

Yıl: 36

Sıra Sayı: 130



KURULUŞ: OCAK - 1975

T.C.
YARGITAY
KİTAPLIĞI
DEMİRBAŞ

YARGITAY DERGISİ



Cilt : 36

OCAK – NİSAN 2010

Sayı : 1-2

Sahibi : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER Yargıtay Başkanı**
Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR Yargıtay Yayın İşleri Müdürü**

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI
Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKA
Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOĞAY
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 — 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni

Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde **temsilcimiz yoktur.**

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 [IBAN: TR760001000685390090145001] nolu** banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

CEZA HUKUKU

Hakkı MANAV

Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış
Suç 5-25

MEDENİ HUKUK

Mahmut KAMACI

Embriyo Transferi
(Aktarımı) ve Ortaya Çıkan
Soybağı Sorunları 25-63

İŞ HUKUKU

Resul ASLANKÖYLÜ

5510 Sayılı Sosyal Sigortalar
ve Genel Sağlık Sigortası
Kanununa Göre
Sigortalı Sayılanlar 65-86

TAZMİNAT HUKUKU

Özcan ÖZBEY

Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi Işığında
Yargılamanın Yenilenmesi ve
Kamu Görevlisine Rücu Sorunu 87-119

KAMU HUKUKU

Dr. Ömer ÖMEROĞLU

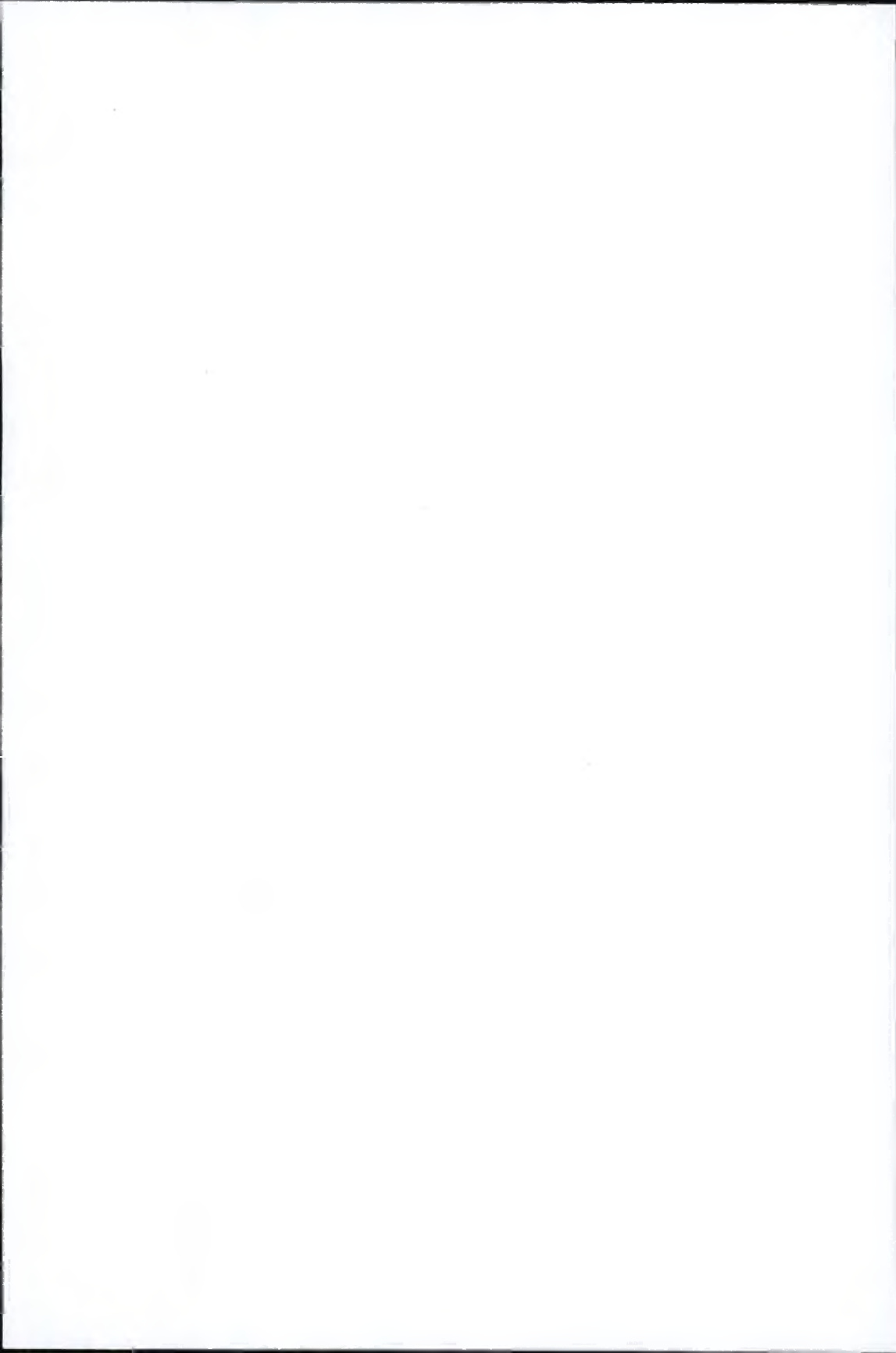
Türk Hukuku Açısından İnsan
Klonlama 121-134

Erol TATAR

İnternete Erişimin Engellenmesi. 135-152

Arzu KÜÇÜK

Türk Vergi Hukukunda
Aramalı İnceleme..... 153-194



NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇ

Hakkı MANAV (★)

ANLATIM DÜZENİ: *a-Genel Olarak, b-Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Bakımından 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK Arasındaki Farklılıklar, c-5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, 1-Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama. (m.87), 2-İnsan üzerinde deney. (m.90/5), 3-Netice sebebiyle ağırlaşmış işkence. (m.95/3,4), 4-Terk. (m.97/2), 5-Çocuk düşürtme. (m.99/3,4), 6-Cinsel saldırı. (m.102/5,6), 7-İftira. (m. 267/5,6,7), 8-Yalan tanıklık. (m.272/6,7,8), d-Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç İle İlgili Yargıtay Kararları, e-Sonuç, KAYNAKLAR.*

a- Genel Olarak

Bir suçun oluşması için hukuka aykırı eylemi yapan kişinin aynı zamanda bu eylemi meydana getirirken kusurlu olması da gerekir. Yani kişilerin gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için o eylem bakımından kusurlu olmaları şarttır¹. Dolayısıyla, kusurluluk ceza

(★) *Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi.*

1 İçel, K./ Sokulu-Akıncı, F./ Özgenç, İ./ Sözüer, A./ Mahmutoğlu, S.F./ Ünver, Y., İçel Suç Teorisi 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2000, s.198; Ünver, Y., Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı, Prof. Dr. Sahir Erman' a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1999, s.801.

hukukuna anlam veren ve onu diğer hukuk disiplinlerinden ayıran unsur olup², ceza hukukunun esasını oluşturmaktadır³. Bu nedenle kişinin meydana gelen netice bakımından sorumlu tutulması için kusurunun varlığı aranacaktır.

Ancak Kilise hukukundan günümüze kadar gelen ve “*versari in re illecita*” kuralı olarak bilinen kusursuz sorumluluk halinde kişinin kast veya taksirine dayanmaksızın sorumlu olacağı düzenlenmekteydi. Bu durum 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da objektif sorumluluk olarak yer almıştır. Mesela, 765 sayılı TCK’ nın 418, 439 ve 452. maddelerinde meydana gelen netice bakımından kusurun herhangi bir şekli aranmaksızın objektif sorumluluk hali düzenlenmiştir.

Doktrinde, objektif sorumluluk hali olarak kastın aşılması suretiyle işlenen suçlar, basın yolu ile işlenen suçlar ve netice sebebiyle cezanın ağırlaştığı suçlar kabul edilmektedir⁴. Failin kastettiği sonuç dışında gerçekleşen daha ağır veya başka sonuç açısından sorumlu tutulması haline ise, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç denilmektedir⁵. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından da failin en azından taksir derecesinde kusurunun olması gerekmektedir.

2 Demirbaş, T., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. baskı, Ankara 2005, s.310.

3 Hakeri H., Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005, s.48.

4 Dönmezer, S./Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. bası, İstanbul 1997, s.288.

5 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.263.

B- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç Bakımından 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK Arasındaki Farklılıklar

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından iki kanun arasında çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. 765 sayılı Kanun bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin kastı dışında meydana gelen netice bakımından sorumlu tutulması için herhangi bir kusur aranmamaktadır. Yani, bu durumda Kilise hukukuna dayanan kusursuz sorumluluk (versari in re illecita) hali kabul edilmektedir⁶. Mesela, 765 sayılı Kanunun 439. maddesi gereğince, cebren kaçırma sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimsenin yaralanması veya ölmesi halinde faile daha ağır bir ceza verileceği düzenlenmekteydi. Keza, 452. madde gereğince, katil kastı olmaksızın uygulanan müessir fiil sonucu ölüm meydana gelmişse, yine faile ağırlaştırılmış ceza hükmü uygulanmaktaydı. Uygulamada bu durumlarda objektif sorumluluk gereğince sadece meydana gelen sonuç ile hareket arasında nedensellik bağı aranmaktaydı⁷. Diğer bir ifade ile, failin objektif sorumluluğu için failin hareketinin iradiliği ve hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi gerekmekteydi.

Böyle bir düzenleme, hukukun evrensel prensiplerinden "kusursuz ceza olmaz" kuralına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle doktrinde

6 İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s.264 vd; Ancak daha sonraları versai in re illecita kuralı, uygun nedensellik teorisiyle sınırlandırılmıştır.

7 "...Objektif sorumluluktan söz edebilmek için hareketin iradi olması ve hareketle netice arasında illiyet bağının bulunması gerekir...Neticesi sebebiyle ağırlaşmış olan suçlarda kanun, suçun oluşması için yeterli olan netice dışında daha ağır neticenin de oluşması halinde failin kusurluluk derecesine bakılmaksızın bu ağır neticeden faili sorumlu tutmaktadır. Bu ağır neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından failin kastının ve taksirinin mevcudiyeti aranmamaktadır. Hatta fail bu neticenin oluşması konusunda taksir veya kast derecesinde bir kusuru mevcutsa, sorumluluk faile kusurlu şekilde oluşturulan iki neticenin gerektirdiği, cezaların içtimai tesbit edilir. Yani ortada iki ayrı suçun mevcudiyeti kabul olunur...." CGK., 20.12.1982, 5-446/506 (Savaş V./ Mollamahmutoğlu, S., Türk Ceza Kanununun Yorumu 3 (m.325-453), 2. bası, Ankara 1998, s.4300 vd.).

eleştirilmekte ve meydana gelen netice bakımından kişinin sorumlu tutulabilmesi için en azından taksir nedeniyle kusurlu olması gerektiği belirtilmekteydi⁸.

5237 sayılı Kanunda ise bu durum 23. maddede düzenlenmiş olup, kusursuz sorumluluktan vazgeçilmiştir. TCK' nın 23. maddesi gereğince bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin meydana gelmesine neden olması halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Bu durum madde gerekçesinde de açıkça belirtilmektedir; *“Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu hükümlerle, meydana gelen kastedilenden başka ve ağır netice açısından sorumluluğun, kusura dayalı bir sorumluluk olması sağlanmak istenmiştir”*.

5237 sayılı TCK' nın 23. maddesinde, *“bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde”* denilerek kastın aşılması suretiyle işlenen suç ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç bir arada düzenlenmiştir⁹.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda TCK' nın 23. maddesi gereğince iki aşama bulunmaktadır. Birinci aşama, failin kastettiği temel suç; ikinci aşama ise, failin en azından taksirle neden olduğu ağır neti-

8 Özgenç I./ Şahin, C., Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. bası, Ankara 2001, s.186; Özgenç, İ., Kast-Taksir Kombinasyonları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, Cilt:6, 1998, Sa., 1-2, s.345 vd.

9 Bakıcı, S., 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2007, s.516.

cedir¹⁰. Bu maddenin uygulanması bakımından aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir¹¹:

– Failin neden olduğu ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Yani, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, failin kastettiği netice dışında meydana gelen daha ağır veya başka bir netice bakımından, sadece hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı yeterli olmayıp, failin kastı dışındaki bu neticenin en azından öngörülebilir olması ve failin öngörmesi gereken bu neticeyi öngörmemiş olması aranacaktır¹².

– Kastedilenden daha ağır veya başka bir neticeye neden olan failin fiilinin, bu netice bakımından kast derecesinde olmaması gerekir. Eğer bu neticeler bakımından failin kastı veya olası kastı mevcutsa, bu neticeler bakımından fail kasten sorumlu olacaktır.

– Meydana gelen ağır veya başka neticelerden failin sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin meydana gelmesine failin eyleminin neden olması gerekir¹³.

5237 sayılı TCK' da netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suç tipini belirleyen maddeden sonra düzenlenmiştir¹⁴. Mesela, çocukların cinsel istismarı suçu (m.103/1) bakımından mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi (m.103/7) suçun temel şeklinden sonra düzenlemiştir.

10 Özgeng, İ., Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s.332.

11 Bkz., Düzgün N./Elmacı Ş., 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, 2. bası Ankara 2009, s.116 vd.

12 Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, s.48-49.

13 Özgeng, Gazi Şerhi, s.333.

14 Bakıcı, s.517.

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükmünün iyi anlaşılabilmesi için şu örnekler verilebilir; A kahvehanede oyun oynarlarken kızdığı B'nin canının biraz yanması için B'nin karın boşluğuna hafif bir biçimde vurur. Ancak B, bu eylemden sonra inhibisyon sonucu ölür. Bu durumda, A'nın sonradan meydana gelen bu netice bakımından sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Yani, A'nın meydana getirdiği bu neticenin öngörülebilir nitelikte olması ve A'nın bu neticeyi öngörmemiş olması ya da öngörmesine rağmen istememiş olması gerekir. Ancak A, oyunda kızdığı arkadaşının gözüne sandalye ile şiddetli bir şekilde vursa ve B görme yeteneğini kaybetse, bu durumda A'nın m. 23 gereğince sorumluluğu yoluna gidilmemelidir. Zira, A bu olayda B'nin görme yeteneğini kaybedebileceğini öngörmekte ve bu neticeyi istemektedir. O yüzden A'nın eylemi olası kast kapsamında değerlendirilerek A, kasten yaralama suçundan sorumlu tutulmalıdır. Tabii ki, her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesinden sonra bir sonuca varılmalıdır¹⁵.

Yukarıda yapılan açıklamaları toparlayacak olursak; netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçtan söz edebilmek için şu koşulların bulunması gerekir:

1-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda -temel suç; - başka ya da ağır neticeyi içeren suç olmak üzere iki ayrı suç vardır.

2-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda fiil, failin kastettiğinden daha ağır neticenin oluşmasına ya da istediği netice yanında bir başka suça sebebiyet vermelidir.

15 Düzgün/Elmacı, s.116-117.

3-Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç kasten işlenmiş olmalıdır.

4-Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda başka ya da ağır netice bakımından failin en azından taksir seviyesinde kusuru bulunmalıdır.

5-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda gerçekleşmesi istenen temel suça ilişkin hareket ile başka ya da ağır netice arasında nedensellik bağlantısı bulunmalıdır. Diğer bir deyişle başka ya da ağır netice yapılan hareketin sonucu olmalıdır.

6-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda temel suç ile başka ya da ağır neticeyi içeren suç aynı mağdur üzerinde işlenmelidir.

7-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin olarak kanunda açık düzenleme bulunmalıdır¹⁶.

c- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar

Kanunda düzenlenen bu tip suçların bir kısmı kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasına sebebiyet veren suçlardır. Bu suçlar şu maddelerde düzenlenmişlerdir:

1-Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama. (m.87)

(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

16 Özbek, Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suç, Ceza Hukuku Dergisi, sayı 4. s.229.

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) Yüzünde sabit ize,

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde beş yıldan az olamaz.

(2) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hâllerde beş yıldan, üçüncü fıkraya giren hâllerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.

(4) Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hâllerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hâllerde ise oniki yıldan onaltı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

2-İnsan üzerinde deney. (m.90/5)

(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

3-Netice sebebiyle ağırlaşmış işkence. (m.95/3,4)

(3) İşkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması hâlinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İşkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

4-Terk. (m.97/2)

(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerine göre ceza-ya hükmolunur.

5-Çocuk düşürtme. (m.99/3,4)

(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbî zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

6-Cinsel saldırı. (m.102/5,6)

(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

7-İftira. (m.267/5,6,7)

(1) Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.

(7) İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

8-Yalan tanıklık. (m.272/6,7,8)

(1) Hukuka aykırı bir fiil nedeniyle başlatılan bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye, dört aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

(6) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.

(7) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kimsenin mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, altıncı fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.

(8) Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişi hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; yalan tanıklıkta bulunan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

d- Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç İle İlgili Yargıtay Kararları

Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından Yargıtay'ımızın konu bakımından önemli olan kararları vardır. Bunlar:

5237 sayılı kanunla birlikte Yargıtay'ımız öngörülebilir neticenin istenip istenmemesi bakımından olayın araştırılarak sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir¹⁷; ‘...*Dosya kapsamından, sanığın iş ortağı olan maktule, kronik kalp hastalığı olduğunu bilmesine rağmen olay günü basit derecede etkili eylemde bulunduğu, inzimam eden olayın stresi ve eforu sonucunda gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana geldiği, ölüm sonucunu istememekle birlikte öngördüğü anlaşıl-makla, 5237 sayılı TCK' nın 22/3, 23, 85. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği düşünülmeden yazılı hüküm kurulması...*’¹⁸.

‘...*Kavga ortamında sanığın yumruk atması sonucu yere düşen maktulün, kendisinde kalp damar hastalığının olayın stresi ve eforu ile aktif hale geçmesi sonucu gelişen solunum ve dolaşım yetmezliğinden öldüğü olayda, küçük bir yerleşim yeri olan köy ortasında maktulün kalp hastası olduğunu bilip bilmediği detaylı bir şekilde araştırılarak sonucuna göre bilmesi halinde 5237 sayılı TCK' nın 22, 23 ve 85. maddeleri kapsamında bilinçli taksir sonucu öldürme, aksi halde 5237*

17 Bkz., Düzgün/Elmacı, s.116-117.

18 1.CD, 2006/1921-685.

sayılı TCK' nin 86/2 aracılığı ile 85. maddeleri kapsamında sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken 765 sayılı TCK' nin 452/2 maddesinin lehe olduğundan bahisle hüküm kurulması...''¹⁹.

“...1) Oluşa, kabule ve dosya kapsamına göre, olay günü, hükümlü ile maktülün girdikleri gayrimenkul ihalesi sonunda, hükümlünün, yakınları arasında çıkan kavgayı ayırmaya çalışan maktüle etkili eylemde bulunduğu, maktülün maruz kaldığı müessir fiilin etkisi ile kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu gelişen solunum dolaşım yetmezliğinden öldüğü; hükümlü ile maktülün aynı köylü oldukları ve hükümlünün 11.7.2003 tarihli Gelibolu Asliye Ceza Mahkemesinde alınan ifadesinde, maktülün eniştesi olduğunu beyan ettiği anlaşılmalı, etkili eylem yönünden 5237 sayılı TCK.nun 86 ve 87. maddeleri kapsamında yeniden rapor alınarak ve hükümlünün olay tarihinde maktüldeki kronik kalp damar hastalığını önceden bilip bilmediği hususu araştırıldıktan sonra,

a)Yaralamanın 86/1. maddeye uygun olması halinde maktülün eylemine uyan 87/4. madde uyarınca,

b)Yaralamanın 86/2. madde kapsamında kalması halinde de maktüldeki kalp damar hastalığını önceden bilmiyor ise 5237 sayılı TCK.nun 86/2 ve 22. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince taksirle öldürme suçundan, şayet biliyor ise 5237 sayılı TCK.nun 86/2 ve 22/3. maddeleri delaletiyle 85/1. maddesi gereğince bilinçli taksirle öldürme suçundan 5237 sayılı TCK hükümleri ile 765 sayılı TCK uyarınca verilen mahkumiyetin karşılaştırılması yapılarak, sonucuna göre hukuki durumunun tespiti gerekirken, yazılı şekilde müessir fiil suçun-

19 1.CD.,2006/2130-894.

dan uyarılma kararı (5237 sayılı TCK.nun 86/2, 62, 53, 63. maddeleri gereğince mahkumiyet) verilmesi, ...²⁰.

Olay tarihinde sanıkla müdahilin çeşmeden faydalanma hususunda tartıştıkları tartışmanın kavgaya dönüştüğü, sanığın müdahil Cemile'ye vurup sert zemine düşürdüğü daha sonra yerde olan müdahilin karnına çıkıp oturduğu, bunun sonucunda 7-8 haftalık hamile olan müdahilin çocuğunun düşmesine yol açtığı, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Dairesinin 31.12.2005 tarih ve 3699 sayılı kararı ile darp olayı ile ilgili düşük arasında illiyet bağının oluştuğu hususunun tespit edildiği,

Yerel Mahkeme, sanığın müdahilin hamile olduğunu bilebilecek durumda olmadığından bahisle; 5237 sayılı TCK.nun 23. maddesi yol-lamasıyla netice bakımından sorumlu tutulamayacağını ve fiilin de bu haliyle 5237 sayılı TCK.nun taksirle yaralamayı düzenleyen 89.maddesine dönüştüğü düşüncesiyle anılan madde gereğince sanığın cezalandırılmasına karar vermiştir.

“Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç” 5237 sayılı TCK.nun 23. maddesinde şöyle düzenlenmiş “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.” Netice sebebiyle ağırlaştırılmış Yaralama suçları ise aynı Yasanın 87. maddesinde düzenlenmiş olup failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından sorumlu tutulabil-mesi için, bu netice bakımından 23. maddede belirtilen şekilde “en azından taksirle hareket etmesi” gerekmektedir. Diğer bir ifade ile

20 1.CD., 02.04.2008, E. 2007/9444, K. 2008/2549.

failin 5237 sayılı TCK.nun 21. maddesindeki kastı ve olası kastı taşı-maması gerekir.

Somut olayımıza baktığımızda; olay öncesi 16.06.2004 tarihinde köy camii hopörlerinden hamile kadınların köy muhtarlığına çağrıldığı, bu çağrıya müdahilin uyararak gittiği ve hamile olduğuna dair kaydı yaptırdığı kavga olayından 4 gün önce 2. nci kez hamile Cemile'nin ismi hamile kadınlar arasında anons edilerek çağrı yapıldığı ve köy halkının haberdar olduğu müdahil Cemile ile Ebe Fatma Girgin'in yeminli anlatımıyla anlaşıldığı, bu çağrıdan 4 gün sonra olay tarihinde köy çeşmesi başında kavga sırasında sanığın, müdahili yere yatırarak karnına oturduğu, 1970 doğumlu, evli ve bir çocuklu olan müdahilin karnına oturması köy yaşam koşulları, hayatın olağan akışı, köy yerinin sosyo-kültürel yapısı itibariyle mağdurenin çocuğunun düşmesine yönelik bir davranış olduğunu öngörmesi gerektiği, belirtilen şekilde çocuğun düşmesi sonucunu doğuran eylemde olası kasıtlı hareket edildiği ortaya çıkmış olmakla, netice bakımından çocuk düşürme sonucundan sorumlu tutulması gerektiği halde yazılı şekilde olayda uygulama yeri bulunmayan taksirle yaralama suçundan ceza verilmesi. ²¹

Sanık; katılanı merdiven başında beklediği sırada ve saldırı beklemediği bir anda yumruk vurması sonucu merdiven boşluğuna düşerek hayati tehlikeye geçirecek ve 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına sebep olmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.11.1998 tarih ve 4/218-345 sayılı kararında belirtildiği üzere, 765 sayılı TCK'nun 458. maddesinin uygulanabilmesi için gerçekleştirilen eylem ile potansiyel sonucun

21 3.CD.,29.11.2006/2128-9059.

oluşmasının olanaklı olup olmadığıdır. Failin gerçekleştirdiği eylem ile potansiyel sonuç oluşmaz denildiği halde TCK'nun 458. maddesi uygulanmalı, potansiyel sonuç oluşabiliyorsa artık fail sonucuna katlanmalı ve 458. madde uygulanmaz. Bu haliyle dava konusu olay bakımından da TCK'nun 458. maddesinin uygulanma olanağı yoktur. Sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK bakımından da değerlendirildiğinde m.23 delaletiyle 87. maddedeki ağırlaştırılmış neticeler bakımından olası kastla hareket ettiği anlaşıldığından mahkemenin 765 sayılı TCK'nun 456/2. maddesine göre hüküm kurmasının yerinde ve sanık lehine olduğundan tebliğnamenin olay yerinde keşif yapılarak sanığın vurması sonucu mağdurun bulunduğu yer itibariyle merdiven boşluğuna düşmesinin kaçınılmaz olup olmadığının tespiti ve sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nun 21/2. maddesinin uygulama olanağı bulunup bulunmadığının tartışılması talebi 87. maddedeki ağırlaştırılmış neticeler bakımından en azından taksir derecesinde kusurluluğun bulunması yeterli kabul edildiğinden ve bu kusurluluğun olayımız bakımından da gerçekleşmiş olduğu anlaşıldığından tebliğnamenin bu düşüncesine iştirak edilmiştir.²²

e- Sonuç

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar bakımından 5237 sayılı TCK ile ortaçağ kanonik hukukunun kalıntısı olan “versari in re illicita”, yani hukuka aykırı bir durumda olan, bunun bütün neticelerine katlanır anlayışından vazgeçilmiştir. Böylece kusurun aranmadığı objektif sorumluluk halleri ile kusursuz ceza olmaz ilkesi arasındaki açık çelişki çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi giderilmiştir.

22 3.CD, 11/6/2008-2007/207-9261.

Madde metnindeki düzenlemeyle, meydana gelen ağır netice açısından kişinin sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu neticeye ilişkin olarak en azından taksir dolayısıyla kusurlu bulunması gerekmektedir. Bu düzenleme ile, somut olayda taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle taksirin varlığının karine olarak kabulü ve böylece objektif sorumluluğun devam etme tehlikesinin mevcudiyetinin olduğu belirtilmiş ise de²³, Yargıtay kararları da dikkate alınarak uygulamada objektif sorumluluk haline tekrar dönülmeyeceği kanaatindeyiz.

23 Toroslu, N., Ceza Hukuku, Ankara 2005, s.154.

KAYNAKLAR

- Bakıcı, Sedat**, Yeni Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, Ankara (2007)
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, (2005)
- Dönmezer , Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. bası, İstanbul (1997)
- Düzgün, Nuri/Elmacı, Şerafettin**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar, 2. bası, Ankara (2009)
- Hakeri , Hakan**, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara (2005)
- İçel, K./ Sokulu-Akıncı, F./ Özgenç, İ./ Sözüer, A./ Mahmutoğlu, S.F./ Ünver, Y.**, İçel Suç Teorisi 2. Kitap, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2000
- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Yayınevi, Ankara (2005),
- Özbek, Veli Özer**, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, sayı 4
- Özbek, Veli Özer**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı Cilt 2, Seçkin Yayınevi, Ankara (2008),

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara (2006)

Özgenç İzzet/ Şahin Cumhuri, Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. bası, Ankara (2001)

Özgenç, İzzet, Kast–Taksir Kombinasyonları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan Armağanı, Cilt:6, 1998, Sa., 1–2, Konya (1998)

Savaş V./ Mollamahmutoğlu S., Türk Ceza Kanununun Yorumu 3 (m.325-453), 2. bası, Ankara (1998)

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, Ankara (2005)

Ünver, Y., Sebebinde Serbest Hareketler Kuramı, Prof. Dr. Sahir Erman' a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul 1999



**EMBRYO TRANSFERİ (AKTARIMI) VE
ORTAYA ÇIKAN SOYBAĞI SORUNLARI**

Mahmut KAMACI (★)

ANLATIM DÜZENİ: I- GİRİŞ, II- EMBRYO TRANSFERİ, 1) Normal Cinsel İlişkiyle Gebeliğin Gerçekleşmesi ve Kesinleşme Noktası, 2) Yapay Döllenme ve Tüp Bebek Uygulaması, 3) Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, 4) Yumurta Donasyonu (Bağışı), 5) Sperm Donasyonu (Bağışı), 6) Embriyo Aktarımı (Nakli), 7) Genetik Annelik Ve Taşıyıcı Annelik, 8) Kanunen Yasaklanan Uygulamalar, III- MEDENİ HUKUKA GÖRE SOYBAĞININ KURULMASI, 1) Soybağının Tanımı, 2) Soybağının Kurulması, A) Çocuk ile Ana Arasındaki Soybağının Kurulması, b) Çocuk ile Baba Arasındaki Soybağının Kurulması, c) Evlat Edinme ile Soybağının Kurulması, d) Soybağının Hüküm Ve Sonuçları, IV- GEBELİĞİN CİNSEL İLİŞKİYLE GERÇEKLEŞMEDİĞİ HALLERDE, ORTAYA ÇIKABİLECEK SOYBAĞI SORUNLARI VE BU SORUNLARIN MEVCUT DÜZENLEME İLE AŞILIP AŞILAMAYACAĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME, V- SONUÇ

(★) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

I-GİRİŞ:

Kadın veya erkekteki bir kusur sebebiyle normal cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı takdirde, döllendirilecek yumurta ve sperm, **her ikisi de birbiriyle resmen evli çiftlere ait olması** yani bunlardan herhangi birinin yabancıya ait olmaması, döllenmiş olan yumurtanın, başka bir kadının rahminde değil, kendi rahminde (yumurtanın sahibi olan eşin rahminde) gelişmesi, bu işlemin gerek ana ve babanın, gerek doğacak çocuğun fiziksel, ruhsal ve akıl sağlığı üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağına tıbben sabit olması koşuluyla, cinsel ilişkiyle gebe kalması ve anne olması mümkün olmayan evli kadınların, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle gebeliklerinin sağlanmasında hukuksal açıdan bir sakınca görülmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve bu yolla bebek sahibi olma, dünyada son 30 yıldır, ülkemizde ise 20 yıldır uygulanmaktadır. İlk tüp bebek 1978'de İngiltere'de dünyaya gelmiştir. Bu güne kadar tüm dünyada 6 milyonun üzerinde bebeğin tüp bebek yöntemiyle dünyaya geldiği ifade edilmektedir. O halde, tıpta yaşanan bu gelişme karşısında hukukun, bu alanı düzenlemesi gereğinin ortaya çıktığı açık ve tartışmasızdır.

Medeni hukukumuzda yer alan (evlat edinme dışındaki) kan bağına dayalı soybağının kurulmasına ilişkin hükümler (TMK. m.285-304); gebeliğin normal cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olması esasına dayanmaktadır. Gebeliğin cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi hali, başka bir ifade ile yapay döllenme ve bunun yol açtığı soybağı sorunları, medeni hukukumuzda düzenlenmemiştir.

Çocukla ana ve baba arasındaki soy bağının, hukukun izin verdiği ve geçerlilik tanıdığı yolla kurulması kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Toplum ve toplumun temelini oluşturan ailenin ve bireylerin soyundaki belirsizlik ve karışıklık, sosyal düzeni bozar. Toplumun, soyu belli bireylerden oluşması düzenin temelidir. Bu bakımdan hukuk, cinsel ilişki dışında; üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanarak sağlanan gebeliklerde, doğacak çocuğun soybağında karışıklığa yol açılmaması için bu tür gebelikleri sıkı denetime tabi tutmuş ve bu konuda bir takım kesin yasaklar getirmiştir.

Aşağıdaki makalede; üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle ilgili ülkemizdeki hukuki düzenleme, yapay dölllenme ve embriyo transferi(tüp bebek) uygulaması, mevzuatın izin vermediği uygulamalar, bunun yol açacağı soybağı sorunları ve bu sorunların, soybağının kurulmasına ilişkin mevcut ve geçerli olan düzenlemeler ile aşılp aşılama-yacağı konusu irdelenecektir.

II- EMBRİYO TRANSFERİ (AKTARIMI) :

1- Gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmesi ve kesinleşme noktası:

Cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi normal koşullarda aşağıdaki seyri izler.

Herhangi bir yumurtalıktan dışarı atılan ve fallop kanalına düşen olgunlaşmış yumurta hücresi (dişi gamet) ile falloba ulaşan erkeğin üreme hücresi (sperm)in birleşmesi yirmi dört saatin altındadır. Dölllenme; sperm hücrelerinden birinin yumurta hücresinin içine girmesiyle başlar. Sperm hücresi, yumurtanın içine girer girmez kuyruğunu yitirir.

Tek bir birim haline geldiğinde şişer ve ufak bir hücre çekirdeği oluşturur. Bu da yumurta tarafından geliştirilen benzer bir hücre çekirdeği ile birleşir. Sperm hücresinin çekirdeğinden gelen yirmi üç adet kromozom, yumurtanın çekirdeğinden gelen yirmi üç adet kromozom ile birleştiğinde döllenme süresi tamamlanmış olur. Böylece kırk altı kromozomdan oluşan yeni bir hücre oluşmuştur. Bu, kadın ve erkeğin kalıtsal özelliklerini birleştiren yeni hücre, doğrudan doğruya döllenme sonucudur ve adına **zigot** denilir. Spermin çekirdeği, yumurtanın çekirdeğiyle birleştikten birkaç saat sonra bu birleşmenin sonucu oluşan zigotta bir iç bölünme süreci başlar. Zigot, kendi içinde önce iki hücreye ayrılır, sonra dört, sekiz, on altı otuz iki v.b. gibi sayılara yani her bölünme ile bir öncekinin iki katına çıkarak devam eder.¹ Bu süreç, zigotu bir hücreler kümesine dönüştürür. Mikroskopla bakıldığında bu küme bir adet dut gibi görünür. Bu küme yavaş yavaş fallop kanalından aşağı inerek döllenmeden yaklaşık yetmiş iki saat (üç gün) sonra dölyatağına varır. Cinsel ilişkiyle **döllenmenin gerçekleştiği alan** fallop borusudur. Bu süre sonunda zigot, blastosist adı verilen bir hücreler balonu haline gelmiştir. Blastosistin gelişimi, dölyatağına vardıktan üç dört gün sonrasına kadar devam eder. Bundan sonra dölyatağının iç duvarına bağlanmaya hazır duruma girer. Döllenmeden aşağı yukarı bir hafta sonra blastosist dölyatağının iç yüzeyini oluşturan besleyici dokulara tümü-

1 Bazı durumlarda zigot, bir dış bölünmeyi gerçekleştirerek, iki ayrı hücreye bölünür ve bu iki ayrı hücre, her biri, diğerinden bağımsız olarak kendi içinde bölünerek çoğalır ve bu iki yeni hücre birbirinden bağımsız olarak gelişimlerini sürdürürler. Sonuçta her ikisi de dölyatağına ulaşır ve burada ayrı ayrı yuvalanırlar. Sonuç, **ikiz gebeliğidir**. Bu durumda ikizlerin her ikisi de aynı yumurtadan ve aynı spermden geldikleri için birbirlerinin aynı olacaklardır. Yani aynı cinsiyetten olacaklar ve tüm diğer bakımlardan da benzeşeceklerdir. Bu durum, **tek yumurta ikizleri olarak bilinir**. Bazı hallerde çok ender olarak aynı anda birden fazla yumurtanın fallop borularına indiği olur. Bu yumurtalar döllendikleri takdirde yine birden fazla embriyon oluşacaktır. Böyle bir gebelik sonunda doğan ikizler, **aynı yumurta ikizlerdir**. Bu şekilde üç bebek birden doğarsa üçüz, sayıları dört olursa dörtüz denilir. Bu bebeklerin her biri ayrı bir yumurtanın ayrı bir sperm hücresiyle birleşmesinden oldukları için farklı cinsiyetten olabilirler ve birbirleriyle olan benzerlikleri, herhangi başka kardeşlerinkinden daha fazla değildir.

le gömülmüştür. Bu sürecin tümüne **yuvalanma** denilir² ve **gebeliğin kesinleşme noktası** sayılır.

Dölllenmiş olan yumurta, doğumda gördüğümüz bebek haline dönüşüncüye kadar üç temel evreden geçer. 1) Yuvalanmadan önceki evre ki bu dönem, döllenme sürecidir. 2) Embriyon evresi³, 3) Dölüt evresi.

Embriyon; büyümekte olan organizmanın yaşamının ikinci haftasıyla sekizinci haftası arasındaki varlığını belirtmek için kullanılır. Bu bir hücreler kümesidir. 2-3 cm. boyuna kadar ulaşır. Gelişme ilerledikçe embriyon ile döllyatağı arasında bir alış veriş işlevi gören plasenta büyümeye başlar. Embriyon plasentaya göbek kordonu ile bağlıdır. Doğumdan hemen sonra göbek kordonu plasentaya bağlı kalır ve onunla birlikte döllyatağından dışarı atılır. Plasenta bir filitre ve koruma görevi görür. Embriyonun (daha sonraki aşamada dölütün) anne karnından besin ve oksijen emmesine, kendi kanından karbondioksit ve diğer gereksiz maddeleri atmasına aracı olur. Bununla birlikte her iki kan dolaşım sistemi birbirinden tamamıyla ayrıdır. Yaşamının ilk ayında insan embriyonu herhangi bir hayvan embriyonundan ayırt edilemez. İkinci ay içinde yavaş yavaş insan görünümünü kazanmaya başlar. Yüz

2 Yuvalanma, ancak belli koşullar altında olabilir. Örneğin, zigot bir blastosist biçimine henüz dönüşmeden döllyatağına ulaşmış ise, yuvalanma mümkün olmaz. Gebelik kesin olarak yerleşmez. Döllyatağının iç duvarı, blastosisti kabule hazır durumda değilse yine aynı şey olur. Her iki durumda da hücre kümesi ölüp çözülecektir. Blastosistin döllyatağı duvarına bağlanmak yerine fallop kanalının içine yada kanın boşluğu gibi döllyatağı dışında herhangi bir yere bağlandığı olabilir. Bu sonuca **dış gebelik** denir. Bu koşullarda yaşayan bir çocuk doğurulması olanaksızdır ve bu durum kadının yaşamı açısından tehlike doğurur. Bundan dolayı dış gebeliğin ameliyatla sonlandırılması gerekir.

3 **Embriyon kavramı**, tıpta; gebeliğin ilk evresi olarak kabul edilir. Gebeliğin ilk sekiz haftalık sürecindeki gelişmekte olan organizmayı tanımlamak için bu terim kullanılır. Zigotun oluşmasından sekizinci haftanın sonuna kadar ki gelişme sürecindeki organizmayı ifade eder. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun, organ ve dokuyu tanımlamıştır. Bu kanunda sözü edilen **organ ve doku deyiminden**, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ve bunları parçaları anlaşılır. (Kanun m.2) Bu kanun, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını yasaklamıştır. Embriyon; bu kanundaki "doku" tanımına girmez. Embriyo nakilleri de bu kanun kapsamında değildir.

biçimlenir, kolları, bacakları ve ayak parmakları gelişir. Fakat bu gelişme noktasında organlar henüz farklılaşmamıştır. Büyümekte olan organizma tümüyle insan görünüşünü kazandığında, embriyon evresinden çıkar, **dö-lüt** (foetus) evresine girer.

