması zorunludur.

Bu miktar üzerindeki talepler için Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'ne başvurmak ihtiyari olup zorunluluk yoktur. Davacının talebi 2.000,00 YTL manevi, 177,00 YTL maddi tazminattır. Öyle olunca davacının talepleri maddi ve manevi tazminat olarak bölünüp maddi tazminat talebi için öncelikle Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulması gerektiği gerekçesiyle davanın reddi doğru değildir." şeklinde düzenlendiği üzere maddi ve manevi tazminatın birlikte talep edilmesi halinde taleplerin bölünemeyeceği ifade edilmiştir. Diğer bir deyişle; maddi ve manevi tazminat birlikte talep edildiğinde görev her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeyecek, toplam bedele göre belirlenecektir.

DİPNOT

- ¹ Dr. Av. Altay İltan AKTÜRK & Av. Ayşe ACAR UMUT, "Tüketici Hakem Heyetleri ve İşleyişine Genel Bir Bakış", İstanbul
- ² Yusuf ÇELİK, "Tüketici Hakem Heyetleri", Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018, s.99
- ³ Bkz. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 11/6 ve 15/1
- ⁴ Tutumlu, Tüketici Hakem Heyetleri, s. 78; Yusuf ÇELİK, "Tüketici Hakem Heyetleri", Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018, s.99
- ⁵ Yusuf ÇELİK, "Tüketici Hakem Heyetleri", Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018, s.99 (Yüksek Lisans Tezinde ilgili cümlelerin "İlgün, s. 90-91." kaynağından alıntılındığı belirtilmiştir.)
- ⁶ Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Tüketici Hakem Heyetleri Tarafından Sıkça Sorulan Sorular, Ankara 2019, s.74-76
- ⁷ Yargıtay 4. HD. 04.02.2010 tarihli, E. 2009/3618, K. 2010/812 sayılı kararı; Yargıtay 13. HD. 02.05.2014 tarihli, E. 2013/29473, K. 2014/14193 sayılı kararı; Yargıtay 13. HD. 10.06.2014 tarihli, E. 2014/5516, K. 2014/18652 sayılı kararı.
- ⁸ Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Tüketici Hakem Heyetleri Tarafından Sıkça Sorulan Sorular, Ankara 2019, s.76

KAYNAKÇA

- Dr. Av. Altay İltan AKTÜRK & Av. Ayşe ACAR UMUT, Tüketici Hakem Heyetleri ve İşleyişine Genel Bir Bakış, Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 5 Sayı 1 - Haziran 2019 (25-54)
- Yusuf ÇELİK, Tüketici Hakem Heyetleri, Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018
- Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Tüketici Hakem Heyetleri Tarafından Sıkça Sorulan Sorular, 2019, Ankara
- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Gerekçesi
- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
- Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ



1. Banka Teminat Mektuplarının Tanımı ve Genel Özellikleri

Banka kredi işlemleri genel olarak nakdi ve gayri nakdi olmak üzere ikiye ayrılır. Nakdi krediler faiz ve komisyon karşılığında müşteriye nakit ödünç para verilmesi şeklinde kullanılır. Gayri nakdi kredilerde ise ödünç para verilmesi söz konusu olmayıp, bankanın itibarını ortaya koyması, üçüncü şahıslara karşı borcun ödenmemesi veya yüklenilen işin yapılmaması halinde belli bir miktar parayı tazmin garantisi söz konusudur.¹

Teminat mektubu verildiğinde gayri nakdi bir kredidir. Eğer temel ilişki borçlusu edimini ifa etmez de banka alacaklının zararını karşılamak zorunda kalırsa, nakdi kredi niteliği kazanacaktır.²

Doktrinde teminat mektupları hakkında farklı tanımlamalar yapılmıştır. BARLAS, banka teminat mektubunu "bankanın, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair bir verilen mektup"³, olarak tanımlamıştır. TEKİNALP'e göre teminat mektubu, "banka teminat mektupları ile bankanın, müşterisinin istemi üzerine müşterisiyle herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vukuu halinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir."⁴

Yargıtay ise teminat mektuplarını; “Teminat mektubu sözleşmesi, fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek için bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır” şeklinde tanımlamaktadır (Yargıtay 11. HD, 15.10.1985 T ve E: 1985/4169, K: 1985/5413)⁵

Banka teminat mektubu sözleşmesi lehtarın talebi üzerine garanti veren ile muhatap arasında yapılmakta ve bu sözleşme ile garanti veren muhataba karşı tek taraflı bir borç altına girmektedir.⁶ Ayrıca, teminat mektubu veren banka bağımsız bir yükümlülük altına girmiştir. Burada bağımsızlık ile kastedilen, garanti verenin yükümlülüğünün asıl sözleşmenin varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilir olup olmamasına bağlı olmadığıdır.⁷

Aynı borcun teminatı için birden fazla muhatabın bulunduğu teminat mektubu verilebilir. Ancak taraflar arsında mevcut olan veya kurulacak olan tüm ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi ile garanti altına alınması geçerli kabul edilmemektedir. Dolayısıyla taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise, her bir hukuki ilişkiden doğacak riskler ayrı bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınmalıdır.⁸ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin bir içtihadına göre garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumlu olacağı risklerin önceden tespit edilmiş olması gerekmektedir. Zira, belirsizliğin garantisi olmaz. (Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 18.12.2000 7107 E. 8738 K.) Bu itibarla

garanti sözleşmelerinde her ne kadar garanti verenin sorumlu olacağı limitin gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilse de, hangi riskin garanti edildiğinin belirlenmiş olması ya da tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir.⁹ Teminat mektupları kıymetli evrak değildir. Ancak diğer teminat türlerine göre daha güvenilir olup kolay, masrafsız ve hızlı bir şekilde elde edilebilme niteliğine sahip olduğundan çok tercih edilmektedir. Türkiye’de veya dışında yerleşik kişilerin lehine veya muhataplığına, Türk Lirası veya döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri serbesttir.¹⁰

Teminat mektubunda genellikle matbu olan metinler kullanılır. Mektup düzenlendikten sonra doğrudan veya lehtar vasıtasıyla muhataba verilir. Mektubun muhataba verilmesi icaptır. Muhatabın teminat mektubunu kabul etmesi ile taraflar arasında bir garanti sözleşmesi meydana gelir. Teminat mektupları düzenlenirken herhangi bir şekli uyma zorunluluğu yoktur; ancak uygulamada ise ispat kolaylığı sağlaması bakımından yazılı şeklin tercih edildiği görülmektedir.¹¹ Metinlerde genel olarak muhatabın ismi, işin konusu, işi taahhüt edenin adı soyadı, belirli bir meblağ, mektubun muhatapı olan alacaklının ilk talebinde derhal kayıtsız ve şartsız hükme gerek kalmadan mektupta belirlenen miktarın ödeneceği konusunda bankanın taahhüdü ve banka yetkililerinin imzaları yer almaktadır.¹²

2. Teminat Mektubu Türleri

Teminat mektupları niteliğine göre geçici teminat mektubu, kesin teminat mektubu ve

avans teminat mektubu olarak üçe ayrılabilir:

a. Kesin Teminat mektupları: Lehtarın mektupta belirlenen yükümlülüğünü yerine getireceğini garanti etmesi şeklinde düzenlenir. Yükümlülüğün kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi halinde bankanın tazmin borcu doğmaktadır.

b. Geçici teminat mektupları: Bir ihaleye katılmak için, ihale makamına hitaben verilmektedir. Geçici teminat mektubu ile genellikle lehtarın, üzerinde kaldığı takdirde ihale ile ilgili sözleşmeyi imzalayacağı ve kesin teminat mektubunu vereceği garanti edilmektedir. Lehtar ihale üzerine kaldığı halde sözleşmeyi imzalamazsa veya sözleşmeyi imzalarsa dahi kesin teminat mektubu vermezse, muhatap ihale makamı, geçici teminatın paraya çevrilmesini garanti veren bankadan talep edebilir.

c. Avans Teminat Mektupları: Avans teminat mektuplarının konusu, müteahhitlere veya imalatçıya verilecek avansları bir bankanın garanti etmesi ile ilgilidir. Müteahhit sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhütlerini yerine getirdikçe, avans istihkaklarından mahsup edilmek suretiyle geri alınır.

Yine teminat mektuplarını vadesine göre süreli (vadeli) ve süresiz (vadesiz) teminat mektupları; yükümlü olunan meblağa göre ise limitli ve limitsiz teminat mektupları olarak ayırmak mümkündür.

3. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları

Teminat mektubu ilişkisi, üçlü bir borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Önce bir temel

ilişki bulunur, bu temel ilişkinin alacaklısının isteği üzerine borçlu, bankadan kendisinin ediminin taahhüt altına alınmasını talep eder. Bankanın teminat mektubu vermesi ile de üçlü bir ilişki meydana gelmiş olur.¹³

a. Lehtar

Lehine teminat mektubu verilen, yükümlülüğü banka tarafından teminat altına alınan kişidir. Lehtar, müşterisi olduğu bankaya başvurup lehine güvence verilmesini; olası bir durumda alacaklısının zararını karşılamasını bankadan talep eden taraftır. Yani lehtar temel ilişkinin borçlusudur. Lehtar teminat mektubunun verilmesini bankadan talep etse de, teminat mektubunun doğrudan tarafı değildir¹⁴

b. Garanti Alan (Muhataap)

Muhataap lehine garanti verilen, temel ilişkinin alacaklısı konumunda bulunan taraftır. Muhataap öncelikle, lehtar ile bir temel ilişki içerisine girer. Bu temel ilişki borçlar hukuku bağlamında her tür bir borç ilişkisi olabilir. Muhataap hem temel ilişkinin, hem de teminat mektubu ilişkisinin tarafıdır. Bu ilişkide muhatabın bankaya karşı hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, teminat mektubu veren banka, muhataba karşı tek taraflı bir borç altına girmektedir¹⁵

c. Garanti Veren (Garantör/Banka)

Muhatabın karşısında, teminat mektubu ilişkisinin borçlu tarafında bulunan banka, lehtarın borcunu gereği gibi ifa etmemesi durumunda üstlendiği teminatı muhataba ödemekle yükümlü olacaktır. Garanti veren, gerçek ya da tüzel kişi olabilmektedir. Ancak uygulamada yerleşmiş bulunan teamüller

gereği, teminat mektubunu veren taraf banka ya da diğer finans kurumları olabilmektedir.¹⁶

4. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği

Bir hukuki ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti, söz konusu ilişkinin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından önem arz etmektedir. Ancak mevzuatta pozitif bir düzenleme mevcut olmaması sebebiyle banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hususu doktrinde ve uygulamada tartışma konusu olmuş ve ortaya dört farklı görüş çıkmıştır:

a. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Kefalet Sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 581 ve devamı hükümlerinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre kefalet sözleşmesi, "Kefilin alacaklıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir."

Bu görüşe göre, banka, muhatabın hiçbir zarara uğramayacağını değil, lehtarın taahhüdünü yerine getirmemesi halinde muhatabın, teminat mektubu sözleşmesinde yer alan miktara kadar uğrayacağı zararları karşılayacağını taahhüt etmektedir.¹⁷

Yargıtay'ın bazı eski kararlarında banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekteydi. Ancak günümüzde geçerli bir görüş değildir. Zira kefalet sözleşmesi ferî niteliktedir ve kefil, asıl borçludan fazla borç altına giremez. Ancak teminat mektupları asli bir edim taşımaktadır ve teminat mektubu veren banka eğer temel

ilişkideki borçlunun borcundan daha fazla bir meblağa teminat vermişse bunu ödemekle yükümlüdür.¹⁸

b. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, banka teminat mektupları üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olması sebebiyle bir tür garanti sözleşmesidir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 128/1. maddesine göre, "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür." Banka teminat mektubunda da banka, üçüncü kişi konumunda olan lehtarın edimini ifa etmemesi veya teminat mektubunda belirtilen diğer risklerin ortaya çıkması halinde, muhatabın uğrayacağı zararları karşılamayı taahhüt etmektedir. Burada banka teminat mektubunun geçerliliği üçüncü kişinin borcunun varlığından ve geçerliliğinden bağımsızdır. Teminat mektubu metinlerinde yer alan "protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin" şeklindeki ibareler de bankanın, garanti sözleşmesinde olduğu gibi asıl borçtan bağımsız bir yükümlülük altına girdiğini göstermektedir.¹⁹

Nitekim Yargıtay da iki farklı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda teminat mektuplarının hukuki niteliğini garanti sözleşmesi olarak belirlemiştir. Bu kararların ilkinin ilgili kısmı "... bankanın taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder..." (YIBHGK, T: 12.12.1967 ve E: 1966/16,

K: 1967/7) şeklinde olup, bu açıklamanın, hükmün değerlendirme kısmında yer alıp hüküm kısmında yer almaması sebebi ile yargı kararlarındaki farklılıklar devam etmiştir. 1969 tarihli ikinci içtihadı birleştirme kararında ise hüküm kısmında "... Teminat mektuplarının nitelik itibarıyla Borçlar Kanununun 110. maddesinde (TBK m. 128) sözü edilen 3. Şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi..." olduğu ifadelerine yer verilmiştir. (YIBHGK, T: 11.06.1969 ve E: 1969/4, K: 1969/6)

Teminat mektubu ile birlikte, banka ve muhatap arasında bağımsız bir sözleşme ilişkisi meydana gelmiş olur. Bu bağlamda teminat mektubu veren bankanın yükümlülüğü; başka bir sözleşmenin varlığına, başka bir sözleşmenin hukuki olarak geçerli olup olmamasına ya da dava edilebilir olup olmamasına bağlı değildir. Bu durum da banka teminat mektuplarının feri değil, bir asli borç olduğunu ortaya koymaktadır.²⁰

Kefil asıl borçluya ait def'i ve itirazları alacaklıya karşı ileri sürebildiği ve kanundan ötürü alacaklının haklarına halef olduğu halde; garanti veren muhataba karşı sadece kendisine ait def'ileri ileri sürebilmekte, muhataba ödeme halinde ise; kanundan ötürü borçluya ait haklara halef olamamaktadır. Bankalar muhataba ödeme halinde müşterileri lehtara rucu haklarını; borçlu lehtar ile yaptıkları sözleşmeler ile sağlamaktadırlar.²¹

c. Karma Nitelikli Sözleşme Görüşü

Karma nitelikli sözleşme görüşüne göre, banka teminat mektuplarının tamamını

garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Söz konusu teminat mektubunu kendi içinde değerlendirmeye tutarak hukuki niteliği tespit edilmelidir. Nitekim tarafların teminat mektubunu kefalet veya garanti sözleşmesi niteliğinde düzenlemeleri mümkün olup, bu konuda kısıtlayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Eğer banka, üçüncü şahsın borcunun varlığına, geçerliliğine ve ifasının mümkün olup olmadığına bağlı olmaksızın yükümlülük altına girmişse söz konusu teminat mektubunun garanti sözleşmesi, aksi takdirde kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.²²

d. Sui Generis Sözleşme Görüşü

Bu görüşe göre banka teminat mektupları, yukarıda yer verilen hiçbir sözleşme türüne uygun değildir. Bu görüşe göre, banka teminat mektupları, temel fonksiyonları itibarıyla gerek kefalet gerek garanti sözleşmeleri gibi bir müessese olmakla birlikte, hüküm ve sonuçları bakımından kefalet veya garanti sözleşmesi ile tam olarak uyuşmamaktadır. Bu nedenle banka teminat mektuplarının hukuki nitelikleri kendine özgü bir şekilde değerlendirilmelidir.²³

5. Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi

a. Genel Olarak

Lehtarın borcunu usulüne uygun olarak ödemesi ya da riskin gerçekleşmeyeceğinin objektif olarak kesinleşmesi halinde teminat ilişkisi sona erecek ve banka ödeme yükümlülüğü altında olmayacaktır. Zamanaşımı, muhatabın ağır kusuru ya da vadeli teminat mektuplarına özgü olarak

vadenin sona ermesi durumunda da bankanın borcu sona erecektir.²⁴ Ancak, bu gibi söz konusu olmadığı ve lehtar ile muhatap arasındaki hukuki ilişkide garanti altına alınan riskin gerçekleştiği hallerde bankanın talep halinde muhataba karşı ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir.

Banka mektubu elinde bulunduran kişinin talebi üzerine borçlunun rızasına, mahkeme kararına, protesto çekilmesine gerek olmaksızın mektup bedelini ödeyecektir. Bu ifadeleri içermeyen teminat mektubu uygulamasına Türkiye’de rastlanmadığından, tüm teminat mektuplarının ilk talepte ödeme garantisini -first demand guarantee- içerdiği söylenebilir.²⁵

Bankanın teminat mektubunu hazırlarken talimatlara uygun hareket etmemesi halinde, muhatapın teminat mektubunu kabul etmemesi ihtimali gündeme gelecektir. Bu durumda lehtarın zarar görmesi söz konusu olursa banka, talimatlara uygun davranmamasından dolayı lehtarın uğrayacağı zararları karşılamakla yükümlüdür. Örneğin teminat mektubunda, lehtarın talep ettiğinden daha fazla bir meblağa ilişkin taahhüt altına girilmişse, banka taahhüt altına girdiği hususları gerçekleştirmek zorundadır.²⁶

Eğer temel ilişkideki borçlu borcunu gereği gibi yerine getirmezse, alacaklı yani muhatap zararının karşılanması için bankaya başvuracaktır. Teminat mektupları Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına göre garanti sözleşmesi sayıldığından ve

garanti sözleşmesiyle belli bir risk garanti edildiğinden, mutlaka tazmin taleplerinde teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleştiği belirtilmelidir.²⁷ Bu andan itibaren riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırmasının yapılması yükümlülüğü bankaya aittir.²⁸ Banka gerekli incelemeleri yaparken kendisinden beklenen özeni göstermezse, bundan dolayı yine kendisi sorumlu olacaktır. Ancak Bankanın, riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleme yükümlülüğü, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, diğer teminat mektuplarına nazaran daha sınırlı olur. Bu tür teminat mektuplarının ödenmesi için kendisine başvuru yapıldığında banka, sadece şekli anlamda bir inceleme yapmakla yetinecektir. Bankanın inceleme yükümlülüğü, teminat sözleşmesinde yer alan hükümlere göre tespit edilecektir. Bu inceleme esnasında, ödeme için gerekli şartların yerine getirilmediği anlaşılırsa banka ödeme yapmaktan kaçınmakla yükümlüdür.²⁹ Ayrıca, banka lehtarla muhatap arasında var olan defi ve itirazları öne sürerek ödeme talebini reddedemez. Zira lehtar ile muhatap arasında var olan ilişki, banka ile muhatap arasındaki ilişkiden tamamen bağımsızdır. Ancak riskin gerçekleşmesi durumunda, inceleme yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirerek muhataba ödeme yapan banka, ödediği miktar için lehtara rücu etme hakkına sahiptir.³⁰

Riskin gerçekleştiğini ileri sürerek bankadan ödeme talep eden muhatap ise; bu talebinde Türk Medeni Kanunu m. 2 bağlamında dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorundadır. Örneğin, temel ilişkideki

riskinin henüz gerçekleşmemesine rağmen muhatabın bankadan ödeme talebinde bulunması, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Muhatap bu yükümlülüğüne aykırı hareket ederse lehtarın uğrayacağı zararları karşılamakla yükümlü olacaktır.³¹

Riskinin gerçekleşmemesi halinde bankanın risk çıkışı yapabilmesi için muhatabın bankaya söz konusu teminat mektubundan dolayı hiçbir hak ve alacağının kalmadığına dair yazılı beyan vermesi gerekmektedir. Zira, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin bir kararında; "Bilindiği üzere, banka teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde bir belge olmayıp, TTK.nda yer alan kıymetli evrakın yayii hükümlerine dayanılarak iptalinin istenmesi mümkün değildir. Kıymetli evrak olmadığı için de, ciro ile el değiştirmesi söz konusu değildir. Teminat mektubunun paraya çevrilmesine neden olabilecek risk, mektup muhatabının lehtar nedeniyle uğrayabileceği risk olup, muhatap dışında bir başkasının bankadan tazmin talebinde bulunması mümkün değildir. Muhatabın, riskin kalmadığını, dolayısıyla başvurmayaacağı, bankaya bildirmesi halinde, davalının lehtara artık komisyon vs. giderler tahakkuk ettirmesi sona ermelidir. Bu anın ortaya çıkması yeterli olup, mektup aslının bu durumda dahi ibrazı gerektiği artık söylenemeyecektir. Önemli olan, mektubun ibrazı değil, riskin kalmadığı anın tespit edilebilmesidir." (YARGITAY 11. HD., E. 2004/13822 K. 2005/11376 T. 26.11.2005) denilmek suretiyle teminat mektubunun bir kıymetli evrak olmadığı, bu sebeple de bankanın yalnızca iade ile risk çıkışı yapamayacağını ortaya koymuştur.

b. Özel Durumlar

i. Teminat Mektubu İle Garanti Edilen Alacağın Temliki

Bir alacağın temliki BK. 183 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Muhatabın, teminat mektubuna dayanan bankaya karşı doğmuş veya doğması muhtemel alacağını bu hükümlere göre temlik etmesi mümkün ve geçerlidir. Ancak burada sorun; teminat mektubundan doğan alacağın temliki ile birlikte; muhatabın bankaya karşı olan tazmin talebinin de temlik edilmiş sayılıp sayılmayacağıdır. Öğretideki baskın görüş; teminat mektubundan doğmuş ve doğacak bir alacağın temlikinin geçerli olduğu; ancak yeni alacaklının bankaya karşı hak sahibi olabilmesi için ya mektup muhatabının bankadan tazmin talebinde bulunması ya da alacağı temellük edenin "teminat mektubunda" yapılacak taraf değişikliği ile muhatap sıfatını kazanarak tazmin talebinde bulunması gerektir. Bankanın muvafakati ile teminat mektubunda muhatap değişikliği mümkün ve geçerlidir.³²

ii. Teminat Mektuplarına Haciz Konulması

Teminat mektubu ile banka bir risk üstlenmekte; risk ortaya çıkmaz veya sona ererse, bankanın garantisi hükümsüz olmaktadır. Teminat mektubu bir kıymetli evrak değildir. Bu nedenle de haczedilemeyecektir. Muhatabın teminat mektubundan dolayı doğmuş alacağının ise herhangi bir alacaklı tarafından haczedilmesi ise mümkündür. Bankaya gönderilecek bir haciz ihbarnamesi var ve muhatap henüz tazmin talebinde bulunmamış ise, banka icra dairesine muhatabın bir alacağının bulunmadığını bildirmekle yetinecektir. Ancak Muhatabın

teminat mektubundan doğmuş ve doğacak alacakları haczedilmiş ise, burada muhtemel bir alacak söz konusu olduğundan banka haciz kaydını teminat mektubu üzerine koymalı, muhatap tazmin talebinde bulunursa ve tazmin talebi usulüne uygunsa muhatabın teminat mektubu alacağı üzerine haciz işlenmelidir. Muhatabın usulüne uygun tazmin talebinden sonra, ancak kendisine ödeme yapılmadan önce teminat mektubu üzerine haciz konursa; banka muhataba ödeme yapamayacak ve alacağa haciz koyarak icra müdürlüğüne bildirecektir. Teminat mektubu üzerine lehtarın alacaklıları ise haciz koyduramayacaktır.³³

iii. Teminat Mektubu Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilmesi

İhtiyati tedbir talebi, riskin sona erdiğini veya henüz bir risk doğmadığını ileri süren mektup lehtarı tarafından talep edilebilecektir. İhtiyati tedbir kararına rağmen ödeme taahhüdünün yerine getirilmesi mümkün değildir.³⁴

6. Teminat Mektuplarında Zamanaşımı

Teminat mektupları herhangi bir yasal

düzenlemeye konu olmamasından dolayı TBK m. 146 vd. gereğince genel zamanaşımına tabidir. Bu süre de riskin doğumundan başlayarak on yıllık bir genel zamanaşımı süresidir.³⁵ Vadeli teminat mektuplarının zamanaşımı süresini belirlemek için ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir: Vade içinde risk gerçekleşmesine rağmen, vade içerisinde bankaya başvurulmaması halinde bankanın sorumluluğunun ortadan kalkacağına dair bir hüküm teminat mektubunda yer alıyorsa; bankanın sorumluluğu vade bitiminde sona erecektir. Vade içerisinde bankadan talepte bulunulmuşsa, bankanın sorumluluğu, riskin gerçekleştiği andan itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Eğer teminat mektubunda böyle bir şart yok ve risk vade içinde gerçekleşmişse, bankanın sorumluluğu riskin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Vadesiz teminat mektuplarında ise muhatabın alacağının muaccel olmasından itibaren 10 yıllık bir zamanaşımı süresi mevcuttur. Muacceliyet ise riskin gerçekleşip teminat mektubunun bankaya ibrazı ile söz konusu olur.³⁶

DİPNOT

¹ Palacioğlu, Tezer; Banka Teminat Mektupları, Yayın No:2018-10, Temmuz 2018, s. 3 <https://www.istka.org.tr/media/131175/banka-teminat-mektuplar%C4%B1>

² Koç, Himmet Hukuk, Açılan Banka Teminat Mektupları, Ankara Üni Hukuk Fak. Dergisi 69 (2) 2020, s. 574

³ Barlas, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986. s.7-8

⁴ Tekinalp, Ünal: Banka Hukukunun Esasları (Yeniden Yazılmış İkinci Baskı). Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 51.

