

T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ



**TÜRKİYE’DE İNŞAAT SEKTÖRÜNDE, VEKALET SÖZLEŞMESİ
KAPSAMINDA ŞANTIYE ŞEFİNİN HUKUKİ, CEZAI VE İDARI
SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA**

Orkun ŞAHİN

FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

İNŞAAT MÜHENDİSLİĞİ

ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZİRAN 2019

ANTALYA

T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ



**TÜRKİYE’DE İNŞAAT SEKTÖRÜNDE, VEKALET SÖZLEŞMESİ
KAPSAMINDA ŞANTIYE ŞEFİNİN HUKUKİ, CEZAI VE İDARI
SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA**

Orkun ŞAHİN

FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

İNŞAAT MÜHENDİSLİĞİ

ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZİRAN 2019

ANTALYA

T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
FEN BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TÜRKİYE'DE İNŞAAT SEKTÖRÜNDE, VEKALET SÖZLEŞMESİ
KAPSAMINDA ŞANTIYE ŞEFİNİN HUKUKİ, CEZAI VE İDARİ
SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA

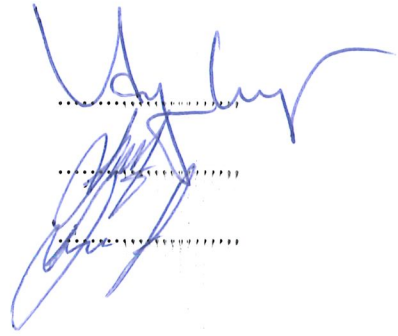
Orkun ŞAHİN
İNŞAAT MÜHENDİSLİĞİ ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

Bu tez 18.06.2019 tarihinde jüri tarafından Oybirliği / Oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Aynur KAZAZ (Danışman)

Doç. Dr. İkbâl ERBAŞ

Dr. Öğretim Üyesi İ. Devran ÇELİK



ÖZET

TÜRKİYE’DE İNŞAAT SEKTÖRÜNDE, VEKALET SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ŞANTIYE ŞEFİNİN HUKUKİ, CEZAI VE İDARİ SORUMLULUĞU ÜZERİNE BİR ARAŞTIRMA

Orkun ŞAHİN

Yüksek Lisans Tezi, İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Aynur KAZAZ

Haziran 2019; 116 sayfa

İnşaat Mühendisliği kurucu mühendisliklerin en büyüğü olarak tanımlanmaktadır. Gerek içerdiği anabilim dalının diğer pek çok bilim dalından fazla olması gerekse iş kalemlerinin fazla olmasından dolayı iyi bir şantiye yöneticisinin pek çok konuya hakim olması fiilen kendisinden beklenemeyecek ise de bu çalışmanın devamında ayrıntısıyla anlatılacağı üzere hukuken kendisinden beklenmektedir. Bu beklenti safiyane bir beklenti olmayıp hukuki, cezai ve idari bir çok yaptırımını da içerisinde barındırmaktadır.

Gerek yapılan işin ekonomik ve fiziki büyüklüğü gerekse karmaşıklığı bir kişinin kapasitesinin üzerinde mesai harcanmasını gerektirmektedir. Ancak şantiye yönetiminin tek elden yürütülmesi, ekipler arasındaki senkronizasyon gereğinin, bütçenin tek elden yönetilmesinin, sorumluluk sahibinin belirli olması gerekmesinin, idareye- alt yüklenicilere- mal sahibine- çalışanlara karşı tek bir muhattap olmasının fiilen zorunlu olmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kolaylıkla anlaşılacağı üzere vekil mühendisin şantiye içerisinde çeşitli sebeplerden kaynaklanan bir çok sorumluluğu olacaktır. Bunların herbirinin incelenmesi şüphesiz ki bu seminer çalışmasının kapasitesinin çok üzerinde bir hacme sahip olacağından çalışmada durum örnekleme yoluyla anlatılmaya çalışılacak, somut olaylar hakkında Yargıtay kararları bilginize sunulacaktır.

Bu fırsatla gerek konu seçiminde gerekse Tez çalışmalarım sırasında kısıtlı zamanınızda yardımlarını esirgemeyerek ilgisini esirgemeyen hocam Prof. Dr. Aynur KAZAZ’ a teşekkürlerimi sunuyorum.

ANAHTAR KELİMELER: Cezai sorumluluk, Hukuki sorumluluk, İdari sorumluluk, Vekalet sözleşmesi, Vekilin sorumluluğu.

JÜRİ: Prof. Dr. Aynur KAZAZ

Doç. Dr. İkbâl ERBAŞ

Dr. Öğretim Üyesi İ. Devran ÇELİK

ABSTRACT

THE LEGAL RESPONSIBILITY OF PROXY HOLDER WITHIN THE PREVIEW OF ATTORNEY’S RETAINER IN CONSTRUCTION INDUSTRY IN TURKEY

Orkun ŞAHİN

Master’s Thesis, Department of Civil Engineering

Supervisor: Prof. Dr. Aynur KAZAZ

June 2019; 116 pages

Civil Engineering is considered as the biggest of the founder engineering. Even though it can’t be expected from a construction site manager to be in command of many subjects actively because bath it includes more disciplines than many ather disciplines and also it has many business items, as it will be considered in this work specifically, it is legally expected from him/her. This expectationis not fond, it includes a lot ofpunitive and exectuve sanctions.

Both the economic and physical extend of the business and the complexion of it,requires someone to work overtime acreding his/her capacity. However, the issue that management of the constructionsite should be carried out by only one person comes across us as the result of the necessityof sencronization among the teams, the management of the budget by one person, the necessity of having a specific responsible person, the obligation of having only one respondent against administration subcontractors- land ovwner- working people.

As it is understood easily, the assignee engineer will have a lot of responsibilities inside the construction site because of many reasons. Since analyzing all of those reasons will definitely have a volume exceeding the capacity of this seminar work, the situation will be tried to be explained by sampling, the court of cassation arbitraments about concrete cases wil be introduced to you.

With this chance, I want to thank to my advisor Asst. Prof. Dr. Aynur KAZAZ for bath choosing the topic and for giving her time and her interest during my thesis works.

KEYWORDS: Administrative responsibility, Attorney’sretainer, civil liability, criminal responsibility, Responsibility of Proxy Holder,

COMMITTEE: Prof. Dr. Aynur KAZAZ

Assoc. Prof. Dr. İkbāl ERBAŞ

Asst. Prof. Dr. İ. Devran ÇELİK

ÖNSÖZ

Bu tez konusu, özelde inşaat mühendislerinin genelde de vekalet sözleşmesi ile çalışacak tüm serbest meslek erbaplarının meslek hayatlarında ve hatta sonrasında karşılaşmaları muhtemel yaptırımların belirli hale getirilmesi için seçilmiştir. Esasen hukuki, idari ve cezai sorumluluk türlerin her birisi ayrı ayrı ve kapsamlı çalışma konusudur. Bununla birlikte tezin kapsamı özellikle dar tutulmuş, temel noktalara değinilmiştir. Konunun seçiminde danışmanım olan Sn. Prof. Dr. Aynur KAZAZ'ın teşvikleri ve cesaretlendirmeleri etkili olmuştur.

Hemen herkes, mesleki yaşantısı boyunca meslek mensuplarının özellikle genç mühendislerin, olayın gidişini düşünmeden kendilerini riske atacak şekilde hareket ettiğine birçok kez tanık olmuştur. Özellikle maddi kaygılar imzacılık denilen fiili olgunun doğmasına neden olmuş bizzat ifa edilmesi gereken mühendislik hizmeti hiç ifa edilmeden imza atanın sorumluluğunu doğuracak şekilde evrilmiştir. Bunun yanında bazı kişilerin de kayırma, eksik inceleme, bilgisizlik gibi farklı saik ve nedenlerle işi gereği gibi ifa etmediği halde kendisinin sorumluluğunu doğuracak eylemlere giriştiği herkesçe malumdur.

Mühendislik mesleği kanunun tanıdığı yetki ile belli kişilerin ifa edebileceği mesleklerdendir. İnşaat Mühendisliği ise başlı başına hayatın hemen her alanına nüfuz eden ve yatırımı ile birçok kişiye istihdamın sağlandığı dolayısıyla da bu etki ile beraber birbirinden bağımsız birçok sorumluluğun da doğduğu bir alandır. Diğer birçok dal ile iç içe geçmiş ve bir arada çalışan bu meslek mensuplarının faaliyetleri çerçevesinde mesleki riskler ile karşı karşıya kalması kaçınılmaz olduğundan mesleki risklerin farkında olarak hareket etmesinin önemli olduğu kanaatindeyim.

Çalışma konusu her ne kadar hukuki ise de hukuk bilgisi sektördeki sorunları ve çözüm yollarını anlamak için yeterli değildir. Bu sebeple konunun teknik bir bakış açısıyla ayrıca değerlendirilmesinin ve mühendislerin anlayabileceği örneklerle desteklenmesinin uygun olacağı yönündeki teşvikleri ile tez çalışmasının birçok aşamasına katkısını esirgemeyen danışman hocam Sn. Prof. Dr. Aynur KAZAZ'a ayrıca teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ	iii
AKADEMİK BEYAN	x
KISALTMALAR	xi
ŞEKİLLER DİZİNİ.....	xiii
1. GİRİŞ	1
2. KAYNAK TARAMASI	3
2.1. İnşaat Sektörü.....	5
2.1.1. Dünya’da İnşaat Sektörü	5
2.2.2. Türkiye’de İnşaat Sektörü	11
2.1.2.1. Sektörün Güçlü Yönleri	14
2.1.2.2. Sektörün Zayıf Yönleri	14
2.2. Hukuk Kavramı	15
2.2.1. Genel Olarak.....	15
2.2.2. Hukuk Sistemleri	16
2.2.2.1. Kara Avrupası Hukuk Sistemi	16
2.2.3. Türk Yargı Sistemi	17
2.2.3.1. Yargı Örgütü	17
2.3. Mevzuatın Yorumlanması.....	19
2.3.1. Yorum Çeşitleri	19
2.3.1.1. Yargı Yorumu	19
2.3.1.2. Yasama Yorumu	19
2.3.1.3. Bilimsel Yorum.....	19
2.3.2. Yorum Türleri.....	19
2.3.2.1. Lafzi Yorum.....	19
2.3.2.2. Teleolojik (Amaçsal) Yorum	19
2.3.3. Mevzuat Arasında Hiyerarşi.....	20

2.3.3.1. Lex Superior Degorat Legi Inferiori İlkesi.....	21
2.3.3.2. Lex Posterior Degorat Legi Priori İlkesi.....	21
2.3.3.3. Lex Specialis Degorat Lex Generalis İlkesi	21
2.3.3.4. Abrogata Lege Abrogante Non Reviviscit Lex Abrogata	21
2.3.4. Hukuk Yargılaması- Ceza Yargılaması.....	21
2.3.4.1. Ceza Yargılaması.....	22
2.3.4.2. Hukuk Yargılaması	22
2.3.5. Haksız Fiiller	23
2.3.6. Sebepsiz Zenginleşmeler	23
2.3.7. Vekaletsiz İşgörmeler	23
2.3.8. Sözleşmeden Kaynaklı Borçlar	24
2.4. Şantiye Şefliği	24
2.4.1. Genel Olarak.....	24
2.4.2. Şantiye Şefinin Sorumluluğu.....	25
2.5. Vekalet Sözleşmesi	26
2.5.1. Genel Olarak.....	26
2.5.2. Türk Hukukunda.....	26
2.5.2.1. Tanımı	26
2.5.2.2. Benzer Diğer Sözleşmelerden Farkı	27
2.5.2.3. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları.....	27
2.5.2.4. Vekalet Sözleşmesinin Kapsamı.....	29
2.5.2.5. Vekilin Borçları	29
2.5.2.6. Vekalet Veren Borçları	32
2.5.2.7. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi.....	33
2.5.3. Borçlar Kanunun Vekalet Sözleşmesi Hakkında Uygulanacak Bazı Genel Nitelikli Hükümleri	36
2.5.3.1. Sözleşmenin Yorumu.....	36
2.5.3.2. Aşırı Yararlanma.....	37
2.5.3.3. Yanılma- Aldatma- Korkutma-İrade Bozuklukları.....	37
2.5.3.4. Borçların İfasının Güçsüzlüğü	38

2.5.3.5. Alacaklı Temerrüdü	38
2.5.3.6. Borçların İfa Edilememesi	39
2.5.3.7. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk.....	39
2.5.3.8. Borçlunun Temerrüdü.....	39
2.5.3.9. Borçların Sona Ermesi	39
2.5.3.10. Aşırı İfa Güçlüğü	40
2.6. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Vekalet Sözleşmesi.....	41
2.6.1. Genel Olarak.....	41
2.6.2. Kamu Yararı Unsuru	41
2.6.3. Tüketicinin Sağlık, Güvenlik ve Ekonomik Çıkarlarını Koruma Unsuru.....	42
2.6.4. Tüketici Vekalet Sözleşmesinin Şekli.....	43
2.6.5. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar	44
2.6.6. Vekilin Hizmetten Kaçınmaması.....	45
2.6.6.1. Hizmetten Kaçınmak İçin Haklı Sebep	45
2.6.7. Ayıplı Hizmetler.....	46
2.6.8. Ayıptan Sorumluluk	46
2.6.9. Ayıplı Hizmetin Tazmininde Zamanaşımı	47
2.7. Vekilin Haksız Fiil Sorumluluğu	47
2.7.1. Genel Olarak.....	47
2.7.2. Haksız Fiilin Unsurları	48
2.7.2.1. Zarar Unsuru	48
2.7.2.2. Zarar Verici Hareket Unsuru	48
2.7.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru	48
2.7.2.4. Hukuka Aykırılıkta Teoriler	49
2.7.2.5. Uygun İlliyet Bağı Unsuru.....	49
2.7.2.6. Haksız Fiilde Zarar ve Kusurun İspatı	49
2.7.3. Zararın İndirilmesi.....	51
2.7.4. Haksız Fiillerde Özel Durumlar	52
2.7.5. Haksız Rekabet.....	53

2.7.5.1. TBK Hükümleri	53
2.7.5.2. Türk Ticaret Kanunu Hükümleri	53
2.7.6. Kişilik Haklarının Zedelenmesi.....	55
2.7.7. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu.....	56
2.7.8. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	57
2.8. Muhakeme Usülü	57
2.8.1. Genel Olarak.....	57
2.8.2. Görev	58
2.8.3. Yetki	59
2.9. Vekalet Sözleşmesi İle Çalışan Şantiye Şefinin İdari Sorumluluğu	61
2.9.1. Genel Olarak.....	61
2.9.2. İdarenin Kolluk Görevi ve Yetkisi	61
2.9.3. İdari Yaptırımlar	67
2.9.3.1. Odaların Denetim Yetkisi Ve Görevi	70
2.9.3.2. Odaların Üyeleri Üzerinde Disiplin Cezası Uygulama Yetkisi	73
2.10. Şantiye Şefinin Cezai Sorumluluğu	78
2.10.1. Cezanın Amacı	78
2.10.2. Ceza Hukukunun İlkeleri.....	79
2.10.2.1. Hukuk Devleti İlkesi.....	79
2.10.2.2. Kanunilik İlkesi.....	80
2.10.2.3. Orantılılık İlkesi.....	81
2.10.2.4. İnsanilik İlkesi.....	82
2.10.2.5. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi.....	82
2.10.2.6. Kusur İlkesi.....	82
2.10.2.7. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi.....	83
2.10.2.8. Şüphede Özgürlük Lehine Yorum Yapılır İlkesi	84
2.10.2.9. Karineler İle İspat Olmaz İlkesi.....	84
2.10.3. Ceza Hukukunun Uygulama Alanı.....	85
2.10.4. Suçun Unsurları	86

2.10.4.1. Suçun Kanuni Unsurları (Tipiklik).....	86
2.10.5. Fail.....	87
2.10.5.1. Özgü Suç Kavramı.....	87
2.10.6. Mağdur	88
2.10.7. Suçun Konusu.....	88
2.10.8. Tipikliğin Objektif Unsuru Fiil	88
2.10.8.1. Hareket.....	88
2.10.8.2. Netice	89
2.10.8.3. Nedensellik (İllyet) Bağ.....	89
2.10.9. Hukuka Aykırılık Unsuru	90
2.10.9.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	91
2.10.10. Kusur	93
2.10.10.1. Kusur Yeteneği	93
2.10.10.2. Geçici Nedenler	94
2.10.11. Hata	94
2.10.12. Suçun Subjektif Unsurları	95
2.10.12.1. Kast	96
2.10.13. Kastın Unsurları	96
2.10.13.1. Bilme.....	96
2.10.13.2. İsteme.....	97
2.10.14. Kastın Türleri	97
2.10.14.1. Doğrudan Kast	97
2.10.14.2. Olası kast.....	97
2.10.15. Taksir	98
2.10.15.1. Bilinçli Taksir	99
2.11. Ceza Hukukumuzda Bazı Özel Suç Tipleri	99
2.11.1. TCK Md. 154 – Hakkı Olmayan Yere Tecavüz.....	100
2.11.2. TCK Md. 171 – Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması	101
2.11.3 TCK Md. 176 – İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama ...	102

2.11.4. TCK Md. 178 – İşaret ve Engel Koymama.....	103
2.11.5. TCK Md. 181 – Çevrenin Kasten Kirlenmesi.....	104
2.11.6. TCK Md. 183 – Gürültüye Neden Olma.....	105
2.11.7. TCK Md. 184 – İmar Kirliliğine Neden Olma.....	106
2.11.8. TCK Md. 203 – Mühür Bozma	108
3. BULGULAR VE TARTIŞMA	110
4. SONUÇLAR	113
5. KAYNAKLAR	115
ÖZGEÇMİŞ	



AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türkiye’de İnşaat Sektöründe, Vekalet Sözleşmesi Kapsamında Şantiye Şefinin Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluğu Kapsamında Bir Araştırma” adlı bu çalışmanın, akademik kurallar ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını belirtir, bu tez çalışmasında bana ait olmayan tüm bilgilerin kaynağını gösterdiğimi beyan ederim.

18/06/2019
Orkun ŞAHİN

KISALTMALAR

Kisaltmalar

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BK	Borçlar Kanunu
CD	Ceza Dairesi
HD	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İK	İmar Kanunu
İMO	İnşaat Mühendisleri Odası
İSG	İş Sağlığı ve Güvenliği
İYUK	İdari Yargılama Usûl Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
Md	Madde
No	Numara
Sa	Sayfa
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanını
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMMOB	Türk Mühendis Mimar Odaları Birliği
TMMOBK	Türk Mühendis Mimar Odaları Birliği Kanunu
TOBB	Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu

Vb	Ve benzeri
YDHK	Yapı Denetimi Hakkında Kanun



ŞEKİLLER DİZİNİ

Şekil 2.1. Googleearth programı görüntüsü 13°24'44.89''K- 103°52'1.15''D..... 7



1. GİRİŞ

Bu çalışmada inşaat mühendislerinin vekalet sözleşmesi kapsamında çalışmaları halinde özel hukuk hükümleri, ceza mevzuatımız ile idare hukuku mevzuatı çerçevesinde sorumluluk ve hakları incelenecek sonunda da karar sürecince yönelecekleri tavrın kendilerine olası etkileri irdelenecektir. Tüm bu çalışmalar öncesinde hukuk kavramı, dünyada ve Türkiye’de hukuk düzenleri, özel hukukun Türk hukukundaki işleyişi, temel hukuk prensipleri kısaca açıklanacak ve daha sonra yapılacak olan çalışmalara altlık oluşturulacaktır.

Bu çalışmada pozitif hukuk¹ incelenecek olup ideal hukuk kavramlarına da kısaca değinilecektir. Hukuk felsefesine kısa kısa değinilecekse de bu çalışmanın kapsamını aşacağından tartışmaların pozitif hukuk ekseninde ilerletilmesine özen gösterilecektir.

Mühendislik denilince konunun hep teknik ve hesaba dayalı yönleri akla gelmektedir. Oysa ki mühendisler özellikle de inşaat mühendisleri aldıkları sorumluluklar ile oldukça yüksek sorumluluklar yüklenebilmektedir. Bu sorumlulukların gereğinin yerine getirilememesi salt kariyerlerini etkilememekte alacakları hatalı kararlar mesleki ve sosyal yaşamlarını da etkileyebilecek noktaya götürmektedir. İnşaat mühendisliği alt yapıdan üst yapıya oldukça geniş sektörlerde karar verici ve organizatör rol oynamaktadır. Dolayısıyla bir kişinin kendisini hem ulaştırmada hem de su yapılarında ya da üst yapı projelerinde aynı oranda yetiştirmesi düşünülemez. Bu sebeple işin teknik yanının mesleki olarak tüm yönleriyle öğrenilmesi ve gelişen teknoloji ışığında takibi oldukça zordur.

Bununla birlikte mühendislerin çalışmaları sırasında hak ve sorumluluklarını öğrenmesi imkan dahilindedir. Zira her ne iş yapılsa yapılsın hukuki, cezai ya da idari sorumluluklar prensipte aynıdır. Örneğin vekalet sözleşmesi kapsamında vekil mühendisin ne yaparsa özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olacağı, ne yaparsa işin gereğini yapmış olacağı aynı prensiplere dayanmaktadır. Bunun gibi vekalet sözleşmesi ile çalışan mühendisin ne yaparsa çevrenin taksirle kirletilmesi suçuna sebebiyet vereceği ya da ne yaparsa bu suçtan cezalandırılmayacağını bilmesi için alt yapıda ya da üst yapı projelerinde uzmanlaşmasının getireceği bir fark yoktur.

Özellikle Avrupa Birliği uyum mevzuatları ile birlikte birçok uzmanlık konuları ortaya çıkmış ve çıkmaya devam etmektedir. Bu uyum mevzuatlarının getirdiği yenilikler ve kalite standartları ülke ve halkımız için olumlu iken çalışmaları yürütenler açısından yeni sorumluluklar doğurmaktadır.

Şantiye şefliği için mevzuatımızda bir alt deneyim süresi öngörülmemiştir. Öngörülen sadece belli tahsil şartlarının sağlanmasıdır. Örneğin yeni mezun bir inşaat mühendisi de şantiye şefi olabilmektedir. Hal böyle olunca oldukça yüksek sorumluluk gerektiren bu iş hiçbir teknik ya da yönetim tecrübesi olmayan mühendisler açısından öngörülebilmesi mümkün olmayan sorumluluklara yol açabilecektir.

¹ **Pozitif hukuk** belli bir toplumda ve belli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütünüdür.

Bu tezde vekalet sözleşmesi ile çalışan şantiye şefinin sorumlulukları mümkün olduğunca içtihatlardan da yararlanarak incelemeye çalışılmıştır. Sorumluluklar incelenirken soyut içerikli normlardan yararlanılmaktadır. Özellikle özel hukuka ilişkin kanunlarımız normun içeriğinin doldurulmasını hakimlere bırakmaktadır. Örneğin birçok özel hukuk normunda *“durumun gereğine göre”*, *“hakkaniyet ölçüsünde”*, *“haklı sebeplerin varlığı halinde”* şeklinde örneklendirilebilecek ifadeler mevcuttur. Bu durumda kanun belirtilen hususlarda hakime taktir yetkisi tanımış demektir. Yani kanun bir konuyu soyut nitelikli normunda özellikle tam açıklamamış, vatandaş açısından da neyin nasıl sonuç doğuracağı konusunda mahkeme kararları önemli hale gelmiştir. Bu sebeplerle yüksek mahkeme içtihatlarına mümkün olduğunca yer vermeye çalışılmıştır.

Durum özel hukukta belirtilen şekil deyken idare hukukunda daha da içtihadidir. Zira derli toplu bir idare hukuku mevzuatımız mevcut değildir. Dolayısıyla İdare Mahkemeleri, Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay’ın bazı kararları neredeyse norm düzenleme seviyesindedir. Yargının, yürütme üzerindeki denetim yetkisinden dolayı da yerleşik her bir içtihat bir norm gibi uygulanmaktadır. Özellikle idari mevzuatın uygulanmasına dönük yargı kararları özelde çoğu durumda yönetmeliklere dayandığından içtihat arama motorlarından yeterli istifade edilememektedir. Hukukçular açısından dahi içtihat bulmayı zorlaştıran bu durum, mühendisler için işi daha da işin içinden çıkılmaz hale getirmektedir.

Belirtilen sebeplerle yargı içtihatları ışığında konunun incelenmesi özellikle tez danışmanın Sn. Aynur KAZAZ’ın da talebi ve desteği altında gerçekleşmiştir. Her ne kadar yüksek mahkeme kararı da olsa içtihatlar ilk derece mahkemeleri için bağlayıcı değilse de ülkede yargı ve içtihat birliği olması açısından mahkemelerin yerleşik içtihatlara riayet ettikleri görülmektedir. Bu durum, hukuk güvenliği açısından da gereklidir. Zira en azından kişiler hangi davranışlarının nasıl sonuç doğuracağını öngörebilmekte, hareketlerini hukuk normu içerisinde kalacak şekilde ayarlayabilmektedirler.

Bu konuda meslek odalarına da iş düşmekle beraber odaların teknik konuları daha çok önemsedikleri, hukuki ve idari konulara yabancı kaldıkları odalar ile irtibatı olan herkesin malumudur. Hal böyleyken tez danışmanım olan Sn. Aynur KAZAZ’ın da teşviki ve desteği ile hazırlanmış bu çalışmanın yararlı olacağı, mühendisliğin bir yönüyle hukuki ilişkilerin tatbiki olduğu yönünde de mütevazı bir bakış açısı sunacağı kanaatindeyim.

2. KAYNAK TARAMASI

Kaynak taraması için araştırma süreci konunun disiplinler arası bir çalışma olmasından dolayı derli toplu ve bütünsel kaynak temini bakımından oldukça zorlu geçmiştir. Konu disiplinler arasındır zira hem başta inşaat mühendisliği olmak üzere mühendislik faaliyetlerini ilgilendirmektedir hem de bu faaliyetlerin hukuksal boyutuyla ilgilidir. Hukuksal boyut da hem faaliyet aşamasını hem de faaliyet sonrasında ortaya çıkacak sorumluluklara ilişkin olduğundan oldukça dağınık eserler arasından seçme yapmak gerekmiştir.

Özellikle idare hukukunun içtihadı ve çok geniş yapısı yazılı metin araştırmasını zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte abone olunan içtihat bilgi bankalarının neredeyse tamamı yasalara yönelik olduğundan ve yönetmeliklerden atıf kabul etmediğinden idari sorumluluk üzerinden yapılan araştırmada zorluklar çıkartmıştır. Zaten idare hukuku yapısı gereği Danıştay kararlarından ilham ve işaret alarak geliştiğinden ve tez konusunun birden fazla disiplini ilgilendirmesinden dolayı içtihat temini oldukça zorlu geçmiştir. Bu sebeple de kıyasa elverişli başka kararlar da teze katkı sunmak amacıyla içeriğe dahil edilmiştir.

Yaptırım açısından en geniş yelpazeye sahip etki doğal olarak hukuki sorumluluk yoluyla doğmaktadır. Zira her cezai sorumluluğun hukuki bir karşılığı da olmakla birlikte her hukuki sorumluluk doğuran eylemin cezai bir yaptırımı olduğu söylenemez. Aynı şekilde hemen her idari sorumluluk doğurucu eylemin hukuki bir sonucu da olabilecek iken hukuki yaptırıma tabi her eylemin idari sonucunun olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bu sebeple de literatür taramasında en zengin içerik hukuki sorumluluğun incelenmesinde oluşmuştur.

Hukuki sorumluluğa ilişkin mevzuat da diğerlerinden kapsamlıdır. Hukuki sorumluluğun TBK anlamında genel hali ile özel halleri de olduğundan sonuç kapsamlı olmuştur. İncelemeler sırasında yasa maddesi içeriklerinde karşılaşmış olduğumuz aksaklıklar da tezde irdelenmiştir.

Özellikle gelişen teknolojinin yeni hukuki problemleri de getirdiği tartışmasızdır. Örneğin yapı malzemeleri açısından yaşanan gelişimin diğer anabilim dallarına katkısı ile daha büyük ölçekli projelerin hayata geçirildiği bunun da organizasyon, maliyet, teknik ve hukuki sorunlar başta olmak üzere birçok konuda tedbir alınması gerektiği gerçeği ile hazırlanan bu tezin bir bakış açısı sunacağı kanaatindeyim.