Dö-lüt⁴, yaşamının üçüncü ayının başlangıcından doğum anına kadar büyümekte olan organizmayı tanımlamak için kullanılan terimdir. Büyümesi boyunca dö-lüt, her türlü incinmeden çok iyi korunmuş olarak amniyos kesesi denilen içi sıvı dolu bir kese içinde yüzer. Organları belirginleşir. Kan dolaşımı başlar. Altıncı ayın sonunda dö-lüt, artık ortalama 20 cm. boyunda ve ağırlığı da 625 gram civarındadır. Bu sıralarda nefes alıp vermeyi denetleyen beyin merkezleri gelişmeye başlar.

Medeni hukukumuz, cenine (dö-lüt) sağ doğmak koşuluyla mirasçılık hakkı ve medeni haklardan istifade etme hakkı tanımıştır. “cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz.” (TMK. m.582) “Çocuk, hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” (TMK. m.28/2) Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. (TMK. m.28/1) Cenin lehine vasiyet geçerlidir. (TMK. m.583/2) Ceninin nesebini ikrarda bulunmak (tanıma) da geçerlidir. (TMK. m.295/1) Türk Medeni Kanunu 303. maddesinde; babalık davasının çocuğun doğumundan önce de açılacağına hükme bağladığına göre, evlilik dışı cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesinde, ceninin soy bağının tespitine yönelik olarak doğumdan önce babalık davası açılması yasal olarak mümkündür. Ancak bu halde, babalık hükmünün verile-

4 Dö-lüt (foetus); cenindir. (TDK. Türkçe Sözlük)

bilmesi için çocuğun doğumunun beklenmesi, sağ doğma halinde babalığa hükmedilmesi gerekir. Çünkü kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. (TMK. m.28/1) Ölü doğan çocuklar, aile kütüğüne yazılmaz. (5490 s. Nüf. Hiz. K. m.15/6, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.34/2)

2- Yapay dölleme ve tüp bebek (embriyo nakli) uygulaması;

Yapay dölleme⁵; erkeğe ait tohum hücresinin (sperm), cinsel ilişki dışındaki bir yöntemle kadının rahmine yerleştirilmesidir. Yapay dölleme kavramı, cinsel ilişki dışında üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanarak sağlanan döllemelerin tümünü kapsar. Bu tür dölleme; evli çiftlere yapılmış ise, **homolog dölleme**; evlilik dışında (aralarında evlilik ilişkisi bulunmayan erkek ve kadına) uygulanmış ise **heterolog dölleme** söz konusudur. Heterolog döllemede; herhangi bir erkeğin spermi, evli olmayan bir kadının rahmine aktarılmaktadır veya kadın evli olmakla birlikte kocası dışındaki başka bir erkeğin spermleri cinsel ilişki dışında bir yöntemle evli kadının rahmine aktarılmaktadır. Evli bir kadında bu tür döllemeye; genellikle, kocasının kısırlığı (sperm üretmemesi) veya kocanın spermlerinin kalıtsal bir hastalık taşıması hallerinde başvurulur. Evli olmayan kadınlarda yapılan heterolog döllemenin sebebi olarak da, bir erkekle cinsel ilişki

5 Yapay dölleme ilk defa; ikinci dünya savaşı yıllarında uygulama olanağı bulunmuştur. Cepheden izin alıp evlerine gidemeyen Amerikan askerleri, kendilerine, karlarına meni gönderme olanağının sağlanmasını istediler. Önce kararsızlık gösteren doktorlar, sonunda bu isteği kabul ettiler. Savaş boyunca binlerce erkek, her gün ölüm tehlikesiyle karşı karşıya olduğundan "yaşamı bir çocukta sürdürmek" amacı taşıyan böyle bir isteğin uygulanışı, psikolojik ve ahlaki hiçbir engelle karşılaşmadı. Cepheden gönderilen meniler, özel bir yöntemle laboratuvar ortamında yıkanarak, döllemeye elverişli hale getirildi ve sperm sahibi olan erkeğin cephe gerisindeki karısına aktarıldı. Bu yolla, cephedeki bir çok Amerikan askeri çocuk sahibi oldu. ÜYTE (Üremeye Yardımcı Tedavi) tekniklerinin uygulanması sonucu dünyaya gelen çocukların durumu uluslararası alanda ilk defa Avrupa Konseyin (Strasbourg)'de 15-18 Aralık.1996 tarihlerinde gerçekleştirilen Üçüncü Biyoetik Sempozyumunda ele alınmıştır.

kurmadan çocuk sahibi olma isteği veya evlilik dışı bir cinsel ilişki yerine yapay döllenmenin tercih edilmesi gösterilmektedir.

Yapay döllenme konusu, ülkemizde “**remeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği**” ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelik, homolog döllenmeye izin vermektedir. heterelog döllenmeye ülkemizde izin verilmemiştir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde; gebelik, normal cinsel ilişki dışında gerçekleştirilmektedir. Bu ya; erkeğe ait üreme hücresinin (spermin), kadının dölyatağına yerleştirilmesi suretiyle (yapay döllenme) olur veya erkeğin spermi (tohum hücresi) ile kadının yumurtasının insan vücudu dışında bir laboratuvar ortamında birleştirilmesi ve döllenmenin gerçekleşmesinden sonra oluşan embriyonun tutunup gelişmesi için yumurtanın sahibi olan kadının rahmine nakledilmesi (**embriyo nakli**) suretiyle olur. **Embriyo naklinde**; erkeğin sperm hücresi ile kadının yumurta hücresi insan vücudu dışında laboratuvar ortamında birleştirilerek döllenme gerçekleştirilmekte, bu yolla oluşan embriyo, belirli bir süre sonra kadının rahmine aktarılmaktadır. Bu yöntem, “**tüp bebek**” uygulaması olarak da bilinir. Demek ki; erkeğin tohum hücresi ile kadının yumurtasının insan vücudu dışında laboratuvar ortamında birleştirilmesiyle döllenmenin gerçekleşmesinden sonra oluşan embriyonun, yumurtanın sahibi kadının dölyatağına aktarılması, **embriyon naklidir** Embriyolar, iki hücreli aşamadan çok hücreli (blastosist) aşamasına kadar herhangi bir dönemde rahime (dl yatağına) taşınır. Tıpta en sık tercih edilen taşınma zamanı, embriyonların 4-8 hücreli aşamaya geldikleri, döllenmeyi izleyen ikinci veya üçüncü gündür.

Aşılama; spermelerin yumurta ile buluşmasını kolaylaştırmak için uygulanan bir yöntemdir. Rahim içi inseminasyon diye bilinir. Bu işlem için erkekten (kocadan) semen (meni) örneği alınır. Laboratuvar koşullarında özel bir yöntemle yıkanarak yalnızca sağlıklı, canlı ve hareketli spermeler elde edilir ve özel bir boru vasıtasıyla, kocanın evli olduğu kadının dölyatağına (rahmine) verilir. Döllenme bu şekilde sağlanır. Aşılamadaki amaç; rahim ağzını devre dışı bırakarak daha fazla sayıdaki sağlıklı spermi dölyatağına ulaştırmak ve buradan da tüplere ulaşmasını sağlayarak gebelik şansını artırmaktır.

3- Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği:

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden kastedilen; anne adayının yumurtası ile kocanın spermını (tohum hücrelerini) çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde insan vücudu dışında laboratuvar ortamında döllenmesini sağlayıp, gametlerin⁶ veya embriyonun anne adayının genital organlarına (döl yatağına) transferini ifade eden modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilmiş olan uygulamaların tümüdür. Bu alana temas eden mevzuatımızdaki yürürlükte olan temel düzenlemeler;

a) 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin 3. fıkrası;

b) 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun,⁷

6 İnsan üreme hücrelerine (kadınlarda ovum, erkeklerde sperm) gamet denir. Kadın üreme hücresine (yumurta) dişi gamet, erkek üreme hücresine de erkek gamet (sperm) denir.

7 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun; 3.6.1979 tarihli 16665 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

c) Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi)⁸

d) Sağlık Bakanlığınca çıkarılan ve yürürlüğe konulan “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”dir.

Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin 3. fıkrasına göre; “yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Sözlü rıza geçerli değildir. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” Aynı hüküm; yürürlükten kaldırılmış olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde 14.11.1990 tarihinde 3678 sayılı yasayla yapılan değişiklikle yasanın 23. maddesine ilave edilmişti. Hüküm, “insan kökenli biyolojik maddeden” söz etmiş, insan kökenli biyolojik madde kapsamında nelerin yer aldığını göstermemiştir. Maddenin gerekçesinde; “... Yürürlükteki maddenin üçüncü fıkrasına 3678 sayılı yasayla ilave edilen bu hükmün, ülkemizde bu konu ile ilgili özel bir kanun olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun varken, aynen korunmasının isabetli olup olmadığı tartışılabilirse de kişi haklarının korunması açısından madde metninde yer almasının uygun görüldüğü...” belirtilmektedir. Madde gerekçesinde yer alan bu açıklamaya göre, nelerin insan kökenli biyolojik madde olduğu belirlenirken; sözü edilen 2238 sayılı kanuna başvurulmalıdır. Bu kanuna göre,

8 “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” (İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi); Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerce 4.Nisan.1997 tarihinde Oviedo’da (İspanya) imzalanmıştır. Türkiye, 3.12.2003 tarihli 5013 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuş, Sözleşme, uygun bulma kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulu’nun 16.3.2004 tarihli 2004/7024 sayılı kararıyla onaylanmıştır. (Bakanlar Kurulu’nun onay kararname 20.4.2004 tarihli 25439 sayılı R.G.’de , Sözleşmenin Türkçe metniyle birlikte yayınlanmıştır.)

“... organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır...”⁹ 23. madde, bunun için **verici ile alıcının** birbirleriyle **evli** olmaları koşulunu da aramamıştır. Doku alma ve vermenin ve naklinin mümkün olduğunu, ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, bu edimini yerine getirmesinin istenemeyeceğini, bu yüzden maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağını hükme bağlamıştır.

Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. (m.1) Bu kanuna göre, organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. (m.2) Kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi değildir. Embriyo veya cenine ait organ ve dokular, bu kanunun kapsamı dışındadır. Kanuna göre, bir bedel veya başka bir çıkar karşılığı organ ve doku alınması ve satılması yasaktır. (m.3) Kanun, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını yasaklamıştır.(m.5) On sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için de, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak önceden verilmiş yazılı ve imzalı beyanı (rızası) olmalıdır veya iki tanık huzurundaki sözlü beyanının tutanağa geçirilip verici tarafından imzalanması ve bu tutanağın hekim tarafından onaylanması zorunludur. (m.6)

9 **Organ**; biyolojide belirli bir görevi veya görevler bütünü yapan doku gurubudur. Doku ise, bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünüdür. **Organ veya doku nakli**, bir bağışlayıcıdan (vericiden) bir alıcıya iyileştirme amacıyla doku veya organların nakledilmesidir. **Histoloji (doku bilimi)**, dokuların özelliklerini inceleyen bilim dalıdır.

Kanuna göre; bir kimse, sağken, vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtebilir. Belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise, ölümü anında, yanında bulunan eşi, ergin çocukları, ana veya babası veya varsa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. (m.14) Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında, kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse, ölüden hiçbir şekilde organ ve doku alınamaz. (m.14/son)

2238 sayılı Kanun, tedavi amacından söz ettiğine göre, üremeye yardımcı tedavi amacıyla doku alınması, saklanması ve aşılanması ve doku nakli bu kanun kapsamında ve yasal olarak mümkündür.

“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”ni (kısaca; **İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi**) Türkiye 4.4.1997’de imzalamış ve Sözleşmenin onaylanması 3.12.2003 tarihli 5013 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, bu kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulu’nun 16.3.2004 tarihli 2004/7024 sayılı kararıyla Sözleşme onaylanmıştır. Sözleşmenin Türkçe resmi metni, 20.4.2004 tarihli 25439 sayılı R.G.’de yayınlanmıştır. Türkiye katılmakla, bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. maddesi gereğince “iç hukuk” kuralı haline gelmiş ve doğrudan uygulanabilirlik kazanmıştır Bu Sözleşmeye göre; biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir. (Söz. m. 15) Sözleşme; sadece

araştırma amacıyla insan embriyonlarının yaratılmasını yasaklamıştır. (Söz. m.18) Sözleşmeye göre; insan genomunu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece amacının, herhangi bir alt soyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir. (Söz. m.13) Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla tıbben destekli döllenme tekniklerinin kullanılmasından kaçınılacaktır. (Söz. m.14) Sözleşmeye göre, muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamaz. İstisnai olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden, kendisini yenileyen dokuların alınmasına bazı hallerde izin verilebilir. Eğer, alıcı, vericinin erkek veya kız kardeşi ise, bağış, alıcının hayatını kurtaracak ise, muvafakat yeteneği bulunan uygun bir verici yok ise, muvafakat yeteneği olmayan bir kimseden kendisini yenileyen dokuların alınmasına izin verilebilir. (Söz. m.20) Sözleşme, insan vücudu ve onun parçalarının bu nitelikleri dolayısıyla ticari kazanç sağlanmasına konu olamayacaklarını hükme bağlamıştır. (Söz. m.21)

Embriyo nakli ve tüp bebek konusunda karşımıza çıkan mevzuat Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 19.11.1996 tarihli 22822 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe konulan uygulamada “**Tüp Bebek Tedavi Yönetmeliği**” olarak bilinen “**Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği**” dir.

Eşlerdeki kusur sebebiyle tabi ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı takdirde çocuk sahibi olamayan **evli çiftlerden** tıbben uygun görülenlerin, yardımcı üreme tekniği vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarının sağlanması amacıyla hazırlanan ve 19.11.1996 tarihinde

yürürlüğe konulan bu yönetmelik, 8.7.2007 tarihli 25869 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan yönetmelikle değişiklik görmüştür. Bu yönetmelik 6 Mart 2010 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış, bu tarihten geçerli olmak üzere “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları, ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” yürürlüğe konulmuştur. (R. G. 6.3.2010, sayı:27513) Bu yönetmeliği göre;

1- Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (bu arada tüp bebek yöntemi), **resmen evli olan çiftlere rıza vermeleri** koşuluyla uygulanabilir. Başka bir ifade ile, evli bir erkeğin spermi, ancak eşinin yumurtasıyla hariçte birleştirilebilir. Eşi dışında başka bir kadından alınan yumurtalar, erkeğin spermiyle döllendirilemez. **Yumurta başışı¹⁰** yasaktır.

2- Evli bir kadının yumurtası da, ancak eşinin spermiyle birleştirilebilir. Kocasını dışında başka bir erkeğin spermiyle döllendirilemez. Başka bir ifade ile **sperm başışı¹¹** da yasaktır.

İşte tüp bebek tedavisinde evli çiftlerin, başkasına ait yumurta ve spermeleri kullanmaları yasaklanmıştır. Evli çiftler, yalnızca kendi yumurta ve spermeleriyle tüp bebek tedavisine alınabilirler..

10 Gebelik olabilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekir. **Yumurta, sperm ve rahim.** Eğer kadında yumurta ve erkekte sperm sağlanamıyorsa gebelik oluşmayacaktır. Eksik olan yumurta veya spermün müstakbel ana ve baba dışında üçüncü bir kişiden alınması işlemine "donasyon" adı verilmektedir. **Yumurta başışında;** kadının yumurta üretiminin bozuk olduğu veya hiç yumurtasının olmadığı durumlarda; başka bir kadından alınan yumurta, alıcının kocasının spermeleriyle döllendirilerek embriyon elde edilmektedir. Yumurta başışının en çok uygulandığı hasta grubu yumurtalık fonksiyonları bitmiş veya over rezervinin düşük olduğu kadınlardır. Burada yumurta başışlayan kişi "donör", yumurtayı kullanan kişi ise "alıcı" olarak nitelendirilir. Kadında yumurta üretiminin bozuk olduğu durumlarda donörden alınan yumurta, alıcının eşinin spermeleriyle döllendirilerek embriyon elde edilir. Bu yöntem, Avustralya, İngiltere, Belçika, İsrail, Amerika ve Kuzey Kıbrıs'ta serbest olarak uygulanmaktadır.

11 **Sperm başışında ise;** erkek çeşitli, nedenlerle sperm üretmemektedir. Bu halde başka bir erkekten alınan spermeler, evli kadının yumurtası ile döllenerek embriyon elde edilmekte veya bu yolla gebelik sağlanmaktadır. Bu yöntem, Yunanistan, Girit, Belçika, İsrail ve İngiltere’de serbest olarak uygulanmaktadır.

3- Evli çiftlere ait sperm ve yumurtanın, birleştirilerek döllenişle oluşan embriyonun, döllenen yumurtanın sahibi olan kadının dışında başka bir kadının genital organlarına (döl yatağına) yerleştirilmesi de, başka bir ifade ile **taşıyıcı annelik de yasaktır.**

Evli çiftlerin başkalarından üreme hücreleri almaları veya kendi üreme hücrelerinin döllenişle oluşan embriyonun başka bir kadına (taşıyıcıya) nakledilmesi yasaklanmıştır. Bu nedenle taşıyıcı annelik sözleşmeleri, bu emredici düzenleme karşısında kanuna, kişilik haklarına, ahlaka ve adaba aykırı sözleşmelerden sayılır. Yasal açıdan kesin hükümsüz (batıl) sözleşmelerdendir. (B.K. md. 20)

4- Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve sperm ile bunların döllenişle oluşan embriyolar, bir başka maksatla kullanılamaz veya başka adaylarda kullanılamaz, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılamaz.

Başka bir ifade ile; karı ve kocadan alınan yumurta ve spermin, insan vücudu dışında laboratuvar ortamında birleştirilerek döllenişle oluşan embriyo, ancak yumurta sahibi kadının dölyatağına (rahmine) transfer edilebilir. Başka bir kadının rahmine taşınmaz. Bu yolla, eşlerden birden fazla embriyo elde edilmiş olsa bile, yumurta ve spermin sahibi evli çiftlerin (karı ve kocanın) rızaları alınmış olsa da, bu embriyolar, başka bir kadının dölyatağına transfer edilemez. Yasak olmasına rağmen, böyle bir transfer yapıldığı takdirde, yumurta sahibi olmayan kadının (taşıyıcının) doğurduğu çocuk üzerinde, genetik malzemeyi verenin analık hakkı yoktur.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile bunların birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyoların, yönetmelikte belirtilenler dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Başka bir ifade ile ülkemizde **üreme hücreleri ve gonad dokuların saklanması yasaklanmıştır. Sperm bankacılığı ve kadın üreme hücresi (yumurta) bankacılığı ve embriyo bankacılığı yasaklanmıştır.** Ancak tıbbi zorunluluk hallerinde üreme hücreleri gonad dokuları saklanabilir. Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için yine kullanılamaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu; hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın kişiden doku alınmasını (TCK.m. 91) doku alım satımını, doku saklanması, nakledilmesini veya aşılmasını cezai yaptırıma bağlamıştır.

5-Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ilişkin yönetmelik; en fazla üç embriyo transferine izin vermektedir. Ve embriyoların beş yıldan daha uzun süre dondurulmasına ve saklanmasına da izin vermemiştir.

6-Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak adaylardan fazla embriyo alınması durumunda, alınan bu embriyolar eşlerden her ikisinin rızası alınarak beş yılı geçmemek üzere dondurularak saklanabilir. Beş yılı geçmemek üzere; tedaviyi uygulayan merkez tarafından tespit edilecek süre içinde her iki eşin rızası alınarak, dondurulan bu embriyolar aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya süre dolmadan önce eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde beş yıldan önce, saklanan ve dondurulan embriyolar derhal imha edilir.

Sözü edilen yönetmelik, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile, bunların birleştirilerek dölleniyle oluşan insan embriyonlarının, yönetmelikte belirtilenler dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulmasını, kullanılmasını ve nakledilmesini kesin olarak yasaklamıştır. Buna göre; insan üreme hücrelerinden elde edilen embriyonlarının, hayvanlara nakledilmesi; insan ve hayvan gametlerinin karıştırılarak embriyon elde edilmesi mümkün değildir.

III- MEDENİ HUKUKUMUZA GÖRE SOYBAĞININ KURULMASI:

1) Soybağının tanımı:

Medeni Kanunda soybağının tanımı yapılmamıştır. Öğretide **soybağı**; dar anlamıyla, kişiyi ana ve babasına bağlayan hukuki bağ olarak tanımlanmaktadır.. Hukuki bağdan kastedilen, yürürlükteki hukuk düzeninin tanıdığı ve geçerlilik verdiği ve hukuki sonuç bağladığı bir bağı ifade etmek için söylenmektedir. **Geniş anlamıyla soybağı ise**, bir kimse ile onun üst soyu arasında doğal ve hukuksal bağlantıdır. Başka bir ifade ile geniş anlamıyla soybağı; birbirlerinden türeyen kimseler arasındaki hısımlık ilişkisidir.

Kan hısımlığı, üst soy ile alt soy arasında doğumla kurulan hısımlıktır. Kan hısımlığının derecesi de hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur.(**TMK. m.17/1**) (örneğin ana ve baba ile çocuklar, çocukların çocukları (torunlar) ve onların çocukları arasındaki hısımlık kan hısımlığıdır), Biri diğerinin sülbünden gelme halinde **altsoy-üstsoy kan hısımlığı**, ortak kökten gelenler arasında ise **yansoy kan hısımlığı** söz konusudur. (baba ve anne ile çocukları arasında, büyük babalar ile ve büyükannele torunları ve torunlarının çocukları

arasında üstsoy-altsoy kan hısımlığı, kardeşler veya kardeşlerin çocukları arasında yansoy kan hısımlığı söz konusudur.)

Kayın hısımlığı ise; eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasındaki hısımlıktır.(TMK.m.18) Örneğin evli erkekle; eşinin baba ve anası arasındaki hısımlık birinci derecede kayın hısımlığıdır. Yine evli kadınla, kocasının ana ve babası arasındaki hısımlık, birinci derecede kayın hısımlığıdır. Evli erkekle, karısının erkek ve kız kardeşleri arasındaki hısımlık ise yan soy kayın hısımlığıdır. Evli kadınla, kocasının erkek ve kız kardeşleri arasındaki hısımlık yansoy kayın hısımlığıdır.

Dar ve teknik anlamda soybağına ilişkin davalardan kastedilen, esasında çocuğun babaya bağlanmasına ilişkin bu bağı kurmaya yönelik davalardır. Çocukla, ana arasındaki soybağı doğal bir olay olan doğumla kendiliğinden (bir hükme ihtiyaç olmaksızın) kurulmaktadır. Çocuğu kim doğurmuşsa anası odur.

Çocukla ana ve baba arasında soybağının hukukun tanıdığı ve geçerlilik verdiği şekilde tesis edilmiş olması, ona bağlanan hukuki sonuçların meydana gelmesi için zorunludur. Başka bir ifade ile soybağına bağlı hüküm ve sonuçların meydana gelmesi için, çocukla ana ve baba arasında hukuk düzenin geçerlilik tanıdığı şekilde bir soybağının kurulmuş olması gerekir.

Örneğin ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı, çocuğun ana ve babaya veya onların üst soyuna mirasçı olması, ana ve babanın da çocuğa mirasçı olması, ana ve babanın nafaka yükümlülüğü çocukla ana ve baba arasında hukuk düzeninin kabul ettiği ve geçerlilik verdiği şekilde bir soybağı kurulmuş ise söz ko-

nusu olur. Eğer, çocukla ana ve baba arasında soybağı kurulamıyorsa, bu sayılan hak ve yükümlülükler doğmaz.

2-Soybağının kurulması:

a-Çocuk ile ana arasındaki soybağı:

Medeni hukukumuzda göre; çocuk ile ana arasındaki soybağı **doğumla ve kendiliğinden** kurulur. (TMK.m.282/1) İster evlilik içinde doğmuş olsun, ister evlilik dışında doğmuş bulunsun, **çocuğu doğuran kadın, o'nun anasıdır**. Şu halde, doğal bir olay olan doğum, çocuk ile ana arasında soybağının kendiliğinden tesis etmektedir. Bunun için ayrıca bir hükme veya beyana gerek bulunmamaktadır. Çocuğu kim doğurmuşsa anası odur. Doğumla çocuk ile ana arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmuştur. Babanın, çocukla arasındaki soybağının reddetme hakkı olduğu halde; doğuran kadının, doğurduğu çocuğu reddetme hakkı bulunmamaktadır. Çocuğun da kendisini karnında taşıyıp doğuran kadının analığını reddetme hakkı bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulduğu için; ananın, doğurduğu çocuğun soybağının reddetmesi, çocuğun da anasıyla arasındaki soybağının reddetmesi hukuken mümkün değildir. Evlilik dışında doğan çocukla baba arasındaki soybağı, ana ile evlilik, tanıma ve hakim kararıyla (babalık hükmü) kurulduğu halde, örneğin hukukumuzda; tanıma, ana için söz konusu değildir.¹² ya da “analık davası” diye bir dava yoktur.

12 *Meşru Olmayan Çocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait 12.Eylül.1962 tarihli Brüksel Sözleşmesini, Türkiye imzalamış ve onaylamıştır. (Bk. 11.10.1965 tarihli 12123 sayılı R.G.) Bu Sözleşme; evlilik dışı çocukların ana bakımından nesebinin tesisine ilişkin Akit Devletler için ortak kuralları ihtiva etmektedir. Sözleşme; evlilik dışı çocuğun doğum belgesinde anası olarak gösterilen şahsı, ana ile çocuk arasında nesebin (soy bağı)nın

“Çocuğun anası onu, doğuran kadındır” kuralı kesin ve hukuksal sonuç doğuran bir kuraldır. Ana yönünden soybağı olmayan (**ana yönünden nesepsiz**) çocuk yoktur. Ana her zaman bellidir. Sadece anası ve babasının kim olduğu belli olmayan çocuk vardır. Esasında, **anası belli olmayan çocuğu da doğuran bir kadın vardır.** Ancak bunun kim olduğu belli değildir. Ananın (doğuran kadının) kim olduğunun daha sonra saptanması durumunda sadece o kadının çocuğu olduğu olgusu açıklığa kavuşur. Bulunmuş çocuğun anası ile soybağı, esasen doğum vakasıyla kendiliğinden kurulmuştur. Böyle bir çocukla anası arasındaki soybağının kurulması için yargısal bir karara ihtiyaç yoktur. O kadından doğduğuna ilişkin saptama (tespit) kararı yeterlidir. “..Ben doğurdum..” diyerek çekişme çıkaran iki kadından hangisinin çocuğu doğurduğu çekişmesi, **yargıç kararıyla çözümlenir.** Doğuran kadının bunlardan hangisi olduğunun tespitine ilişkin dava da, bir soybağı davası değil, hukuki vakıayı tespit ve buna bağlı olarak nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin bir davadır. Buna ilişkin sav, her türlü delille ispatlanabilir. Bunun kanıtlanması için yasa da herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Başka bir ifade ile çocuğun doğuran kadının tespitine yönelik dava, (ananın kim olduğunun tespiti davası) zamanaşımı veya hak düşürücü süreye tabi değildir.

Ülkemizde oldukça yaygın olan evli bir erkeğin, gayriresmi olarak yaşadığı (imam nikahlı ya da nikahsız) başka bir kadından doğan çocuğunu, gerçeğe aykırı olarak resmi karısı doğurmuş gibi (gerçek dışı

belirlenmesi bakımından yeterli kabul etmiştir. “..Bir şahıs, gayri meşru çocuğun doğum ilmi haberinde onun anası olarak gösterilmiş ise, ana bakımından nesep bu şekilde taayyün eder..” (Söz. m. 1/1) Çocuğun doğum belgesinde anası gösterilmemişse, ana ile çocuk arasında soybağının kurulması için Akit Devletlerden birinin yetkili makamı önünde ananın tanıma beyanında bulunması gerektiğini öngörmektedir. (Söz. m. 2) Bizim iç hukukumuzda, çocuk ile anası arasındaki soy bağının kurulması için doğum olayı dışında başka bir işleme gerek yoktur.

beyanla) nüfusa kaydettirmiş olması durumunda, çocuğun anasının resmi nikahlı eş olmayıp, nikahsız kadın olduğu şeklindeki dava; nüfus kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesi niteliğinde olup hiçbir süreye tabi olmadan her zaman açılabilir ve bu husus her türlü delille de kanıtlanabilir. Böyle bir davayı; çocuğun anası (onu doğuran kadın), çocuğun kendisi, ölmüşse altsoyu ve nüfus kaydında kayden anne olarak görünen kadın veya ölmüşlerse bunların (ana, kayden ana ve çocuğun) mirasçıları açabilirler.

Evlilik içi yada evlilik dışı doğumda çocuğun anası, **doğuran kadın** olduğu için; evli çiftlere ait olmayan, başkalarına ait yumurta ve sperm birleştirilerek dölleniyle embriyon elde edilmiş, bu yolla elde edilen embriyo, yumurtanın sahibi olmayan evli kadının rahmine transfer edilmiş ise; bu taktirde, (yapay dölleni uygulama sırasında), nüfus kütüğüne “anne” olarak kaydedilecek olan da, **yumurta anası değil, taşıyıcı anne olacaktır. Çünkü onu doğuran kadın taşıyıcı anadır. Başka bir ifade ile** çocuğu doğuran kadın, onun yumurta anası değil ise, (yumurta anası ile doğuran kadın farklıysa) çocuğun anası, yumurta anası değil, taşıyıcı annedir. Eş deyişle onu doğurandır. Böyle bir durumda **hukuk, genetik malzemeyi veren kişiyi, “ana” olarak kabul etmemiş ve bu kişi ile çocuk arasında biyolojik bağa geçerlilik vermemiştir. Böyle bir halde, genetik malzemeyi veren kişi ile çocuk arasında soybağı kurulmamış olduğu için; genetik malzemeyi verenin;**

- çocuk üzerinde herhangi bir velayet hakkı yoktur.

- çocuk, bu kişinin mirasçısı, bu kişi de, çocuğun yasal mirasçısı olamaz.

- çocuk ile bu kişi arasında altsoy-üstsoy hısımlık ilişkisi kurulmamıştır
- bu kişinin çocuğa karşı, çocuğun da bu kişiye karşı nafaka ödeme yükümlülüğü bulunmamaktadır.
- Bu kişi, çocuk adına dava açamaz. (çocuğu temsil edemez.) çocuğun mallarını yönetme kullanma ve onlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı yoktur.
- Bu kişinin “çocuğun anası” benim diyerek analık davası açma hakkı da yoktur. Bu hak ve yükümlülükler, çocuğu doğuran kadın kim ise ona aittir.

b- Çocuk ile baba arasındaki soybağı:

Çocuk ile baba arasındaki soybağı ise; çocuğun evlilik içinde doğmuş olması ile evlilik dışında doğması halinde farklıdır.

aa) Çocuk; evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden (sona erme; ölüm veya hakim hükmüyle olur.) başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ise, **o'nun babası kocadır.(TMK. m.285/1)**

bb)Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı;

- 1- Ana ile evlilik, (TMK. m.292, 292)
- 2- Tanıma, (TMK. m.295, 296)
- 3- Hakim kararıyla (babalık hükmüyle) (TMK. m.301, 302) kurulur.

Evlatedinmede; evlat edinenle, evlatlık arasında soybağı kurulur. Ancak bu soybağı; kan bağına dayanmaz. (TMK. md.282/3) Bu husus konumuz dışındadır.

aa) Evlilik içinde doğumda soybağı;

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden (sona erme; ölüm, evliliğin iptali veya boşanma kararıyla olur.) başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.(TMK. m.285/1)

Kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üç yüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar. (TMK. m.285/3) Bu **babalık karinesidir**.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. (TMK. m.285/2)

Koca, soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütebilir. (TMK. m.286/1)

Çocuk da, dava hakkına sahiptir. (286/2)

Dava açma süresinin geçmesinden önce; kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi yada sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde; kocanın alt soyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi soybağının reddi davası açabilirler. (TMK. m.291/1) Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde; kanun, kocanın alt soyuna, anası ve babasına soybağının reddi

davasası açma hakkı tanındığı halde, **kardeşlerine bu hakkı tanıma-
mıştır**. Bu konuda hüküm boşluğu mevcuttur.

Çocuk, evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. (TMK. m.287/1)

Kanun koyucu; çocuğun hangi hallerde “ana rahmine düşmüş” sayılacağını da göstermiştir. Buna göre; evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra doğan çocuk evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır. (TMK. m.287/2)

Çocuk, evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmüşse, Bu durumda, davacının başka bir kanıt getirmesi gerekmez. (TMK. m.288/1) Bu halde, babalık karinesi geçerliliğini yitirir. Bu çocuk hakkında açılan soybağının reddi davasında; çocuğun evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düştüğünün kanıtlanması durumunda, çocukla baba arasındaki soybağının reddine karar verilir. Ayrıca gen ve doku araştırmasına lüzum bulunmamaktadır. Ancak, gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar varsa, kocanın babalığına ilişkin karine geçerliliğini korur. (TMK. m.288/2)

Çocuk, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da, bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. (TMK. m.290/1)

Bu karine; ikinci evlilikteki kocanın açtığı soybağının reddi davasıyla çürütülürse, İlk evlilikteki koca baba sayılır.(TMK. m.290/2)

Soybağının reddine ilişkin hüküm, inşai niteliktedir ve çocuğun doğumu anından itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir ifade ile doğum anından itibaren soybağı ilişkisi ortadan kalkar.

bb) Evlilik dışında doğum halinde soybağı;

1) Sonradan evlenmeyle soybağının kurulması:

Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi halinde, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur.(TMK. m.292)

Bu halde, herhangi bir hakim hükmüne veya babanın çocuğu tanımmasına gerek kalmaksızın çocuk ile baba arasında soybağı ana ve babanın sonradan evlenmiş olmasıyla kurulmaktadır.

Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar. (TMK. m.293/1)

Bildirimin yapılamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmasını engellemez. (TMK. m.293/2)

Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babası evlenmeden önce, babası tarafından tanınmış veya babalığa hükümlerle soybağı kurulmuş ise, bu çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru, herhangi bir bildirim gerek kalmaksızın kendiliğinden (resen) gerekli işlemi yapar. (TMK. m.293/3)

Türkiye'nin taraf olduğu "Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında 1970 tarihli Roma Sözleşmesi"¹³, babanın veya ananın milli kanunları, bu kişilerin evlenmesiyle evlilik dışı doğan bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi sonucunu doğuruyorsa, sonradan evlenme yoluyla nesep düzeltmenin bütün akit devletlerde geçerli olacağını öngörmektedir. (Söz. md. 1, 2)

Ana ve babanın yasal mirasçuları, çocuk ve C. Savcısı, sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz edebilirler. İtiraz eden kocanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür. (TMK. m.294/1)

Çocuğun alt soyu da, çocuğun ölmüş yada ayırt etme gücünü sürekli kaybetmiş olması halinde itiraz hakkına sahiptir. (TMK. m.294/2)

2) Tanıma yoluyla soybağının kurulması:

Evlilik dışında doğmuş bir çocuk, babası tarafından tanınabilir. Tanıma halinde de çocuk ile baba arasında soybağı kurulur.

Tanıma ; babanın, nüfus veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur. (TMK. 295/1)

Yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi; evlilik haricinde doğan çocuğun babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi olarak yoksun bulunması halinde babasının

13 "Evlenme ile Nesep Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme" Milletlerarası Ahvali Şahsiye (Kişi Halleri) Komisyonu tarafından 10 .9. 1970 tarihinde Roma'da imzalanmıştır. Türkiye, Sözleşmeyi 17.4.1975 tarihli 1882 sayılı Kanunla onaylanmasını uygun bulmuş, Bakanlar Kurulunun 21.5.1975 tarihli 7/10030 sayılı kararıyla onaylamıştır. Sözleşme, 22.9.1975 tarihli 15364 sayılı R.G.'de yayınlanmış, Türkiye bakımından 2.5.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme halen yürürlüktedir. Bu sözleşmeye; Türkiye'den başka İtalya, Avusturya, Fransa, Yunanistan, Hollanda, İsviçre ve Lüksemburg taraftır. (bk. R.G. 22.9.1975 tarih ve 15364 sayı.)

babası (dede) tarafından tanınabileceğini (743 s. TKM.m.291/1) hükme bağladığı halde; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu; “tanımanın, babanın ...beyanıyla olacağını...” hükme bağlamış, babanın vefatı halinde babanın babasına tanıma beyanında bulunma hakkını yeni Medeni Kanun vermemiştir. Bu boşluk, yasa koyucu tarafından bilinçli olarak mı bırakılmıştır, başka bir ifade ile yasa koyucunun iradesi mi bu yöndedir. Bu husus tartışmaya açıktır. Ancak, babanın vefatı halinde, babanın babasına (büyükbabaya) tanıma beyanında bulunma hakkı tanınmamış olması, yeni Medeni Kanununun önemli bir eksikliğidir.

Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir. (TMK. m.295/2)

Başka bir erkekle soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz. (TMK. m.295/3)

Beyanı alan nüfus memuru, aile hakimi, tanımaya ilişkin resmi senedi düzenleyen noter veya vasiyetnameyi açan sulh hakimi, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir. (TMK. m.296/1)

Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı, çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir. (TMK. m.296/2)

Tanıyan; yasada öngörülen süre içinde tanıma beyanının yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle iptalini isteyebilir. İptal davası anaya ve çocuğa karşı açılır. (TMK. m.297)

Ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde alt soyu, C. Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanımanın iptalini dava edebilirler. Dava, tanıyana, tanıyan ölmüşse, mirasçılara karşı açılır. (TMK. m.298)

Davacı, tanıyanın baba olmadığını ispatla yükümlüdür.

Ana veya çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan iptal davasında ispat yükü, tanıyanın gebe gelme döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuna ilişkin inandırıcı kanıtları göstermesinden sonra doğar. (TMK. m.299)

Türkiye, “Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşmeye”¹⁴ ve “Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabul Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkındaki Sözleşmeye”¹⁵ taraftır. Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşmeye göre; evlilik dışında doğan bir çocuğun tanınmasının asli şartları ile ehliyeteye ilişkin şartları tanıyanın veya çocuğun işlem sırasındaki milli kanununa veya mutata mesken kanununa tabidir. (Söz. md. 1) Tanımanın şekil şartları birinci maddede öngörülen kanunlardan birine veya tanımanın yapıldığı yer kanununa tabidir. (Söz. md.2) Bu sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılmış tanımalar, bütün akit devletlerce geçerli kabul edilmiştir. Bu Sözleşmeyi Türkiye aşağıdaki

14 “Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşmeyi” Türkiye, Sözleşmenin 4. maddesinin (b) ve (e) bentlerine rezerv koyarak, 26.3.1987 tarihli ve 3337 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 27.4.1987 tarihli ve 87/1725 sayılı kararıyla onaylamıştır. Sözleşme 7.7.1987 tarihli 19510 sayılı R.G.’de yayınlanmıştır. Türkiye bakımından, 25.9.1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmeye Türkiye’den başka Almanya, Belçika, Lüksemburg, İtalya, Fransa ve Yunanistan taraftır.