⁵ Koç, s. 569-570

⁶ Başara, İzzet, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009, s.306-307

⁷ Başara, s.306

⁸ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, 3. Baskı, Ankara, 2005, s. 40-41

⁹ Başara, s.305-306

¹⁰ Palacioğlu, s.4

DİPNOT

- ¹¹ Koç, s. 581
¹² Palacioğlu, s.5-6
¹³ Koç, s. 574-577
¹⁴ Koç, s. 574-577
¹⁵ Koç, s. 574-577
¹⁶ Koç, s.574-577
¹⁷ Başara, s. 308
¹⁸ Koç, sf. 571
¹⁹ Başara, s. 308-309
²⁰ Koç, s. 571
²¹ Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
²² Başara, s. 309-310
²³ Koç, 573
²⁴ Koç, s. 584
²⁵ Palacioğlu, s. 3
²⁶ Günay, Celal: Banka Teminat Mektupları. Çankaya Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2014.s. 77
²⁷ Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
²⁸ Barlas, s.83
²⁹ Koç, s. 586-587
³⁰ Koç, s. 587
³¹ Koç, s. 589
³² Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
³³ Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
³⁴ Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
³⁵ Barlas, s. 90
³⁶ Koç, s. 584-585

KAYNAKÇA

- Barlas, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986
- Başara, İzzet, TBB Dergisi, Sayı 83, 2009
- Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, 3. Baskı, Ankara, 2005
- Günay, Celal: Banka Teminat Mektupları. Çankaya Üniversitesi sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2014
- Koç, Himmet Hukuk, Açıdan Banka Teminat Mektupları, Ankara Üni Hukuk Fak. Dergisi 69 (2) 2020
- Palacioğlu, Tezer; Banka Teminat Mektupları, Yayın No:2018-10, Temmuz 2018, s. 3 <https://www.istka.org.tr/media/131175/banka-teminat-mektuplar%C4%B1>
- Tekinalp, Ünal: Banka Hukukunun Esasları (Yeniden Yazılmış İkinci Bası). Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009
- Türkiye Bankalar Birliği tarafından Prof. Dr. Seza Reisoğlu'nun konuşmacı olarak katılımıyla 22 Ekim 2002 tarihinde düzenlenen "Teminat Mektupları Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar" konulu konferansa ait konuşma metni <https://www.tbb.org.tr>
- 1 Nisan 2022 tarih ve 31796 sayılı Resmî Gazete'de Yayımlanan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

İŞ HUKUKUNDA UZAKTAN ÇALIŞMA



GİRİŞ

Teknolojinin hızla gelişmesi ve iletişim araçlarının küresel çapta yaygınlaşmasının doğal bir sonucu olarak uzaktan çalışma, on yıllardır iş dünyasının gündeminde yer almaktadır. Uluslararası rekabet, küreselleşme, gittikçe daha sık yaşanan ekonomik krizler günümüzde işverenlerin üretim maliyetlerini düşürme çabalarını artırmış bunun sonucunda istihdamın dışsallaştırılması, üretimin işyeri dışında gerçekleştirilmesi daha yaygın bir biçimde başvurulan yöntemleri oluşturmuştur. İşçiler de özel yaşamı ile iş yaşamını dengeleme amacıyla bu şekilde çalışmayı tercih edebilmektedirler. Öte yandan işsizlik sorunun aşılmasında esnek çalışma biçimleri devlet tarafından da desteklenebilmekte, işçi ve işverenler için bu çalışma biçimi özendirilebilmektedir¹.

Özellikle 2019'un sonlarında dünyanın dört bir tarafına yayılan Covid-19 salgınının

yarattığı sosyo-ekonomik koşullar sonucunda uzaktan çalışmanın artık iş hayatı için vazgeçilemez bir olgu olduğu da su götürmez bir gerçektir. 2019'da ortaya çıkan salgın sonrası iş örgütünü online sisteme önceden adapte etmemiş işverenler, süratle yapılan işin veya hizmetin uzaktan çalışmaya uyumlu hale getirilmesi için çeşitli araçlara başvurmak durumunda kalmışlardır. Daha önce pek rağbet görmeyip son dönemde popülerliği artan çeşitli uygulamalar ve mail uygulamaları ile işin görülmesinde devamlılık ve denetim sağlanmaya çalışılmıştır².

Bu gelişmeler ışığında ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) tarafından 2020 yılında "COVID-19 Ortamında ve Sonrasında Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu" yayınlanmıştır. Kılavuzun amacı, işçi-işverenler için geçerli uzaktan çalışma koşullarına yönelik uygulamalı ve eyleme geçirilebilir tavsiyeler sunmak; mevcut politikaların

güncellenmesinde politika belirleyicileri desteklemek ve hem özel işletmelerin hem de kamu kuruluşlarının kendi uzaktan çalışma politikalarını ve uygulamalarını geliştirebileceği veya güncelleyebileceği esnek bir çerçeve oluşturmaktır³.

Türk Hukukunda 2016'da 6715 sayılı Kanunla İş Kanununun 14. maddesi değiştirilmiş ve uzaktan çalışma biçimi mevzuatımızda açıkça düzenlenmiştir. Kanun'un 14. Maddesinin 4. Fıkrasına eklenen madde ile uzaktan çalışma kavramı tanımlanmış, 5. ve 6. fıkralarda sözleşmenin içeriğinde yer alması gereken unsurlar ile işverenin borçları genel hatlarıyla sayılmıştır. 7. fıkrada ise bu konudaki ayrıntılı düzenlemenin Yönetmelikle yapılacağı zikredilmiştir. Kaldı ki 10.03.2021 tarih ve 31419 sayılı Resmi Gazetede Uzaktan Çalışma Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikte uzaktan çalışma ilişkisinin usul ve esasları genel olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızın konusunu esas olarak uzaktan çalışma ilişkisi ve bu ilişkideki tarafların hak ve borçları oluşturmakta ise de bütünlük arz etmesi açısından çalışma süresinin tespiti, ayrımcılık yasağı, iş sağlığı ve güvenliği konularına da işaret edilmiştir.

Çalışmamızda uzaktan çalışmanın kapsamının daha iyi özümsebilmesi için bu kavramın içine giren evde çalışmaya ve tele çalışmaya da öncelikli olarak yer verilmiştir.

I. EVDE ÇALIŞMA

Klasik olarak belirli bir işyerinde veya fabrikada yapılan çalışmaların yanı sıra bir kimsenin evde çalışması da çok eski bir

çalışma biçimidir. Ekonomik ve ticari hayatın var olduğu en eski dönemlerden itibaren var olan bir çalışma biçimi olarak evde çalışma, zaman içinde değişmiş ve yeni biçimleri de içine almıştır. Evde çalışmanın hem uzunca tarihi bir geçmişe sahip olması hem de çeşitli iş alanlarında ve işçi, memur, serbest çalışan gibi çeşitli çalışan grupları tarafından tercih edilmesi nedenleriyle, evde çalışmanın küresel ölçekte tek bir tanımı bulunmamaktadır⁴.

Evde çalışma özellikle sanayi devriminden sonra önem kazanmaya başlamış olsa bile, sanayi devriminden önce de üretime yönelik



önemli bir çalışma biçimi olmuştur. Özellikle feodal düzene dayalı orta çağda, zanaat üretimi (craft production) baskın olup, işin yapıldığı yer zanaatçının (craftsman) bizzat kendi evi olmuştur. Merkantalist dönemde, tüccarların hammadde ya da ara maddeleri evlere dağıtıp, evlerde hazırlanan ürünü toplayarak daha sonra dışarda sattığı,

üretimin evde yapıldığı, ev eksenli çalışmaya dayalı bir sermaye birikimi süreci yaşanmıştır. Endüstri devrimine kadar geniş kitleler için ev ve çalışma, yaşam mücadelesi içinde birbiriyle kaynaşmış olgular olarak kalmıştır. Gündelik yaşamın ve çalışmanın ayrı dünyalar haline gelmesi, endüstri devriminden sonra gerçekleşmiştir.

Bu süreçte, şehirler ve yaşam fabrika etrafında şekillenirken, sık sık insan onuruna aykırı koşulların da yaşandığına tarih tanıklık etmiştir. Örneğin kadınların ve çocukların çalıştıkları fabrikalarda yatıp kalktıkları, 19. yüzyılın



sonunda gündelik hayatta 'ev'in kaybolup, fabrikanın yaşamın tek mekânı haline geldiği, kölece işçileşme diye tabir edebileceğimiz bir ara dönem de yaşanmıştır. Ancak, işçi örgütlenmesi ve sınıf mücadelesi ile kazanılan haklar sayesinde yirminci yüzyıl başlarında ev ve çalışma mekân olarak birbirinden ayrıldı. Bu ayrışma toplumsal cinsiyetten bağımsız

olarak yaşanmadı. Erkekler 'evin reisi', 'eve ekmek getiren' yani ücretli işçi olurken, çocuklara bakan, evin işini gören, yani evde yaşayan kadınlar ücretsiz işçi oldu. Ev eksenli çalışma kadınların kaderi olmaya devam etti⁵. Ülkemizde ise evde çalışma, Osmanlı Devleti zamanından beri uygulanmaktadır. Osmanlı İmparatorluğunda 1913-1915 yılları arasında yapılan sayımlarda kunduracılıkta, pamuk ipliği üretiminde ve pamuklu dokumacılık işlerinde evde çalışma yapıldığı saptanmıştı. Özellikle kunduracılık sektöründe araçlar vasıtası ile dağıtılan hammaddeler evde çalışanlar tarafından işlenerek İstanbul'daki büyük mağazalara satılmak üzere gönderiliyordu⁶. Osmanlı Döneminde evde üretilen diğer önemli bir ürün ise, el işi halılar olmuştur. Evde üretilen halıların çoğunluğu ihraç edilmekteydi. 1900 yılların başlarında halılar Anadolu'nun çeşitli bölgelerinde evde dokunuyordu. Hala bir kısım Türk Evi müzelerinde evde dokuma yapmaya yarayan basit makinelere rastlamak mümkündür.

Türkiye'de ilk defa Devlet Planlama Teşkilatı tarafından 1986 yılında hazırlanan evde çalışmaya içeren kalkınma programında, evde gerçekleşen üretimin çeşitli alanlar açısından teşvik edileceği düzenlenmiştir⁷. Günümüzde ise evde çalışmanın çoğunlukla tekstil, halıcılık, paketleme gibi genellikle el emeğine dayanan iş alanlarında eve iş verme biçiminde gerçekleştirildiği görülmekte ise de teknolojik gelişmenin doğal bir getirisi olarak çeviri, bilgisayar programcılığı, mimarlık gibi alanlarda da evde çalışma söz konusu olmaktadır.

Evde çalışma İK m.14/4 çerçevesinde tanımlanabilir. Buna göre evde çalışma işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında işgörme edimini evinde yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. Evde çalışma, İş Kanunu dışında TBK m.461'de evde hizmet başlığı adı altında düzenlenmiştir⁸. Mezkur maddeye göre "evde hizmet sözleşmesi işverenin verdiği işi işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde bizzat veya aile bireyleriyle birlikte ücret karşılığında üstlendiği sözleşmedir." İş Kanununa göre m.14'e göre ise evde çalışma; işçinin işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde yerine getirme esasına dayalı yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.

TBK'de işgörme ediminin ev dışında belirlenecek başka bir yerde yerine getirilebileceği düzenlenmiş iken İK'de iş görme ediminin salt evde yerine getirilmesi öngörülmüştür. Yine TBK'de işçinin iş görme edimini aile bireyleriyle birlikte görebileceğinden bahsedilmişken İK'de her ne kadar açıkça belirtilmese de iş hukukunun ana esasları gereği işçinin işini bizzat görmesi gerekmektedir.

Son olarak TBK'de evde hizmet sözleşmesi herhangi bir şekle tabi kılınmamışken, İK'de evde çalışmanın yazılı şekle tabi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Çelik'e göre İK m. 4/1 (d) bendinde bahsedilen işler hariç evde çalışanlar hakkında İş Kanunun uygulanması gerekir. Zira özel kanun genel kanundan öncelikle uygulanır. Borçlar Kanunundaki

düzenlemeler ise iş hukukunda boşluk bulunduğu durumlarda tamamlayıcı kurallar olarak uygulanmalıdır.

II. TELE ÇALIŞMA⁹

Tele çalışma, teknolojik unsur gerekliliği sebebiyle evde çalışmaya nazaran daha geç bir dönemde çıkmıştır. Endüstri 4.0 olarak adlandırılan gelişme ile üretim süreçleri ile bilgi iletişim teknoloji iç içe geçti. Bu dönemden itibaren geleneksel iş tanımı farklılaşmaya başladı¹⁰.

Tele çalışma, bir işin bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtası ile işyerinin dışında evde veya bir başka yerde sürekli ve düzenli bir biçimde yerine getirilmesidir. Bir diğer tanıma göre tele çalışma, çalışanların iş edimlerini düzenli olarak, işverenlerin doğrudan bir denetim ve gözetimi altında bulunmadığı geleneksel (klasik) işyeri dışında herhangi bir yerde, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığı ile adeta aynı tek bir işyerindeymişler gibi yerine getirdikleri bir çalışma şeklidir¹¹.

Uzaktan çalışmanın bir biçimi olan tele çalışmayı diğer istihdam biçimlerinden ayırt eden unsurlar mekan, teknoloji ve organizasyondur.

Tele çalışmayı karakterize eden ilk unsur işin tamamen veya kısmen işyeri dışında başka bir yerde (uzakta) görülmesidir. Bu mekan işçinin evi de olabilir, tamamen farklı bir yer de olabilir.

Tele çalışmanın ayırt edici unsurlarından ikincisi, işin tamamen veya kısmen bilgisayar, internet,



e-posta gibi teknolojik iletişim vasıtalarıyla yapılmasıdır. Ancak işin ifası sırasında salt teknolojik iletişim araçlarının kullanılması yapılan çalışmayı sırf bu nedenle tele çalışma vasfına dönüştürmez. Tele çalışmada kullanılan teknolojik araç ve gereçler, işçinin işyeri ile bağlantı kurmasını sağlama amacı taşımalı, işçi bunlarla iş görmeli ve bunlarla iş organizasyonuna dahil olmalıdır¹². Tele çalışmanın son ayırt edici özelliği ise yapılan işin sürekli ve düzenli olarak işverenin iş organizasyonu kapsamında yapılmasıdır.

Belirtilmelidir ki işçinin arada bir işini eve götürmek suretiyle yaparak işverene internet aracılığıyla göndermesi, icra ettiği işe tele çalışma vasfı kazandırmaz. Zira bu halde sürekli ve düzenlilik şartları sağlanmamıştır.

III. UZAKTAN ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

İş K m.14/4 uyarınca uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini

evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir. Kanun maddesi lafzen yorumlandığında uzaktan çalışma kavramının evde çalışma ve tele çalışmayı kapsayacak şekilde bir çatı kavram olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır.

Madde hükmünde evde çalışma ve tele çalışma istihdam modelleri mesafe unsuru göz önünde tutulmak suretiyle "Uzaktan Çalışma" üst başlığı altında ele alınmıştır. İşin fabrika tipi istihdam modeline dayalı olarak işverenin doğrudan gözetim ve denetimi altında, sınırları belirli olan ve ana işyeri olarak nitelendirilen coğrafi alan dışında ifa ediliyor oluşu bu istihdam modellerini karakterize eden unsurdur¹³.

Uzaktan çalışmayı karakterize eden unsurlar mesafe, işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme ve tele çalışmalarda bilgi iletişim teknolojileridir. Mesafe unsuru ve işverenin iş organizasyonu içerisinde iş görme unsuru tüm uzaktan çalışmalar için ortak unsurdur.¹⁴ Şu halde uzaktan çalışma ilişkisinden bahsedilebilmesi için mesafe unsuru ve iş organizasyonu kapsamında iş görme unsurlarının bir arada bulunması gerekir.

Mesafe unsuru işçinin, işverene ait ve asıl işin yapıldığı işyerine bağlı olmadan, uzaktan iş görmesini ifade etmektedir¹⁵. İş organizasyonu içinde iş görme unsuru ise işçinin, işverenin gözetimi ve denetimi ile iş sözleşmesince tayin edilen ölçütler altında işverene bağımlı olarak iş görmesi olarak ifade edilebilir.



Yönetmelik m.14/1'e göre iş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesi ile kurulabilir veya halihazırda işyerinde çalışan işçinin iş sözleşmesi, tarafların anlaşması ile uzaktan çalışma sözleşmesine dönüştürülebilir.

B. Uzaktan Çalışmada İşçinin Borçları

İş ilişkisinin uzaktan çalışma ilişkisi vasfını haiz olması işçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarını değiştirmez. İşçi kural olarak, işini şahsen ve özenle ifa etmeli, işverenin talimatlarına riayet etmeli, çalışma koşullarına uymalı, sadakat borcuna hanel getirmemeli, gerekli hallerde teslim ve hesap verme borcunu yerine getirmeli ve işverenle rekabet etmemelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere işçi asli borcu olan işgörmeye borcunu gereği gibi yerine getirmelidir. Bu kapsamda işçi işini işyerinden başka bir yerde yapıyor olsa bile yapılan çağrıya cevap vermek ve işverenin online ortamda vermiş olduğu emir ve talimatlara uymak, aynı zamanda işini bizzat ifa etmek ile

yükümlüdür. Özellikle tele çalışmada işçinin işi bizzat ifası, işyerine ilişkin verilerin gizliliği ve korunması gibi nedenlerle büyük önemi haizdir¹⁶.

Öte yandan TBK m.396 uyarınca işçi, işini özenle ifa ederek kendisine bırakılan bilgi ve iletişim araçlarına, makine ve ekipmana ya da üretim materyallerine zarar vermemeli, bu araç ve sistemleri en iyi şekilde kullanmalıdır.

C. Uzaktan Çalışmada İşverenin Borçları

Uzaktan çalışmada işverenin borçları temelde önemli bir farklılık arz etmez. İşveren işçiye kanuna ve sözleşmeye uygun olarak ücretini ödemeli, işçiyi gözetmeli, eşit işlem borcuna riayet etmelidir.

Ayrıca uzaktan çalışmada somut olay gerektiriyorsa TBK 413/1 uyarınca işverenin araç gereç ve malzeme sağlama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Eğer araç gereç ve malzemeler işçi tarafından sağlanıyorsa 2. fıkra uyarınca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça

veya yerel adet bulunmadıkça işvereni bunun mukabilinde işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür.

Uzaktan çalışmada işçinin ücreti zamana göre, parça başına ya da karma ücret şekillerinden birine göre ödenebilir. Uzaktan çalışmanın gezici olarak yapılması halinde işveren işçinin seyahat, barınma ve yemek gibi masraflarını karşılamakla yükümlüdür.

Uzaktan çalışmada işçinin işverene sadakat borcu olduğu gibi işverenin de işçinin özel hayatına saygı duyması gerekir. İşçinin uzaktan çalışması nedeniyle işveren bir gözetleme sistemi kurarsa bu gözetlemenin ölçülü olması ve Anayasal haklardan olan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ile kişisel verilerin korunmasını isteme haklarının ihlal edilmemesi önem arz etmektedir. Bu sebeple iş hayatının izlenmesi, denetimi ve teftişiyle görevli olan müfettişlerin uzaktan çalışan işçinin izni ve talebi olmadıkça işçinin çalışma yerini teftiş etmeleri mümkün değildir¹⁷.