Kütüphane ve web sitesi taramalarında kullandığımız anahtar kelimeler ile genelde konu ile bağlantılı gözükse ancak içerik olarak ilgisiz kaynaklara ulaşılmıştır. Bu sebeple birçok yayının incelenmesi ve içeriğinden ulaşılan kavram üzerinden yola çıkılarak hareket edilmesi gerekmiştir. Bu da yine özellikle idare hukuku kısmında belirtilen içtihatların teminine yaramıştır.

İçtihatların kaynak olarak kabul edilmiş olmasına karşın yenilenen hukuk sitemimizde Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin – özellikle küçük değerli ve az cezaya ilişkin davalarda- kararlarının da yeni içtihat kaynağı oluşturacağı göz önüne alınmalıdır.

Bu durum ülkedeki hukuk birliğinin temini açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Zira yüksek mahkeme kararları diğer davalar için emsal ise de bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olan sadece yüksek mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarıdır. Hal böyleyken düşük değer ve cezaya ilişkin davalarda her bir bölge adliye ve bölge idare mahkemesi ayrı ve birbirinden bağımsız birer içtihat kapısı olacaktır. Doğal olarak tezimizde belirttiğimiz bazı kararlar sonucunda ulaşılan sonuçlar ileriki yıllarda farklı tezahür edebilecektir. Bu sebeple içtihatların objektif ve değişmez değil sübjektif ve zamana hatta yere göre değişebilir kaynakları olması muhtemeldir.

Bu bilgiler ışığında kaynak taraması için öncelikle geçmişte çeşitli yollardan edindiğimiz hukuk ve inşaat bilgimize kaynaklık eden kitap ve dergiler incelenmiş ve konu ile bağlantılı olan ya da olabilecek hususlar elde edilmiştir. Sonrasında ise bu yayınlara kaynaklık etmiş olan yayınlara yönelenilmiştir. Nihai olarak da herkesin elinin altında olan internetten faydalanılmış ve bu mecradaki kaynaklar bir araya getirilerek incelenmiş ve konularına göre tasnif edilmiştir.

Seçilen tez konusu iki farklı disiplinin kesişimi olan spesifik bir konu olması bir yana hukuk alanında vekalet sözleşmesi anlamında incelendiği için daha önceden bu konuda yapılmış bir çalışmaya rastlanılamamıştır. Vekalet sözleşmesi herkesçe tahmin edilenin aksine hayatın her alanında uygulanabilir bir iş görme sözleşmedir. Hem hukuki hem de fiili iş görmeleri kapsar. Birçok şantiye şefi vekalet sözleşmesi ile edimini ifa etse de işveren/ vekalet veren ile olan bağının hangi hukuki mahiyette olduğunun farkında olmadan işini sürdürmektedir. Bu da konunun geçmişte yeterince irdelenmemesinin başka bir sebebi olmuştur.

Elbette ki kaynak taramasında ve tezin yapım aşamasında danışman hocam Sn. Aynur KAZAZ' ın yönlendirme ve işaret ettiği hususlar görmezden gelinemez. Kendisi ile yapılan görüşmelerde hangi soruna eğilinmesi gerektiği yönünde orijinal fikirler ortaya çıkmış ve bu sorunların takibi ile farklı kaynaklar incelenmiştir. Özellikle Tüketici Hukuku açısından yapılan incelemede TKHK'un vekalet sözleşmesine uygulanamayacak hükümler içerdiği mevcut haliyle serbest inşaat mühendislerini olduğu kadar tüm serbest meslek erbaplarını sıkıntıya sokacak nitelikte düzenlemeler olduğu görülebilmektedir. Üstelik bu maddeler tezde ileri sürdüğümüz bakış açısı ile şimdiye dek incelenmemiştir.

Konunun her iki disiplini birden ilgilendirmesi kapsamlı bir araştırmayı, iki disiplinin kesişiminden ibaret olması da kapsamlı araştırma sonucunda edinilen bilgilerin birçoğunun elenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu sebeple elde edilen veriler, taranan kaynakların oldukça küçük bir kısmıdır. Bu da oldukça meşakkatli bir inceleme dönemi anlamına gelmektedir.

Özellikle ilk çağlardan itibaren inşaat işlerinin gelişim sürecinin özetlenmesi sırasında iktisat tarihi, siyasi tarih, sosyal antropoloji ve mimarlık tarihi gibi kaynakların incelenmesi ve doğal olarak her iki konunun da dışında alanların kapsama dahil edilmesi gerekmektedir.

2.1. İnşaat Sektörü

2.1.1. Dünya’da İnşaat Sektörü

İnsanlar ilk çağlardan itibaren yaşamlarını devam ettirebilmek için mücadele etmişlerdir. Bu mücadele sırasında da bazen iktisadi davranarak kıt kaynakların verimli kullanılması için hayatlarını çevresel şartlara uydurmayı denemişler bazen de doğaya ya da olası düşmanlara kafa tutarak oldukça gösterişli yapılar inşa etmişlerdir. Bunu ilk zamanlarda plansız ve doğaçlama yoluyla yapmayı deneyen insanoğlu zamanla hareketlerini planlı ve programlı uygulamanın avantajlarını keşfetmiş, takvimler oluşturmuş, yapılarını inşa ederken ihtiyaçları karşılayacak şekilde hareket etmiştir.

İnsanlığın ilk zamanlarında dünyanın farklı yerlerinde farklı gelişmişlik mevcut değildi. Nüfusun artması doğal kaynakların daha verimli kullanılmasını ve planlama ile uzmanlaşma ihtiyacını doğurmuştur. Zira kaynaklar sınırlı ise de bunların daha planlı kullanılarak bu kaynaklardan daha verimli yararlanmak her zaman mümkündür. M.Ö. 10.000 yıllarında dünya nüfusunun 5-10 Milyon civarı olduğu ve insanların avcılık ile toplayıcılıktan yararlanarak ulaşabileceği en yüksek nüfusun 20 Milyon olduğu tahmin edilmektedir. Bu sınırın aşılması ise Tarım Devrimi ile mümkün olmuştur.² Nüfus artışı ve kaynakların azalması branşlaşmayı getirmiştir.

Göçebe yaşam tarzında sadece cinsiyete dayalı iş bölümü var iken, insanların yerleşik hayata geçmeleri uzmanlaşmaya ve cinsiyete dayalı iş bölümüne yol vermiştir. Hayat standartları geliştikçe ve yerleşik hayata geçildikçe insanların kendilerine ayıracakları zaman artmış bu da hem altyapı hem de üst yapı çalışmalarına yönelmelerini sağlamıştır. Yerleşik hayat merkezi yerleşim yerlerinin büyümesine, bu da salgın hastalıklara yol açmıştır. İlk toplumlarda ortalama ömür 25 yıl olarak belirtilmektedir.³

Planlı hareket etmek demek çevrenin toprak yapısı ve toprak miktarı, iklimi ve topografyası, su kaynaklarına olan mesafesi, bir güzergâh üzerinde bulunup bulunmadığı gibi çevresel şartlar olduğu kadar, insanların göçebe ya da kalıcı bir hayat yaşayıp yaşamadığı gibi hususların dikkate alınarak kaynakların verimli kullanılması anlamındadır. Sayılan bu unsurlar inşa edilen yapıların da karakterini ortaya çıkartmaktadır.

Elbette ki inşa edilen yapılar sadece günlük ihtiyaçları karşılamak için değildir. İnsanoğlu öbür dünyadaki yaşamlarını da düşünerek ibadet ya da sunak amaçlı yapılar da inşa etmiş, kendi tanrılarına bağlılıklarını ifade edebilmek için oldukça gösterişli eserler de meydana çıkartmıştır. Örneğin M.Ö. 8000 yılında dahi Eriha bölgesinde⁴ insanların branşlaşma yöneldiği, tüm halkın üretici olmadığı, bazı kişilerin din adamı ya da savaşçı olarak görev aldığı bilinmektedir.⁵

İşte bu branşlaşma ve uzmanlaşma zamanla teknik ilerlemeyi de getirmiştir. Bir kişinin sadece bir işle uğraşması sonucunda herhangi bir alanda ilerleme kaçınılmazdır.

² GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 10 s.

³ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 16 s.

⁴ Batı Şeria’da korunaklı bir alana kurulmuş bir yerleşim. Yüksekliği bazı noktalarda 3,5 m kadar olan kalın taş duvarlarla koruma altına alınmış bir şehir.

⁵ BRIDGE, Nicole. 2017, Mimarlık 101, Say Yayınları, İstanbul, 12 s.

Gelişen teknik ile doğu höyüğü M.Ö. 7400 ve 6200, batı höyüğü ise M.Ö. 6200-5200 Yılları arasında Çatalhöyük'te kurulduğu anlaşılan yerleşim keşfedildiğinde şehrin 14 Ha'dan daha geniş bir alana yayıldığı, oldukça gelişmiş bir şehir olduğu anlaşılmaktaydı. Buluntular kerpiç tuğla ve ahşap ile inşa edilmiş binlerce konuttan oluşan, sokakları ve surları olmayan bir şehir olduğunu göstermekteydi. Evler bitişik nizamda inşa edilmiş ve evlerin duvarları sur duvarı olarak kullanılmıştı.⁶ Burada o zamanın mühendislerinin iktisadi ve planlı hareket ettiğini, savaş zamanları için ayrıca bir önlem almadan ve masraf yapmadan sur ihtiyaçlarını binaların dış cephesinden karşılamayı amaçladıklarını görmekteyiz.

Dünyanın başka bir bölgesinde ise M.Ö. 4000 yılına tarihlenen Fransa'daki Bretonya ve MÖ. 3100- 1500 yıllarına tarihlenen Stonehenge'de insanların astronomik gözlemlerde bulunmak ya da gökyüzü hareketlerini inşa edilen yapıların dizilim ve şeklinde aktarmak amaçlı hareket ettikleri görülmektedir. Her biri 4 ton- 50 ton olan kaya parçaları ile inşa edilen ve kayaların orjininin anlaşılamadığı bu yapılar için insanların sarf ettikleri emek dikkate değerdir. Bu kadar emek sonrasında elde ettikleri ise geleceğe yönelik tahminlerde bulunmak üzere astronomik gözlemlerdir.

Yine Asya'ya döndüğünde M.Ö. 3300- 2000 yıllarına gelindiğinde Irak'ın güneyindeki Ur şehrinde insanların Fırat üzerinde limanlar inşa ettiği ve ticaret yaptığı görülmektedir. O günün mühendisleri bölgesel ihtiyaçlara ve hammaddeye göre kerpiç tuğlalar ve kamış çatılardan konut üretmişlerdir. İnsanlar için bölgesel malzemeler kullanıldığı ancak yeryüzü ile gökyüzü arasında bağlantı olarak gördükleri mabetleri Zigguratlar için ise güçlendirilmiş tuğladan tapınaklar inşa etmişlerdi. Zamanla bir platformun üzerine başkasının inşa edildiği ve kulenin tanrıların kulesine kadar yükseltilmesi amaçlanmış, böylece tanrıların kuleden inerek halka refah getireceğine inanılmıştı. Mezopotamya bölgesinde binaların inşası için gerekli taş kıt olduğundan bakır kullanımı bazı detaylarda ithal taşla daha karlıydı. Sümer şehirlerinde ise sosyal yapıda hiyerarşi görülmekteydi. M.Ö. 3000'li yıllara gelindiğinde din adamları, tüccarlar, köleler, kiracı çiftçiler gibi mühendislik ve mimarlık gibi meslekler de doğmuştur.⁷

Çin ise Konfüçyüs öğretilerine dayalı yaşam biçimi ile tarım alanında sofistike teknikler geliştirerek kalabalık nüfusları doyurabilmeyi başarmıştır. Denizler ve ırmaklardan yararlanılan ve birbiri ile entegre bir ulaşım ağı ile ürünleri iç pazarlara kadar ulaştırmıştır. 13. Yüzyılda Hangzou nüfusu 7 milyona ulaşmıştır. Bu büyüklükte bir nüfusun o dönem şehirlerinde hastalık yaymadan, temel ihtiyaçları karşılanarak barındırılabilmesi bile o dönem tekniği hakkında fikir vermektedir. Ne var ki nüfus hızla artıp işçilik ücretleri düşünce yeni makinaların icadı gereksiz hale gelmiş ve Çin tekniği gerilemiştir. 13. Yüzyılda Avrupa'nın çok ilerisinde bir tekniğe sahip olan ve tekniği ancak İslam devleti ile kıyaslanabilecek olan Çin, 1884 Yılında Fransa'nın Vietnam'ı ele geçirmek amaçlı saldırısının ilk dakikası içinde amiral gemisini, bir saatten az sürede de donanmasının tümünü kaybetmiştir. Bu batılı teknik bir ülke için ülkesinden bu kadar uzakta muazzam bir zafer iken, burnunun dibinde 1 saatten kısa sürede savaş kaybeden Çin için ise utanç olmuş, bilim ve tekniğin büyük farkını ortaya koymuştur.⁸

⁶ BRIDGE, Nicole. 2017, Mimarlık 101, Say Yayınları, İstanbul, 14 s.

⁷ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 20 s.

⁸ PARASIZ, İlker, 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi Kitabevi, Bursa, 16 s.

Babil ise aynı amaçla farklı tanrı olan Marduk'a ünlü Babil kulesini inşa etmek gayretindeydi. Meşhur Kral Hammurabi'nin de yönettiği bu krallık tuğlaların sırlanarak suya karşı dayanıklılığının arttırılması tekniğini bulmuştur.⁹ Babil şehrinin özenli bir şekilde tasarlanması, şehir plancılığının ilk örneklerinden olması ününü arttırmıştır.

Mısır'da Mezopotamya'daki gibi özel mülkiyet olmayıp Firavun tüm toprakların sahibiydi.¹⁰ Bu sebeple de inşa edilen her şey firavun için inşa edilmekteydi. M.Ö. 3100 yıllarında Mısır'ın erken hanedanlık dönemi incelendiğinde bu medeniyetin tabiatın dizilerini sıkı takip ettiği anlaşılmaktadır. Hayatı etkileyen tüm döngüler dikkatlice incelenmiş ve buna ilişkin önlemler alınmaya çalışılmıştır. Yaptıkları ölçümler de inşa ettikleri yapıların dizilimine ya da geometrisine yansımıştır. Piramit inşası gerek teknik, gerek lojistik, gerekse organizasyon açısından tam bir planlama şaheseridir. Keops piramidinin alanının 53.056,00 m² ve temel bütününde 2,5 cm'lik fark olduğu düşünüldüğünde hesaplamaların ve sahaya uygulamanın başarısı görülmektedir. Bölgesel olamayan kayaların inşa sahasına taşınması, çağdaş iş makinaları olmadan yerleştirilmeleri, çalışanların ihtiyaçlarının karşılanması gibi faaliyetler incelendiğinde – Her ne kadar çalışanların hayati değerlerinin önemsenmediği de düşünülse- mühendislik ve şantiye yönetimi açısından incelenmeye değerdir.

Doğuda Hindistan'da ise Harappa uygarlığı göze çarpmaktadır. Burada da dinsel amaçlı inşa edilmiş Angkor Wat tapınağının tasarımını dinsel inaçlar şekillendirmiştir. Hindu inancına göre öte dünyadaki ruhlar doğuya değil batıya geçiş yaptıklarından tapınak batıya dönük inşa edilmiştir.



Şekil 2.1. Googleearth programı görüntüsü 13°24'44.89"K- 103°52'1.15"D ¹¹

Yukarıda Angkor Wat tapınağının Googleearth görüntüsü verilmiştir. Tapınak girişi batıyı göstermektedir.

Antik çağın en organize inşa toplumu olan Roma ise gerek Cloaca Maxima gibi antik su yolu ve kanalizasyon sistemidir. Roma mühendislerin bu yapıyı bölgenin

⁹ BRIDGE, Nicole. 2017, Mimarlık 101, Say Yayınları, İstanbul, 24 s.

¹⁰ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 22 s.

¹¹ Googleearth programı görüntüsü 13°24'44.89"K- 103°52'1.15"D, 15.05.2019 Tarihli görüntü

sineklerden arındırılması ve sineklerin taşıdığı hastalıkların bertarafı için tasarlayıp inşa ettiği belirtilmektedir¹². Kemerlerinin yüksekliği bazı noktalarda 49 m'yi bulan bu sistem (Yapı değil bir sistemdir) o zaman için mühendislik harikası sayılmaktadır. Romalılar yapı malzemesi alanında da taşın alternatif olabilecek olan ve volkanik maden yataklarından elde ettikleri silisyumlu volkanik külü kullanarak puzalan ile elde edilen kireç, moloz ve su karışımı ile beton benzeri malzemeyi elde etmişler, üzerini de mermer ya da mozaik ile kaplamışlardı. Roma'ya inşa malzemeleri Mısır, Anadolu ve Yunanistan'dan gelmekteydi. Roma'da önemli sanayi kolu inşaatlarda kullanılan taş ocaklarıydı. İnsan faaliyetlerinin çoğu alanında başarılı olan Roma devleti icatlar söz konusu olduğunda geri kalmıştı. Romalı mühendisler maharetlerini daha çok dev yapılarda göstermiştir¹³.

Romalılar tarafından inşa edilen dev yapıların inşa sebebi sadece dinsel amaçlı değildi. Halkın ihtiyacı için tiyatrolar, stadyumlar, arenalar da inşa etmişlerdi. Bu yapılardan en meşhuru ise filmlere konu olan Kolezyum benzeri yapılarda ve tiyatrolarında akustiğin yansıma ve yutma prensiplerini oldukça etkili kullanmışlardır. Roma, nüfusunun yol açacağı kaos ve sosyolojik sorunları önleme amacıyla gladyatör dövüşlerini ortaya çıkartmış ve bitmeyen olimpiyat sürecini başlatmış bu amacını da dev yapılarıyla gerçekleştirmiştir¹⁴.

Fenikeliler ise artan ticari faaliyetleri sonunda M.Ö. 800- 500 yıllarında uluslararası ticaret ve parayı aktif kullanmanın yanında sınırlı sorumlu şirketlerin ilkel halini de keşfetmişlerdir. Bu dönemde bazı şehirler öne çıkmış ve buralarda kanalizasyon sistemleri, çeşmeler, stadyumlar, hamamlar vb. inşa edilmiş, kiremit çatılı konutlar, bacalı büyük evler küvet gibi icatlar bu dönemde gelişmiştir¹⁵.

Coğrafya ve yaşam şartlarının yapıların fonksiyonelliğine yön vermesine en iyi örneklerden birisi Japon tasarımlarıdır. Evler hafif konstrüktif malzeme ile (Ahşap örgü duvar) inşa edilmiş, hava dolaşımı için evler zeminden yukarıda inşa edilmiş, esinti sağlanması için aksiyel dizilimde kayar kapılar tasarlanmıştır. Diğer örnek ise Kuzey Amerika Yerlilerinin üçgen görünümlü çadırlarıdır. Göçebe yaşayan kabileler az zaiyatla ve çabuk kurulup sökülebilen, kolay taşınan bir üslup kullanmaktaydı. Bir demet sırıgın koni şeklinde birbirine çatılması ve çevresinin de bizon derisi ile kaplanması ile inşa edilebiliyordu. Sert rüzgarlarda çubukların alanı genişletilerek yassı bir görünüm ile daha düz hale getirilebilmekteydi.

Bina tasarımında olduğu kadar şehir tasarımında da sosyolojik ihtiyaçlar öne çıkmıştır. Örneğin 3. Napolyon'un baş mimarı eski dar sokaklı ve muhalefetin örgütlenmesine ve savaşmasına kolaylık sağlayan yapıyı geniş meydanlara açık alanlara dönüştürmüştür.¹⁶

Dünya toplumları moderniteye geçtikçe sanayi toplumu olmaya başlamaktadır. Bu moderniteyi, tekniği ve planlamayı yakalamakta geç kalan ülkeler ne kadar büyük olursa olsunlar bir yerde emperyalizmin etkisi ile istila edilmiştir. 18. Yüzyılda

¹² BRIDGE, Nicole. 2017, Mimarlık 101, Say Yayınları, İstanbul, 53 s.

¹³ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 31 s.

¹⁴ PARASIZ, İlker, 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi Kitabevi, Bursa, 26 s.

¹⁵ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 25 s.

¹⁶ PARASIZ, İlker, 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi Kitabevi, Bursa, 41 s.

bölgesinde etkili sayılabilecek olan Çin'e Kral III. George' nin emriyle teleskop, saat, barometre, yaylı araba, hava tabancası gibi hediyeler ile gelen ticaret heyeti 4 ay uğraştıktan sonra İmparatorun huzuruna çıkabilmiştir. Sonrasında imparator, Kralı tersleyen bir mektup yazarak heyeti geri göndermiş sonrasında ise 1. Afyon savaşı ile başlayan süreçte ülkesinin işgalini izlemiştir¹⁷.

Aynı muamele Japonya'ya da yapılmış aşırı içe kapanık olan Japon halkına yönelik olarak 1853 Yılında Komodor Perry, 4 savaş gemisi ile Japon limanlarının ticarete açılmasını istemiş ve 1 yıl süre tanımıştır. Süre sonunda bu sefer 10 gemiyle gelen güce karşı Japonlar boyun eğmişlerdir. Bundan sonra tam 20 Yılda Japonlar olağanüstü bir enerji ile batının tecrübesinden yararlanarak fabrikalarının muadillerini inşa etmiş ve kendi burjuvazisini yaratmıştır. O kadar hızlı ilerlemelerine rağmen sanki uzun süredir bu teknoloji ile haşır neşirmiş gibi de geldikleri noktayı içselleştirmişlerdir¹⁸.

Teknoloji bir yerde ne kadar ani şekilde gelişirse o yerdeki şehirleşme o kadar hızlı ve ani gelişmiş, ne kadar içselleştirilerek ve sindirilerek gelişirse şehirlerdeki gelişme daha yavaş gerçekleşmiştir. Hızlı gelişim Doğu Asya'nın şehirlerinde görülmektedir. Bina gabarilerinin ve yapılaşmanın kesin kurallara bağlı olduğu Batı şehirlerinde ise gelişim daha sakindir. Batı şehirlerinde bir ya da birkaç merkez etrafında yavaş gerçekleşen inşa süreci, Asya şehirlerinde sıkıştırılmış enerjinin boşalması gibi bir anda yıkılıp yenisinin yapılması ile sonuçlanmaktadır. Londra'nın 1 Milyondan 8 Milyona çıkması 130 sene almış iken bu skor Bangkok'ta 45 sene, Seul'de ise 25 sene almıştır¹⁹.

Teknolojinin gelişmesi yapıların ve şehirlerin de değişmesine hatta yönetim sistemlerinin değişmesine dahi yol açmaktadır. Örneğin üzengi bulunduğu için şövalyelik teşkilatı bulunmuş, ²⁰ bu sayede çok merkezli feodal yapı oluştuğu için dağınık olarak kaleler inşa edilmiş, sonrasında 1453'te İstanbul'un fethinde kullanılan top sayesinde kalelerin önemi azalmış ve feodal yapı yerini merkezi krallıklara bırakılmış bu sayede de şehirlerin dizaynı değişmiştir. Aynı şekilde pusulanın önem kazanması ile uzun menzilli yolculuklar mümkün olmuş, yeni ve farklı amaca hizmet eden limanlar inşa edilmesi gerekmiştir. Sadece pusulanın keşfi sayesinde bile liman gibi büyük yatırımlara ihtiyaç duyulmuştur.

Aynı şekilde sosyolojik gelişmeler de şehirleşmede değişiklikler getirmiştir. Fransız devrimi sonrasında burjuvazinin yükselmesi topraktan kazancın yerini ticarete bırakmış ve soyluların yerini burjuvazi almıştır. Hele hele Hollanda'nın icat ettiği anonim şirketler sayesinde ticari yapıya alt yapı oluşturacak şekilde şehirlerin gelişimine yön verildiği görülmektedir. Bu sayede insanlar feodallerin güdümündeki köylerden daha bağımsız hareket edebileceklerini düşündükleri şehirlere göç etmiş bu da karmaşık ihtiyaçlara farklı çözümler üretilmesine yol açmıştır.

Şehirleşme düzenli bir şekilde gerçekleştiğinde, altyapı hizmetleri kişilere kadar erişilebilir olmuş, bina standartları yükselmiş, ölümlerin gelişigüzel gömülmesi engellenmiş, bebek ölümleri azalmış ve sonucunda da nüfus artmıştır. Sanayi devrimi,

¹⁷ PARASIZ, İlker, 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi Kitabevi, Bursa, 13 s.

¹⁸ SANDER, Oral, 2015, Siyasi Tarih, İmge Kitabevi, Ankara, 277 s.

¹⁹ PARASIZ, İlker, 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi Kitabevi, Bursa, 26 s.

²⁰ SANDER, Oral, 2015, Siyasi Tarih, İmge Kitabevi, Ankara, 72 s.

nüfusun şehirlerde toplanması sonucunu doğurmuş bu da alt yapı hizmetlerini inşa etmenin, dağınık köylere kıyasla daha avantajlı hale gelmesini sağlamıştır. Şehirlerin nüfusunun artmasını engelleyen temel etken şehir nüfusunun ihtiyaçlarının karşılanmasındaki zorluklardı. Sanayi devrimi ile buhar gücü fabrikalar inşa edilmesine yol açmış, bu da iş gücünün belli noktalarda birikmesine neden olmuştur.

Fransız ihtilali, sonrasında bedava eğitim fikrini empoze etmiş, eğitimin yayılmasına yol açmış, temel mühendisliklerin doğmasını sağlamıştır²¹. Yeni teknikler sanayileşmeyi tetiklemiş, hammaddeye ve enerjiye yakın yerlerde daha yoğun işe de pazara ulaştırmak için yollar, köprüler ve limanlar inşa edilmesi gerekmiştir. İngiltere’de bu ihtiyaçların karşılanması için tamamen özel teşebbüs ile 1914 yılına kadar 32.623 km demiryolu inşa edilmiştir²².

Gelişen teknik, yeni limanlar ve yolların yanı sıra Panama ve Süveyş kanalı gibi doğal engellerin aşılmasını sağlamıştı. Süveyş Kanalı ile İngiltere – Bombay arası mesafe 4.443 Mil kısalmıştır.

Teknolojik her yenilik yeni bir uzmanlık alanı meydana gelmesine yol açmıştır. 19. Yüzyıla kadar icatlar esnaf ya da yatırımcılar tarafından geliştirilmekte iken geline aşamada teori ve pratiğin bir araya getirildiği mühendislik okullarınca yürütülmeye başlanmıştır. Bu sayede de birbirine ilgisiz duran disiplinler diğerinin gelişimini tetiklemiştir. Kimya alanında yapılan bir buluş inşaat sektörüne, inşaat alanında yapılan bir yenilik elektrik sektörüne katkı sağlamaya başlamış ve teknoloji hiç olmadığı kadar hızlı şekilde gelişmiştir.

Kadim tarihten bu yana insanların temel ihtiyaçlarının giderilmesinde başrol oynayan inşaat mühendisliği, malzeme ve tekniği en uygun maliyetle bir araya getiren, yapıların plan, proje, yapım ve denetlenmesiyle uğraşan temel mühendislik dalıdır. Bu disiplin ile ilgili olarak 1747 yılında Fransa’da Köprü ve Karayolları Ulusal Okulu kurulmuştur²³. Bu okul ile başlayan inşaat mühendisliği eğitimi önceleri sadece askeri amaçlı iken sonradan sivillere dönük de eğitim vermeye başlamıştır.

1828 yılında, inşaat mühendisliği resmen bir meslek olarak tanınmış ve “Hem iç hem dış ticaret için; dahili etkileşim ve alışveriş için yol, köprü, kanal, ırmak taşıması ve iskelelerin inşasının uygulamasında; liman, rıhtım, dalgakıran, deniz fenerlerinin inşasında; ticaret amacıyla yapay güç ile dolaşım sanatında; ve makinaların uygulama ve inşasında; ve şehir ve kasabaların drenajında; ülkelerde üretim ve ulaşımın araçları olarak, doğanın büyük güç kaynaklarını insanın kullanımı ve faydasına yönlendirme sanatıdır.” şeklinde tanımlanmıştır. Tanıma dikkat edildiğinde hem makine hem de gemi inşa gibi disiplinleri de içerisinde barındırdığı görülmektedir.