15 “Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabul Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme” nin onaylanması 30.4.1964 tarihli 461 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunun 23.7.1969 tarihli ve 6/12149 sayılı kararıyla onaylanmıştır. Onaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararında Sözleşmenin Türkiye bakımından 21.7.1965 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu sözleşme on yıllık süreyle akdedilmiştir. Feshi ihbar edilmedikçe on yıldan on yıla kendiliğinden yenileneceği kararlaştırılmıştır. (Söz. md. 11/2) Türkiye, bu güne kadar feshi ihbarda bulunmamıştır. Yürürlüktedir.

ihirazi kayıtla onaylamıştır. “Evlilik dışında doğan çocuk fücür mahsulü¹⁶ ise veya tanıma hiçbir yazılı şekle uyulmaksızın yapılmış ise” Bu iki halde Türkiye, sözleşmeyi uygulamamak hakkını saklı tutmuştur.

İkinci sözleşme ise, taraf devlet vatandaşlarının evlilik dışı çocuklarını, kendi ülkelerinde tanır gibi, diğer akit devletler ülkesinde tanımalarına müsaade olunmasını ve bu hususta gerekli kolaylıkların gösterilmesi amacıyla akdedilmiştir. Bu sözleşme “nesepli tanıma” ve “nesepsiz tanıma” ayırımını ortaya koymuştur. Nesepli tanıma; bir kişinin evlilik dışı bir çocuğun babası olduğunu beyan etmesidir. Nesepli tanımada, çocukla, tanıma beyanında bulunan kişi arasında hukuki bir neseplik bağı kurulmaktadır. Nesepsiz tanımada ise böyle bir bağ kurulmaz.

3) Babalık hükmüyle soybağının kurulması:

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı hakim hükmüyle de kurulur. (Babalık davası) Çocuk ile baba arasındaki

16 **Fücür mahsulü çocuk;** birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuklardır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 292. maddesi “birbirleriyle evlenmeleri memnu olan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocukların tanınamayacağını” hükmüyle bağlamıştır. Bu maddede yer alan “... erkek ve...” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 28.2.1991 tarihli 15/5 sayılı kararıyla iptal edildi. (Anayasa Mahkemesinin iptal kararı 27.3.1992 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.) İptal kararından sonra 292. madde, “...birbirleriyle evlenmeleri memnu olan veya evli kadınların zinasından doğan çocuklar tanınamaz.” şeklinde kaldı. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 292. maddesi yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girinceye kadar bu şekilde yürürlükte kaldı. 1.Ocak.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda “birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuklar tanınamaz” hükmü yer almamıştır. Sadece, “...başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz” hükmü mevcuttur. (TMK. md. 292/3) Yeni Medeni Kanunda yer alan bu düzenlemeye göre; başka bir erkekle soybağının varlığı tanımaya engeldir. **Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocukların tanınmasına yasal bir engel bulunmamaktadır.** Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlar ise, yasanın 129. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlar; üstsoy ile altsoy, kardeşler, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya alt soyu arasında, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin alt soyu ve eşi arasında evlenme yasaktır.

soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilir. Dava, babaya, baba ölmüş ise mirasçılarına karşı açılır. (TMK. m.301)

Babalık davası C. Savcısına ve Hazine'ye ihbar edilir.

Davalının, çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine sayılır. (TMK. m.302/2)

Evlilik dışında doğmuş ve soybağı; tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi, hısımlar gibi mirasçı olurlar. (TMK. m.498)

Gerek tanıma halinde gerekse babalık hükmünde, çocukla baba arasındaki soy bağı ilişkisi doğum anından itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir ifade ile babalık hükmü inşai (yenilik doğurucu) nitelikte olup, geçmişe etkilidir. Tanımada da, çocukla baba arasındaki soybağı, tanıma beyanının usulüne uygun olarak oluşturduğu ve dermeyan edildiği tarihte değil, çocuğun doğumu tarihinden geçerli olmak üzere hüküm ve sonuç doğurur.

c) Evlat edinme ile soybağının kurulması:

Türk Medeni Kanunu, soybağının evlat edinme yoluyla da kurulacağını kabul etmiştir. (TMK. md. 282/3) Evlat edinmede, evlat edinen ile evlatlık arasındaki soybağı kan bağına dayanmaz. Bu halde, soybağı sadece evlat edinen ile evlatlık arasındadır. Evlat edinme ile, evlat edinenin kan ve kayın hısımlarıyla evlatlık arasında bir hısımlık ilişkisi meydana gelmez. Örneğin; evlatlığın, evlat edinenin üst soyuna karşı nafaka yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yine, evlatlığın, evlat edinenin

diğer çocuklarına nafaka verme yükümlülüğü de yoktur. Evlatlık ve alt soyu, evlat edinene kan hısımları gibi mirasçı olurlar. (TMK. md. 314/2, 500/1) Evlat edinene ve hısımları evlatlığa mirasçı olamazlar. (TMK. md. 500/2) Evlat edinmede, ana ve babaya ait haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer. (TMK. md.314/1) Evlat edinene ile evlatlık evlenemez. (TMK. md. 129/3) Evlat edinene ile evlatlığın eşi veya alt soyu evlenemez. Evlatlık ile evlat edinene alt soyu veya eşi de evlenemez. (TMK. md. 129/3)

d) Soybağının hüküm ve sonuçları:

Çocuk ile ana ve baba arasında yukarıda anlatılan yollarla hukuk düzeninin geçerlilik tanıdığı biçimde soybağının kurulmasıyla **aşağıdaki hüküm ve sonuçlar doğar**: Başka bir ifade ile hukuk, çocuk ile ana ve baba arasındaki soy bağının kendisinin geçerlilik tanıdığı yolla kurulmasına, aşağıdaki hüküm ve sonuçları bağlamıştır.

1-Çocuk; ana ve baba evli ise; babanın; evli değil ise; ananın soyadını taşır. Ana, önceki evliliğinden dolayı çift soy adı taşıyorsa, çocuk, ananın bekarlık soyadını taşır. (TMK. m.321, Soyadı Nizamnamesi md.15) Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleriyle evlenmesi veya babalarının tanıması yada hakimın babalığa karar vermesiyle babanın soyadını alır. (Soyadı Nizamnamesi md. 15)

2- Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan yada Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşı olurlar. (403 s.TVK. m.1) Yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk; nesebinin tashihi, tanıma veya babalığın hükmen tahakkuk etmesi yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlanırsa doğumdan başlayarak Türk vatandaşı olur. (TVK.m.2)

3- Evlat edinme; evlatlığın vatandaşlığına tesir etmez. Ancak; evlatlık küçük ise ve ana ve babası bulunmaz yahut nerede olduğu bilinmez ise bir Türk vatandaşı tarafından evlatlığa alınmakla Türk vatandaşı olur. (TVK. m.3)

4- Çocuk;

a) Ana ve baba evli ise; ergin oluncaya kadar ana ve babasının velayeti altındadır.Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. (TMK.336)Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınmaz. (TMK. m.335/1-2)

b) Ana ve baba evli değil ise, velayet anaya aittir. (TMK. m.337/1)

5- Ana ve babadan her biri velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. (TMK. m.323)

6- Ana ve baba, kural olarak ergin oluncaya kadar çocuğa bakmak, eğitmek ve onu korunmakla yükümlüdür. (TMK. 327, 328)

7- Çocuğa fiilen bakan ana veya baba, diğerine karşı çocuk adına nafaka davası açma hakkına sahiptir. (TMK. m.329) Velayet ana ve babadan kaldırılmış olsa dahi, ana ve babanın bakım ve eğitim yükümlülükleri ve nafaka yükümlülükleri devam eder. (TMK. m.350)

8- Ana ve baba, velayetleri çerçevesinde, üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler.(TMK. m.342)

9- Ana ve baba, velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler. (TMK. m.352) Ana ve baba, kendi kusurları sebebiyle velayet kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını, ergin oluncaya kadar kullanma hakkına sahiptirler. (TMK. m.354)

10- Çocuk ve alt soyu; ana ve babasının mirasçısıdır ve mirasta saklı pay sahibidir. Mirasbırakan, terekesinin saklı paylar dışında kalan kısmında özgürce tasarrufta bulunabilir.

11- Çocuğun, üstsoyuna (ana ve babasına, veya büyük ana ve büyükbabasına nafaka verme yükümlüğü ve, büyük ana ve büyükbabaların çocuğa nafaka ödeme yükümlüğü; ve kardeşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülüğü, (TMK. m.364) Ancak, hısımlık ilişkisinin hukuken geçerli biçimde kurulmuş olması halinde söz konusu olur.

Medeni hukukumuzda yer alan (evlat edinme dışındaki) kan bağına dayalı soybağının kurulmasına ilişkin hükümler; gebeliğin normal cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olması esasına dayanmaktadır. Gebeliğin cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi hali, Medeni hukukumuzda düzenlenmemiştir.

Ancak, soy bağının kurulmasına ilişkin yürürlükte olan yukarıda genel hatlarıyla verilen yasal düzenlemeler ışığında, yardımcı üreme teknikleri vasıtasıyla çocuk sahibi olmada, çıkması muhtemel soybağı sorunları ortaya konulabilir ve bu sorunlar, kanundaki düzenleme ile çatışmadığı takdirde çözülebilir.

***IV-GEBELİĞİN CİNSEL İLİŞKİYLE GERÇEKLEŞMEDİĞİ
HALLERDE ÇOCUKLA ANA VE BABA ARASINDA SOYBAĞI-
NIN KURULMASINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR
ŞUNLARDIR;***

Cinsel ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmadığı taktirde, birbirleriyle resmen evli olan çiftler, tüp bebek tedavisine alındıklarında, anne adayının yumurtası ile kocanın spermelerinin insan vücudu dışında laboratuvar ortamında birleştirilerek döllenmesiyle elde edilen embriyonun, yumurta sahibi kadının rahmine taşınmasıyla(embriyo transferi) gerçekleştirilen gebelikler sonucu doğan çocuk ile ana ve babası arasındaki soy bağında ciddi bir sorunla karşılaşmaz. Çünkü, çiftler evlidirler. ve üreme hücreleri kendilerine aittir. Çocuk da, yumurta sahibi olan kadının rahminde gelişimini tamamlamıştır. Yumurta sahibi kadın çocuğu doğurmuştur ve çocuğun anasıdır. Kadının kocası da babasıdır. Çocuk da evlilik içinde dünyaya gelmiştir.

Ancak, evli çiftlere ait üreme hücrelerinin birleştirilerek döllenmesiyle birden fazla embriyo elde edilmesi ve bu embriyoların dondurulması halinde ise; normalde; dondurma süresinden önce boşanmanın gerçekleşmesi veya eşlerden birinin ölümü halinde bu embriyoların derhal imha edilmesi gerekirken, imha edilmeyip, yumurta sahibi kadının rahmine, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz günden daha sonraki bir tarihte taşınması durumunda, doğan çocuk, evlilik dışında doğmuştur. Bu çocukla baba arasındaki soy bağının, hakim kararıyla belirlenmesi gerekir.

Kanunen yasak olmasına rağmen; aşağıdaki olasılıklarla her zaman karşılaşılabilir.

a) Erkek evlidir. Eşi herhangi bir nedenle hiç yada yeterli yumurta üretememektedir. Veya yumurta kalıtsal bir hastalık taşımaktadır. Bu halde, evli erkek, evli olmayan bir başka kadından (bu gayri resmi eş de olabilir) elde ettiği yumurta ile kendi spermlerini laboratuvar ortamında döllendirmek suretiyle elde edilen embriyon, eşinin döl yatağına nakledebilir. Diğer bir ifade ile, evli kadın, bir başka kadından aldığı yumurtalarla gebeliği gerçekleştirebilir.

b) Veya evli kadının yumurtalarında bir bozukluk veya sorun yoktur ama kocası sperm üretememektedir. Yada, kocanın sperm hücresi kalıtsal bir hastalık taşımaktadır. Veya kocanın spermi, döllenmeyi sağlayacak canlılıkta ve yeterli sayıda değildir. Bu durumda, evli kadının yumurta hücresi ile, bir başka erkekten elde edilen sperm insan vücudu dışında laboratuvar ortamında döllendirilerek embriyo elde edilmesi ve bu yolla elde edilen embriyonun yumurtanın sahibi olan evli kadının döl yatağına aktarılması mümkündür. .

c) Yada, kadın evli değildir. Evlenmeden çocuk sahibi olmak istemektedir. Bu halde evli olmayan kadının yumurtası ile bir erkeğe ait sperm hücresi laboratuvar ortamında döllendirilerek embriyon elde edilebilir ve bu embriyon, yumurtanın sahibi olan kadının dölyatağına aktarılabilir.

Birinci ihtimalde; çocuk evlilik içinde doğmuştur. Çocuğun anası, genetik malzemeyi veren kadın değil, embriyonu taşıyan ve çocuğu doğuran kadındır.

İkinci ihtimalde; çocuk evlilik içinde doğmuştur. Anası, onu karında taşıyan ve doğuran kadındır. Babası da, bu kadının kocasıdır. Yani Türk Medeni Kanununun 285/1. maddesinde yer alan “kocanın

baba olduğu”na ilişkin karine bu halde geçerliliğini sürdürür Böyle bir durumda hukukumuzda göre, babanın, çocuğun soy bağını reddetme hakkı vardır. Koca; karısının başka bir erkeğe ait spermier kullanılarak gebeliği gerçekleştirmesi halinde, karısının doğurduğu bu çocuk hakkında, soy bağının reddi davası açabilir. Çocuk da soybağının reddi davası açma hakkına sahiptir. Bu halde; davacı; kocanın genetik baba olmadığını, döllenmenin başka bir erkeğe ait spermle gerçekleştirildiğini kanıtlamakla yükümlüdür. Koca, başka bir erkekten sperm alınmasına rıza göstermiş olsa bile, **hukuk dışı bir aktarma usulüne verilen rıza beyanı geçerli kabul edilemez.** Alman hukuku; kocanın rızasıyla bir başka erkeğe ait sperm alınması suretiyle döllenme gerçekleştirilmiş ise, kocaya; doğan çocuğun soybağını reddetme imkanı tanımamıştır.

Üçüncü ihtimalde; çocuk evlilik dışında doğmuştur. Anası onu doğuran kadındır. Babası ise, tanıma veya hakim hükmüyle yahut da çocuğun anasıyla, spermi veren erkeğin sonradan evlenmesiyle çocukla baba arasında soybağı tesis edilebilir.

1- Yapay döllenme ile doğan çocuk, **ana evli ise** evlilik içinde doğan diğer çocuklar gibi anasının ve ana ile evli olan kocanın (babasının) nüfusuna kaydolunur.

Böyle bir durumda, çocuğu doğuran kadın, çocuğun anasıdır. Ana ile evli olan koca da çocuğun babasıdır. Yani Türk Medeni Kanununun 285/1. maddesinde yer alan “kocanın baba olduğu”na ilişkin karine bu halde geçerliliğini sürdürür.

Genetik malzeme veren kişinin çocuk üzerinde hiçbir hakkı bulunmamaktadır.

Başka bir ifade ile, **evli kadın**, yumurtayı bir başka kadından almışsa ve donörden alınan bu yumurta, kadının (alıcının) kocasının spermeleriyle döllendirilerek embriyon elde edilmiş ve gebelik sağlanmışsa genetik malzemeyi veren kadının (donörün), çocuk üzerinde hiçbir hakkı yoktur. Çocukla bu kişi arasında hukuken bir soybağı da bulunmamaktadır. Böyle bir durumda çocuğun anası, onu karnında taşıyıp doğuran evli kadındır. Karı koca evlidirler. Resmi nikahlı kadından herhangi bir nedenle çocuk olmamaktadır. Koca, gayri resmi birlikte yaşadığı kadından alınan yumurta ile kendi spermelerini insan vücudu dışında laboratuvar ortamında döllendirerek embriyo elde edilmesini sağlıyor ve elde edilen bu embriyon resmi nikahlı eşin döl yatağına naklediliyor. Bu durumda; çocuğun anası, genetik malzemeyi veren kadın değil, onu taşıyan ve doğuran kadındır. Yumurta anasının çocuk üzerinde hiçbir hakkı bulunmamaktadır.

Evlilik devam ederken ve evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuk “evlilik içinde doğmuştur.”

1- **Ana evli değil ise**, başka bir ifade ile; çocuk evlilik dışında doğmuşsa;

Çocuğun anası, yine o’nu doğuran kadındır. Doğuran kadın, ister kendi yumurtalarıyla gebe kalmış olsun, ister, bir başka kadından yumurta almış olsun, çocuğun anasıdır. Bu halde, çocukla ana arasında soybağı doğumla kurulmuştur.

Baba yönünden ise çocuğun soyu belirsizdir (nesepsizdir.)

Bu halde, baba ile çocuk arasındaki soybağı, **tanıma veya babalığın hükmen belirlenmesiyle veya çocuğu doğuran kadınla sperm**

sahibi babanın evlenmesiyle kurulur. Çocuğu doğuran kadınla, sperm sahibi erkeğin evlenmesiyle; çocukla baba arasında soy bağının kurulması için, daha önce tanıma veya babalığa hükümle başka bir erkekle çocuk arasında soybağı kurulmamış olmalıdır.

Her iki halde de, genetik malzemeyi veren kişiyle doğan çocuk arasında soybağı kurulmamakla birlikte, genetik malzemeyi veren kişiler; doğan çocuğu yasal yolla ve koşullarının varlığı halinde **evlat edinebilirler**. Bu taktirde, genetik ana ile çocuk arasındaki soybağı; evlat edinmeyle kurulmuş olacaktır. Veya, sperm sahibi baba ile, çocuk arasındaki soy bağı; yine evlat edinmeyle kurulmuş olacaktır.

Üremeye yardımcı teknikler uygulanarak gerçekleştirilen gebeliklerde; soybağına ilişkin bir takım yasal karineler de geçerliliğini yitirmektedir. Örneğin; Türk Medeni Kanununun 287. ve 288. maddesi “...ana rahmine düşme” kavramını kullanmıştır. Üremeye yardımcı teknikler uygulanarak gerçekleştirilen gebeliklerde, bu kavram anlamını yitirmektedir. Bu halde, gebelik cinsel ilişki dışında erkek ve kadın üreme hücrelerinin insan vücudu dışında laboratuvar ortamında döllendirilmesiyle oluşan embriyonun kadının rahmine aktarılması (nakledilmesi) söz konusudur. 302. madde “davalının, çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olmasını babalığa karine” kabul etmiştir. Gebeliğin cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilmesi halinde bu karine geçerliliğini kaybetmektedir. 299. maddenin 2. fıkrasında, “ana ve çocuk tarafından tanıyanın baba olmadığı iddiasıyla açılan tanımanın iptali davasında ispat yükünün, tanıyanın, gebelikle kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğuyla ilişkin inandırıcı kanıtlar getirmesinden sonra doğacağı..” hükme bağlanmıştır. Ananın

gebeliği, cinsel ilişki dışında yardımcı üreme teknikleri uygulanarak sağlanmış ise, ispat yüküyle ilgili bu kural geçerliliğini yitirmektedir.

SONUÇ:

Gebeliğin cinsel ilişki dışında, üremeye yardımcı teknikler uygulanarak gerçekleştirildiği hallerde ortaya çıkması muhtemel soybağı sorunları ve bu sorunların yasalarımızda mevcut soybağına ilişkin düzenlemelerle aşılabileceği yukarıda irdelenmiştir. Kuşkusuz, bu yola sağlanan gebeliklerde ortaya çıkması muhtemel soybağı sorunları anlatılanlardan ibaret değildir. Bu tür gebeliklere soybağı açısından yaklaşımda soybağına ilişkin temel noktalar elde tutulduğunda, bu konuda çıkacak sorunlara mevcut düzenlemelerle çözüm bulunabilir ve bu sorunlar kısmen aşılabilir. Ancak bulunan bu çözümler, yardımcı üreme teknikleri uygulanarak gerçekleştirilen gebelikler konusunun, önümüzdeki yıllarda tıptaki ve genetik bilimindeki gelişmelere paralel olarak çok daha yaygın uygulama alanı bulacağı düşünüldüğünde, gebeliğin cinsel ilişkiyle gerçekleşmiş olmasını esas alan mevcut düzenlemenin, yardımcı üreme tekniklerinin uygulandığı durumlarda ortaya çıkabilecek soybağı sorunlarını çözmede yetersiz kalacağı açıktır. Bu bakımdan Bu alanın, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi dikkate alınarak yapılacak yasal düzenleme ile doldurulması gereklidir.





5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNUNA GÖRE SİGORTALI SAYILANLAR

Resul ASLANKÖYLÜ (★)

ANLATIM DÜZENİ: **I. GENEL OLARAK, A- 5510 SAYILI KANUNUN 3. MADDESİNE GÖRE SİGORTALI TANIMI, B- HİZMET AKDİ İLE ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI, a- Zaman Koşulu, b-Bağımlılık Koşulu, c-Ücret Koşulu, d- Hizmetin İşverene Ait İşyerinde Veya İşyerinden Sayılan Yerlerde Görülmesi Koşulu, e- Sigortalı Sayılmayanlar Grubuna Girmemek Koşulu, II. 5510 SAYILI KANUNUN 4. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ HÜKÜMLERİNİN AYNI ZAMANDA KİMLERE DE UYGULANACAĞI KONUSU, III. KENDİ ADINA VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI, a- Gerçek Veya Basit Usûlde Gelir Vergisi Mükellefi Olanların Sigortalılığı, b- Gelir Vergisinden Muaf Olanların Sigortalılığı, IV. KAMU İDARELERİNDE ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI, A- KAMU İDARELERİNDE ÇALIŞAN SİGORTALILARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AYNI ZAMANDA KİMLERE DE UYGULANACAĞI.**

(★) Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi Onursal Başkanı.

I. GENEL OLARAK

5510 sayılı sosyal sigortalar ve genel sağlık sigortasına göre kimlerin sigortalı sayılacağı aynı Kanununun 4. maddesinde hükme bağlanmıştır. Anılan 4. madde, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girdiğinden bu tarihten itibaren çalışmaya başlayanlar 4. madde kapsamında sigortalı sayılacaktır.

Bilindiği gibi 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, hizmet akdi ile çalışanlar SSK.nun 2., çiftçi mallarını koruma bekçileri ile ceza ve infaz kurumları ve tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesislerde çalışanlar yine aynı maddeye göre, Sanatçılar ve film artistleri SSK.nun ek 10., genel kadınlar ise ek 13. madde kapsamında sigortalı sayılmakta idiler. Keza anılan Kanununun 3. maddesinde kimlerin sigortalı sayılamayacağı, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde kimlerin sigortalı olabileceği, kimlere bir kısım sigorta kollarının uygulanacağı hükme bağlanmış idi.

Yine kısa süreli tarım işçilerinin hangi koşullar altında sigortalı sayılabilecekleri 2925 sayılı Kanuna göre belirlenmiş ve bu Kanunu uygulama görevi Sosyal Sigortalar Kurumuna verilmiştir.

Diğer taraftan esnaf ve sanatkârlar ve diğer bağımsız çalışanlar, Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalı sayılmakta idiler. Tarımda kendi adına ve hesabına çalışanlar 2926, Köy ve Mahalle Muhtarları 2018 sayılı Kanun hükümleri uyarınca sigortalı sayılmışlar ve bu iki Kanunun uygulanma görevi Bağ-Kur'a verilmiş idi. Keza SSK.nun geçici 20. maddesinde belirtilen kuruluşlar bünyesinde çalışanlar aynı madde gereğince sigortalı sayılmakta idiler. Ancak bunların sosyal güvenlikleri Sosyal Sigortalar Kurumunca değil, vakıf sandıkları tarafından sağ-

lanmıştır. Yukarıda belirtilen yasalara göre çalışanlara sosyal güvenlik hukuku açısından “sigortalı” denmiştir.

Öbür yandan, kamu idarelerinde çalışanların sosyal güvenlikleri “TC.Emekli Sandığına” yerine getirilmekte idi.

Bunlar “sigortalı” değil “Emekli Sandığı İştirakçisi” diye adlandırılmıştır. Emekli Sandığı Kanunu yürürlükten kalktığına göre artık bundan böyle eski Emekli Sandığı İştirakçileri de “sigortalı” diye anılacaktır.¹

5510 sayılı Kanunun 4. maddesine göre sigortalı sayılanlar üç ana guruba ayrılmıştır. Bunlardan birincisi hizmet akdi ile çalışanlar, ikincisi kendi adına ve hesabına çalışanlar, üçüncüsü ise kamu idarelerinde çalışanlardır. Bunlara şimdiden uygulamada kısaca “4-a’lılar”, “4-b’liler” ve “4-c’liler” denmektedir.

Diğer taraftan bazı unvan sahiplerinin sigortalılığı anılan 4.maddede özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin sanatçılar, çiftçi mallarını koruma, bekçiler, genel kadınlar, muhtarlar, sendika başkanları, yönetim kurulu üyeleri, usta öğreticiler, Başbakanlar, TBMM üyeleri, Polis Akademisi ve Harp Okulu Öğrencileri gibi.

Bu Kanuna, yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik kanunlarının bazı hükümleri ya aynen ya kısmen ya da değiştirilerek nakledilmiş ayrıca yepyeni hükümler de getirilmiştir. İktisap edilen yasa hükümlerinin çoğu SSK.na aittir.

¹ Aslanköylü Resul, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, (SSK. İle karşılaştırmalı). 2009, Ankara, s.167-169.

Önemle belirtmek gerekir ise 5510 sayılı Kanunun iyi anlaşılabilmesi, yürürlükten kaldırılan sosyal güvenlik kanunlarının yeterince bilinmesine bağlıdır. Esasen bu kural, yürürlükten kaldırılıp yerine, yeniden çıkarılan Kanunlar bakımından da geçerlidir.²

A- 5510 SAYILI KANUNUN 3. MADDESİNE GÖRE SİGORTALI TANIMI

5510 sayılı SSGSSK.nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendine “sigortalı” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre sigortalı, “kısa ve uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödenmesi gereken kişiyi... ifade eder”. Örneğin, hizmet akdi ile çalışan sigortalının primleri işverence, kendi adına ve hesabına çalışanlarda isteğe bağlı sigortalılara ait primler ise kendileri tarafından ödenir. Kamu idarelerinde çalışan sigortalıların primleri de bağlı oldukları kamu idaresince ödenir.

Bize göre, anılan 3. maddede yapılan sigortalı tanımı sigortalı sayılma koşullarını tam olarak yansıtmamaktadır. Zira, bu Kanunun 4. maddesinde zorunlu sigortalılar, 50. maddesinde isteğe bağlı sigortalılar, 60. maddesinde ise Genel Sağlık Sigortalıları geniş çerçevede belirtilmiş ve tanımlanmıştır. O nedenle sözü edilen 3. maddede, sigortalı kavramının tanımlanmasına gerek yoktu. Kaldı ki bu şekildeki bir tanımın pratik hiçbir yararı da yoktur.

Zira bir kimsenin zorunlumu, isteğe bağlı mı yoksa genel sağlık sigortalısı mı sayılacağı konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklar nasıl olsa

² Aslanköylü, Ankara, 2009, s. S.169-170.

sözü edilen 4., 50. ve 60. maddelerinde öngörülen koşullara göre belirlenecektir.

Bilindiği gibi Türk sosyal sigorta sistemi genelde “primli sigorta rejimi” esasına dayanır. Sosyal sigorta yardımlarından yararlanmak, yasada öngörülen primlerin ödenmiş olmasına bağlıdır.

Diyelim ki yasa koyucu, ileride bireylerin bir kesimini prim ödemeler bile sigortalı sayılacaklarına dair yasal bir değişiklik gerçekleştirebilir. Böyle bir değişiklik halinde anılan 3.maddenin (6) numaralı bendinde yer alan sigortalı tanımı yetersiz kalır.

Şayet sigortalı kavramının tanımlanmasına mutlaka gerek duyulmuş ise şöyle bir tanım yapabilirdi. “Sigortalı, bu Kanuna göre sigortalı sayılanları ifade eder” denebilirdi.

5510 sayılı Kanunun 4.maddesine göre Sigortalı sayılanlar şunlardır.

B- HİZMET AKTİ İLE ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, “Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar” sigortalı sayılır. Aynı hüküm, farklı sözcükler kullanılmış ise de yürürlükten kaldırılan SSK.nun 2. maddesinde de yer almakta idi. Ne ki anılan 2. maddede, çiftçi mallarını koruma bekçileri ile ceza infaz kurumları ve tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların sigortalılıkları da yer almış ise de bunlar 4. maddenin (a) bendi kapsamına alınmamış başka

maddelerde belirtilmiştir. 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile SSK.nun 2. maddesinin birinci fıkrası hükmü aynı olduğuna göre hizmet akdi ile çalışanların sigortalı sayılma koşulları hakkındaki açıklamalar her iki madde bakımından da geçerlidir. Hatta anılan 2. maddenin yürürlükte bulunduğu dönemde bu madde ile ilgili Yargıtay kararları ve hukuki görüşler anılan 4. maddenin anılan (a) bendine de uygulanabilir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları hariç eski görüşler elbette değiştirilebilir. Hizmet akdinin koşulları şunlardır:

a-Zaman Koşulu

Hizmet akdi, Borçlar Kanununun 313. maddesinde tanımlanmıştır. Anılan maddesinde aynen “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” hükmü yer almaktadır. Bu tanım elbette BK.nun uygulanması bakımından bağlayıcı ise de sosyal sigorta hukuku açısından arada bazı farklar vardır. Bu farklara aşağıda ayrıca değinilecektir.

Sözü edilen 313. maddenin birinci fıkrasına göre hizmet akdinin birinci koşulu “zaman” koşuludur. Zira anılan 313. maddede, “işçi muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyi... taahhüt eder” denmektedir. İşçi ya belirli bir zaman kesiti içinde çalışmak üzere işe alınır ya da belirli bir zaman belirlenmeksizin çalıştırılır. Her iki halde de zaman koşulu gerçekleşmiş olur. İşçi, saat, gün, ay veya yıl üzerinden işe alınmış ise zaman unsuru belirlidir. Değil ise belirsizdir. Bu koşul oluşmamış ise diğer tüm koşullar gerçekleşse bile aradaki ilişik hizmet akdi değildir.

b-Bağımlılık Koşulu

Hizmet akdinin ikinci koşulu “bağımlılık” koşuludur. Zira 313. maddenin birinci fıkrasında, “işçi hizmet görmeyi taahhüt eder” denmektedir. akdin karşı tarafı işveren olduğuna göre, işçi işverenin buyruğu altında işini görür. Başka bir anlatımla işçi, işini görürken işverene bağımlıdır. Zira işçiye yaptırılan iş işveren tarafından verilmektedir. İşçinin, işverene bağımlı olması eşyanın tabiatına da uygundur. Diğer taraftan işçi, yasal çerçevede işveren tarafından verilen emir ve talimatlara uymak zorundadır. Zira işyerinin yönetimi, gerekli önlemlerin alınması, işyeri organizasyonunu kurmak yetkisi işverene aittir.

Hizmet akdinin oluşup oluşmadığının belirlenmesinde en çok tartışma yaratan sorun bağımlılık koşulu üzerinde odaklanmaktadır.

Çoğu zaman uygulamada, bize göre hizmet akdi ile istisna ve vekalet akitleri birbirine karıştırılır. Gerek istisna gerekse vekalet akitlerinde, gevşek de olsa bağımlılık mevcuttur. Ne ki buradaki bağımlılık Tandoğan’a göre nisbidir. Biz de aynı görüşteyiz. Hizmet akdindeki bağımlılık bu akitlere nazaran daha yoğundur.

Bilindiği gibi istisna akdinde bir eserin yapılması, koşulların başında gelir. Yüklenici, aradaki sözleşmeye uygun olarak iş sahibine bir eser yapıp ona teslim etmekte yükümlüdür. Yüklenici, eseri meydana getirirken, elbette eser sahibinin talimatını ve isteklerini sözleşme gereğince yerine getirmek zorundadır. Ne ki yüklenici, eseri kendi becerilerine ve yeteneklerine göre ortaya koyar. İş yaparken çalışma koşulları bakımından iş sahibine bağımlı değildir. Örneğin, yüklenici, iş sahibinin istediği saatte işe başlamak, onun izniyle işyerinden ayrılmak zorunda olmadığı gibi iş sahibinin, yükleniciyi ve yükleniciye ait iş yerini

Kuruma bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sözleşmeye bağlı olmakla, işverene bağımlılık ayrı kavramlardır. Vekalet akdiyle hizmet akdi arasındaki farklar da genelde istisna akdinde olduğu gibidir.³

Çenberci, istisna ve vekalet akdi ile hizmet akdi arasındaki farkları şöyle belirtmektedir: "...Bu gibi durumlarda sözleşmede yazılı sözcüklerle bağlı kalmamak, olayın tüm özellikleri göz önünde tutularak, tarafların gerçek amaçlarını araştırmak ve hangi yoldan ne gibi maksadın gerçekleştirilmek istendiğini saptamak gerekir"⁴ görüşünü savunmuştur.

Bu görüş 10.HD.nce de benimsenmiştir.⁵

Diyelim ki, öğretilerde hizmet akdinin koşullarından olan bağımlılık koşulunun gevşediği ve yumuşadığı görüşü savunulmaktadır. Sanayi devrimi ile birlikte gelişen iş ve çağdaş sosyal güvenlik hukuku hassas dengeleri korumakla beraber daha çok işçi ve sigortalıyı korumaya yönelik hükümleri öngörmektedir. Ne ki son yıllarda işverenlerin de korunması amacıyla "iş hukukunun esnekleştirilmesi" görüşü ortaya atılmış gerek çalışma hayatında gerek, uygulamada gerekse de öğretilerde geniş tartışma alanı bulmuştur.

İş hukukunun esnekleştirilmesi düşüncesinin olgusunun dayanağı, Dünyada ve ülkemizde yaşanan ekonomik krizler nedeniyle üretimin azalması, istihdamın daralması bu bağlamda işsizliğin artması, küresel-

³ Aslanköylü, Ankara, 2009, s. 204-205.

⁴ Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1977, s. 98.

⁵ 10.HD. 21.09.1973 T. 769 E. 402 K. Keza aynı Daire 08.06.1995 T., 5048 E. 5838 K.; Keza, 15.04.1986 T. 432 E. 2260 K.

leşme nedeniyle rekabet ortamında işverenlerin uyum sağlamada zorlanması, teknolojik gelişmelerin baş döndürücü hızla yaygınlaşması, keza artan bir süratle her alanda bilgisayar ortamına ve otomasyona geçilmesi gibi nedenlerdir.⁶

Hal böyle olunca da gelişen teknoloji sayesinde insan gücüne olan gereksinim azalmış, işletmelere çok sayıda niteliksiz işçi yerine az sayıda nitelikli işçi alınmaya başlanılmıştır. Bu gelişmeler sonucunda, klasik çalışma ve iş sözleşmesi anlayışından uzaklaşmış, kısmi süreli iş akitleri daha yaygın hale gelmiş, evde çalışıp üretim yapma, tele çalışma, çağrı üzerine çalışma, iş paylaşımı, ödünç iş ilişkisi gibi iş akdi türleri ile, telafi edici çalışma, yoğunlaştırılmış iş haftası niteliğinde esnek çalışma çeşitleri ortaya çıkmaya başlamıştır.⁷

Önemle vurgulamak gerekir ise iş hukukunda ortaya çıkan esnek çalışmaya ilişkin gelişmelerin çağdaş sosyal güvenlik hukukuna da etkili olup olamayacağı konusunun irdelenmesine gerek görülmüştür.

Başka bir anlatımla, 5510 sayılı Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında hizmet akdi ile çalışması nedeniyle sigortalı sayılanlar hakkında da bağımlılık koşulu gevşetilebilip eski klasik yorumdan uzaklaşılacak mıdır? Elbette sosyal güvenlik hukukunda da ortaya çıkan gelişmelere seyirci kalmamalıdır. O nedenle her somut olayın özelliği dikkate alınarak sigortalı sayılmanın koşullarından olan bağımlılık koşulu gevşetilerek uygulanabilir. Aksi halde sosyal güvenlik hukukunun gelişimi engellenmiş olur. Kaldı ki yasalar,

⁶ Süzek, Sarper, Mercek Dergisi, Nisan 2001, s. 17

⁷ Süzek, 2001, s. 17 vd.

yürürlüğe girdikleri tarihteki değil uygulandıkları tarihteki olayları kucaklar. Bu konuda da şüphe sigortalının lehine yorumlanır.

Ne var ki iş hukuku ile sosyal güvenlik hukuku ayrı bilim dallarıdır. O nedenle iş hukukundaki kurallar sosyal güvenlik hukuku alanına aynen uygulanmayabilir. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin yasal hükümler de her zaman iş hukukuna uygulanmaz. Her iki hukuk dalı ile ilgili yasal hükümler kendi yönünden bağlayıcıdır.

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yorumlanırken anılan kanunu bir bütün olarak yorumlanmalı ve bağımlılık koşulunun gevşetilmesinde Yasanın amacı dışına çıkılmamalıdır. Aksi halde hakim yasa koyucu gibi yepyeni bir hüküm getirmiş olabilir. Bilindiği gibi erkler ayrılığı ilkesine göre hakim böyle bir yetkiye sahip değildir.

Önemle ifade etmek gerekir ise taraflar arasındaki akdin istisna veya vekalet akdine dayandığı açıkça belli ise bağımlılık unsuru gevşetilsin diye böyle bir akit hizmet akdi olarak kabul edilemez. Örneğin, ev içinde üretime yönelik yapılan işlerin hizmet akdine dayandığı hakkında bir eğilim benimsenmiştir. İş sahipleri evde yaşayan aile bireylerine parça başına iş yaptırmaktadırlar. Bunlar, malzemeleri, araç ve gereçleri temin ederek örneğin, pantolon ve ceket boylarını evde yaşayanlara kısalttırmakta veya süveter ya da çorap ördürmekte iseler anılan kişiler sigortalı sayılacak mıdır? Hemen belirtmek gerekir ise iş sahibi, evde iş düzenini kurabiliyor veya yapılan işi bizzat eve gelerek denetleyebiliyor, sigorta müfettişleri mahallinde kontrol yapabiliyor, keza örneğin iş sahibi, işyerine, hamile kadınların başvuracakları ebe ve hekimlerin listesini asabiliyorsa elbette kişi diğer yasal koşullar da oluşmuş ise

anılan (4-a) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Zira burada hizmet akdinin koşullarından olan bağımlılık koşulunun gerçekleştiği açıktır.