Evde uzaktan çalışan işçi, iş müfettişinin denetim için eve girme talebini reddetme hakkına sahip olup bu durum işverenin uzaktan çalışan işçiye denetim ve gözetim olanağını ortadan kaldırmamaktadır. İşveren, yönetim yetkisine dayanarak uzaktan çalışan işçiye, bilgisayar, internet, e-posta gibi teknolojik araçlar vasıtasıyla dolaylı olarak denetleyebilir ve gözetim yetkisini kullanabilir¹⁸.

İşverenin, işçinin işyerindeki bilgisayar, internet ve elektronik posta kullanmasını

denetlemesi ve bu konuda düzenlemeler getirmesinde menfaati vardır. Ancak, işverenin bu konuda mutlak bir denetim hakkı olduğu ve bunları sınırsızca denetleyebileceği ve hangi yollarla olursa olsun, bu yolla elde edilecek verilerin delil olarak kabulü olanaklı değildir. Nitekim, özel yaşam hakkını korumaya yönelik olarak getirilen gerek ulusal hukukumuzdaki düzenlemeler gerekse uluslararası hukuki düzenlemeler, işveren tarafından uygulanacak denetim ve gözetim uygulamalarının sınırsız biçimde uygulanamayacağını göstermektedir¹⁹.

D. Eşit İşlem Borcu ve Ayrımcılık Yasağı

İşverenin eşit işlem borcu hukukumuzda Anayasa'nın 10. maddesi ile hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı temeline yerleştirilmiştir. İK m.5. ile eşitlik ilkesi iş hukukunda başka bir pozitif kaynağa kavuşmuştur. İş hukukunda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının gelişiminde, uluslararası hukuk düzenlemelerinin büyük etkisi vardır. Bu çerçevede konuya ilişkin yasal düzenlemelerin bulunmadığı dönemde yargının, Anayasanın 10. maddesinin yanı sıra Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 2 ve 3. maddelerine gönderme yaparak, hamilelik nedeniyle yapılan bir feshin kötüniyetli olduğuna ilişkin kararı dikkat çekicidir²⁰.

İşyerinde çalışan işçilere eşit davranma ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşullarını uygulama, çağdaş iş hukukunun tanıdığı genellikle hakkaniyet ve adalet düşüncesine dayandırılan bir borçtur. Belirtildiği üzere eşit işlem yapma borcunun hukuksal dayanaklarını Anayasanın 10. ve İK

5. maddeleri oluşturmaktadır. Anayasanın 10. maddesinde “herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu” düzenlenmiştir. İş Kanununun 5. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir²¹.

İşverenin eşit işlem yapma borcu ile ayrımcılık yasağı birbiriyle paralellik arz etmektedir. Eşit işlem borcuna aykırılık ile ayrımcılık yasağı temelde aynı anlamı ifade eder.

Kanun koyucu uzaktan çalışma ilişkisine ilişkin maddenin 6.fıkrasının birinci cümlesinde eşit işlem ilkesine riayet edilmesi hususunu ayrıca ve açıkça belirtmiştir. Buna göre “uzaktan çalışmada işçiler, esaslı neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin niteliğinden ötürü emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.”

Her ne kadar kanunda ayrımcılık yasağı açıkça öngörülmüşse de somut olayın özelliklerine göre işin niteliği gereği bazı haklı ayrımlar yapılabilir. Örneğin işyerinde verilen öğle yemeğinin bu işçilere verilmemesi söz konusu olabilir. Fakat uzaktan çalışanlara yemek verilmese de bunun yerine uygun bir ek ödeme ile işçinin mahrum kaldığı bu sosyal yardım telafi edilmelidir²².

Uzaktan çalışan işçilerin iletişim masraflarının karşılanması için onlara ek ödeme yapılırken diğer işçilere yapılmaması eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmez²³. Kanımızca bu durum 14. maddede belirtilen esaslı neden kapsamında değerlendirilebilir.

E. İş Sağlığı ve Güvenliği

İş Kanunu m. 14/6 c.2 ve devamı uyarınca; “İşveren, uzaktan çalışma ilişkisiyle iş verdiği çalışanın yaptığı işin niteliğini dikkate alarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hususunda çalışanı bilgilendirmek, gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlüdür.

Uzaktan çalışmanın usul ve esasları, işin niteliği dikkate alınarak hangi işlerde uzaktan çalışmanın yapılamayacağı, verilerin korunması ve paylaşılmasına ilişkin işletme kurallarının uygulanması ile diğer hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir.”

Kaldı ki 10.03.2021 tarih ve 31419 sayılı Resmi Gazetede Uzaktan Çalışma Yönetmeliği yayımlanmıştır. Her ne kadar Yönetmelik’in 12. maddesinde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirlerin alınması ayrı bir başlık altında hüküm altına alınmış ise de bu madde ile bu konudaki mezkur kanun maddesi birbiriyle



aynıdır. Uzaktan çalışmada iş sağlığı ve güvenliği konusunda Yönetmelik'in getirdiği yenilik, uzaktan çalışmanın yapılamayacağı işlerin belirtilmesiyle sınırlı kalmıştır.

Yönetmelik'in 13. maddesine göre "tehlikeli kimyasal madde ve radyoaktif maddelerle çalışma, bu maddelerin işlenmesi veya söz konusu maddelerin atıkları ile çalışma, biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan çalışma işlemlerini içeren işlerde uzaktan çalışma yapılamaz.

Kamu kurum ve kuruluşlarınca ilgili mevzuatına göre hizmet alımı suretiyle gördürülen işler ile millî güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis veya hizmetlerden hangilerinde uzaktan çalışma yapılamayacağı birim, proje, tesis veya hizmetten sorumlu olan veya hizmeti alan kamu kurum ve kuruluşunca belirlenir."

Gerek Kanunda gerekse Yönetmelikte sayılan işverenin İSG yükümlülükleri sınırlı sayıda değildir. Tüm bunlar dışında işveren yapılan işin niteliğini dikkate alarak çalışanlara İSG yönünden uygun makine, ekipman, araç, gereç vermekle, gerekiyorsa sağlık raporu almadan işçiye işe başlatmama yine aynı biçimde gerektiği takdirde mesleki eğitim belgesi olmadan iş vermeme, meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarını süresinde ilgili birimlere bildirmekle yükümlüdür.²⁴

Öğretideki bir görüşe göre, uzaktan çalışmanın evde yapıldığı durumlarda işveren önce evi, evdeki çalışma koşullarını ve alt yapıyı denetlemelidir. İşveren nasıl ki işyerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden

risk değerlendirmesi yaparak tedbir almakla yükümlü ise, uzaktan (evde) çalışan işçinin de, evindeki riskleri değerlendirerek tedbir almakla yükümlüdür. Uzaktan çalışan işçinin kullandığı alet ve ekipmanın işçi tarafından sağlanması durumunda, işveren bu araçları önceden kontrol etmelidir²⁵.

Bununla beraber işverenin sorumluluğu bakımından evde meydana gelen her kaza iş kazası sayılmamalı, yapılan işle meydana gelen kaza arasında uygun illiyet bağının bulunması aranmalıdır. Örneğin bir bilgisayar programcısının evinde banyo yaparken düşmesi sonucunda ayağının kırılmasında, yapılan işle meydana gelen kaza arasında uygun illiyet bağının bulunmaması sebebiyle, işveren sorumluluğundan bahsedilemeyeceği gibi bu kaza iş kazası da sayılmayacaktır.

Bununla birlikte, evinde uzaktan çalışmakta olan bilgisayar programcısına, işverence sağlanan donanım ve ekipmanların standarda uygun olmaması ya da arızalı malzeme verilmesi sonucu bir elektrik çarpması meydana gelmişse, bu kaza iş kazası sayılmalıdır. Çünkü SSGSS m.13'te, "...Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle ... meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay" iş kazası olarak kabul edilmektedir. İSGK m.3/-g'de ise, "iş kazası: İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay" olarak tanımlanmaktadır²⁶.



Uzaktan çalışan işçinin evinde geçirdiği zamanın iş kazası sayılabilmesi için işin yapıldığı mekanda ve iş edimini sunduğu sırada, meydana gelmesi gerekir. Uzaktan çalışan işçinin ofis haline getirdiği odada işverenin işini yapmakta iken geçirdiği kaza iş kazası sayılmalıdır. Aksi halde, mutfakta üzerine sıcak su dökülmesi nedeniyle yaralanan işçinin, iş kazası geçirdiğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Veleve ki bu olay iş kazası olarak kabul edilse bile, burada işverenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü işveren kusurunun bulunmadığı yerde işveren sorumluluğundan bahsetmek söz konusu olmayacaktır²⁷.

E. Uzaktan Çalışma Süresinin Tespiti

Uzaktan çalışma süresinin tespitinde farklı yöntemler kullanılmaktadır. Bunlardan biri, günlük götürü çalışılacak saat ve haftalık en çok çalışılacak saatin belirlenmesi yöntemidir. Bir diğer yöntem ise uzaktan

çalışmanın bir veri bankasına ya da sunucuya devamlı bağlantı gerektirmesi halinde bağlı kalınan sürenin çalışma süresi olarak kabul edilmesidir. Bunun yanında işverenin, işçilerin sunucuya bağlanabileceği ve çalışacakları temel süreyi belirlemesi de bir diğer yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸.

Günlük çalışma süresinin aşıp aşılmadığının kontrolü ise ancak ve ancak online programlar üzerinden çalışabilen iş yerlerinde günlük yapılan işlerin yoğunluğunun takibi ile mümkün olabilecektir. Aksi halde fazla çalışma yapıldığının ispatı mümkün olmayacaktır. UBG (ulusal bayram ve genel tatil alacağı), hafta tatili ve dini bayramlardaki çalışmalar ise elektronik posta ya da online çalışma sistemini kullanan iş yerlerindeki çalışmaların incelenmesi ile gene işveren ve çalışanın karşılıklı iyi niyet kuralları çerçevesinde anlaşmaları ile belirlenebilecektir. Hukuki uyuşmazlıklarda ise

iletişim araçlarının incelenebilirliği ölçüsünde çalışmaların ispatı mümkün olabilecektir²⁹.

SONUÇ

2019'un sonlarından itibaren tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19, iş sektörünü de derinden etkilemiştir. Bu dönemde çoğu işveren, işin sürekliliğini ve çalışanlarının sağlığını korumak amacıyla uzaktan çalışma ilişkisini tercih etmiştir. Kanunumuza 2016 değişikliğinden itibaren dahil olmuş bir özel iş ilişkisi olan uzaktan çalışmaya pandeminin küresel etkileri sonucunda duyulan rağbet her geçen gün artmaktadır. 2020 yılında ILO tarafından çıkarılan Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu bunun açık bir göstergesidir.

Türk hukukunda görece yeni bir kavram olarak karşımıza çıkan uzaktan çalışma, evde çalışma ve tele çalışmayı kapsayan bir çatı kavram olup İş Kanunu m.14'ün lafzi ve gai yorumundan anlaşıldığı üzere evde çalışma ve tele çalışmanın unsurlarını bünyesinde barındırmaktadır. Mezkur maddenin 6. fıkrasında uzaktan çalışmada eşit işlem ilkesine riayet edilmesi kuralı ayrı bir madde ile öngörülmüştür. Devamında ise bu iş

ilişkisinde alınacak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine işaret edilerek işçinin bu ilişkiden doğan hak ve menfaatlerinin güvence altına alınması amaçlanmıştır. Son fıkrada ise uzaktan çalışmaya ilişkin Bakanlık tarafından Yönetmelik çıkarılması öngörülmüştür. Söz konusu Yönetmelik, 10.03.2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ne var ki Yönetmelikle yapılan düzenleme kapsayıcı ve ayrıntılı değildir. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine dair işverence alınacak önlemlerin ne gibi özellikler arz edeceği detaylandırılmamış, kanun maddesi aynen ifade edilmiştir.

İşçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri ile bu ilişkinin doğuracağı somut uyuşmazlıkların pratiğe ve mahkeme kararlarına yansımaları, iş hayatında şimdiden etkilerini görmeye başladığımız uzaktan çalışma ilişkisine yönelik doktrinin zamanla daha da zenginleşeceğini göstermektedir.

DİPNOT

¹ Nuri ÇELİK, Nurşen CANİKLİOĞLU, Talat CANBOLAT, İş Hukuku, 33. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s226-227.

² Covid-19 pandemisinin işçilere yansıyan etkilerini, hibrit çalışmanın bundan sonraki dönemde olası sonuçlarını ele alan ve çeşitli çözümler sunan bir araştırma için bkz. RUDNICKA/NEWBOLD/COOK/CECCHINATO/ GOULD/COX, Eworklife: Developing Effective Strategies For Remote Working During The COVID-19 Pandemic, The New Future of Work Online Symposium, 2020.

³ ILO Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-ankara/documents/publication/wcms_759299.pdf.

⁴ GÜNAY, Arkin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evden Çalışma, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018.

⁵ TOPÇUOĞLU, Reyhan Atasü, Küreselleşme ve Üretimin Esnekleşmesi Sürecinde Kadın Emeği, TTBMSGD, S.44, Nisan-Mayıs-Haziran 2012, s. 3-4.

- ⁶ KOÇ, Yıldırım, Eve İş Verme, Türk-İş Dergisi, Aralık 2000-Ocak 2001. s.18.
- ⁷ GÜNAY, s.116.
- ⁸ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin, 2020, s.46. Evde hizmet sözleşmesini irdeleyen ayrıntılı bir çalışma için bkz. Evde Hizmet Sözleşmesi, ŞEN, Elif, UMD, C.5 S.10, s. 475-505.
- ⁹ Tele çalışma kavramı ve unsurları hakkında bkz. AYDINÖZ, Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- ¹⁰ Endüstri 4.0 ve iş hukuku ilişkisine dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. DULAY YANGIN, Dilek, Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 1209-1237.
- ¹¹ KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayınevi, 2011, s.41. Coronavirüs salgını sürecinde ev eksenli tele çalışmaya ilişkin güncel sorunlar için bkz. ERDAYI, A. Utku, İş Yeri Dışında Bir Esnek Çalışma Modeli Olarak Ev Eksenli Tele Çalışma: Beklentiler ve Sorunlu Alanlar, UÜFEFSBD, C.22, S.41, s.1233-1236. Pandemi döneminde uzaktan çalışmaya ilişkin uluslararası literatüre yer veren bir çalışma için bkz. Burcu YİĞİT, Pandemi Döneminde Uzaktan ve Evden Çalışma, ASEAD, C.8, S.4, 2021, s. 313-319.
- ¹² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.230.
- ¹³ DULAY YANGIN, Dilek, 6715 Sayılı Yasanın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi, SİHD, S. 36, 2016, s.150.
- ¹⁴ DEMİR, Kübra, Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu, SÜHFD, C. 29, S. 3, 2021, s. 2506.
- ¹⁵ AYDINÖZ, Gonca, İş Hukukunda Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014, s.52.
- ¹⁶ KANDEMİR, s.98.
- ¹⁷ KANDEMİR, s.154-155.
- ¹⁸ KANDEMİR, s.146.
- ¹⁹ KANDEMİR, s.148-149.
- ²⁰ İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, YENİSEY, Kübra Doğan, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.64. Söz konusu Yargıtay kararı: Yargıtay 9. HD., 28.4.2005, E. 25538, K. 14932. Eşit davranma borcunun uygulanma koşulları için bkz. KARAGÖZ, Veli, İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, EÜSBED, C. S.1. s.61-63.
- ²¹ Nihat Seyhun ALP ve Fahrettin KORKMAZ, Bireysel İş Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019, s. 170.
- ²² BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 29-30 Mayıs 2020, s.198.
- ²³ ALP, Mustafa, "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s.830.
- ²⁴ İNCİROĞLU, s.227; DEMİR, s.2521.
- ²⁵ ALP, s.836
- ²⁶ İNCİROĞLU, s.228.
- ²⁷ İNCİROĞLU, s.229.
- ²⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.235.
- ²⁹ ISMMMO, İş ve Sosyal Güvenlik Komitesi, Uzaktan Çalışma Usul ve Yöntemleri, İstanbul, 2020, s.27.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ALP, Mustafa, Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Beta, İstanbul, 2011, s.795-851.
- ALP, Nihat Seyhun/KORKMAZ, Fahrettin, Bireysel İş Hukuku, Seçkin, Ankara, 2019.
- AYDINÖZ, Gonca, İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- BAYCIK, Gaye/DOĞAN, Sevil/DULAY YANGIN, Dilek/ YAY, Oğuzhan, COVID 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler, Çalışma ve Toplum, 2021/3, 1683-1727.
- DEMİR, Kübra, "Türk İş Hukukunda Uzaktan Çalışma Kapsamında İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Borcu", SÜHFD, C. 29, S. 3, 2021, s. 2501-2543.
- GÜMRÜKÇÜOĞLU BOZKURT, Yeliz, Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 29-30 Mayıs 2020, İstanbul, s.145-207.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku, Yenilenmiş 33. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

- DULAY YANGIN, Dilek, Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 1209-1237.
- DULAY YANGIN, Dilek, 6715 Sayılı Yasanın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi, Sicil, S. 36, 2016, 148-173.
- ERDAYI, A. Utku, İş Yeri Dışında Bir Esnek Çalışma Modeli Olarak Ev Eksenli Tele Çalışma: Beklentiler Ve Sorunlu Alanlar, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.22, S.41, s.1211-1246.
- GÜNAY, Arkin, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Evden Çalışma, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ISMMMO, İş ve Sosyal Güvenlik Komitesi, Uzaktan Çalışma Usul ve Yöntemleri. İstanbul, 2020.
- İNCİROĞLU, Lütfi, Çalışma Hayatında Esnek Çalışma Uygulamaları, Güncellenmiş 2. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2020.
- KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Legal Yayınevi, İstanbul, 2011.
- KARAGÖZ, Veli, İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.5, S.1, s.57-76.
- KOÇ, Yıldırım, Türk-İş Dergisi, Aralık 2000-Ocak 2001.
- ŞEN, Elif, Evde Hizmet Sözleşmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.5, S.10, s.475-505.
- TOPÇUOĞLU, Reyhan Atasü: "Küreselleşme ve Üretimin Esnekleşmesi Sürecinde Kadın Emegi", Türk Tabipleri Birliği Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2012, s. 3-10.
- YENİSEY, Kübra Doğan, İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 2006/4, s.63-81.
- YİĞİT, Burcu, Pandemi Döneminde Uzaktan ve Evden Çalışma, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C.8, S.4, 2021, s. 313-319.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10106475/1/Eworklife%20developing%20effective%20strategies%20for%20remote%20working%20during%20the%20COVID-19%20pandemic.pdf>
- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_759299.pdf

İŞ YERLERİNDE COVID-19 AŞI KARTI UYGULAMASININ İŞ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde ve tüm dünyada meydana gelen Covid-19 pandemisinin etkileri, pandeminin başlangıcından itibaren iki seneden fazla süre geçmesine rağmen hala devam etmektedir. Covid-19 virüsüne karşı bilim adamları tarafından geliştirilen aşının ülkemize gelerek, uygulanmaya başlaması da hukuken yeni tartışmalara sebebiyet vermiştir. Pandeminin etkilerini azaltmak ve nihayetinde sona erdirebilmek için aşı uygulamasının zorunlu hale getirilmesi bile tartışmalı iken; bazı işverenler, işyerlerinde zorunlu aşı uygulamasına gitmişlerdir. Bu yazımızda işyerlerinde aşı kartı uygulamasını iş hukuku açısından değerlendireceğiz.

Mevzuat Açısından İşçinin Sağlığının Korunması

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun ("İSGK") 4/1. maddesi gereği; işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Yine aynı Kanun'un 15/1. maddesi gereğince; işveren çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. İşçinin sağlığının ve güvenliğinin korunmasını emreden tek kanun İSGK değildir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 417/2. maddesi uyarınca da işverenlere işyerinde iş sağlığı ve



güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak yükümlülüğü getirilmiştir.

Bugün birçok işveren, işyerinde aşı kartı zorunluluğu uygulamasına yukarıda sayılan hükümlere dayandırmıştır. Buna karşın; Covid-19 aşısının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Zira T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından yapılması zorunlu olan aşılarda bulunan aşılarda; "difteri, boğmaca, tetanoz, çocuk felci, hepatit B, hepatit A, H. influenzae tip b, tüberküloz, kızamık, kabakulak, kızamıkçık, suçiçeği ve pnömokoktür (zatürre)" aşılı olup, Covid-19 aşısı hali hazırda bu kapsama alınmamıştır. Yine bununla birlikte; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17/2. maddesi; "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz;

rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklindedir. Bu nedenle de Covid-19 aşısını İSGK ya da TBK gereği zorunlu hale getirmenin, en üstün norm olan Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceğine dair tartışmaları meydana getireceği de kaçınılmazdır.

T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın İş Yerlerinde Covid-19 Tedbirleri Genelgesi

Yukarıda açıkladığımız mevzuatsal kargaşanın bir nebze olsun önüne geçebilmek adına 03.09.2021 tarihinde T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından “İşyerlerinde Covid-19 Tedbirleri” başlığı ile bir genelge yayınlanmıştır. Bakanlıkça yayınlanan genelgede; “işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik risklerine yönelik koruyucu ve önleyici tedbirler hakkında tüm işçilerini bilgilendirmekle yükümlü oldukları işverenlere hatırlatılmış, işverenlerin COVID-19 aşısı tamamlanmamış işçilerini yazılı olarak ayrıca bilgilendirmesi istenmiş ve en önemlisi de COVID-19 aşısı olmayan işçilerden 6 Eylül 2021 tarihi itibarıyla zorunlu olarak haftada bir kez PCR testi yaptırmalarının işyeri/işveren

tarafından istenebileceği, test sonuçları gerekli işlemler yapılmak üzere işyerinde kayıt altında tutulabileceği” ifade edilmiştir.