Gelişen teknoloji kaynakların özenli kullanılmasını, teknik ve mali hesapların daha kesin yapılmasını, uygulamanın da birden fazla kontrol mekanizması içerisinde birbirlerinin denetleyecek şekilde yapılmasını gerektirmektedir. İnsanlığın başlangıcından itibaren geldiği nokta ihtisaslaşmanın kaliteyi ve verimi arttırdığı gerçeği

²¹ GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 184 s.

²² GÜRAN, Tevfik, 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul, 185 s.

²³ ORTA, Selen, Dünyada ve Türkiye’de İnşaat Mühendisliği Eğitimi, http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/18103_54_25.pdf, 206 sa.

ile yüzleşmesidir. Bu çerçevede her şantiyenin birbirinden farklı olduğu ve hiçbir işin seri üretim gibi olmadığı gözetildiğinde şantiye şefinin deneme yanılma gibi bir şansının olmadığı, kararlarında öngörülü hareket etmesi gerektiği aksi taktirde bunun hukuki, idari ve cezai sonuçlarının kaçınılmaz olacağı muhakkaktır. Bu sebeple şantiye şeflerinin karşılaşması muhtemel müeyyideler bu çalışmada irdelenecektir.

Dünyada gelişimin ana eksenini kaçınılmaz olarak “inşaat” ya da inşaatın içerisinde olduğu ekonomik faaliyetler oluşturmaktadır. Barajlar, enerji üretim tesisleri, yollar, havaalanları, kentsel mekânlar, fabrikalar, hastaneler ve diğer tüm yaşamsal mekânlar ile o mekânları yaşanılır kılabilecek tüm altyapının ilk adımı “inşaat” ile atılmaktadır. Güncel bir örnek verecek olursak ABD Başkanlık seçimlerini kazanan Donald Trump, ABD de ekonominin genişlemesi için seçim boyunca kamu yatırımlarını arttıracığını bunun da inşaat eksenli olacağını belirtmiş ve yorumlara bakılırsa galibiyetinin büyük sebebi de bu söylem olmuştur.

İngiltere’de yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, ortalama yeni bir evde 150 farklı meslek kolunu ilgilendiren 23.000 parça bulunmaktadır. Hiçbir ekonomik faaliyetin bu kadar çok doğrudan ya da dolaylı etki doğurma gücü olmadığı dikkate alındığında sektörün itici gücünün, gelişmekte olan ülkeler için vazgeçilemez değeri daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

İnşaat sektörünün gelişmesinde hükümet politikalarının, uluslararası kredi kuruluşlarının, politika ve ekonomiyi etkileyen kararlarının doğrudan etkisi bulunmaktadır. Bu sebeple dünyada hükümetler sadece Merkez Bankalarındaki enstrümanlar aracılığıyla değil destek politikalarıyla da ekonomiyi canlandırmaya çalışmaktadır. Bu sebeple de desteğin tüm ekonomiye yayılmasının en kolay yolunun daha fazla alt kola etki edecek olan sektörleri –başta inşaat sektörü- desteklemek olacağı açıktır.

2.2.2. Türkiye’de İnşaat Sektörü

Ülkemizde inşaat mühendisliği eğitiminin 1727 yılında Damat İbrahim Paşa zamanında kurulan Humbarahane ile başladığı kabul edilebilir ise de burada inşaat mühendisliği eğitimi değil inşaat mühendisliğini ilgilendiren konuların da içerisinde olduğu eğitim verilmiştir. Aynı şekilde 1734 yılında Topal Osman Paşa’nın sadrazamlığı sırasında Üsküdar’da açılan Hendesehane’de²⁴ de inşaat mühendisliğine ait dersler okutulmuştur. Sonrasında Gazi Hasan Paşa’nın teklifi ile III. Mustafa 1773 yılında gemi inşaat mühendisleri yetiştiren Mühendishane-i Bahri-i Humayun’ u açtırmıştır. 1768’de başlayan Rus savaşında Osmanlı ordusunun teknik açıdan zafiyet içinde olduğu fark edildiğinden bu okul açılmıştır.²⁵ Daha sonra ise istihkâm ve hendese üzere kale inşası ve kara askerliğiyle ilgili savaş bilimlerinin öğretilmesi için Mühendishâne-i Berrî’ de ihdas edilerek iki mühendishânenin eğitimi ve hoca kadrosu birbirinden ayrılmıştır. “*Mühendis lâzım değildir*” diyerek Mühendishâne-i Berrî’de bazı hocaların işten çıkarıldığı bir dönem geçirildikten ve Yeniçeri Ocağı’nın ilgasından sonra şimdiki Deniz Harb Okulunun temelini atmıştır.

²⁴ Mühendis kelimesinin kökü olan hendese kelimesi TDK sözlüğünde geometri olarak karşılık bulmaktadır. Yani mühendis kelimesi geometri bilen anlamında kullanılmıştır.

²⁵ Web kaynağı: <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhendishane-i-bahri-i-humayun>

Mühendishâne-i Berrî’de, Mühendishâne-i Bahrî’de olduğu gibi yabancı hocalar çalıştırılmamıştır. Okulda coğrafya, arazi ölçümü, harita çıkarma, lağımıcılık ve müstahkem binalar inşası, çağdaş askerlik tertibi, isabetli ve seri top atıcılığı, yüksek matematik bilgisine dayanan koni kesitleri, diferansiyel hesap, integral hesap, mekanik ve astronomi gibi dersler okutulmuştur ²⁶.

Başlarda dışarıda olduğu şekliyle askeri ihtiyaçların karşılanması için kurulan bu okullar ülkemizde de sivil muadillerinin kurulması ile devam etmiştir. 1883 de Gümüşsuyu’nda bir sivil mühendislik okulu Hendeseyi Mülkiye Mektebi adıyla açılmış, sonrasında 1944 de adı İstanbul Teknik Üniversitesi olarak değiştirilmiştir. Bu tarihten sonra da ülkemizde yerleşik bir bilim dalı olarak okutulmaktadır.

Bu daldan yetişen mühendisler ise küçük olsun, büyük olsun şantiyelerde görev alarak milyonlarca hatta milyarlarca dolarlık bütçeleri yönetir olmuş, sanayi geliştikçe sermayedarların yöneticilik faaliyetlerinin yerini profesyonel yöneticilik kavramı almıştır. Bu durum şirketin mülkiyet sahibi ile yöneticisinin farklı kişiler olmasını gerektirmiş yönetim maaşlı yöneticilerin eline geçmiştir. Şirketi yönetenin sahibinden farklı bir kişi olması daha kaliteli yönetici arayışı sonucunu doğurmaktadır. Daha kaliteli yöneticinin anlamı ise şirketin sahibine daha fazla kazandıran yöneticidir. Şirketin daha fazla kazanması ise organizasyonun daha verimli ve daha planlı yönetilmesidir.

Türkiye ekonomisi açısından geçtiğimiz yılın gündem maddeleri; TL'deki hızlı değer kaybı, işsizlik oranında artış, enflasyon artışı, ihracat rakamlarının TL'deki değer kaybına rağmen beklenen düzeyde artmaması, hane halklarının yüksek borç sorunu, FED faiz artış sürecinin ekonomi üzerinde olası etkileri ve bu süreçte TCMB' nin nasıl bir yol haritası çizeceği, jeopolitik gelişmelerin Türkiye ekonomisi üzerindeki yansımaları olmuştur. Hükümet tarafından hazırlanan Eylem Planı'nın temel çerçevesinde "verimlilik" vurgusu yapılmakta; bu kapsamda sürdürülebilir ve kapsayıcı büyüme politikaları ile işgücünün eğitimi ve geliştirilmesi, genç işsizliğin düşürülmesi, temel düzenlemelerle yatırım ortamının iyileştirilmesi unsurları üzerinde durulmaktadır. Türkiye'nin ihtiyaç duyduğu yapısal reformların sadece "verimlilik artışı" temelinde değil, daha geniş kapsamlı bir sosyal ve ekonomik reform temelinde kurgulanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu kapsamda, 2001 krizinden sonra başarıyla hayata geçirilen bankacılık sektörü reformunun ve mali yapının güçlendirilmesinin reel sektör için de uygulanmasının önemi, kurumların ve kurum politikalarının bağımsızlaştırılması, vergi sisteminin gelişmiş ülkelerde olduğu gibi dolaylı vergilerle gelir ve kurumlar vergisi gibi dolaysız vergiler arasında dengeli ağırlıkları içeren bir yapıya dönüştürülmesi gibi unsurlar önem taşımaktadır.

Türk müteahhitlik sektörü bu noktada dünyanın en büyük müteahhitlik firmalarına sahip olması açısından Çin'den sonra ikinci sırada yer almaktadır.²⁷ Müteahhitlik hizmetlerinde gösterilen dünya çapındaki başarılarına karşılık, müşavirlik hizmetleri konusunda yeterli bir seviyenin yakalanamadığı görülmektedir. ENR dergisince yayımlanmış verilerin derlenmesinde yayımladığı ilk 225 firma verilerine göre, 2014 yılında uluslararası ölçekte rekabet edebilen 42 tane yerli müteahhit firması varken aynı

²⁶ Web kaynağı: <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhendishane-i-berri-i-humayun>

²⁷ <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2018/01/sektorel-bakis-2018-insaat.pdf> [Son Erişim Tarihi :20.04.2019]

yıl uluslararası ölçekte listede sadece 5 Türk müşavirlik firması bulunmaktadır²⁸. Dolayısıyla teknik müşavirlik firmalarımızın batı ülkeleri ile Japo ve Çin gibi ülkelerin firmalarının ölçüsünde iş alamadıkları görülmektedir. Türk inşaat sektörü 1945 yılında meydana gelen II. Dünya savaşı sonrasında gelişme göstermeye başlamıştır. 1950-1970 yılları arasında Amerikan hükümeti ve diğer hükümetlerden gelen destekler sonucu büyümesini hızlandırmıştır. 1980 yılında yaşanan askeri darbeden sonra ekonomiyi kısa süreliğine istikrarlı duruma getirmek ve uzun süreçte dengelemek adına ülke ekonomisi politikalarında oldukça köklü değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikler sektörler üzerinde pozitif bir etki yaratarak inşaat sektörünün yeniden hareketlenmesini sağlamıştır. İlk kez uluslararası bir projeye 1972 yılında Libya'da dahil olan Türk inşaat firmaları²⁹ 1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği'nin dağılması ile yeni devletler kurulmuş ve bu durum Türk müteahhitlerinin bu yeni kurulan bağımsız devletlerde projeler yürütmeye itmiştir. Genel ekonomik performans ve inşaat sektörü arasındaki etkileşim, büyüme rakamlarında da gözlenmektedir. Sektör, ekonominin hızlı büyüme dönemlerinde çarpan etkisiyle daha hızlı bir tempo ile büyümekte ve büyümeye pozitif katkı yapmakta, ancak ekonominin durgunluk ve yavaşlama dönemlerinde de aynı korelasyon nedeniyle daha hızlı bir tempoyla küçülmektedir. İnşaat Ekonomisi Zirvesi'nde konuya ilişkin yaptığı açıklamada Boğaziçi Üniversitesi Kurumsal Yönetim Merkezi Başkanı Prof. Dr. Vedat Akgiray, *"inşaatın GSYH'ye katkısında oranın değişmediğini, sektörün Türkiye ile beraber büyüdüğünü"* dile getirmiştir. Akgiray, *"Türkiye gibi ev sahibi olmak isteyen genç nüfusun yüksek olduğu bir ülkede sektör ve GYO modeli daha çok büyümelidir"* demiştir. Coldwell Banker Türkiye ülke başkanı Dr. Gökhan Taş, konut sektörünün, hükümetin 2016 Eylem Planı'nda hayata geçirmesi beklenen destekleyici adımları sonrası, kentsel dönüşüm ve yeni konut projeleriyle birlikte bu yıl %20 oranında büyümesinin beklendiğini dile getirmiştir. İş GYO Genel Müdürü Turgay Tanes'de, 2016 yılında sektörün gündem konularını yine 3. köprü, 3. havaalanı gibi mega altyapı projeleri ile yeni köprü ve otoyol projelerinin oluşturacağını; ayrıca söz konusu projelerle tetiklenen yeni konut ihtiyacının önem kazanacağını belirtmiştir.

Toplam konut satışındaki artış eğilimi, inşaat sektörünün canlılığını göstermesi açısından önemli sayılmaktadır. Geçmişte konut alımı için tatil bölgelerini tercih eden yabancıların, yeni projelerin de etkisiyle İstanbul'a yöneldikleri görülmektedir. 2015 yılında yabancılar İstanbul'da 7493, Antalya'da 6072, Ankara'da 599 konut alımı gerçekleştirmiştir³⁰.

Türkiye'ye döviz girdisi sağlayan bir faaliyet alanının tanıtım, fuarlara katılım, yurtdışı ofis vb. ihracat teşviklerinden belli bir oranda yararlanmasını sağlayacak söz konusu düzenleme sektör için önem taşımaktadır.

Ekonomi Bakanlığı verilerine göre 2015 yılında yurtdışında 19.4 milyar ABD Doları değerinde 156 yeni proje üstlenilmiş³¹. 2014 yılına oranla üstlenilen proje büyüklüğünde %28.4 oranında düşüş kaydedilmiştir. Önceki yıllarda üstlenilen projelerin

²⁸ ŞİMŞEK, M. A. , 2017, IPA PROJELERİNDE TEKNİK MÜŞAVİRLİK HİZMETLERİNİN EKONOMİ POLİTİĞİ, https://webdosya.csb.gov.tr/db/strateji/editordosya/Mehmet_Ali_Simsek-Uzmanlik_Tezi.pdf, [Son Erişim Tarihi :18.04.2019]

²⁹ <https://www.insaatderyasi.com/turk-muteahhitlere-libya-yolu-gozuktu-10773h.htm> [Son Erişim Tarihi :08.03.2019]

³⁰ https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf [Son Erişim Tarihi :08.03.2019]

³¹ <http://www.anbarapor.com/index.php/kapak-konusu/item/1074-261-proje-20-milyar-dolar-turk-muteahhitlerin-yurt-disi-basari> [Son Erişim Tarihi :11.03.2019]

ülkelere göre dağılımında ilk 5 ülke sırasıyla Rusya (%26), Kuveyt (%22.4), Türkmenistan (%16.3), Cezayir (%10.8) ve Suudi Arabistan (%5.3) olmuştur.³² Düşen enerji fiyatlarının önümüzdeki dönemde de bazı büyük projelerin fizibilitelelerini etkileyeceği ve sektörde global rekabeti attıracağı belirtilmektedir. Bu bağlamda değişen dinamikler Türk müteahhitlerini yeni arayışlara yöneltmektedir.

Toplam yurtdışı müteahhitlik hizmetlerinin %36.3'ünü oluşturan Libya, Irak ve Rusya pazarlarından doğan kaybı dengeleyebilecek yeni fırsatlar için, Sahra-altı Afrika ve Güney Amerika ülkelerindeki potansiyel yatırımlar takip edilmektedir. Etiyopya, Ekvator Ginesi, Senegal, Kongo, Kamerun, Nijerya, Tanzanya ve Venezüella gibi ülkelerde son yıllarda üstlenilen projeler, önümüzdeki dönemde bu coğrafyalarda daha önemli işler alınabileceğine işaret etmektedir. Güney Amerika'da bugüne kadar üstlenilen toplam 22 projenin bedeli yaklaşık 1 milyar ABD Doları iken, Sahra-altı Afrika'da 1990'lardan bu yana 8.8 milyar ABD Doları değerinde 200 proje üstlenilmiştir.³³

Eski Başbakan Yardımcısı Sn. Mehmet Şimşek bir beyanında ‘ ‘ *Bizim en büyük önceliğimiz insan kaynağımızdır. Petrolümüz doğalgazımız yok; iyi ki de yokmuş. Biz insanımıza yatırım yaparak bu ülkeyi büyüteceğiz. Beşeri sermayenin yanında kalkınma için altyapı çok önemlidir. Burada da esas aktör müteahhitlerdir. Türkiye'nin sadece inşaat sektörü bazı büyüdüğü ve bu büyümenin sağlıklı olmadığı argümanını destekleyen bir veri bulunmamaktadır. Türkiye'de inşaatın milli gelir içindeki payı diğer gelişmekte olan ülkelerle aynıdır. Ekonomik reform paketleri inşaat sektörünün hacmini daha da arttıracaktır. Türkiye'nin Avrupa ile tam entegrasyonu için düğmeye basılmış, müteahhitlik dahil olmak üzere bütün hizmetler sektöründe, tek pazara üye olmak için süreç başlatılmıştır. Önce insan, sonra altyapı ama tabii katma değer zincirinde de Türkiye'nin yukarı çıkması açısından Ar-Ge. Bu şekilde Türkiye, bilgi yoğun, teknoloji yoğun ürünler üretilip dünyayla rekabet edecektir.*’ Şeklinde ifadelerde bulunmuş ve Türkiye için inşaat sektörünün ne denli önemli olduğunu en yetkin ağızdan bildirmiştir.

Türk müteahhitlik hizmetlerinin güncel durumunun araştırılması, bugüne dek rekabet avantajı yaratan faktörler belirlenmiş ve sektörün SWOT analizi yapılmış, gelecekte yurtdışı pazarlardan daha çok pay alma yolunda öneriler ve tespitler sıralanmıştır. Buna göre;

2.1.2.1. Sektörün Güçlü Yönleri

Düşük maliyetler, yüksek üretkenlik, personel arasındaki iyi iletişim becerileri, tecrübeye dayalı öğrenme süreci, iyi müşteri ilişkileri ve yüksek müşteri memnuniyeti, bazı pazarlarda risk alabilme yetisi ile çelik ve çimento gibi güçlü alt sektörler olarak belirlenmiştir.

2.1.2.2. Sektörün Zayıf Yönleri

Yüksek riskli pazarlarda doğru risk yönetimi eksikliği, personel devir oranlarının yüksek olması, işçilerin yabancı dil bilgilerinin yetersiz olması, ortaklıkların seyrek olması, destekleyici kurumsal yapı/kültür eksikliği, mühendislik tasarım faaliyetlerindeki uzmanlığın yetersiz olması ve kalifiye işçilerin yetersiz sayıda olmasıdır.

³² https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf

³³ https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf

Sektör için fırsatlar: Destekleyici bir hükümet yapısı, ev sahibi ülkelerle yapılan ikili anlaşmalar, ev sahibi ülkelere olan coğrafi ve kültürel yakınlık ve komşu ülkelerde inşaat yatırımlarına duyulan ihtiyaçlardır.

Sektör için tehditler: Proje finansmanındaki sorunlar, depremler, doğal afetler ve savaşlar, kilit noktası durumundaki pazarlarda siyasi istikrarsızlık ve yerli inşaat malzemelerinin uluslararası şartnamelerdeki standartlar ile uyuşmamasıdır.

Yukarıda anlatıldığı üzere Türkiye için İnşaat sektörü her zaman önemli bir itici güç ve istihdam kaynağıdır. Bu bağlamda sektörde en önemli sorumluluk sahibi kişiler (Gerçek kişi) durumundaki şantiye şeflerinin hukuki sorumlulukları aşağıda incelenecektir. Ancak önce Türkiye’de hukuk sisteminin nasıl işlediği hakkında özet bilgi geçilecek sonrasında da vekalet sözleşmesi kapsamında işi üstlenen şantiye şeflerinin bilgili ve basiretli şantiye şefi tarafından öngörülebilir tedbirlerinin alınması/alınmaması anlamında hukuki sorumluluğu irdelenecektir.

2.2. Hukuk Kavramı

2.2.1. Genel Olarak

Yukarıda inşaat sektörünün Dünya’nın ve Türkiye’nin ekonomisi içerisinde ne denli önemli bir yer tuttuğu hızlı bir özet şeklinde açıklanmıştır. Ekonominin ise; insanların hem hayat tarzını hem de kişilere yaşam hakkı tanınıp tanınmayacağı hususunda verilecek kararları etkileyecek şekilde³⁴ güce sahip olduğu tartışmasızdır. Dünyayı bu denli etkileyecek güce ve imkana sahip olan genel anlamda ekonominin, özel anlamda inşaat ekonomisinin ise belli sınırlar içerisinde yürütülmesi gerektiği ise açıktır. İşte daha sonraki bölümlerde işleyeceğimiz inşaat idaresi kapsamında incelenecek olan vekalet sözleşmesine girilmeden önce hukuk kavramı hakkında genel bilgi vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

İnşaatla kalite kavramı tarihte oldukça eskilere dayanmaktadır. Hammurabi Kanunlarında “ *bir inşaatçı herhangi bir kişi için bir bina inşa eder ve bu binayı uygun bir şekilde yapmazsa ve onun inşa ettiği bina yıkılıp sahibini öldürürse inşaatı yapan öldürülür.* ” Ya da “ *binanın bir kısmı harap olursa harap olan kısmın tümünü tazmin eder ve inşa ettiği binayı düzgün bir şekilde inşa edinceye dek kendi imkanlarıyla evi yeniden inşa eder.* ” Şeklinde tezahür etmiş ve o zamanki vekil şantiye şeflerini yaptıkları işin düzgün olması hususunda yaptırımlar getirilmiştir.

İnsanların aldıkları hizmetten memnuniyetleri subjektif bir kavramdır. Bu anlamda kişiden kişiye değişmektedir. Ancak genel anlamda üründe ya da hizmette vadedilenin tüketicinin tarafından elde edilmesidir. Üründe vadedilenin değil de tüketicinin taleplerinin karşılandığı durumlar da mevcuttur. Örneğin eser sözleşmesinde talep tüketiciden gelecek, yüklenici edimleri buna uygun olarak yerine getirecektir. Aynı şey vekalet sözleşmesi için de geçerlidir. Şüphesiz tüketicinin talepleri sözleşme özgürlüğünün yanında genel ahlak, kanunlar ve konusu imkansız taleplerle sınırlıdır. Bu

³⁴ Tabiidir ki insanların hayat hakkının uluslararası şirketlerin mülkiyet hakkıyla kıyaslanmasını en ağır şekilde eleştirmekteyiz. Ancak sonuçta yaşanan dünya düzeni, emtia elde etmek için kargaşa çıkartılmasına müsaade eden, milli çıkar adı altında insanların yok edildiği bir düzendir ve bu düzeni ekonomi yönlendirmektedir.

sınırların içerisinde ise vekalet ilişkisinde vekil müvekkilin taleplerini karşılamakla yükümlüdür.

Vekalet sözleşmesinin diğer birçok sözleşmeden en önemli farkı güven ilişkisine dayanmasıdır. Kuşkusuz tüm ticari ya da ticari olmayan borç ilişkisinde karşı tarafın güvenilirliği önemliyse de vekalet ilişkisinde vekil adeta kendini müvekkil yerine koymaktadır.

Hukuk kelime anlamı olarak Arapça “hak” kelimesinin çoğulu yani haklar anlamına gelmektedir. Literatürde birçok tanımı var ise de genel olarak “*yaptırımı devlet zoruna tabi tutulmuş emir, yasak ve kurallar bütünüdür*” şeklindeki tanım genel kabul görmektedir. Bu tanımdan hukuk kurallarının unsurlarını çıkartmamız mümkündür. Buna göre bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için;

-Yaptırımı devlet zoruna bağlanmış,

- Emir, yasak ya da kurallar şeklinde tezahür etmesi gerekmektedir.

Bu tanım ve unsurlardan emir, kural ya da yasak içermeyen hususların hukuk normu sayılamayacağı anlamı çıkmaktadır.

Hukuk kavramı incelenirken adalet kavramından da bahsedilmesi yerinde olacaktır. Ünlü Roma hukukçusu Ulpianus adaleti “*şerefli yaşamak, başkasına zarar vermemek ve herkese ait olanı vermek*” şeklinde tanımlamıştır. Alman filozf Kant’da aynı tanımı değişik kelimelerle ifade etmiştir. Ceza hukuku anlamında başkasına zarar vermemek, sözleşmesel özel hukuk ilişkilerinde ise herkese ait olanı vermek kısmı geçerlidir.

2.2.2. Hukuk Sistemleri

Dünyada halen geçerli olarak 4 farklı hukuk sistemi mevcuttur³⁵. Bunlar Kara Avrupası hukuk sistemi, Anglo-Sakson hukuk sistemi, İslam hukuku sistemi ve Sosyalist hukuk sistemidir. Mensubu bulunduğumuz grup ise Kara Avrupası hukuk sistemidir. Bu sebeple diğer sistemlere değinilmeden Kara Avrupası hukuk sistemi kısaca incelenecektir.

2.2.2.1. Kara Avrupası Hukuk Sistemi

Büyük ölçüde Roma hukuku kaynaklıdır. Yazılı hukuk kurallarından oluşur. Hukuk sistemimize yabancı olan ve ilk duyulduğunda garip gelen Anglo-Sakson hukuk sisteminde common law³⁶ kuralları ağır basmaktadır. Modern anlamda ilk yazılı hale getirilme işlemi Fransa’da 14. Louis zamanında başlamaktadır³⁷. Ancak her ne kadar bu hukuk sisteminde kurallar yazılı olarak belirgin denilmişse de idare hukukumuzda kanunlar dağınık olduğundan ve kurallar kadar ilkeler üzerinden de hareket edildiğinden

³⁵ GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş,9.Baskı,2012. Sa.132

³⁶ Common Law : İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerine genel olarak verilen isim olup büyük ölçüde mahkeme içtihatlarından oluşmaktadır.

³⁷ Tarihteki ilk yazılı hukuk kuralları Sümer Kralı Urukagina tarafından hazırlanmıştır. Onun koyduğu yasalar tarihteki ilk yazılı kanunlardır. Yasaların önem arz eden bir diğer yönü ise ilk sosyal reform, ilk mülkiyet hakkı gibi; kendi zaman şartlarına göre büyük devrimlerdir.

idare hukukumuz içtihatlar üzerinden de ilerlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki Kıta Avrupası sisteminde genel anlamda içtihatlar hukukun asli kaynağı değildirler. Bunun istisnası ise ileride de göreceğimiz üzere Yüksek Mahkemelerin İçtihadı Birleştirme kararlarıdır. Ayrıca bu sistemde özel hukuk- kamu hukuku ayrımı da vardır. Kıta Avrupası sisteminin bir diğer özelliği ise yargı ayrılığıdır. Yani temel ayrım olarak adli ve idari yargı şeklinde ayrıma gidilmiştir. Türkiye’deki duruma ise aşağıda değinilecektir.

2.2.3. Türk Yargı Sistemi

2.2.3.1. Yargı Örgütü

Türk yargı sistemi çoklu yapılardan oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla aşağıda belirtilmiştir.

Anayasa yargısı

Anayasa Mahkemesinin görevleri 1982 Anayasamızın 148. Maddesinde ve bu maddece atıfta bulunulan maddelerde belirtilmiştir. Ancak temel görevi Kanun ve KHK’ların Anayasaya aykırılığı ile Anayasa maddelerinin şekil yönünden denetimini yapmaktır. Bunun yanında bireysel başvuru yolu, milletvekili dokunulmazlığı, parti incelemeleri vb görevleri de mevcuttur. Anayasa’nın 153. Maddesinde “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*” denilmek suretiyle Anayasa Mahkemesi diğer tüm makamlardan daha imtiyazlı bir noktaya oturtulmuş bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Yargısı

Anayasanın 158. Maddesinde görevleri açıklanmıştır. Bu maddede “*Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlmeye yetkilidir.*” Denilmiş ve aynı maddenin ilerleyen fıkralarında ise “*Diğer mahkemelerle, Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır.*” Denilerek Anayasa Mahkemesinin imtiyazlı konumu tekrardan teyit edilmiştir.