Ne var ki, kişilerin mesken masuniyetinin korunması anayasal güvence altındadır. Evde yaşayanlar, başta iş sahibi olmak üzere sigorta müfettişi gibi diğer ilgililerin eve gelip denetim yapmalarına izin vermiyorlar ise sigortalı sayılamazlar. Zira burada bağımlılık koşulu oluşmamıştır. Aradaki, hukuksal ilişki istisna akdine dayanır. Ancak taraflar arasındaki sözleşme gerekli kılıyor ise elbette hakimin müdahale etme yetkisi yadsınamaz. Müdahale edilmesini istemeyen yüklenici, akdi feshedebilir. Bu halde yasal ve hukuksal koşullar gerçekleşmiş ise iş sahibinin tazminat talep etme hakkı doğar.

c-Ücret Koşulu

Hem yürürlükten kaldırılan SSK.nun 2. maddesinin hem de 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılmak için kişinin hizmet akdi ile çalışması şarttır. BK.nun 313. maddesine göre ücret ödemek, hizmet akdinin vazgeçilmez koşullarındandır. Hal böyle olunca, Yasanın lâfzi yorumuna göre, diğer yasal koşullar gerçekleşmiş olsa bile şayet kişi ücret almıyorsa anılan (4-a) bendi kapsamında sigortalı sayılamaz.

Ne var ki yürürlükten kaldırılan SSK.nun (3-/1-B), (6) ve (78/2) maddeleri BK.nunun 313. maddesinden farklıdır. Anılan maddelerle ilgili hükümler 5510 sayılı Kanunun ilgili maddelerine aynen nakledilmiştir.

SSK.nun (3-/1-B) maddesinde, işverenin ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre ücretsiz

çalışan işçi sigortalı sayılabilecektir. Aksi halde anılan maddede, “işvereninin ücretsiz çalışan eşi” ibaresine yer verilmedi. Keza SSK. nun 6. maddesine göre, çalıştırılanlar işe alınmalarıyla birlikte kendiliğinden sigortalı olurlar. Burada da çalışma olgusuna önem verilmiş ve çalışmaya başlayan kişinin ücret almaya bile sigortalı sayılacağı öngörülmüştür. Aksi halde anılan altıncı maddede, ”Hizmet akdi ile “çalışmaya başlayanlar kendiliğinden sigortalı olurlar” denirdi.

Ücret almayanların da sigortalı olabilecekleri SSK.nun m.78/2 ve 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi hükümlerinden açıkça anlaşılmaktadır. SSK.nun 78. maddesinin ikinci fıkrasında net bir biçimde, “...ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden... hesaplanır” denmektedir. 5510 sayılı Kanununun 80. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan hükümde aynı sözcükler kullanılmamış olsa da aynı anlamdadır. Görüldüğü gibi yasada yer alan bu açık hükümler karşısında, hizmet akdi ile ücretsiz çalışanların da anılan (4-b) bendi kapsamında sigortalı olabilecekleri tartışmasızdır. Çenberci⁸, Güzel/Okur⁹, da bu görüştedir. 10.HD., 21.HD. ve HGK.nun da aynı görüşte oldukları bilinmektedir. Biz de bu görüşteyiz.

Ne var ki öğretilerde SSK.nun 2. maddesine göre sigortalı sayılabilmek için ücret almanın da şart olduğunu savunanlar da mevcuttur.¹⁰

⁸ Çenberci, Ankara, 1977, s. 90.

⁹ Güzel/Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 1994, s. 89.

¹⁰ Tuncay Can, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 131.; Keza Tunçomağ Kenan, Sosyal Sigortalar, İstanbul, 1982, s. 115, s. 122.

Bu görüşte olanların hukuksal dayanakları sigortalı olmak için hizmet akdinin şart olmasıdır. Gerçekten de BK.nun 313. maddesine göre ücret ödemek hizmet akdinin koşullarından birisidir. Böyle olunca da anılan görüşte olanların düşünceleri kendi içinde tutarlıdır. Ne ki az önce değinildiği gibi gerek SSK.nun gerekse 5510 sayılı Kanunun sözü edilen maddelerinin açık hükümleri karşısında biz aksi görüşteyiz.

Hemen belirtmek gerekir ise SSK.nun 2. maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin anılan (a) bendinin BK.nun 313. maddesi ile çelişkisinin giderilmesi amacıyla gerek anılan 2. madde ve (4-a) bendi şöyle düzenlenebilirdi. “Ücret ödenmese bile bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar bu Kanuna göre sigortalı sayılırlar” SSK. Yürürlükten kaldırılıp onun yerine 5510 sayılı Kanun hazırlanırken yasa koyucunun bu fırsatı değerlendirip ifade ettiğimiz doğrultuda yeni bir tanım yapması bizce daha doğru olurdu.

d-Hizmetin İşverene Ait İşyerinde Veya İşyerinden Sayılan Yerlerde Görülmesi Koşulu

Gerek SSK.nun 2. maddesinde gerekse 5510 sayılı Kanunun anılan (4-a) bendinde, kişinin sigortalı sayılabilmesi için hizmetin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde görülmesi gerektiğine ilişkin ayrı bir koşul öngörülmemiştir. Ne ki SSK.nun 2., 5. ve 8.; 5510 sayılı Kanunun (4-b) bendi, 11. ve 12. maddeleri birlikte yorumlanıp değerlendirildiğinde bir kimsenin sigortalı sayılması, hizmetin işverene ait işyerinde veya işyerinden sayılan yerlerde görülmesine bağlıdır. Zira her iki yasaya göre de sigortalının işini yaptığı yer “işyeri” dir. Bu durumda sigortalının, işini yapması için mutlaka bir işyerine ihtiyaç vardır. Örneğin işverene ait tırla yük götüren şoförün işyeri kullandığı

tırdır. Keza kişi işini işverenin iş merkezi dışında kalan yerlerde yapıyorsa aynı iş organizasyonu içinde kalmak koşuluyla yine de işini, yaptığı bir yer vardır. Hal böyle olunca kişinin sigortalı sayılması için işini işverene ait işyerinde görmesinin şart olmadığı sonucuna varılamaz. Başka bir anlatımla bireylerin asıl iş merkezi dışında kalan yerlerde çalışmış olması işyerinin olmadığı anlamına gelmez.

e-Sigortalı Sayılmayanlar Gurubuna Girmemek Koşulu

Bilindiği gibi gerek Sosyal Sigortalar Kanununun 3., gerekse 5510 sayılı Kanunun 6. maddelerinde kimlerin sigortalı olamayacakları belirtilmiştir. Sigortalı sayılmanın tüm koşulları gerçekleşmiş olsa bile birey anılan maddeler kapsamına giriyor ise sigortalı sayılamaz.¹¹

II. 5510 SAYILI KANUNUN 4. MADDESİNİN BİRİNCİ FIKRASININ HÜKÜMLERİNİN AYNI ZAMANDA KİMLERE DE UYGULANACAĞI KONUSU

Hizmet akdi ile çalışanların hangi şartlarla sigortalı sayılacakları yukarıda açıklanmıştı. (a) bendi hükümleri sözü edilen 4. maddenin ikinci fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e) ve (f) bendinde belirtilenlere de uygulanır. Bunlar, ikinci fıkranın (a) bendinde gösterilen sendikaların yönetim kurulu üyeliklerine seçilenler, güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, müteakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyuşunda olanlar hariç yabancı uyruklulardan hizmet akdi ile çalışanlar, 4081 sayılı Kanuna göre çalıştırılanlar, Umumi kadınlar, usta öğretici olarak çalıştırılanlar,

¹¹ Aslanköylü, Ankara, 2009, s. 231 vd.

Kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Kanunun 4. maddesinin (c) bendi kapsamında çalıştırılanlardır. Yukarıda belirtilen bentlerin kapsamına girenler tıpkı 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre sigortalı sayılanlar gibi sigortalı olurlar.

III. KENDİ ADINA VE HESABINA BAĞIMSIZ ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalı sayılma koşullarına ilişkin hükümleri içermektedir. Bunlara, uygulamada şimdiden kısaca “4-b’liler” denmektedir. Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanların sigortalı sayılmaları, hem ortak koşulların hem de özel koşulların oluşmasına bağlıdır. Ortak koşullar kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmak, hizmet akdine bağlı olarak çalışmamış olmaktır. Özel koşullar ise anılan (b) bendinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı alt bentlerinde gösterilmiştir. Buna göre, ortak koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek ya da basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup da, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeleri, şirket ortakları ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, keza tarımsal faaliyette bulunanlar sigortalı sayılırlar.

Hemen ifade etmek gerekir ise anılan (b) bendinin kısmen karşılığı 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununun 24. maddesi hükümleridir. Ne ki arada bazı farklar bulunmaktadır. Sözü edilen 24. madde uyarınca anonim şirketlerin kurucu ortakları da sigortalı sayılmış iken (4-b) bendine

göre sayılmamıştır. Keza 24. maddede yer alan limited şirket ortakları ve kolektif şirket ortakları (4-b) bendi kapsamına alınmamıştır.

Ne ki (4-b) bendinin (3) numaralı alt bendinde, "... diğer şirket ortakları" deyimine yer verildiğinden limited ve kolektif şirket ortakları da (4-b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.

Diğer taraftan 5510 sayılı Kanunun sözü edilen (4-b) bendinin (4) numaralı alt bendine göre, tarımsal faaliyette bulunanlar da sigortalı sayılır. Ne ki tarımsal faaliyetin neler olduğu (4) numaralı alt bentte belirtilmemiş ise de anılan Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasının (19) numaralı bendinde ifade edilmiştir. Bu bent elbette sözü edilen (4) numaralı alt bent bakımında da bağlayıcıdır. Sözü edilen (4) numaralı alt bendin karşılığı yürürlükten kaldırılan 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunudur. Anılan Kanunun 3. maddesinde tarımsal faaliyetlerin neler olduğu tadat edilmiş ise de 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin (19) numaralı bendi ile aynı değildir. Ağırlıklı olarak benzerlikler varsa da arada bazı ufak farklar vardır. Örneğin, orada tarım işi sayılmayan bazı çalışmalar 5510 sayılı Kanunun (19) numaralı bendine tarım işi sayılmıştır. Başka bir deyişle nelerin tarım işi sayıldığına açıklık getirilmiştir. Çok az farklılığı karşın 2926 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararları ve bilimsel görüşler de 5510 sayılı Kanunun (4-b) bendinin anılan (4) numaralı alt bendi açısından da geçerlidir.¹²

¹² 5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin yorumu bakımından daha geniş bilgi için Bkz. Aslanköylü, Ankara, 2009, s. 168 vd.

a. Gerçek Veya Basit Usûlde Gelir Vergisi Mükellefi Olanların Sigortalılığı

4. maddenin anılan (b) bendinin (1) numaralı alt bendine göre, ticari kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek ya da basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar anılan (b) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bunların kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmaları ve hizmet akdi ile çalışmaları şarttır.

Gelir vergisi mükellefi olmak sigortalı sayılmanın geçerlik şartıdır. Kişinin vergi dairesine tescil edilmiş olması şart değildir. Zira anılan bentte, gelir vergisinden dolayı tescil şartı öngörülmemiş sadece “gelir vergisi mükellefi olanlar” denmiştir. Her ne kadar madde gerekçesinde vergi dairesine tescil edilmenin gerekli olduğundan söz edilmiş ise de az önce ifade edildiği gibi gelir vergisi mükellefi olanlar demekle yetinildiği için vergi dairesine tescil şart değildir. Aksi halde vergi dairesine tescil edilenlerin sigortalı sayılacakları deyimine yer verilirdi. Sözü edilen maddenin amacı da ifade edilen doğrudur. Aynı hüküm, yürürlükten kaldırılan Bağ-Kur Kanununun 24. maddesinin 2654 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğinden itibaren de mevcut idi.

Esasen bir kimsenin gelir vergisi mükellefi olup olmadığını en iyi Maliye Bakanlığı bilir. Bakanlığın işlemi elbette yargı denetimine tabidir. Gerek Gelir Vergi Kanununa gerekse Vergi Usul Kanununa göre Gelir vergisi mükellefi, vergi vermesi gereken kişidir. O yasalarda da tescil şartı getirilmemiştir. Örneğin vergi dairesinde tescilli olmasa bile bir kişinin vergi mükellefi olup olmadığı mahkeme kararı gibi sair belgelerle de kanıtlanabilir. Bu konuda uyuşmazlık çıktığı takdirde durum

Maliye Bakanlığına sorulmalı gerektiğinde hakim aksini iddia eden tarafa dava açmak üzere önel vermeli ve dava sonucunu beklemelidir.

b. Gelir Vergisinden Muaf Olanların Sigortalılığı

Sözü edilen 4. maddenin (2) numaralı alt bendinde, gelir vergisinden muaf olup da esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar da sigortalı sayılmıştır. Elbette bunların da kendi adına ve hesabına bağımsız çalışmaları, ayrıca hizmet akdi ile çalışmamaları gerekir. Diyelim ki bir kimse esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı değil ise diğer tüm yasal koşullar oluşmuş olsa bile sigortalı olamaz. Başka bir deyişle anılan sicile kayıtlı olmak sigortalı sayılmanın hem geçerlik hem de ispat şartıdır. Anılan (2) numaralı bendin karşılığı olan yürürlükten kalkan Bağ-Kur Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin tarihsel gelişimine bakıldığında sigortalı sayılmak için zaman zaman sadece esnaf ve sanatkâr siciline veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmanın yeterli olduğu görülür. Ne ki anılan 24. maddenin en son değişikliğine göre gelir vergisinden muaf olanların sigortalı sayılmaları için hem esnaf ve sanatkâr siciline hem de kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şart kılınmıştır

Önemle belirtmek gerekir ise gelir vergisinden muaf olanların sigortalılığı çalışma döneminde yürürlükte bulunan yasalara göre belirlenmelidir. Zira sosyal güvenlik hakkı yasal cevaz esasına dayanır. O nedenle 5510 sayılı Kanunun 4. maddesi ile getirilen değişiklikler aksine bir hüküm bulunmadığından bizce geriye yürütülemez.¹³

¹³ (b) bendinin yorumu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz.. Aslanköylü, 201, s. 171 vd.

IV- KAMU İDARELERİNDE ÇALIŞANLARIN SİGORTALI SAYILMA KOŞULLARI

5510 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde kamu idarelerinde çalışanların hangi şartlarla sigortalı sayılacakları hükme bağlanmıştır. Bu bende göre, sigortalı sayılanlara uygulamada şimdiden kısaca (4-c'liler) denmektedir. Kamu idarelerinde çalışanların sosyal güvenlikleri TC. Emekli Sandığına sağlanmakta idi. Ne ki 5534 sayılı Emekli Sandığı Kanunu yürürlükten kaldırıldığından artık bundan böyle bunların sosyal güvenlikleri yeni kurulan Sosyal Güvenlik Kurumca 5510 sayılı Kanunun hükümleri çerçevesinde yerine getirilecektir. 5510 sayılı Kanunun 106. maddesinde 5434 sayılı Kanunun bazı maddeleri yürürlükte bırakıldığından bu Kanun uygulanırken anılan 106. madde de incelenmelidir.

Bilindiği gibi Emekli Sandığına tabi olanlara "Emekli Sandığı İş-tirakçisi" denmekte idi. 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğine göre artık bundan böyle bunlar da "sigortalı" diye anılacaktır.

Sözü edilen (4-c) bendi kapsamında sigortalı sayılmanın birinci koşulu kamu idaresinde çalışmaktır. Hangi kurum ve kuruluşların kamu idaresi niteliğini taşıdığı 5510 sayılı Kanunun 3. maddesinin (21) numaralı bendinde tanımlanmıştır. Anılan bent ile 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa yollamada bulunularak kamu idareleri tanımlanmıştır. Bu durumda 5018 sayılı Kanun ile sözü edilen 3. maddenin (21) numaralı bendinde yer almayan idareler kamu idaresi sayılamayacaktır.

Anılan maddelerde belirtilen kamu idareleri sayılı ve sınırlı olup genişletilemez. Diyelim ki 4. maddenin (c) bendi kapsamına girmeyen-

ler yasal koşullar oluşmuş ise (4-a) veya (4-b) bendine göre sigortalı olabilirler.

Diğer taraftan sözü edilen (4-c) bendinin karşılığı yürürlükten kaldırılan 5434 sayılı Kanunun 12. maddesidir. 12. madde kapsamına girmeyenler Emekli Sandığı iştirakçisi olamıyorlardı. Ne ki diğer özel yasalarda ayrı bir hüküm mevcut ise elbette bunlar da emekli sandığı iştirakçisi sıfatını kazanmakta idiler.

Öbür yandan, kamu idaresinde çalışmasına karşın emekli sandığı iştirakçisi olmayan kimse bu Kanunun 4. maddesinin (c) bendi kapsamında sigortalı sayılabiliyorsa elbette bu kimsenin sigortalılığı geçerlidir. Ancak, (c) bendine göre ilk defa sosyal güvenlik kapsamına alınan kişiye ilişkin hüküm geriye değil ileriye yürütülür.¹⁴ Zira yukarıda belirtildiği gibi sosyal güvenlik hakkı yasal cevaz esasına dayanır.

A- KAMU İDARELERİNDE ÇALIŞAN SİGORTALILARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN AYNI ZAMANDA KİMLERE DE UYGULANACAĞI

Diyelim ki 5510 sayılı Kanunun (c) bendi hükümleri 4.maddenin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve (e) bendinde belirtilen bireyler hakkında da uygulanır. Başka bir anlatımla bunlar anılan (4-c) bendi kapsamındakiler gibi sigortalı sayılırlar. Sözü edilen bireyler, kuruluş ve personel kanunları veya diğer yasalar gereğince seçimle ya da atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri nedeniyle kendilerine ilgili kanunlarında Devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan hizmet akdi ile çalışmayanlar, Başbakan, Bakanlar,

¹⁴ (c) bendinin yorumu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Aslanköylü, 2009, s. 182 vd.

TBMM Üyeleri, Belediye Başkanları, İl genel meclisinin seçimle gelen üyeleri, (c) bendi kapsamında iken bu kapsamdaki kişilerin kurdukları sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanları ve yönetim kuruluna seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar, harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda, Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askeri öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan öğrenciler (Polis Akademisi gibi) ve kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam edenlerdir.¹⁵

¹⁵ 4.maddenin dördüncü fıkrasının (a), (b), (c), (d) ve (e) bendine göre sigortalı sayılanlar hakkında daha geniş bilgi için bkz. Aslanköylü, 2009, s. 195 vd.

KAYNAKÇA

- 1- Aslanköylü Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK. İle Karşılaştırmalı, 2009.)
- 2- Aslanköylü Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, 2003.
- 3- Aslanköylü Resul: Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Genişletilmiş ikinci bası, 2004.
- 4- Aslanköylü Resul: Karşılaştırmalı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 2008.
- 5- Çenberci Mustafa: Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi 1977.
- 6- Güzel Ali/Okur, Ali Rıza: Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri 1992 ve diğer basılar
- 7- Tuncay Can: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri 1992 ve diğer basılar.
- 8- Süzek Sarper: Mercek Dergisi, Nisan 2001, Makale.
- 9- Tunçomağ Kenan: Sosyal Sigortalar 1982 ve diğer basılar.



**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA
YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE KAMU GÖREVLİSİNE
RÜCU SORUNU**

Özcan ÖZBEY (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDA YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU SORUNU. 1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Dolayı Yargılamanın Yenilenmesi, 2. İhlalden Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu, II. HUKUKİ SORUMLULUĞA İLİŞKİN ÖRNEK YARGI KARARLARI, 1. Ulusal Yargı Kararları, a. Danıştay Kararlarında, b. Yargıtay Kararlarında, b-1. Yargıtay C. Başsavcılığınca Yapılan Bir Soruşturmada, b-2. Yargıtay 4. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu Kararında, b-3. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararında, 2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, a. Kaya/Türkiye Davası (19.2.1998; 158/1996/777/978), b. Maşallah Öneriyıldız/Türkiye (18.06.2002, 48939/99), c. Ergi/Türkiye Davası (28.07.1998, 23818/94), SONUÇ, KAYNAKÇA.

(★) Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.

GİRİŞ

Hak ve hürriyetlerin yaşatıldığı, hukukun egemen olduğu toplumlarda yönetim ve bireyler arasındaki ilişki ve iletişimin daha iyi olduğu ve toplam kalite yönetimi ile hukuk devleti anlayışının benimsendiği görülmektedir.

Hukuk devleti, hukukun üstün olduğu, hukuk kurallarının, onu koyanlar da dahil olmak üzere her kişi ve kuruluşu bağladığı, kişilere hukuk güvenliğinin sağlandığı devleti ifade eder. Devletin bütün organlarının hukuka bağlı kalması ve tüm faaliyetlerinin yargı denetimine açık olması, hukuk devletinin vazgeçilmez, olmazsa olmaz ilke ve kuralıdır. Anayasa Mahkemesi de, yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin diğer öğelerinin de güvencesini oluşturan bir ilke olduğunu vurgulamıştır.¹ Bu husus Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” şeklinde ifadesini bulmuştur.

Hukuk devletinin gerçekleşmesi için, kuralları koyan idarenin ve kanunları çıkararak yasama organının yargı denetimine tabi tutulması zorunluluğu yanında, yargı yerlerince verilen kararların tam ve zamanında yerine getirilmesi de gerekmektedir. Nitekim Danıştay 5. Dairesinin kararlarında da bu husus “...idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması, aynı zamanda ‘hukuk devleti’ ilkesinin de bir gereğidir”² şek-

¹ Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 tarih 76/1 Esas 76/28 Karar sayılı ilamı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 14, s. 189; Anayasa Mahkemesinin 27.01.1977 tarih 76/43 Esas 77/4 Karar sayılı ilamı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 15, s. 117.

² Danıştay 5. Dairesinin 09.12.1987 tarih 86/1394 Esas 87/1740 Karar sayılı ilamı, Danıştay Dergisi, S. 70-71, s. 287.

linde vurgulandığı gibi, Danıştay 8. Dairesinin bir kararında da “hukuka bağlı idare, yargı yerlerince verilen kararların icaplarını, ilgililerin başvurusuna gerek olmaksızın, yerine getiren idaredir”³ denilerek açıkça ortaya konmuştur. Anayasanın 138. ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddelerindeki “yargı kararlarının yerine getirilmesi” yönündeki düzenlemeler de bu gerçeğin ifadesidir.

Bu çalışmada, kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu ve rücu sorunu, iç mevzuatımız ve taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile ulusal yargı kararları çerçevesinde ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İŞİĞİNDE YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE KAMU GÖREVLİSİNE RÜCU SORUNU

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Dolayı Yargılamanın Yenilenmesi

Birçok devlet AİHM'nin ihlal kararlarını ceza davaları bakımından muhakemenin iadesi ya da karar düzeltilmesi nedeni olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi hakkındaki AİHM kararına dayanarak yapılan muhakemenin iadesi talebini, AİHM kararının yeni bir vakıa ve delil olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Çünkü henüz o tarihte 1412 sayılı CMUK'da sayılan iadei muhakeme nedenleri arasında AİHM kararları bulunmamakta idi. An-

³ Danıştay 8. Dairesinin 17.05.1987 tarih 87/984 Esas 89/329 Karar sayılı ilamı, Danıştay Dergisi, S. 76-77, s. 568.

cak Türkiye 'nin yapacağı bir değişiklikle iadei muhakeme nedeni olarak AİHM kararlarını da kabul etmesi şu faydaları sağlayacaktır:

-AİHS ile ulusal hukuk sistemi arasındaki etkileşim artacaktır.

-AİHS'nin ulusal hukuk sisteminin bir parçası olduğu daha belirli bir nitelik kazanacaktır.

-Bu bağlamda yargı organları AİHS ve AİHM kararlarını dikkate alma konusunda daha titiz davranacaklardır.

-AİHM kararlarının uygulaması aşamasında Bakanlar Komitesi'nde karşılaşılan sorunlar büyük ölçüde sona erecektir.⁴

Sonunda Türkiye, sözleşme hükümlerinin ihlal edilmemesi amacıyla yargılamanın yenilenmesi nedenlerini genişletmek için iç hukukta değişikliğe gidilmesini tek çözüm olarak görmüştür. Böylece, Türkiye'nin Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde neler yapması gerektiğine ilişkin olarak, Devlet Planlama Teşkilatı'nın Siyasi Kriterler Raporu'nda benimsenen öncelikler arasında, AİHM kararlarının yerine getirilmesi bakımından yargılamanın yenilenmesi ve karar düzeltme yollarının işletilmesini engelleyen hükümlerin kaldırılması ve bireysel başvuru sonucu verilen kararların bağlayıcılığına ilişkin yasal düzenleme yapılması öngörülmüş; bunun sonucu olarak da 4771 sayılı yasanın 6 ve 7. maddelerinde, yargılamanın yenilenmesi kurumuna yer verilmiş ise de, aynı yasanın geçici 2. maddesinde, bu yasanın 6 ve 7. maddelerinin, "bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra AİHM'ye yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygu-

⁴ Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri", Adalet Yayınevi, Ankara 2008, 2. Bası, s. 63 vd.

lanacağı” ve ayrıca söz konusu hükümlerin yasanın resmi gazetede yayınlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceği öngörül-
müştü.

*Ancak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, yapılmış olan başvuru-
rular üzerine tespit edilen ihlallerin etki ve sonuçlarını ortadan kaldır-
mayı Türkiye’den istemekteydi. Bu nedenle de 4771 sayılı yasanın geçi-
ci 2. maddesinin yürürlükten kaldırılarak iadei muhakeme sisteminin
daha önceden AİHM’ye yapılmış olan başvurular konusunda da geçer-
liliğinin sağlanması yoluna gidilmeliydi. Nitekim, 23 Ocak 2003 tarih
ve 4793 sayılı yasa ile HUMK md. 445 ve 447 ile CMUK md.327’de
yapılan değişiklikle, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya
Dair Sözleşme’nin veya Eki Protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin,
AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” yargılamanın
yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir.*

AİHM’nin hangi kararları açısından yargılamanın yenilenmesi
yolunun açıldığı 4793 sayılı yasanın geçici 1. maddesiyle yeniden dü-
zenlenmiştir. Buna göre, “Bu Kanunun 1 ve 3. maddeleri, bu Kanunun
yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kesin-
leşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avru-
pa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvurular üzerine verilecek
kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte
kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin
muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten
itibaren bir yıl içinde yapılır.”

Aynı yöndeki bir düzenleme de, 4928 sayılı yasanın 7. maddesi ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununa eklenen geçici 5. madde ile de sağlanmıştır.

Bu yasal düzenlemelerde anlaşılacağı üzere, yargılamanın yenilenmesi, ilgili yasaların yürürlüğe girdiği tarihlere kadar kesinleşmiş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile bu tarihlerden sonra kesinleşecek kararlar açısından söz konusudur. Buna karşılık anılan yasaların yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde görülmekte olan veya henüz kesinleşmemiş bulunan kararlar açısından yargılamanın yenilenmesi yolu kapalı tutulmuştur.

4793 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (4793 Sayılı Kanun, Resmi Gazete 04.02.2003-25014) : Bu değişiklik kanunu ile HUMK ve CMUK'da bir takım düzenlemeler gerçekleştirilmiştir. Buna göre:

1412 sayılı CMUK'da yapılan düzenleme: 4793 sayılı yasanın 3. maddesi ile CMUK'un 327. maddesine 6. bent olarak şu hüküm ilave edilmiştir: *"Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."*

'04.12.2004 tarihinde kabul edilen 5271 sayılı CMK.nun 311. Maddesindeki düzenleme de benzerdir: - (1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:..

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.'

HUMK'da Yapılan Düzenleme: 4793 sayılı yasanın 1. maddesi ile HUMK'un 445. maddesinin 1. fıkrasına 11. bent olarak: "Hükmün İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması." hükmü ilave edilmiştir.

Ayrıca 2. maddesi ile de HUMK'un 447. maddesine 3. fıkra olarak: "445. maddesinin 1. fıkrasının 11. bendinde yazılı sebepten dolayı iadeyi muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır." hükmü eklenmiştir.

İadei muhakeme yoluna başvurulabilmesi için şu koşulların bulunması gerekmektedir:

a- AİHM'ce, AİHS veya Ek Protokollerden birisinin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olması gerekir.

b- İhlal, kesinleşmiş bir ceza, hukuk veya idare mahkemesi kararından ileri gelmelidir.

c- İhlal, başka şekilde ortadan kaldırılmamalıdır.

d- İhlal, iadei muhakeme yoluyla ortadan kaldırılabilir olmalıdır.

e- İadei muhakeme yolu, başvuru tarafından talep edilmiş olmalıdır.

f- İadei muhakeme talebi AIHM kararlarının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde yapılmalıdır.

Avrupa Konseyi üyesi diğer ülkelerdeki uygulamalar:⁵ Bugün itibariyle Avusturya, Belçika, İsveç, İrlanda, İspanya, Danimarka, Almanya, Norveç, İsviçre, Luxembourg gibi bir kısım taraf devletler, sözleşmenin ihlal edildiğinin tespitine ilişkin AIHM kararına karşı iç hukukta yeniden yargılama imkanını kabul etmişler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf bazı ülkeler sözleşmeyi iç hukuka katmamışlar. İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda, Norveç ülkeleri sözleşme ve AIHM kararları doğrultusunda iç hukuklarındaki boşlukları doldurarak belirsizlikleri yorumlarla belirginleştirmektedirler. İngiltere ve İsveç'te yargıçlar sözleşme hükümlerine hakim olup, kendi hukuklarıyla sözleşme arasında uyumsuzluğa düşmekte özenle kaçmaktadırlar. Bu ülkelerde yasa koyucu da, AIHM'nin yükümlülük kararlarını gözeterek, metinleri iyileştirmektedir.

⁵ Özcan Özbey, 2008, s. 65.

Birci sistemi uygulayan, Hollanda 1983 Anayasasının 93 ve 94. maddeleri ile uluslararası sözleşmeleri Anayasadan üstün kabul etmiştir (*sözleşmenin parlamentoda üçte ikiyi aşan çoğunlukta benimsenmesi gerekir*). 1978 İspanya Anayasasının da sözleşmeye uygun yorum formülü ile bu ülkeler arasında yer aldığı belirlenmiştir.

4 Mart 1964 tarihli Avusturya Federal Anayasasına göre, yasalar sözleşmeye uymak zorundadır (*md. 237*). İsviçre ceza yargılaması açısından da durum böyledir. Böylece bu ülkeler de sözleşmeyi Anayasa-ya eş değer görmüşler.

Sözleşmeyi yasanın üzerinde, Anayasanın altında gören ülkeler; Kıbrıs (*Rum, 169*), Fransa (*md. 55*), Yunanistan (*28/1*), Portekiz (*278/1*) gelmektedir.

Sözleşmeyi yasa düzeyinde gören ülkeler Federal Almanya (*temel yasa, md.59*), İtalya (*md. 80*), İsviçre (*esasla ilgili yasalarda*).

2. İhlalden Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlisine Rücu Sorunu

Bireylerin kimi zaman, gerek idarenin eylem ve işlemlerinden, gerekse idare dışındaki bir takım etkilerden kaynaklanan sebeplerle zarar görmesi söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumla karşılaşan bireyin, hakkını aramasıyla ilgili yapması gereken işlemler Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilmiştir.

“Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlığını taşıyan Anayasanın 40/3. maddesinde *“kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin*

edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır” ifadelerine yer verilmiştir.

Anayasanın “*yargı yolu*” başlığını taşıyan 125/1. maddesinde “*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*” denilerek, idareye karşı bireylere hukuki güvence sağlanmıştır..

Yine Anayasanın “*görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence*” başlığını taşıyan 129/5. maddesinde “*memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmü yer almıştır.

Ayrıca idarenin sorumluluğu ve rücu ile ilgili Devlet Memurları Kanununda da bir takım düzenlemeler ön görülmüştür. DMK’nun 12. maddesinde kişisel zorunluluk ve zarar konusunda, devlet memurlarının görevlerini dikkatle ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu, devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmıyorsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esas olduğu, zararların ödettirilmesinde genel hükümlerin saklı olduğu belirtilmiştir.

Kişilerin uğradığı zararlar ilgili de DMK’nun 13. maddesinde “*kişiler kamu hukukuna tabi görevleriyle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki de-*

ğerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.

İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle AİHM’ce verilen kararlar sonucunda ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

12. madde ile bu maddede belirtilen zararların nevi, miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları ve yapılacak işlemlerle ilgili diğer hususlar Başbakanlıkça düzenlenecek yönetmelikle belirlenir”

Konuyla ilgili 27.06.1983 tarih ve 83/6510 sayılı “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik” Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesi kapsamında, zararın mevcut olması, zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması, zararın mücbir sebepten hasıl olmaması, Zararın tazmini konusunda aranan şartlardır.

26.03.2002 tarihinde, 4728 sayılı yasa ile DMK’nun 13. maddesine yukarıda yazılan ek 2. fıkra eklenmiştir. Bu yeni düzenleme karşısında AİHS’nin 3. maddesinin ihlal edilmesi halinde, bunun sonucunda Türkiye’nin başvurucuya tazminat ödemesi durumunda, ödenen bu tazminat için ihlale sebebiyet veren kamu görevlisine rücu yoluna gidilmektedir. Ancak bu düzenleme sadece sözleşmenin 3. maddesiyle

sınırlı tutulmuştur. Bu madde dışındaki diğer maddelerden kaynaklanan ihlalle ilgili hükmedilen tazminatın ödenmesi durumunda DMK 13/2 uygulanmayacaktır.

Ülkemizde özellikle terör eylemleri nedeniyle idareye açılan davaların bir kısmında hizmet kusuru, bir kısmında da kusursuz sorumluluk halleri esas alınmıştır. Fransa ve Almanya gibi ülkelerde ayaklanma, kargaşa, terör olaylarının neden olduğu zararlar devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilerek, sosyal risk kavramı çerçevesinde tazmini yolu ön görülmüşken, Ülkemizin, idarenin dışındaki kişi ve toplulukları, idare tarafından önlenemeyen eylemlerden doğan zararları, sosyal risk ilkesi gereğince tazminini sağlayacak bir hukuki düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak idari yargıda bu yönde bir temayül gelişmektedir. Sosyal bir devlet anlayışını benimseyen Türkiye'nin bu konudaki kişileri koruma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalıştığı son yıllardaki uygulamalarla görülmektedir.

İşyerinin teröristlerce molotof kokteyli atılarak yakılması olayında, idare mahkemesi kolektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal riskten söz ederek, hizmet kusuru bulunmasa bile sosyal risk ilkesi gereği, sosyal devlet ilkesine göre tazminat istemini kabul etmiştir.

Diğer bir olayda da işçileri bakanlığı aleyhine açılan davada, iki silahlı teröristin köye gelerek, adı geçeni evinden dışarı çağırdıktan sonra silahla ateş ederek öldürmeleri olayında, idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek murislerin yoksun kaldıkları kar, maddi ve manevi tazminat istemli davada, olayın münferit bir asayiş olayı olmadığı, yasa dışı örgütlerin planlı olarak gerçekleştirdikleri olay olduğu ve söz konusu köyde geçici veya sürekli köy korucusunun dahi

bulunmadığı, dolayısıyla idarenin yasalarla verilen kişilerin can güvenliğini koruyucu tedbirleri almadığını, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu olduğuna hükmedilmiş ve Danıştay da bu kararı onamıştır.⁶

Bazen devlet, sadece tazminat ödeyerek sözleşmeye aykırılığı kaldıramayabilir. AİHM, 20.05.1999 tarihli *Oğur kararında* devletin objektif sorumluluğu çerçevesinde açılmış bir tam yargı davası bulunmasına rağmen, AİHS'nin 2. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkı ile korunan menfaat gereği ölümle sonuçlanan fiillerde failin belirlenerek cezalandırılmasının da devletin sorumluluğu altında olduğunu, bu sorumluluğun tazminat ödemeye indirgenemeyeceğine karar vermiştir.⁷

II. HUKUKİ SORUMLULUĞA İLİŞKİN ÖRNEK YARGI KARARLARI

1. Ulusal Yargı Kararları

a. Danıştay Kararlarında

a. İlgili dosyaya konu olan, İmar Kanununun 18. maddesi uyarınca yapılan arazi ve arsa düzenlemesine ilişkin idari işlemin iptal edilmesi sonucunda, idarenin iptal kararını uygulamama eyleminde, Danıştay:

“...Uygulamaya başlatmakla birlikte; dava konusu edilen parselasyon planının 1987 yılında yapıldığı (tebliğ tarihi 26.06.1998), mül-

⁶ Özcan Özbey, 2008, s. 64.

⁷ Durmuş Tezcan, "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu", Ankara 2002, s.134

kiyet işlemlerinin kesinleştirildiği, dolayısıyla eski hale getirmenin kısa sürede mümkün olmadığı, kaldı ki adı geçene başka yerlerden arsa verme girişiminde bulunduğu, gecikmenin idare ile şikayetçi arasında anlaşma sağlanamamasından kaynaklandığı...” cihetiyle, eylemde suç unsurunun bulunmadığına karar vermiştir.⁸

b. İlgili dosyaya konu olan olayda, Asliye Hukuk Mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararının uygulanmamasına ilişkin eylemde, Danıştay:

“...Öğretmenevi inşaatını yapan müteahhidin hak edişinden kesilmek üzere Asliye Hukuk Mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararı bulunmasına rağmen; İl Milli Eğitim Müdürü ve Şube Müdürünün, kesinti yapmayarak müteahhide tam ödemede bulunduğu...” cihetiyle eylemin Türk Ceza Kanununun 240. maddesinde düzenlenen suçun oluştuğuna karar vermiştir.⁹

c. Dava konusu olayda; bir okulun fen bilgisi öğretmenliğine kendisinin atanması gerekirken başkasının atanması işlemine ilişkin iptal ve tazminat davasında, yargı yerince “ilgililerin eş durumları, eşlerinin çalıştıkları yerler ve atama durumları objektif olarak araştırılıp kıyaslama yapılmadığından” işlemin iptaline şikayetçi lehine tazminat verilmesine hükmediliyor. İdare ise ilgililerin durumlarını yeniden inceleyerek, o yer fen bilgisi öğretmenliğine ikisinden birini ataması gerekirken, olayın diğer tarafı olan şahsı iptale konu görev yerinden alıp başka yere atıyor, ama davacı hakkında bir işlem tesisi girişiminde bulunmuyor. Suça konu eylem temyiz edilmeden kesinleşen idare mah-

⁸ Danıştay 2. Dairesinin 01.11.2001 tarih 2001/1392-2481 Esas-Karar sayılı ilamı.