Bakanlık işbu genelgesiyle, iş yerlerinde zorunlu aşı kartı uygulamasında bulunmak isteyen işverenlere bunun bir nevi yolunu açmış ancak bir taraftan da aşı olmak istemeyenlere haftada bir kez PCR testi getirmesi koşuluyla aşı olma zorunluluğunun istisnasını tanımıştır. Zaten bakanlık, genelgede kullandığı dil itibarıyla “istenebilecek” ifadesini kullanarak; aşı olmayan işçilerden PCR testi istenmesini de işverenin takdirine bırakmıştır.

Aşı Olmayı Reddeden İşçinin Maruz Kalabileceği Yaptırımlar

Kamuoyunda en çok merak edilen hususlardan birisi de; zorunlu aşı kartı uygulaması bulunan bir iş yerinde çalışan işçinin bu uygulamayı reddetmesi halinde, herhangi bir yaptırımla karşılaşp karşılaşmayacağı ve karşılaşrsa bu yaptırımın ne olacağıdır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun (“İŞK”) 25/3. maddesi olan “İşçi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması” hükmü, işverene haklı fesih hakkı tanımaktadır. İş yerinde aşı kartı uygulaması zorunluluğu





bulunduğu takdirde; işçinin, aşı olmayı reddederek hastalığa yakalanması ve bunun sonucunda hastalık ve karantina sürecinin bir haftalık süreyi aşması halinde haklı nedenle fesih yoluna gidilebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bununla birlikte; İşK'nın 18/1. maddesi; "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." şeklindedir. İşverenin bu hükme dayanarak işçinin kıdem tazminatını da ödeyerek geçerli fesihle iş akdini sonlandırabileceği, yani zorunlu aşı kartı uygulamasının bulunduğu iş yerinde aşı yaptırmamanın geçerli fesih nedeni oluşturacağını savunan görüşler de bulunmaktadır. Zira işveren bu yetkisini Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın

genelgesine yani mevzuata dayandırmaktadır. Nihayet bu husustaki son görüş; işverenin bu hususa dayanarak işçinin iş akdini feshedemeyeceği, aşı yaptırmayan işçinin bu eyleminin ne geçerli ne de haklı bir sebep teşkil etmediği yönündedir.

Doktrindeki Görüşler ve İçtihatlar

Yukarıda da detaylı olarak paylaştığımız gibi doktrinde çok çeşitli ve farklı görüşler bulunmaktadır. Kimi hukukçular aşı kartı zorunluluğunun işverenin, işçinin sağlığını koruması için getirilmesinin hukuka uygun olduğunu düşünürken, kimi hukukçular bunun en üstün norm olan Anayasa'ya ve insan haklarına aykırı olduğunu savunmaktadır. Kimi için bu zorunluluğa karşı çıkan işçinin iş akdi feshedilebilirken, kimisi bu feshin haksız olduğunu savunmaktadır. Bu husustaki belirsizliğin en önemli sebeplerinden biri de çok yeni bir mesele olması sebebi ile yargıda

henüz bir içtihat birliği sağlanamamış olması ve pek fazla yargı kararı bulunmamasıdır. Bu hususta 23.02.2022 tarihli bir yerel mahkeme kararında özetle: “14.09.2021 tarihinde PCR testi zorunluluğunun işçilere duyurulduğu, işçinin tüm bilgilendirmelere rağmen dört hafta boyunca PCR testi ve aşı kartını getirmedeği, bu durumun iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturduğu, Çalışma Bakanlığı ve şirket talimatlarına uyulmadığı ve bu nedenle işçinin iş akdinin İŞK madde 25 kapsamında feshedildiği olayda; işverenin gerek çalışanları gerekse müşterilerinin sağlığı açısından bu şekilde önlem aldığına değerlendirildiği, ancak işçiye bu süreçte yıllık izin kullanımı, ücretsiz izin vs. gibi teklifler yapılmadığı, dolayısıyla feshin son çare olması ilkesine uyulmadığı ve bu nedenle feshin geçersizliğine ve işçinin işe iadesine karar verilmiştir.” denilmektedir. Kararda da açıkça görüleceği üzere yerel mahkeme işçinin PCR testi getirmemesini ve aşı olmayı reddetmesini aslında geçerli

bir sebep olarak görmüş ancak feshin son çare olması ilkesinin uygulanmaması, yani fesihten önce başka çözümler aramamış olunmasını geçersizlik sebebi olarak kabul etmiştir. Elbette yerel mahkeme kararı içtihat oluşumu için yeterli değildir ve diğer mahkemeler için bağlayıcı olmayacaktır. Bu hususta Yargıtay kararları oluştuğunda hem yargıdaki hem de uygulamadaki belirsizlikler de azalarak nihayetinde sona erecektir.

Sonuç

Görüldüğü üzere; hem yargıda hem de uygulamada, işyerinde zorunlu aşı kartı uygulamasında henüz bir birlik sağlanamamıştır. Mevcut durumda aşı kartı uygulamasını seçen işverenler, mevzuata dayanarak iş yerlerinde aşı kartı uygulamasını zorunlu tutmakta, bu uygulamayı reddeden işçiler ise aksi görüşlere dayanarak yargı yoluna başvurmaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi; bu husustaki belirsizlik içtihatlar çoğaldıkça sona ermeye başlayacaktır.

KAYNAKÇA

- 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
- 4857 Sayılı İş Kanunu
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi
- T.C. Sağlık Bakanlığı Resmi İnternet Sitesi

7343 SAYILI İCRA VE İFLAS KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN'UN ÇOCUK TESLİMİ, ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA VE VELAYETİN DEĞİŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

1. Giriş

24.11.2021 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ("TBMM") kabul edilen ve 30 Kasım 2021 tarihinde 31675 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ("Kanun") ile çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması ve velayetin değiştirilmesi hususlarına ilişkin Türk Hukuku'na birçok yenilik getirilmiştir. Getirilen yenilikler ile çocuğun üstün yararı gözetilerek uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin eski sistem; halk arasında "çocuk haczi" olarak da bilinmekteydi ve bu sistem 2004 sayılı İcra İflas Kanunu ("İİK") m. 25'te çocuk teslimi düzenlemesini içeren hükümde İİK m. 24'te öngörülen "taşınır teslimi" hükmüne atıf yapılması bakımından çocuğun taşınır bir eşya yerine konması dolayısıyla gerek medyada gerek doktrinde eleştirilmekteydi.

Bu nedenle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair hususlar artık İİK'de değil çok daha detaylı bir şekilde Çocuk Koruma Kanunu'nda düzenlenmektedir. Ayrıca Kanun ile getirilen yeniliklerden bir diğeri de doktrinde kabul edilen ancak mevzuatta açıkça hükme bağlanmamış olan çocukla kişisel ilişki kurulmasının gereklilikleri yerine getirilmediği takdirde velayetin değiştirilebileceği hususunun artık Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenecek olmasıdır.

2. Kanun ile İcra İflas Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu Kapsamında Getirilen Yenilikler

Halk arasında çocuk haczi olarak da bilinen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nda ("İİK") düzenlenen "Çocuk teslimi" başlıklı 25.madde, "Çocukla şahsi münasebetin tesisine dair ilamların icrası"



başlıklı 25/a maddesi ve "Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında uzman bulundurulması" başlıklı 25/b maddeleri yürürlükten kaldırılarak ilgili konu hakkında, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda ("ÇKK") yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bir diğer deyişle bu hususlar artık İİK'de değil ÇÇK'de düzenlenmektedir. Bu yenilikler ile sosyal devlet ilkesine uygun olarak ve çocuğun menfaatleri birinci planda tutularak hak sahibinden harç alınmaksızın, yeni ihtilafların çıkmasını engelleyecek bir biçimde çocuğun ebeveynleriyle kişisel ilişki kurma hakkının tesis edilmesi hedeflenmektedir.

Öncelikle ÇKK'ye eklenen ilk madde çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair yetkili ve görevli birime ilişkindir; ÇKK 41/A maddesine göre artık çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilam veya tedbir kararları icra daireleri tarafından değil Adalet Bakanlığınca kurulan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerince ("Müdürlük") belirlenen

teslim mekanlarında yerine getirilecektir ve yerine getirilmesinde çocuğun yerleşim yeri Müdürlüğü yetkili kılınmıştır. Çocuğun menfaatlerini korumak üzere; Müdürlüklerde pedagog, psikolog ve sosyal çalışmacılar görev almaya başlayacaktır.

ÇKK 41/B maddesinde çocuk teslimine ve 41/C maddesinde ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi usulü düzenlenmektedir. ÇKK madde 41/B'de düzenlenen usul özetle şu şekildedir; çocuk teslimine dair karar yükümlüsü tarafından rızasıyla yerine getirilmediği takdirde hak sahibi, ilam veya tedbir kararının yerine getirilmesi için Müdürlüğe başvurabilecektir. Müdürlük bu başvuru üzerine öncelikle her türlü iletişim aracıyla yükümlüyle irtibata geçer ve Müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte hak sahibine teslim edilmek üzere çocuğun belirlenen yere getirilmesini bildirir. Bu bildirim üzerine bildirimin yapıp yapılamadığına dair bir tutanak hazırlanır. Eğer yükümlüyle irtibat kurulamadığı için bildirim yapılamamışsa;

kendine bildirim yapılabilmesine rağmen yükümlü çocuğu teslim etmeyeceğini bildirmişse veya çocuğu belirlenen zamanda belirlenen yere getirmemişse kendisine bir teslim emri tebliğ edilir. Bu teslim emri özetle; yükümlünün çocuğu Müdürlük tarafından belirlenen zamanda emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu, haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce Müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun Müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği, çocuğu getirmez veya Müdürlükçe alınmasını talep etmezse çocuğun uzman veya öğretmen marifetiyle gerekmesi halinde kolluktan yardım alınarak ve zor kullanılarak teslim alınacağı, emre muhalefet etmesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan Müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyetle bulunabileceği gibi hususları içermektedir.

Görüldüğü üzere; çocuk nerede bulunuyorsa oraya gidilerek icra dairesince çocuğun alınması yolundan vazgeçilmiştir, teslim yeri artık Müdürlük tarafından belirlenecektir. Müdürlükçe alınan çocuk hak sahibine teslim edilir. Çocuk hak sahibine teslim edildikten sonra yükümlü haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca yeni bir hükme veya yükümlüyle irtibata geçmeye ya da teslim emri tebliğine gerek olmaksızın çocuk Müdürlükçe gerekirse kolluk yardımıyla hak sahibine teslim edilir. Çocuğun üstün yararının gerektirdiği hâllerde ise Müdürlük, yükümlüyle irtibata geçmeye veya teslim emri tebliğine gerek olmaksızın doğrudan gerekirse kolluk

yardımla çocuğu hak sahibine teslim eder. ÇKK 41/C maddesinde düzenlenen usule göre ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar yükümlüsü tarafından rızasıyla yerine getirilmediği takdirde hak sahibi, ilam veya tedbir kararının yerine getirilmesi için Müdürlüğe başvurabilir. Müdürlük bunun üzerine yükümlüye bildirimde bulunur, bildirimin yükümlüye ulaşmaması veya yükümlünün bildirimde rağmen çocuğu sahibine teslim etmemesi halinde Müdürlük yükümlüye çeşitli ihtarları içeren bir teslim emri gönderir. Teslim emrinin tebliğinden sonra yükümlü en az bir yıl boyunca emrin gereğini eksiksiz şekilde yerine getirir ve devam eden dönemde de kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararına uygun olarak hareket edeceğini taahhüt ederse Müdürlük, ilgili uzmanın fikrini de alarak teslim emrinin hükümsüz hâle gelmesine karar verebilir. Belirtmek gerekir ki çocuk teslimini düzenleyen ÇKK m. 41/B hükmünde yükümlünün çocuğu teslim etmemesi hâlinde zor kullanılabileceği



düzenlenmişse de 41/C hükmünde buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuk teslimine ilişkin ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmemesi hâlinde kolluk yardımıyla veya zorla yerine getirilmesi mümkünken çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Kanun ile ÇKK' ye eklenen "teslim mekânları" başlıklı 41/D maddesi ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi kapsamındaki işlemlerin Müdürlük tarafından belirlenen teslim mekânlarında gerçekleştirileceği, Müdürlüğün talebi üzerine valilikler ile belediyelerin buna elverişli yerleri belirleyeceği, böyle yerler mevcut değilse oluşturulmasını sağlayacağı, araç ve sürücü tahsis edeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu mekanların güvenliğinde ve tesisinde kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler, Müdürlüğe her türlü desteği sağlamakla yükümlüdür.

ÇKK'ye eklenen ve sisteme getirilen yeniliklerden bir diğeri de, ÇKK 41/E maddesine göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin Müdürlükçe yapılan işlem ve verilen kararlara karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan Müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyetle bulunulabiliceğidir. Mahkeme, yapılmakta olan işlemlerin yerine getirilmesini durdurabilir ve dosya üzerinden ya da gerektiğinde ilgilileri dinlemek suretiyle ivedilikle karar



verir. Bu karara karşı itiraz yolu açık olup itiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

ÇKK madde 41/F'de düzenlenen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefetin disiplin hapsiyle cezalandırılacağı hususu da Kanun ile hükme bağlanmış bir yeniliktir. Görüldüğü üzere eskiden İLK madde 341'de düzenlenen tazyik hapsi yaptırımını yerini disiplin hapsine bırakmıştır.¹ Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenlerin şikâyet edilmesi için azami süre bir ay olarak belirlenmiştir.

Uygulamaya ilişkin getirilen bir diğer yeni düzenleme ise ilga edilen İLK hükümleri kapsamında yer almayan başka bir düzenleme olan içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi hususlarına ilişkindir. ÇKK'ye

eklenen 41/G maddesine göre çocuğun uzman veya öğretmen tarafından yükümlüden ya da hak sahibinden teslim alındığı veya diğerine teslim edildiği sırada kayda alınan ses veya görüntülerin internet ortamında yayınlanması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda ilgililer, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun uyarınca içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesini isteyebilir.

ÇKK'ye eklenen ve çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin esasları düzenleyen son madde olan 41/H maddesiyle eski uygulamada sorun yaratan masraflar konusuna çözüm getirilmeye çalışılmıştır. Maddeye göre çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine dair yapılacak iş ve işlemler tüm harçlardan istisna tutulmuştur. Ayrıca avukatlık ücreti hariç tüm masrafların Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

3. Kanun ile Türk Medeni Kanunu Kapsamında Getirilen Yenilikler

Kanun ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na ("TMK") getirilen yenilikler çocukla kişisel ilişki kurulmasının gerekliliklerinin yerine getirilmediği takdirde velayetin değiştirilebileceği ile ilgili hususlara ilişkindir. Böylece çocukla kişisel ilişki kurulmasının gereklilikleri TMK ile de güvence altına alınmıştır.

Kanun ile TMK'nin 182. maddesine "Mahkeme,

kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder." hükmü ve 324. maddesine "Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmezse çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir." hükmü eklenmiştir. Açıklandığı üzere



bu yenilikler ile çocuğun menfaatlerine öncelik verilerek velayet hakkı sahibinin bu hakkı kötüye kullanmaması ve kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerine uyması temin edilerek uygulamada yaşanan sorunların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

4. Geçiş Hükümleri

Kanun'un 44. maddesinin birinci fıkrasına göre yeni hükümlerin uygulanmasına ilişkin

yönetmelik Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde çıkarılacaktır ve yeni sistem tüm ülkede eş zamanlı olarak uygulanmaya başlanmayacaktır. Öncelikle Adalet Bakanlığınca belirlenen il veya ilçelerde yeni hükümlerin uygulanmasına başlanacak ve yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulamaya geçilecektir. Nitekim Adalet Bakanlığının 09.12.2021 tarihli duyurusunda yeni uygulamanın 2022 yılı



itibarıyla pilot adliyelerde başlayacağı ve bu yerlerin yakında ilan edileceği belirtilmiştir.² Örneğin, Ankara Batı Adliyesinde Müdürlük bünyesinde bir çocuk teslimi odası kurularak tanıtılmıştır;³ Kırıkkale'de ise Gençlik Merkezi binası içinde bir Çocuk Görüşme Merkezi düzenlenmiş olup, 04/04/2022 tarihi itibarıyla faaliyete geçmiştir.⁴ Söz konusu hükümlerden anlaşıldığı üzere 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yürürlükten

kaldırılan İİK 25, 25/a, 25/b uygulama alanının kalmaması en geç bir buçuk yıl sonra söz gerçekleşecektir. Ancak Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren derdest dosyalar dışında İİK 341 maddesi artık uygulanmayacaktır. Çünkü beşinci fıkra uyarınca, yeni hükümlerin yürürlüğe girmesinden itibaren gerek Müdürlükler gerek icra dairelerinde görülen işlerde emirlere muhalefet hallerinde ÇKK 41/F maddesi uygulanacaktır. ÇKK'nin yeni hükümlerinin uygulanmaya başlandığı il ve ilçelerde, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasına ilişkin derdest takip dosyaları, icra dairesince resen işleminden kaldırılır. Ancak çocuğun, bu tarih itibarıyla kişisel ilişki kurulması kapsamında hak sahibinde bulunduğu hâller bakımından dosya, çocuğun yükümlüye teslim edilmesinden sonra işleminden kaldırılır.

5. Sonuç

Kanun ile getirilen yeniliklerin çocuğun çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması ile ilgili süreçlerden olumsuz etkilenmemesi adına hassasiyetle ve özenle oluşturulduğu açıktır. Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararları arasında bir fark olmadığı görülmektedir. Eski sistemde yalnızca ilamların icrasını düzenlenmekte, tedbir kararlarının icrasına ilişkin ayrıca bir hüküm bulunmamaktaydı. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar icra dairelerince zorla yerine getirilmekte hak sahipleri masrafları karşılamak konusunda maddi açıdan zorlanabilmekteydi. Ekonomik anlamda imkanları kısıtlı olan ebeveynler ve çocuk açısından bu durum manevi anlamda

sorun yaratma potansiyeli taşımaktaydı. Ayrıca çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleyen velayet hakkı sahibine uygulanacak velayetin değiştirilmesi yaptırım doktrinde kabul edilse de açıkça hükme bağlanmış değildi. Özetle eski uygulamadaki düzenlemeler zaman zaman uygulamada sorunlara yol açmakta ve çocuğun menfaatlerinin gözetilmesinde yetersiz kalmaktaydı ve çocuklar bu süreçten fiziksel ve ruhsal anlamda olumsuz etkilenebilmekteydi.

Kanaatimizce her ne kadar Kanun ile getirilen değişiklikler ve özellikle ÇÇK'ye eklenen

yeni hükümler çocuk hakları ve icra hukuku bakımından Türk Hukuk Öğretisi adına bir reform niteliği taşısa da özellikle çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uygulamalar teoride umut verici olmakla birlikte, yapılan değişikliklerin uygulamada bir fark yaratacağı şüpheli olup zor kullanmanın gerçekten son çare olarak kabul edilmemesi, uygulamaların Türkiye genelinde eş zamanlı şekilde hayata geçirilmeyecek olması gibi hususlar tartışmaya açıktır.

DİPNOT

- 1 Mardin, Çağrı (2021). Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler, <https://law.khas.edu.tr/tr/cocuk-teslimi-ve-kisisel-iliski-cocuk-koruma-kanununun-yeni-hukumleri-hakkinda-ilk-tespitler> (17 Aralık)
- 2 Mardin, Çağrı (2021). Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler, <https://law.khas.edu.tr/tr/cocuk-teslimi-ve-kisisel-iliski-cocuk-koruma-kanununun-yeni-hukumleri-hakkinda-ilk-tespitler> (17 Aralık 2021)
- 3 Mardin, Çağrı (2021). Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler, <https://law.khas.edu.tr/tr/cocuk-teslimi-ve-kisisel-iliski-cocuk-koruma-kanununun-yeni-hukumleri-hakkinda-ilk-tespitler> (17 Aralık 2021)
- 4 Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Tesisine İlişkin İşlemlerin Yerine Getirilmesinde Yeni Bir Usul, https://kirikkale.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-tesisine-iliskin-islemlerin-yerine-getirilmesinde-yeni-bir-u_61440 (4 Nisan 2022)

KAYNAKÇA

- İcra İflas Kanunu (1932), T.C Resmi Gazete, 2004, 9 Haziran 1932
- Çocuk Koruma Kanunu (2005), T.C Resmi Gazete, 5395, 3 Temmuz 2005
- İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (2021), 7343, T.C Resmi Gazete, 30 Kasım 2021
- İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2 Kasım 2021)
- Mardin, Çağrı (2021). Çocuk Teslimi ve Kişisel İlişki: Çocuk Koruma Kanunu'nun Yeni Hükümleri Hakkında İlk Tespitler, <https://law.khas.edu.tr/tr/cocuk-teslimi-ve-kisisel-iliski-cocuk-koruma-kanununun-yeni-hukumleri-hakkinda-ilk-tespitler> (17 Aralık 2021)
- Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Tesisine İlişkin İşlemlerin Yerine Getirilmesinde Yeni Bir Usul, https://kirikkale.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-ve-cocukla-kisisel-iliski-tesisine-iliskin-islemlerin-yerine-getirilmesinde-yeni-bir-u_61440 (4 Nisan 2022)

TİCARİ DAVALARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK MİLLETLERARASI YETKİ İTİRAZI SORUNU

Dünyamızdaki sosyal ve ekonomik büyüme, gelişim ve değişimler beraberinde birçok çeşitli hukuki ilişki ve problemi getirmekte olup; bu durumun yansıması olarak, çözüm için yargı önüne gelen hukuki uyuşmazlıklar da artmaktadır. Artan hukuki uyuşmazlıklar, yargı sisteminde büyük bir yük oluşturmakta ve hukuki uyuşmazlığın tarafları açısından da zaman ve para kaybına sebebiyet vermektedir.

Gelişen ve her şeyin hızlı değiştiği günümüz dünyasında; yargı sistemi ağır kalmakta hatta bazı zamanlar hakkını kazanan taraf dahi sonuçtan memnun kalmamaktadır. Şüphesiz hukuk sisteminin asıl amacı, uyuşmazlıklara süratle ve adalete uygun şekilde kalıcı çözüm sağlanması ile yeni ihtilafların doğmasının önlenmesidir. Bu bağlamda; uyuşmazlıkların çözüm yoluna alternatif bir yol olarak "Arabuluculuk" sistemi geliştirilmiş ve uygulanmaya başlanmıştır.