İdari Yargı (Danıştay)

Danıştay hakkında Anayasanın 155. Maddesinde “*... idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir.*” Şeklinde ifade mevcuttur. Buradan anlaşıldığı kadarıyla kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı her idari yargı karar ve hükmü Danıştay tarafından son inceleme yeri olarak görülecektir. Ancak örneğin özel kanunla görevlendirilmiş olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi bir merci söz konusu ise burada Danıştay yetkili olmayacaktır. Danıştay’ın yargı görevi dışında danışma görevi de mevcut olup bu görev 1. Daire tarafından yürütülmektedir. Buna örnek olarak tüzük tasarılarını inceleyerek görüş bildirmek gösterilebilir. Danıştay’ın son derece mahkemesi olmasının yanında bazı durumlarda ilk derece mahkemesi olarak da görevleri mevcut olup detaylı bilgi için Danıştay’ın kuruluş kanununa bakılabilir.

Askeri Yargıtay

Bu yüksek mahkeme askeri mahkemelerce verilen karar ve hükümlerin son inceleme merci iken 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Halen böyle bir yüksek yargı merci yoktur. (AY Md.156)

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi hem ilk derece hem de son derece mahkemesi iken merci iken 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı kanun ile kaldırılmıştır. Halen böyle bir yüksek yargı merci yoktur. (AY Md.157) Kaldırılmadan önceki haliyle hem ilk derece yargısı hem de yüksek yargı faaliyetlerini yapmış ve bu özelliği ile tek olmuştur.

Adli Yargılama (Yargıtay)

Aslında hem konumuzla ilgili olması hem de sıradan vatandaşların en çok muhatap oldukları mahkeme olması dolayısıyla bu yargı kolunun ilk sırada incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu kısma tarafımda daha fazla yer verileceğinden dolayı en sona bırakmanın doğru olacağı kanaatindeyim. Adli yargı örgütümüz ceza ve hukuk yargılaması yapmaktadır. Buna paralel olarak da Yargıtay ceza ve hukuk daireleri şeklinde 2 ana kola ayrılmıştır.

Hukuk daireleri kişiler arasındaki özel hukuk uyumsuzluklarını (Miras, evlilik, ticari uyumsuzluklar, tazminat davaları, iş davaları, kadaastro davaları vb...), ceza daireleri ise TCK ve özel kanunlarda belirtilen suç tiplerine ilişkin davaları sonuca bağlamaktadır. Anayasanın 154. Maddesinde “ *Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*” Şeklindeki düzenlemede de belirtilen bu durum konumuzla ilgilidir. Şöyle ki yukarıda da belirtildiği üzere bu çalışmada inşaat mühendisliği meslek mensuplarının vekalet sözleşmesi kapsamındaki hukuki sorumluluğu incelenmektedir.

Ceza daireleri ise Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak inceledikleri davaların son derece ve temyiz yargılaması şeklinde incelendiği mercidir. Yargıtay Ceza dairelerinin ilk derece incelemesi yaptığı durumlar var ise de konumuz dışıdır.

Sayıştay

Yukarıda sayılan tüm yüksek mahkemeler Anayasanın Yargı ana başlığı altındaki yüksek mahkemeler arasında belirtilmektedir. Sayıştay ise yüksek mahkemeler altında sayılmamış ancak yargı ana başlığı altında sayılmıştır. Anayasanın 9. Maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce yapılacağı belirtilmektedir. Sayıştay madde başlığı altındaki 160. Maddede ise Sayıştay’ın TBMM adına denetleme yaptığı belirtilmektedir. Yukarıda belirtildiği ve bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere Sayıştay’ın yaptığı işin yargılama olduğu ancak yüksek mahkeme sayılmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca yüksek mahkemelerin arasında olumlu ya da olumsuz görev uyumsuzluklarının önüne geçmek için Uyuşmazlık Mahkemesi görevlendirilmişken Anayasada Sayıştay ve Danıştay arasında uyumsuzluk çıkması

halinde Danıştay kararlarının esas alınacağını belirtilmesi Sayıştay'ın yüksek mahkeme olamayacağını başka bir kanıttır.

2.3. Mevzuatın Yorumlanması

2.3.1. Yorum Çeşitleri

2.3.1.1. Yargı Yorumu

Mahkemelerin yaptıkları yargılama ile sınırlı olarak yaptıkları yorumdur. Hakimler yargılama yaparken başka mahkemelerin, Yargıtay dairelerinin ve hatta kendi önceki kararlarının etkisinde kalmadan serbestçe karar verebilirler. Bu serbestliğin istisnası Yargıtay Kanunun 45. Maddesinde vücut bulan içtihadı birleştirme kararlarıdır. İçtihadı birleştirme kararları o yargı kolu içerisindeki tüm ilk ve üst derece mahkemelerini bağlamaktadır. Ancak bu kararlar Dairelerin içtihatlarıyla hatta yerleşik içtihatlarıyla karıştırılmamalıdır. Şöyle ki ilk derece mahkemeleri Yargıtay dairelerinin bozma/düzeltilme kararlarına karşı bir yere kadar direnme hakkına dahi sahiptir.

2.3.1.2. Yasama Yorumu

Bu yasama organının kendi yaptığı yasayı yorumlamasıdır. Bu yorum türü yapılmış olan yasanın nasıl yorumlanacağını anlattığından geçmişe yürür niteliktedir. Bu durum ise kişilerin hukuk güvenliğini olumsuz etkileyecektir. Zira kanun koyucunun açık olmayan ifadelerini anlamayan sade vatandaşlar işledikleri fiilin suç olmadığını düşünerek hareket edecek ancak suç olmadığını düşündükleri fiil geçmişe dönük olarak kendilerini etkileyebilecektir. 1924 Anayasamızda bu yorum şekli mümkün iken mevcut hukuk düzeninde bu mümkün değildir.

2.3.1.3. Bilimsel Yorum

Bilim adamlarınca soyut durumlar için verilen görüşlerden ibaret olup bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

2.3.2. Yorum Türleri

2.3.2.1. Lafzi Yorum

Burada kelimenin tam anlamı araştırılmakta ve kanun ne diyorsa tam anlamı uygulanmaktadır. Burada noktalama işaretlerinin yeri dahi anlamı etkileyeceğinden anlam tam olarak incelenmelidir. Herkesçe bilinen "Oku baban gibi eşek olma" örneği gibi. Lafzi yorum her durumda başvurulması gereken bir yorum çeşidi olup bunda tereddüt var ise diğer yorum çeşitleri ile anlamlandırma yapılmalıdır.

2.3.2.2. Teleolojik (Amaçsal) Yorum

Subjektif teleolojik yorum

Burada yasa koyucunun (TBMM) yasa çıkarken ki iradesi araştırılmaktadır. Bu ise TBMM genel kurul tutanaklarının incelenmesi, komisyonlardaki görüşmeler vb. şeylerin incelenmesi ile anlaşılabilir bir husustur. Ancak yasa çıkarken her

milletvekilinin söz alması ve yasanın neden çıkması gerektiği anlaşılamadığından bu yöntem kullanışlı değildir. Ayrıca örneğin ceza yasalarını bilmemek mazeret sayılmazken bunlar çıkarken milletvekillerinin hangi saikle hareket ettiklerini bilmemek mazeret sayılmaz diye bir kural yoktur.

Objektif teleolojik yorum

Burada hakim yasa çıkarken değil o davaya uygulanırken yasanın amacını araştırmaktadır. Bu yorum türü hukuk güvenliği açısından subjektif teleolojik yoruma göre daha yerindedir.

Sistematik Yorum

Sistematik yorum yasa maddesinin yasanın hangi kısmında belirtildiğine göre yapılan yorumdur. Örneğin TCK Md. 184'te belirtilen İmar Kirliliği suçu aynı kanunun içerisinde çevre suçları içerisinde sayılmıştır. Buna göre bu suçun yorumu çevre suçları tasnifi altında sayılmalıdır.

Yorum yöntemlerinin neden gerekli olduğunu bir örnekle açıklamak gerekirse kuralımızın kapalı bir mekana girişte ‘‘ Evcil hayvanla girilmez’’ olduğunu düşünelim. Yasemin IŞIKTAÇ hocanın bu örneği incelendiğinde;

1. Lafzi yoruma göre evcil hayvanla giriş yasak olup vahşi bir ayıyla mekana girmekte sakınca yoktur.
2. Amaçsal yoruma göre ise yasa koyucu niyetini eksik ifade etmiştir. Evcil hayvan yasaksa vahşi hayvan evleviyetle yasak olmalıdır.
3. Sistematik yorumda ise yasak tabelasının bulunduğu yere göre hareket edilir ve mekanın kapısından içeriye evcil hayvan girmemelidir.

2.3.3. Mevzuat Arasında Hiyerarşi

Pek doğaldır ki mevzuatlar arasında çelişkili durumlar ortaya çıkabilir. Bu durumda yapılması gerekenler ise çeşitli şekillerde çözüme kavuşturulmaktadır. Bu yolların uygulanması esnasında bazen katı kurallar üzerken hareket edilmekte bazen de durumun gereğine en uygun şekilde hareket edilmektedir. Ancak hakim bu yorum kurallarını uygularken belli kalıplara uymalıdır ki her hakim aynı sonuca ulaşarak karar verebilsin.³⁸ Kemal GÖZLER hoca Yorum ilkeleri makalesinde bu yöntemler için ‘‘Bu ilkeler bizim icat ettiğimiz ilkeler değildir. Bu ilkeler, 2500 yıllık bir süreçte, Akdeniz havzasında yaşamış hukukçuların akıllarıyla, eşyanın tabiatını gözlemleyerek buldukları ilkelerdir. İlave edelim ki, bu ilkelerin önemli bir kısmı, Akdeniz havzasında bütün hukuk sistemlerinde, Roma hukuku ve İslam hukuku ayrımı olmaksızın genel olarak geçerli olmuş ilkelerdir.’’ Demektedir. Zira hukuk güvenliği bunu gerektirmektedir. Şimdi bu 3 yöntemi inceleyelim.

³⁸ GÖZLER, Kemal, Yorum İlkeleri Makalesi, Sa.5

2.3.3.1. Lex Superior Degorat Legi Inferiori İlkesi

Burada üst normun alt normdan önce uygulanacağı çeliştikleri durumlarda alt normun göz ardı edileceği anlatılmaktadır. Bu kural hukukumuzda kesin bir kural olup temelini Anayasanın 11. Maddesinden almaktadır. Anılan maddenin son cümlesinde “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz yazmaktadır.” Alt normlarda ise daha farklı bir durum vardır. Bu tip alt normlarda tüzükler/yönetmelikler/tebliğler üst norma dayanmak zorundadır ilkesi bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere kanunların Anayasaya aykırı olamaması ile ona dayanmak zorunda olduğunun belirtilmediğine dikkat çekmek gerekir. Zira Anayasanın herhangi bir hükmü ile çelişmemek kaydıyla kanunlar Anayasaya dayanmak zorunluluğu olmadan serbestçe düzenlenebilir. Örneğin uzayda mülkiyet hakkı ile ilgili bir kanun çıkartılabilir. Bu ilke uygulanırken dikkat edilecek tek husus normlar arasındaki astlık-üstlük sıralamasının belirlenmesi olacaktır. Yukarıdaki şekilde kabaca normlar hiyerarşisi belirtilmiş olup detaya girilmeyecektir. Ancak özellikle yönetmelikler için yönetmeliği çıkartan makamlar arası hiyerarşinin yönetmeliklere de sirayet ettiğini belirtmek yerinde olacaktır. Ör: Bakanlar Kurulu yönetmeliği bir belediyenin ya da bakanlığınkinden üstündür.

2.3.3.2. Lex Posterior Degorat Legi Priori İlkesi

Bu ilke kısaca sonra çıkan kanun, önce çıkan kanun ile çelişirse sonraki geçerlidir anlamına gelmektedir. Bazen yeni kanunlar çıkarken eskisini açıkça ilga etmemekte bu da sanki yürürlükte çelişen iki farklı kanun varmış gibi anlayışa sebep olabilmektedir. Sonraki kanunun öncekini açıkça ilga ettiği durumlarda zaten sorun olmayacaktır zira eskisi yürürlükten kalkmıştır. Ancak açıkça yürürlükten kaldırılmadığı zaman işte bu ilke çerçevesinde yasa koyucunun artık daha iyi, daha adil çözüm getirdiği hukukun ileriye doğru gittiği düşüncesi ile eskisi göz ardı edilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki normlar arasındaki hiyerarşi öncelik sonralık hususundan daha üstte tutulmalıdır. Örneğin sonraki tarihli yönetmelik önceki tarihli kanunu, tüzüğü, KHK yı vb ilga edecek kabiliyette değildir.

2.3.3.3. Lex Specialis Degorat Lex Generalis İlkesi

Bu ilke de genel norm ile o mevzuya- o olaya özel başka bir norm çelişmesi durumunda özel normun uygulanacağını anlatmaktadır. Ancak çelişmeyen hususlarda her iki norm da geçerlidir. Örneğin ülkemizde İmar Kanunu genel norm iken, Boğaziçi İmar Kanunu kanunda belirtilen alanlar için özel normdur. Çeliştikleri durumda özel norm uygulanırken çelişmeyen hususlarda ise genel norm uygulanacaktır.

2.3.3.4. Abrogata Lege Abrogante Non Reviviscit Lex Abrogata

Burada anlatılmak istenen ilga eden kanunun ilga edilmesi ilk ilga edilen kanuna hayat vermeyeceğidir. Zira ilk kanun çoktan hukuk aleminden silinmiştir.

2.3.4. Hukuk Yargılaması- Ceza Yargılaması

Yukarıda hukuk ve ceza yargılaması için son yargı merciinin Yargıtay olduğu belirtilmişti. Buna ilişkin olarak bu yazının konusunun hukuk yargılaması olduğunu

belirtmek ve yazının bundan sonraki kısmına bu yönden devam edileceğini belirtmek yerinde olacaktır.

2.3.4.1. Ceza Yargılaması

Ceza yargılaması müeyyidesi hapis cezası, adli para cezası olan suçlara ilişkin yapılan yargılamalardır. Bu yargılamalar için temel kanun Türk Ceza Kanunu olmakla birlikte özel kanunlarla düzenlenmiş suç ve cezalar da mevcuttur. (Ticaret Kanunu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu vb.) Ceza hukukunun temel özelliği suçların ve cezaların kanuna dayanarak belirlenmesi zorunluluğudur. Bunun yanında kamu gücüne dayanmakta ve soruşturma ile kovuşturmalar resen yürütülmektedir. Ceza Kanunundaki ilk 75 Madde Genel Hükümler olup suç ve ceza içeren tüm kanunlar için bu genel hükümler geçerlidir.

2.3.4.2. Hukuk Yargılaması

Hukuk yargılaması ise kişiler arası uyuşmazlıkları, kişilerin doğumu, ölümü, kısıtlanması, ticari ilişkileri kısaca doğum ile ölüm arasındaki (Ölümünden sonrası dahi Ör: Miras) tüm ilişkileri düzene sokar. Büyük önder Atatürk'ün Modern Türkiye'ye kazandırdığı en önemli değerlerden biri olan 1926 Tarihli Türk Kanunu Medenisi yerini 2001 yılında Türk Medeni Kanununa bırakmıştır. Medeni Kanun tüm özel hukukun anası olup Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu ve dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun buna bağlı olarak kabul edilmiştir. Medeni Kanunun 5. Maddesi "*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*" denilmek suretiyle ilk 7 maddenin tüm hukuk yargılamalarına uygulanabileceği belirtilmiştir.

Ceza yargılamasına hakim olan ilkenin kanuniliktir. Hukuk yargılaması için bu geçerli değildir. Şöyle ki Medeni Kanunun 1. Maddesinde "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*" İfadesi mevcuttur. Görüldüğü üzere kişiler arası ilişkilerde çözümsüz hiçbir uyuşmazlık kalmaması için uygulanabilir kanun hükmü yok ise önce örf adet hukukuna göre bir çözüm bulunması bu da yoksa hakimin kendince hakkaniyetli bir karar vermesi istenmektedir. Şu bir gerçektir ki Roma Hukukunun devamı olan özel hukukumuzda çözümsüz konu bulmak gerçekten zordur. Ancak teknolojinin hızla geliştiği günümüzde kanunların öngöremediği uyuşmazlıkların oluşma olasılığı her zaman olacaktır. Ancak kanun koyucunun hakime bu tip bir insiyatif vermesi gerçekten önemlidir. Özellikle 19. YY da Fransa'da egemen olan şerhçi okulun görüşü hakime bu tip bir serbesti tanınmasına karşı idi. Ancak günümüzde her bir olay tipi için ayrı madde ihdas etmek yerine kanun koyucunun iradesinin yansıtılması, ana temalar ve ilkelerin belirtilmesi kısaca kanunların kazustik niteliğini terk etmesi genel kabul görmektedir.

Örf adet hukuku özellikle inşaat hukuku alanında çokça karşımıza çıkmaktadır. Örneğin adliye yansıyan birçok olayda taraflardan birim fiyat üzerinden anlaşıldığı görülmekte ancak ölçünün nasıl yapılacağı belirtilmemektedir. Taraflar menfaatlerine uyduğu ölçüde Bayındırlık pozlarındaki ölçüm şeklini ya da piyasadaki ölçüm şeklini talep etmektedir. Burada yorumun nasıl yapılması gerektiğine ilişkin çeşitli teoriler geliştirilmiş olup Borçlar Hukukumuz için Yeni Güven Teorisi geçerlidir. Bu teoriye göre

dürüst ve makul muhatap, beyan sahibinin beyanını fiilen doğru anlamışsa burada normatif iradeye değil gerçek iradeye göre yorum yapılmaktadır. Bu kural Borçlar Kanunu Md. 19 da açıkça belirtilmiştir. Buna göre bilirkişinin yapması gereken miktar ölçümünde tarafların gerçek iradesinin ne olduğunun araştırmak olacaktır. Yoksa kendi kendine Bayındırlık ölçüm sistemini seçmesi sözleşmenin özüne aykırı olacak ve adalet sağlanmayacaktır.

Çalışmamızın konusu gereği borçlar hukukunun ana teması olan borcun kaynaklarından bahsetmek yerinde olacaktır. Hukukumuzda borcun beş farklı kaynağı olabilmektedir. Bunlar; Haksız fiiller, Sebepsiz zenginleşmeler, vekaletsiz işgörmeler, kanundan doğan borçlar ve sözleşmelerdir. Bunlardan kısaca bahsedecek ve nihayetinde çalışma konumuz olan sözleşmesel kaynakları daha da ayrıntılı inceleyeceğiz.

2.3.5. Haksız Fiiller

Bir kimsenin haksız davranışı sonucunda başkasına borçlanmasıdır. Haksız fiilin sorumlusu bu borcun sonucunda ödeyeceği tazminat ile borcunu ifa edecektir. Haksız fiilin unsurları hukuka aykırı eylem, kusur, zarar ve eylem ile zarar arasında olan illiyet bağıdır. Kural kişilerin kusurundan sorumlu olması ise de kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur. Borçlar Kanununda sayılan kusursuz sorumluluk halleri ise hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu, tehlike sorumluluğudur.³⁹ Borçlar kanunu yanında başka kanunlarda da kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmişse de bu konuya girilmeyecektir.

2.3.6. Sebepsiz Zenginleşmeler

Kanunda gösterilen diğer sebepler olmadığı halde bir başkasının malvarlığında oluşan artışların, başka birinin malvarlığındaki azalıştan meydana gelmesidir. Örneğin sipariş edilen ekmeğin başkasının dairesine bırakılması buna örnektir. Bazı durumlarda haksız fiil ile sebepsiz zenginleşme bir arada olabilir. Buna örnek de kişinin başkasının çek defterini kullanması gösterilebilir. Bu durumlarda sebepsiz zenginleşen kişinin kazandığı miktarı iade yükümlülüğü vardır.

2.3.7. Vekaletsiz İşgörmeler

Burada bir kişinin, karşı tarafın varsayılan iradesi doğrultusunda hareket ederek karşı tarafın bir işini görmesi ve karşı taraftan alacaklı duruma geçmesi söz konusudur. Karşı taraf iradesini dile getirmemişse dahi eğer mümkün olsaydı iradesi bu yönde olacaktı ise vekaletsiz iş görme söz konusudur. Örneğin Almanya'dan gelecek olan komşumuz adına o istemediği halde evinin temizletilmesi buna örnek gösterilebilecektir. Çünkü kişi zaten her gelişte evini temizletmektedir ve burada varsayılan iradede söz edilebilecektir. Burada iş gören iş görmeden dolayı elde ettiği tüm menfaatleri iş sahibine devretme borcu altındadır.

³⁹ Hakkaniyet sorumluluğu : Kural ayırt etme gücü olmayanların kusurlarından sorumlu olmayacaklarıyken hakim hakkaniyet gerektiriyorsa bu kişilerden kaynaklı zararların tazminine karar verebilecektir.

* Özen sorumluluğu :1)Adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında kişinin çalıştırdığı kimselerin kusurlu davranışlarından sorumlu olduğu, 2) Hayvan tutan kişinin sorumluluğu kapsamında gözetim altındaki hayvanların verdikleri zararlardan sorumluluk, 3) Bina ve diğer yapı eseri maliklerinin sorumluluğu kapsamında bu binaların eksik ve kusurlarından dolayı uğranılan zararların tazmini anlaşılmaktadır.

* Tehlike sorumluluğu: BK 71 e göre önemli ölçüde tehlike yaratan işletmeden zarar oluştuğu takdirde işletmenin sahibi ve işletmecisinin müteselsil olarak sorumlu olduğu belirtilmektedir.

2.3.8. Sözleşmeden Kaynaklı Borçlar

Sözleşmeden kaynaklı borçlar bu çalışmanın ana konusudur. Yukarıda sayılan diğer borçlanma tiplerine göre iki taraf için de iradi sayılabilecek tek borç tipidir. Ne haksız fiilde ne vekaletsiz iş görmede ne de sebepsiz zenginleşmede her iki tarafın da iradi olarak borç altına girmesi söz konusu değildir. Borçlar Kanunumuz ana olarak iki kısımdan oluşmaktadır. Bunlar genel hükümler ve özel borç ilişkileri şeklindedir. Genel hükümlerdeki kurallar, özel borç ilişkilerinde başka bir kuralla çelişmiyorsa o borç ilişkisi için geçerlidir. Çelişiyor ise Lex Specialis kuralı gereği özel kural geçerli olacaktır. Borçlar kanununda her ne kadar özel borç ilişkileri başlıklar halinde sayılmışsa da burada numerus clausus (sınırlı sayı) ilkesi geçerli değildir. Yani sözleşmeler yasada belirtilmiş olanlarla sınırlı değildir. Kanunda belirtilen sözleşmelerin birkaçının karışımından oluşan karma sözleşmeler (Ör. kapıcı sözleşmesi) yapmak mümkün iken sui generis (kendine özgü) (Ör. Hakemlik sözleşmesi) sözleşmeler de yapmak mümkündür. Sözleşmeler kural olarak şekle bağlı değildir. Sözlü, işaret ile (Kafa sallayarak onaylama), sessiz kalma ile (teyit için yollanan mesaja itiraz etmeme), yazılı olarak sözleşme kurulabilir. Ancak HMK Md.200 gereği 2500 TL üzeri alacak iddialarının senet ile olmasının zorunluluğuna ilişkin hüküm karşısında bu şekil serbestisinin pek bir anlamı kalmamaktadır.

Sözleşmenin konusu kural olarak serbest olmakla beraber konusu; kanuna, genel ahlaka, kişilik haklarının korunmasına aykırı düşen ve imkansız sözleşmeler hakkında sözleşme yapılamayacaktır. Örneğin cinayet işleme karşılığında, anırma karşılığında, aletsiz-araçsız bir kilometreye zıplama karşılığında, çocuğunu dilendirme karşılığında yapılacak sözleşmeler geçersizdir. Bunlardan başka sözleşme imzalayan tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları (En azından o işlem için) gerekmektedir. Aksi taktirde bir tarafın fiil ehliyetine sahip olması durumunda tek taraflı bağlamazlık hükümleri uygulanacaktır. Fiil ehliyeti işlemin yapıldığı yere göre belirlenecektir. Örneğin erginliğin 22 yaşında gerçekleştiği bir ülke vatandaşı ya da kadınların fiil ehliyetine sahip olmadığı ülkenin vatandaşları açısından eğer bu kişiler ülkemiz vatandaşı olsalardı fiil ehliyetine sahip olabileceklerse sözleşme ayakta tutulacaktır. Ancak bunun için söz konusu olan işlem güvenliği olup işlemin Türk tarafının karşı tarafının özel durumunu bilmiyor olması gerekmektedir.

2.4. Şantiye Şefliği

2.4.1. Genel Olarak

Şantiye şefliği inşaatın genel anlamda teknik ve idari amiridir. Aşağıda inceleneceği üzere birçok yetkileri ve yetkilerin getirdiği birçok sorumluluğu bulunmaktadır.

Şantiye şefinin gerçek kişi olması zorunluluğu, ilgili mesleklerden birinin mensubu olması gibi şartlara haiz olması gerekmektedir. Mesleki faaliyetlerini yürütürken en fazla 5 iş alabilmekte ve bu 5 işin toplamının 30.000,00 m2'den fazla olmaması gerekmektedir. Eğer tek işte 30.000,00 m2 sınırı aşılma ise tek istisnası gereği bunda sakınca bulunmamaktadır. Üstlendikleri görevler gereği çoğu durumda iş sahibi ya da müteahhitten daha önemli konumdadır.

Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik Md. 4/e de “*Konusuna ve niteliğine göre yapım işlerini yapı müteahhidi adına yöneterek uygulayan, mühendis, mimar veya bunlara ilişkin teknik öğretmen veya tekniker diplomasına sahip teknik personel*” şeklinde tanımlanmaktadır. Burada şantiye şefinin yaptığı işin bir yapım işinin müteahhit adına yönetimi olduğu belirtilmektedir.

Nitelikleri: Bir kere yaptığı işin öneminden dolayı ergin bir birey olması gerekmektedir. Yabancı şantiye şefleri için erginlik kendi ülkesine göre değerlendirilmektedir. Örneğin erginlik yaşının 21 olduğu bir ülke vatandaşı, Türkiye’de erginde olsa kendi ülkesine göre değerlendirilecektir. Bununla birlikte kısıtlılığının olmaması gerekmektedir. Kısıtlılık hem medeni hakları kullanma yönünden hem de mesleki yönden kısıtlılıktır. Mesleki nitelik olarak da Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik Md. 6 ve devamı maddelerde belirtildiği üzere “*a) Mimar, inşaat mühendisi, makine mühendisi veya elektrik mühendisi, b) Yükseköğrenim kurumunca elektrik mühendisliğine eşdeğerliği bulunduğu kabul edilen elektrik-elektronik mühendisi, c) (a) ve (b) bentlerinde belirtilen mesleklere ilişkin inşaat, makine, elektrik, yapı denetim teknikeri veya bunlara ilişkin teknik öğretmen,*” branşlarından birisinin yeterliliğine haiz olmaları gerekmektedir. Ancak bu özelliklere sahip olsalar da tam zamanlı olarak başka bir işte çalışanlar şantiye şefi olamayacaklardır.

2.4.2. Şantiye Şefinin Sorumluluğu

Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik Md. 8 ve devamı maddeler bu hususları düzenlemektedir. Özet olarak şantiyedeki teknik, idari, İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili tedbir ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi, çalışanların mesleki yeterliliği, kullanılan malzemelerin standartlara uygunluğu, ilgili tüm defter, kayıt ve tutanakların tutulması, Yapı Denetim firmaları ve görevlileri ile ilişkiler gibi birçok konuda sorumluluk sahibidirler. Bu sorumluluklar da aşağıda irdeleneceği üzere teknik, idari, hukuki ve cezai birçok yaptırıma konu edilebilmektedir.