⁹ Danıştay 2. Dairesinin 30.10.1996 tarih 1995/646-1852 Esas-Karar sayılı ilamı.

kemesine ait iptal kararını ve bu nedenle verilen tazminat hükmünü uygulamamaktır. Danıştay:

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. ve Anayasanın 138. maddelerine aykırılık nedeniyle, sanığın Türk Ceza Kanununun 228. maddeden lüzumu muhakemesine” karar veriyor.¹⁰

d. Davaya konu olay, Asliye Hukuk Mahkemesince kamulaştırma bedelinin artırılmasına ilişkin verilen kararın, o yer Belediye Başkanı ve Hesap İşleri Müdürlüğüne yerine getirilmemesi olup, Danıştay:

“...Asliye Hukuk Mahkemesince, müştekiye ait taşınmazın kamulaştırma bedelinin artırılmasına ilişkin kararı uygulamayan, sanıkların eyleminde Türk Ceza Kanununun 228. maddesi kapsamında suç bulunduğu...” karar vermiştir.¹¹

e. Dava konusu olay; idari işlemin süresinde yerine getirilip getirilmediğine ilişkindir. Danıştay:

“...yürütmenin durdurulması kararının uygulanması yönünde, süresinde uygulanan karardan yaklaşık bir ay sonra, iptale konu işlem gibi tekrar bir idari tasarrufta bulunan o yer Belediye Başkanının eyleminde, kararın gerçek anlamda uygulandığından söz edilemeyeceğinden...” dolayı, ilgili hakkında soruşturma izni vermiştir.¹²

¹⁰ Danıştay 2. Dairesinin 21.04.1998 tarih 1997/3158 Esas 1998/1333 Karar sayılı ilamı.

¹¹ Danıştay 2. Dairesinin 05.05.1999 tarih 1998/3996 Esas 1999/1302 Karar sayılı ilamı.

¹² Danıştay 2. Dairesinin 25.03.2003 tarih 2003/224-598 Esas-Karar sayılı ilamı

b. Yargıtay Kararlarında

b-1. Yargıtay C. Başsavcılığınca yapılan bir soruşturmada

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan şikayette¹³; şikayet edilenler bir ilin valisi ve vali yardımcısı olup, şikayetçi o ilde görev yapan bir sınıf öğretmeni. İddiasında; o yerde sınıf öğretmeni iken, valilik oluru ile 5.11.1999 tarihinde aynı yer öğretmenevi müdürlüğüne atandığını, sonra “hiç bir hukuki neden gösterilmeden” 10.1.2003 tarihinde eski görevine iade edildiğini, İdare Mahkemesince 28.5.2003 tarihinde yürütmenin durdurulması kararı aldığını, bunun üzerine 5.8.2003 tarihinde eski görevine başlatıldığı, ancak “Milli Eğitim Disiplin Kurulunun 4.6.2003 tarihli kararı ile kendisine verilen 1 yıl kademelerle ilerleme durdurma cezası gerekçe gösterilerek”, 12.8.2003 tarihinde yargı kararının sonuçsuz bırakılması için hileli yol ve yöntem kullanarak, yeniden görevden almak suretiyle, idari görevlilerin görevde yetkilerini kötüye kullandıklarını ileri sürmüştür.

İnceleme sonucu: yürütmeyi durdurma kararının; “idarenin somut bir sebep gösterilmediği gibi bu sebebin dayanağı olacak herhangi bir kanıt sunulmamış bulunmasına” dayandığı, “Valiliğin görevden alınma işlemi, sebep ve saik gösterilmediği için mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verildiğine ilişkin olup kazanılmış hakka ilişkin olmadığı”, ikinci kez görevden alınmasında ise; “disiplin soruşturmasındaki sebep ve gerekçeler gösterildiğinden” dolayı, 4483 Sayılı Kanununun 4/son maddesi uyarınca işleme konulmama kararı (takipsizlik kararı) veriliyor.

¹³ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 2003/229 Hazırlık sayılı soruşturma dosyası.

4483 Sayılı Kanununun 4. maddesinin, madde başlığı “olayın yetkili mercie iletilmesi, işleme konulmayacak ihbar ve şikayetler” olarak düzenlenmiştir. Olayımızda şikayete konu eylemin; soruşturmayı yapacak merci tarafından, soruşturmaya izin verecek makamdan önce öğrenilmesi durumu söz konusudur. Sanıklar bir ilin valisi ile vali yardımcısı olup, sıfatları itibarıyla, vali hakkında izin İçişleri Bakanınca, vali yardımcısı hakkında ise vali tarafından verilecektir.

Aslında eylemin hukuki durumu hakkında bir değerlendirme yapılmadan 4483 Sayılı Yasanın 4/2 maddesi hükmüne göre, şikayet dilekçesi, izin vermekle yetkili mercilere gönderilmesi gerekirken, “işleme konulmama kararı” ile dosya karara bağlanmıştır. Aynı yasanın 4/son maddesine göre, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının böyle bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında bu şekilde verilebilecek kararların sayılmak suretiyle düzenlendiğini görmekteyiz. Madde hükmüne göre; ihbar ve şikayetlerin, soyut ve genel nitelikte olması ve şikayet dilekçesinde kişi ve olayların gösterilmemesi durumlarında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı işleme konulmama kararı verebilecektir.

Ayrıca burada değinilmesi gereken bir husus da; vali yardımcısı hakkında soruşturma yapmakla yetkili mercinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı olmamasıdır. Aslında vali yardımcısı hakkındaki evrak, diğerinden tefrik edilerek soruşturmayı yapmakla yetkili makama gönderilmesi gerekmektedir.

4483 Sayılı Yasada “soruşturma yapmakla yetkili mercinin, izin-den önce, soruşturma yapmayacağına dair beyanda bulunma” düzenlenmemişse de; usul ekonomisi düşüncesi ve yasada açık bir engelleyici

hüküm bulunmaması nedenleriyle, böyle bir kararın verilmesinde sa-
kınca görmemekteyiz.

b-2. Yargıtay 4. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu Kararında

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2001/42 Esas 2002/31 Karar sayılı
yargılama dosyasının incelenmesinde:

Dosyanın sanığı bir ilin Büyükşehir Belediye Başkanındır. Sanık
hakkında Mülkiye Müfettişi tarafından düzenlenen raporda:

“O yer Büyükşehir Belediye Başkanlığında Yol Bakım Şube Mü-
dürünün 15.4.1994 tarihinde Park ve Bahçeler Şube Müdürlüğünde boş
bulunan mühendis kadrosuna atandığını, İdare mahkemesinin
14.12.1994 sayılı kararına istinaden görevine iade edildiğini, 19.4.1995
tarihinde göreve başlatıldığını, bilahare Belediye Başkanlığınca
20.4.1995 gününde Fen işleri bünyesine tekrar bir atamaya tabi tutul-
duğunu, yine mahkemenin 28.6.1995 ve 11.10.1995 tarihli kararları ile
görevine iade edilen ilgilinin, Belediye Başkanlığınca Gecekondu ve
Sosyal Konutlar Şube Müdürlüğünde görevli iken, ilk görevine döndü-
rüldüğü (09.1.1996), Başkanlıkça 11.3.1996 da Yapı işleri Müdürlüğü-
ne atandığını, 1.4.1996 da ilk görevine iade edilip 15.5.1996 da göreve
başladığını, başlamadan hakkında alınan bir kararla 5.6.1996 da koor-
dinatör olarak atması yapıldığını, bu göreve de 10.6.1996 tarihinde
başladığını, mahkemenin 29.3.1996 kararı ile atama işlemlerinden biri-
nin iptal edilerek ilk görevine iade edildiğini, Başkanlığın 2.9.1999
günlü kararı ile ilk yerinde görevli bulunan şikayetçinin, Katı Atık İş-
letmeler şube müdürlüğünde mühendisliğine atandığını ve 7.9.1999 da
burada göreve başladığını, mahkemenin 23.12.1999 günlü yürütmenin

durdurulması karar ile işlem durdurulup, 29.3.2000 de iptal edildiğini, mahkemenin 27.6.2000 deki kararı ile de atamalardan bir işlemin durdurulmasına karar verildiğini, Başkanlığın 23.8.2000 tarihli oluru ile 28.8.2000 tarihinde ilk görevine başladığını, daha sonra 4.9.2000 de Fen işlerine koordinatör olarak atanıp 5.9.2000 de göreve başladığını, İdare Mahkemesinin 27.6.2000 günlü yürütmenin durdurulması kararını uygulayıp bir hafta sonra yeni bir işlem tesisi ile mahkemenin daha önce verilmiş kararlarını etkisiz hale getirildiğini “ tespit etmiştir.

İçişleri Bakanınca, sadece “İzmir 3. İdare Mahkemesinin 27.6.2000 tarihli yürütmenin durdurulması kararını uygulayıp bir hafta sonra yeni bir işlem tesisi ile mahkeme kararlarını hukuki yönden sonuçsuz bırakıldığı” gerekçesiyle verilen soruşturma iznine, sanık tarafından itiraz edilir, ve Danıştay 2. Dairesi 2001/686-1430 Esas Karar sayılı ilamı ile yine tek bir eylem dolayısı verilen izne itirazı reddedilir. Kararda “27.6.2000 tarihli yürütmenin durdurulması kararı üzerine 23.8.2000 tarihinde göreve iade yapıldığından itiraz kabul edilmeliydi” şeklinde karşı oy bulunmaktadır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı:

“... ilgili hakkındaki Başkanlığın, 2.9.1999 tarihli işleminin İdare Mahkemesinin 23.12.1999 günlü kararı ile yürütmenin durdurulmasına kararı verilmesi üzerine, 18.02.2000’de asıl görevine iade edildiği, ancak aynı gün başka bir işlem tesis ettiği, 2.9.1999’da bu işlemin de iptal edilmiş olduğu, 18.02.2000 günlü işlemin 27.06.2000 günlü kararı ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesi üzerine 23.08.2000’de asıl görevine iade edildiği, ancak 4.9.2000 günü başka bir işlem tesis edildiği,

Sanığın mahkeme kararlarını şeklen uygular görünüp yargısal kararların hukuksal sonuçlarını etkisiz bırakmaya yönelik eylemlerinin, Türk Ceza Kanununun 228. ve 80. maddelerini içerdiği” gerekçeleri ile dava ikame etmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2001/42 Esas 2002/31 kararında:

“Sanığın iki ayrı idare mahkemesi kararını yerine getirmediği görülüyor ve iddianamede de bunlara yer veriliyor ise de, İçişleri Bakanlığının izin yazısından ve Danıştay 2. Dairesinin kararından 4.9.2000 tarihli ikinci eylemden dolayı izin verildiği gerekçesi ile tek eylemden mahkumiyet hükmü” kuruyor.

Gerekçesinde, Anayasanın 125/1, 138/son ve 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/1 maddesinin ihlal edildiği vurgulanıyor. Hükümde, Türk Ceza Kanununun 228/1, 59 ile 647 Sayılı yasanın 4, 5 ve 6 maddelerinden toplam 456.300.000 TL ağır para cezasına yer verildiğini görmekteyiz.

Hüküm, sanık tarafında temyiz edilmiş ise de; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.2.2003 tarih 2003/4MD-26-8 sayılı kararı ile onanmıştır.

b-3. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararında

a. Dava, idari yargı kararının uygulanmaması nedeni ile kişisel kusura dayanan tazminata ilişkindir.¹⁴ Karar “idareye tebliğ” ve “kişisel

¹⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21.03.1995 tarih 1995/1600-2397 Esas-Karar sayılı ilamı.

sorumluluğun kapsamı” açısından iyi bir örnek teşkil ettiğinden, incelemekte fayda görmekteyiz.

“2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 4001 sayılı Yasayla değişik 28/4. maddesi uyarınca, ‘mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açabilir’. Kamu görevlisinin kastı ise ancak uygulama isteğinin kendilerine ulaştırılması ile belirginliğe kavuşur. Davacı bu yoldaki isteğinin 20.07.1994 gün 4344 sayılı dilekçeyle gerçekleştirdiğini dava dilekçesinde bildirmiş olmasına rağmen, dosya arasında bu dilekçeye rastlanılmamıştır. Öyleyse, anılan dilekçe üzerinde durulup davalıların kasıtlarının açığa kavuşturulmasından sonra bir karar verilmesi gerekir.

Yerel mahkemece belirtilen yolda inceleme yapılmaksızın kişisel kusura değil, ‘idarenin sorumluluğu bakımından kabul edilmiş bulunan’ 4001 Sayılı Yasayla değişik 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/4. maddesinin ilk bendinde belirtilen ‘idareye tebliğ’ temel alınarak davalıların kişisel sorumluluğuna karar verilmesi bozma nedenidir” görüşüyle kararı bozmuştur.

b. Dava yargı kararına uyulmaması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.¹⁵ Dava sonucunda tazminat talebi, “davacının daire başkanı olması nedeniyle göreve atanması teklif ve prosedürün takdir yetkisinin tamamen Milli Eğitim Bakanına ait olduğundan, davalıların mahkeme kararının uygulanması konusunda sıfatları bulunmadığından

¹⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.09.1998 tarih 1998/3393-7243 Esas-Karar sayılı ilamı.

husumet nedeniyle” reddedilmiştir. Davacının temyize getirdiği ilgili kararın incelenmesi sonucunda, Yargıtay ilgili dairesince:

“Davacı Milli Eğitim Bakanlığı Erkek Teknik Yüksek Öğretim Genel Müdürlüğünde Daire Başkanı olarak görev yaparken 13.02.1997 tarihli atama ile il içinde 6. Akşam Sanat Okulu öğretmenliğine atanmıştır. Bu atamaya karşı Ankara 10. İdare Mahkemesinde dava açan davacının yürütmeyi durdurma istemi üzerine 16.04.1997 günün yürütmeyi durdurma kararı verilmiş, idarenin bu karara itirazı ise 28.05.1997 günü reddedilmiştir. Davacının kararın uygulanmasını istemesi üzerine, Personel Genel Müdür yardımcısı davalı H atamayı olura arz etmiş ve Milli Eğitim Bakanı adına davalı İ'nin imzası ile olur verilerek davalı 17.06.1997 tarihinde Daire Başkanlığına atanmıştır. Ne var ki, aynı gün yani 17.06.1997 günü hazırlanan atama kararı davalı H tarafından olura arz edilmiş ve bakan adına davalı H'nin oluru ile davacı Daire Başkanlığından alınarak yine 6. Akşam Sanat Okulu öğretmenliğine atanmıştır. Bu ikinci atama kararına karşı davacının Ankara 9. İdare Mahkemesine açtığı dava üzerine 26.06.1997 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı verilmiş ve davacı 26.08.1997 tarihinde davalılar dışındaki üçüncü kişilerin imzası ile yeniden Daire Başkanlığı görevine başlamıştır.

Davacı ile ilgili tayin aşamaları ve yürütmeyi durdurma kararı incelendiğinde, davalıların yargı kararının uygulanmasına karşı eylemli olarak direndikleri görülmektedir. Bir kez yürütmeyi durdurma uyguladıkları sonra davacının aynı gün yeniden görevinden alınmış olması hukuka aykırılık oluşturur ve yargı kararının uygulanmadığı sonucunu doğurur. Direnmenin bakan adına yapılmış olması, davalıların da haksız eyleme katılmış olmaları nedeniyle sorumluluklarını ortadan kal-

dırmaz. Açıklanan yönler gözetilmeksizin davalılar hakkındaki davanın, husumet nedeniyle reddedilmiş olması bozmayı gerektirir.” gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Kararda bir üye karşı oy kullanarak:

“...Dairemizin mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ve eylemli uymama gerçek uyma sayılamayacağı şeklindeki değerlendirilmesine aynen katılıyorum. Olayda ‘davalıların da sorumluluğunun bulunduğu’ dair bozma görüşüne katılamıyorum. Bir bakanlığın sevk ve idaresi, yetki ve sorumluluğu bakana aittir. Bakandan sonra gelen personel bakan adına işlem yaparlar, onun yasaya uygun olan emirlerini yerine getirirler. Hazırlık çalışması niteliğindeki bun işlemlerin yapılmasından ve danışmanlık hizmetlerinin verilmesinden bakanın onayı ile sonuçlanmadığı sürece bir yere varmak mümkün değildir. Somut olayda olduğu gibi, bakanın yetki devri suretiyle bile olsa işlem yapanların, bakan adına yaptıklarından sorumluluk gene bakanındır. Yukarıdaki nedenlerle davalılar aleyhine dava açılması mümkün bulunmadığından mahkemenin ret kararını doğru buluyor ve dairemizin bozma kararına katılamıyorum.” şeklinde görüş beyan etmiştir.

c. Dava konusu olayda, davacı idari yargı kararının uygulanmaması nedeniyle, manevi tazminat talebi söz konusudur.¹⁶ İlgili daire kararında:

“Mahkemece, davanın gerçek kişi olan davalılar aleyhine değil, mensubu oldukları belediye başkanlığı aleyhine açılması gerektiğinden

¹⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09.06.1999 tarih 1999/3555-5498 Esas-Karar sayılı ilamı.

söz edilerek istemin reddine karar verilmiştir. Davacının temyizi üzerine karar, dairece onanmıştır.

Davacının karar düzeltme istemi üzerine dosya yeniden incelendi.

Dosyadaki kanıtlara göre davacının, arsası üzerine ev yapmak ve bu amaçla da imar izni almak için belediyeye yaptığı başvurunun reddedilmesi üzerine bu karara karşı idari yargı yerinde açtığı dava sonunda, 13.03.1997 gün 1996/607 Esas sayısı ile yürütmenin durdurulmasına, 07.05.1997 günlü kararlar da işlemin iptaline karar verildiği, ne var ki bu kararın uygulanması istemine de uyulmadığı, bu defa da, geçici inşaat izni verildiği, buna karşı idari yargıda dava açtığı, dava üzerine 08.01.1998 gün ve 1997/462 Esas sayılı kararlar yürütmenin durdurulmasına, 31.03.1998 günlü kararla da işlemin iptaline karar verildiği, ne var ki bu kararın da uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Davacının, alman bu kararların uygulanması için 09.03.1998 tarihinde yaptığı başvurunun, eldeki davanın açıldığı güne kadar uygulanmaması üzerine, eldeki bu davanın açıldığı ve manevi tazminat istendiği görülmüştür.

Anayasanın 138. maddesinde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu belirtildikten başka, kararların değiştirilemeyeceği ve uygulamasının da geciktirilemeyeceği yer almış bulunmaktadır. Yine bu bağlamda, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde de, mahkeme kararlarını otuz gün içinde uygulamayan kamu görevlileri hakkında tazminat davası açılacağı ifade edilmiştir. Açıklanan bu yasal düzenlemeye paralel olarak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 24.04.1979 gün ve 7/2 sayılı kararında da, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu bulunduğuna işaret

edilmiştir. Bir kararın uygulanmaması durumunda, uygulamayan kamu görevlisinin kin, garez, kasıt gibi kusurlarının varlığının aranması gerekmez. Diğer bir anlatımla zarar gören, davalının kasten uygulamadığını kanıtlamakla yükümlü olmadığı gibi, davalı da kastının bulunmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulamaz.

Somut olayda, davacı tarafından alınan idari yargı kararlarının uygulanmadığı tartışmasıdır. Tartışmalı olan yön, davanın kamu kurumu olan belediye aleyhine mi, yoksa kararı uygulamayan kamu görevlileri aleyhine mi yöneltileceği noktasında toplanmaktadır. Yukarıya alınan Anayasal ve yasal düzenlemeler, davanın idare aleyhine açılabileceği gibi, kamu görevlisi aleyhine de açılabileceğini öngörmektedir. Davacı isterse, idari yargı yerinde kurum aleyhine de dava açabilir.

Şu durumda mahkemece yapılacak iş, davaya konu edilen kararlara uygulamak suretiyle istemi reddeden kararlarda ve bu karları vermede yetkili ve görevli olan kimselerin belirlenmesi için, o kararlar getirilmeli, incelenmeli, hasım olabilecek olanlar davalıda gösterilmişlerse haklarında hüküm kurulmalıdır. Açıklanan bu yön gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir. Kararın bu gerekçelerle bozulması gerekirken, onanmış bulunduğundan, karar düzeltme istemi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440-442 maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve karar belirtilen nedenlerle bozulmalıdır.” gerekçeleri ile hükmün bozulmasına karar vermiştir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları¹⁷

a. Kaya / Türkiye Davası (19.2.1998; 158/1996/777/978):

Başvuran *Mehmet Kaya*, kardeşi *Abdülmenaf Kaya*'nın, tarlasına giderken bölgede operasyon yapmakta olan hükümet kuvvetlerine rastladığını; yanındaki arkadaşının askerler tarafından yakalandığını; kendisinin de yakalanacağı korkusuyla kaçmaya başladığını; saklandığı kayalıklar arasından bulunarak askerler tarafından öldürüldüğünü ileri sürerek, sözleşmenin 2, 6 ve 13. maddeleri hükmünün çiğnendiğini iddia etmiştir.

Hükümet ise adı geçenin, güvenlik güçleriyle girişilen çatışmada öldüğünü ileri sürmüştür.

Mahkemeye göre, 2. madde çerçevesinde yaşama hakkının korunması, ölüme neden olan kuvvet kullanılmasını haklı olup olmadığının tespiti bakımından, kuvvet kullanan görevlinin etkin bir soruşturma yoluyla hesap vermeye davet edilmesini gerektirir. Olayla ilgili olarak yürütülen soruşturmada, Cumhuriyet Savcısının olaya dahil olan askerlerin ifadesine başvurmadan ve olay yerinde yoğun bir çatışmanın yaşandığını kanıtlayan boş kovanları incelemeyen, mağdurun güvenlik güçleri ile çıkan çatışmada ölen bir terörist olduğu kanısına vardığına dikkat çeken mahkeme, Savcının askerler tarafından verilen bilgileri kabul etme yönündeki istekliliğinin, cesedin parmaklarında barut izi bulunup bulunmadığının neden araştırılmadığını açıkladığını vurgulamıştır.

¹⁷ Özcan Özbey, 2008, s. 165 vd.

Cesedin, vücuttaki kurşunlar da dahil olmak üzere daha kapsamlı bir inceleme yapılmasını engelleyecek şekilde köylülere teslim edilmesinin, soruşturma açısından ciddi bir eksiklik olarak değerlendirildiği kararda, olay yerinden sadece silah ve cephanenin delil olarak alındığını ve Savcının, balistik incelemeyi beklemeden görevsizlik kararı verdiğine dikkat çekerek nihayetinde yetkili makamların başvuru için kardeşinin ölümünü aydınlatabilmek için etkili bir araştırma yürütemedikleri sonucuna varmıştır. Mahkeme bundan dolayı sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir.

b. Maşallah Öneriyıldız/Türkiye (18.06.2002, 48939/99):

28 Nisan 1993 tarihinde İstanbul-Ümraniye'deki bir çöplükte metan gazı birikmesi sonucu meydana gelen ölüm olayından dolayı Türkiye'nin mahkumiyeti ile ilgilidir. AİHM 1. Daire, 18.06.2002 tarihli kararıyla, Ümraniye çöplüğündeki metan gazı patlaması sonucu çöplük yakınında olup yıkılan on bir evden birinde oturan başvuranın on iki kişilik ailesinden dokuzunu kaybetmesi nedeniyle md.2'nin (2'ye karşı 5 oyla) ve 1 nolu Protokol md.1'in ihlaline (3'e karşı dört oyla) dayalı olarak mahkumiyet ve başvuran için 154.000. Euro maddi tazminat ve 10.000. Euro (bu miktardan 2.286, 50 Euro düşülecektir) dava masrafı ödenmesi kararı vermiştir. 1970'lerden beri çöp deposu olarak kullanılan İstanbul/Ümraniye'deki çöp deposunun etrafına kaçak olarak inşa edilen gecekondulardan Hekimbaşı semti oluşmuştur. 07.05.1991'de Ümraniye Belediyesinin istemi üzerine Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesince çöp deposunun tehlikesi üzerine bir tespit yapılmış, fakat Ümraniye çöplüğünü kullanan 4 Belediye tarafından olayın meydana geldiği 28.04.1993 tarihine kadar hiçbir önlem alınmamış, başvuranın burada oturması yasaklanmamıştır.

Bunun sonucu olarak Ümraniye çöplüğündeki metan gazı patlamasında çöplük yakınındaki yıkılan 11 evden birinde bulunan başvuranın, 12 kişilik ailesinde 9'u ölmüş evi de yıkılmıştır. Bu olay sebebiyle açılan idari ve adli soruşturmalarla davalarda, Ümraniye ve İstanbul Belediye Başkanları görevi ihmalden dolayı 160.000. lira para cezasını çarptırılmıştır. İstanbul İdare Mahkemesi de bu Belediyeleri 30.11.1995 tarihinde başvurana ve çocuklarına 100.000.000.TL manevi ve harap olan ev eşyaları için 10.000.000.TL maddi tazminata mahkum etmiştir.

Mahkeme, İstanbul'un kenar mahallelerinden birinde patlayan çöplükte yaşayan başvuru sahibinin evinin yıkılmasında mülkiyet haklarının da söz konusu olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kişinin, yaşadığı evin üzerinde bulunduğu araziye sahip olmamasına ve ev, planlama kontrolleri ihlal edilerek inşa edilmiş olmasına rağmen Mahkeme, ilgili şahsın söz konusu yapının fiili sahibi olduğuna karar vermiştir. Ayrıca başvuru sahibinin, arazinin tapusunun devredilmesi için geçerli bir talebi olmamasına rağmen, maddi çıkarı söz konusudur. Mahkeme; yetkililerin, başvuru sahibinin mallarının korunmasına yönelik pozitif bir yükümlülüğü olduğunu ve bu yüzden de patlama riskini ortadan kaldırmak için gerekli tüm önlemleri almış olmaları gerektiğini öne sürmüştür.

Mahkeme, idarenin önlem almaması ve verilen para cezasının komikliği nedeniyle 2. maddenin (2'ye karşı 5 oyla) ve konuta verilen zarar nedeniyle 1 nolu Protokol md. 1'in (3'e karşı 4 oyla) ihlaline karar vermiş.

Yasaya aykırı olarak tehlikeli bölgeye gecekondyu yapan başvuranın kendi kusurlu davranışına rağmen Türkiye'yi yüklü bir tazminata

(154.000 Euro maddi tazminata ve 10.000 Euro (bu miktardan 2.286,50 Euro düşülecektir) dava masrafı ödenmesine) mahkum etmiştir.

c. Ergi/Türkiye Davası (28.07.1998, 23818/94):

Dava konusu çatışma arasında kalan sivil kişinin ölümüyle ilgiliydi. Mahkeme, söz konusu çatışma sırasında arada kalıp ölen kişiyle ilgili yeterli soruşturmanın yapılmadığını operasyonun planlanması ve kusurlardan doğan orantısız güç kullanma nedeniyle yaşama hakkının ihlal edildiğini (md. 2); etkili ve yeterli soruşturma bulunmaması nedeniyle yaşama hakkının ihlal edildiğini; Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiğine (md. 13) karar vermiştir. Ayrıca başvurunun geçersizliği itirazının reddine (md. 34); iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddine (md. 35); aile yaşamına saygı hakkı bakımından incelemenin gerekli olmadığına (md. 8); ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine (md. 14) dair karar vermiştir. Mahkeme bireysel başvuruyu engellememe taahhüdünün ihlaline (md.34) de karar vererek başvurucu lehine 6.000 Sterlin manevi tazminat, ücretler ve masraflar için 12.000 Sterlin'den adli yardım olarak alınan 9,995 FF düşülerek ödenmesi yönünde hüküm kurmuştur.

SONUÇ

Yönetimin, hukuk çerçevesinde, çağın getirdiği hak ve hürriyetler anlayışındaki değişime ayak uydurması gerekmektedir. Aksi davranış polis devleti anlayışını doğurur. Dolayısıyla idare sürekli kendisini yenilemelidir. Aslında değişim, doğanın temelinde vardır. Gezegenler, canlılar, iklimler değişmekte, mikroorganizmalar bile mutasyona uğra-

maktadır. Yaşamı devam ettirebilmenin temel koşulu değişebilmektir. Değişmek, çevresel koşullara ayak uydurabilmek için doğayla, rakiplerle mücadele ederek yaşamı devam ettirmek, büyümek ve gelişmek tüm canlıların ve sistemlerin temel amacıdır. Yeni bir antibiyotikle mücadele eden bir mikroptan, ormanda yaşayan vahşi bir hayvana veya büyük bir şehrin acımasız ortamında kendisinin ve ailesinin aç kalmaması için çabalayan, değişen insana ve globalleşen dünyada acımasız rekabet koşullarına rağmen ayakta kalmaya, büyümeye çalışan şirketlere hatta değişen dünya koşullarında yeni yerini almaya çalışan ülkelere kadar, bütün sistemler devamlı değişim halindedir.

Tüm sistemler; biyolojik, organik, ekonomik ya da politik, hepsi değişmek gerektiğinin bilincindedir. Bazıları içgüdüsel olarak değişir. Bu içgüdüsel değişiklikler belki de genlerin formülüne yazılmıştır. Ancak insanların, kurumların ve ülkelerin değişmesi sistematik yaklaşımla başarılı olabilir.

Bazen çok radikal değişiklikler de yapmamız gerekebilir. Bu gibi durumlarda tutucu davranmamalı ve tutucu kesimlerin etkisinde kalmamalıyız. Vizyonun sizi yönlendireceği, kritik başarı faktörlerine göre belirlenen temel süreçlerde radikal değişiklikler yapmak gerekebilir. Bazıları buna karşı çıkabilir. “Bu iş otuz yıldır böyle yapılıyor, herkes ezbere biliyor ve şimdiye kadar başarılı oldu, niçin şimdi bunu değiştiriyoruz?” gibi tipik tutucu görüşleri ikna etmenin yollarını bulmak gerekir. İkna olmak istemeyen ve değişikliklere ayak uyduramayanlar zaten doğa kurallarında olduğu gibi devre dışı kalacaklardır.

İnsanlar doğuştan tutucu doğarlar. Canlılar, yaşamlarını devam ettirme içgüdüünün bir parçası olarak koşulların değişmesini pek iste-

mezler. Değişiklik, ne getireceği pek belli olmayan bir maceradır onlar için. Paradigmalarının bir gereği olarak her tür değişikliği önce reddederler, sonra direnirler, bir sonraki basamakta direnmenin bir işe yaradığını görüp boş verirler. En son basamakta ise, değişen durumun kendileri için iyi bir şey olduğuna ve yaşamlarını daha iyi bir biçimde devam ettirebileceklerine inanırlarsa, değişirler ve değişime katılırlar.

Aslında kamu görevlilerinin tutuculuğu da bu benciliklerinden kaynaklanmaktadır. Koltuk güçlerini paylaşmak istemedikleri gibi, icraat ve tasarruflarında da şeffaf ve hukuki olmazlar. Otoritelerini kabullendirmek isterlerken, çoğu zaman kendi duygu, düşünce, menfaat ve hırslarına göre eylemlerde bulunurlar ve başkalarına hayat hakkı tanımazlar. Bu da beraberinde hukuksuzluğu getirir.

Halbuki başarıyı yakalamak ve adaleti tesis etmek için, idare ve örgütlerin, sürekli değişen çevresel şartlara ayak uydurması, en iyisine ulaşması zorunludur. Değişimi benimsemeyen veya sürekli bir olgu olarak kabul etmeyen örgütler yok olmaya mahkumdurlar.

Yönetim ve çalışma yaşamında gerek kişisel ve gerekse örgütsel nedenlerden ötürü değişime, paylaşıma, şeffaflığa karşı dirençler oluşur. Bunun temel nedeni korkularımızdır. İnsanlar sahip olduklarını kaybetme korkusunu yaşarlar.

İşte, idarenin yargı kararlarına uymamasının temel sebepleri de izah edilen açıklamalardır. Bütün bunların sonucunda insanlar, idari yargı kararlarının uygulanmasından dolayı, mevcut yasal düzenlemeler içinde birçok sorunlarla karşı karşıya kalmaktadır.

İdari yargı kararlarını uygulamayan kamu görevlilerinin belirlememesinden, idareye karşı açılan davaların caydırıcı bir nitelik taşımamasından, kararlarının uygulanmasından dolayı açılan manevi tazminat davalarındaki bedellerin düşüklüğünden, yargı kararlarını uygulamayan idari görevliler hakkında idarece re'sen suç duyurusunda bulunulmamasından, az da olsa idari yargı mercilerince, idareyi koruyucu mantık güdülmesine kadar bir çok sıkıntılar yaşanmaktadır.

Gerek yeni yasal düzenlemeler ile bu konuya kazandırılacak işlerlik, gerekse hukuk devletinin uygulayıcıları olan idari merciler ve yargı makamlarının duyarlılıkları ve eğitilmeleri neticesinde, değişime açık, hakkın verildiği, aleniyetin sağlandığı hukuk devletine ulaşmanın daha hızlanacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
- Danıştay 2. Dairesinin örnek kararları
- Danıştay Dergisi
- Durmuş Tezcan, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002
- Orhan Özdeş, "Danıştay Kararlarının Yerine Getirilmesi Zorunluluğu", Danıştay Dergisi, Sayı 20-21
- Özcan Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2008
- Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003
- Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin örnek kararları





**TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İNSAN
KLONLAMA**

Dr. Ömer ÖMEROĞLU^(★)

ANLATIM DÜZENİ: *GİRİŞ, TANIM VE TARİHÇE, İNSAN KLONLAMA KONUSUNDA TARTIŞMALAR, 1) İnsan Klonlanmasına Karşı Olanların Savları, 2) İnsan Klonlamadan Yana Olanların Savları, 3) Değerlendirme, TÜRK HUKUKUNDA İNSAN KLONLAMANIN YAPTIRIMI, SONUÇ, KAYNAKLAR.*

GİRİŞ:

İnsan dünyaya gelişiyle beraber, kendisini dünyayı tanıma ve anlama sürecinin içinde bulur. Bu süreç sadece dış dünyayı değil, kendi bedenini de tanımayı kapsar.

Eski çağlardan beri, insan kendi vücudunu tanımak konusunda merak ve çaba göstermiştir. Bu sayede, tıp bilimi gelişerek bugünkü seviyesine gelmiştir. Tıp bilimiyle beraber teknolojik gelişmelerde elde edilen mesafe, kısa zaman öncesinde hayal bile edilemeyen konuları insanlığın gündemine sokmuştur.

(★) *Aliağa Cumhuriyet Başsavcısı.*

Bunlardan bir tanesi de insan klonlamadır. İnsan klonlama genetik olarak özdeş insan oluşturmayı, diğer deyişle kopyalamayı ifade eder.

Klonlamanın tedavi edici türü de olmakla beraber, ayrı bir inceleme konusu oluşturabilecek genişlikteki tedavi edici klonlama kapsam dışı bırakılarak, bu çalışmada insan klonlamanın tanım ve tarihçesi, bu konudaki tartışmalar ve Türk hukukundaki durum incelenecektir.

TANIM VE TARİHÇE

Klonlama, DNA¹ parçalarının, genlerin yada hücrelerin tıpatıp üretilmesi olarak tanımlanabilir².

Bir vücut hücresinin DNA molekülünün çıkartılarak içi boşaltılmış bir yumurta hücresine aktarılması ve yumurtanın bu haliyle gelişmesinin temin edilmesi yöntemiyle klonlanmış canlılar elde edilebilmektedir³.

Klonlama yöntemiyle genetik olarak özdeş insan oluşturmaya, insan klonlama adı verilmektedir.

¹ Canlıların temel genetik özelliklerini taşıyan ve belirleyen yapıya Deoksiribonükleik asit (DNA) adı verilir. Bkz. YÜKSEL, Ahmet F/YELKENCİ, Barış, "DNA(Deoksiribonükleik asit Molekülü)", <http://www.genbilimi.com> (Erişim tarihi 12.10.2009).

² YILMAZ, Oktay/UÇAR, Mehmet(2006), "Kök Hücre Çalışmaları ve Terapötik Klonlama", Hayvancılık Araştırma Dergisi, C:16, S:1, s.29.

³ "Klonlama", <http://www.biyolojiddunyasi.com> (Erişim tarihi 12.10.2009).

İnsan bedeni üzerinde deney ve araştırmaların tarihinin insanın varoluşu kadar eski olduğu iddia edilmekle beraber⁴, klonlamanın tarihinin eski olmadığını söylemek gerekir.

İlk klonlama deneyi, 1952 yılında Robert Briggs ve T. J. King tarafından dondurulmuş kurbağa yumurtasının çekirdeğinin başka bir kurbağa yumurtasına aktarılması şeklinde yapılmış, ancak başarılı olmamıřtır⁵.

1960'lı yıllarda John Gordon, 1979 yılında Karl Illmense klonlama üzerinde çalışmış ve daha iyi sonuçlar almışlarsa da gerçek anlamda başarı elde edememiřlerdir⁶.

1986 yılında Steen Willadsen ve sonrasında Neal First'ün hücre klonlamakta elde ettikleri başarı bugünkü gelişmelerin ana nedeni olmuřtur⁷.

1997 yılında Ian Wilmut ve Keith Campbell'in bir koyun yumurtasının çekirdeğini, kromozomları ve DNA monekülü çıkartılmış bir koyun yumurtasına naklederek "Dolly" isimli koyunun doğumunu sađlamıřtır⁸.

4 SMITH, Steven R/MEYER, Robert G(1987), Law, Behavior and Mental Health: Policy and Practise (New York University Press), s.189.

5 MacKINNON, Barbara (2002), Human Cloning: Science, Ethics and Public Policy (University of Illinois Press), s.4, ayrıca bkz. RENCÜZÖĞULLARI, Eyüp "Klonlamanın Tarişesi", <http://www.genbilim.com> (Erişim tarihi 06.10.2009).

6 MacKINNON, s.4.

7 MacKINNON, s.4.

8 MACINTOSH, Kerry Lynn (2005), Illegal Beings: Human Clones and the Law (Cambridge University Press), s.1.

Bu gelişme kısa bir süre sonra insan klonlamasının yapılabileceği öngörüsünü ortaya çıkartmış⁹, 2004 yılında Güney Koreli bilim adamları düzinelerce insan embriyosu klonladıklarını açıklamıştır¹⁰.

Özellikle bu gelişme insan klonlamanın da mümkün olduğunu ortaya koymuştur¹¹. Aynı zamanda bu gelişme insan klonlama konusundaki tartışmaları da gündeme getirmiştir.

İNSAN KLONLAMA KONUSUNDA TARTIŞMALAR:

1) İnsan Klonlamasına Karşı Olanların Savları:

İnsan tüm diğer varlıklar gibi Tanrı'nın yaratısidir. Bu nedenle insan klonlamak, kendisi Tanrısal iradenin yerine koymak yada Tanrı'ya karşı gelmek anlamı taşır¹².

İnsan yaratma Tanrı'ya aittir, insana yaratma anlamına gelen klonlama izni verilmemiştir¹³.

İnsan klonlamayı doğal sürece ve doğanın düzenine müdahale olarak değerlendirmek gerekir¹⁴.

9 DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşe (1999), "Felsefi Görüşlerin Işığında Yeni Tıp Etiği ve Bazı Sonuçlar", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Dergisi, S:7, s.44.

10 MACINTOSH, s.2, LeVINE, Harry (2006), Genetic Engineering: A Reference Handbook (ABC-CLIO Press), s.118.

11 Dünyada halen üç klonlanmış insan yaşadığı yolundaki haber için bkz. Radikal, 04.03.2009.

12 Bkz.MACINTOSH, s.12, JACKSON, Wayne, "The Ethics of Human Cloning", <http://www.chistiancourier.com> (Erişim Tarihi 08.10.2009).

13 PETERS, Ted (1997), "Shock a Theological Reaction", s.12. Ronald COLETURNER (1997), Human Cloning: Religious Responses (Westminster John Knox Press) içerisinde.