Ülkemizde arabuluculuk, Türk hukuk sistemine 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ve birincil mevzuata ek olarak Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 26.01.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla uygulanmaya başlamıştır.



Arabuluculuk ülkemizde öncelikle "ihtiyari" olarak başlamış ise de ilerleyen zaman içerisinde, 25.10.2017 tarihinde 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile önce iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir. Daha sonra 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi ile ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında; "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde uygulanır." denilmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk dava şartının, yabancılık unsuru taşıyan ticari uyuşmazlıklarda da uygulanacağı açıktır.

Yabancılık unsuru taşıyan ticari bir uyuşmazlıkta, dava şartı arabuluculuk müessesine başvurulduğunda; karşı tarafın milletlerarası yetki itirazında bulunması halinde, bu yetki itirazının nasıl değerlendirileceği sorun olarak karşımıza çıkmakta olup; bu konuda, hukuki tavsiye niteliği olmaksızın görüş ve değerlendirmelerimiz paylaşılmaktadır.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 8. fıkrasında; "Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden yapacağı inceleme sonunda en geç bir hafta içinde yetkili büroyu kesin olarak karara bağlar ve dosyayı büroya iade eder." denilmekte olup, bu madde ile arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz hakkı ve itirazın hangi süreler içerisinde kim tarafından nasıl sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu maddeye göre; karşı tarafın arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz hakkı bulunduğu açıktır, ancak taraflar arasında akdedilen sözleşmede yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılınması nedeniyle karşı tarafın arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin milletlerarası yetki itirazında bulunulması halinde bu itirazın nasıl değerlendirileceği konusu gündeme gelmektedir.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 47. maddesinin 1. fıkrasında; "Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür." denilmektedir.



Bu bağlamda; Türk mahkemelerinde açılacak bir davada milletlerarası yetki itirazı, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 116. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ilk itiraz olarak ve 117. maddenin 1. fıkrası uyarınca cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekmekte olup; aksi takdirde Türk mahkemelerinin yetkisi kesinleşmektedir. Görüleceği üzere; milletlerarası yetki itirazına ilişkin düzenlemeler yargılama süreci ile mahkeme huzurunda açılan dava sürecine ilişkindir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; "Arabuluculuk: Sistemik 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 yöntemini," ifadeleri ile arabuluculuk tanımlanmıştır.

En genel ve basit anlatımla; arabuluculuk, bir yargılama ya da yargı yolu olmayıp, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve kamu düzeninden sayılmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Bu bağlamda; arabuluculuk bürosunun yetkisine dair karşı tarafın öne sürebileceği milletlerarası yetki itirazına yer bulunamadığı düşünülmektedir.

Keza; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin "Dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru" başlıklı 23. maddesinin 1. fıkrasında; "Başvuru karşı tarafın, karşı taraf birden fazla ise bunlardan birinin yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk bürosuna, adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne yapılır. Adliye arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde, büronun görevini, görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü yerine getirir." denilmektedir.

Yine aynı Yönetmeliğin 24. maddesinin 4. fıkrasında; "Arabulucu, görevlendirmeyi yapan adliye arabuluculuk bürosunun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı taraf en geç ilk toplantıda, yerleşim yeri ve işin yapıldığı yere ilişkin belgelerini sunmak suretiyle adliye arabuluculuk





bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhal ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere adliye arabuluculuk bürosuna teslim eder. Mahkeme, harç alınmaksızın dosya üzerinden ivedilikle yapacağı inceleme sonunda yetkili adliye arabuluculuk bürosunu belirleyip kesin olarak karara bağlar ve dosyayı adliye arabuluculuk bürosuna iade eder. Yetki itirazına ilişkin inceleme yapılırken mahkemece atamayı yapan büro değil görevlendirilen arabulucunun listesinde kayıtlı bulunduğu komisyon dikkate alınır." denilmektedir.

Arbuluculuk bürosunun yetkisi açısından; yetkili yerin, karşı tarafın yerleşim yerindeki veya işin yapıldığı yerdeki adliye arabuluculuk büroları olduğu belirlenmiş ve yetki itirazı halinde, ilgili sulh hukuk mahkemesince ivedilikle incelemenin yapılarak yetkili adliye arabuluculuk bürosunu belirlenip kesin olarak karara bağlanması zorunluluğu getirilmiştir.

Bu hükümlerden kanun koyucunun amacının,

arbuluculuk yetkisine ilişkin incelemenin yerleşim yeri veya işin yapıldığı yer bakımından sınırlı yapılması ve arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesi için yetkili arabuluculuk bürosunun kesin olarak belirlenmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

Özellikle 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinin 8. fıkrası ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 24. maddesinin 4. fıkrası ile getirilen "yetkili arabuluculuk bürosunun belirlenip kesin olarak karara bağlanması" zorunluluğu, esasen arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin milletlerarası yetki itirazında bulunulmasına dair açık bir engel oluşturmaktadır.

Zira taraflar arasında akdedilen sözleşme ile yabancı devlet mahkemeleri yetkili kılınsa dahi; milletlerarası yetki itirazı ancak ve ancak yargılama sürecinde mahkeme huzurunda açılan davada sınırlı şartlar dahilinde -sadece cevap dilekçesi ile birlikte ilk itiraz olarak-

öne sürülebilecek olup; bir yargısal faaliyet olmayan, tamamen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk faaliyetinde, yetki itirazı incelemesi sonucu yetkili arabuluculuk bürosunun belirlenmesi zorunluluğu dikkate alındığında; milletlerarası yetki itirazına konu olan yabancı ülke mahkemelerinin bulunduğu yer arabuluculuk bürosu olarak belirlenip tayin edilemeyeceğinden arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin milletlerarası yetki itirazının dinlenemeyeceğinin açıkça ortaya çıktığı düşünülmektedir.

Aksinin düşünülmesi ve milletlerarası yetki itirazının kabulü ile arabuluculuk bürosunun yetkisinin ortadan kaldırılması halinde; dava şartının yerine getirilmesi engellenmiş olacaktır. Bu husus, "...arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" ibaresinin incelenmesine ilişkin 11.12.2018 tarihli 30622 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 11.07.2018 tarihli, 2017/178 E. ve 2018/82 K. sayılı kararında; Anayasa Mahkemesi'nin belirlediği ölçüt olan "hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlama niteliğinde hakkın özüne dokunan" bir durum oluşturacak ve anayasal bir hak olan "hak arama hürriyeti"nin engellenmesine sebebiyet verecektir.

Yukarıda izah edildiği üzere gerek kanun ve yönetmelik düzenlemelerine göre gerek anayasal haklar açısından; arabuluculuk bürosunun yetkisine dair milletlerarası yetki itirazının dinlenemez olduğu bize göre açıktır.

Ancak bu hususta özellikle uygulamada; taraflar arasındaki sözleşmelerde yabancı devlet mahkemelerinin yetkili kılındığından bahisle sulh hukuk mahkemelerince hatalı ve hatta -milletlerarası yetki itirazının ancak açılacak davada ilk itiraz olarak öne sürülmesi halinde esas mahkemesince değerlendirilebileceği göz önüne alındığında- görev ve yetkisini aşan değerlendirmeler yapılabilmekte olup; arabuluculuk bürosunun yetkisine ilişkin milletlerarası yetki itirazına dair hatalı değerlendirme ve yorumların önüne geçecek özel bir düzenleme getirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

AŞI REDDİNİN CEZAI YAPTIRIMI

GİRİŞ

Aşılama zayıflatılmış virüs ya da bakterilerin ya da bunların antijenik parçalarının vücuda verilerek yapay bağışıklık elde edilmesidir. Bu sayede bulaşıcı hastalıklar başta olmak üzere morbiditesi ve mortalitesi yüksek olan hastalıkların engellenmesi ya da zarar verme oranının azaltılması amaçlanmıştır.¹ Dolayısıyla aşılama programları bulaşıcı hastalıkları engelleme ve ortadan kaldırma, hastalıkların morbidite ve mortalitesini azaltma, sağlıklı toplum gelişimi için maliyet etkin en iyi yöntemlerden biri olarak gösterilir.² Sağlık alanındaki faaliyetlerin gelişen teknoloji ile doğru orantıda gelişme kaydetmesi üzerine bir çok hastalıkla başa çıkabilmek adına toplumsal bağışıklık kazanabilmek için aşılamaların artması ve bazı aşılamaların Devletlerin sağlık politikaları doğrultusunda zorunlu tutulması durumu ortaya çıkmıştır. Zaman zaman devlet yönetimleri tarafından, vatandaşlarına zorunlu aşılamaya karşı gelerek aşı yaptırmayan kişilere karşı cezai yaptırımların uygulandığı görülmektedir.

Ülkemizde 2007 yılı itibari ile her bir antijen için aşılama oranları %95'in üzerine çıkmıştır. 2007'den önceki dönemlerde ise zorunlu aşılama uygulamasına rağmen aşılama oranları %75 civarındaydı. Bunun nedenleri arasında coğrafi konum ve iklim şartları, kayıt tutma sistemindeki yetersizlikler, kanun kaynaklı tedbirlerin ve sağlık sunanlar için olumsuz mali teşviklerin olmaması sayılabilir.³ Yani aşı reddi değil aşıya erişimde güçlükler

vardı. Bununla birlikte aşılama oranlarının artmasında çeşitli devlet politikaları etkili oldu. Ancak dünyada 1990'lı yıllarda, ülkemizde de 2010 yılından itibaren 'aşı reddi' kavramı ortaya çıkmıştır. Aslında bu kavramın temeli 1850'li yıllara, İngiltere'ye dayanmaktadır.⁴ 1853'te İngiltere'de olan çiçek salgınında devlet halkı o zamanın şartları gereği detaylı bilgilendirme yapmaksızın zorunlu aşı yaptırmış ve reddetmek isteyenlere hapis cezaları ve ağır cezalar uygulamıştır.⁵

1- AŞI OLMAMANIN CEZAI YAPTIRIMININ TÜRK ANAYASASINDAKİ YERİ

Sağlık alanındaki temel hakların Anayasa'daki temeli, yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi hakkıdır. Bu kapsamıyla sağlık hakkı, Anayasa'da bağımsız bir madde olarak ayrıntılı biçimde düzenlenmiş değildir.⁶

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru üzerine verdiği kararlarda ise cezai yaptırımın var olmasının da çok ötesinde kararlar vererek aşının zorunlu tutulmasını dahi reddetmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinde de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte kanun ile düzenleme hükmüne yer verilmiş olup bu kapsamda yapılan müdahalelerin meşruluğunun denetlenmesinde, Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerinin



dikkate alınması zorunludur.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." ⁷

Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasada yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence

ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (Sevim Akat Eşki, § 35).

Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (Sevim Akat Eşki, § 36).

Anayasa Mahkemesinin zorunlu aşı hakkında ilgili kararlarında yasal dayanaktan yoksunluk ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Sonuç olarak Türk Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, yasal dayanaktan yoksun olduğu temel gerekçesiyle aşırı zorlamanın bireysel hak ihlali olduğuna hükmetmiştir. O halde Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de aradığı temel koşul olan yasal dayanağın Türk hukuk düzeninde bulunmadığı kanaatindedir.

2- DÜNYA ÜZERİNDE AŞI OLMAMANIN CEZAI YAPTIRIMI

COVID-19 virüsünün tüm dünyayı etkisi altına almasından sonra çeşitli çözümler üretilmeye çalışıldıkça virüsün de farklı türevler halinde yeniden ortaya çıktı. Omicron varyantının da dünyada baskın haline gelmesinin ardından Avusturya, Şubat ayında COVID-19



aşısını tüm yetişkinler için zorunlu hale getirdi. 4 Şubat itibariyle yürürlüğe giren yasal düzenleme uyarınca, aşı yaptırmayanların çeşitli para cezalarına tabi tutulmasına karar verildi. Aşı muafiyeti ise sadece hamile kadınlar, sağlık durumu aşıya el vermeyenler ve COVID-19 hastalığını yeni atlatanlarla sınırlı tutuldu.

Avusturya'nın yanı sıra Ekvator, Endonezya, Mikronezya, Tacikistan ve Türkmenistan'da aşı yetişkinler için zorunlu olarak yapılmaktadır. Ancak ilk kez bir Batı demokrasisinin COVID-19 aşısını mecburi hale getirmiş oldu. Ayrıca zorunlu aşıya karşıt görüşü savunanlar da bulunmaktadır. FPÖ Genel Başkanı Herbert Kickl, aşı zorunluluğunun uygulanmak istenmesinin kendisini hayal kırıklığına uğrattığını belirtmiştir, düzenlemeyi "totaliter anlayışa zemin hazırlayan bir adım" olarak yorumlar. Kickl aşı zorunluluğunu "sağlık komünizmi" olarak niteler.⁸

Çocuklar için zorunlu aşı konusunda Avrupa kamuoyunda da yoğun bir tartışma sürmektedir.⁹ Nitekim Alman Federal Meclisi, 14 Kasım günü çocuklara kızamık aşısını zorunlu

hale getiren yasayı kabul etmiştir. Bu Kanun'a göre tüm çocuklar, bir yaşından itibaren Aşı Komisyonunun öngördüğü kızamık aşılarını yaptırmak zorunda olacaktır. Yasa, 2500 Euro idari para cezası getirdiği gibi Mart 2020'den itibaren ebeveynlerin kreş ya da okula gönderebilmesi için çocuklarının kızamık aşısı olduğunu kanıtlamak zorunluluğunu da getirmiştir.¹⁰ Kanun'a, Meclis'te karşı oy veren tek parti, aşırı sağ parti (AfD) olmuştur.

Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata

saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir.¹¹

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aşının zorunluluğu ile ilgili verdiği içtihatlarında özet olarak; zorunlu aşılanmanın, yasayla ve bulaşıcı bir hastalığın yayılmasını önlemek suretiyle halk sağlığını korumak gibi meşru bir amaçla yapıldığını belirtmiştir. Kişilerin kendi menfaatlerini zedeleyen ve yaşamını tehlikeye atmayan bir zorunlu aşı politikası, devletin ilgili konuda takdir yetkisini aşmamakta ve demokratik bir toplumda gereklilik şartını ihlal etmemektedir. Görüldüğü şekliyle;

kanunilik şartını sağladığı tespit edilen zorunlu aşılama müdahaleleri açısından, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaati karşısında kamu sağlığının korunması menfaatine üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedilmektedir. Mahkeme'nin özellikle üzerinde durduğu zorunlu aşının "ilgili kişinin hayatı bakımından tehlike yaratmaması", "zorunlu aşılanmanın birey üzerindeki yükünün, aşısız toplum üzerindeki yükten daha hafif olması" hususları ayrıca önem taşımaktadır.

DİPNOT

¹ Kutlu R. Çocukluk Çağı Aşıları Childhood Vaccinations. Türkiye Klinikleri J Fam Med-Special Topics 2017;8(5):311-8

² <http://millipediatri.org.tr/Uploads/EditorImages/files/asilama.pdf> Ülkemizde Güncel Aşılama. Erişim tarihi 23 02 2018.

³ WHO, UNICEF, World Bank. State of the World's Vaccines And Immunization, 3rd Ed. Geneva, World Health Organization, 2009.

⁴ Topaç O. Ülkemizde Aşı Uygulamaları Genişletilmiş Bağışıklama Programı 23-25 EKİM 2017 6. Puader Kongresi / ANTALYA http://www.puader2017.com/webkontrol/uploads/files/1_Osman%20TOPA%C3%87.pdf

⁵ Boom, Julie A., Cunningham, Rachel M. Understanding and Managing Vaccine Concerns. 2014, VI. 5 illus. 3 illusin color. Softcover. <http://www.springer.com/gp/book/9783319075624>

⁶ Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir." denilmekte, üçüncü fıkrasında ise "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler." hükmüne yer verilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Madde'nin ilk fıkrasından "Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünü" de çıkarmaktadır, E. 2006/99, K. 2009/9, Kt. 15.1.2009. Aynı yönde bkz. E. 1985/11, K. 1986/29, Kt. 11.12.1986.

⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Karar Halime Sare Aysal Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/1789) Karar Tarihi: 11/11/2015 R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572

⁸ <https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/avusturya-zorunlu-asi-yasasini-meclisten-geciren-ilk-avrupa-ulkesi-oldu-1901749>

⁹ Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-43838186>. Örneğin Fransa Anayasa Konseyi, çocuklarını aşılatmak istemeyen ailenin, 'aşı zorunluluğunun anayasaya aykırı olduğu' iddiasıyla yaptığı başvuruyu reddetmiştir, <https://www.dw.com/tr/fransada-asi-zorunluluguna-devam/a-18330962>. ABD'nin New York eyaletinde ise kızamık salgınının ardından çocukların aşılarından dini gerekçelerle muaf tutulmasını engelleyen yasa kabul edilmiştir, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-47715579>

¹⁰ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/impfpflicht.html>. İtalya'da aynı yöndeki düzenleme için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-40755630>; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-39984999>.

¹¹ (Boffa ve diğerleri/San Marino, B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; Solomakhin/Ukrayna, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38).

TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ



Ceza yargılaması kapsamında pek çok koruma tedbiri bulunmakla birlikte bu koruma tedbirlerinden birisi de Ceza Muhakemesi Kanunu ("CMK" veya "Kanun") madde 135'te yer alan iletişimin denetlenmesidir. İlgili maddeler CMK m.135 ila 138 arasında yer almaktadır. Ceza yargılaması kapsamında gerekli görüldüğü takdirde, şüpheli veya sanık için iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir. Bu koruma tedbiri önem arz eden bir tedbir olmakla birlikte, kişisel alana oldukça dahil olunması sebebi ile dikkatle uygulanması gereken bir tedbirdir. Kimi yazarlar bu koruma tedbirini, delile ulaşmada bir araştırma vasıtası olarak değerlendirmektedir.

Telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenme amacı; bir suçun önlemek olabileceği

gibi işlenmiş bir suç kapsamında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma sırasında delil elde etmek de olabilir. Önleme amacı ile yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen kayıtlar ancak kendi kanunlarında belirtilen amaçlar için kullanılabilir ve bu içerikler soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacaktır.

Bu koruma tedbirinde; kuvvetli şüphe ve başka suretle delil elde edilme imkanı olmaması hususları önem arz etmektedir. İletişimin denetlenmesi kararı hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakim onayına sunar. Hakim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine

karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Kanunda bahsi geçen hakim, sulh ceza hakimidir. Gerek iletişimin denetlenmesi kararı gerekse bu karar kapsamında yapılan işlemler gizli tutulmaktadır. Bahsi geçen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Kısacası bu konuda verilen karar, ayrıntılı olmalıdır. İletişimin denetlenmesine ilişkin CMK m.135'te yer alan hususlar dışında, istisna düzenlemeler hariç, kimse bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayıt altına alamaz. Aksi halde bu şekilde elde edilen deliller, ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. İletişimin denetlenmesinin keyfi olarak yapılması, temel bir insan hakkı olan, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu sebeplerle, söz konusu tedbirin uygulanması kesin, açık ve net kurallar çerçevesinde yapılmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesine 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". Anayasası'nın 22. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır.

İletişimin denetlenmesi kişiler arasındaki telefon konuşmalarının dinlenmesi, sinyallerin, resimlerin, yazıların, görüntü ve seslerin veya diğer nitelikteki bilgilerin kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle ilgili cihazlara girilerek bilgi elde edilmesi ile gerçekleştirilmektedir. CMK'da telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi türleri; iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak belirlenmiştir. Mobil telefonun yerinin tespiti amacıyla denetlemeye alınması da CMK'da sayılan durumlardan birisidir. Telekomünikasyon şirketlerinin kurmuş olduğu baz istasyonları hatlar arası iletişimi sağlamakta ve burada sinyal verileri tespiti sağlamaktadır. Bu yöntemde de hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden sinyal verileri tespit edilebilir. Bu halde de süre aynıdır; fakat Kanun'da bu durum için örgüt faaliyeti hali eklenmemiştir. İletişimin tespiti ilgili cihazlarla ne zaman görüşme yapıldığının, kimin aradığının ve arandığının, ne kadar süre ile görüşüldüğünün iletişimin içeriğine müdahale etmeden tespiti ile yer ve kimlik bilgilerinin elde edilmesi işlemleridir.

A. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri

Uygulanan ve İstisna Oluşturan Kişiler

Dosya kapsamında şüpheli ve sanıklar hakkında iletişimin denetlenmesine ilişkin karar verilmektedir. Fiilen kullandıkları bütün iletişim araçları denetlenebilir adına kayıtlı



olması şart değildir. Şüpheli veya sanık dosya dışı kişilerle iletişim kurduğundan dolayı olarak üçüncü kişilerinde iletişimi denetlenebilmektedir.

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir. Ancak bu kişiler dosyada sanık veya şüpheli durumunda ise bu istisna kapsamında olmamaktadır. Değnilmesi gereken bir diğer husus ise burada sadece kayda almaktan bahsedilmekte olup, bu durumda iletişim dinlenebilir, tespit edilebilir veya sinyal bilgileri değerlendirilebilir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlenemeyecek kişilerden birisi de müdafidir. Şüpheli veya sanığa isnat edilen suç sebebi ile müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında iletişimin denetlenmesine ilişkin karar verilemez.

B. İletişimin Denetlenme Süresi

Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili

olarak gerekli görülmesi halinde, hakim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. İletişimin denetlenmesi ceza yargılaması kapsamında tek başına bir anlam ifade etmez; delil kapsamında olabilmesi için kayda alınması gerekmektedir. İletişimin denetlenmesinde; dinleme ve kayda alma birlikte işlemlerdir.

C. Denetleyen Kurum

İletişimin denetlenmesi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı tarafından yürütülmektedir. Söz konusu karar Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı'na gönderilmekte ve doğrudan ilgili telekomünikasyon firmaları ile iletişime geçilmemektedir. İşlemler teknik uzmanla yürütülmekte ancak kararın icrasını kolluk kuvvetleri yerine getirmektedir. İşlemi yapanların kimliği, başlama ve bitiş saat ve tarihleri tutanak altına alınır. Alınan kayıtlar, ilgililerce çözülerek metin haline getirilir.