2.5. Vekalet Sözleşmesi

2.5.1. Genel Olarak

Vekalet Sözleşmesi Borçla Kanununda İş Görme Amacını Güden Sözleşmeler kısmında 502. madde ve devamındaki maddelerde ifade edilmektedir. Roma Borçlar Hukukunda Mandatum olarak görülen bu kavramda vekilin (mandatarius), vekalet verenin (mandans: müvekkil) kendisine verdiği işi ya da hizmeti ücretsiz olarak ifa etme yükümlülüğü altına girmesi söz konusudur. Mandatum kelimesi manus (el) ve do (vermek) kelimelerinden türemiştir. Roma hukukunda mandatum ius gentiumdan⁴⁰ kaynaklanmaktaydı. Ancak Roma egemenliği altında olup, Roma yurttaşı sayılmayan kişilerin Romalılarla hukuki ilişkilerinin artması sonrasında hem Romalılara hem de yabancılara uygulanabilen -özellikle ticari yaşamın düzene sokulması için- yeni kurallar ortaya çıkmasına neden olmuştur. Roma Hukukunda sadece vekilin yararı için kurulan vekalet ilişkisi bir tavsiye olarak görülür ve hukuki anlamda borç doğurmazdı. Mandatumun birtakım öğeleri vardı. Bunlar;

- Tarafların iradelerinin uyuşması ki bu sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucudur.

- İşin ücretsiz görülmesi. Romada mandatum sevgi, saygı ve dostluk adına yapılırdı. Romalılar fikri hizmetleri, yüksek hizmet (operae liberales) olarak görürlerdi. Örneğin bir profesörün, avukatın, doktorun çalışmaları hiçbir zaman hizmet sözleşmesinin konusu olamazdı. Bu gibi kimselerle vekalet sözleşmesi imzalanırdı ve karşılığında ücret alınmazdı. Eğer bir ücret ödenmişse bu sıradan bir ücret değil kendiliğinden ödendiği için şeref ücreti (honorarium) olarak nitelenirdi.

Mandatum eksik iki taraflı, iyiniyet sözleşmesi olduğundan vekil her zaman vekalet veren ise bazen borçlanırdı. Aşağıda da görüleceği üzere vekalet sözleşmesi (mandatum) o zamandan bu zamana pek az değişikliğe uğramıştır. Yukarıda anlatıldığı üzere Borçlar Kanunumuz İsviçre Borçlar hukukundan iktibas edilmiş olup bunun da kökeni önce Germen hukuku sonra da Roma hukukudur. Dolayısıyla Roma hukukunun bizim gibi etkilediği diğer birçok modern hukuk sistemini derinden etkilemiştir.

2.5.2. Türk Hukukunda

2.5.2.1. Tanımı

TBK 502/1 de “ vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Gerek kanunun sistematığı gerekse tanımı incelendiğinde iş görme sözleşmesi olduğu açıktır. Yargıtay 13. HD 2016/15689 K numaralı kararında “ Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir... Dosya kapsamı incelendiğinde, doktorun kusurunun açık olduğu değerlendirildiğinden, bu

⁴⁰ İus Gentium eski dönem devletlerindeki hukukun sadece kendi vatandaşlarına uygulanmasından doğmuş Roma vatandaşlarına uygulanan hukuku anlatmaktadır.

husus göz önünde bulundurulmak suretiyle, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken...’’ şeklinde karar verilerek vekalet sözleşmesinin sonuç elde etmeye yönelik olmayıp bir işin yürütülmesine dönük bir anlaşmayı içerdiğine vurgu yapılmıştır. Bu sözleşmenin bir diğer özelliği sadece özel sözleşme olmayıp kanunda belirtilmeyen diğer işgörmeye sözleşmeleri için –nitelikleri uygun düştüğü ölçüde- genel hüküm niteliği taşımasıdır. Yani niteliği uyuyorsa kanunda düzenlenmemiş diğer iş görme sözleşmelerine bu sözleşme hükümleri kıyas yoluyla uygulanacaktır.

2.5.2.2. Benzer Diğer Sözleşmelerden Farkı

Eser Sözleşmesinden Farkı

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi farklıdır. Eser sözleşmesinde bir sonucun alınması taahhüt edilirken vekalet sözleşmesinde bir sürecin takibi taahhüt edilir. Örneğin bir pastanın yapılması eser sözleşmesidir ancak pastanın yapım aşamasındaki takipleri vekalet sözleşmesi ile olur. Bununla beraber eseri yapmayı üstlenen kişi ve vekil; işveren ve vekalet verenden bağımsız kişilerdir.

Hizmet Sözleşmesinden Farkı

Hizmet sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi de farklıdır. Hizmet sözleşmesiyle çalışan işçi işverenine bağlıdır. Ancak vekalet veren ile vekil arasında sıkı bir bağlılık yoktur.

2.5.2.3. Vekalet Sözleşmesinin Unsurları

Bir İşin Yapılması Gerekir

Vekil vekalet veren adına bir iş görecektir. İş görme kavramı içerisinde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara⁴¹ dayalı işlemler girmemektedir. Konumuzla alakalı olarak bir inşaat mühendisinin vekalet verenin bir inşaatını hizmet ilişkisine dayalı olmadan onun adına takip ederek tamamlatması vekalet sözleşmesi kapsamında olacaktır. Burada hizmet sözleşmesinin aksine inşaat mühendisi, vekalet verene işveren-işçi ilişkisindeki gibi bağlı çalışmamakta, daha özerk şekilde karar alabilmektedir. Kendi kararlarını almakta serbesttir ancak zarara sebep olacak kararlarından da sorumludur. Eser sözleşmesindeki gibi belli bir sonucu alma taahhüdü altında değildir ancak işin sağlıklı şekilde takibini üstlenmiştir. Kısaca iş konusunda hizmet sözleşmesine nazaran daha özerk, eser sözleşmesine nazaran da daha bağlıdır.

Anlaşma Gerekir

Borçlar hukukunda tarafların anlaşması karşılıklı olarak ve birbirine uygun şekilde irade açıklamalarıyla mümkündür (BK Md.1). Bu irade açıklaması yukarıda belirtildiği üzere açık, zımni, susarak, işaret vb ile mümkündür. Ancak vekalet sözleşmesinde bu genel kurala istisna getirilmiş ve ‘‘ Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin

⁴¹ Kişiyne sıkı sıkıya bağlı haklar ancak hak sahibi tarafından kullanılabilen, kural olarak temsil yoluyla kullanılamayan mutlak haklardır. Bu hakların temel özellikleri, başkalarına devir edilememesi, mirasçılara intikal edememesi ve şahıs varlığı haklarından olmasıdır.

gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır'' (TBK-Md 503) şeklinde ifade edilmiştir. Buradaki istisna sadece belirtilen işi görme konusunda resmi sığata sahip veya bu iş mesleğinin gereğı olan ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyuran kişiler için geçerlidir. Bunlar dışındaki kişiler için ise genel kural olan TBK Md.1 geçerlidir. Maddede belirtilen hemen reddetme kavramı ise geniş yorumlanmalıdır. Zira çalışmamızın konusu olan inşaat mühendisleri için bir projenin hemen incelenmesi demek en kısa sürede incelenmesi demek olup bundan gereğı gibi incelemek için gerekli en kısa süre anlaşılmalıdır.

Ücret Zorunlu Unsur Değildir

Borçlar Hukukumuzda ücret kural olarak sözleşmenin objektif esaslı unsurları arasındadır. Md 1'de ifade edildiğı üzere *''Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.''* Buradaki iradeler anlaşılacağı üzere bir tarafın iradesi doğrultusundaki talebi iken diğerk taraf hayatın doğal akışı gereğı ücret talep edecektir. Ancak vekalet sözleşmesinde Md 502/III fıkrada *''Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.''* şeklinde ücretin asli unsur olmadığı, görölmektedir. Maddenin mefhumu muhalifinden sözleşmede belirtilmemişse teamül de yoksa ücretin vekalet sözleşmesinin asli unsuru olmadığı anlamı çıkmaktadır. Bu ücretsiz iş görmenin kökeni Roma hukukundaki honororium ödemesi kavramına dayanmaktadır. O dönemki inanişaa göre vekil (Genelde avukatlar) öyle soylu bir iş yapmaktaydı ki bunun tarifesi yoktu. Dolayısıyla insanlar karşılığı hesaplanamayan bu vekalet ilişkisi için işçiye ödendiğı gibi ücret değil honororium ödemesini yapmalıydı. Vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması kuralının istisnalarından birisi serbest meslek erbapları ile kurulmuş vekalet sözleşmeleridir. Bu kişiler ile yapılan vekalet sözleşmeleri kural olarak ücrete tabidir. Zira birçok serbest meslek erbabı için asgari bedel uygulaması mevcuttur. Bunun yanında tüzel kişiler tacir sayıldıklarından ve işleri gereğı yaptıkları tüm işler ticari iş sayıldığından TTK (Türk Ticaret Kanunu) hükümleri gereğı ücret isteme hakkına her zaman sahiptirler.

İş Bir Başkasının Menfaatine Yapılmalıdır

TBK 502 gereğı vekilin üstlendiğı iş kendi menfaatine değildir. Aslen başkasının menfaatine yürütölür ancak işin niteliğı gereğı kendi menfaatine sonuçlar alınması sözleşmenin niteliğini etkilemeyecektir.

Vekil İşin Sonucunu Değil Sonucun Elde Edilmesi İçin Gereğinin Yapılmasından Sorumludur

Çalışmanın konusu örnekten yola çıkılırsa inşaat mühendisimiz istenen kalite ve ölçülerdeki inşaatın yapılmasını değil o inşaatın istenen hale getirilmesi için gerekli eylemler ile sorumludur. Sonuç değil sonuca ulaşan yol taahhüt edilir. Başka bir örnekle doktor ameliyatın sonunda hastayı ayağı kaldırılmayı garanti etmez, ameliyatı bağımsız olarak ve mesleğinin gerektirdiğı bilgi ve tecrübe ışığında titizlikle ifa etmek borcu altındadır. Avukat davayı kazanmayı garanti etmez ancak dosyayı en iyi şekilde

yürüteceği bir borcun altına girer. Fransız hukukunda yerleşmiş deyimle sonuç değil vasıta borcu vardır⁴². Vekalet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran fark da budur.

2.5.2.4. Vekalet Sözleşmesinin Kapsamı

TBK 504/I ‘‘ Vekâletin kapsamı, sözleşmede açıkça gösterilmemişse, görülecek işin niteliğine göre belirlenir. ’’ Şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde açılacak olursa, örneğin ormanın içerisine HES inşası işinin yürütülmesi hususunda HES AŞ ile İnş. Müh. Bay A anlaşmış olsun. İlk bakışta işin kapsamının HES ile sınırlı olduğu anlaşılabilecek iken, bu kapsamda HES için işletme yollarının inşası, başka bir yerden su ve elektrik getirme vb işlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmekte olup ne HES AŞ ne de Bay A daha azı konusunda anlaşıldığını belirtmemelidir.

TBK 504/II ‘‘ Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsar. ’’ İfadesi ile vekalet ilişkisinin kapsamı daha da genişletilmektedir. Ancak bu yetki genişlemesi III. Fıkra ile bir miktar daraltılmıştır. III. Fıkra ‘‘ Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz. ’’ şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Yukarıda yapamayacağı belirtilen işler numerus clausus (Sınırlı sayılı) olarak belirtilmiş gözükmektedir. Bu kurala ilişkin olarak verilen Yargıtay 12. HD 2014/31067 K numarasıyla verilen kararda ‘‘ ... ancak kat maliklerinin adı geçene kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi verdikleri iddia ve ispat edilmediği gibi karar defterinde yer alan 15.07.2011 tarihli kararda da böyle bir yetkinin mevcut olmadığı görülmektedir. Bu durumda takip dayanağı bonolardan dolayı yöneticilik hakkında takip yapılması mümkün olmadığından, mahkemece borca itirazın kabulü ile İİK. nun 169/a maddesi uyarınca takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. ’’ şeklinde ifadede bulunulmuş dolayısıyla dava açma, sulh olma, kambiyo taahhüdünde bulunma gibi hallerin özel yetki şeklinde ayrıca ve açıkça verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

2.5.2.5. Vekilin Borçları

Talimata Uygun İfa

TBK Md 505'te belirtilmiştir. Maddedeki ifade ‘‘ Vekil, vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir. ’’ Şeklinde. Talimat edimin hangi tarz ve şartlarla ifa edileceğine ilişkindir. Ancak bu talimat sözleşmenin şartlarından sayılması gerektiğinden vekalet verenin işin hızlı tamamlanması için örneğin iş güvenliği tedbirlerine fazla kulak asmadan işin tamamlanması şeklinde kanuna aykırı talimatları kapsayamaz. Zira kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Ancak sözleşmenin konusu işin en kısa sürede tamamlanması ise talimat istenen bir tarih aralığı şeklinde verilebilir. Burada yine istenecek tarihin imkânsız bir tarih olmaması gerekmektedir. İlave işlere ilişkin talimatlar

⁴² ARAL-AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, 10. Bası, Sayfa 411

ise yeni icap-kabuller gerektiren yeni sözleşme niteliğinde olup vekilin işi üstlenme borcu yoktur.

Vekilin talimatlardan ayrılabilmesi vekalet verenin iznine tabidir. Ancak Md.505/I-2 de ‘‘ *Ancak, vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde, vekil talimattan ayrılabilir.*’’ Şeklinde genel kurala istisna getirilmiştir. Burada vekalet verenin subjektif değil, objektif bilgili ve basiretli bir vekalet veren kıtas olarak alınmalıdır. Yoksa inatçı kişilikli ve talimatından vazgeçmesi mümkün olmayan bir vekalet verenin özel durumu dikkate alındığında Md. 506’da belirtilen sadakat ve özen gösterme ilkelerinden taviz verilmesi gerekecektir ki kanun maddelerinin amacı vekalet verenin objektif menfaatlerinin korunmasıdır. Vekilin asli görevi budur.

Vekilin talimattan ayrılması hali ise TBK Md 505/II’de belirtilmiştir. Madde ‘‘ *vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz*’’ şeklindedir. Örneğin İnş. Müh. Bay A hafriyat yapmıştır. Ya komşunun bahçesine zarar verilecektir ya da yola (Durum daha fazla zarar doğmaması adına kaçınılmazdır). Vekalet veren Bay V yola zarar verilmemesini, komşunun bahçesinin zarar görmesini istemiştir. (Zorunluluk hali) Ancak Bay A talimattan ayrılmış yola zarar vermiş ve hafriyat aşamasını tamamlamış, tehlikeyi bertaraf etmiştir. Burada yola verilen zarar Bay A tarafından karşılanmalıdır. Zira madde gereği ifa edilmiş sayılması için zararın karşılanması gerekmektedir. Zararın karşılanması imkansız da olabilir. Örneğin yolda belediye tarafından ölmüş bir heykeltıraşa yaptırılan heykel olsun ve zarar görsün. Bu durumda vekalet veren tazminat talep edecektir.

Şahsen İfa, Sadakat ve Özen Gösterme

TBK Md. 506/I ‘‘ *Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*’’ Şeklinde düzenlenmiştir. Maddede kuralın şahsen ifa olduğu ancak özel durumlarda işin başkasına yaptırılabilmesi belirtilmektedir. Şahsen ifanın sebebi vekalet ilişkisinin güven temeline dayanmasıdır. Buna ilişkin olarak Yargıtay 13. HD 2015/33136K numaralı kararda ‘‘ Zira azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan ‘‘güven ilişkisi’’ sona ermektedir ...’’ Şeklindeki ifade incelendiğinde vekalet ilişkisinin güvene dayandığı belirtilmektedir. Dolayısıyla vekilin güven ilişkisinin bir zorunluluğu olarak özel yetki verilmedikçe işi şahsen ifa ile zorunlu olduğu belirtilmektedir. Zira yukarıda belirtildiği üzere vekalet sözleşmesi hukuki kapsamda kanunda sayılı birkaç hal dışında vekile geniş yetkiler vermektedir. Vekalet verenin açıkça izin vermesi dışında durumun zorunlu olması ya da teamülün mümkün kılması halleri özellikle büyük şantiyelerin vekalet ilişkisi kapsamında idare edilmesi aşamasında ortaya çıkmaktadır. Zira iş takibi, malzemelerin kalite ve sevkiyat takibi, is programlama, hakediş- keşif- metraj işleri gibi hususların tek kişi tarafından karşılanması mümkün değildir. Bu sebeple kapsamlı işlerde vekilin her konuda şahsen ifa zorunluluğunun olmadığı kabulü gerekmektedir. Peki yardımcı çalıştırabilmenin kapsamı ve içeriği ne olacaktır. Alt vekalet ilişkisi mi yoksa kendisine bağlı yardımcı çalıştırılması mı? Her iki durum da mümkündür. Alt vekalet ilişkisinde vekalet verenden bağımsız bir vekalet ilişkisi kurulur ve alt vekil ile ana vekalet veren arasında doğrudan bir bağ olmaz. Ancak TBK 507/III gereği vekalet veren alt vekile karşı, vekilin haklarına sahiptir. Madde ‘‘ *Vekâlet veren, her iki durumda da vekilin kendi yerine*

koyduğu kişiye karşı sahip olduğu hakları, doğrudan doğruya o kişiye karşı ileri sürebilir.” Şeklinde düzenlenerek arada bağ olmamasına karşın bu yetkiye olanak sağlamaktadır.

Vekilin yardımcısının fiillerinden sorumluluğu işi başkasına yaptırmaya sözleşme, teamüle ya da zorunluluğa dayanarak çalıştırılıp çalıştırılmamasına göre değişmektedir. Eğer bu gerekçelere dayanarak yardımcı çalıştırılıyor ise vekilin sorumluluğu *sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür*. Yani vekil yardımcısını doğru şekilde seçtiyse ve talimatları yerli yerindeyse bir sorumluluğu olmayacaktır. Örneğin mühendis Bay A seçtiği doğru adamın dalgınlığından sorumlu olmayacaktır. Ancak dalgınlığı ile tanınan bir kişiyi seçtiyse ya da talimatlarının doğru şekilde ulaştığından emin olmadan işin tamamlandığının takibini bıraktı ise sorumlu olacaktır. İkinci duruma örnek, yardımcısı durumunda olan bilgisayar kullanmayı bilmeyen yardımcısına e-mail yolu ile talimat vermek gösterilebilir. Vekil bu durumlarda adeta kusursuz sorumlu gibi yardımcılarının her türlü ihmal, ağır ihmal ve kastından sorumludur.

Sadakat ve özen gösterme borcu ise TBK Md 506/III Fıkra da belirtilmiştir. Maddede “ *Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” İfadesi mevcuttur. Sadakat TDK sözlüğünde içten bağlılık, doğruluk anlamını taşımaktadır. İşin sadakatle yürütülmesi ise işin vekalet verenin menfaatine olacak şekilde yürütülmesi demektir. Burada acaba vekalet verenin talimatları kendi menfaatine olup olmayacağı sadakat yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilerek vekil tarafından görmezden gelinebilir mi? Böyle bir durumda vekilin yapması gereken olası sonuçların vekalet verene bildirilmesi ancak kesinlikle açık talimatlardan ayrılınmamasıdır. Zira vekilden ısrarlı şekilde işgüzarlık yaparak vekalet verenin menfaatleri doğrultusunda ancak onun talimatlarının aksine hareket etmesi beklenemez. Sonuçta ilişkinin temeli güvene dayanmakta olup güven ilişkisinin kapsamı talimatlara uygun davranılacağı yönünden değerlendirilmelidir.

Vekilin özen borcu ise özellikle genç yaşta serbest meslek erbabları için önem arz etmektedir. Zira madde “ *Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır.*” Şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki sorumluluk objektif kriterlere göre değerlendirilecek kusurun sorumluluğudur. Vekilin kusuru *benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin* davranışlarıyla kıyaslanacağından mesleğinde tecrübesiz vekillerin tecrübesizlikleri kendileri için bahane olmayacaktır. Aynı şekilde sebebi vekilin kendisine bağlanabilecek doğal olaylar da vekili kurtarmayacaktır. Örneğin kış şartlarında bitümlü kaplama işi alan vekil sonradan mevsim koşullarını bahane gösteremeyecektir. Bunun gibi turizm sezonu kaynaklı inşaat yasağına takılan ancak bu tarihlere gelmeden tedbir de almayan vekil yasal kısıtlılık bahanesine sığınamayacaktır. Sonuçta kıyaslanacağı kişi basiretli vekildir ve basiretli kişiden bu tip hatalar beklenmemelidir.

Hesap Verme

Konu ile ilgili düzenleme TBK Md. 508 de düzenlenmiştir. Maddeye göre “ *Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak*

aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür.” Bu maddenin düzenlenmesi kanaatimce gereksizdir. Zira zaten sebepsiz zenginleşme hükümleri ile de bu sonuca ulaşmak mümkün olacaktı. Sonuçta ilişkinin temeli vekalet verenin menfaatine olarak bir işin yürütülmesi olup ilişki güven ilişkisine dayanmaktadır. Madde 509 da ise “ Vekilin, kendi adına ve vekâlet veren hesabına gördüğü işlerden doğan üçüncü kişilerdeki alacağı, vekâlet verenin vekile karşı bütün borçlarını ifa ettiği anda, kendiliğinden vekâlet verene geçer.” İfadesi mevcuttur ki bu durum doğrudan temsil- dolaylı temsil ilişkisine atıf yapmaktadır. Yargıtay 13.HD 2016/8652 K numaralı kararda “ ... davalının ise kendilerine ait fabrika binası inşaatında proje mimarı ve şantiye şefi olduğunu,... mevki 31 sayılı parsel üzerinde inşaat yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa maliyetinin hesaplanması ve arsa sahipleri ile görüşülmesi ve diğer süreçlerin yürütülmesi için davalı ile anlaştıklarını ve vekaletname verdiklerini ancak inşaat maliyeti konusunda davalının kendilerini yanılttığını... 1-Davacı, mimar olan davalı ile 31 sayılı parsel için inşaat yapılmak üzere arsa sahipleri ile görüşmek, taşınmazın inşaatla ilgili durumu için resmi kurumlarda araştırma yapmaya, müracaatta bulunmaya ,her türlü işlemi yapmaya dair 27.11.2012 tarihinde vekaletname verdiğini, inşaatın maliyeti ile ilgili konularda eksik bilgilendirilme nedeniyle kar edebilecekleri bir yatırım olmadığının anlaşıldığını, sözleşme yapılmadığını, 24.5.2013 tarihinde davalının azledildiğini, bu süreç için kendisine ödenen avansın ihtarla rağmen iade edilmediğini ileri sürerek bu paranın tahsili için eldeki dava açmıştır. ... Vekil, sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Buna göre öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin vekalet akti yönünden değerlendirildiğinde davalı vekilin azlinin haklı olup olmadığı, vekaletname kapsamındaki işlerin yapılıp yapılmadığı ya da gereği gibi yapılıp yapılmadığı hususlarının öncelikle incelenmesi gerekir. Davalı vekilin azlinin haklı olması halinde ücretin tamamını talep hakkı olmayıp azil tarihine kadar bitirdiği işlerin ücretini talep edebileceğinin kabulü gerekir. Mahkemece, öncelikle bu husus üzerinde durulup sonucuna göre karar verilmesi gerekirken... ” şeklinde belirtilen hususlar incelendiğinde vekil sıfatlı şantiye şefinin fazla bedeli iade yükümlülüğü açıkça ifade edilmiştir. Somut olayda şantiye şefinin özenli ve basiretli davranmayarak müvekkili yanlış yönlendirdiği anlaşılmaktadır.

Maddede vekalet verenin kendi üzerine düşeni yerine getirmesi halinde, vekilin yaptığı işlerden kaynaklı alacakların kendiliğinden vekalet verene geçeceği anlatılmaktadır. Buna ilişkin olarak da Yargıtay 13. HD 2016/11963 K numaralı kararda “*Vekâlet sözleşmesinin en önemli unsurları arasında, vekilin hesap verme borcu gelmektedir... Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi, azil ile 09.11.2009 tarihinde sona ermiş olup, dava tarihine kadar 5 yıllık süre dolmamıştır. Öte yandan, vekilin hesap verme yükümlülüğü bulunduğundan, davada ispat yükü de vekil olan davalıdır. Hesabını vermeye ve satış bedelini hissesi oranında davacıya ödemeye mecburdur. Bu ödemeyi de yazılı belgelerle ispat etmek zorundadır.*” Şeklinde ifade edilerek ispat yükü dahi vekile yüklenmiştir.

2.5.2.6. Vekalet Vereninin Borçları

Vekilin Masraf Ve Avanslarının Karşılanması Borcu

Madde 510 da “ Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu

kurtarmakla yükümlüdür.” İfadesi mevcuttur. Burada söz konusu olan vekaletin gereği gibi ifası için söz konusu olan giderlerin ve avansların faiziyle beraber karşılanmasıdır. Örneğin İnşaat Mühendisi Bay A'nın şantiye ofisine alacağı çay işin gereği gibi yürütülmesi için yapılan masrafa dahil iken ofise alınan tropik kahve çeşitleri bu kapsamda değildir. Dolayısıyla ikinci duruma ilişkin masrafın karşılanması söz konusu olmayacaktır. Bunun gibi işin yürütülmesi için gerekli masraf olup olmadığının tayini benzer durumda basiretli kişilerce yürütülen işlerde aynı masrafın yapılıp yapılmadığına göre tayin edilecektir. Yoksa masrafın zorunluluğu burada önemli olmamalıdır.

Vekalet verenin bir diğer borcu ise vekilin vekalet dolayısıyla yüklendiği borçtan kurtarmaktır. Borçtan kurtarmak vekalet verenin ödemesi şeklinde olabileceği gibi borcu üzerine alması ile de olabilecektir. Konu ile ilgili hüküm TBK Md. 196'da *‘Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur’* şeklinde belirtilmiştir. Kısaca vekalet veren ile alacaklının anlaşarak vekilin borçtan kurtulması mümkündür.

Maddenin II. Fıkrasında ise *‘Vekil, vekâlet ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekâlet verenden isteyebilir. Ancak vekâlet veren, kusuru bulunmadığını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.’* İfadesi mevcuttur. Burada istenebilecek olan masraflar vekalet verenin kusuru dolayısıyla oluşan ve vekalet ifası kaynaklı oluşan zararların tazminidir. Zira 2. Cümlede vekalet verenin kusursuz olduğunu ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı belirtilmektedir.

2.5.2.7. Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Tek Taraflı Sona Erdirme

TBK 512'de *‘Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.’* Hükümü incelendiğinde tarafların tek taraflı olarak her zaman sözleşmeyi sona erdirebileceği belirtilmektedir. Ancak uygun olmayan zamanda bunun neden olacağı zararın sözleşmeyi sona erdiren tarafça karşılanacağı belirtilmektedir. Uygun zaman kavramına verilecek örnekler işe hava şartları, yasal sebeplerle ara verilmesi, yerine yeni bir kişi atanınca işten el çekilmesi gösterilebilir. Aynı şekilde vekalet verenin de uygun olmayan zamanda vekili azletmesi tazminatla sonuçlanacaktır. Yargıtay 13. HD 2015/33136K numaralı kararında *‘... dava devam ederken davalının kendisine 21.02.2014 tarihli bir mail yolladığını ve bu mail ile davaya artık devam etmesini istemediğini açıkça dile getirdiğini, bunun üzerine kendisinin de dosyaya 23.01.2012 tarihli istifa dilekçesini sunduğunu, davalı tarafından ödenmemiş olan vekalet ücretlerinin tahsili için başlattığı icra takibine itirazın iptalini istemiş, davalı ise davacının takip ettiği dosyalarda ihmali olduğunu, bilgilendirme yükümlülüğünü de yerine getirmediğini savunarak davanın reddini dilemiştir. Davalı tarafından davacıya yollanan mail ile davalının davacıya ödeme yapamayacaklarını ve bu nedenle şahsı ya da şirket adına açılmış ya da açılacak davaların tümüne ilişkin olarak hukuki bir girişimde bulunmamalarını açıkça belirttiği, davacı avukatın yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiği bu haliyle davacı avukatın istifasının haklı olduğu...*’ belirtilerek uygun olmayan zamanda yapılan azilin sonuçları belirtilmiştir. Sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi halinde tazminata hükmedilebilmesinin sebebi

sözleşmenin ihlali olmayıp sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kötüye kullanılması halinde karşı tarafın zararının tazmin edilmesidir⁴³.