14 Bkz. POLKINGHORNE, John (1997), "Cloning and The Moral Imperative", s.37, Ronald COLE-TURNER (1997), Human Cloning: Religious (Westminster John Knox Press) içerisinde.

Her insan tek ve benzersiz yaratılmıştır. Klonlama bu teklifi ve benzersizliği ortadan kaldırır¹⁵.

Klonlamayla organ veya doku verici bir insan alt sınıfı oluşturulabilir¹⁶.

Genetik anlamda özdeş insanlar oluşturmak insanlık onurunu zedeler¹⁷.

Klonlama gen havuzunun daralmasına ve genetik çeşitliliğin kaybolmasına yol açabilir¹⁸.

Klonlama işlemi sırasında kalıtsal bozukluklar ortaya çıkabilir ve bu kontrolden çıkarak felaketlere neden olabilir¹⁹.

Klonlama ile oluşturulacak insan, diğer bir insanın tıpatıp benzeri olacağından, bu insan psikolojisini bozabilir. Hiçbir insan diğerinin kopyası olmak istemez, bu durum insan psikolojisini bozabilir²⁰.

Klonlama, saf ırklar yetiştirmek, tarihi liderleri yeniden yaşatmaya çalışmak gibi kötü niyetli kullanımlara neden olabilir²¹.

15 POST, Stephen Garrad (1999), "The Judeo-Christian Ethic Opposes Cloning", s.154, M.L. RANTALA/A.R.MILGRAM (1999), Cloning": For and Against (Carus Publishing Company Press) içerisinde.

16 FIRAT, Reha(2003), "Genetikte Psikososyal ve Etik Boyut", Köprü Dergisi, 2003 Yaz Sayısı, s.18.

17 FIRAT, s.19, CAULFIELD, Timothy: "Human Cloning Laws, Human Dignity and The Poverty of Policy Making Dialogue", <http://www.biomedcentral.com> (Erişim tarihi 14.10.2009).

18 POLKINGHORNE, s.37.

19 POST, s.155, FIRAT, s.19.

20 FIRAT, s.19.

21 McGEE, Glen, "Primer On Ethics and Human Cloning" <http://www.actionbioscience.org> (Erişim tarihi 09.10.2009).

Klonlama, zaten zayıflamakta olan aile kurumunun tamamıyla çökmesine yol açabilir²².

Klonlama, hukuki sorunları beraberinde getirir. Aynı parmak izi- ne, aynı DNA yapısına sahip bireyler suç işlediklerinde, suçun kimin tarafından işlendiğini bulmak olanaksız hale gelebilir veya suçsuz kişilerin cezalandırılabilme olasılığı yükselir²³.

2)İnsan Klonlamadan Yana Olanların Savları:

İnsan klonlama yaratma anlamında değerlendirilemez.

İnsan, beden ve ruhtan oluşmaktadır. Beden klonlansa bile ruh klonlanamaz²⁴. Kaldı ki, klonlamada zaten var olan bir üreme meka- nizmasına, zaten var olan bir genetik bilgi eklenmektedir. Bu nedenle yaratmak eylemiyle benzerlik kurulamaz²⁵

Bunama, zeka geriliği, bazı kanser türleri gibi kalıtsal olarak yeni nesillere aktarılan hastalıklar ortadan kaldırılabilir²⁶.

Üreme yeteneğinden yoksun olan bireylerin kendi genlerini taşı- yan çocuklara sahip olmaları mümkün olabilir²⁷.

22 POST, s.154.

23 FIRAT, s.19.

24 Bkz. AVCI, Mustafa (2005), "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler", Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2005 Kasım Sayısı, s.149.

25 "Klonlama İnsan Yaratmak Değildir", Mercek Dergisi, S:20, 2003 Şubat Sayısı, s.2.

26 Bkz. SMITH, Simon, "The Benefit of Human Cloning" <http://www.humancloning.org> (Erişim tarihi 09.10.2009)

27 SMITH, The Benefits...(humancloning sayfasından)

Üreme yeteneğine sahip olmakla beraber ölümcül hastalık taşıyan genlere sahip olan ve bu nedenle çocuk sahibi olma kararı veremeyen bireylerin sorunlarına çözüm bulunabilir²⁸.

İnsan klonlama konusunda karar vermeyi bireylerin demokratik hak kullanım biçimi olarak değerlendirilmek gerekir. Klonlama ile ilgili karar bireyin kendi bedeni ve genleri üzerindeki tasarruf yetkisi içinde ele alınmalıdır²⁹.

3)Değerlendirme:

İnsan klonlamanın yararlı tarafları olduğu gibi zararlı yönleri de bulunmaktadır.

İnsanlık tarihi boyunca birçok buluş insanlığın yararına kullanıldığı gibi kötüye kullanımlara da neden olmuştur.

Bir neşter cerrahın elinde hayat verirken, bir katilin elinde hayatı sonlandıran bir araç haline gelebilir. Nükleer gelişmeler enerji sorununu çözebilir veya atom bombalarıyla uygarlığı yok edebilir.

Kanaatimizce önemli olan bir bilimsel gelişme ve buna dayalı bir buluşun insanlık yararına kullanılabilmesini sağlamak ve bu konuda kötüye kullanımları engelleyecek yasal düzenlemeleri yapmaktır.

28 Bkz. FIRAT, s.18.

29 Bkz. HARRIS, John (1997), "Goodbye Dolly, The Ethics of Human Cloning", Journal of Medhical Ethics, Vol:23, No:6, s.359.

Böyle bir yasal düzenleme yapabilmesi için konunun bilimsel düzeyde her yönüyle tartışılması ve dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre asgari de olsa ortak kabullere ulaşılması gerekir.

İnsan klonlama konusu oldukça yeni bir konudur. İnsan klonlamayla ne gibi sonuçlar alınacağı bilinmemektedir. Tıp bilimi klonlamanın ne gibi sonuçlar doğurabileceğini henüz ortaya koyabilmiş değildir.

Bu durumda, kötüye kullanımlara engel olabilecek yasal düzenlemeleri yapmak olanağı bulunmadığı görülmektedir.

Düşüncemizce klonlama konusunda bilimsel araştırmalara engel olunmadan insan klonlaması yasaklanmalıdır. Yasağın anlamlı olabilmesi için de bu yasağa ceza yaptırımı da eklenmelidir.

TÜRK HUKUKUNDA İNSAN KLONLAMANIN YAPTIRIMI:

Sağlık Bakanlığının 19.09.2005 tarihli genelgesiyle embriyonik kök hücre çalışmaları yasaklanmıştır. Daha sonra Mayıs 2006 tarihli bir genelgeyle embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına izin verilmiş ve bazı koşullar öngörülmüştür. 2005 tarihli genelgenin embriyonik kök hücre çalışmalarını yasaklamış olması nedeniyle klonlamayı da yasakladığı kabul edilmektedir.³⁰

30 HAKERİ, Hakan, "Kök Hücre Çalışmaları, Klonlama ve Yeni Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", <http://www.sdplatform.com> (Erişim tarihi 15.10.2009).

Bu genelgeyle öngörülen yasaklama idari niteliktedir. Bu yasak genelgenin muhatabı olan sağlık görevlileri açısından, uyulmaması halinde disiplin cezası verilmesi sonucunu doğurabilir. Ancak bunun dışında hukuk sistemimizde insan klonlamanın yaptırımı yoktur.

Ülkemiz tarafından imzalanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesine Ek Protokol”ün 1. maddesi genetik olarak özdeş insan oluşturmayı, diğer deyişle insan klonlamayı yasaklamaktadır³¹.

Bununla birlikte Türk Ceza Kanununda veya özel ceza kanunlarında insan klonlamayı yasaklayan hiçbir düzenleme yoktur.

Bu nedenle ülkemizde halen insan klonlama suç değildir ve yaptırım da adeta yoktur.

SONUÇ

Tıbbi ve teknolojik gelişmeler sonucunda gen teknolojisinde varılan nokta genetik olarak özdeş insan oluşturabilme, başka deyişle insan klonlamayı olanaklı hale getirmiştir.

Bununla birlikte tıp bilimi ve gen teknolojisi, insan klonlamanın sonuçlarının ne olabileceğini kestirememektedir.

İnsanın doğaya yaptığı bu tür müdahalelerin genelde olumlu sonuçlar doğurmadığını, kötüye kullanımlara hatta felaketlere neden olabileceğini tecrübeler göstermiştir.

31 ÜNVER, Yener (2005), “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku'na Etkisi”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2005 Kasım Sayısı, s.183.

Bu nedenle insan klonlanması birçok hukuk sisteminde yasaklanmakta, hatta suç sayılarak cezalandırılmaktadır.

Ülkemizde insan klonlama konusunda Sağlık Bakanlığının bir genelgesi dışında düzenleme yoktur.

Bu durumda ülkemize dışarıdan gelinerek yada ülke içerisinde insan klonlanması halinde, herhangi bir yaptırım uygulaması mümkün değildir.

Bu nedenle kanaatimizce insan klonlama Türk Ceza Kanunu içerisinde bir suç olarak düzenlenmeli ve insan klonlama eylemi cezalandırılabilir hale getirilmelidir.

KAYNAKLAR

- 1) AVCI, Mustafa (2005), "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler", Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2005 Kasım Sayısı.
- 2) CAULFIELD, Timoty, "Human Cloning Laws, Human Dignity and The Povertiy Policy Making Dialogue", <http://www.biomedcentral.com>. (Erişim tarihi 14.10.2009).
- 3) DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşe (1999), "Felsefi Görüşlerin Işığında Yeni Tıp Etiği ve Bazı Sonuçlar", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Dergisi, S:7.
- 4) FIRAT, Reha (2003), "Genetikte Psikososyal ve Etik Boyut", Köprü Dergisi, 2003 Yaz Sayısı.
- 5) HAKERİ, Hakan, "Kök Hücre Çalışmaları, Klonlama ve Yeni Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik", <http://www.sdplatform.com> (Erişim tarihi 15.10.2009).
- 6) HARRIS, John (1997), "Goodbye Dolly, The Ethics of Human Cloning", Journal of Medhical Ethics, Vol:23, No:6.
- 7) JACKSON, Wayne, "The Ethics of Human Cloning", <http://www.christiancourier.com> (Erişim tarihi 08.10.2009).
- 8) "Klonlama", <http://www.biyolojidunyasi.com> (Erişim tarihi 12.10.2009)

- 9) "Klonlama İnsan Yaratmak Değildir", Mercek Dergisi. S:20, 2003 Şubat Sayısı.
- 10) LeVINE, Harry (2006), Genetic Engineering: A Reference Handbook (ABC- CLIO Press).
- 11) McGEE, Glen,"Primer On Ethics and Human Cloning", <http://www.actionbioscience.org> (Erişim tarihi 09.10.2009).
- 12) MACINTOSH, Kerry Lynn (2005), Illegal Beings: Human Clones and The Law (Cambridge University Press).
- 13) MacKINNON, Barbara (2002), Human Cloning: Science, Ethics and Public (University of Illinois Press).
- 14) PETERS, Ted (1997), "Shock a Theological Reaction", Ronald COLETURNER (1997), Human Cloning: Religious Responses (Westminster John Knox Press).
- 15) POLKINGHORNE, John (1997), "Cloning and The Moral Imperative", Ronald COLE-TURNER (1997), Human Cloning: Religious (Westminster John Knox Press).
- 16) POST, Stephen Garrad (1999), "The Judeo-Christian Ethic Opposes Cloning", M.L.RANTALA/A.R. MILGRAM (1999), Cloning: For and Against (Carus Publishing Company Press).
- 17) Radikal, 04.03.2009
- 18) RENCÜZOĞULLARI, Eyüp "Klonlamanın Tarihçesi", <http://www.genbilim.com> (Erişim tarihi 06.10.2009).

- 19) SMITH, Simon, “The Benefit of Human Cloning”, <http://www.humancloning.org> (Erişim tarihi 09.10.2009)
- 20) SMITH, Steven R/MEYER, Robert G (1987), Law, Behavior and Mental Health: Policy and Practice (New York University Press).
- 21) ÜNVER, Yener (2005), “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukuku’na Etkisi”, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi, 2005 Kasım Sayısı.
- 22) YILMAZ, Oktay /UÇAR, Mehmet (2006), “Kök Hücre Çalışmaları ve Terapötik Klonlama”, Hayvancılık Araştırma Dergisi, C:16, S:1.
- 23) YÜKSEL, Ahmet F/YELKENCİ, Barış, “DNA (Deoksiribonükleik asit Monekülü), <http://www.genbilimi.com> (Erişim tarihi 12.10.2009)

KISALTMALAR

C : Cilt

No : Number (Sayı)

s : Sayfa

S : Sayı

Vol: Volume (Cilt)



İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

Erol TATAR (★)

ANLATIM DÜZENİ: *I. Giriş, II. Erişimin Engellenmesi, 1. Koşulları, 1.1. Suç Türüne İlişkin Koşul, 1.2. İçeriğe ilişkin Koşul, 2. Engelleme Kararını Vermeye Yetkili Kurumlar, 2.1. Yargı Makamları, 2.2. İdari Makam, 3. Engelleme Kararının İçeriği, 4. Engelleme Kararının İnfazı, 4.1. Koruma Tedbiri Olarak Verilen Kararın İnfazı, 4.2. İdari Tedbir Olarak Verilen Kararın İnfazı, 5. Engelleme Kararının Son Bulması, 5.1. Koruma Tedbiri Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararının Son Bulması, 5.2. İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararının Son Bulması, III. Çözüm Önerileri, IV. Sonuç.*

I. GİRİŞ:

Otobanda ters yönde giden bir otomobil saptandığında, yapılması gereken o aracı trafikten alıkoymak mıdır, yoksa otobanı tümüyle ulaşıma kapatmak mıdır? Ya da, bir kitabın içerisindeki zararlı içerikten ötürü, akılcı olan tüm kütüphaneye girişi yasaklamak mıdır? Erişimin engellenmesi kararıyla yapılan, ne yazık ki, tüm otobanı veya kütüphaneyi kapatmaktan ibarettir.

(★) Ankara Hakimi

Gün geçmiyor ki, bu şekilde yeni bir kapatma, yeni bir erişimin engellenmesi kararı duymayalım.¹ Dünyanın ikinci en çok tıklanan sitesine (YouTube)² uzun süreden beri erişim engellenmiş durumdadır. Yapılan açıklamalara göre Türkiye, yeryüzünde en çok internet sansürü ve kısıtlaması yapan ülke konumundadır.³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İnternet Daire Başkanı bile sansürden yakınır hâle gelmiştir.⁴

O hâlde, ne yapmalıyız? Bir şekilde yasağı aşmanın yollarını mı denemeliyiz? Yoksa, mevcutlarla mı yetinmeliyiz? Acaba bu engelleme kararları neden alınıyor? Engellemelerin hepsi bir yargı kararına mı dayanıyor? Erişimin engellenmesine ilişkin kararlarının ne kadarı idarenin tasarrufuyla gerçekleşmektedir?

Bu sorular karşısında öncelikle belirtilmesi gereken, yasaklı siteye erişme yöntemlerinin bu yazının kapsamı dışında kaldığıdır. Ama 5651 Sayılı Yasa⁵ ve ilgili Yönetmelik⁶ hükümleri de dikkate alınarak, hukukumuzda internete erişimin engellenmesinin nedenleri, karar vermeye yetkili kurumlar, usûlü ile yapılması gereken düzenlemelerin neler olabileceği sorularına cevap verilmeye çalışılacaktır.

¹ "Ünlü evrimcinin Sitesine Yasak" Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, 2008/4, s.49.

² "İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi" Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, 2008/3, s.1.

³ Sucu, M., "Enternet" Cumhuriyet Gazetesi, 05.05.2009.

⁴ "İnternette otoban kapatmak yerine trafikteki kötü aracı çıkaralım", Hürriyet Gazetesi, 11.04.2009.

⁵ 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" 04.05.2007 tarihinde kabul edilmiştir.

⁶ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, 30.11.2007 tarihli ve 26716 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

II. ERİŞİMİN ENGELLENMESİ

İnternet toplumsal, kültürel, ticari ve eğlendirici küresel iletişim sistemidir;⁷ bir ağ teknolojisidir. Bilgiye ulaşmanın en kolay, hızlı ve ucuz yoludur. Kolaydır, çünkü evden veya işyerinden sadece bir “tık” yeterlidir. Hızlıdır, çünkü her saniye yeni bir haber sayfasına ulaşım olanaklıdır. Ucuzdur, çünkü diğer basılı eserlerle kıyaslanamayacak fiyattadır.

İnternet, bir taraftan temel hak ve özgürlüklerin kullanımının önündeki engelleri kaldırıp, kamunun bilgi ve düşüncüyü alma hakkını sağlarken, diğer taraftan da, son zamanlarda sıkça karşılaştığımız gibi, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünün kolayca ihlal edilmesine, kişilik haklarına yapılan saldırılara aracı olmaktadır. Bu nedenle de denetlenmesi gündeme gelmiştir.

5651 sayılı Yasa, gençliği ve aileyi korumayı amaçlamıştır. Gereğesinde aile, çocuk ve gençliği korumayı öngören Anayasa'nın 41 ve 58. maddelerine yer verilmiştir. Ne var ki, 5651 Sayılı Yasa, okunması da dahil olmak üzere, 105 dakika gibi kısa bir sürede TBMM'de kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁸ Yasanın yürürlüğünden kısa bir süre sonra da YouTube gibi yurt dışından yayın yapan bir çok web sitesine erişim engellenmeye başlanmıştır.

Dünyada 1.6 milyar internet kullanıcısı, 225 milyon web, 180 milyon alan adı, 125 milyar web sayfası, 100 milyon video ve 60 milyon insanın kişisel web ya da bloğu olduğu düşünülmektedir.⁹ Türkiye,

⁷ Akdeniz, Y./ Altıparmak, K., İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İmaj Yayınevi, Ankara 2008, s.1.

⁸ 23.05.2007 T. 26030 sayılı R.G.

⁹ Sucu, M., a.g.m..

onaltı yılı aşan bir süreden beri böylesine büyük bir teknolojik ağın içerisinde. İnternet kullanımına yönelik Dünya çapında ölçümler yapan "comScore" isimli firmanın 2009 yılı Mayıs ayında yayımladığı rapora göre¹⁰ Türkiye, internete erişen 17.7 milyon kişiyle Avrupa'da yedinci sıradadır.

Bu bölümde koruma tedbiri ve idari tedbir olarak erişimin engellenmesine ilişkin kararların koşulları, usûlü ve yetkili mercilerin kimler olduğuna yer verilecektir.

1. Koşulları

Erişimin engellenmesi kararı, bir koruma tedbiridir.¹¹ Yönetmelikte koruma tedbiri ve idari tedbir olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Aslında böyle bir ayırım gereksizdir. Yargı da verse, idare de verse, verilen karar sonuçta bir tür koruma tedbiridir. Amaç toplumun korunmasıdır.

Yasaya göre, 'koruma tedbiri' olarak erişimin engellenmesi kararı yargı makamlarınca, 'idari tedbir' olarak erişimin engellenmesi kararı ise idari makam olan Başkanlıkça verilir.

Erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için iki koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Birincisi suçun türüne, ikincisi ise içeriğine ilişkindir. Diğer bir deyişle, internet yayınıyla işlenen suçun hem katalog suçlardan olması hem de bu katalog suçun olduğu konusunda yeterli şüphe bulunması gerekir.

¹⁰ Türkoğlu, T., "İnterneti Tüketirken", Cumhuriyet Bilim Teknoloji Dergisi, Y:23, S:1161, s.10.

¹¹ Engelleme tedbirinin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda anlaşıldığı şekliyle bir koruma tedbiri olmadığına ilişkin görüş için bkz. Akdeniz, Y./ Altıparmak, K., a.g.e., s.30.

1.1.Suç Türüne İlişkin Koşul

İnternet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturan her yayında engelleme kararı verilemez. Engelleme kararı ancak şu suçlarda verilebilir.

a. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan suçlar:

-İntihara yönlendirme (madde 84),

-Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

-Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

-Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

-Müstehcenlik (madde 226),

-Fuhuş (madde 227),

-Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228).

b. 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlar.

c. 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkındaki Kanununa aykırılık (madde 5).

d. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa aykırılık (madde Ek 4).

1.2.İçeriğe ilişkin Koşul

İçerikten kasıt, yayın içeriğinin yukarıda sayılan suçlardan birinin işlendiğini gösterir düzeyde olmasıdır. Yasa, ‘yeterli şüphe sebebi’ bulunmasını öngörmüştür. CMK’nun 100.maddesine göre tutuklama ile CMK’nun 135.maddesine göre iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için ‘kuvvetli suç şüphesi’ aranmıştır. CMK’nun 116.maddesinde belirtilen arama kararı verilebilmesi için ‘makul şüphe’ gerçekleşmelidir. Yeterli şüphe, ‘kuvvetli suç şüphesi’ deyimine göre daha az delil ile karar verebilmeyi olanaklı kılan bir ibaredir. Bu nedenle “yeterli şüphe sebebi” ibaresinin, topluma yönelik bir kısıtlama kararı veriliyor olması dikkate alınarak, “kuvvetli suç şüphesi” şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

2. Engelleme Kararını Vermeye Yetkili Kurumlar

5651 sayılı Yasanın yürürlüğünden önce, kişilik haklarının ihlalden ötürü hukuk mahkemelerince ihtiyati tedbir niteliğinde kararlar verilmiştir. Bazı suçlardan dolayı da ceza mahkemelerince koruma tedbiri niteliğinde kararlar verilmiştir.¹² 5651 sayılı Yasayla birlikte hukuk mahkemelerinin yetkisi son bulmuştur. Çünkü, 5651 Sayılı yasa, genel hükümlere göre özel bir düzenlemedir ve ayrıca sonradan yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle, 5651 sayılı Yasanın yürürlüğünden itibaren erişimin engellenmesi kararlarının, yalnızca bu yasa hükümlerine göre verilmesi gerekir.

Engelleme kararı vermeye yetkili makamları, yargı makamları ve idari makamlar olarak ikiye ayırabiliriz. Yargı makamları koruma ted-

¹² Örnek kararlar için bkz. Akdeniz, Y./ Altıparmak, K., a.g.e., s.57-64.

biri olarak, idari makam ise idari tedbir olarak engelleme kararı vermektedir.

2.1. Yargı Makamları

Soruşturma evresinde yetki hâkime aittir. Kural, erişimin engellenmesi kararının hâkim tarafından verilmesidir. Cumhuriyet savcısı, koşulları varsa sulh ceza hakiminden erişimin engellenmesi kararı verilmesini talep eder. Eğer gecikmesinde sakınca bulunan hâl varsa, Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde, Cumhuriyet savcısı tarafından tedbir derhal kaldırılır.

Kamu davasının açılmasından sonraki kovuşturma evresinde mahkeme tam yetkilidir. Cumhuriyet savcısının bu evrede yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, Cumhuriyet savcısı mahkemeden talepte bulunabilir.

Yargı makamlarınca koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararına, yedi gün içinde, CMK'da belirlenen usûle göre Başkanlıkça veya ilgililerce itiraz edilebilir.

2.2. İdari Makam

Bu yetkiyi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adına Başkan kullanır. Yapılan açıklamalara göre, verilen erişimin engellenmesi kararlarının 1469'u idarece re'sen verilmiştir.¹³ Yalnızca 237'si bir yargı

¹³ Hürriyet Gazetesi, 11.04.2009.

kararına dayanmaktadır. Kamuoyunda bilinenin aksine, yargı makamlarınca verilen kısıtlama kararları azınlıktadır.

TİB sitesinden alınan aşağıdaki tabloya¹⁴ bakıldığında, 23.11.2007-19.01.2009 tarihleri arasında verilen erişimi engelleme kararlarının çok büyük bir bölümünün yine idarece verildiği görülmektedir.

SUÇ TÜRLERİ	YARGI KARARIYLA	RE'SEN	TOPLAM
Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkrası)	5	312	317
Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 226)	17	60	77
Bahis&Kumar	3	51	54
Müstecenlik (madde 226)	37	516	553
Atalılık Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanundaki suçlar	26	2	28
İrilihara yönlendirme (madde 84)	0	1	1
Uyuşturucu / yabancı madde kull. kolaylaştırma (madde 190)	1	1	2
Fuhuş (madde 227)	2	11	13
Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194)	0	0	0
Diğer	164	0	164

İdarece, erişimin engellenmesi kararı verilmeden önce, kişiler veya kurumlar tarafından bilgi ihbar merkezine yapılan ihbarlar, teknik ve hukuki incelemeye alınır. Yeterli şüphe nedeninin tespiti sürecinde, yayının durumu elektronik ortamda arşivlenir. Değerlendirmeler sonucunda yayın içeriğinin katalog suçlardan birini oluşturduğu konusunda yeterli şüphe nedeni tespit edilirse, Başkan yetkisini kullanır.

Başkan, erişimi engelleme yetkisini iki hâlde kullanabilir.

¹⁴ <http://www.tib.gov.tr/node/39>, 20.06.2009.

(1) İçerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması: Bu hâlde, katalog suçların işlendiği konusunda yeterli şüphe nedeni bulunuyorsa, Başkan erişimin engellenmesi kararını verir. Yeterli şüphe nedeni yoksa, engelleme kararı verilemez. Bu kararın hâkim onayına sunulmasına da gerek yoktur.

(2) İçerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması: Yayın içeriğinin TCK'nun 103/1 maddesinde belirtilen çocukların istismarı ve TCK'nun 226.maddede belirtilen müstehcenlik suçlarını oluşturması hâlinde Başkan yetkisini kullanır. Başkan'ın, bu nedenle verdiği engelleme kararını yirmidört saat içinde hâkim onayına sunması gerekir. Hâkim yirmidört saat içinde kararını verir. Bu süre içerisinde karar onaylanmazsa, tedbir kaldırılır.

Başkanın kullandığı erişimi engelleme yetkisi, adına "idari tedbir" denilse de gerçekte yargısal niteliktedir. Yapılan yayının içeriğinin değerlendirilmesi, hangi suçun oluştuğunun belirlenmesi ve katalog suçların işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunup bulunmadığının takdiri, başlı başına yargısal bir eylemdir.

Öte yandan, Başkan'ın yetkisini kullandığı ikinci durumda, içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında olup olmadığına bakılmamaktadır. İçerik veya yer sağlayıcı yurt içinde bulursa bile, Başkan re'sen engelleme kararı verebilmektedir. Oysa içerik ve yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması ve yayının çocukların cinsel istismarı veyahut müstehcenlik suçunu oluşturması hâlinde zaten yargı makamları yetkilidir. Aynı konuda idareye yetki verilmiş olması, yargı yetkisinin devri niteliğindedir.

İdareye verilen bu yetkiyle suç oluşturan yayınlara erişimin en süratli şekilde engellenmesi amacı güdüldüyorsa da, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısının erişimi engelleme yetkisi bulunmaktadır. Yapılması gereken, Başkanlıkça arşivlenmiş olan ve suç oluşturan yayın örneklerinin derhal Cumhuriyet savcılığına iletilmesidir. Bu işlemin, elektronik iletişim göz önünde bulundurulduğunda, fazla zaman almayacağı da açıktır.

O hâlde, aynı yetkinin bir kez de “idari tedbir” denilerek idari makama verilmesi gereksizdir. Kanaatimizce, yasanın bu düzenlemesi yargı yetkisinin idareye devri niteliğindedir ve Anayasa’ya aykırıdır.¹⁵ Sonuçta idare mahkemesine başvuru yolunun bulunduğu ve bu nedenle idarenin bu tür kararlar alabileceği ileri sürülse bile, yurt dışından yayın yapan web siteleri, erişimin engellenmesi kararından haberdar edilmediklerinden, idari yargıya başvurmaları neredeyse olanaksızdır. Bu nedenlerle yargı yetkisinin idareye devri niteliğinde olan 5651 sayılı Yasanın 8/4 maddesinde düzenlenmiş Başkan’a ait bu yetki, yasal düzenlemeyle derhal kaldırılmalıdır. Bu aşamada, idari tedbir olarak erişimin engellenmesine ilişkin bir işlem dava konusu yapıldığında ise, Anayasa aykırılık iddiası ileri sürülmelidir.

3. Engelleme Kararının İçeriği

Yargı makamlarınca verilecek erişimin engellenmesi kararının, her şeyden önce gerekçeli olması gerekir. Ayrıca karar, aşağıda belirtilen başlıkları da kapsamalıdır.

¹⁵ Benzer yönde görüş için bkz. Akdeniz, Y./ Altıparmak, K., a.g.e., s.31-32.

a- Kararı veren merciin adı: Soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkemedir. Eğer soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle Cumhuriyet savcısı kararı vermişse, hangi yer savcılığı olduğu yazılır.

b- Karar tarihi ve numarası: Koruma kararı soruşturma evresinde verilmişse, tarihiyle birlikte soruşturma numarası yazılır. Kamu davası açılarak kovuşturma evresi başlatılmışsa, mahkeme esas numarası belirtilir.

c- Suç türü ve şüphe oluşturan nedenler: Bu bölüme, kararın alınmasına neden olan gerekçe yazılır. Yasa yeterli şüphe aradığından, şüpheyi oluşturan nedenler tek tek gerekçede belirtilir. Ayrıca yasaklama ile oluşacak zararın orantılı olup olmadığı da tartışılmalıdır.

Erişimin engellenmesi kararlarına yapılan en büyük eleştiri, kararların gerekçe içermemesine ilişkindir. Anayasa'nın 141. maddesi "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli yazılır" hükmünü getirmiştir. Çoğunlukla yapıldığı gibi, sadece Cumhuriyet savcılığının talebini tekrar etmek, gerekçe değildir.

5651 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde engelleme kararı verilebilecek suçlar sayılmıştır. Kıyas yoluyla bu suçlar artırılmayacağından, katalog suçlardan hangisinin, yapılan yayın sonucunda oluştuğu açıkça belirtilmelidir. Katalog suçlar dışında, örneğin kişisel hakların ihlalin-den veya Terörle Mücadele Kanunundan ötürü erişimi engelleme kararı verilemez.

Öte yandan, AİHS'nin 10. maddesine göre, ifade özgürlüğüne, ancak demokratik bir toplum için gerekliyse müdahale edilebilir. İçti-

hatları mahkemelerimizce de benimsenen AİHM, ifade özgürlüğünün kapsamını oldukça geniş tutmaktadır. İciten, şok eden haber ve düşünceleri de ifade özgürlüğü kapsamına dahil etmiştir. Bu nedenle her eleştiri kısıtlama nedeni olarak görülmemelidir.

d-URL adresi: Bu adres, suça ilişkin yayım bilgisinin bulunduğu tam web adresidir. Örneğin, “http://www.abcd.com/abcdegh.htm” şeklinde gösterilir. URL temelli yasaklama, o web sitesine erişimi tümüyle ortadan kaldırmamaktadır.

e- Alan adı: Hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının ismidir. Örneğin, “www.abcd.com” şeklinde yazılır. Engelleme, YouTube örneğinde olduğu gibi, alan adı düzeyinde yapıldığında, bu web sitesinin tamamına erişim engellenmiş olacaktır.

f- Yer sağlayıcıya ait IP adresi: IP adresi, belirli bir ağa bağlı cihazların birbirlerini tanımak, iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları adrestir. Bu adres internet protokolü standartlarına göre verilir. Erişimin engellenmesi kararında, hakkında tedbir uygulanacak yayının bulunduğu yer sağlayıcıya ait IP adresi yazılacaktır.

4. Engelleme Kararının İnfazı

4.1.Koruma Tedbiri Olarak Verilen Kararın İnfazı

Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı doğrudan erişim sağlayıcısına değil, Başkanlığa gönderilir. Başkanlık ise, karara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcısına bildirir. Erişimin

engellenmesi kararı, hemen ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir. Başkanlık, erişimi engellenen sayfa yerine, kararı veren merciin adı, tarih ve karar sayısını gösteren bir uyarı sayfasına yönlendirme yapar. Başkanlık ayrıca, erişimin engellenmesi kararına konu olan içeriğin yayından kaldırılmasını da yer sağlayıcıdan isteyebilir.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini, Başkanlıkça bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

4.2. İdari Tedbir Olarak Verilen Kararın İnfazı

Başkanın verdiği erişimin engellenmesine ilişkin karar, erişim sağlayıcısına elektronik ortamda bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir. İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararı, erişim sağlayıcılar tarafından derhal ve en geç kararın bildirilmesinden itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir. Yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise, Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin(faaliyet belgesinin) iptaline karar verilebilir.

Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, ayrıca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargıya başvurulabilir.

5. Engelleme Kararının Son Bulması

5.1.Koruma Tedbiri Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararının Son Bulması

Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle Cumhuriyet savcısı erişimin engellenmesine karar vermişse, bu karar yirmidört saat içinde hakimın onayına sunulur. Hâkim yirmidört saat içinde kararı onaylamazsa, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Kararın bir örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir. Başkanlık, karara ilişkin bilgileri gereği yapılmak üzere yine elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirir.

Cumhuriyet savcısı kamu davası açmış ve beraat kararı verilmişse, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir. Başkanlık, kararı erişim sağlayıcıya elektronik ortamda bildirir.

Öte yandan, katalog suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde, erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

5.2. İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararının Son Bulması

İdari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararı, ilgili bölümde açıklandığı gibi, içerik ve yer sağlayıcısı yurt içinde ise, hâkimin onayını gerektirmektedir. Hâkim, yirmidört saat içinde bu kararı onaylamamışsa, verilen karar hükümsüz sayılır ve tedbir kararı Başkanlıkça derhal kaldırılır. Kaldırma, erişim sağlayıcılarına hemen elektronik ortamda bildirilir.

Yine, idari tedbire konu içeriğin yayından çıkarılması halinde de, erişimin engellenmesi kararı hemen kaldırılmalıdır.

III. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra, önerilerimizi şöyle sıralayabiliriz:

1. Anayasa'nın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Kuvvetler ayrılığı, Anayasa'nın temel ilkelerindedir. 5651 sayılı Yasa'nın TİB'e tanıdığı erişimi engelleme yetkisi, yargı yetkisinin idareye devri niteliğindedir. Bu güne kadar alınan erişimi engelleme kararlarının büyük bir bölümünün idarece verilmiş olması da dikkate alınarak, Başkan'a tanınan bu yetki derhal kaldırılmalıdır.

2. Ülkemizde yaşayanların %20'si internetin adını duymamış ve hiç kullanmamıştır; Dünya Ekonomik Formu Bilgi Toplumu Hazırlık İndeksi'ndeki sıramız 55'den 61'e gerilemiştir.¹⁶ Oysa günümüzde sanayi devriminden bilgi toplumuna geçiş yaşanmaktadır. Bu sürece ayak uydurmak, bilginin üretilmesini ve özellikle de paylaşılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, ucuz, hızlı ve özellikle kesintisiz internet hizmeti sunulması hedeflenmelidir. Yapılması gereken, bir kitap sayfası için bütün kütüphaneyi, ters yönde ilerleyen bir araç için tüm otobanı kapatmak olmamalıdır. Bilgiye erişimin önü her zaman açık tutulmaya çalışılmalıdır. Bu amaçla 5651 sayılı Yasa'nın internete erişimi ve dolayısıyla bilgi paylaşımını engelleyen hükümleri, akademik çalışmalarda yapılan eleştiri ve öneriler ile uygulamadaki sorunlar dikate alınarak yeniden düzenlenmelidir.

3. Yönetmeliğe göre yasaklama, ya alan adı temelli ya da IP temelli yapılmaktadır. Bu yöntemle tüm web erişimi engellenmektedir. Oysa URL adresi ile yasaklama, sadece zararlı nesneye ulaşımı engelleyecektir. Bunun için gerekli yazılım ve sunucular devreye sokulmalıdır. Mevcut düzenlemeye göre de sansür niteliğinde olan alan adı üzerinden erişimi engelleme kararları verilirken, toplumun uğrayacağı zarar gözetilmelidir.

4. Erişimi engelleme kararlarında görevli mahkemenin soruşturma aşamasında sulh ceza mahkemesi olduğu Yasada belirtilmiştir. Ancak yetki konusunda, CMK'da belirtilen genel düzenleme dışında, 5651 sayılı Yasa'da özel bir düzenleme yoktur. Oysa bu güne kadarki uygulamalar, uzman mahkemeleri zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, özellikle

¹⁶ Sucu, M., a.g.m..

büyük şehirlerde, trafik mahkemeleri gibi, “bilşim mahkemesi” adı altında yetkilendirme yapılması, uygulama birliğini sağlayacaktır.

IV. SONUÇ

Bir özdeyişte belirtildiği gibi, kaplumbağa ilerlemek istiyorsa başını kabuğundan çıkartmak zorundadır. Toplum da ilerlemek için bazı riskleri göze almalıdır. Zaten erişimi engellenen içerik, yasaklama kararıyla ortadan kalkmamaktadır. Orada durmaktadır. Yurt dışında bulunanlar ve hatta yurt içinde olup yöntemini bilenler, yine sakıncalı siteye ulaşabilmektedir. Bu nedenle gerek idare gerekse yargı olarak, toplumun bilgi ışığını almasını engelleyecek duvarlar örmemeliyiz. Aksi hâlde, matbaa ve sanayi devriminden sonra bu kez de bilgi çağını iska-
layacağımız tartışmasızdır.

KAYNAKÇA

Akdeniz, Yaman/Altıparmak, Kerem, İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İmaj Yayınevi, Ankara 2008.

Cumhuriyet Gazetesi.

Hürriyet Gazetesi.

Milliyet Gazetesi.

Türkoğlu, Tanol, “İnterneti Tüketirken”, Cumhuriyet Bilim Teknoloji Dergisi, Yıl:23, Sayı:1161.

“İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi”Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, 2008/3.

“Ünlü Evrimcinin Sitesine Yasak”, Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi, Sayı 9, Yıl:2008/4.

<http://www.tib.gov.tr/node/39> .



TÜRK VERGİ HUKUKUNDA ARAMALI İNCELEME

Arzu KÜÇÜK (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK VERGİ İNCELEMESİ, ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ, I. GENEL OLARAK VERGİ İNCELEMESİ, II. ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ KAVRAMI, III. ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ ÇEŞİTLERİ, A) Sınırlı arama B) Çok taraflı arama, C) Genel arama, İKİNCİ BÖLÜM: TÜRKİYE'DE VE BAZI ÜLKELERDE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ, I. TÜRKİYE'DE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ, A. Aramanın Gereçekleri 1. İhbar 1.1. İhbarın Kanuni Dayanağı, 1.2. İhbar İkramesi, 1.3. Asılsız İhbar 2. Vergi Kaçırıldığı Kanısını Uyandıran Belirtilerin Olması, B. Arama İşlemleri, 1. Arama Kararının Alınması, 2. Aramanın Yapılması, 2.1. Aramanın Tarafları ve Aramada Bulunacak Kişiler, 2.2. Arama Süresi ve Zamanı, 2.3. Aramada Bulunan Defter ve Belgeler, 2.4. Mükellefin Kayıtlarının Yeniden İşlenmesi ve Beyannamelerini Vermesi, 2.5. Aramanın Sona Ermesi, II. BAZI ÜLKELERDE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ, A. İngiltere'de Aramalı Vergi İncelemesi, B. Fransa'da Aramalı Vergi İncelemesi, ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ SİRASINDA MÜKELLEFİN HAKLARI YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ SİRASINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ, I. MÜKELLEFİN ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ SİRASINDA HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

(★) Gelir Uzman Yardımcısı, Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi.