İletişimin denetlenmesinin bazı şartları vardır;

1- Kuvvetli şüphe bulunması

Kuvvetli deliller, kuvvetli şüphe bulunması gerekir. Bu şüphenin Kanun'da iletişimin denetlenmesi için belirlenen katalog suçların işlenmiş olmasına ilişkin olması gerekmektedir. İletişimin tespiti açısından ise bu tedbiri gerektirecek herhangi bir suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe olmalıdır. Bu denetim yolu haberleşme özgürlüğünü, özel hayatın dokunulmazlığını ihlal ettiğinden basit şüphe hali bu yola başvurmak için yeterli değildir.

2- Başka suretle delil elde etme imkanı olmaması

Başka yollar ile delil elde etme imkanı var ise bu yola başvurulmaması gerekmektedir. Yukarıda izah etmiş olduğumuz gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale içerdiğinden telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesi yoluna ancak başka bir yol olmaması halinde başvurulmalıdır.

İletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin katalog suçlar şunlardır;

- a) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
 3. İşkence (madde 94, 95),
 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),
 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 8. Parada sahtecilik (madde 197),
 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
 10. Fuhuş (madde 227),
 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
 12. Tefecilik (madde 241),
 13. Rüşvet (madde 252),
 14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
 15. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302) ,

16. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Bankalar Kanununun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Delil elde etmek için başvuru ile iletişimin denetlenmesi yolu sonucunda, dosya kapsamında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verilebilir veya hakim onayı alınamayabilir. Bu halde iletişimin denetlenmesine derhal son verilmelidir. Bu sırada yapılan tespit ve kayıtlar Cumhuriyet savcının denetimi ile en geç on gün içerisinde yok edilmeli ve bu durum tutanak altına alınmalıdır. Aynı şekilde sanık kişi hakkında uygulanan tedbirde de beraat etmesi halinde tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar hakim denetiminde aynı şekilde yok edilir. Kanun'un ilgili hükmü olan m.137'de her ne kadar sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden bahsedilmese de "135'inci maddeye göre verilecek karar" denildiği için sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de bu kapsamda kalmaktadır. İmha edilmesinin ardından soruşturmanın veya kovuşturmanın bitmesini

takip eden on beş gün içerisinde Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkeme tarafından tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verilir.

Kanun'un 138'inci maddesinde "Tasadüfen Elde Edilen Deliller" başlıklı hükme yer verilmiştir. Bu hükmün ikinci fıkrası da telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesine ilişkin olup şöyledir; "(2) Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir". Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında ele geçirilen kayıtlardan, soruşturulan veya kovuşturulan suçla ilgisi olmayan bir başka suç veya şahıs hakkında delillerin ele geçirilmesi söz konusu olabilir. Hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bu tedbir sonucunda tasadüfen ele geçirilen diğer deliller ancak bu tedbirin uygulanabileceği suç (ilgili maddede her ne kadar altıncı fıkra denilse de sekizinci fıkradaki katalog suçlar kastedilmektedir)

ve şahıslar hakkında kullanılabilir. Bu tedbirin uygulanması mümkün olmayan bir başka suçta, bu deliller hukuka aykırı nitelikte sayılacak ve yargılamada kullanılması mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi yolu, ceza yargılamasında delil elde etmek ve gerçeği açığa çıkarmak için başvurulacak bir koruma tedbiri yoldur. Yukarıda izah edildiği üzere bu koruma tedbirinin uygulanması sıkı usullere bağlanmış olup, bazı anayasal hakların ihlaline sebebiyet verebileceğinden uygulama aşamasına önem verilmiştir. Bu koruma tedbiri yolunun uygulanması ve şartlarının yanında istisnaları da mevzuatta düzenlenmiş olup, önem taşımaktadır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi yolunun, mevzuatta düzenlenen şartlara uymaksızın uygulanması halinde, geri dönüşü imkansız mağduriyetlere sebebiyet verilebilecektir. Bu koruma tedbirinin uygulanacağı suçlara ilişkin de sınırlama yapılmıştır. Tüm bunların yanında delil elde etmek de güçlük çekilen bir ceza yargılamasında kimi zaman gerçeği ortaya çıkarma da oldukça yardımcı olacak bir koruma tedbiridir.

KAYNAKÇA

- lexpera.com
- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
- Anayasa
- Prof. Dr. Cumhur Şahin, Doç. Dr. Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Bası
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-60-178>
- <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/37387/228088.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

HAKSIZ KORUMA TEDBİRİ NEDENİYLE TAZMİNAT DAVALARI

I. Giriş

Koruma tedbirlerinin ön şartlarından biri "görünüşte haklılık" olunca, yapılan muhakeme neticesinde başlangıçta haklı görülen tedbirin, bilahare haksız olduğu anlaşılabilir ve bu haksız ya da hatta yerine göre hukuka aykırı tedbirden zarar gören kimselerin bu zararlarının nasıl karşılanacağı durumu ortaya çıkar¹. Söz konusu bu zararın karşılanması için haksız koruma tedbirine maruz kalan kişilerin Anayasa'mızın 19. maddesinin son fıkrasında ve ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 5. fıkrasında tazminat talep edebilecekleri genel olarak düzenlenmiştir. Haksız koruma tedbirine maruz kalan kişilerin tazminatlarını talep ederken izleyecekleri usul ise Ceza Muhakemesi Kanunu'numuzun ("CMK", "Kanun") madde 141 ve 145 arasında "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre tutuklama, yakalama, gözaltı, arama ve elkoyma koruma tedbirleri uygulanırken kanuna, hukuka aykırı davranılması ve uygulanan koruma tedbirinin haksızlık, ölçsüzlük meydana getirilmesi durumlarında kişiler devletten tazminat istenebilecektir.

II. Tazminat Nedenleri

CMK madde 141/1'e göre suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan,

tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözlü açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen, eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen, yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.



CMK'nın 141/1. maddesinde sayılan tazminat nedenleri sınırlı sayıda sayıldığı için Kanunun bu düzenlemesinde yer alan nedenler dışında CMK 141 kapsamında tazminat istenemeyecektir. CMK'nın 141. maddesinde yer alan bentlerdeki sınırlı sayıdaki tazminat nedenleri dışında uygulanan bir koruma tedbiri nedeniyle zarar meydana gelmişse, bunu tazmin yolu İdare Hukuku esasları çerçevesinde idare aleyhine tam yargı davası açmak olacaktır².

III. Tazminat Nedeni Olmayan Haller

CMK madde 144'te tazminat nedeni olmayan haller de düzenlenmiştir. Buna göre tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâl dönüştüren, genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayla yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülen, kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen, adli

makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olan kişiler tazminat talep edemeyeceklerdir.

IV. Tazminat İstemenin Süresi

CMK madde 142/1'e göre karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Tazminat davası açılabilmesi için karar ya da hükümlerin kesinleşmesi şarttır.³ Kanunda düzenlenen süre hak düşürücü nitelikte olup davanın süresinde açılıp açılmadığı mahkeme tarafından resen araştırılır.

V. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

CMK madde 142/2'de haksız koruma tedbiri nedeniyle açılacak tazminat davalarında görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi olarak düzenlenmiştir. Davanın açılacağı ağır ceza mahkemesi haksız koruma tedbiri kararını vermiş mahkemeyse ve o yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa

davanın en yakın ağır ceza mahkemesinde açılması gerekmektedir. Yetkili mahkeme ise haksız koruma tedbiri nedeniyle zarara uğrayan kişinin oturduğu yer mahkemesidir.

VI. Tazminat Yargılaması

CMK madde 142'nin 3'üncü ve 10'uncu fıkraları arasında tazminat yargılamasının ne şekilde yapılacağı, dilekçede bulunması gereken hususlar, vekalet ücreti ve yargılama sonunda çıkacak tazminat miktarının nasıl tahsil edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler şu şekildedir:

Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir. Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

Tazminat davaları nedeniyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbî avukatlık ücreti ödenir. Ancak, ödenecek miktar Tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz.

Tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirimin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu



süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

VII. Tazminatın Geri Alınması

CMK madde 143/1’de tazminata hükmedilmiş olmasına rağmen bazı şartların gerçekleşmesi durumunda ödenen tazminatın geri alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri

alınır. Ayrıca CMK’nın 143’üncü maddesinde iftira ve yalan tanıklık nedeniyle haksız koruma tedbirinin uygulanması durumunda iftira eden ve yalan tanıklıkta bulunan kişilere, devlet tarafından ödenen tazminatın rücu edileceği düzenlenmiştir.

VIII. Sonuç

Haksız koruma tedbirine maruz kalan kişilerin Anayasa’mızın 19. maddesinin son fıkrasında ve ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 5. fıkrasında tazminat talep edebilecekleri genel olarak düzenlenmiştir. Tazminat talep edilirken izlenecek usul ise CMK madde 141 ve 145 arasında “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” başlığı altında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre kanunun aradığı

DİPNOT

1 Prof. Dr. Yener ÜNVER, Prof. Dr. Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, sf. 496, Adalet Yayınevi.

2 Dr. Doğan GEDİK, Güncel Yargı Kararları Işığında Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davalarında Tazminat İsteme Koşulları, Başvuru Şekli Ve Yargılama Usulü, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 96, sayı 2022/2

3 Prof. Dr. Feridun YENİSEY, Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, sf 476, Seçkin Yayıncılık.

CEZA HUKUKUNDA HÜKMÜN NİTELİK VE NİCELİĞİNE GÖRE İSTİNAF VE TEMYİZ KANUN YOLUNA TAŞINABİLECEK KARARLAR

GİRİŞ

Bu çalışmada, ceza hukuku kapsamında ilk derece mahkemeleri ile istinaf daireleri tarafından verilen hükümlerin nitelik ve niceliğine göre hangilerinin kesin nitelikte olduğu, hangilerinin istinaf ve temyiz kanun yoluna taşınabileceği irdelenecektir. Dar kapsamda hazırlanan bu yazı akademik bir çalışma olmayıp, uygulamaya yönelik özet bir bilgi yazısıdır.

İSTİNAF KANUN YOLU (BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ)

İstinaf kanun yolunun hukuk sistemimizde uygulamaya başlanmasından sonra ilk derece mahkemelerince verilen hükümlerin, doğrudan doğruya temyiz edilemeyeceği, öncelikle istinaf yoluna başvurulabileceği benimsenmiştir. İstisnalar hariç ceza mahkemelerinin vereceği her türlü hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. İşbu başvuru pek tabii ki Cumhuriyet Savcısının ve/veya davadaki tarafların talebine bağlıdır. Ancak CMK md. 272/1'e göre onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesince re 'sen incelenir. Başka bir deyişle, sanık hakkında onbeş yıl

ve daha fazla hapis cezasına ilişkin bir hüküm verildiğinde talebe bağlı olmadan ilk derece mahkemesi tarafından dosya istinaf dairesine gönderilir.

Kural olarak ilk derece mahkemesinin dava sonunda verdiği nihai karara karşı istinaf başvurusu yapılabilir. CMK 223/1'e göre; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları hüküm mahiyetindedir. Bu kapsamda özel bir düzenleme olan CMK md.231'deki "hükümün açıklanmasının geri bırakılması" (HAGB) kararlarına karşı istinaf kanun yolu kapalı olup, işbu kararlara karşı "itiraz" yoluna başvurulabilir. Devamla CMK md. 272/2'ye göre, hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir. Örneğin, CMK 63/1'e aykırı olarak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan bir konuda dosyanın bilirkişi raporuna gönderilmesine yönelik kurulan bir ara karar

sonucu düzenlenen raporun veya davanın neticesini etkileyecek bir tanığın dinlenilmesi talebinin reddine yönelik kurulan ara kararın hükme esas teşkil ettiği gerekçesiyle bu kararlara karşı hükümle birlikte istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Buna karşılık dava sürecinde sanığın tutuklanmasına, tutukluluk halinin devamına veya salıverilmesine, adli kontrole, hâkimin veya bilirkişinin reddine yönelik taleplerin kabul edilmemesine vb. ilişkin kararlara karşı CMK md.267 ve devamında yer alan "itiraz" kanun yolu öngörülmüştür. Bu doğrultuda asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara karşı yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkan tarafından verilen kararlara karşı o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen daireye itiraz edilebilir. Böylece hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden ve fakat itiraz kanun yolu öngörülmüş bu türden kararlara karşı hükümle birlikte ayrıca istinaf kanun yoluna başvurulamaz.

Yukarıda bahsedildiği gibi kural olarak ceza mahkemelerinin vereceği her türlü hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bir başka deyişle aşağıda belirtilen kararlar ilk derece mahkemelerince hüküm altına alındıkları anda kesinleşir ve kararın değiştirilmesi için bir üst mahkemeye başvuru yapılamaz. Bu tür kararlara karşı ancak CMK 309'da yer alan "kanun yararına bozma" yoluna gidilebilir. Buna karşılık olağanüstü bir kanun yolu olan "kanun yararına bozma" başvurusu ceza hükmünün infazını durdurmadığı gibi,

düzenlemenin amacı gereği başvuru karardaki hukuka aykırılıkların da çok önemli boyutta olması gerekmektedir.

CMK md. 272/3'te yer alan ve istinaf yolunun kapalı olduğu bahse konu kararlar şu şekildedir.

"...a) Hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine,

b) Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine,

c) Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere,

Karşı istinaf yoluna başvurulamaz...."

İlk olarak maddenin "a" bendinde yer alan düzenlemeyi irdelleyecek olursak, buradaki istinaf yoluna başvurulamayan kararlar, kanundaki ceza maddesinde hapis cezasıyla birlikte adli para cezasının seçenek olarak sunulduğu durumlarda hâkimin hapis cezasını



tercih etmeyip sadece adli para cezasına hükmettiği ve bu para cezasının da 3.000 TL veya altında bir miktar olarak belirlendiği kararlar ile yine yaptırım olarak sadece adli para cezasının düzenlendiği ceza maddesi uyarınca kurulan mahkumiyet hükmündeki adli para ceza sınırının 3.000 TL ve altında kaldığı kararlardır. Aksi takdirde şayet bir hapis cezası verilip de bu ceza para cezasına çevrilirse bu tür kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Örneğin TCK md.86/1'de yer alan "Kasten Yaralama" suçunun cezası "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası"dır. Bu suçtan dolayı 1 yıl hapis cezası alan ve bazı indirimler (Haksız Tahrik ve Takdiri İndirim gibi) uygulanarak 5 ay hapsine karar verilen sanık hakkında bu hapis cezasının 3.000 TL adli para cezasına çevrilmesi durumunda işbu karara karşı istinaf başvurusu yapılabilir. Buna karşılık TCK md.125/1'de yer alan ve "üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası" yaptırımı olan "Hakaret" suçunda hapis cezasının tercih edilmeyip sadece 3.000 TL veya altında bir adli para cezasına

hükmedilmesi, yine TCK.md.288'de yer alan "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs" ve TCK.md.182/1'de yer alan "Çevrenin taksirle kirletilmesi" suçları gibi sadece "adli para cezası" yaptırımı olan suçlarda da aynı şekilde 3.000 TL veya altında bir adli para cezasına hükmedilmesi durumlarında bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır. Nihayet, bir hüküm içerisinde hem "hakaret" suçundan, hem de "çevrenin taksirle kirletilmesi" suçundan ayrı ayrı 3.000 TL veya altında adli para cezası verilmesi durumunda, iki cezanın toplamı 3.000 TL'yi geçse dahi istinaf sınırı açısından her bir suç ayrı ayrı değerlendirilecek ve yine istinaf kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Maddenin "b" bendinde yer alan düzenlemede ise, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı kurulan hükmün sadece ve sadece "beraat" olması durumunda istinaf kanun yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. Maddenin lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere bahse konu yaptırımı öngören suçlarla ilgili verilen mahkûmiyet veya başkaca bir hükme karşı istinaf yolu açıktır. Örneğin 5809 sayılı "Elektronik Haberleşme Kanunu'nun" "Cezai Hükümler" başlıklı 63.maddesinin 10. fıkrasında, aynı kanunun "Abone ve cihaz kimlik bilgilerinin güvenliği" başlıklı 56.maddesinin "...ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına aykırı hareket ederek bu işi bizzat yapanlar elli günden yüz güne kadar" adli para cezası ile cezalandırılır." şeklinde bir cezai yaptırım belirlenmiştir. İşte bu kanun maddesi gibi üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren bir



suçtan dolayı verilen "beraat" hükümlerine karşı istinaf kanun yolu kapalıdır.

Nihayet maddenin "c" bendinde, kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere karşı haliyle istinaf yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. Örneğin "itiraz" kanun yoluyla ilgili CMK md.271/3'de "merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir..." düzenlemesi mevcuttur. Bu kapsamda, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" (HAGB) kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine itiraz mercii tarafından verilen kararlar kesin hüküm mahiyetindedir.

TEMYİZ KANUN YOLU (YARGITAY)

Bölge adliye mahkemesi (İstinaf) ceza dairelerinin "bozma" dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir. (CMK md.286/1) Ancak CMK md.286'nın devamında yer alan fıkralarda bu kuralın bazı istisnaları belirtilmiştir. İşbu istisnaları, başka bir deyişle istinaf dairesi tarafından verilen ve temyiz edilemeyen kararlara geçmeden önce kısaca bölge adliye mahkemesi tarafından verilen karar türlerinden bahsetmekte yarar vardır. İlk derece mahkemesi tarafından verilen nihai karara karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda istinaf mahkemesi tarafından verilebilecek hükümler aşağıdaki gibidir;

Bozma; İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması halinde (CMK 289. madde "Hukuka Kesin Aykırılık Halleri"ni sıralamaktadır. İşbu maddenin özetle belli başlı fıkralarını şu şekilde belirtebiliriz; yasaklanmış veya

reddedilmiş hakimın hükme katılması, görevli veya yetkili olmayan mahkemenin davaya bakması, Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması gibi) ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin (örneğin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlarda şikayetin olmaması, aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava olması gibi) veya ön ödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâllerinde istinaf dairesi, hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verir. Bu durumda ilk derece mahkemesi, istinaf dairesinin belirttiği aykırılıkları giderdikten sonra tekrardan bir hüküm oluşturur ve başvuru halinde dosya yeniden istinaf mahkemesine gönderilir. (CMK md.280/1-e,f)

İstinaf başvurusunun esastan reddi; (Onama) İstinaf dairesi, ilk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir. (280/1-a-1.c)



Hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine; (Düzelterek Onama) Bu durumu düzenleyen kanun maddelerinde, ilk derece mahkemesinin kararında bir hukuka aykırılık tespit edilmekte ve fakat bu hukuka aykırılığın tekrardan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilerek yeniden yargılama yaptırılmasını gerektirecek düzeyde olmadığı, bu sebeple istinaf mahkemesinin söz konusu aykırılığı kendisinin düzeltmesi gerektiği belirtilmektedir. (CMK md.280/1-a-2.c,b,c,d) Örneğin, olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse, sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise, hükümden sonra yürürlüğe giren kanun maddesinin sanığın lehine olması durumunda (CMK md.303 vd.) istinaf mahkemesi hukuka aykırılığı düzelterek istinaf başvurusunun

esastan reddine karar verir.

Davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına; Burada istinaf dairesi, yukarıda bahsedildiği şekilde ilk derece mahkemesinin kararında herhangi bir bozma nedeni veya diğer karar türlerini gerektirecek bir durum olmadığını ve fakat davaya konu olayın tekrardan yargılamaya konu edilmesi gerektiği kanaatiyle davanın yeniden görülmesine karar vermektedir. Bu aşamada ilk derece mahkemesinde olduğu gibi aynı şekilde duruşma açılmakta, tanık ve bilirkişi gibi deliller toplanmakta, tutuklama ve adli kontrol gibi tedbirlere başvurulabilmektedir. Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar. (CMK md.280/2)

Yukarıda bahsedildiği gibi kural olarak bölge adliye mahkemesi (İstinaf) ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir. Ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır. Bir başka deyişle bazı istinaf mahkemesi kararları kesin hüküm mahiyetinde olup bu kararlara karşı Yargıtay'a temyiz başvurusu yapılamamaktadır. İşbu kararlar şu şekildedir; (Aşağıda harflerle ve koyu halde belirtilen bentler CMK'nın 286. maddesinin 2.fıkrasının bentleridir.)

a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. Örneğin "silahla tehdit" suçundan dolayı 4



yıl hapis cezasına hükmedilen bir karara veya bir trafik kazası sebebiyle "taksirle öldürme" suçundan dolayı 30.000 TL adli para cezası verilen bir karara karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda bölge adliye mahkemesince usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılık görülmeyip istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilirse, başka bir deyişle karar onanırsa işbu karar kesin hüküm mahiyetinde olup temyiz edilemez.

b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. Örneğin 3 yıl hapis cezasına dair bir hüküm bölge adliye mahkemesince daha alt bir miktar hapis cezasına çevrilirse ya da farklı gerekçelerle aynı cezaya tekrardan hükmedilirse bahse konu hükme karşı temyiz başvurusu yapılamaz. Ancak aynı durumda 3 yıllık hapis cezası istinaf mahkemesince 4 yıl olarak artırılırsa yukarıdaki maddenin aksine ceza miktarı 5 yılın altında kalsa dahi temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

Kanun maddesinin bu fıkrasındaki düzenlemeyle ilgili uygulamada tereddüt

yaratan bir durumu belirtmekte yarar görmekteyiz. Şöyle ki, maddedeki düzenlemeye göre, ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları hakkında bölge adliye mahkemesince aynı veya daha az bir miktarda yine bir ceza hükmü kurulursa kesin hüküm mahiyetinde, şayet ceza artırılırsa temyize tabi bir hüküm mahiyetindedir. Fakat ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası hükmü bölge adliye mahkemesince kaldırılarak "beraat", "ret", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" gibi kararlar verilmesi durumunda işbu kararlar kesin mi yoksa temyize mi tabi olacaktır? Burada, ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmü bölge adliye mahkemesince tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılıp "beraat", "ret", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" gibi kararlar verilmesi durumunda işbu kararlar maddenin lafzı ve düzenleme amacı da düşünüldüğünde temyize açık olacaktır. Her ne kadar bazı Yargıtay dairelerinin aksi yönde kararları mevcut olsa da (Örnek olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 12.02.2018 tarihli ve 2017/20735 E., 2018/2444 K. sayılı, Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 20.11.2017 tarihli ve 2017/14828 E., 2017/7937 K. sayılı kararı), Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.03.2018 tarihli ve 2018/38 E., 2018/113 K. sayılı kararı ile bu görüş aykırılığı ortadan kaldırılmıştır. Söz konusu Ceza Genel Kurulu kararının ilgili bölümleri şu şekildedir; "... Bu noktadan hareketle; CMK'nun 286. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde geçen "hapis cezalarını artırmayan" ibaresinden anlaşılması gerekenin; "ceza aynı tutan" ya da "cezaı eksilten" kararlar

olduğunun, bölge adliye mahkemesi ceza dairesince verilecek olan kararın da yine bir "hapis cezası" olacağının, ancak bu kararın ilk derece mahkemesince verilen hapis cezasını artırmamakla birlikte, aynı miktarda veya daha az bir ceza olması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Dolayısıyla bölge adliye mahkemesi ceza dairesi tarafından verilecek "hapis cezasını artırmayan" kararın, yine hapis cezasına ilişkin bir "mahkûmiyet" kararı olması gerekmektedir. İlk derece mahkemesi ve bölge adliye mahkemesi ceza dairesi arasında "mahkûmiyet" hükmü yönüyle bir uyumsuzluk bulunmaması ve ilk derece mahkemesince verilen beş yıl veya daha az hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün bölge adliye mahkemesi ceza dairesince artırılmaması durumunda bu kararın "temyiz edilemez" nitelikte bir karar olmasını amaçlayan kanun koyucunun, bu düzenleme ile usul ekonomisini de gözettiğini söylemek yanlış bir yorum olmayacaktır. Buna karşın, "beraat", "düşme", "ret" ve "ceza verilmesine yer olmadığına" gibi kararlar bu bent kapsamında değerlendirilemeyeceklerdir. Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilen mahkûmiyet kararı dışındaki "beraat", "düşme", "ret" ve "ceza verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararların "ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan" kararlar kapsamında oldukları, bu nedenle CMK'nun 286. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi kapsamında kalmaları nedeniyle temyiz edilemeyecekleri kabul edildiği takdirde, temel hak ve özgürlüklerden biri olan "hak arama özgürlüğü"nü daraltıcı, istisnai nitelikteki bir normu ise genişletici

şekilde bir yorum yapmış olunur ki, bu durum ceza muhakemesi ilkelerine aykırılık teşkil edecektir....Üç dereceli yargı sistemi içerisinde, kesin olduğu belirtilenler dışında kalan kararlar bakımından kanun koyucunun en azından bir denetim yolu öngördüğü de gözetildiğinde, ilk derece mahkemelerince verilen "mahkûmiyet" hükmünü değiştiren ve birbirlerinden tamamen ayrı nitelikte olan bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin verebileceği "beraat", "ret", "düşme" ve "ceza verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararlar yönünden bir denetim yolu öngörülmediği düşünülemez. Aksi düşüncenin kabulü, kanunlarımızda yer alan ve ceza miktarları itibarıyla ağır nitelikte olan bir çok suça yönelik olarak, bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin vereceği mahkûmiyet dışında kalan "beraat", "ret", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararlara karşı herhangi bir kanun yolu öngörülmediği anlamına gelecektir..."