Sona erdirmeye iradesi tek taraflı, varması gereken, ileriye etkili bozucu yenilik doğurucu bir hakkın kullanımudur. Bu anlamda hak bir kez kullanıldığında bir daha geriye dönülemez. Yani uygulamada çok kez görüldüğü üzere vekilin (Ya da eser sözleşmesi için yüklenicinin) azledildikten sonra bir şans daha verilmesi mümkün değildir. Eğer niyet bu ise yeni bir sözleşme ile yola devam edilmelidir. Kaldı ki sözleşme bir kez bozulduğunda yeniden kurulması için karşı tarafın onayı gerekeceğinden tek taraflı irade ile şans verilebilmesi mümkün değildir.

Sözleşmeden dönebilme hakkından önceden vazgeçilebilip vazgeçilemeyeceği hususunda iki farklı görüş olmakla beraber hakim görüş kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelikte olan ve vekilin niteliğinin önemli olduğu serbest meslek erbabları için sözleşmeden dönmenin kısıtlayıcı hükümler ile engellenmesi mümkün değildir. Zira bu kişiler için güven kavramı daha da öne çıkmaktadır. Ancak vekilin kişiliğinin önemli olmadığı vekalet ilişkilerinde sözleşmeden dönmek konulacak bir madde ile kısıtlanabilecektir. Zira bu işler sıradandır ve vekilin kişiliği fazla önem taşımamaktadır.

Ölüm, Ehliyetin Kaybedilmesi ve İflas Sebebiyle Sona Erdirme

TBK Md. 513 ‘ ‘ *Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur.* ’ ’ Şeklinde düzenlenmiştir. Burada yine genel kurala vurgu yapılmıştır. Genel kural vekalet sözleşmesinin güven ilişkisi üzerine kurulmuş olmasıdır. İki tarafın birbirine karşılıklı güveni söz konusu olduğu için de taraflardan birisinin ölmesi/ehliyetini kaybetmesi/iflası⁴⁴ halinde işin niteliğinden aksi anlaşılmamışsa veya sözleşme bu yönde değilse sözleşme kendiliğinden sona ermiş olacaktır. Taraflardan birisinin bunu öğrenmesine gerek yoktur. Ancak maddeden anlaşıldığı üzere sözleşme ile aksi kararlaştırılabilecektir. Yargıtay HGK 2015/781 K numaralı kararda ‘ ‘ ... *Madde metninden de açıkça anlaşılabileceği üzere, kural olarak ölüm halinde vekalet veren ile vekil arasındaki vekalet ilişkisinin sona ereceği belirtilmiştir; maddenin ikinci fıkrasında ise, vekâlet ilişkisinin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet verenin mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar vekilin, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlü olduğuna ilişkin bir istisnai düzenleme getirilmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde, TBK’nun 506.maddesi gereğince neden olunan zararın tazminini gerektireceği her türlü izahtan varestedir. Somut olaya gelince; görülmekte olan davada kendisini vekille temsil ettirdiği*

⁴³ ARAL-AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, 10. Bası, Sayfa 435

⁴⁴ İflas özellikle Roma hukukunda yaptırımı çok ağır olan ve ŞEREFSİZLİK (İnfamia) kurumundan gelmektedir. İnfamia (Şerefsizlik) Durumu bir kişinin toplum içinde saygıdeğerliğini yitirmesidir. Roma da böyle bir duruma düştüğü kabul edilen kişinin gerek kamu, gerek özel alanda hakları kısıtlanmaktaydı. Seçme- seçilme hakları olmaz, hukuki işlemlerde temsilci olamazlar, davalarda tanık olamazlar, davalı-davacı olmak hakları bulunmazdı. Miras hukukuna göre vasiyetle mal verildiğinde bu hakları itiraz edilebilirdi. İnfamia durumu; toplumca onur kırıcı, bayağı görülen, küçümsenen davranışta bulunanlar ve iki kadınla aynı anda nişanlananlar, askerden kaçanlar olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktaydı. Şerefsizlik (infamia) bir kimsenin dürüst, namuslu bir insan gibi davranmamasından ötürü aleyhine açılan davalardan dolayı mahkum edilmesine bağlanmış bir müeyyide olarak da ortaya çıkabilmekteydi. Kamu suçlarından ya da bir takım özel suçlardan dolayı hüküm giyenler, iyi niyete dayanan bazı hukuki ilişkilerde haksız davranışlarından ötürü haklarında dava açılıp mahkum olmaktadır.

dosya kapsamından açıkça belli olmasına karşın, direnmeye ilişkin gerekçeli kararın “vekil” yerine “davacı asile” tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, davacı H. A.'ün eldeki davada kendisini vekille temsil ettirmesine rağmen direnmeye ilişkin gerekçeli karar tebligatının “vekile” çıkarılması gerekirken, davacı asile tebligatın yapılması usul ve yasaya aykırıdır. ...” denilerek vekil-müvekkil ilişkisinin ölüme rağmen bir süre devam ettirilmesi gereğine vurgu yapılmıştır.

Yargıtay HGK 2016/64 K numaralı kararda ise ‘...Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 513/1. maddesi gereğince iflas ile vekalet ilişkisi de son bulur. Dosyada mevcut ticaret sicil gazetesi örneğinden davacı borçlulardan ...AŞ'nin 25.12.2012 tarihinde iflasına karar verildiği, bozma ilamı ve bozmadan sonra yapılan yargılama nedeniyle tensip ve duruşma gününün Bakırköy 1. İcra ve İflas Müdürlüğü'ne -Basit Tasfiye- tebliğ edildiği, bozmadan sonraki oturumda iflas idaresinin hazır bulunmadığı gibi vekille de temsil edilmediği, açıklanan durum karşısında şikayetçi şirketin taraf ehliyetinin ancak iflas idaresince kullanılabileceği ve anılan şirket bakımından vekalet ilişkisinin ortadan kalkmış olduğu anlaşılmaktadır. ...” vekalet ilişkisinin taraflardan birisinin iflası ile son bulacağı belirtilmiştir.

513. Maddenin II. Fıkrasında ise ‘Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür.’ İfadesi mevcuttur. Bu fıkra I. Fıkranın istisnasını oluşturmaktadır. Buradaki dikkat çekici nokta menfaati tehlikeye düşmesinden endişe edilen tarafın vekalet veren olmasıdır. Birkaç maddede daha değinilen bu nüans vekalet sözleşmesinde menfaati korunması gereken tarafın vekalet veren taraf olduğunu ucu açık ya da karanlık konularda yorumun bu yönde yapılması gerektiğini anlatmaktadır. Madde oldukça ucu açıktır. Örnek vermek gerekirse vekalet verenin 3 yaşında çocuğundan başka mirasçısı bulunmamaktadır. Vekil ile vekalet verenin işlerinin idaresi için anlaşılmıştır. Vekalet veren bu sırada ölmüştür. Vekalet verenin çocuk ergin olana kadar işleri yürütmesi düşünülemeyeceğinden çocuğun işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar değil kendisine vasi vb. temsilci atanıncaya kadar şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyim.

Sözleşmenin sona ermesinin hükümleri

Madde 514 ‘Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur.’ Şeklinde düzenlenmiş olup ilk bakışta Madde 513/I de belirtilen ‘kendiliğinden sona erer’ ifadesi ile çelişiyor gözükmemektedir. Zira önce kendiliğinden sona ermekten sonra ise sona erdiğinden habersizce yapılan işlerden bahsedilmektedir. Ancak ilkinde kendiliğinden sona eren sözleşmedir ve sözleşmenin sona erdiğinin karşı tarafa ihbarının gerekmediği belirtilmektedir. İkinci durumda ise sözleşme zaten sona ermiştir ancak karşı taraf diğer tarafın örneğin fiil ehliyetini kaybettiğini bilmemekte sözleşme devam ediyormuş gibi iyi niyetle edimlerine devam etmektedir. Burada da habersizce iş gören vekildir. Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumlu olduğu yönündeki ifade vekilin iyi niyetiyle sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlere dönük olarak sınırlandırılmıştır. Öğrendikten sonra artık işlerden el çekmesi gerekmekte olup işi yeni vekile ya da vekalet verene teslimden önce oluşacak acil ve zorunlu görevleri

kendiliğinden yerine getirmesi artık bu hükümlere göre değil vekaletsiz iş görme hükümlerine tazmin edilecektir.

Yukarıda TBK 502. Maddeden itibaren açıklanan hususlar vekalet sözleşmesine özel hükümler olup açıklanmayan hususlar hakkında Borçlar Kanunu 206 (Dahil) maddeye kadar olan genel hükümler uygulanacaktır. Dahası tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacağı belirtilen Medeni Kanunun ilk 7 maddesi de uygulanacaktır. Bunlar yanında vekalet ilişkisine giren taraflar Türk Ticaret Kanunu anlamında tacirse ya da tacir gibi sorumlu⁴⁵ ise Borçlar Kanunu ile çelişen durumlarda TTK hükümleri uygulanacaktır. Burada özellikle ücret konusunda TTK hükümlerinin vekalet sözleşmesinde ücretin zorunlu unsur olmaması hususlarıyla çeliştiği ya da çelişebileceği görülmektedir. Aşağıda özellikle Borçlar Kanununda İnşaat Mühendisi bir vekilin mesleğiyle alakalı olabilecek genel hükümler incelenecektir.

2.5.3. Borçlar Kanunun Vekalet Sözleşmesi Hakkında Uygulanacak Bazı Genel Nitelikli Hükümleri

2.5.3.1. Sözleşmenin Yorumu

Madde 19'da belirtilen “ Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.” İfadesi irdelenmeye değerdir. Yukarıda sözleşmelerin yorumlanmasında yeni güven teorisinin geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu teoriye göre dürüst ve makul muhatap, beyan sahibinin beyanını fiilen doğru anlamışsa burada normatif iradeye değil gerçek iradeye göre yorum yapılmaktadır. Dolayısıyla taraflardan birisinin niyetini gizlemek için kavramlar ve terimler arkasına kötü niyetle saklanması ve sözleşmeyi amacından saptırmasının önüne geçilmek istenmektedir. Maddeye göre tarafların ortak iradeleri tespit edilmelidir.⁴⁶

Sözleşmenin yorumlanmasında çeşitli teoriler ileri sürülmektedir. Bunlar özetle:

- **İrade Teorisi :** Bu teoriye göre beyan yorumlanırken öncelikle beyan sahibinin iradesi göz önüne alınmalıdır. Muhattabın menfaati göz önünde tutulmaz.

⁴⁵ **TTK Madde 12. - (1)** Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. (2) Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır. (3) Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur

MADDE 16- (1) Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar. (2) Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.

III - Donatma iştiraki MADDE 17- (1) Tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanır.

⁴⁶ Yargıtay 15. HD 2016/2694K ‘ ‘ ... Taraflar arasındaki sözleşme imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen "eser" sözleşmesi niteliğindedir. Nitekim BK'nın 18/1. maddesinde tarafların hata yüzünden veya gerçek niteliğini gizlemek için kasten kullandıkları yanlış isimlendirmeler değil, gerçek iradelerine bakılmak gerektiği vurgulanmış, benzer düzenleme TBK'nın 19/1. maddesinde de getirilmiştir. Bu haliyle sözleşmenin başlığında Hizmet Alım Sözleşmesi yazılması sözleşmenin "eser" niteliğini değiştirmemektedir. Bu durumda uygulanacak hükümler BK'nın "eser" e ilişkin hükümleridir. ... ‘ ‘

Hukukumuzda bu teorinin en tipik uygulaması miras hukukunda gözlenmektedir. Sözleşmesel ilişkilerde uygulama alanı bulmaz.

- **Beyan Teorisi** : Yorum teorileri içerisinde en eskisidir⁴⁷. Beyan sahibinin iradesi değil beyanı dikkate alınır.

- **Güven Teorisi** : Teorinin kaynağı dürüstlük kuralıdır. (TMK Md 2) Teoriye göre beyanın yorumlanmasında muhatbın standartlarındaki ortalama bir kişinin anlaması gereken şekilde hareket edilir. Teori zamanla gelişmiş ve *yeni güven teorisi* şeklini almıştır. Yeni güven teorisinde ise muhatap olan kişinin dürüst ve makul davranması halinde nasıl anlaması gerektiği esas alınmaktadır. TBK Md. 19 metni incelendiğinde sözleşmelerin yorumunun yeni güven teorisine göre çözülmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır.

2.5.3.2. Aşırı Yararlanma

Buna göre tarafların karşılıklı edimleri arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde aşırı yararlanmadan söz edilebilecektir. Ancak konumuz vekalet sözleşmesi olduğuna göre ve vekalet sözleşmesi karşılıksız da yapılabileceğinden vekil aleyhine açık bir oransızlıktan söz edilmesi için vekilin ispat yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekecektir. Zira vekilin basiretli olduğu kabul edilmektedir. Vekalet veren açısından ise ispat daha kolay olacaktır. Aşırı yararlanmanın yaptırımı menfaati tehlikeye düşen tarafın sözleşme ile bağlı olmama hakkını kullanması ya da orantısızlığın giderilmesi olabilecektir.

2.5.3.3. Yanılma- Aldatma- Korkutma-İrade Bozuklukları

Bu hallerden yanılma haricindekilerin olması durumunda sözleşme sözleşmenin diğer tarafını bağlamayacaktır. Yanılma esaslı yanılma ise yine aynı durum olacak ancak esaslı olmayan yanılmalarda sözleşme ile bağlılık devam edecektir. Yanılma halleri kanunda sayılmış olup; açıklamada yanılma⁴⁸, saikte yanılma⁴⁹, iletmede yanılma⁵⁰ şeklinde sayılmıştır. Yanılan yanılmasında kusurlu ise bundan dolayı oluşacak zararı karşılayacaktır. Karşı taraf sözleşmenin, yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır. Yanılma hallerine örnek olarak kişinin 1. Kattaki evi almak istediğini söylemesi ancak kastettiğinin aslında zemin kattaki ev olması ne var ki bu evin daha önce satılmış olması gösterilebilir. Ya da vekalet sözleşmesi kurulurken evi için yaptıracağı yolun tasarımını inşaat mühendisi yerine bu işe ilgili olduğunu düşündüğü makine mühendisi ile anlaşma

⁴⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2013, Ankara, Sayfa: 150

⁴⁸ MADDE 31- Özellikle aşağıda sayılan yanılma halleri esaslıdır: 1. Yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme için iradesini açıklamışsa. 2. Yanılan, istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamışsa. 3. Yanılan, sözleşme yapma iradesini, gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına açıklamışsa. 4. Yanılan, sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın başka bir kişi için iradesini açıklamışsa. 5. Yanılan, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla bir edim için veya gerçekte istediğinden önemli ölçüde az bir karşı edim için iradesini açıklamışsa. Basit hesap yanlışlıkları sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bunların düzeltilmesi ile yetinilir.

⁴⁹ Saikte yanılma, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir. Aksi taktirde esaslı yanılma sayılmayacaktır.

⁵⁰ İletmede yanılma aracı kullanımı sırasında iletinin yanlış aktarılmasıdır.

yapması buna örnektir. Burada saikte yanılma vardır. Yargıtay 1. HD 2015/7977 K numaralı kararında “ ... Mahkemece, hile hukuksal nedenine dayalı olan davanın, hak düşürücü süre geçtikten sonra açıldığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir. ... Hâl böyle olunca; vekalet görevinin kötüye kullanılması hukuksal nedenine dayanan davaların herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmadığı gözetilerek, işin esasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...” şeklinde ifade edilmek suretiyle hilenin hukuksal sonuçları ve en önemlisi de bir hak düşürücü süreye ya da zamanaşımına tabi olmadığı belirtilmiştir.

Aldatmada bir taraf diğerini aldatmıştır ve bu aldatma sözleşmenin kurulmasına etkili olup olmamasına bakılmaz. Dolayısıyla sözleşmeyle bağlılık söz konusu değildir. Güven ilişkisinin ön planda olduğu vekalet sözleşmesinde bu (Sözleşmeyle bağlılık) hiç mümkün değildir.

Korkutmada ise sözleşmenin korkutmanın etkisi ile imzalanması gerekmektedir. Taraflardan birisi korkutmaya çalışmış ancak diğer taraf bunu anlamamış ise hakkaniyet de gerekiyorsa korkutan taraf tazminat öder. Korku etkisiyle sözleşme imzalanmış ise sözleşmeyle bağlı kalmak tarafın iradesine kalmıştır. Buna örnek olarak kamu dairesinde çalışan bir mühendisin B şahsının mallarının zarar göreceğini bildirerek kendisiyle sözleşme yapmaya zorlaması gösterilebilir. Korkutmanın yasal bir hakkı uygulamak ile olması da mümkündür. Ör. Müvekkilin yıkım kararı alınmış binasının -başkalarının yerleri yıkılmıyorken- yıkılması.

2.5.3.4. Borçların İfasının Güçsüzlüğü

Madde 138’de “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.” Şeklinde ifade mevcuttur. Buna göre örneğin vekil ücret karşılığı üstlendiği vekalette karşı tarafın acze düştüğünü görürse kendi edimini ifadan kaçınabilir. İsteddiği teminat gösterilmez ise sözleşmeden dönebilir.

2.5.3.5. Alacaklı Temerrüdü

Bazı durumlarda borçlu borcunu ifa etmiştir ancak alacaklı bunu teslim almakta gecikmektedir. Bu hallere alacaklı temerrüdü denilmekte olup Md.106 da “Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.” Şeklinde tanımlanmıştır. Madde 107 de ise “Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.” Denilmektedir. Buna göre vekil İnşaat Mühendisi Bay A inşaat tamamlandığı için işi vekalet edene teslim etmek istemekte ancak işin sahibi işi teslim almayarak temerrüde düşmektedir. Bay A hasar ve yararı vekalet verene ait olmak üzere hakime başvurarak işi teslim edebilir. Hasar ve yararın alıcıya ait olması demek teslimden sonra oluşacak hasarlara vekilin karışmaması demektir. Yarar konusunda ise tevdi

edilecek malın hayvan olduğunu düşünürsek ineğin sütünün, tavuğun yumurtasının temerrüde düşene ait olması anlaşılır. Taşınmazlarda ise kira vb anlaşılmalıdır.

2.5.3.6. Borçların İfa Edilememesi

Borçlunun görevi ne isteniyorsa onu ifa etmektir. Karşı tarafın daha azını ya da çoğunu, kalitesizini ya da kalitelisini kabul etmesi konusunda zorlama yapamaz. Bu sebeple borç hiç ya da gereği gibi ifa edilmezse alacaklının bundan doğan zararı karşılanır. Eğer borç borçlu tarafından ifa edilmemişse masrafı borçludan tahsil edilmek üzere alacaklı tarafından ya da onun istediği birisi tarafından ifa edilebilecektir.

2.5.3.7. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Borcun asli yükümlüsü yanında yardımcı çalıştırabilir. Özellikle vekalet sözleşmesi kapsamında vekaletin kapsamı büyük şantiyelerin idaresi ise İnşaat Mühendislerinin yardımcılarıyla beraber edimi ifa etmesi kaçınılmazdır. İşte yardımcı çalıştıran bu kişiler yardımcılarının yol açtığı zararlardan kusursuz sorumludur. Vekil yanında çalıştırdığı bu kişilerin fiillerinden sorumluluğunu önceden yapacağı bir anlaşmayla sınırlandırabilir ya da kaldırabilirse de eğer inşaat mühendisliği gerektiren bir konuda vekalet ilişkisi var ise TBK 116/III te belirtilen *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* hükmü karşısında bu sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır.

2.5.3.8. Borçlunun Temerrüdü

Borçlu muaccel bir borcun ifa tarihinin gelmesiyle ya da alacaklının ihtarıyla temerrüde düşecektir. Borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe oluşacak zararı gidermekle yükümlüdür. Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan da sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir. Buradaki beklenmedik hal temerrüde düştükten sonra oluşacak beklenmedik haldir. Temerrütlerde faiz isteme hakkı da saklıdır. Ancak alacaklının zararı temerrüt faizinden fazla ise borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

2.5.3.9. Borçların Sona Ermesi

Asıl borç ifa ya da başka sebeple sona ererse rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur. Yani feri alacakların kaderi asli alacakların kaderine bağlıdır. Alacaklı ve borçlu sıfatının bir kişide birleşmesi de borcu sona erdirir. Örneğin vekil babasının inşaatının idaresini üstlenmiştir. Babasının tek mirasçısıdır ve babası ölmüştür. Bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiş ve borç sona ermiştir. Aynı şekilde borcun imkansız hale gelmesi de borcu sona erdirir. Bu fiili imkansızlık olabileceği gibi hukuki imkansızlık da olabilir. Örneğin ruhsatı alınmış parsel yapılacak inşaatın idaresini üstlenen Bay A, ruhsatın ve/veya imar planının iptal edilmesi ile borç için ifa imkansızlığı olduğundan borç sona erecektir. Kısmi

imkansızlıkta ise borçta imkansızlaşan kısım sona erer. Ancak imkansızlaşan kısım yüzünden kalan kısmın bir anlamı kalmayacaksa borcun tamamı sona erer.

2.5.3.10. Aşırı İfa Güçlüğü

TBK Madde 138’de “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme­yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.” İfadesi mevcuttur. Bu duruma örnek olarak 1 sene önceden eser sözleşmesi yapılmış ve bu süre zarfında ırmak yatağı değişmiş ve parsel su altında kaldığından inşaat maliyeti oldukça artmıştır. Yargıtay 6. HD 2016/2888K numaralı kararında “... Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Eş söyleyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile, borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Ancak bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Türk hukukunda da öteden beri MK.nun 2 ve 4. maddesinden de esinlenilerek, hem Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesi, hem de İşlem Temelinin Çökmesi Kuramı uygulanmak suretiyle, uyarlanma davalarının görülebilir olduğu benimsenmiştir. ... Yargıtay tarafından benimsenen ve sözleşmeye bağlılık ilkesinin istinasını oluşturan, uyarlama davası 6098 Sayılı TBK.nın yasalaştırılması sırasında da benimsenerek, 6098 Sayılı Yasanın 138. maddesinde “Aşırı İfa Güçlüğü” madde başlığı altında düzenlemiş, “ Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme­yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. **a.**Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme­yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır. **b.**Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. **c.**Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır. **d.**Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Maddeye göre, uyarlamanın bütün koşulları gerçekleşmişse borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Bunun mümkün olmaması hâlinde borçlu, sözleşmeden dönebilir; sürekli edimli sözleşmelerde ise kural olarak, fesih hakkını kullanır.” Demek suretiyle aşırı ifa güçlüğü halleri somut olaya yansıtılmıştır.

Burada Yargıtay'ın kanunda belirtilen kıstaslara ilavelerde bulunduğu görülmektedir. Ancak şuna dikkat edilmelidir ki aşırı ifa güçlüğü iddiasının dinlenebilmesi için edimin ifa edilmemiş olması gerekmektedir. İfa edildikten sonra bunun dile getirilebilmesi için ifa sırasında bu hakların saklı tutularak karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir.

2.6. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Vekalet Sözleşmesi

2.6.1. Genel Olarak

6502 Sayılı Kanun kapsamında tüketici *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi* şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki hareket eden kişi edim karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına giren kişiyi anlatmaktadır. Bu kişi satım sözleşmesinde alıcı, kira sözleşmesinde kiralayan, vekalet sözleşmesinde ise vekalet verendir. Gerçi Borçlar Kanunu Md.502 ye göre sözleşmede bulunması ya da bu konuda teamül var ise vekil ücrete hak kazanmakta ise de TKHK kapsamındaki vekalet ilişkisinde vekilin ücret karşılığı bir iş üstlendiği durumlar göz önüne alınmalıdır. Vekalet sözleşmesi yargısal uygulamada en çok avukatlık ilişkisi şeklinde ortaya çıkmaktaysa da bu çalışmada şantiye şefliğinin vekalet sözleşmesi şeklinde ortaya çıktığı durumlar incelenecektir.

Tüketicinin Koruması Hakkında Kanunun (TKHK) amacı yasanın 1. Maddesinde *“ kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemek”* şeklinde açıklanmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın konusu olan vekalet sözleşmesi kapsamında şantiye şefi açısından bu amaçların nasıl gerçekleştirilebileceği ve gerçekleştirilmesi önündeki engellerin incelemesi yapılacaktır.

2.6.2. Kamu Yararı Unsuru

Şantiye şefliği mevcut düzenlemelerimizde genellikle müteahhit gerçek ya da tüzel kişiler ile kendi aralarında düzenlenen iş ilişkisi şeklinde olmakla beraber doğrudan iş sahibi ile iş görme sözleşmesi kurulması da mümkündür. Burada şantiye şefinin varlığı 3194 Sa. İmar Kanunu⁵¹ ve buna bağlı mevzuat ile 4708 Sa. Yapı Denetimi Hakkında Kanun⁵² ilgili hükümlerinden dolayı kamu yararı söz konusudur. Buradaki kamu yararı hem binalar içerisinde yaşayan kişilerin can ve mal güvenliğini kapsamakta, hem de ülke ekonomisinin olası doğal ya da beşeri olaylara karşı (Patlama, savaş vb haller) direncinin artması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

⁵¹ 3194 Sa. İmar Kanunu Md.28/2- “ Yapı sahibine ve idareye karşı sorumlu olan fenni mesuller, uzmanlık alanına uygun olarak yapıda yetki belgesi olmayan usta çalıştırılması veya şantiye şefi bulundurulmaksızın yapım işinin sürdürülmesi veya yapının mevzuata aykırı yapılması veya istifaları halinde, bu durumları altı iş günü içinde ilgili idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır. ... Yapı müteahhidi ve şantiye şefi; yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte bu Kanuna, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa etmek, neden olduğu mevzuata aykırılığı gidermek mecburiyetindedir. Yapı müteahhidi ve şantiye şefi, ilgili fenni mesullerin denetimi olmaksızın inşaat ve tesisatlarına ilişkin yapım işlerini sürdüremez, inşaat ve tesisat işlerinde yetki belgesi olmayan usta çalıştıramaz.”

⁵² 4708 Sa. YDHK Md.1-“ ... bu yapılarda da mimar veya mühendis unvanlı şantiye şefi bulundurulması mecburidir. Parsel malikinin veya hissedarlardan birinin mimar veya mühendis olması hâlinde ayrıca şantiye şefi aranmaz.”

Tüketici açısından can ve mal güvenliğinin sağlanması yanında şantiye şefi yapıların ilgili yönetmelik ve standartların altında olmadığına bir teminatı olarak kamu yararına hizmet etmektedir. Bunlar yanında 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ilgili hükümleri uyarınca Şantiye Şefinin edimini ifa ederken ortaya çıkan kazalar sebebiyle SGK'nın olası masraflarını rücu hakkı da –ve görevi- vardır. Zira kullanıcının, yapısında kullanılan malzemelerin kanserojen/mutojen madde içermediği, TSE standartlarına uygun malzemeler kullanıldığı, su-ısı-ses yalıtımının tam olarak yapıldığı, afetlerde en azından göçme öncesi performans sınırının yakalandığı, yangın dayanımının standartlara uygunluğunu vb. hususları test etmesi beklenemeyecektir. Sonuçta vekil mühendis bu işleri müvekkil ve kamu adına yürütmektedir.

2.6.3. Tüketicinin Sağlık, Güvenlik ve Ekonomik Çıkarlarını Koruma Unsuru

Yukarıda kamu yararı unsuru anlatılırken sağlık ve güvenlik unsurlarına da yer verilmiştir. Bu kısımda ayrıca tekrara gidilmeyecek sadece bu iki unsurun aynı zamanda kamu yararı unsuru da olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

Tüketicinin ekonomik çıkarları da kamu yararı içerisinde değerlendirilmekle beraber bu konu daha detaylı olarak incelenecektir. Şantiye şeflerinin denetim yaptıkları ürünler piyasadaki birçok üründen kullanım ömürleri açısından farklılık göstermektedir. Zira insanlar inşai yapılara sahip olurken bunların (Geçici yapılar hariç) 50-100 yıl ömre sahip olmalarını beklemektedir⁵³. Şüphesiz ki bu beklenti binanın taşıyıcıları ile ana duvarları için geçerlidir. Zira teknolojinin ya da güncel beklentilerin değişmesi ile bina içerisindeki mobilya, ısıtma-soğutma tesisatı vb. aksamaları daha erken değiştirmek gerekebilir. Bunun yanında mevzuatık düzenlemeler ile de bazı yapı elemanlarının değişmesi gerekebilir. Ör. Isı Yalıtımına ilişkin mevzuat yeni çıktıysa da eski yapıları da etkilemektedir. Ancak bunlar haricinde tüketicilerin beklentisi, sahip oldukları binanın en az hizmet ömürleri süresince sorunsuz olarak ayakta kalması, herhangi bir afet anında ise göçme öncesi performans sınırının üzerinde hizmet vermesidir.