A. Mükellefin Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Hakları, B. Mükellefin Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Yükümlülükleri, C. Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, SONUÇ, KAYNAKÇA.

GİRİŞ

Beyan esasına dayanan Türk Vergi Sistemi'nde vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın gerçekleşmesi ile doğmaktadır. Beyan sistemi, vergiye tabi işlemlerin en iyi mükellefler tarafından bilinebileceğinden hareketle mükellefe güven esasına dayanmaktadır.

Tarh ve tahakkuk işlemlerinin yapılması ile vergi ödenebilir aşamaya gelmektedir. Bu tarh ve tahakkuk işlemleri genelde mükellefin vergilendirmeye yönelik beyanlarına bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Ancak beyan esaslı çeşitli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Beyan esaslı sonucu, vergilendirmeye yönelik yapılan bildirimlerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ve gerçekleştirilen faaliyetlere ilişkin hususların gizlenmesi gibi durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu yüzden mükellefe duyulan güvenin sonucunda ortaya çıkacak sakıncalı durumların giderilebilmesi için vergi idaresine vergi denetimi yapmaları konusunda yetkiler verilmektedir.

Vergi denetim müesseseleri Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanunda yer alan denetim müesseselerden biri de vergi incelemesidir. Vergi incelemelerinde amaç, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunun araştırılması, tespit edilmesi ve sağlanmasıdır. Vergi incelemelerinde uygulanan yöntem ise, normal sürecinde mükellefe haber verilerek mükellefin işyerinde inceleme yapılmasıdır. Eğer mü-

kellefin işyeri müsait değilse inceleme ile ilgili defter, belge ve kayıtlar yükümlüden istenerek yükümlünün bu defter, belge ve kayıtları kendi rızası ile inceleme elemanlarına ibraz etmeleri beklenmektedir. Ancak Vergi Usul Kanunu'nun 142 ile 147. maddeleri kapsamında yer aldığı gibi belge ve bilgilerin kısmen veya tamamen inceleme elamanına ulaşmadan ortadan kaldırılarak yok edilmesi tehlikesi durumunda eğer vergi kaçırıldığı yönünde de emareler mevcutsa konu ile ilgisi görülen kimseler hakkında aramalı bir vergi incelemesi süreci başlatılmaktadır. Aramalı inceleme süreci, normal vergi incelemesinden farklı olarak ilgili kimselere haber verilmeden veya rızaları olmadan işyeri ya da üzerinde arama yapılması ile gerçekleştirilmektedir. Ancak buradaki farklılık yalnızca aramalı inceleme esnasında ve arama sonuçlanana kadar söz konusu olmaktadır. Arama sonuçlandıktan ve istenilen defter, belge ve kayıtlar ele geçirildikten sonra olağan vergi incelemesindeki süreç işlemektedir.

Aramalı incelemede kişilerin rızaları alınmadan ev, işyeri ve üzerlerinin araştırılması söz konusu olduğu için kişi hak ve hürriyetleri kısıtlanmakta ve konut dokunulmazlığı ihlal edilmekte, mükellefin ticari faaliyetleri olumsuz etkilenmekte dolayısıyla da mükellef açısından maddi ve manevi kayıplar söz konusu olabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında aramalı incelemenin hem usul yönünden hem de uygulama açısından olağan incelemeye göre daha zor şartlar içerdiği görülmektedir.

Aramalı incelemenin olağan incelemeden farklı olduğu noktalar çerçevesinde çalışmanın birinci bölümünde genel olarak vergi incelemesinden bahsedilerek aramalı inceleme kavramı tanımlanmaya çalışılarak aramalı inceleme çeşitleri açıklanacaktır. İkinci bölümde Türki-

ye'de aramalı inceleme süreci anlatılacak ve bazı ülkelerdeki aramalı vergi incelemesi konusuna değinilecektir. Son bölümde ise arama müessesesinde yer alan hak ve yükümlülükler ortaya konulmaya çalışılacak ve son olarak aramalı vergi incelemesi sırasında ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerilerine değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK VERGİ İNCELEMESİ, ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

I. GENEL OLARAK VERGİ İNCELEMESİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır.¹ Vergi incelemesi; inceleme süresince ortaya çıkan, bilmemekten, anlayamamaktan veya yanlış anlamaktan dolayı yapılmış hatalar konusunda, yetkilileri bilgilendirmeyi, mükellefleri eğitmeyi, gönüllü olarak daha doğru beyanda bulunmayı teşvik ederek vergi bilincini geliştirmeyi ve bazı mükelleflerin vergi kaçırımlarını önleyen yönü ile de vergi adaletini güçlendirip, vergide eşitlik ilkesini pekiştirmeyi amaçlamaktadır.² İnceleme ile yükümlü nezdinde meydana gelen vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin tüm işlemler derinlemesine incelenerek ödenen verginin, ödenmesi gereken vergi olup olmadığı

1 Tüm Vergi Kanunları 1, 23. Basım, Oluş Yayıncılık, Temmuz, 2009, Mad. 134.

2 İhan BİNBİRKAYA, Türkiye'de Vergi Denetimi Ve Kayıtdışı Ekonomi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.28.

araştırılmaktadır.³ Vergi incelemesinin, vergi mevzuatına uygunluk ve muhasebe denetimi ile araştırma olmak üzere iki yönü söz konusudur.⁴

Vergi incelemesini ancak belirli konumda bulunan kişiler yapabilmektedir. Bunlar; hesap uzmanları, maliye müfettişleri, gelirler kontrollerleri ve bunların yardımcıları, Gelirler Genel Müdürlüğü'nün merkez ve taşra teşkilatlarında müdür kadrolarında görev yapanlar, vergi denetmenleri ve yardımcıları ile vergi dairesi müdürleridir.⁵

Türkiye genelindeki bir denetime sadece, hesap uzmanları, maliye müfettişleri, gelirler kontrolleri ile bunların yardımcıları yetkili kılınmışken diğer adı geçenler ise kendi çalıştıkları bölgelerle sınırlı bir denetim yetkisine sahiptirler. Ayrıca takdir komisyonları da V.U.K'nun 74 ve 75. maddesinde sayılan görev ve yetkileri dolayısıyla vergi inceleme yetkisine sahiptirler.⁶

Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar, yanlarında memuriyet sıfatlarını ve inceleme yetkisini gösteren fotoğraflı kimlik bulundururlar ve gittikleri yerde işe başlamadan önce bu kimliğini ilgililere göstermek zorundadırlar.⁷

Vergi Usul Kanunu ve diğer kanunlara göre defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları muhafaza ve ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişiler vergi incelemesine tabidirler. Vergi incelemesi-

3 Doğan ŞENYÜZ, *Vergi Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa,2005,s.120.

4 BİNİRKAYA, a.g.t., s.27.

5 Osman PEHLİVAN, *Vergi Hukuku Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Derya Kitabevi, Trabzon,2007, s.116.

6 İmran Mehmet YILMAZ, "Hesap İncelemeleri Yoluyla Vergi Denetimi", Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

7 Mehmet Ali ÖZYER, *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Maliye Hesap Uzmanları Demeği, İstanbul, 2008,s.256.

nin ne zaman yapılacağıının önceden haber verilmesi mecburi değildir. İnceleme, sonucu alınmamış hesap dönemi de dahil olmak üzere tarh zaman aşımı süresi içinde her zaman yapılabilir.⁸ Daha önce inceleme yapılmış ve eleştirilecek bir hususun tespit edilmemiş olması veya önce yapılan incelemede matrah farkı bulunmuşken ikinci incelemede negatif matrah farkı bulunmuş olması tekrar inceleme yapılmasına engel teşkil etmemektedir.⁹

Her vergi incelemesi, inceleme elemanının görev yaptığı birimde yetkililer tarafından düzenlenen incelemeye ilişkin görevlendirme yazısıyla başlar.¹⁰

Vergi incelemeleri esas olarak incelemeye tabi olan kişinin iş yerinde yapılır. Ancak iş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi sebeplerden dolayı incelemenin yerinde yapılması imkânsız olduğu durumlarda veya mükellef ve vergi sorumlularının isteği ile inceleme dairede yapılabilir.¹¹ İncelemenin dairede yapılması halinde, mükellefe defter ve belgelerini ibraz etmesi için uygun bir süre verilmelidir. Uygun bir süre kanunda yazılmamakla beraber gecikmesi durumunda ceza kesilebilmesi için Vergi Usul Kanunu'nun 14. maddesine göre 15 günden az olmamalıdır.¹² İstenilen defter ve vesikaları belirlenen sürede mazeretsiz olarak getirmeyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar.

8 İsmail YOĞUN, "Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi", *Maliye ve Sigorta Yorumları*, Yıl:20, S:461, Nisan 2006, s.180.

9 ÖZYER, a.g.e., s.257.

10 Tüm Yönleri İle Vergi İncelemesi, Yayın No: 50, Kasım, 2007, www.gib.gov.tr.

11 YOĞUN, a.g.m., s.180.

12 ÖZYER, a.g.e., s.258.

İnceleme yapılırken, yükümlünün onurunu, ticari itibarını ve yapmakta olduğu faaliyeti aksatıcı davranışlardan kaçınmak gerekir.¹³ İnceleme sırasında gerekli görülen hallerde, vergilendirme ile ilgili olaylar ayrıca tutanaklarla belgelendirilmelidir. Ayrıca mükelleflerin her türlü itiraz ve çekinceleri de tutanağa geçirilmelidir. Tutanağın mükellef veya yetkili kişilerce imzalanması gerekmektedir. Bu şekilde düzenlenen tutanakların bir nüshasının mükellefe veya nezdinde inceleme yapılan kişiye bırakılması zorunludur.¹⁴

İnceleme sonuçlandırıldığında ise sonuç raporu hazırlanarak, ekli tutanaklarla birlikte gereğinin yapılması için vergi dairesine verilmektedir. Bu raporların gerek vergi tarhiyatında, gerek ceza kesme işlemi sonucunda, mükellefe bir örneğinin postalanması gerekmektedir.¹⁵

II. ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ KAVRAMI

Aramalı vergi incelemesinin tanımı Vergi Usul Kanunu'nda yapılmamıştır ancak bu kavrama ilişkin çeşitli tanımlar mevcuttur. Bu tanımlardan bazıları şu şekildedir:

Arama; "İşlenen vergi suçları ile ilgili kanıtların, söz konusu suçun oluşmasında doğrudan veya dolaylı olarak katkısı bulunan kişilerin işyerlerinde, evlerinde veya üzerlerinde araştırma yapmak suretiyle ortaya çıkarılmasına yönelik bir çabadır."¹⁶

13 Hasan Hüseyin BAYRAKLI, *Vergi Hukukunun Temel İlkeleri*, Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Yayını, Afyon, 1997, s.181.

14 Abdurrahman AKDOĞAN, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, 8.Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008, s.104.

15 BAYRAKLI, a.g.e., s.181.

16 Şükrü KIZILOĞLU, *Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması*, Ankara, 1996, s.1337.

“Arama; vergi incelemesinin amacı olan, ödenmesi gereken verginin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak için, vergi mükelleflerinin veya vergiyi doğuran olayla ilgili kişi ve kuruluşların işyerlerinde, evlerinde ve üzerlerinde yapılan ve vergi kaçırmaya delil teşkil eden her türlü belge ve bilgiye el konulmasına yönelik olarak yapılan uygulamadır.”¹⁷

Arama, bir ihbar ya da inceleme sonucu vergi kaçırdığı yolunda kuvvetli belirtiler bulunan kişinin ve olayla ilgili bulunan üçüncü kişilerin nezdinde ve üzerinde vergi kaybı ve vergi suçuna ilişkin delillerin toplanması için yapılan araştırmadır.¹⁸

Vergi Usul Hukuku bakımından ise arama; ihbar veya vergi incelemeleri nedeniyle, yükümlülerin vergi kaçırdıkları kanısını uyandıran belirtilerden hareketle vergi incelemesine yetkili olanların gerekçeli talebi üzerine, yargıcın verdiği arama kararına dayanılarak, yükümlüler veya ilgili kişilerin iş yerleri, evleri ve üzerlerinde olağan vergi incelemesi yöntemleri ile ortaya çıkarılamayacak nitelik taşıyan delillerin ortaya çıkarılması amacıyla yapılan araştırma ve bulunan delillerin tespiti ile saklanması faaliyetleridir.¹⁹

Vergi incelemesinin kanunda öngörülen amacına ulaşmasının en önemli vasıtası, doğru ve hızlı bilgi ve belge temin edebilmektir. Bilgi ve belgeler, ilgili mükelleften yazılı veya sözlü olarak istenebilmektedir. Ancak bazı hallerde bilgi ve belgelerin kısmen veya tamamen ince-

17 Murat CEYHAN, “Vergi İncelemesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler”, 04.07.2005, http://www.alomaliye.com/murat_veyhan_vergi_incelemeesi.htm.

18 Yusuf KARAKOÇ, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.301.

19 H. Nezih ŞEKER, *Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi*, İstanbul, 1994, s.394.

leme elamanına ulaşmadan ortadan kaldırılarak yok edilmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bu noktada ise bir bilgi ve belge temin etme yolu olarak "arama" vergi incelemesinin amacına ulaşmasında oldukça önemlidir.²⁰

Arama, önemli bir vergi denetim müessesesidir. Bu önem gerek aramanın gerçekleştirilmesi gerekse ortaya çıkan sonuçlarından kaynaklanmaktadır. Arama, verginin mükellef tarafından doğru bir şekilde uygulanmadığı konusundaki duyum ve tespitlerin kanıtlanmasına imkân veren bir müessese niteliğindedir.²¹

III. ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ ÇEŞİTLERİ

Arama, ödenmesi gereken verginin çeşitli yöntemlere başvurularak kaçırılmasını önlemek amacıyla belirli koşulların gerçekleşmesi halinde başvurulmuş bir vergi denetim müessesesidir. Bu yöntemde başvurulmadan önce aramanın hangi amaçla yapılacağı ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan arama, sınırlı arama, çok taraflı arama ve genel arama olarak üçe ayrılmaktadır.

A) Sınırlı arama: Önceden tespit edilmiş olan bir delilin elde edilmesi için yapılan aramadır.²² Örneğin mükellefin asıl kayıtlarını kanuni defterleri dışında başka bir defterde tuttuğu ve bu defteri mükellefin iş yerinde bulundurduğu bir kasada sakladığı yönünde bir ihbar geldiğinde bu defteri bulmak için mükellefin iş yerinde yapılan aramadır.

20 YOĞUN, a.g.m., s.180.

21 AKDOĞAN, a.g.e. , s.104.

22 Raci ÜN, "Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I", *Yaklaşım*, Sayı:191, Kasım 2008.

B) Çok taraflı arama: İşyerinin birden çok olması, kaçakçılığa katıldığı bilinen başka alan ve kişilerin bulunması, değişik yerlerde aynı anda el konulması gereken kanıtların bulunabileceğine ilişkin güçlü emareler bulunması halinde belirli bir organizasyon ve haberleşme ağı içerisinde aramaya gidilmesi gerekebilir. Özellikle bu tip aramalarda aramayı yapacak denetim elemanlarının, aramaya katılacak diğer kişilerin ve araç-gereçlerin koordinasyonu büyük önem taşımaktadır.²³

C) Genel arama: Bir mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin güçlü emare veya izlerin bulunması veya geniş kapsamlı aramayı gerektiren ciddi bir ihbar alınması hallerinde, bu mükellefin bütün iş ve işlemleri ile defter, kayıt ve belgelerinin elde edilmesi için yapılan aramadır.²⁴

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'DE VE BAZI ÜLKELERDE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ

I. TÜRKİYE'DE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ

Arama esas itibariyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ila 122. maddeleri arasında düzenlenmiştir. CMUK'a bağlı ve vergi hukukuna özel durumları kapsamak üzere Vergi Usul Kanunu'nda da arama ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.²⁵ Vergi Usul Kanunu'nun 142 ila 147. maddeleri arasında aramalı inceleme müessesesi düzenlenmiştir. Ara-

23 Şener AKKAYNAK, "Aramalı İnceleme", *Yaklaşım*, Sayı: 13, Ocak 1994, s.37.

24 Şükrü KIZILOĞLU, a.g.e., s.1389.

25 Recep ERİLMEZ vd., *Aramalı İnceleme*, Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Denetim Koordinasyon Müdürlüğü, s. 117.

malı inceleme, hem usul hem de uygulanış biçiminden kaynaklanan farklılığından dolayı ayrıca önemi olan ve mükelleflerin ve ilgili kişilerin beyanlarını kontrol aracıdır.

A. Aramanın Gerekçeleri

Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesinin 1.fıkrasında "*ihbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgili görülen diğer şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir*" denilmektedir.²⁶ Söz konusu madde fıkrasına göre arama yapılabilmesi için gerçekleşmesi gereken iki sebep vardır. Bunlardan birisi ihbar diğeri ise vergi kaçırıldığı kanısını uyandıran belirtilerin olmasıdır.

1. İhbar

İhbar kelime anlamı olarak bildirme, bildirim, haber verme anlamına gelmektedir. Bir kimsenin suçlu saydığı birini veya suç saydığı bir olayı yetkili makama gizlice bildirmesi, ele vermesidir. Vergi Hukukunda ise ihbar, ihbarcı tarafından herhangi bir mükellef hakkında vergi kayıp ve kaçağına ilişkin olarak yapılan yazılı ve sözlü bildirimdir.²⁷

İhbar yazılı olarak yapılır. Sözlü olarak yapılırsa bir tutanağa geçirilip ihbarcının imzası alınır. İhbar dilekçelerinde, soyut ve yuvarlak ifadelerin olması durumunda itibar edilmez. Bu yüzden muhbirin, kaçı-

26 ŞEKER, a.g.e., s.394.

27 Vahit Yaşar AKIN, "Türk Vergi Hukukunda İki Kilit Kavram: İhbar ve Şikayet", 12.06.2007, http://www.alomaliye.com/2007/vahit_yasar_ihbar_sikayet.htm.

rılan vergi ya da olayı delilleriyle ve somut olarak ortaya koyması gerekmektedir.²⁸

1.1. İhbarın Kanuni Dayanağı

Vergi Hukukunda ihbar müessesesinin kanuni dayanağını, 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı “Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun” oluşturmaktadır. Ayrıca 3071 sayılı Kanun çerçevesinde vergi kayıp ve kaçağı veya Gelir İdaresi hizmetleriyle ilgili konulara ilişkin ihbar, şikâyet ve müracaat dilekçelerinin işleme tabi tutulmasıyla ilgili olarak 22.11.1990 tarih ve 1990/1 sayılı ve 20.01.2000 tarih ve 2000/1 sayılı İhbarlar İç Genelgeleri yayımlanmıştır.²⁹ Bu Kanun ve genelgelere göre; adı, soyadı, imzası ile iş yeri veya ikametgâh adresi bulunmayan veya yanlış isim ve adres bulunan ihbar ve şikâyet konusu dilekçeler işleme konulmayacaktır.

Kanun ve genelgeden anlaşıldığı üzere, yapılan bir ihbar sebebi ile aramaya gidilebilmesi için ihbarın ciddi olması, ihbar konusunun olağan inceleme yöntemleriyle saptanmasının olanaksız olması, kanıtların ancak aramayla elde edilebilir olması gerekmektedir. İhbar tek başına arama yapmaya yeterli değildir. İnceleme elamanının gerekli ön çalışma ve bu çalışmalar sonucunda yaptığı değerlendirmelere göre arama yapmaya lüzum görmesi gerekmektedir.

28 YOĞUN, a.g.m., s.181.

29 AKIN, a.g.y., 12.06.2007.

1.2. İhbar İkramesi

Vergi incelemesine başlanmasının sebeplerinden birini oluşturan ihbarları teşvik ederek vergi kayıp ve kaçaklarıyla mücadelede vatandaşın da yardımını almak amacıyla ihbar ikramiyesi sistemine yer verilmiştir. Vergi incelemesine konu edilen ihbar ile ilgili olarak, belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde ihbarda bulunanlara ihbar ikramiyesi ödenmektedir.

İhbar ikramiyesinin, kanuni dayanağını 26.12.1931 tarih ve 1905 sayılı “Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun” oluşturmaktadır. Bu Kanun’un 6. maddesine göre “...Kazanç, hayvanlar, veraset ve intikal, muamele, dahili istihlak (tüketim) ve damga gibi daimi vergilerden yanlış beyanname vermek veya çift defter tutmak veya sair suretlerle gizlenmiş olanları haber verenlere... ikramiye verilir... Bilimum mal memurları ile tahrir ve tahmin heyetleri mensuplarına ve tahakkuk muamelesinde görevli olanlara ikramiye verilemez.” denilmektedir.³⁰

İhbar ikramiyesi verilebilmesi için muhbirde birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Muhbir, kendini gizlememelidir ve inceleme bitmeden önce ihbarından vazgeçmemelidir. Ayrıca muhbirin, vergi kayıp ve kaçığına dahil olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Eğer yapılan ihbarda birden fazla muhbirin varlığı söz konusu olursa, hepsinin de ihbarının gerçekçi olması durumunda, ilk önce ihbarda bulunan kişiye ikramiye ödenir. Yapılan ihbarın gerçekçi olması gerekir. Vergi kaçırıldığıının hiçbir dayanağı olmadan iddia edilmesi halinde, muhbire

30 AKIN, a.g.y., 12.06.2007.

ikramiye verilmez.³¹ Tüm bu şartların taşınmasına rağmen muhbir, ihbar dilekçesinde ikramiye istediğine dair bir talepte bulunmamişsa ikramiye verilememektedir.

İhbar ikramiyesinin oranı ise yüzde 10'dur. İkramiyenin, üçte biri vergi ve cezanın tahakkukundan, üçte ikisi ise tahsilinden sonra ödenir. Bu ikramiye, veraset ve intikal vergisine tabi tutulmaktadır.³² İhbar ikramiyesi sadece devamlılık arz eden vergi ile vergi aslına bağlı cezalar üzerinden hesaplandığından, gecikme zammı, gecikme faizi ve usulsüzlük cezaları, ihbar ikramiyesinin hesabında dikkate alınmamaktadır.

Maliye Bakanlığı'nın, 2008 yılında gelen ihbar dilekçesi sayısını ve ihbarda bulunanlara ödenen "ihbar ikramiyesi" tutarına ilişkin açıklamasına bakıldığında 1 Ocak 2008 – 31 Aralık 2008 tarihleri arasında, Gelir İdaresi Başkanlığı'na 4 bin 763 "ihbar dilekçesi" verilmiştir. İhbar dilekçelerinin 1629'u hakkında, hiçbir işlem yapılmamasına rağmen ihbarda bulunan ve kendilerine "ihbar ikramiyesi" ödenmesini talep eden 135 kişiye de 1 milyon 187 bin 345 TL ikramiye ödenmiştir.³³

Genel olarak bakıldığında vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesinde etkili bir yöntem olan ihbar ikramiyesi sistemi toplum tarafından henüz iyi bilinmemektedir. Bunun nedeni olarak, ihbarda bulunma konusunda sosyal baskıların da etkili olduğu söylenebilir.

31 Şükrü KIZILOL, "Vatanını Sevenin İhbarı", *Hürriyet*, 16.01.2007.

32 Şükrü KIZILOL, "Vergi İhbarcılarına 1.2 milyon TL İhbar İkramiyesi Ödendi", *Hürriyet*, 09.05.2009.

33 KIZILOL, a.g.y., *Hürriyet*, 09.05.2009.

1.3. Asılsız İhbar

Muhbirlerin isimleri, 22.11.1990 tarih ve 1990/1 sayılı İhbarlar İç Genelgesi uyarınca kesinlikle gizli tutulur ve açıklanmaz. Bunun tek istisnası, aramalı vergi incelemesinde görülmektedir.³⁴

Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesine göre; ihbarın sabit olmaması durumunda nezdinde arama yapılan kimse muhbirin adının bildirilmesini isteyebilir, bu takdirde vergi dairesi muhbirin ismini bildirmeye mecburdur.³⁵ Bu hüküm, ihbar üzerine arama yapılması halinde muhbirin isminin açıklanmasına izin vermektedir. Dolayısıyla arama yapılmaksızın gerçekleştirilen bir incelemede muhbirin isminin açıklanmasının zorunluluğu bulunmamaktadır.³⁶ Yasa hükmü ile asılsız ihbarlar karşısında mükellefler korunmaya çalışılmıştır.

2. Vergi Kaçırıldığı Kanısını Uyandıran Belirtilerin Olması

Belirti başlı başına bir delil niteliği taşınamasına rağmen, bir kaçakçılık fiilinin yapıldığını doğrulayan bir kavramdır. Bu kavramın bir olayı ifade etmesi itibarıyla arama yapılabilmesi için kesin olarak olumlu delillerin ele geçirilmiş olması şart değildir. İster ihbar isterse vergi incelemesi üzerine arama yoluna gidilsin, vergi kaçırma emaresinin bulunması şarttır³⁷

34 AKIN, a.g.y. ,12.06.2007

35 Tüm Vergi Kanunları 1, 23. Basım, Oluş Yayıncılık, Temmuz, 2009.

36 ÖZYER, a.g.e. , s. 262.

37 ŞEKER, a.g.e., s.394.

Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesinde "vergi kaçırdığına dair emareler bulunursa" ifadesine yer verilmiş olması kesin ve somut olarak vergi kaçırmayı ispatlamaya yönelik deliller bulunmasını gerektirmemektedir.

Vergi Usul Kanunu'nda daha yumuşak ifadeler bulunmasına rağmen yargı uygulamasında genellikle inceleme elemanlarının bulgularının kuvvetli delil ve emareler niteliğinde olması aranılmaktadır. Arama kararını veren ceza yargıcının, konuyu daha değişik yorumlaması önemlidir. Ancak asılsız ihbarlar ile çok basit nedenlerle arama yapılmaması gerekir.³⁸

B.Arama İşlemleri

Aramalı vergi incelemesi, olağan dışı bir vergi inceleme türüdür. Anayasa'da yer alan kişi hak ve özgürlükleri ile yakından ilgisi bulunduğundan dolayı, kanunla bağlayıcı şekil şartlarına tabi tutulmuştur.

1. Arama Kararının Alınması

Vergi Usul Kanunu'nun 142. maddesinin ilk fıkrasında, aramanın yapılabilmesi için iki koşuldan birinin gerçekleşmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bunlar ihbar ve vergi kaçırma yönünde emarelerin olmasıdır. İki durumda da arama kararının alınabilmesi için ek bazı işlemlere ihtiyaç duyulmaktadır. VUK'un 142. maddesinde aramanın yapılabilmesi için gerekli diğer şartlar şu şekilde belirtilmiştir:

38 ŞEKER, a.g.e., s.395.

“ 1. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh yargıcından bunu istemesi;

2. Sulh yargıcının istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi; şarttır.

İrtibatları sebebiyle muhtelif şahıslar nezdinde ve mahallerde yapılmasına lüzum gösterilen aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı bunlardan diğer sulh yargıçlarının selahiyetine dahil bulunanlar hakkında da karar vermeye yetkilidir.”

Görüldüğü gibi ister ihbar üzerine, ister vergi kaçırıldığına dair emareler bulunması üzerine olsun, öncelikle inceleme yetkisi olan kişilerin ön araştırma ve değerlendirmeler neticesinde mükellefin vergi kaçırıldığına dair emareler bulmuş olması ve bunu ortaya koyabilecek bilgi ve belgelerin ortadan kaldırılma ve ibraz tehlikesi olduğuna dair kanaatinin olması gerekir. İkinci olarak inceleme yetkisi olan kişilerin gerekçeli bir yazı ile bunu sulh yargıcından istemeleri, sulh yargıcının ise arama yapılmasına karar vermesi gerekmektedir. Yazıda arama yapılması istenen yerler ve kimseler ile üstlerinde arama yapılacaklar ve adresleri açıkça belirtilir. Sulh yargıcı arama kararma denetim elemanının arama talebinde sunduğu gerekçeler çerçevesinde karar verecektir.

Maddede geçen yetkili sulh yargıcından anlaşılması gereken ise, arama yapılacak adreslerden herhangi birinin bulunduğu yer sulh yargıçlığıdır. Sulh yargıcının yetkisi, kanunların belirlediği alanla sınırlandırılmış, dolayısıyla bu hususta yetki çatışması önlenmeye çalışılmıştır.

Bağlantıları nedeniyle çeşitli kişiler nezdinde ve yerlerde yapılmasına gerek duyulan aramalardan birine karar vermeye yetkili olan sulh yargıcı, diğer sulh yargıcının yetkisine girenler hakkında da karar vermeye yetkilidir. Örneğin, iş merkezi satış bürosu İstanbul'da olan bir işletmenin fabrikası Çatalca'da olsa ve aramanın fabrikada yapılması gerekse İstanbul Sulh Yargıcı, Çatalca'daki fabrikada arama yapılmasına karar vermeye yetkilidir.³⁹

Vergi inceleme elamanı, arama istem yazısı ile yetkili sulh yargıcılığının bulunduğu adliyedeki cumhuriyet başsavcılığına başvurarak hazırlık dosyası açtırır ve süreci başlatmış olur.⁴⁰ Alınan bu arama kararı ile önceden yapılan hazırlıklara çerçevesinde arama yapılması için gün ve saat belirlenerek yasal düzenlemelere uygun olarak arama gerçekleştirilir.

2. Aramanın Yapılması

Aramalı vergi incelemesi çok istisnai bir takım hallerde başvuru- lan bir inceleme yöntemidir. Vergi incelemesinde arama, kişi özgürlüklerini ve bazı dokunulmazlıkları ortadan kaldırmaktadır. Arama işleminin neticesi itibariyle ağır bir işlem olması ve ilgililerin hak ve özgürlük sahasına müdahale teşkil etmesi sebebiyle başlamadan önce arama çok iyi planlanmış olmalı, arama sırasında da titiz ve disiplinli hareket edilmelidir.

Aramaya başlanmadan önce arama yapılacak yerler, kişiler ve konu hakkında detaylı bilgiler toplanmalıdır. Arama sırasında mükelle-

39 ERİLMEZ vd, a.g.y. s.118.

40 Gürol ÜREL, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, s.265.

fin işlerinin aksamamasına ve özellikle en küçük bir hasar ve zarar meydana getirilmemesine dikkat edilmelidir. Aramadan beklenen sonucun elde edilmesi için eğer arama birkaç yerde yapılacaksa aramanın bu yerlerde aynı saatte başlatılması daha uygun olacaktır.

2.1. Aramanın Tarafları ve Aramada Bulunacak Kişiler

Aramada bir tarafta VUK'un 135. maddesinde sayılan vergi incelemesine yetkili elemanlar bulunurken, diğer tarafta aramanın muhatabı olarak, vergi kaçırdığı kanısına varılan mükellef ile kaçakçılıkla ilgisi görülen diğer kişiler bulunmaktadır.

Arama sırasında kimlerin bulunacağı konusunda Vergi Usul Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, genel hükümler çerçevesinde (V.U.K. Md. 147) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun aramayla ilgili hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 120. maddesine göre, arama yapılan yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi, kendisi bulunmazsa vekili veya temyiz kudretine sahip bir akrabası ya da kendisiyle birlikte oturan birisi veya komşusunun aramada hazır bulunması gerekmektedir. Ayrıca kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.⁴¹

Arama, organize bir olay olduğundan, dolayısıyla çok sayıda personel gerekebileceğinden, aramaya yetkili olanların denetim ve gözetiminde diğer devlet memurları da katılabilir. Özellikle de dirençle karşılaşma ihtimalinin yüksek olduğu arama faaliyetlerinde güvenlik güçlerinin bulundurulması bir zorunluluktur. Zira Vergi Usul Kanunu'nun 7. maddesinde, bütün mülkiye, emniyet amir ve memurlarının, belediye

41 CEYHAN, a.g.y., 04.07.2005.

başkanları, köy muhtarları ve diğer kamu müesseselerinin, vergi kanunlarının uygulanmasında ilgili memurlara (dolayısıyla aramayı gerçekleştirenlere), ellerindeki bütün imkanlarla kolaylık göstermeye ve yardımda bulunmaya mecbur oldukları hükme bağlanmıştır.⁴² Ancak, söz konusu mecburiyetin yerine getirilmemesi halinde uygulanması gereken müeyyidenin ne olacağı konusunda herhangi bir belirleme yoktur. Diğer taraftan hürriyeti kısıtlayıcı bir uygulama olması nedeniyle, arama sırasında zor kullanılmasına gerek duyulduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle gerekli güvenlik önlemlerinin alınabilmesi maksadıyla güvenlik görevlilerine de ihtiyaç duyulabilmektedir.

Arama için gidilen yerde aramada bulunan mükellef veya adamına durum anlatılarak yetkili belge veya kimlik ibraz edilir ve mahkeme kararı okunur. Bu arada emniyet görevlilerine de talimat verilerek bir müddet kapılar tutularak içerdekilerin dışarıyla temasları kesilir ve telefon görüşmeleri yasaklanır. Bundan sonra aramaya başlanılır ve gerekli görülen defter ve belgeler alınır.⁴³

2.2. Arama Süresi ve Zamanı

Arama genelde gündüz ve çalışma saatlerinde yapılır. Her ne kadar gündüz ve çalışma saatlerinde yapılacağı belirtilmişse aramaya başlanmış ancak bitirilememiş ise aramaya gece de devam edilebilir. Çünkü başlanılan bir arama sonuçlandırılmadan kesilirse, suç delili olabilecek kanıtlar o ana kadar ele geçirilmemişse aramanın kesilmesiyle bu delillerin ortadan kaldırılacağı ihtimali vardır.

42 ŞEKER, a.g.e., s.401.

43 ERİLMEZ vd, a.g.y., s. 120.

Vergi Usul Kanunu'nda arama saatleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat genel olarak aramanın hangi zaman süreci içerisinde yapılabileceği ve karşılaşılabilecek sorunlar Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

CMUK' un 118. maddesine göre konutta, iş yerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılmaz. Ancak suçüstü durumu ve gecikmesinde sakınca bulunan haller ile genel ceza hukukunu ilgilendiren diğer bazı hallerde arama gece de yapılabilmektedir.⁴⁴

Arama yapılan hallerde inceleme çabukça ve her işten önce yapılır. Bu bir taraftan arama müessesesinin niteliğinden, diğer taraftan ise mükellefin işlerinin aksamasına neden olmamak ve idari açıdan da sorun yaratabilecek işlerin biran önce sonuçlandırılmasını sağlamak açısından önem taşımaktadır.⁴⁵ İncelemenin en geç üç ay içinde bitirileceği ve aramada bulunan defter ve belgelerin, bu süre içinde sahibine tutanakla geri verileceği; incelemenin haklı sebeplere dayalı olarak bu süre içinde bitirilememesi durumunda ise sulh yargıcının vereceği karar üzerine bu sürenin uzatılabileceği, yasal hükümlere bağlanmıştır.⁴⁶ İncelemenin belirlenen süre içerisinde bitirilemediği durumda süre, sulh yargıcının vereceği karar üzerine en fazla üç ay olarak uzatılabilecektir.

İnceleme ve arama sırasında denetim elemanınca belli vergi suçlarını oluşturan maddi unsurlar bulunduğu takdirde durum Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirilir. Arama sırasında vergi suçu dışında Türk

44 Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Kanunlar, Savaş Yayınevi, Eylül,2007.

45 AKDOĞAN, a.g.e. ,s.105.

46 ŞEKER, a.g.e., s.399.

Ceza Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde bulunan suç oluşturabilecek hususların adli mercilere intikal ettirilmesi ise ceza yargılama usulünün genel hükümleri ile diğer özel yasa hükümlerine tabidir.⁴⁷

2.3. Aramada Bulunan Defter ve Belgeler

Aramada bulunan defter ve vesikaların tabi olacağı işlemler VUK madde 143'de düzenlenmiştir. Buna göre aramada bulunan defter ve belgeler müfredatlı bir tutanakla tespit edilir. Müfredatlı tespit, belgelerin dosya ve dosya içinde sayı itibariyle tespit olunmasıdır.

Aramada bulunan defter ve belgelerin müfredatlı tutanak ile tespitini şart koşmasının amacı, bu suretle elde edilen belgelerin yükümlüye ait olması ve aramada daha az veya daha çok defter ve belge elde edildiği yönünde ileride taraflarca ortaya atılacak iddiaları önlemektir.

Aramada bulunan ve kaplar içinde vergi dairesine nakil edilen defter ve belgelerin gerek arama ve gerekse kapların açılması sırasında kanunun amir hükmüne uygun olarak müfredatlı tutanak ile tespit edilmediğinin ve inceleme sırasında kanuna aykırı olarak tespit edilen olaylar hakkında da tutanak düzenlenmediğinin taraflarca kabul edilmesi olayında Danıştay'ca "Anayasa'nın kişi özel hayatının korunması ve gizliliği prensibine istisna teşkil eden aramalı vergi incelemelerinin Vergi Usul Kanunu'nun 142. ve müteakip maddelerinde kesin olarak belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılması şarttır. Aksi halde bu usul ve esaslara uygun olarak yapılmayan vergi incelemeleri ile bu incelemelerle tespit olunan matrah farklarından dolayı yükümlülerin

47 Mualla ÖNCEL - Ahmet G. KUMRULU - Nami ÇAĞAN: *Vergi Hukuku*, 15.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.101.

sorumlu tutulması mümkün bulunmamaktadır.” denilerek davanın bu nedenle reddine karar verilmiştir.⁴⁸

Arama tutanağında arama yapılan yerin adresi, arama günü, başlama ve bitiş saati, aramada kimlerin bulunduğu, arama kararının gün ve sayısı, mahkeme adı ile arama kararının yüksek sesle okunduğu, alman defter ve belgelerin müfredatı, defter ve belgelerin nereye götürülmek üzere alındığı, maddi ve manevi zarar verilmediği, aramada hazır bulunanların imzaları gibi hususlar yer alır.⁴⁹

Arama yapıldığı sırada zaman yetersizliği ve sair sebeplerle bu tutanağın düzenlenmesi mümkün olmazsa, bulunan ve incelenmesi gereken defter ve belgeler, mükellef nezdinde emin bir yere konur veya kaplar içinde daireye nakledilir.

Defter ve belgelerin konulduğu yerlerin veya kapların aramayı yapan tarafından mühürlenmesi ve mümkün olduğu hallerde mükellefin mührünün de bulunması şarttır. Mükellefle birlikte kaplar ve yerler açılarak ayrıntılı tutanaklar tanzim olunur. Mühürleme ve mührün bozulması halleri de birer tutanakla tespit edilir ve ayrıntılı tutanağın bir nüshası defter ve belgelerin sahibine veya yetkili kişilere verilir.⁵⁰

Mükellefin, aramada hazır bulunmaktan veya mühür vaz'ından kaçınması hallerinde aramada hazır bulunanlar tarafından, mührün bozulması veya tutanağın tanzimi sırasında hazır bulunmaktan kaçınması

48 Dn. 4. D. 22.05. 1974 tarih ve E. 1971/ 10184, K. 1974/ 2171, (KIZILOTL, Vergi Usul Kanunu İle İlgili Danıştay Kararları ve Özelgeler, s. 2288).