Burada ayrıca yer vermekte fayda gördüğümüz bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre, "aleyhe bozma yasağı" ilkesini düzenleyen CMK md.283'deki düzenleme gereği: "İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz." Bu doğrultuda "...Özel Daire çoğunluğuyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; İlk Derece Mahkemesince sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan verilen 4 yıl 2 ay hapis ve 820 TL adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerine yönelik yalnızca

sanıklar müdafileri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesince duruşma açılarak yapılan yargılama sonucunda İlk Derece Mahkemesi'nin kararının kaldırılarak, sanıkların aynı suçtan 5 yıl 6 ay hapis ve 40 TL adli para cezasıyla mahkûmiyetlerine karar verildikten sonra, CMK'nın 283. maddesi uyarınca kazanılmış hakları gözetilerek sanıkların neticeten 4 yıl 2 ay hapis ve 40 TL adli para cezasıyla cezalandırılmalarına karar verilen dosyada; Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi tarafından İlk Derece Mahkemesince verilen cezaların artırılıp artırılmadığının, bu bağlamda Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi kararının temyiz kanun yoluna tabi olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Yerel Mahkemece sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan hükmolunan 4 yıl 2 ay hapis cezasının yalnızca sanıklar lehlerine istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince yapılan duruşmalı inceleme sonucu hükmolunan 5 yıl 6 ay hapis cezası, sanıkların sübut bulan eylemlerinin karşılığında verilen asıl cezadır. Aleyhe değiştirmeme yasağı gözetilerek CMK'nın 283. maddesi uyarınca verilen 4 yıl 2 ay hapis cezası ise sanıkların eylemlerinin asıl cezası olmayıp infaz edilmesi gereken cezayı ifade etmektedir. Bu anlamda temyiz incelemesine konu edilmesi gereken cezanın da, sanıkların sabit olan suçları için tespit edilen, Yerel Mahkemece verilen 4 yıl 2 ay hapis cezasını artıran ve asıl ceza olan 5 yıl 6 ay hapis cezasına göre belirlenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraza konu somut olayda, CMK'nın 286. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi kapsamında kaldığı

için kesin nitelikte olan ve bu nedenle temyiz kanun yolu incelemesine tabi olmayan bir karardan söz etmek mümkün değildir. Söz konusu yaklaşım, sanıklar hakkında Bölge Adliye Mahkemesince hükmolunan cezaların temyiz edilebilmesi sonucunu doğurması nedeniyle hem uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü ile hem de ceza muhakemesinde istisnai normların geniş yorumlanmaması gerektiği ilkesiyle de bağdaşmaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Dairenin temyiz istemlerinin reddine dair kararının kaldırılmasına karar verilmelidir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2020/20-21 E., 2021/285 K. 17.06.2021 T.)

c) Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez. Örneğin ilk derece mahkemesince TCK md.141/1'deki "hırsızlık" suçundan 1 yıl hapis cezası verilir bu ceza TCK.md.50'de yer alan "seçenek yaptırımlardan" örneğin adli para cezasına, kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, bir eğitim kurumuna devam etmeye gibi bir seçenek yaptırıma çevrilirse, bu hükme karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda bölge adliye mahkemesince verilen esastan ret veya seçenek yaptırımlarla ilgili her türlü istinaf kararlarına karşı temyiz kanun yolu kapalıdır.

d) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272. maddenin üçüncü fıkrası



(yukarıda "istinaf kanun yolu başlığı" altında belirtilmiştir) kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. Örneğin TCK md.155/1'de yer alan "güveni kötüye kullanma" suçunun cezası "altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası"dır. Bu suçtan kurulan herhangi bir hükme karşı yapılan istinaf başvurusu sonucunda bölge adliye mahkemesince verilen "her türlü" kararlara karşı temyiz kanun yolu kapalıdır. Ancak madde bendinin ilk cümlesi gereği şayet bahse konu "güveni kötüye kullanma" suçundan dolayı ilk derece mahkemesi "beraat", "düşme" gibi bir karar vermiş ve fakat bölge adliye mahkemesi bu kararı kaldırarak ilk defa "mahkûmiyet" hükmü kurmuşsa (bu mahkûmiyet hükmü hapis cezası olabileceği gibi, şayet adli para cezası olaksa CMK md. 272/3 gereği hapis cezasından çevrilmeyerek doğrudan

verilen 3.000 TL üstü bir adli para ceza olması gerekir) bu hükme karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Ayrıca yukarıdaki "b" bendinde belirtilen ve ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez kuralına ilişkin olarak ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası hükmü bölge adliye mahkemesince kaldırılarak "beraat", "ret", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" gibi kararlar verilmesi durumunda işbu kararların temyize tabi olması "...kuralının tek istisnasını, "ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları"nın temyiz edilemeyeceğini düzenleyen CMK'nun 286. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi oluşturmaktadır. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.03.2018 tarihli ve 2018/38 E., 2018/113 K. sayılı kararı) Başka bir deyişle yukarıda verilen örnekteki gibi "güveni kötüye kullanma" suçundan ilk derece mahkemesince verilen 1 yıllık bir hapis cezası kararı bölge adliye mahkemesince kaldırılıp "beraat", "ret", "düşme" veya "ceza verilmesine yer olmadığı" gibi bir karar verilirse işbu hüküm temyize kapalı olacaktır.

e) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. Örneğin TCK. md.288'de yer alan "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs" ve TCK.md.182/1'de yer alan "Çevrenin taksirle kirletilmesi" suçları

gibi sadece "adli para cezası" yaptırımı olan suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. "...5271 sayılı CMK'nin 286/2-e maddesinde yer alan; adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna ilişkin düzenleme; kanunlarda sadece adli para cezası gerektiren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerince kurulan her türlü hükme karşı istinaf yoluna başvurulması sonucu; Bölge Adliye Mahkemelerince sanık hakkında ilk kez mahkûmiyet hükmü kurulmaksızın verilecek diğer kararlar (esastan reddi, düzeltilerek esastan reddi vb.) için uygulanma kabiliyeti olan bir hükümdür. (Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 25.02.2020 tarihli ve 2020/298 E., 2020/2007 K. sayılı kararı) Yargıtay burada maddenin "d" bendinin ilk cümlesini yani "ilk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272. maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere..." düzenlemesini maddenin "e" bendi içinde geçerli olduğunu, başka bir deyişle sadece "adli para cezası" yaptırımı olan "Çevrenin taksirle kirlenmesi" suçundan dolayı ilk derece mahkemesince verilen "beraat" veya "düşme" gibi bir kararı bölge adliye mahkemesi kaldırarak ilk defa "mahkûmiyet" hükmü kurup adli para cezasına hükmetmişse (buradaki adli para cezasının da CMK md. 272/3 gereği 3.000 TL üstü bir adli para ceza olması gerekir) bu hükme karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir.



f) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları temyiz edilemez. Eşya müsaderesinin düzenlediği TCK.md.54/1'e göre; iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesinetahsis edilen yada suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Yine kazanç müsaderesinin düzenlediği TCK.md.55/1'e göre; suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi hükmünde "mahkûmiyet", "beraat", "düşme" kararları dışında eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin kararlar verilmişse sadece bu kararlarla ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez.

g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili

olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları temyiz edilemez. Burada, kanun maddesindeki hapis cezasının üst sınırı on yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan verilen "beraat" kararlarının bölge adliye mahkemesince onanması sonucu verilen istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararların temyiz edilemeyeceği düzenlenmiştir. Örneğin TCK md.158/1'de yer alan "Nitelikli Dolandırıcılık" suçunun cezası "üç yıldan on yıla" kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıdır. "Sanıklar hakkında nitelikli dolandırıcılık suçundan yapılan yargılamada ilk derece mahkemesince verilen beraat hükümlerine yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine dair hükümler temyiz edilmiş ise de, 5271 sayılı CMK'nın 286/2-g maddesi gereğince on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, ilk derece mahkemesince verilen beraat hükümleriyle ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararlarının temyizi mümkün olmadığından, katılan ve vekilinin temyiz istemlerinin 5271 sayılı CMK'nın 298. maddesi uyarınca reddine...karar verildi. (Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 02.11.2020 tarihli ve 2020/9459 E., 2020/10872 K. sayılı kararı) Aynı şekilde; "...Silahla tehdit suçundan verilen beraat hükmü yönünden on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemesince verilen beraat kararlarına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararın temyizi mümkün değildir..." (Yargıtay 1.Ceza Dairesi 2020/2261 E., 2021/6644 K. 12.04.2021 T.) Yine; "...Sanık hakkında hakaret ve silahla tehdit suçlarından diğer sanıklar hakkında

kasten yaralama suçundan ve silahla tehdit suçlarından yapılan yargılamada ilk derece mahkemesince verilen beraat kararlarına yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine dair kurulan hükümler temyiz edilmişse de, on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararlarının temyizi mümkün olmadığından, katılanın temyiz isteminin reddine karar verilmiştir..." (Yargıtay 8.Ceza Dairesi 2020/5795 E., 2021/17320 K. 05.07.2021 T.)

h) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez. CMK md. 223/8'e göre Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. (Örneğin şikâyetle bağlı suçlarda şikâyetten vazgeçme, dava zamanaşımı veya uzlaşma gibi) Yine CMK 223/3 ve 4'te de "ceza verilmesine yer olmadığına" dair karar türleri belirtilmiştir. Örneğin meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması halinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla veya işlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, etkin pişmanlık, karşılıklı hakaret dolayısıyla faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Yine TCK md. 53 ve devamında

“güvenlik tedbirleri” düzenlenmiştir. Örneğin belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden, seçme ve seçilme ehliyetinden, velayet hakkından yoksun bırakılma gibi), eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri gibi tedbirler belli başlı güvenlik tedbirleridir. CMK 223/1’e göre “güvenlik tedbirine hükmedilmesi” bir hükümdür. Yine CMK 223/6’ya göre sanığa yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur. İşte davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez

a) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez. Bu düzenlemeye göre, temyiz kanun yoluna başvuru sınırı olarak belirlenen 5 yıllık süreyle ilgili olarak ilk derece mahkemesi hükmünde farklı suçlardan verilen hapis cezalarının toplamı 5 yılı geçse dahi her bir suçun temyiz edilme sınırı ayrı ayrı hesaplanır. Örneğin aynı olay sebebiyle “şantaj” suçundan 2 yıl, “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçundan 4 yıl hapis cezası verilen bir hükme karşı yapılan istinaf başvurusu bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddedilirse,

işbu istinaf kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz.

Son olarak CMK md.286/3’e göre; ikinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile aşağıda sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilir:

Türk Ceza Kanununda yer alan; **1)** Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra), **2)** Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213), **3)** Suç işlemeye tahrik (madde 214), **4)** Suçu ve suçluyu övme (madde 215), **5)** Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216), **6)** Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217), **7)** Cumhurbaşkanı hakaret (madde 299), **8)** Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300), **9)** Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301), **10)** Silâhlı örgüt (madde 314), **11)** Halkı askerlikten soğutma (madde 318) suçları.

b) Terörle Mücadele Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

c) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlar.

Başka bir deyişle yukarıda belirtilen suçlarla ilgili her halükârda temyiz başvurusu yapılarak dosya Yargıtay’a taşınabilir.

CEZA YARGILAMASINDA ŞÜPHEDEDEN SANIK YARARLANIR PRENSİBİNİN UYGULANMASI



Ceza yargılaması insanların yaşamsal faaliyetlerini doğrudan etkileyen ve varlığını en derinden hissettiren yargılama türüdür. Bunun en temel sebebi yapılan yargılamanın sonucunda kişilerin maruz kalacağı cezai hükümlerdir. Söz konusu cezalar insanların hürriyetlerini sınırlamakla birlikte kişilerin itibarını, benliklerini, mesleklerini, ailelerini ve yaşamsal faaliyetlerini doğrudan etkilemektedir. Bu itibarla ceza yargılaması yalnızca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundan ibaret değildir. Ceza yargılamasının işleyişi bakımından kanunlar oldukça önemlidir ancak ceza muhakemesinin süjelerinden olan mağdur ve sanığın da bir insan olduğunu unutmamak gerekir. Bu sebeple birçoğu Roma Hukukundan günümüze kadar gelen

hem mağdurun ve hem de sanığın haklarını koruma noktasında önemli bir yer tutan ceza muhakemesi ilkeleri bulunmaktadır. Ceza yargılaması diğer hukuk mecralarına göre daha hassas bir alandır. Özellikle sanığa çeşitli haklar sağlayan ilkelerin daha dikkatli bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

Nitekim şüpheden sanık yararlanır prensibi sanık lehine uygulanan ilkelerin önemli bir örneğidir. Bazı hukukçular şüpheden sanık yararlanır prensibini başlı başına bir ilke olarak kabul etmemektedir. Söz konusu ilkeyi masumiyet karinesi adı altında yorumlamaktadırlar. Böyle bir tartışmanın ortaya çıkmasının temel sebebi; masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır prensibi, susma hakkı, lekelenmeme hakkı, unutulma

hakkı gibi prensipler arasında var olan yakın etkileşimdir. Şüpheden sanık yararlanır prensibinin sanık hakkında kurulacak olan hükme doğrudan etki etmesi hasebiyle bir ilke olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Şüpheden sanık yararlanır prensibinin daha iyi anlaşılabilmesi ve uygulamada doğru bir şekilde uygulanabilmesi için söz konusu ilkenin kelime kökünün irdelenmesi gerekmektedir. Bu minvalde şüphe kavramı ayrıntılı bir şekilde açıklanmalıdır. Ceza yargılamasında sanığın cezalandırılmasına ilişkin suçu işlemediğine yönelik çok küçük bir şüphenin bulunması halinde hâkim şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamaktan vazgeçebilir mi? Ceza yargılamasında her somut olay kendi içinde birçok değişken içermektedir. Özellikle bazı olaylarda sanığın üzerine atılı suçu işlediği tanık ifadelerinden, sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde vermiş olduğu çelişkili savunmalardan, bilirkişi raporundan, vb. delillerden açıkça anlaşılmaktadır. Buna rağmen sanığın üzerine atılı suçu işleyip işlemediği noktasında şüphenin halihazırda mevcut olduğunu ileri sürerek şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamak suretiyle sanık hakkında beraat kararı verilen hatalı uygulamalarla karşılaşmaktayız. Bu şekilde verilen hatalı kararlar suçtan zarar gören kişilerin daha fazla mağdur olmasına sebebiyet vermektedir.

Bu makalede şüpheden sanık yararlanır prensibinin hakimlerin her zaman rahatlıkla başvurabileceği bir çıkış yolu olarak değerlendirilemeyeceği ve söz konusu ilkenin

hatalı uygulanması ihtimalinde mağdurların üzerinde yaratacağı olumsuzluklar tartışılacaktır. Tüm bu tartışmalara geçmeden önce şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ne şekilde ortaya çıktığını, sanık lehine uygulanan diğer ceza muhakemesi prensipleri ile şüpheden sanık yararlanır ilkesi arasındaki yakın ilişkiyi ve makaleye konu ilkenin ceza muhakemesi hukukunda ispat bakımından önemini değerlendirmemiz gerekmektedir.

A) ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR PRENSİBİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin Roma Hukukundan itibaren uygulanan bir ilke olup olmadığı noktasında hukukçuların aklında her zaman bir soru işareti bulunmaktadır. Söz konusu ilkenin Latince karşılığı olarak "in dubio pro reo" ifadesi kullanılmaktadır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin klasik dönem öncesi Roma Hukuku içerisinde yer almadığı, söz konusu döneme ait kaynakların incelenmesi sonucunda anlaşılmaktadır. İlkenin ortaya çıkış hikayesine baktığımızda; "haksız olarak bir kişinin cezalandırılmasından ziyade kusurlu olan bir kişiye ceza verilmemesi daha iyidir" felsefesi ile ortaya çıkmıştır¹. Böyle bir felsefi yaklaşımın ardında yatan en önemli sebep, kusursuz bir kişinin cezalandırılması durumunda adalete duyulacak olan güvenin sarsılmasıdır. Yalnızca bir vatandaş bile böyle bir haksızlığa maruz bırakılırsa, tüm toplumun hukuka olan inancı zayıflar. Bir devletin ekonomik, siyasi, kültürel ve sosyal anlamda güçlü olması doğru işleyen bir hukuk sisteminden geçer. Roma Hukukundaki düşünce yapısını günümüze uyarlarsak; bir kişi hakkında yapılan yargılama



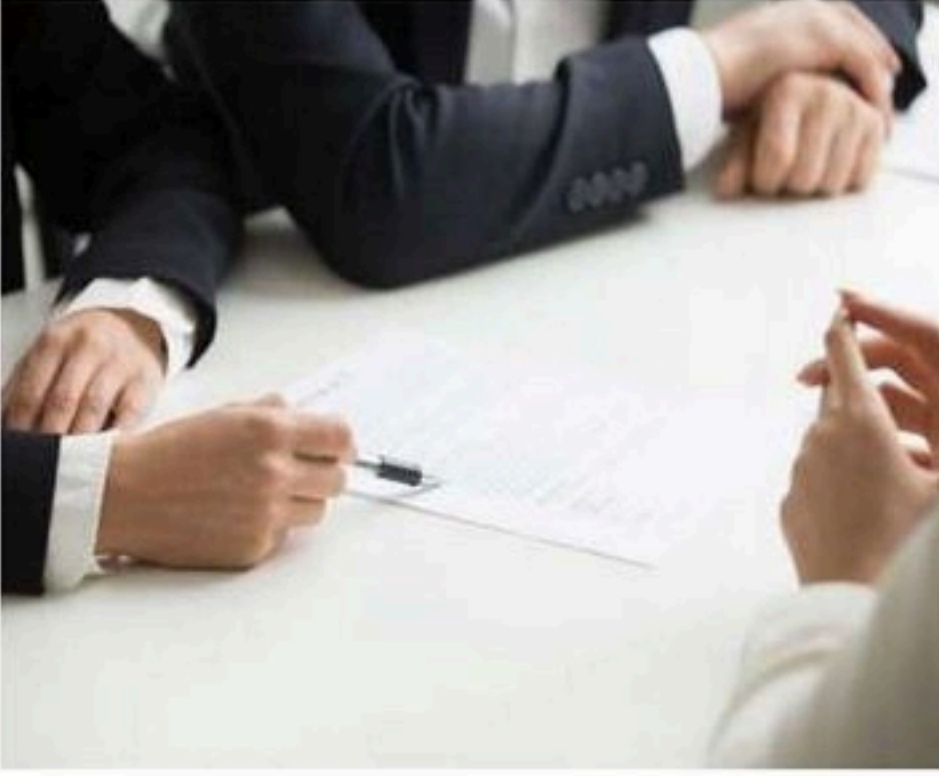
neticesinde hâkim, o kişinin söz konusu suçu işlediğinden tam olarak emin değilse, kişinin suçu işlemediğine yönelik küçükte olsa aklında bir şüphe varsa kişiye ceza veremez. Hâkimin nezdinde oluşan şüpheden sanığın yararlandırılması gerekmektedir.

B) ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ İLE SANIK LEHİNE UYGULANAN DİĞER CEZA MUHAKEMESİ PRENSİPLERİ ARASINDAKİ YAKIN İLİŞKİ

Makalenin giriş bölümünde bahsedildiği üzere, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ceza muhakemesinde yer alan ve sanık lehine uygulanan masumiyet karinesi, susma hakkı, unutulma hakkı, lekelenmeme hakkı gibi prensipler ile yakın ilişki içerisindedir. Ancak daha önce vurguladığımız üzere, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin yukarıda sayılan prensiplerden ayrılarak başlı başına bir ilke olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. İlkenin önemini kavrayabilmek adına sanık lehine uygulanan diğer ceza muhakemesi ilkelerinin üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır.

Masumiyet karinesi, adında da anlaşılacağı üzere suç işlediği iddiası ile yargılanan bir kişinin hakkında kesin bir mahkûmiyet hükmü verilinceye kadar masum sayılmasıdır. Kısaca, normal bir vatandaşın sahip olduğu her türlü hakka yargılanan kişinin de sahip olduğunu ifade etmektedir. Anayasanın 38. maddesinde “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” demek suretiyle masumiyet karinesinin varlığı kabul edilmiştir². Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile masumiyet karinesini birbirlerinden ayıran en temel fark; masumiyet karinesi yargılamanın hem soruşturma ve hem de kovuşturma evresinde uygulanması gereken bir ilkedir³.

Ancak şüpheden sanık yararlanır prensibi soruşturma aşamasında yer almayan, kovuşturma aşamasında uygulanan, hâkimin hükmüne doğrudan etki edebilecek nitelikte bir ilkedir⁴. Söz konusu durumu bir örnek ile değerlendirmek gerekirse; soruşturma aşamasında şüpheli hakkında yeterli suç şüphesi veya kuvvetli suç şüphesi mevcut olabilir. Bu ihtimallerde şüpheli hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan uygun koruma tedbirleri uygulanabilir ya da iddianame düzenlenebilir. Dolayısıyla soruşturma aşamasında şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulama alanı bulmaz⁵. Ancak kovuşturma aşamasına geçildiğinde hâkim, hakkında iddianame düzenlenen ve koruma tedbirlerine başvurulmuş sanığın üzerine atılı suçu işlediğinden tam olarak emin değilse, somut olayda delil yetersizliği mevcutsa şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamak suretiyle sanık hakkında beraat kararı verebilir.



Öte yandan masumiyet karinesi sanığın üzerine atılı suçu işleyip işlemediğinin tespit edilmesinde sanığa birçok imkân sağlamasının yanı sıra hâkime de doğru bir muhakeme yapabilme fırsatı tanır. Bu sebeple şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi yakın ilişki içerisinde olan fakat birbirinden farklı iki ceza muhakemesi prensibidir.

Ceza muhakemesi hukukunda sanık lehine uygulanan bir diğer önemli prensip susma hakkıdır. Susma hakkı da hem soruşturma ve hem de kovuşturma evrelerinde sanık lehine uygulanan bir prensiptir. Toplumda yaşayan herkes kendisini iyi bir şekilde ifade edemeyebilir. Özellikle bir suçun faili olarak ifade vermesi istenen kişiler yaşadıkları durum karşısında olayı açıklamakta güçlük çekebilirler. Nitekim Anayasanın 38. maddesinde “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” demek suretiyle susma hakkının varlığı kabul edilmiştir⁶. Susma hakkının şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile olan ilişkisine bakmak gerekirse; susmak hâkim nezdinde “sanığın

üzerine atılı suçu işlediğini kabullenmesi” olarak değerlendirilmemelidir. Ceza yargılaması şüpheli veya sanığın susmasını bu şekilde yorumlayamaz. Hâkim her türlü delili inceledikten sonra kişi hakkında şüpheyi yer vermeyecek şekilde hukuka uygun gerekçelere dayanarak bir mahkûmiyet kararı verebilir. Kısaca, susma hakkının kullanılması şüpheden sanık yararlanır prensibinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

Unutulma hakkı ve lekelenmeme hakkı da sanık lehine uygulanan haklar arasında yer almaktadır. Lekelenmeme hakkı, soruşturma veya kovuşturma süreci devam ederken şüpheli veya sanığa yapılan ithamlara dikkat edilmesini arz eder. Mahkemece verilen hüküm kesinleşene kadar yargılanan kişi masum sayılır. Bundan mütevellit şüpheli veya sanığın üzerine atılı suçu işlememiş olması ihtimalini lekelenmeme hakkı bakımından hesaba katmak gerekir. Lekelenmeme hakkı ile paralel olan bir diğer prensip de unutulma hakkıdır. Özellikle kişi geçmişte bir suç işlemiş, işlemiş olduğu suçtan yargılanmış, hakkında bir ceza verilmiş ve nihayetinde cezası infaz edilmiş olabilir. Cezai müeyyidelerin amacı; hükümlülerin ıslah edilmesini sağlamak ve sonrasında onları topluma yeniden kazandırmaktır.

Bir hükümlü, hakkında verilen cezanın infazını tamamlayıp, ceza infaz kurumundan çıktıktan sonra yaşamına sorunsuz bir şekilde devam edebilmelidir. Adeta yeniden dünyaya gelmiş gibi önceden işlediği suçlardan toplum nezdinde aklanmalıdır. Cezasının infazını tamamlayan kişi özellikle sosyal medya başta

olmak üzere, gazetelerde veya dergilerde “katil, hırsız, istismarcı” gibi ithamlarla karşı karşıya kalmaya devam ederse, bu kişi için yaşam çekilmez bir hale gelir. İşte tam da bu duruma engel olabilmek adına unutulma hakkı Yargıtay Kararları ile koruma altına alınmıştır. Lekelenmeme hakkı ve unutulma hakkının diğer sanık lehine uygulanan prensiplere nazaran hükme olan etkileri daha azdır. Bu sebeple şüpheden sanık yararlanır prensibi ile olan ilişkileri nispeten daha zayıftır. Yine de lekelenmeme hakkının şüpheden sanık yararlanır prensibi ile bir ilişkisi bulunmaktadır. Şöyle ki; lekelenmeme hakkı soruşturma ve kovuşturma safhalarında doğru bir şekilde uygulanabilirse, sanık hakkında bilgi kirliliği oluşmaz ve hâkim somut olayı daha berrak bir biçimde değerlendirebilir. Böylece hâkim suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğini saptayabilir, somut olayda sanık yönünden bir şüphe varsa şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulayabilir.

C) ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR PRENSİBİNİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ YERİ VE İSPAT GÜCÜ AÇISINDAN ÖNEMİ

Şüpheden sanık yararlanır prensibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda doğrudan tanımlaması yapılan bir prensip değildir. Söz konusu prensip hakkında doktrinde ve Yargıtay Kararlarında birbirine benzer birçok tanımlama yapılmıştır. Her ne kadar işbu prensip hakkında kanunda doğrudan bir açıklama yer almasa da kanunun ilgili maddelerinden şüpheden sanık yararlanır ilkesinin varlığı hissedilebilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun

“duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı 223. maddesinin 1. fıkrasında “beraat kararı” bir hüküm çeşidi olarak yer almaktadır. Ayrıca işbu kanunun 223/2-e maddesinde, “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” demek suretiyle şüpheden sanık yararlanır ilkesinin varlığına bir atıf yapılmıştır.⁸ Yargıtay da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yukarıda ifade edilen maddesi ve buna benzer diğer maddelerinden hareket etmiş olacak ki şüpheden sanık yararlanır ilkesinin varlığını kararlarında kabul etmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen 26.10.2010 tarih ve 2010/8-134 E. 2010/217 K. sayılı kararda; “Latince ‘in dubio pro reo’ olarak ifade edilen ve masumiyet (suçsuzluk) karinesinin bir uzantısı olan ‘şüpheden sanık yararlanır ilkesi’ ceza yargılaması hukukunun evrensel nitelikteki önemli ilkelerinden biridir. Ceza mahkûmiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, teorikte olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir. Prof. Dr. Hakan Hakeri şüpheden sanık yararlanır kuralının anlamını şu şekilde açıklamıştır; ‘Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ceza yargılaması kapsamında geçerli, yasal mevzuatta yazılı olarak yer almayan bir ispat kuralıdır. Ayrıca bir kişinin üzerine atılı suçtan mahkûm olabilmesi için o kimsenin söz konusu suçu işlediğinin yüzde yüz oranında kesin olarak ispat edilmesi gerekir’ Yargıtay’ın da benzer olaylara yönelik pek çok kararda şüpheden sanık yararlanır ilkesine önem

verdiği görülmektedir” demek suretiyle şüpheden sanık yararlanır ilkesi ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve Yargıtay Kararlarında dikkate alındığı vurgulanmıştır⁹.

Nitekim Yargıtay 23. Ceza Dairesince verilen 25.06.2015 tarih ve 2015/5687 E. 2015/2982 K. sayılı kararda; “Sanığın sahibi ve başhekim olduğu ... Merkezinde kronik hastalar için onayladığı raporlarda 02.08.2007 tarihi ile 08.04.2009 tarihleri arasında sisteme uzman doktor raporu olarak girmesi gereken 1 TL’lik kod yerine, sağlık kurulu raporuna ait 3 TL’lik kodu girmek suretiyle katılanı zarara uğrattığı iddia edilen olayda; sanığın suçlamayı kabul etmediği, atılı suçun kasten işlenebilen suçlardan olduğu, kurum zararının giderildiği, somut olayda sanığın kastının bulunduğu dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı deliller elde edilemediği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi de göz önüne alındığında verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir” demek suretiyle şüpheden sanık yararlanır ilkesine bir atıfta bulunulmuştur¹⁰.

Şüpheden sanık yararlanır prensibi, özellikle delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat



kararlarında hükme esas alınan bir ilkedir. Bu sebeple söz konusu ilkenin ispat hukuku bakımından büyük bir önemi bulunmaktadır. Şüpheden sanık yararlanır prensibinin ispat hukuku üzerindeki etkisinin anlaşılabilmesi için “şüphe” kavramının irdelenmesi gerekir. Ceza yargılamasında şüphe: kesinliğe ulaşamamak, emin olmaktan uzaklaşmaktır. Ceza yargılamasında suçun yargılanan sanık tarafından işlendiğinin ispatı için sübut gerekir¹¹. Daha açık bir ifadeyle; suça konu fiillerin şüpheyeye yer vermeyecek şekilde sanık tarafından gerçekleştirildiğinin ispat edilmesi zorunludur. Bir hususun aksi mümkünse yani aksi ispat edilebilirse o husus sabit değildir¹². Hâkimin sanık hakkında hüküm kurabilmesi için suça konu fiillerin sabit olması gerekir. Aksi takdirde hâkimin zihninde şüphe belirir. İşte tam da bu noktada şüpheden sanık yararlanır prensibi ortaya çıkar.

D) ŞÜPHE DEN SANIK YARARLANIR PRENSİBİNİN HATALI BİR ŞEKİLDE UYGULANMASI VE BU DURUMUN SEBEP OLDUĞU MAĞDURİYETLER

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi kritik durumlarda ihtiyaç duyulan, hayat kurtaran ve ciddi sonuçlara sebebiyet verebilecek nitelikte bir ilkedir. Uygulamada birçok avukatın müvekkili hakkında verilmesi muhtemel cezadan önce son çıkış yolu olarak dilekçesinde yer verdiği, hakimlerin kararını açıklamadan önce son kez düşünüp değerlendirdiği bir prensiptir. Söz konusu ilke sanık lehine önemli bir prensip olmasının yanı sıra yanlış uygulanırsa çok tehlikeli bir silaha dönüşebilir. Şöyle ifade etmek gerekir ki; işbu prensibin ortası yoktur. Sanık ya mahkûmiyet



hükmü ya da beraat hükmü ile karşı karşıyadır. Prensip gerçekten doğru uygulanırsa masum olan kişinin hayatını kurtarır ve kişiyi yeniden topluma bağlar. Ancak prensibin yanlış uygulanması ihtimalinde suç işleyen kişi ıslah edilmeden topluma katılmış olur.

Söz konusu durum suç işleyen kişide yeni bir suç işleme potansiyelinin oluşmasına, toplumda hak ve adalete duyulan inancın zayıflamasına, işlenen suçtan dolayı mağdur olan kişi veya kişilerin daha fazla mağduriyet yaşamalarına sebebiyet verir. Nitekim adaletin doğru bir şekilde tecelli etmediğini gören mağdurların kendi adaletini sağlama noktasına hareket ettiklerini ve ihkakıhak yaşayışını ihlal ettiklerini gösteren birçok örnekle toplumsal hayatta karşılaşmaktayız. Söz konusu örnekler hukuk devleti yapısının bozulmasına sebebiyet vermektedir. Bu tarz olumsuz örneklerle karşı karşıya kalmamak adına yargılamayı gerçekleştiren hakimlerin şüphe kavramını dikkatli bir biçimde değerlendirmeleri ve ayrıca şüpheden sanık yararlanır prensibini doğru bir şekilde uygulamaları gerekmektedir.

Ceza yargılamasında dosyaya konu suçun

sanık tarafından işlendiği her zaman kolay bir şekilde anlaşılmayabilir. Ceza davasına konu dosya karmaşık bir olay örgüsüne sahip olabilir. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarının nihayete erdirilmesi uzun sürebilir. İşbu durumların mevcut olmasından sanık hakkında mutlaka bir şüphenin var olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi geniş uygulama alanı olan bir ilkeye dönüştürülmemelidir. Elbette somut olayda sanığın üzerine atılı suçu işlemediğine yönelik şüphe mevcutsa söz konusu ilke uygulanmalıdır. Ancak şüpheye yer vermeyecek derecede suçun sanık veya sanıklarca işlendiğini gösteren deliller dosyada yer alırken, sanık hakkında şüphenin mevcut olduğundan bahisle söz konusu prensibin uygulanması ve beraat kararı verilmesi hukuka aykırı olur. Bu durum hakkını aramak için yargı mercilerine başvuran mağdurların daha fazla mağdur olmasına sebep olur. Dolayısıyla şüphe varken şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamamak ne kadar hatalı bir kararsa, şüphe yokken şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamakta aynı ölçüde hatalıdır.

Ceza yargılamasının sonucu, yalnızca işin ceza hukuku boyutuna etki etmeyebilir. Özellikle nitelikli dolandırıcılık suçuna vücut veren bazı dosyalar özel hukuk yargılaması ile doğrudan bağlantılı olabilir. Özel hukuk mahkemeleri ceza yargılamasından çıkacak kararı bekletici mesele yapabilir. Tam da bu durumda ceza mahkemesinin sanık hakkında kuracağı hüküm mağdurun özel hukuktan kaynaklanan alacak hakkına kavuşmasına doğrudan etki edecektir.

Bir örnek üzerinden değerlendirmek gerekirse; bir senedin dolandırıcılık fiiline konu olacak bir şekilde yetkili hamilden çalındıktan sonra üçüncü bir kişiye ciro edildiğini düşünelim. Senedi hırsızlayan kişi söz konusu senet hakkında icra takibi başlatsa ya da senedi bankaya ibraz etse parayı alamayacağını tahmin edebilir. Bundan ötürü dolandırıcılık fiiline konu senedi yakın bir arkadaşına veya akrabasına ciro etmek suretiyle tahsil etmek isteyebilir. Özellikle bu senet bir kambiyo senedi ise senet sebepten soyuttur. Yani senedi dolandırıcılık ürünü

olduğunu bilmeden, bir alacağına karşılık teslim alan üçüncü kişi pekâlâ tahsil edebilir. Verilen bu örnekte üçüncü kişinin, senedin dolandırıcılık sonucu elde edildiğini bildiğini ve parayı tahsil edebilmek için senedi çalan kişi ile fikir ve eylem birliği içinde hareket ettiğini ispat edebilmek çok zordur. Ancak bu ispat imkânsız değildir. Tam da bu aşamada senetle ilgili özel hukukta görülen derdest bir dava varsa, özel hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin 3. kişinin suça dahil olup olmadığı yönünden vereceği beraat veya mahkûmiyet kararını bekleyecektir.

İspatın güç olduğu durumlarda her zaman sanık açısından bir şüphe mevcut olmayabilir. Söz konusu örnek özelinde, üçüncü kişinin senedi hırsızlayan kişiye borç para verebilecek bir maddi durumu yoksa, çeki hırsızlayan kişiden alacaklı olduğuna dair bir belgeyi mahkemeye sunamadıysa, çeki çalan kişi ile üçüncü kişi arasında bir iş birliğinin var olduğunu ortaya koyan kanıtlar dosyada mevcutsa, alınan bilirkişi raporu üçüncü kişinin cezalandırılmasını öngörüyorsa, üçüncü kişi



soruşturma ve kovuşturma aşamalarında çelişkili beyan ve savunmalarda bulunmuşsa, üçüncü kişinin üzerine atılı suçu işlediğine yönelik tanık ifadeleri mahkeme huzurunda dinlenmişse ve buna benzer başkaca deliller elde edilmişse üçüncü kişi hakkında hala bir şüphenin varlığından söz etmek suretiyle beraat kararı vermek hatalı olur. Nihayetinde hem ceza hukuku ve hem de özel hukuk bağlamında etkili olan bu karar, mağdurun daha fazla mağdur olmasına sebebiyet verir. Yukarıda verilen örnekten hareketle ispat edilme ihtimali nispeten daha zor olan her somut olayda delil yetersizliğinden dolayı şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulamak ve beraat kararı vermek risklidir. Dolayısıyla şüpheden sanık yararlanır prensibi her somut olay kapsamında ayrıntılı bir şekilde düşünüp değerlendirildikten sonra uygulanmalıdır.

SONUÇ

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi klasik dönem Roma Hukukundan günümüze kadar süregelen sanık lehine uygulanan bir ceza muhakemesi prensibi olarak doktrinde ve Yargıtay Kararlarında kendisine yer bulmuştur. Anayasanın "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı 38. maddesinde bu ilkeye doğrudan yer verilmemiştir. Buna rağmen şüpheden sanık yararlanır ilkesi zaman ilerledikçe daha da kıymeti artan, hakkında literatürde kitaplar yazılan bir prensip haline dönüşmüştür. Gerek ispat hukuku açısından önemi gerek de hâkimin yaptığı yargılama neticesinde vereceği hükme olan etkisi bakımından başlı başına bir ceza muhakemesi ilkesi haline gelmiştir. Bu makalede detaylı bir biçimde

şüpheden sanık yararlanır ilkesinin doğuşu, günümüzdeki anlamı, diğer ceza muhakemesi ilkeleri ile olan ilişkisi ve ispat hukuku açısından önemi ifade edilmiştir.

Tüm bu aktarılan bilgi ve düşüncelerin yanı sıra makalede müzakere edilmek istenen asıl mesele; şüpheden sanık yararlanır ilkesinin hatalı bir şekilde uygulanması sonucunda mağdurun üzerinde gerçekleşecek olan olumsuz etkilerdir. Nitekim şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulamada hatalı bir şekilde yorumlandığı birçok örnekle karşı karşıya kalmaktayız. Özellikle son zamanlarda şüpheden sanık yararlanır prensibi, sanığın faydalanacağı bir ilke olmaktan ziyade hakimlerin faydalanacağı bir çıkış yolu olarak görülmektedir. Söz konusu durum dosyada mağdur sıfatı ile yer alan kişileri özellikle manevi yönden, hatta bazı davalarda da maddi yönden zarara uğratmaktadır. Somut olay bağlamında şüpheyi yer vermeyecek şekilde tüm deliller sanığı işaret etmesine rağmen hâkimin ısrarla şüphenin varlığını ileri sürmesi ve şüpheden sanık yararlanır prensibini uygulaması pek çok hak kaybına sebebiyet vermektedir. Özellikle bu şekilde gerçekleştirilen yargılamalar neticesinde mağdur olan kişiler kanun yollarına başvurmak suretiyle haklarını aramaya devam etmektedirler. Yaşanan bu olumsuzluklar yargılama sürecinin uzamasına ve adaletin daha geç tecelli etmesine sebep olmaktadır. Osmanlı hükümdarı Orhan Gazinin de ifade ettiği gibi "Adaletin en kötüsü geç tecelli edenidir. Sonunda hüküm isabetli olsa da geciken adalet zulümdür."

DİPNOT

¹ Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), s. 25.

² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Hakların korunması ile ilgili hükümler, Suç ve cezalara ilişkin esaslar, 38. maddenin 4. fıkrası.

³ Önder Tozman, "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111, Sayı: 3-4 (2007): s. 319.

⁴ Doğan Gedik, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), s. 420.

⁵ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, 1. Baskı. (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2002), s. 113.

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Hakların korunması ile ilgili hükümler, Suç ve cezalara ilişkin esaslar, 38. maddenin 5. fıkrası.

⁷ İlhan Üzülmüş, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 58 (2005): s. 60.

⁸ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu. Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm md. 223/1-e. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5271.pdf>).

⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.10.2010 T. 2010/8-134 E. 2010/217 K. Sayılı Kararı. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹⁰ Yargıtay 23. Ceza Dairesi, 25.06.2015 T. 2015/5687 E. 2015/2982 K. Sayılı Kararı. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹¹ Ahmet Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 119.

¹² Gökçen, s. 120.

KAYNAKÇA

- Doğan, Koray. Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi. Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Feyzioğlu, Metin. Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları,2002.
- Gedik, Doğan. Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, ve Kerim Çakır. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Tozman, Önder. "Suçsuzluk Karinesi: Türk Hukukundaki Sonuçları". Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 111 / Sayı: 3-4 (2007).
- Üzülmüş, İlhan. "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları". Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 58 (2005).
- Yargıtay 23. Ceza Dairesi, 25.06.2015 T. 2015/5687 E. 2015/2982 K. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (<https://www.lexpera.com.tr/>).
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.10.2010 T. 2010/8-134 E. 2010/217 K. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

NOTLAR

NOTLAR

NOTLAR

HAKKIMIZDA

“Elmadağ Avukatlık ve Danışmanlık, yirmi yılı aşkın tecrübesi, üst düzey bilgisi ve yetkin kadrosu ile yerli ve yabancı müvekkillerine ulusal ve uluslararası kapsamda etkin hizmet vermektedir. Dünya çapında faaliyet gösteren uygulamada ve akademik düzeyde kendini kanıtlamış uluslararası yabancı iş ortaklarıyla yurt içinde ve yurt dışındaki faaliyetlerine devam etmektedir.”