Ekonomik çıkarların bir başka versiyonu ise kullanım imkanlarının doğru değerlendirilmemesidir. Binanın yukarıda belirtilen standartlarda inşa edilmesi her zaman ekonomik çıkarlarının gözetildiği anlamına gelmemektedir. Kullanışlı olmayacak şekilde inşa edilmiş, içinde yaşanması zorlu olacak şekilde inşa edilmiş binaların da ekonomik çıkarlara hizmet etmeyeceği ortadadır.

Bir başka husus ise inşai ürünün gayri ekonomik şekilde meydana getirilmesinde kendisini göstermektedir. Malzeme seçiminde muadil ve uygun fiyatlı malzemelerin seçilmemesi, zaiyatların olağandan fazla olması, iş sırasının hatalı olmasından dolayı geri dönüş maliyetlerinin çıkması, hatalı malzeme seçimi, yatırım maliyetini düşük çıkartmak uğruna işletme maliyetlerini arttıracak malzeme seçimleri, kararsızlık kaynaklı proje tadilatları, iş güvenliği kurallarını savaştırmaya kaynaklı zarar ve tazminatlar, mevzuatlara uymama kaynaklı idare ile yaşanan sıkıntıların getirdiği maliyetler, komşuluk hukukuna

⁵³ BS 7543:2003, TS EN 1991-1-1 ve TS EN 1994-2'e göre yapılar servis ömürlerine göre dört gruba ayrılmıştır: Birinci grup yapılar, geçici yapılar ve servis ömrü minimum 1-5 yıl arasında olan yapılardır. İkinci grup yapılar, değiştirilebilir taşıyıcı elemanlarla servis ömrü minimum 5 yıl olan yapılardır. Üçüncü grup yapılar, servis ömrü minimum 50 yıl olan bina ve kamu yapıları ve dördüncü grup yapılar ise servis ömrü minimum 100 yıl olan anıtsal binalar, köprüler ve önemli inşaat mühendisliği yapıları olarak belirlenmiştir.

aykırı davranışların yol açacağı maliyetler ile benzeri tüm hususlar müvekkilin ekonomik çıkarlarını tehlikeye düşürecektir.

Ekonomik çıkarları etkileyecek bir başka husus ise inşaata uygun olmayan zamanda başlamak suretiyle ortaya çıkmaktadır. Soğuk iklimlerde kışın, sıcak iklimlerde ise yazın şantiyeyi kurup, organizasyona girişmek şüphesiz ki maliyetleri gereksiz yere arttıracaktır. Bunun yanında malzeme fiyatlarının suni ya da geçici olarak arttığı dönemde⁵⁴ siparişler geçmek de müvekkilin ekonomik çıkarlarına hizmet etmeyecektir.

2.6.4. Tüketici Vekalet Sözleşmesinin Şekli

Borçlar hukukumuzda şekil serbestisi vardır. Bununla birlikte şantiye şefliğine ilişkin vekalet sözleşmesi birçok unsuru içerisinde barındırdığından yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır. Zira ortaya çıkacak ürünün uzun ömürlü olması ortaya çıkacak bazı kusurların belki 20 sene sonra meydana gelecek depremde belli olması gibi hususlar dikkate alındığında bu neredeyse zorunluluktur.

Bunun yanında Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği Md.9/2'de ‘... *Yapı müteahhidi, inşaatta görevlendireceği şantiye şefi ile asgari hüküm ve şartları ek-12’de gösterilen form-10’da belirlenmiş sözleşmeyi imzalar...*’ ifadesi inşaat ruhsatı almayı gerektirici tüm yapılar için yapılacak sözleşmelerin yazılı şekilde olması zorunluluğunu getirmiştir. Ancak bu sözleşme ilişkisi müteahhit ile şantiye şefi arasında yapılacağından ve müteahhidin tüketici tanımına girmesi düşünülemeyeceğinden TKHK kapsamına girmemektedir. Bu kapsama giren yapılar için vekalet ilişkisi müşavirlik yaparak doğrudan tüketiciye karşı sorumlu olan mühendisler her durumda düşünülebilir.

Sözleşme yazılı şekle döküldüğünde TKHK Md. 4’te belirtilen hususlara uygun olarak sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmelidir. Anlaşılabilir dil kavramı ile anlatılmak istenen teknik ve anlaşılmayı zorlaştıran terimlerden mümkün olduğunca uzaklaşmış dildir. İlle de teknik terim kullanmak gerekiyor ise de bunların anlamı tüketiciye açıklanmalıdır. Zira tüketicinin iradesinin tam olarak neye onay verdiği hakkında şüpheye düşülmemelidir. Ancak bu kural sadece TKHK da yazılı olarak yapılması gerektiği öngörülmuş sözleşmeler için gerekli olduğundan vekalet sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği hususu da maddenin lafzından anlaşılabilecektir. Yani 12 puntodan makul şekilde küçük boyutlu harfler ile yazılması mümkün iken sözleşmedeki ifadelerin muhattap tarafından anlaşılabilir derecede açık yazılması hususunda ise aynı yorumu kullanarak kapalı ifadeler kullanılabileceğinin kabulü mümkün değildir.

Konumuz ile ilgili olarak önemli bir husus ise Md4/2 de belirtilen ‘*Sözleşmede öngörülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez.*’ Hükümdür. Burada vekil sıfatlı şantiye şefine, anlaşmadan önce iş hakkında olası tüm senaryoların gözden geçirilmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Zira sonradan ortaya çıkan olumsuzlukların maliyetinin tüketiciye yansıtılması kanun tarafından yasaklanmıştır. Bu tip bir gözden geçirme çoğu zaman zor olacaktır. Zira inşaat mühendisliği diğer tüm

⁵⁴ Örneğin 2008 Pekin Olimpiyatlarına hazırlanırken demir fiyatlarının geçici olarak yükseldiği belirgin olup imalat süreci tamamlandığında düşeceği herkesçe bilinen gerçektir.

mühendisliklerden daha kapsamlı ve daha fazla disiplin içermektedir. Örneğin bir çiftlik sahibine arazisinden çıkan bir kaynağın yolu üzerine gölet yapılması işi vekaleten üstlenilmiş olsun. Arazinin çoğu yeri gözlemsel tahkikatta kil kaplı olsa ve vekil mühendisin öngörüsü ufak tefek enjeksiyon haricinde sadece bent inşası şeklinde olsa ve vekalet ücreti buna göre belirlense bundan dönüş vekil açısından artık mümkün olmayacaktır. Sonradan ortaya çıkacak zayıf zeminlerden kaynaklı süre uzatımı vekilin mesaisinden karşılanacaktır. Bu hüküm 3. Fıkradaki “*sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.*” Hükümü ile beraber değerlendirildiğinde bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yaptığı masraflara kanaatimce teklif öncesindeki etüd, danışmanlık vb. masraflar girmemelidir. Eğer bu kavramlar geniş yorumlanarak belirtilen masrafların da sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaatine olduğu yorumuna gidilirse de kapsamlı işlerde vekilin öncesinde etüd işini eser sözleşmesi ile üstlenmesi sonrasında bu eser sözleşmesine göre vekalet işine teklif vermesi doğru olacaktır.

Tüketicilerin vekile vereceği senetlerin *nama yazılı olması zorunluluğu* Md.4/5’te belirtilmiştir. Vekalet işi büyük oranda kişinin kendisince ifa edileceğinden dolayı bu maddenin koyulmasında sakınca olmadığı kanaatindeyim. Ancak örneğin eser sözleşmesi için bu geçerli olmayacaktır. Zira eser sözleşmesi kapsamında yüklenicinin bu senetleri ciro yoluyla kullanabilmesinin önü açılmalıdır. Bunun için de emre yazılı olması daha uygun olacaktır. Zira eser sözleşmesinde yüklenici iş için avans almıyor ise birçok iş kalemini önceden kendisi karşılayacaktır.

2.6.5. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar

Bu hususlara ilişkin birçok hüküm Borçlar Kanunundaki genel işlem koşulları başlığı altında anlatılmıştır. Bu sebeple tekrara gidilmeyecektir.

Ancak belirtmek istediğim bir husus TKHK Md.5/3’te belirtilen “*Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.*” İfadesidir. Bu arada kanunun sistematğinde sözleşmeyi düzenleyenin, sağlayıcı olduğunun karine olduğu sonucunu çıkartmak mümkündür. Md 5/3’te belirtilen tanım oldukça geniş tutulmuştur. Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan birisi herkesin bildiği sanılan kavramların yöresel olarak farklı anlaşılmasının mümkün olmasıdır. Örneğin dönüm kavramı Türkiye’nin birçok yerinde 1000 m²’yi ifade etmekle beraber Konya’nın bazı bölgelerinde 2500 m² olarak anlaşılmaktadır. Antalya’daki bir şantiye şefinin Antalya’da bulunan arazinin ıslahı için Konyalı tüketici ile Konya’da imzalanan ancak Antalya’da hazırlanan sözleşme için birim vekalet ücreti (X TL/Dönüm) üzerinden anlaştıklarını düşünelim. Vekil ve birçok kişi için dönüm miktarı bellidir. Ancak vekilin 1 dönüme karşılık gelen miktarın Konya’da 2500 m² ye isabet ettiğini düşünememesi normal olacağından Md.5/3 ün hükmünün ağır olduğu kanaatindeyim. Burada maddenin diğer birçok özel hukuk hükmü gibi *hakim durumun gereğine göre karar verir* şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Buna Md 5/4’te belirtilen “*... Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır.*” Hükümü de eklenince haksızlık katmerlenmektedir.

2.6.6. Vekilin Hizmetten Kaçınamaması

Vekalet sözleşmesi asıl olarak Türk Borçlar Kanunun da düzenlenmiş olup birçok Yargıtay Kararında da belirtildiği üzere güven ilişkisine dayanmaktadır. BK Md. 503'te sözleşmenin kurulması “ Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sifata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.” Şeklinde açıklanmıştır. Önerinin her ne kadar hemen reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılacağı belirtilmişse de buradaki hemen durumun gerektirdiği ölçüde hemen anlamına gelmektedir. Şüphe yoktur ki bir otel projesinin incelenmesi ile baraka yapısının incelenmesinin süreleri arasında fark vardır. Tüketici Kanunu Md 6/2’de bu şartların yanında “ Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.” İfadesi de mevcuttur.

2.6.6.1. Hizmetten Kaçınmak İçin Haklı Sebep

İnşaat mühendisliğini vekalet sözleşmesi ile ifa edecek olan kişinin hizmetten kaçınabilmesi için öncelikle durumun gereklerine göre işi hemen reddetmesi gerekmektedir. Ancak bu şart reddin usûlî bir işlemidir. Bir de esastan red sebebine dayanması yani haklı bir sebep göstermesi gerekmektedir. Bu haklı sebepler kanaatimce;

- Ücret,
- İşin başka bir işle çakışması,
- Tüketicinin vekalet sözleşmesinin gerektirdiği güveni sağlayamaması,
- Talebin yerine getirilmesinin vekilin menfaatleriyle çatışması,
- Talebin vekilin yeterince uzman olmadığı konu ile ilgili olması,
- Talebin vekilin imajına olumsuz etkisi (Örneğin çevreciliği ile tanınan vekile termik santral inşa teklifi yapılması),
- Ailesel vb nedenler,
- Vekilin şahsının ya da imajının kullanılarak projenin daha sağlıklı ilerleyebileceği (Ör. Belediye Başkanının yeğenine bu teklifin yapılması)
- Durumun gereğine göre her türlü hal.

Şeklinde sıralanabilir. Burada genel ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı ve konusu imkansız olma durumlarının da zaten red sebebi olduğunu belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Belirtilmesinde yarar olacak bir diğer husus ise Md 6/4’te belirtilen “ Bakanlık ve belediyeler, bu madde hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.” Hükümüdür. Kanaatimce diğer birçok sözleşme tipinde mümkün olabilecek bu hükmün bu incelemeye konu durum için geçerli olmamalıdır. Belediyelere yukarıdaki şartları taşıyıp taşımadığını tahkik gibi bir görev verildiğinde sözleşmenin bu mercilerce resen kurulduğunu düşünmek gerçekten garip kaçmaktadır. Sonuçta kanuna göre vekil inşaat mühendisinin işi üstlenme ya da reddinin belediye zoruna bağlanması vekilin irade serbestliğine vurulacak darbedir.

2.6.7. Ayıplı Hizmetler

Vekilin iş görmesi TKHK kapsamında hizmet kapsamında görülmektedir. Dolayısıyla vekilin kasti ya da özensiz hareketleri sonucu ortaya çıkacak olan olumsuz durumlar ayıplı hizmet olarak nitelenecektir. TKHK Md.13 ifadesiyle ayıplı hizmet “*Ayıplı hizmet, sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmettir*”. Burada incelememizin konusu olan şantiye şefinin yapacağı hangi hareketlerin ayıplı hizmete yol açtığı belirtilmiştir. Şantiye şefimiz

- İşe sözleşmede belirlenen sürede başlamazsa,
- Taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan bir sonuç ortaya çıkarsa, hizmet ayıplı sayılacaktır. İşin objektif olarak olması gereken özelliklerin belirlenmesinde de Borçlar Kanunu Md.506 da belirtilen *benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır*. Yani ortalama bir vekilin davranışı değil basiretli vekilin davranışı ile kıyas yapılacaktır. Kısaca vekalet sözleşmesi ile işin üstlenilmesi vekile oldukça yüksek bir sorumluluk getirecektir.

Burada kanunun sadece belirtilen sürede hizmete başlanmamayı ayıplı saydığı, bitirmeye ilişkin bir hususa girmedığı dikkat çekicidir. Öyle ise işin bitirilme zamanı hakkında TBK Hükümlerine göre hareket edilecektir.

Ayıp konusunda örneğin satış sözleşmesinde maddi, hukuki ve ekonomik ayıptan⁵⁵ söz edilmekteyken, vekalet sözleşmesinde bu ayrıma gidilmemiştir. Bununla birlikte yukarıda belirtilen işe süresinde başlamama ve hizmetin olması gerekli niteliklerde olmaması hususları vekaletin uygun şekilde ifa edilmemesi halleri için sınırlayıcı olmamalıdır görüşündeyim. Örneğin vekil mühendisin prestijli bir otel şantiyesini yürüttüğünü varsayalım. Otelinde köle, çocuk işçi, sigortasız işçi vb şekilde adam çalıştırır ve işi yukarıda belirtilen şartları ihlal etmeden bitirse acaba ayıpsız ifa mı yapmış olacaktır. Şüphesiz ki bu tip durumlar bitmiş otelin işletmesine de sirayet edecek kamu vicdanını harekete geçirerek tesisin ekonomik kaybına yol açacaktır. Bu sebeple ayıplı hizmetin tanımının da gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

2.6.8. Ayıptan Sorumluluk

Ortada ayıplı bir hizmetin varlığı halinde vekil *hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme* haklarından birini müvekkilin kullanmasına mani olamayacaktır. Diğer birçok hizmet için bu seçimlik haklar vekile külfet getirmeyebilecektir. Ancak inşaat sektöründe bu yaptırımın oldukça ağır kaçacak bir zorunlu edim haline dönüşmemesi için bir sebep yoktur. Örneğin temel yalıtımındaki bir sorunun bir türlü giderilemediği bir durumda müvekkilin hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı hakkını kullandığını varsayalım. Yapılacak asıl iş 1 birim iken bu hatayı gidermek için belki 100 birim maliyetlik iş yapılacaktır. Gerçekten de uygulamada 1 Birimlik yalıtım hatası için çevrenin yeniden kazılması, kazı sırasında ortaya çıkan zarar ziyan, tesisin işletmeye kapatılması vb hususlar için 100 birimlik maliyete katlanmak her

⁵⁵ TBK 219

zaman olasıdır. Hatta belki de bu zarar ziyan bedeli vekillik ücretinin bile üzerine çıkacaktır. Bunu öngören kanun koyucu Md.15/2 de “*Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin sağlayıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici bu hakları kullanamaz. Orantısızlığın tayininde hizmetin ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır.*” Hükümünü getirmiştir. Öyleyse böyle bir durumda tüketicinin sadece *ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme* haklarını kullanabilmesi mümkün olacaktır. Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden indirim yapılan tutar derhâl tüketiciye iade edileceği maddenin 3. Fıkrasında ayrıca belirtilmiştir.

2.6.9. Ayıplı Hizmetin Tazmininde Zamanaşımı

TKHK Md. 16/1 “*Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla zamanaşımı süresi kanunda 2 yıl olarak belirtilmekle beraber sözleşme ile daha uzun bir sürenin belirlenmesi mümkündür. Ancak bu en fazla süre Borçlar Kanunu Md. 72 ye göre hizmetin görülmesinden itibaren 10 yıl ile sınırlanmıştır. Borçlar Kanununda belirtilen 10 yıllık sürenin istisnası ise ifa edilen hizmetin suç sayılmasıdır. Maddeye göre hizmet ifası suç teşkil ediyor ise ve bu suça ilişkin zamanaşımı daha fazla ise suça ilişkin zaman aşımı değerlendirilecektir. Tabii ki bu süreler (10 yıl veya suça ilişkin olan) sözleşmeye yazılması halinde hüküm ifade edecek olup aksi taktirde 2 yıllık süreler geçerli olacaktır.

TKHK Md 16/2’de ise, “*Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.*” Hükümleri mevcuttur. Hile aldatma anlamındadır. Yani vekil mühendisin aldatıcı hareketleri sonucu kusur gizlenmişse vekilin sorumluluğu inşa takibini üstlendiği yapının işletme ömrü süresince devam edecektir. Ağır kusur hususuna gelince kanunumuz ağır kusurun sonuç bağladığı durumların kasta eşdeğer tutulduğunu görmekteyiz. Ağır kusur kasıtlı olmamakla beraber kasta yakın hareketler sonucu meydana gelen kusurlu durumdur. İşte bu her iki durumda da zamanaşımı hükümleri uygulanmayacaktır.

Kanaatimce 20 yıl sonra ortaya çıkan depremde beklenenden fazla hasar gören bina örneğinde, yıldırımı toprağa iletmeyen paratoner örneğinde, pik havalarda dalgaları engelleyemeyen liman örneğinde ağır kusurun varlığı kabul edilmelidir.

2.7. Vekilin Haksız Fiil Sorumluluğu

2.7.1. Genel Olarak

Haksız fiil adından da anlaşılacağı üzere hukuka aykırı eylemleri ifade etmektedir. TBK Md.49 ve devamında düzenlenen bu kavram iradi olarak borç doğurmayan hukuki sebeplerden birisini ifade eder. Kanunda haksız fiilin oluşması için eylemin hukuka aykırı olması veya kanunda yazmıyorsa da ahlaka aykırı olması unsurları aranmaktadır. Bunlar yanında her iki durum için de kusur aranmaktadır. Hukuk yargılamasında kusura ilişkin

sorumluluk belirlenirken cezadaki gibi kast ya da taksir ayrımına gidilmez. Zira sonucunu istemeden yapılan eylemlerden hukuki sorumluluk devam etmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere kişilerin hukuk çerçevesinde yaptığı fiiller için haksız fiil sorumlulukları bulunmamaktadır. Örneğin vekalet sözleşmesi kapsamında iş gören mühendisin inşaat yakınında bulunan ve devrilmek üzere olan ağacı müvekkile sormadan kesmesi halinde sorumluluğu olmayacaktır. Zira TBK 505'e göre *"vekâlet verenden izin alma imkânı bulunmadığında, durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâl..."* oluşmuş kabul edilmeli ve ağaç bedeli istenmemelidir.

2.7.2. Haksız Fiilin Unsurları

2.7.2.1. Zarar Unsuru

Borçlar Hukuku anlamında haksız fiilden söz edilebilmesi için bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Zira TBK 49 *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."* Şeklinde düzenlenmiştir. Maddeye göre tazmin yükümlüsü olarak zarar veren gösterilmiştir. Haksız fiil şeklinde bir hareket yapılmış ancak ortaya zarar çıkmamışsa tazmin yükümlülüğünden söz edilemez.

2.7.2.2. Zarar Verici Hareket Unsuru

Zarar verici hareketten söz edilebilmesi için hareketin bilinçli bir irade ile yapılması gerekmektedir. Refleksif hareketler, hipnoz altındaki hareketler, uyurgezerlik hali, karşı koyulamayacak zorlama altındaki hareketler vb tipe uygun eylemler hareket şeklinde değerlendirilmezler. Çocuklar ve akıl yetersizliği halinde olanlar yaptıkları harekete yetkinlikleri oranda değerlendirilirler.

Hareket yapma ya da yapması gerekirken yapmama şeklinde olabilir. Ancak yapmamanın eylem sayılabilmesi için iradi şekilde yapmama olması gerekir. Burada iradilikten kasıt kusurlu ya da kasıtlı olarak yapmama eyleminin gerçekleşmesidir. Dolayısıyla alınması gereken tedbirlerin zamanında alınmaması hakkında vekilin tedbir alınması hususunda gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğine bakılacaktır. Müvekkilin vermesi gereken bilgileri zamanında vekile iletmemesi halinde doğacak zarardan vekilin sorumlu tutulması mümkün değil iken müvekkilin kendi kusuru ile tehlikeyi öğrenememesi halinde vekil zarardan sorumlu olacaktır. Vekilin kusuru araştırılırken basiretli bir vekil kıstas alınacaktır.

Bunlar yanında hareketin kusurluluğundan söz edebilmek için harekete illiyet bağı ile bağlanabilen bir sonuç doğması da gerekecektir. Bu sonuç herhangi bir sonuç olmayıp sadece zararın oluştuğu sonuçlar haksız fiil oluşumu açısından bizim için önem arz edecektir.

2.7.2.3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Türk Borçlar Kanunu Md.49 *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren"* şeklinde başlamaktadır. Dolayısıyla bir eylemin haksız sayılabilmesi bunun hukuka aykırı şekilde ifa edilebilmesiyle mümkün olacaktır. Örneğin bir camı kırmak kural olarak haksız fiildir. Ancak iş güvenliği amaçlı olarak birini kurtarmak için kırmak

TBK Md.63 teki ‘ ‘ *Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.* ’ ’ İfadelerine göre hukuka uygun olacağından haksız fiil sayılmayacaktır.

2.7.2.4. Hukuka Aykırılıkta Teoriler

Hukuka aykırılık hususunda teorilerden kasıt eylemlerin hangi kriterlere göre haksız fiil olarak değerlendirileceğinin açıklanması hususundadır. Her bir teori ayrı kriterler öne sürmekte olup bunlardan öne çıkanlar aşağıda belirtilecek ve yasamızın hangi teori ışığında hareket etmemizi beklediği de madde yorumlarıyla açıklanacaktır.

Objektif Teori

Bu teori için hukuka aykırı eylem ‘ ‘ *hukukun koruduğu değerleri çiğneyerek hukuk düzeninin bir kuralına uymayan* ’ ’ eylemdir. Teori zarar gören açısından değerlendirilmiştir. Bu teoriye göre hukuka aykırılık bir eylemin kurallar ile bağdaşp bağdaşmadığını gözetir.

Subjektif Teori

Bu teori için hukuka aykırı eylem ‘ ‘ *hukukun koruduğu değerleri çiğneyerek hukuk düzeninin bir kuralına uymayan* ’ ’ eylemdir. Teori zarar gören açısından değerlendirilmiştir. Bu teoriye göre hukuka aykırılık bir eylemin kurallar ile bağdaşp bağdaşmadığını gözetir.

2.7.2.5. Uygun İlliyet Bağı Unsuru

İlliyet bağı hareket ile sonuç arasındaki bağlantıdır. Örneğin soğuk havada beton dökme hareketi ile betonun donması ve zayii arasında illiyet bağı vardır ve bu kararı veren karardan sorumludur. Ancak hava bültenlerinin hatalı ihbarı sonucunda beton dökülmüş ve dona ilişkin tedbirler alınamamış ise illiyet bağının kopması söz konusu olmuş ve bağ kesilmiştir. Aynı şekilde liman inşaatında iskele betonu dökülmüşse ve bir gemi hatalı olarak inşa süreci devam eden taze iskele betonuna çarpmışsa burada beton dökülmeseydi zarar oluşmazdı denilemez zira zarar beton döküm talimatından değil gemi çarpmasından meydana gelmiştir dolayısıyla hareket ile sonuç arasında illiyet bağı kopmuştur. İlliyet bağından anlaşılması gereken uygun illiyet bağı olup her türlü illiyet bağı haksız fiilin unsuru olarak ele alınmaz. Örneğin şantiye şefinin ergin çocuğunun işverenin arabasını kırması durumunda eğer şantiye şefi evlenmeseydi çocuk doğmazdı, öyleyse şantiye şefinin evlenmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulmuştur diyemeyiz. İlliyet bağı vardır ancak mala zarar verme eylemi ile evlenme arasında konuya uygun illiyet bağı yoktur. Dahası evlenme hukuka aykırı da değildir.

2.7.2.6. Haksız Fiilde Zarar ve Kusurun İspatı

TBK Md.50 ‘ ‘ *Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.* ’ ’ Şeklinde düzenlenmiştir. İlk cümle zarar görenin zararını ve haksız fiili yapanın kusurlu olduğunu ispatı yükümlülüğünü zarar görene

yüklemiştir. İkinci cümle ise zarar verenin kusurunun ispatı açısından değişikliğe gitmemiş ancak zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı durumlarda hakim hakkaniyete göre karar vermesi gerektiğini belirtmektedir. Burada tam olarak ispatlanamama deyiminin kapsamı ise hakim tarafından değerlendirilecektir. Kanaatimce en azından yaklaşık ispat her zaman gerekecek hakim bu yaklaşık kabulün üzerine ya da azına hükmedecektir. Bununla birlikte HMK Md.187 de belirtilen *“Herkesçe bilinen vakıalarla, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.”* Hükmü gereği artık genel kabul gören hususlarda ispat zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin betonun 28 günlük dayanım mukavemetinin olması gerekenden düşük çıkması halinde, vekilin bu betonun nihai mukavemetinin 28. günde olduğunun ispatı gerekmeyecektir. Zira meslek ile uğraşan herkes açısından nihai mukavemet 28. Günde ölçülmektedir. Yargıtay 11. HD 2015/192K sayılı Kararı *“Mahkemece yapılan yargılama sonunda iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının tescilli koltuk tasarımının, davalı tarafça 2012 yılı ürün kataloğunda "damla" model olarak tanıtılıp satışa sunulan koltuk tasarımıyla küçük farklılıklar dışında genel dizayn, yapı olarak iltibasa neden olacak şekilde benzer olduğu, eylemin 554 Sayılı KHK'nın 48/1-a maddesi uyarınca tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu, 6098 Sayılı B.K.nın 50, 51. ve 58. maddeleri ile hak ve nesafet kuralları gözetilerek maddi ve manevi tazminata hükmedileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, tasarım hakkına tecavüzün tespiti ve men'ine, tecavüzü konu ürünlerin üretim, satış ve pazarlamasının (internet dahil) engellenmesine, var olan ürünlerin, broşür, katalog v.s. reklam tanıtım malzemelerinin toplatılmasına, hükmün kesinleşmesine müteakip imhasına, 10.000,00 TL maddi tazminatın ve 5.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline, hükmün ilanına karar verilmiştir.*

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA...’’ şeklindedir. Yargıtay 3. HD 2014/16671 K numaralı kararında ise *“ Davacı vekili dilekçesinde; müvekkilleri A. ve K. K.'ın oğulları U. K.'ın 13/10/2009 tarihinde davalı B. S.'nun inşaat halindeki evinin balkonunda oynarken diğer davalı ... Elektrik Dağıtım A.Ş. Hakkari İl Müdürlüğüne ait ve balkona çok yakın geçen elektrik direğinden geçen elektrik akımına kapılması sonucu ağır şekilde yaralandığını ve büyük oranda kalıcı iş ve güç kaybına uğradığını, davalıların ihmali sonucu meydana gelen olay nedeniyle davalılardan fazlaya ilişkin tazminat hakları saklı kalmak kaydıyla, U. K.'ın ilerideki kazanç kaybının, A. ve K. K.'ın destekten yoksun kalmalarına ilişkin zararlarının uzman bilirkişi incelemesi ile tespitine ve tedavi, ulaşım ve konaklama giderleri ile müvekkilleri U., A. ve K. K. için ayrı ayrı 1.000,00 TL maddi ve 7.000,00 TL manevi olmak üzere toplam 24.000,00 TL tazminatın olay tarihi olan 13/10/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50. (818 sayılı BK.'nın 42.) maddesi gereğince, zararın varlığını ve tutarını kanıtlamak zorunda olan davacının, zararın gerçek tutarını kanıtlamakta zorlandığı veya kanıtlanmasının davacıdan beklenemeyeceği durumlarda yargıç, işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı önlemleri gözeterek zarar tutarını kendiliğinden belirler.