49 ERİLMEZ vd, s.121.

50 YOĞUN, a.g.m. , s.182.

hallerinde ise aramayı yapan tarafından iki memur ile birlikte işlemler tamamlanır. Aramada bulunup mükellef nezdinde emin bir yere konulmuş veya kaplar içinde daireye nakledilerek incelenmesine lüzum görülen defter ve belgeler, arama kararında açıkça yazılmamış olsa bile, inceleme yapanın çalıştığı yere getirilebilir.⁵¹

Aramalı incelemelerde tutanaklar mükelleflere imzalatılmalıdır. İmzadan kaçınma halinde yukarıda bahsedilen süreç başlar ve defter ve belgeler tarhiyat ve ceza kesinleşinceye kadar alıkonulur.⁵² Alınan defter ve vesikaların iyi saklanması şarttır. VUK madde 143'e göre bunların iyi saklanmamasından doğacak zararı, idare tazmine mecburdur.

İnceleme sırasında vergi ile ilgisi olmayan şahsi ve özel mektup ve diğer evrak makbuz karşılığında sahiplerine geri verilir. Son olarak inceleme tamamlanıp rapor yazıldıktan sonra ayrıntılı bir tutanakla el konulan defter ve belgelerin mükellefe iadesi gerekir.

2.4. Mükellefin Kayıtlarının Yeniden İşlenmesi ve Beyannamelerini Vermesi

Mükellef aramalı incelemelerde alıkonulan defter ve belgelerden bilgi çıkarmak isteyebilir. Bu takdirde idare mükellefe VUK'un 144. maddesine göre gerekli kolaylığı göstermek zorundadır.⁵³

Defter ve vesikaların muhafaza altına alınmış olmasının, süresi gelen vergi beyannamelerinin verilmesi ödevini kaldırmayacağı hüküm

51 Tüm Vergi Kanunları 1, madde 143.

52 ÖZYER, a.g.e. ,s.262.

53 ÜREL, a.g.e. , s. 266.

altına alınmıştır. Bu durumda mükellef defter ve belgelerinden yararlanarak beyannamesini düzenleyebilecektir.

Arama sonucunda defter ve belgelerin muhafaza altına alınması nedeniyle 219. madde gereğince süresi içinde yapılmayan kayıtlar defterlerin geri verilmesinden sonra, idare ile mükellef arasında kararlaştırılan uygun bir süre içinde tamamlanır. Bu süre bir aydan az olamaz.⁵⁴ Defter ve vesikaların muhafaza altına alındığı tarihten vergi beyannamesinin verileceği tarihe kadar olan süre bir aydan az ise beyanname verme süresi kendiliğinden bir ay uzar ve ek süre bu müddetin sonundan başlar.⁵⁵

Mükellef dilerse defterlerinin muhafaza altına alındığında işlemlerini yeniden tasdik ettireceği defterlere kayıt yapacakları gibi defter ve belgelerin iade edilmesi halinde iade edilen defterlere kayıtlarını intikal ettirebilirler.

2.5. Aramanın Sona Ermesi

Nezdinde ve üstlerinde arama yapılan kişi ve kurumlar, inceleme sonucu olumlu veya olumsuz olsun günlük yaşam bakımından zor durumda kalmaktadırlar. Aramalı incelemelerde olağan vergi incelemelerinden farklı olarak, birdenbire tüm iş hayatı ile ilgili evraklarına, özel notlarına devlet tarafından el konulmuş olmaktadır.

Aramalı inceleme sonucunda bir tutanak düzenlenerek yasalara aykırı görülen olaylar ve hesap durumları bu tutanağa yazılmaktadır.

54 Doç. Dr. Mehmet ARSLAN, *Vergi Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 191.

55 Mahmut KALENDEROĞLU, *Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi*, Agon Yayınları, Ankara, 2006, s.183.

İlgili olan kişiler bu tutanağa itiraz ve görüşlerini yazabilmektedirler. Yükümlü düzenlenen tutanakları imzadan çekinirse yasaya aykırı görülen olaylar ve hesap durumları ile ilgili olan defter ve belgeler, arama konusu ile ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar kendisine verilmemez.⁵⁶ Tutanak imzalamama veya suç delili oluşturma nedenleri ile alıkonulan defter ve belgeler gerekli vergi ve ceza işlemlerinin tamamlanmasından sonra sahiplerine geri verilmek şartıyla ilgili olan vergi dairesi müdürüne zimmetle devredilir. Bu konuda Danıştay'a gelen bir uyuşmazlıkta Danıştay'ca; "*Mükellefin defter ve belgelerinin vergi dairesi müdürlüğünce alıkonulması işlemi, Danıştay'da dava konusu yapılamaz. Ancak mükellefin talebi üzerine alıkonulan defter ve belgeler üzerinde inceleme ve kayıt yapılmasına izin verilebilir. Olay, Danıştay'da idarenin yürütülmesini durdurma şeklinde dava konusu yapılamaz. Çünkü Danıştay'da ancak, idarenin yürütülmesi zorunlu idari işlemleri aleyhine dava açılabilir. Vergi ihtilaflarında, yürütülmesi zorunlu idari işlem; ihbarname veya ödeme emri tebliği, tahakkuk fişi düzenlenmesi veya vergi tevkifi yahut düzeltme ve şikayet müracaatlarının yetkili merciler tarafından reddedilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.*" şeklinde karar verilmiştir.⁵⁷

Aramalı vergi incelemesi bitirildikten sonra, normal vergi incelemelerinde, tarh edilecek (re'sen veya ikmalen) vergi söz konusu olduğunda bir vergi inceleme raporu düzenlenir. Düzenlenen bu rapor, tarhiyatı öngörülen vergiler ile kesilmesi gereken cezalar için ilgili vergi dairesine gönderilir. Aramalı vergi incelemesine bağlı olarak tarh edilen vergi ve kesilen cezaların tahsili tehlikedeysen ve mükellefin (tü-

56 Tüm Vergi Kanunları 1, mad. 145

57 Şükrü KIZILOĞLU, *Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması*, Cilt:2, Ankara, 1991, s.1367.

zel kişilerde kanuni temsilcilerinin) kaçma ihtimali varsa, Emniyet Müdürlüğü'nden bu kişilerin yurtdışına çıkmalarına yasak talep edilir ve 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkındaki Kanuna göre gerekli ihtiyati tahakkuk ve haciz işlemleri başlatılır. Mükellef (tüzel kişilerde kanuni temsilciler) için konulan yurt dışı çıkış yasağı, Maliye Bakanlığı'nın 24.03.1999 tarih ve 249 Sayılı Tahsilat Genel Tebliği'nde de belirtildiği üzere, kendilerine de bir yazıyla bildirilir. Mükellefler söz konusu borçları için gereken teminatları verdiklerinde ise bunlar için istenen yurt dışı çıkış yasaklarının kaldırılması yoluna gidilir ve durumdan kendileri bir yazıyla haberdar edilirler.⁵⁸

Ayrıca, olayla ilgili olarak VUK'nun 359 ve 360. maddelerinde yazılı kaçakçılık veya iştirak suçları tespit edilmişse belirtilen suçlardan dolayı ceza kesilmesi gerekiyorsa olayın mahiyetini açıklayacak şekilde düzenlenecek bir Vergi Suçu Raporuyla (esas tarhiyat raporu da ek yapılmak suretiyle) Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi zorunludur. Bu durum kamu davasının açılmasını da gerektirmektedir.

VUK'nun 5. maddesine eklenen bir fıkra ile, sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenledikleri veya kullandıkları vergi inceleme raporuyla tespit olunanlar ise kanunla kurulan birlik ve meslek odalarına da bildirilir ve bu durum vergi mahremiyetinin ihlali olarak da sayılmaz.

Görüldüğü üzere arama yapılırken ve aramalı inceleme bitene kadar olağandışı bir vergi inceleme prosedürü varken bu tür inceleme bitince olağan hale dönülmekte; vergi inceleme elamanının düzenlediği

58 Hakkı KOÇAK, Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun", *Vergi Dünyası*, Mayıs 1999, Sayı 213, <http://www.muhasabe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/vukmd142.htm>.

vergi inceleme tutanağını imzalamayan yükümlünün defter ve belgeleri üzerinde, olağan vergi incelemesinde olduğu gibi bir tür hapis hakkı uygulanmaktadır. Yükümlü tutanağı sonradan imzalarsa, suç delili teşkil etmemek şartı ile bunları geri alabileceklerdir.⁵⁹

II. BAZI ÜLKELERDE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ

A. İngiltere'de Aramalı Vergi İncelemesi

İngiltere'de uygulamaya konulan vergi idaresi kanunu ile vergi incelemesine yetkili kişiler iç gelir idaresinin memurlarıdır. İç gelir idaresinin bir memurunun, vergi kaçırıldığını gösteren yeterli bilgileri yargı organına vermesi ve bu organının vereceği yazılı izinle yükümlülerin işyeri, bina ve arazilerinde arama yapılabilir. Ancak iznin verildiği tarihten itibaren 14 gün içerisinde aramanın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Arama sonucunda gerekli görülen her türlü belge, mal veya eşyaya el konulup götürülebilmekte, el konulan belge ve eşyalar üzerinde hak iddia edenlere yazılı bir belge verilmektedir.⁶⁰

Arama müessesesine ilişkin İngiltere'de uygulamaya konulan düzenlemeler ile Türk Vergi Hukukunda getirilen düzenlemeler arasında benzerliklerin olduğu görülmektedir. Aramanın hukuksal nedenleri ve yargıç kararı gibi düzenlemelerdeki hükümler birbiriyle örtüşmektedir. Ancak arama süresi ile ilgili hususa bakıldığında ise, farklılık vardır. Türk hukukunda arama süresine ilişkin hüküm konulmamasına rağmen, İngiltere'de uygulanan düzenlemede iznin verilmesi tarihinden itibaren 14 günlük süre belirtilmiştir.

59 ŞEKER, a.g.e., s.400.

60 ŞEKER, a.g.e., s.397.

A. Fransa'da Aramalı Vergi İncelemesi

Fransa'da vergi incelemeleri iki şekilde olabilmektedir. İlki, bildirim vergi dairesinde incelenmesi suretiyle gerekli düzeltmelerin yapılması ve mükellef dosyasının tamamlanmasıdır. Diğer ise, mükelleflerin defterleri, kayıtları ve kanıtlayıcı belgeleri üzerinde yapılmaktadır. İnceleme elemanı mükellefin daha fazla matrah bildiriminde bulunması gerektiğini saptarsa, mükelleften ek bilgileri isteyebilmektedir ve bu bilgilerin de belirli bir süre içinde verilme zorunluluğu vardır.⁶¹

Fransa'da ayrıca aramalı inceleme müessesine yer verilmemiştir. Bunun nedeni olarak Fransa'da vergi ile ilgili oluşturulan diğer müesseseler, inceleme elemanlarının sahip olduğu yetkiler ve mevcut vergi sistemi dolayısıyla arama müessesine gerek duyulmaması gösterilebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ SIRASINDA MÜKELLEFİN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE ARAMALI VERGİ İNCELEMESİ SIRASINDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

I. Mükellefin Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Hakları ve Yükümlülükleri

Vergi incelemesi boyunca hakkında inceleme yapılan gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu bir takım hakları ve de katlanması gereken bazı yükümlülükleri vardır. Konuyu daha detaylı incelemek için ilk

61 ŞEKER, a.g.e., s. 57

olarak vergi incelemesinde mükellefin sahip olduğu haklardan bahsedilerek daha sonra da vergi incelemesinde mükellefin uyması gereken yükümlülükleri belirtilecektir.

A. Mükellefin Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Hakları

Mükellefin vergi incelemesi sırasında sahip olduğu hakları belirlenirken gerek VUK m. 140'taki incelemenin esaslarından gerekse VUK' taki diğer ilgili maddelerden faydalanılmaktadır. Yapılan bu inceleme sonucu vergi incelemesi esnasında mükellefin bir takım hakları belirlenmiştir.

1. Vergi incelemesi için gelen kişilerin kim olduklarını ve yetkilerini gösteren belge veya kimlik ibrazını isteme hakkına sahiptir.
2. Vergi incelemesinin konusunun kendisine anlaşılır bir biçimde açıklanmasını talep etme hakkına sahiptir. Böylelikle mükellef hangi dönem için ya da hangi vergi için incelemenin yapıldığını bilecek ve ilgili evrak ve belgeleri daha rahat hazırlayacaktır.
3. Mükellef inceleme sürecinde karşılaştığı her türlü hukuka aykırı hareket ve işleme karşı şikayette bulunma hakkına sahiptir.⁶²
4. Nezdinde arama yapılması sırasında sulh hakimince verilen arama kararının gösterilmesini istemek hakkına sahiptir.

62 Onur ÖZDOĞAN, *Vergi İncelemesi Hakkında*, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_415.htm

5. İhbara dayanan aramalarda, ihbarda belirtilen hususların mevcut olmadığının ortaya çıkması halinde ihbarda bulunanı öğrenmek hakkına sahiptir.
6. Yapılan aramalar sonucunda defter ve belgelere el konulmuş olması süresi gelen vergi beyannamelerinin verilmesi görevini ortadan kaldırmadığından, beyanname düzenlemek için gerekli bilgileri her zaman alma hakkına sahiptir.
7. Vergi incelemesi sırasında alıkonulan veya aramada ele geçirilen defter, belge veya diğer eşyalara ilişkin olarak tespit edilen kanuna aykırı olay ve hesaplarla ilgili olarak tutanağı imzalamamak hakkına sahiptir. Mükellef veya temsilcisinin bu tutanakları imzalamamaları durumunda alıkonulan ya da aramada ele geçirilen defter, belge ve eşyalar, aramanın konusu ile ilgili vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar mükellefe geri verilmez ve idarece muhafaza edilir. Mükellef veya temsilcisinin bunları, suç delili olmamaları şartıyla, tutanağı imzalayarak her zaman geri alma hakkı vardır.⁶³
8. Arama sonucunda el konulan defter ve belgelerin muhafaza altında olması sebebiyle zamanında yapılamayan kayıtları, defterlerin geri verilmesinden sonra 1 aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içinde yapabilmek hakkı,
9. Arama sonucunda muhafaza altına alınmış olan defter ve belgeler geri verilinceye kadar, tüm işlemleri tasdik ettirilecek

63 Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları Ve Yükümlülükleri,2007, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/beyan_amerehberi/vergi_incelemelerinde_haklar.pdf.

yeni defterlere kaydetmek ve defterler geri verilince bu kayıtları geri verilen defterlere aktarabilmek hakkı,

10. Mükellefin işyerindeki incelemenin çalışma saatlerinde yapılmasını ve işyeri faaliyetini engellememesini istemek hakkına sahiptir.⁶⁴
11. VUK madde 144'e göre, mükellefler arama esnasında el konulmakla birlikte yapılan inceleme sırasında vergi ile ilgisi olmayan şahsi ve özel mektup ve evraklarını makbuz karşılığında geri alma hakkına sahiptir.
12. Mükellef yazılı olarak talepte bulunması halinde; el konulan defter, belge ve diğer eşyalar üzerinde inceleme yapabilmek, örnek ve kayıt alma hakkına sahiptir. Ancak bu işlem esnasında dikkatli olunmalıdır. Çünkü kimi kötü niyetli mükellefler bu işlemler sırasında konusu suç teşkil eden kayıtları yok etme çabası içine girebilmektedir.⁶⁵
13. El konulan eşyanın iyi saklanmamasından doğacak zararın tazminini ilgili idareden isteme hakkına sahiptir.

B.Mükellefin Aramalı Vergi İncelemesi Sırasında Yükümlülükleri

1. Aramanın başlangıcından itibaren aramayı yapan kişilerin işlerini zorlaştırmama ve hatta yardımcı olma yükümlülüğü,

64 Ahmet YAVUZ, **Mükellefin de Vergi İncelemesi Yapanlara Karşı Hakları Var**, <http://www.muhasibeciyiz.biz.com/Mukellefin-de-vergi-incelemesi-yapanlara-karsi-haklari-var-haber2583.html>.

65 Aziz TAŞDELEN, **Vergisel Arama**, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-2/PDF/tasdelen6.pdf>.

2. Arama sırasında vergi inceleme elemanlarınca vergi kaçakçılığının kanıtı olarak muhafaza altına almak istedikleri defter, kayıt ve belgelerin mükellefler tarafından verilme yükümlülüğü,
3. Arama sonucunda defter ve belgeler vergi inceleme elemanınca alıkonulup muhafaza altına alınmış olsa dahi, süresi gelen vergi beyannamelerinin verilmesi ödevini yerine getirme yükümlülüğü vardır.⁶⁶
4. Arama ile defter ve belgelere el konulması mükellefin rızası dışında defter ve belgelerin elden çıkması olup mücbir sebep olarak değerlendirilir. Bu husus dikkate alınarak VUK'nun 146. maddesinde, el konulan süre boyunca kayıtların işlenmesi mümkün olmadığı için defter ve belgeler iade edildikten sonra idare ile mükellef arasında kararlaştırılacak uygun bir sürede kayıtlar yapılması yükümlülüğü vardır.

C. Arama Vergi İncelemesi Sırasında Ortaya Çıkan Sorunlar ve

Çözüm Önerileri

Aramah inceleme gerçekleştirilmeye çalışılırken çeşitli güçlükler ortaya çıkmaktadır. Bunlar güvenliğin sağlanamaması sorunu, mükelleften kaynaklanan sorunlar, aramanın etkin olmaması sorunu, aramaya başlanması konusunda kanunda bir hüküme yer verilmemesi sorunu ve

66 Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları Ve Yükümlülükleri, Kasım, 2007.

arama sırasında uygulanacak şartlara uyulmaması sorunudur. Bu sorunlara kısaca bakacak olursak;

- Vergisel arama kararlarının vergi inceleme elemanları tarafından yerine getirilebilmesi, çoğu zaman güvenlik önlemlerinin sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Yani, vergisel suç kolluğu görevlisi olan inceleme elemanı ile güvenliğin sağlanması amacıyla genel kolluğun birlikte görev yapması söz konusudur. Genel kolluğun buradaki görevi, inceleme elemanının vergisel amaçlı arama kararını yerine getirmesinde gerekli güvenliğin sağlanmasıdır.⁶⁷ Fakat bazen güvenliği sağlaması gereken emniyet güçleri aramalı inceleme hakkında yeterince bilgiye sahip olmamalarından dolayı inceleme elemanına zorluk çıkarmakta ya da görevini gereği gibi yerine getirmemektedir. Bunun sonucunda ciddi sorunlar ortaya çıkabilmekte ve acil olarak başlanması gereken arama gecikebilmektedir. Bu sorunun giderilmesi için inceleme elemanının gizlilik prensibini de göz önünde bulundurarak emniyet mensuplarıyla önceden görüşüp onları gerekli konularda bilgilendirmesi diğer taraftan ise bu süreçte yetkili personelin mükellefi bilgilendirerek eğitim amaçlı hareket etmesi gerekmektedir.

- Arama sırasında aramayı kolaylaştırmak ve inceleme elemanına zorluk çıkarmamak mükellefin yükümlülükleri arasında olmasına rağmen kimi zaman mükellef bilerek aramayı engellemeye çalıştığı gibi kimi zamanda durumun yarattığı üzüntü ile rahatsızlık geçirerek elinde olmayan sebeple aramayı sekteye uğratabilmektedir. Bunun için yetkili personelin inceleme yapılmasının nedenini uygun bir dille belirterek mükellefi bilgilendirici şekilde hareket etmesi gerekmektedir.

67 TAŞDELEN,a.g.m., s.175.

Ayrıca mükellefe uluslararası sözleşme ve yargı kararları çerçevesinde inceleme ve aramalar sırasında haklarının da açıklanması zarureti bulunmaktadır fakat buna rağmen şu anda bu konu ülkemiz için lüks olarak görülmektedir. İnceleme elemanları idarenin kendi iç yazışmalarında da açıkladığı üzere mükellefe karşı olan davranışlarında özenli olmak zorundadır ve mükellefe sanki vergi kaçırmış gibi davranmamalıdır. Bu durum ancak bir yargı kararı ile belirlenecek olup, yapılan iş sadece bir tespitten ibarettir. Ayrıca mevcut şartların da dikkate alınması ve işyerinde mükellefi rencide edecek söz ve davranışlardan kaçınılması gerekmektedir. Bu konuda idare gerekli önlemleri almalıdır.⁶⁸

- Vergi kaçırmaya yönelik olarak çeşitli yöntemlere başvurulmaktadır. Bu yöntemlerle mücadelede aramalı inceleme müessesesine yer verilmiştir. Ancak uygulanacak bu yöntemin etkin olması için arama sırasında uzman kişilerden yardım alınmalıdır. Ayrıca arama birkaç yerde yapılacaksa mutlaka bu yerlerde eşzamanlı olarak başlamalıdır. Aksi takdirde aramanın başlandığı ilk yerde bulunan kişiler diğer şubelerine ya da depo vb. yerlere haber vermesi sonucu aramanın yapılacağı diğer yerlerde gerekli önlemler alındığı için yapılan arama başarılı olmayacaktır. Bu sorunun önlenmesi için aramanın çok iyi planlanmış olması ve aramada görevli olan kişilerin koordineli olarak çalışmaları önemlidir.

- Aramalı incelemeye başlanması şartlarından birisi inceleme elemanının sulh yargıcından arama iznini almasıdır. İnceleme elemanı karar üzerine kendi belirleyeceği bir zamanda aramaya başlamaktadır.

68 Hakan ÜZELTÜRK, Vergi İncelemeleri ve Aramaları, Dünya, 09.06.2009, <http://www.muhasabenet.net/2009-0906-vergi%20incelemeleri%20ve%20aramalari.html>.

Daha öncede belirtildiği gibi bu sürenin uzatılmaması ve karar alındıktan sonra en kısa sürede arama yapılması aramanın gizliliği ve etkinliği açısından önemlidir. İngiltere’de bu konuya ilişkin olarak, inceleme kararının verilmesinden sonra 14 günlük bir süre öngörülmüştür. Bizde ise VUK’un 145. maddesinde aramalı incelemeye başlandıktan sonra, arama sürecinde alınan defter ve vesikalar üzerindeki incelemelerin en geç üç ay içerisinde bitirilerek sahibine geri verilmesi gerektiği ve haklı sebepler nedeniyle bu süre içerisinde incelemenin bitirilememesi durumunda sulh yargıcının vereceği karar üzerine bu sürenin uzatılabileceği düzenlenmiştir. Fakat VUK’da sulh yargıcının inceleme kararı vermesi üzerine ne kadar süre içerisinde incelemeye başlanılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu eksikliğin giderilmesine yönelik VUK’da düzenlemeye gidilmelidir.

- Aramah vergi incelemesi olağan dışı bir vergi incelemesi türüdür. Anayasa’da yer alan kişi temel hak ve özgürlüklerine ilişkin kural ve ilkeler nedeniyle, bu konu yasa ile bağlayıcı şekil şartlarına tutulmuştur. Aramalı inceleme bünyesi itibariyle, temel kişi haklarından özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarını tehdit etmekte aynı zamanda mükellefin ticari itibarını da zedelemektedir. Bu özellikleri dolayısıyla anılan yöntemin “istisnai” olması önem kazanmaktadır. Yöntemin uygulanması sırasında, arama talebinde bulunan vergi incelemesine yetkili görevli ve arama kararını verecek olan mahkemenin ayrıntılı değerlendirmeler yapması gereklidir. Vergi inceleme elemanı ve mahkeme tarafından, ayrıntılı değerlendirmeler ışığında ve istisnai olarak uygulanacak olan aramalı vergi incelemesi yönteminin mümkün olan mükellefin haklarını en az zedeleyecek türde olmalıdır. Anayasal çerçeveye aykırı olmadan bu haklar sınırlandırılmaya çalışılmalıdır.

Kesin olarak belirlenen tüm usul ve esas hükümlerine uyulmaması, buna dayalı vergi ve cezanın terkin edilmesi sonucunu doğuracaktır. Eğer vergi incelemesinde yetkili olanlar, bağlayıcı şekilleri yerine getirmiyorlarsa yaptıkları işlemin güvenilirliği şekil yönünden zayıf olacaktır. Bu durumda da aramaya muhatap olanların, yargı safhalarında ileri sürecekleri iddialar daha kuvvetli olup idarenin üzerinde bulunan ispat yükünü yerine getirmesi zorlaşacaktır.⁶⁹

SONUÇ

Vergi, devletin egemenlik ilkesine dayanarak aldığı zora dayanan bir ödemedir ve vergi devletin en önemli gelir kaynaklarından birisini oluşturmasının yanı sıra bir maliye politikası aracıdır. Vergi alınırken toplumda belli bir dirençle karşılaşmaktadır. Direnç gösterirken bazı mükellefler elde ettikleri gelirlerden devlete hiç pay vermemek ya da daha az pay verebilmek için gelirlerinin bir kısmını veya tamamını kayıt dışına çıkarma eğilimi gösterebilmektedirler. Gelirlerini kayıt dışına çıkarırken mükelleflerin başvurduğu vergi kayıp ve kaçakları bir taraftan devlet gelirlerinin azalmasına yol açarken diğer taraftan da maliye politikası aracı olması sebebiyle ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşılmasını da olumsuz etkilemektedir. Bu nedenle vergi kayıp ve kaçaklarıyla mücadele devletin önemle üzerinde durması gereken görevlerinden birini oluşturmaktadır. Aramalı inceleme de bu mücadelede kullanılan araçlardan biridir.

Vergi denetim müesseslerinden birini oluşturan aramalı vergi incelemesi, rıza alınmadan kişilerin ev, işyeri ve üzerlerinin aranması

69 ŞEKER, a.g.e., s.402.

dolayısıyla bir taraftan kişilerin hak ve özgürlükleriyle, konut dokunulmazlığıyla ve kişilerin ticari itibarlarının zedelenmesi ihtimali ile maddi ve manevi kayıpları beraberinde getirmesiyle ilgiliyken diğer taraftan vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesi bakımından başvurulması gerekli bir müessesedir. Bu dengenin sağlanabilmesi için arama kararının verilmesinden, aramanın sonuçlandırılmasına kadar geçen sürecin çok dikkatli bir şekilde yürütülmesi ve her aşamada verilen kararların dikkatle alınması gerekmektedir. Bu yüzden incelemeyi yapanlar, aramaya başlamadan önce aranacak yer ve arama konusu hakkında detaylı çalışmalarda bulunmalıdırlar ve aramalı inceleme özünde barındırdığı farklılık ve önemden dolayı son başvurulacak yöntem olmalıdır.

Genel olarak bakıldığında ise aramalı vergi incelemesinde daha öncede değinildiği gibi birçok sorunla karşılaşmakta ve aramanın etkinliği zedelenmektedir. Bu yüzden usul ve uygulamasında sıkı şekil şartlarına tutulan aramalı inceleme çok başvuru bir denetim müessesesi olamamaktadır. Nitekim ülkemizde denetim oranı % 1-2 seviyelerinde kalmaktadır. Ancak devletin egemenlik gücüne dayanarak aldığı vergilerin ekonomik ve sosyal etkileri göz önüne alındığında denetimlerde oluşacak sorunlara rağmen vergi denetim müesseselerine başvurulmalıdır. Böylece mükelleflerin beyanlarının denetlenmesi ile mükellefler daha dürüst davranmaya çalışacaklar ve vergi kayıp ve kaçakları caydırılarak azaltılması sağlanacaktır.

Aramalı inceleme ile olağan yöntemlerle ele geçirilemeyecek olan ve vergi inceleme elemanına ulaşmadan yok edilerek ortadan kaldırılma tehlikesi taşıyan yasal ve en önemlisi de yasal olmayan bilgi, belge ve kayıtlara ulaşılabilecektir. Bu yüzden, aramalı incelemenin

taşıdığı usul ve şartlara uyulmasında daha özenli davranılmalı ve uygulama sonucu ortaya çıkan sorunlar giderilmeye çalışılmalıdır. Ayrıca aramalı incelemenin gerekçelerinden birisini oluşturan ihbar müessesinin etkin olarak işletilmesi sağlanmalıdır. Çünkü kimi zaman yapılan ihbarlarda vergi kaçakçılığına dayanak oluşturan defter ve belgelerin arama kararı alınan yerin nerelerinde gizlendiği tam olarak belirtilerek büyük kolaylık sağlanmakta ve zaman kaybı yaşanmadan elde edilecek verilere çabucak ulaşılmaktadır. Buna bağlı olarak, topluma ihbar müessesinin tam olarak ne anlama geldiği ve nasıl işletildiği, ihbar ikramiyesinin ne olduğu ve ihbar ikramiyesine hak kazanılması için neler yapılması gerektiği anlatılarak bir kişiyi ihbar etmenin sosyal olarak oluşturduğu baskılar giderilmeye çalışılmalıdır. Çünkü her şeye rağmen aramalı inceleme dikkatli ve özenli bir şekilde yapıldığında vergi kayıp ve kaçağının önlenmesinde faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN Abdurrahman: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**
8.Baskı,Gazi Kitabevi, Ankara, 2008
- AKKAYNAK Şener: Aramalı İnceleme, **Yaklaşım**, Sayı: 13, Ocak
1994,
- AKIN Vahit Yaşar: “**Türk Vergi Hukukunda İki Kilit Kavram: İh-
bar ve Şikayet**”, <http://www.alomaliye.com>
- ARSLAN Mehmet: **Vergi Hukuku**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2000
- BAYRAKLI Hasan Hüseyin: **Vergi Hukukunun Temel İlkeleri**, Af-
yon Kocatepe Üniversitesi Yayını, No: 8,Afyon, 1997
- BİNBİRKAYA, İlhan: **Türkiye’de Vergi Denetimi Ve Kayıtdışı
Ekonomi**, Yüksek Lisans, Tezi, İstanbul,2006,
www.tez2.yok.gov.tr
- CEYHAN Murat: “**Vergi İncelemesi Hakkında Bilinmesi Gereken-
ler**”, <http://www.alomaliye.com>
- ERİLMEZ Recep- AYTAÇ Kamil – CERİT Yılmaz – BİLGİLİ Tür-
kan: **Aramalı İnceleme**, Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı Dene-
tim Koordinasyon Müdürlüğü
- KALENDEROĞLU Mahmut: **Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi**,
Agon Yayınları, Ankara, 2006
- KARAKOÇ Yusuf: **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara,
2007
- KIZILOT, Şükrü: **Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması**, Ankara, 1996

KIZILOT, Şükrü: **Vergi Usul Kanunu Ve Uygulaması**, Cilt:2, Ankara, 1991

KIZILOT, Şükrü: **Vergi Usul Kanunu İle İlgili Danıştay Kararları Ve Özelgeler**, Cilt:2, Yaklaşım Yayınları

KIZILOT Şükrü: “**Vatanını Sevenin İhbarı**”, Hürriyet, 16.01.2007, <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr>

KIZILOT Şükrü: “**Vergi İhbarcılarına 1.2 milyon TL İhbar İkramiyesi Ödendi**”, Hürriyet, 09.05.2009, <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr>

KOÇAK Hakkı: “**Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun**”, **Vergi Dünyası**, Mayıs 1999, Sayı 213, <http://www.muhasabe.gen.tr>

ÖNCEL Mualla - KUMRULU Ahmet G. - ÇAĞAN Nami: **Vergi Hukuku**, 15.Baskı, Ankara,2008

ÖZDOĞAN Onur: **Vergi İncelemesi Hakkında**, <http://www.turk.hukuksitesi.com>

ÖZYER Mehmet Ali: **Açıklama Ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2008

PEHLİVAN Osman: **Vergi Hukuku Genel İlkeler Ve Türk Vergi Sistemi**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2007

ŞEKER Nezhik: **Hukuksal Yapısıyla Vergi İncelemesi**, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1994

ŞENYÜZ Doğan: **Vergi Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005

Tüm Vergi Kanunları 1, 23. basım, Oluş Yayıncılık, Temmuz,2009

TAŞDELEN Aziz: “**Vergisel Arama**”, <http://web.deu.edu.tr>

TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin: **Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Kanunlar**, Savaş Yayınları, Eylül, 2007

Tüm Yönleri İle Vergi İncelemesi, GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No: 50, Kasım, 2007, www.gib.gov.tr

ÜREL Gürol: **Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003

ÜN Raci: “Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I”, **Yaklaşım**, Sayı:191, Kasım 2008

Vergi İncelemelerinde Mükellefin Hakları Ve Yükümlülükleri, GELİR İDARESİ BAŞKANLIĞI, Mükellef Hizmetleri Daire Başkanlığı, Yayın No: 49, Kasım, 2007, www.gib.gov.tr

YAVUZ Ahmet: “**Mükellefin de Vergi İncelemesi Yapanlara Karşı Hakları Var**”, <http://www.muhasibeciyizbiz.com>

YILMAZ, Mehmet İmran: **Hesap İncelemeleri Yoluyla Vergi Denetimi**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, www.tez2.yok.gov.tr

YOĞUN İsmail: Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi, **Malîye ve Sigorta Yorumları**, Yıl:20, Sayı:461, 1Nisan 2006

ÜZELTÜRK Hakan: “Vergi İncelemeleri ve Aramaları”, **Dünya**, 09.06.2009, <http://www.muhasibenet.net>



2010 YILI ABONELİK FORMU

Abone No:

Gönderenin

Adı-SOYADI :

Adresi :

Posta Kodu/ŞEHİR :

Telefon :

Faks :

Aşağıdaki yayınlarınıza abone olmak istiyorum. Katma Değer Vergisi Dahil yayın bedeli olan TL.yi TC. Ziraat Bankası Kızılay / Ankara Şubesi'ndeki 39009014-5001 veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 sayılı hesabınıza/...../..... tarihinde yatırdım.

Buna ilişkin belge (Banka Dekontu veya Çek Kupürü) örneği eklidir.

Ad-SOYAD

İmza

2010 yılı YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

%1 oranında KDV dahil, bir yıllık

[12 sayı x 12,50 TL.....150,00 TL]

2010 yılı YARGITAY DERGİSİ

%1 oranında KDV dahil, bir yıllık

[4 sayı (1 ve 2. sayı birlikte) x 12,50 TL.....50,00 TL]

DİKKAT: Formu doldurduktan sonra,

[Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Cad. No: 3 06658-Bakanlıklar/ANKARA] adresine ya da (0312) 419 41 11 nolu faksa gönderiniz.



CD TALEP FORMU

Gönderenin
Adı-SOYADI :

Adresi :

:

:

Posta Kodu/ŞEHİR :

Telefon :

Faks :

Aşağıdaki CD'yi/CD'leri almak istiyorum. Katma Değer Vergisi Dahil CD bedeli/bedelleri olan TL.yi TC. Ziraat Bankası Kızılay / Ankara Şubesi'ndeki 39009014-5001 veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 sayılı hesabınıza/...../..... tarihinde yatırdım.

Buna ilişkin belge (Banka Dekontu veya Çek Kupürü) örneği eklidir.

Ad-SOYAD
İmza

1975-2006 Yılları Yargıtay Kararları Dergisi Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil 200,00 TL

1926-2007 Yılları Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararları Bilgisayar Programı

%18 oranında KDV dahil 100,00 TL

PROGRAMI KULLANABİLMENİZ İÇİN BİLGİSAYARINIZDA OLMASI GEREKEN DONANIMLAR

- Windows 98 veya daha üstü (Windows-2000-XP vb.) işletim sistemi.
- CD Rom sürücü,

DİKKAT: Formu doldurduktan sonra,
[Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3 06658-Bakanlıklar/ANKARA] adresine ya da (0312) 419 41 11 nolu
faksa gönderiniz.



YARGITAY YAYINLARI

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ(İkinci Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri-Madde: 184-551) Dr. Herman BECKER, Çeviren: Dr. A. Suat DURA	15,00 TL
BORÇLAR HUKUKUNUN ÜMUMİ KISMI Andreas von TUHR, Çeviren: Av. Cevat EDEGE	15,00 TL
UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)	10,00 TL
YARGITAY 1. BAŞKANLARININ ADALET YILI AÇIŞ KONUSMALARI (1943-1993)	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(I), Yıl: 1975-1981	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(II), Yıl: 1982-1986	10,00 TL
YARGITAY KARARLARI DERGISİ KILAVUZU(III), Yıl:1987-1991	10,00 TL
YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI HUKUK BÖLÜMÜ CİLT: 6	15,00 TL
YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARAR ÖZETLERİ (Hukuk-Ceza) 1926-1998	15,00 TL
ATATÜRK VE HUKUK	15,00 TL
TÜRK HUKUK TARİHİ SÜRECİNDE YARGITAY	20,00 TL

YARGITAY KARARLARI DERGISİ

✦ Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-12	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 26, Yıl: 2000, Sayı: 3-12 (1 ve 2. sayı hariç)	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-12	36,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-12	48,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-12	60,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-12	72,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 31, Yıl: 2005, Sayı: 1-12	78,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 32, Yıl: 2006, Sayı: 1-12	81,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı: 1-12	120,00 TL	
✦ Cilt: 34, Yıl: 2008, Sayı: 1-12	132,00 TL	
✦ Cilt: 35, Yıl: 2009, Sayı: 1-12	138,00 TL	
✦ Cilt: 36, Yıl: 2010, Sayı: 1-12	150,00 TL	

YARGITAY DERGİSİ

✦ Cilt: 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 22, Yıl: 1996, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-4	20,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-4	24,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 31, Yıl: 2005, Sayı: 1-4	26,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 32, Yıl: 2006, Sayı: 1-4	27,00 TL	Takım Halinde
✦ Cilt: 33, Yıl: 2007, Sayı: 1-4	40,00 TL	
✦ Cilt: 34, Yıl: 2008, Sayı: 1-4	44,00 TL	
✦ Cilt: 35, Yıl: 2008, Sayı: 1-4	46,00 TL	
✦ Cilt: 36, Yıl: 2010, Sayı: 1-4	50,00 TL	

BİLGİSAYAR PROGRAMLARI

1975-2006 Yargıtay Kararları Dergisi Bilgisayar Programı (CD)	200,00 TL
1926-2007 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları Bilgisayar Programı (CD)	100,00 TL

Yayın bedellerine; dergilerde % 1, kitaplarda % 8 ve CD'lerde % 18 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.

Ödemeli gönderilmez. ***Hiçbir yerde temsilcimiz yoktur.***

HESAP NUMARALARIMIZ:

- 1- TC. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, **39009014-5001** ANKARA
- 2- Posta Çekleri Merkezi, **92932**

YAZIŞMA ADRESİMİZ:

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası) Vekâletler Caddesi No: 3
06658-Bakanlıklar/ANKARA

HABERLEŞME İÇİN TEL: 0312 - 419 34 17

ABONE SERVİSİ: 0312 - 416 11 38 - 416 11 39

FAKS: 0312 - 419 41 11

YARGITAY YAYIN İŞLERİ MÜDÜRLÜĞÜ