Diğer yandan, yaralanma nedeniyle tedavi, ulaşım ve konaklama gideri yapılması yaşamın olağan akışına uygun olup tüm giderlerin belgelenmesi de beklenemez.

Yaralanmanın gerektirdiği belgelendirilemeyen tedavi giderleri, ulaşım ve konaklama giderleri yönünden bilirkişi incelemesi yapılarak, bu zararın da kapsamı belirlenmeli, bu yöntemle zarar tutarının belirlenememesi durumunda ise Borçlar Yasası'nın 42. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir tutar, belgelendirilemeyen gider olarak kabul edilmelidir.” şeklindedir. Bu son kararda Yargıtay hayatın olağan akışına uygunluğu kanunda belirtilen herkesçe bilinen kavramına eş tutmuştur.

2.7.3. Zararın İndirilmesi

TBK Md. 52 ‘ ‘ Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.” Şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay 4. HD 2015/1188 K numaralı kararında ‘ ‘ Dosya kapsamından, davalı tarafından taşınmazında yaptığı harfiyat alım çalışmaları sırasında, davacı şirkete ait kabloların hasara uğratıldığı anlaşılmaktadır. Davacı şirket tarafından, davaya konu hattın özel mülkiyete tabi arazi içerisinden geçirilmiş olması nedeniyle, uyumsuzluk konusu zararın oluşumunda davacının da kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple davacının bölüşük kusuru gözetilerek, hesaplanan tazminattan uygun bir indirim yapılarak karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” Şeklindeki ifadeye yer verilmiştir. Burada tazminatın tamamen kaldırılması ya da indirilmesi için hangi koşulların gerektiği belirtilmektedir. Ancak bu koşullar gerçekleşse dahi kanundaki indirebilir- kaldırabilir ifadelerinden hakimın bununla bağlı olmadığı, gerekirse durumun gereğine göre karar verebileceği anlamına ulaşılmaktadır. Kanunda sayılan koşullar ise aşağıda sayılmıştır.

- **Zarar görenin zararı doğuran fiile razı olması:** Bu duruma örnek olarak müvekkilin vekil mühendise sonucu ne olursa olsun donlu havada beton döküm talimatı vermesi gösterilebilir. Burada vekilin fiile razı olması hali mevcuttur.

- **Zarar görenin zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş olması.** Bu duruma örnek olarak vekilin haberi olmadan müvekkilin kendi başına işe girişmesi ya da vekilin talimatlarını ondan habersiz değiştirerek zarara neden olması ya da olan zararı arttırması verilebilir. Yargıtay 3. HD 2014/16971 K Numaralı kararında ‘ ‘ Davacı vekili dava dilekçesi ile; traфонun kaçak enerji yaydığını, davacıya ait bir adet inek ile bir adet atın telef olduğunu, davalının zarardan sorumlu olduğunu belirterek, 8.000.00 TL tazminatın olay tarihinden yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece yapılacak iş; davacının risk oluşturan elektrik direğinin/traфонun altına veya yakınına hayvanlarını yaklaştırması nedeniyle bu olayda bölüşük kusurunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, zararın doğmasında davacının kusurunun bulunup bulunmadığı, davacının zararın doğmasına ve/veya artmasına neden olan eyleminin bulunup bulunmadığının araştırılması, tazminat miktarından bu nedenle indirim yapıp yapılmayacağının belirlenmesi için bilirkişiden rapor alınması, sonucuna göre davalı elektrik dağıtım şirketinin belirlenecek miktar üzerinden tazminatla sorumluluğuna karar vermek olmalıdır.” Şeklinde hareket etmiş ve zararın doğmasında zarar görenin de etkili eylem ile katılıp katılmadığının gözetilmesini istemiştir.

- **Zarar görenin, tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış olması.** Bu durumda ise müvekkilin durumunun zarar gören tarafından ağırlaştırılarak olması gerekenden daha fazla zarar doğması durumu mevcuttur.

- **Zarara hafif kusuruyla sebep olanın tazminat ödemesi durumunda hakkaniyet de gerektiriyor ise yoksulluğa düşecek olması.** Bu durum daha subjektif niteliklidir. Zira haksız fiilin unsurlarından bağımsız olarak vekilin subjektif durumu ön plana çıkmaktadır. Zarar görenin zarar verici olaya hiç dahil olmasa da hafif kusurlu vekilin ödemesi gereken tazminatı öderse yoksullaşması söz konusu ise hakim tazminatı indirebilecektir. Burada vekilin hafif kusuru aşkın fiillerinde böyle bir indirimin olmayacağı göz önünde bulundurulmalıdır. Belirtilen durumun vekilin şantiye şefi olduğu durumlar için geçerli olmayacağını belirtmek gerekir. Şantiye şefliği kanun gereği ilgili mesleklerden birisine yaptırılmak zorundadır. Bu özel durum TBK Md.115'i de ilgilendirmektedir. Maddedeki *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Hükmü burada öne çıkmaktadır ve vekil konumundaki mühendis her zaman hafif kusurundan da sorumlu olacaktır. Müşavirlik hizmeti yürüten vekil mühendisin durumu ise şantiye şefinin durumundan farklıdır. Zira müşavirlik kanun ya da yetkili makamların verdiği izin ile yürütülebilir olmayıp daha keyfe keder bir iş görme şekli olup işverenin isteğine bağlıdır. Bu sebeple bu konumdaki mühendisler TBK Md 115 kapsamında değerlendirilmeyecek bu kişilerin hafif kusurlarında zarar sonucu tazminattan indirimle gidilebilecektir.

2.7.4. Haksız Fiillerde Özel Durumlar

Kanun koyucu haksız fiiller hakkında genel değerlendirme yapmış bunun yanında bazı haksız fiillerin kendine has özel durumlarını göz önünde tutarak bunlara ilişkin ayrıca hükümlere yer vermiştir. Bunlar ölüm ve bedensel zarar şeklinde olup bu durumlarda hangi zararların istenebileceği belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus *“Ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır”* cümlesidir. Benzer ifade bedensel zararlar için de belirtilmiştir. Cümlelerdeki özellikle ifadesi sayılan maddelerin sınırlı sayıda (Numerus Clausus) olmadığını belirtmektedir. Yani bu sayılanlardan başka zarar da haksız fiil ile bağlantı kurulabiliyorsa istenebilir. Örneğin ölüm durumunda ölenin şahsına bağlı bir sözleşmenin ölüm kaynaklı olarak iptali söz konusu ise bu da istenebilecektir.

Kanunun bedensel zararlar için bir takım zarar tiplerini örnekleme yoluyla saydığını yukarıda belirtmiştir. Ancak ruhsal zararların buna girip girmediği kanunda belirtilmemiştir. Örneğin yapılan bir iş sırasında iş sahibinin korku, stres, heyecan sebebiyle geçici ya da sürekli ruhsal zarar görmesi hali özel durum olarak sayılmamıştır. Bu sebeple bu tip durumlarda TBK'nın genel nitelikli 49. Maddeye gitmek yerinde olacaktır. Maddede zaten *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* Hükmü mevcut olduğu için ruhsal zararların bu madde ışığında tazmini mümkün olacaktır.

Bir diğer husus ise kanunun sistematığına ilişkindir. Yukarıda (Madde 6.4 te) zararın hangi durumda indirileceği hususları açıklanmıştır. Ancak zararın indirilmesi durumları genel zararlardan sonra ve özel durumlardan da önce belirtilmiştir. Acaba

kanunun sistematığı dikkate alındığında zararın indirilmesi sadece özel durum niteliğinde olmayan genel durumlar için mi geçerlidir sorusu haklı bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimce öyledir. Zira zararın her durumda indirilebilmesi mümkün olsaydı kanun koyucu bu maddeyi tüm durumları açıkladıktan sonra hepsini kapsayacak şekilde yazardı. Bu durumda zararın indirilmesi durumunun sadece özel durumu kapsamayan genel durumlar için geçerli olacağı sonucu çıkmaktadır.

2.7.5. Haksız Rekabet

Haksız Rekabete ilişkin hükümler hem Türk Ticaret Kanununda hem de Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

2.7.5.1. TBK Hükümleri

İlgili düzenleme TBK Md.57’de ‘ ‘ Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. ’ ’ Şeklinde düzenlenmiştir. Gerçek olmayan haber yayma, bu yönde ilan verme ya da dürüstlük kuralına aykırı hareket bu fiilin unsurlarıdır. Bu fiillerin sonucunda müşterilerin azalması ya da azalma tehlikesi olması gerekmektedir. Burada müşterilerin sayısal olarak azalması önemli değildir. Anlatılmak istenen işin parasal olarak azalmasıdır. Bu tip saldırılara maruz kalan kişilerin saldırganı haksız davranışlarda bulunmaya son verilmesini isteme ve varsa zararın da tazminini talep hakkı mevcuttur. Elbette ki bu istemlerin muhatabı mahkemelerdir. Kusurun varlığı halinde istenebilecek zararlara gelecekteki zararlar da girecektir. Zira yalan haber kaynaklı olarak pekâla geleceğe yönelik zarar da mümkündür.

2.7.5.2. Türk Ticaret Kanunu Hükümleri

TTK Md. 54’te haksız rekabet hükümlerinin amaçları belirtilmiştir. Bu amaçlar ‘ ‘ (1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. (2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. ’ ’ Şeklinde düzenlenmiş olup irdelendiğinde daha çok kamu yararının ön olana çıktığı görülecektir. Kanunda amaç rekabetin sağlanması ise bunun sonucunun tüketiciye olumlu yansıtacağı kuşkusuzdur. Tüketici açısından olumlu her bir durum ise kamu yararına hizmet edecektir. TTK hükümlerinden anladığımız tüketici kavramı ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tanımlanan tüketici tanımından daha geniş bir çevreyi ifade etmektedir. Zira TTK’nın ilgili hükmü kapsamına ticari amaçlı hareket eden kişiler de girmektedir.

TTK 55’de hangi durumların haksız rekabet sayılacağı örnekleme yoluyla gösterilmişse de o kadar çok örnek verilmiştir ki kanaatimce haksız rekabet sayılması gerekip de bu örneklere dahil olmayan durumla karşılaşılması zordur. Madde içerisindeki birçok durumun vekalet sözleşmesi kapsamında iş gören mühendisler için de uygulanabilmesi mümkündür. Bunlar Madde 55 de aşağıdaki bentler ile sayılmıştır.

1-A-3'te ‘*‘Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak*’

1-A- 9'da ‘*‘ Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye/yanıltmak*’

1-B-2'de ‘*‘Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak*’

1-B-3'de ‘*‘İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek*’

1-C-1'de ‘*‘ Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak*’

1-C-2'de ‘*‘Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak*’

1-C-3'de ‘*‘Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak*’

1-D'de ‘*‘Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur. ‘*

1-E'de ‘*‘İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur. ‘*

1-F'de ‘*‘Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. ‘*

1-F-1'de ‘*‘Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan ‘*

1-F-2'de ‘*‘Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur. ‘*

Yukarıdaki fıkralar sadece vekalet sözleşmesi ile ilintili olabilecek maddeler olup madde içeriği daha geniş tutulmuştur.

2.7.6. Kişilik Haklarının Zedelenmesi

Türk Borçlar Kanunun 58. Maddesi kişilik haklarının zedelenmesi durumunu anlatmakta olup “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.*” Şeklinde düzenlenmiştir. Bu durum Borçlar Kanunumuzda haksız fiil adı altında anlaşılmaktaysa da Medeni Kanunun 25. Maddesi kişilik hakları saldırıya uğrayan kişilerin vekaletsiz iş görmeye göre tazminat hak edebilecekleri belirtilmektedir. Madde “*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.*” Şeklinde düzenlenmiştir.

Vekalet sözleşmeleri güven ilişkisi söz konusu olduğu için kişilerin özellikle vekilin şahsının önemi büyüktür. Bu sebeple örneğin başka birisinin referansını kullanarak iş gören bir vekil olayında refere edilen şahsın haberinin olmaması durumu kanaatimce referans verilen şahsın kişiliğine saldırı olarak anlaşılmalıdır. Bunun gibi meşhur bir şantiye şefinin adının teklifte geçirilerek yanıltıcı reklama konu edilmesi de kişiliğe saldırı niteliğinde sayılacaktır. Böyle bir durumda Borçlar Kanununa göre haksız fiil söz konusu iken Medeni Kanuna göre ise kişiliğin korunması durumu söz konusu olacak ve vekaletsiz iş görme hükümleri devreye girecektir.

Bu maddeye ilişkin olarak Yargıtay 4. HD 2015/1053 K sayılı kararı “*Dava, haksız delil tespiti nedeniyle kişilik haklarının ihlali ile ticari itibarın zedelendiği iddiasına dayalı manevî tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.*

Davacı şirket, davalı şirketler tarafından işyerindeki bilgisayarında kaçak yazılım kullandığına dair talebini haklı gösterecek herhangi bir delil ve belgenin tespit dilekçesine eklenmeden yapılan tespit sonucunda; iş yerinde lisanssız yazılım bulunmamasının hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmasının bir delili olduğunu, davalıların yaptırmış olduğu tespitin haksız olup kişilik haklarına saldırı ve ticari itibarını zedelemesi sebebiyle uğradığı manevî zararlarının ödetilmesini istemiştir.

Mahkemece, her ne kadar delil tespit işlemi görünüşte hukuka uygun ise de; davalılar tarafından hukuka aykırı bir isnadla yaptırılan ve nitekim tespit ve bilirkişi incelemesi sonrasında davacı firmanın bilgisayarlarında aranan lisanssız programlara rastlanmadığı yönünde verilen bilirkişi raporu da dikkate alındığında, yapılan işlemin davacı şirketin ticari itibar ve onuruna zarar verdiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; davalı tarafın davacı aleyhine, bilgisayar yazılımlarının lisanssız kullanıldığına yönelik kanaatin hasıl olduğu ve lisanssız kullanılması durumunda gelir kaybına uğranılacağı gerekçesiyle delil tespiti talebinin Bakırköy Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince kabul edildiği, davacı şirkete ait işyerinde üç adet masa üstü bilgisayar ve bir adet dizüstü bilgisayarda bilirkişi aracılığı ile inceleme gerçekleştirildiği, yapılan tespitte keşif sırasında hazır bulunan tarafların herhangi bir itirazları olmadığı gibi, söz konusu delil tespiti işleminin hukuka uygun bir şekilde

mahkeme kanalı ile yapıldığı, davalı taraf yazılımının lisanssız olarak başka şirketler tarafından kullanımının tespit edilmiş olması nedeniyle davalılar yönünden delil tespiti talebini haklı gösterecek olgu ve emarelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Şu durumda, davalıların davacı şirket bilgisayarlarında delil tespiti yaptırmış olmasında zayıf da olsa somut birtakım emareler bulunduğu anlaşılmakla, şikâyetin hak arama özgürlüğü sınırları dahilinde olduğu kabul edilerek istemin tümünden reddi gerekirken, delil tespiti talebinin haksız olduğundan bahisle istemin kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir. Kararın bu nedenle bozulması gerekir.” Şeklinde kanaatimce hukuka aykırı şekilde hükme varılmıştır. Olayda davalı şirketin zayıf emareler ile davacının şirket bilgisayarlarında incelemeler yaptırdığı ancak mahkeme tespiti sırasında davacının itiraz etmediği yönünde bilgi mevcuttur. Kişilerin mahkeme tespitine itiraz edilebileceğini bilme yükümlülüğü olmadığına göre mahkemece bilgisayarlarda tarama yapılması kanaatimce kişilik haklarına saldırının açık göstergesi sayılmalıdır.

2.7.7. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Burada adam çalıştırmaktan maksat çalışan adamın hizmet sözleşmesi benzeri bir sebeple çalıştıran kişiye bağlı olmasını anlatmaktadır. Konumuzla ilgili olarak vekalet sözleşmesi ile çalışan şefin emrine verilen kişiler bu kapsamda değildir. Ancak vekilin kendine yardım eden ve kendisine çalışan kişiler açısından Borçlar Kanunu Md. 66 ya göre sorumluluğu doğacaktır. Madde “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.*” Şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere adam çalıştıranın sorumluluk sınırı oldukça geniş tutulmuş bir kusursuz sorumluluk haline örnektir. Genel hüküm niteliğindeki bu madde ile ilintili olarak yine vekalet sözleşmeleri için özel nitelikli Md 507’de “*Vekil, yetkisi dışına çıkarak işi başkasına gördürdüğünde, onun fiilinden kendisi yapmış gibi sorumludur. Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.*” İfadeleri kullanılmış ve genel nitelikli hükme göre daha dar bir sorumluluk getirilmiştir. Özel nitelikli hükme göre vekilin sorumluluğu sadece doğru adamı seçmemiş ya da özenli şekilde talimat vermemişse sorumlu olunacaktır. Bu iki madde metni arasından konumuza uyan Md 507 evleviyetle uygulanmalıdır.

Yargıtay 3. HD 2013/3 K sayılı kararı “*Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin 12.10.2009 tarihinde davalı G... Tekstil San. Tic. Ltd. Şti.'ne arkadaşının borcunu ödemek için gittiğinde mağaza sorumlusu diğer davalı Y. S.'in sert tepkisiyle karşılaştığı hatta arkasından gelerek dışarıda yumruk attığı, burun kırığı olduğu, bu olay sebebiyle üzüntü yaşadığı ileri sürülerek 500,00 TL tedavi; 500,00 TL işgöremezlik ve 10.000,00 TL manevi tazminatın tahsili istenilmiş, maddi tazminat istemi ıslah edilerek 10.448,12 TL'ye yükseltilmiştir.*

Mahkemece, olay yeri ve olayla ilgisinin bulunmaması sebebiyle davalı şirket yönünden davanın reddine; davalı Y. yönünden davanın kısmen kabulü cihetine gidilmiş, hüküm, davacı ve davalı vekillerince temyiz edilmiştir.

B.K. 'nün 55. maddesi hükmü gereğince adam çalıştırmanın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararın çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir.

O halde mahkemece, davalı Yasin'in eylemi sebebiyle davalı şirketin B.K. 'nün 55. (T.B.K. 66.) maddesi hükmü gereğince sorumlu tutulması gerekirken bu davalı yönünden redde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” şeklindedir. Olayda çalışanın haksız fiili (Saldırı) sonucu ortaya çıkan zararın tazmin yükümlüğü işverenine yüklenmiştir.

2.7.8. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Bu durum adam çalıştırmanın sorumluluğuna benzemekte ise de gerek kanundaki sistematüğinde gerekse içerik itibarı ile farklılıklar göstermektedir. Bir kere adam çalıştırmanın sorumluluğu haksız fiillerin özel bir haline ilişkindir. Yardımcı kişilerin sorumluluğu ise borçların ifası sırasında ifayı yapacakları tarafa verdikleri zarara ilişkindir. TBK Md. 116 “ *Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklindedir.

2.8. Muhakeme Usülü

2.8.1. Genel Olarak

Muhakeme usulü deyiminden kasıt, vekalet sözleşmesi kapsamında her iki tarafın üzerine düşen edimleri ifası hususlarında ortaya çıkan hukuki ihtilafların nasıl çözüleceğine ilişkin kuralların belirlenmesidir. Bu amaçla 6100 Sa. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili maddeleri incelenecektir.

Usul hukuku deyimini anlamsal olarak incelendiğinde usul kelimesinin izlenen yol anlamına geldiğini görmekteyiz. Genel anlamda mahkemelerin görev bölüşümünün nasıl olduğu, neredeki uyuşmazlığın neredeki mahkeme tarafından çözüleceği (Yetki), uyuşmazlıklar için kimlerin başvuru hakkı olduğu, dilekçelerin nasıl ve ne kadar süre içinde verilebileceği gibi yargılamanın nasıl yapılacağına dair kurallar koyan hukuki düzenlemelerdir.

Muhakeme usul kanunumuzun zamansal uygulaması hakkında HMK'nın 448. Maddesi “ *Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Buradan anlaşılması gereken uyuşmazlık konusu olay eski kanun döneminde de meydana gelse tamamlanmış işleri baştan yapmadan yeni kanunun muhakemeye derhal uygulanacağıdır. Derhal uygulanacak olan mevzuatın

sadece usul hukuku olacağı, maddi hukukun bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir.

2.8.2. Görev

Vekalet ilişkisi hakkında görevli mahkemenin tespiti HMK Md.1'de "Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindendir." İfadeleriyle düzenlenmiştir. Kanunda belirtilen kamu düzenindendir ifadesi, bu hususun mahkeme (Ve yasa yollarındaki mahkemeler) tarafından resen yargılamanın sonuna kadar dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Görevsiz mahkemede açılan dava görevsizlik kararıyla o mahkeme için son bulacaktır. Ancak mahkeme görevsiz olması gereken bir durumda kendini görevli sayarsa bu kararlara karşı ancak esas hakkındaki kararla beraber kanun yoluna başvurulabilecektir. Mahkeme kararında kendisini görevsiz olarak belirtmiş ise dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar verir.⁵⁶

Hukukumuzda vekalet ilişkisine dayalı uyuşmazlıkların çözümünde görevli mahkeme genel olarak Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Zira HMK Md2 " (1) *Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. (2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir* " şeklindedir. 2. Fıkradan anlaşılacağı üzere herhangi bir kanunda aksine bir düzenleme yok ise genel görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Diğer mahkemelerin görevi kanunlarda özel olarak sayılmalıdır. Yargıtay 15. HD 2015/460K numaralı kararı bu yöndedir. Kararda " 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 19/2. maddesi uyarınca, taraflardan biri için ticari iş sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hale getirmeyecektir. Zira, Türk Ticaret Kanunu, kanun gereği ticari dava sayılan davalara haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hal böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava haline getirmez. ... Somut olayda; taraflar arasında uyuşmazlık konusu edilen iş, davalı iş sahibine ait bir taşınmaz için yapılmış olup, davalı tacir olmadığı gibi, ticari işletmeyle bir ilgisi de bulunmamaktadır. Diğer taraftan, eser sözleşmelerinden kaynaklanan davaların ticari dava olduğuna ya da asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğine dair bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır. O halde, eldeki davaya bakma görevi 6100 Sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesine aittir. " şeklinde ifadeler mevcut olup genel görevli mahkemelerin hangi kriterlere göre belirleneceği özet şekilde belirtilmektedir.

Ancak tarafların tacir olduğu durumlar, TTK Md.4'te belirtilen haller içerisine dahil olduğundan bu durumda Asliye Ticaret Mahkemelerinin görev alanına girecektir. Tarafların sadece birisinin tacir olduğu durumlarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Yargıtay 13. HD 2015/21868 K numaralı kararında " ... davacının avukat olduğu ve bu sebeple tacir sıfatını taşımadığı, eldeki davanın da Türk Ticaret Kanununda belirtilen mutlak ticari davalardan olmadığı gözetildiğinde davaya bakma görevinin Asliye Hukuk Mahkemesine ait olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek Asliye Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmesi

⁵⁶ PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 2014, Ankara, Sa:102

gerekirken, Ticaret Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.” Şeklinde hükme varılmıştır.

Müvekkilin tüketici olduğu durumlarda ise görevli mahkeme Tüketici Mahkemeleridir. Ancak unutulmamalıdır ki Tüketici Mahkemelerine başvurunun ön koşulu uyuşmazlık konusunun değerinin, kanunda (ve dolayısıyla tebliğlerde) belirtilen limitlerden fazla olması ya da uyuşmazlığın Tüketici Hakem Heyetlerinin denetimlerinden geçmiş olmasıdır.

2.8.3. Yetki

Yetki deyiminden kasıt yargılamanın hangi yer mahkemesinin yargı bölgesinde olduğunun belirlenmesidir. Yetki hususunda 6100 Sayılı HMK uyuşmazlığın sebebinden yola çıkmaktadır.

Genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri kavramı Medeni Kanunun 19. Maddesinde “ *Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*” Ve 20/2 Maddesinde “ *Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.*” İfadeleri mevcuttur. 19. Madde kural olup 20/2 fıkra bir karinedir.

Davalının birden fazla olması halinde bunlardan birinin yerleşim yeri yetkili olacaktır.

Bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalarda kişilerin orada bulunmaları uzunca bir süre devam edecekse bulundukları yer mahkemesi de alternatif yetkilidir. Uzunca süreden kastın ne olduğu maddede açıklanmamıştır. Hakim durumun gereğine göre karar verecektir.

Yerleşim yeri Türkiye dışında olan kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olup malvarlığına ilişkin davalarda ise bu mal varlığının bulunduğu yer mahkemesi alternatif yetkilidir. Mutad mesken kavramı doktrinde kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi, fiilen oturulan yer, kişinin yaşamının ağırlık merkezi şeklinde açıklanmaktadır⁵⁷.

Sözleşmelerden doğan davalarda sözleşmelerin ifa edileceği yer mahkemesi alternatif yetkilidir. Yargıtay 13 HD 2012/24267 Sa. Kararı “ *Davacı mimar olduğunu, davalının taşınmazına inşaat yapılması konusunda anlaştıklarını, ...davalının SS T... Evleri Konut Yapı Kooperatifi ile 31.08.2009 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi imzaladığını, sözleşmeye göre inşaatın 24 ay içinde teslim edilmesi gerektiğini, inşaat işlemleri için davalıya ödemeler yapıldığını, bütün vekalet, anlaşma, talimat ve taahhütlere rağmen inşaat yapım işini başka bir firmaya yaptırma konusunda davalının anlaştığını, haksız olarak azlettiğini belirterek, 30.000 TL manevi, 10.000 TL maddi olmak üzere toplam 40.000.00 TL tazminat istemiştir. ... HMK’nın 9. maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı kanunun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edileceği*

⁵⁷ ŞANLI,Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk, 2015, İstanbul, Sa:37

yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir ki bu da özel yetkiye ilişkin bir düzenlemedir. Ayrıca BK'nin 89. maddesi uyarınca para alacağına ilişkin davalarda para borcu alacaklının ikametgahında ödenmesi gerektiğinden alacaklının bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Dolayısıyla dava, davacının seçimine göre, hem genel ve hem de özel yetkili mahkemede açılabilir. Somut uyuşmazlıkta para borcunun ifa yeri alacaklının ikametgahı Mersin'dir. Öyle olunca, alacaklının ikametgahı ve sözleşmenin ifa edileceği Mersin'de dava açılabilir. Bu durumda davanın yetkili mahkemede açıldığının kabulü ile işin esasına girilerek uyuşmazlığın çözülmesi gerekirken...'' şeklindedir.

İfa yeri birden fazla ise (Örneğin bir otoyolun müşavirlik hizmeti gibi) ifa yeri bu yerler arasında seçimlik olacaktır.

Taşınmazın aynından doğan davalarda (Örneğin belli dairelerin müşavire bırakılması karşılığında müşavirlik hizmetlerinin yürütülmesi işinde) taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. Taşınmazın aynından doğma kavramı taşınmazın kendisi ile ilgili olan hakları ifade etmektedir. Örneğin bir evin kiraya verilmesi şahsi bir haktır. Kiraya veren ve kiracı arasında bir ilişki doğmuştur. Bu hak 3. Kişilere karşı kullanılamayan nisbi haklardır. Kiraya veren kira parasını kiracıdan başkasından talep etme hakkına sahip değildir. Ancak örneğin bir arazide kurulan geçit hakkı araziye sonradan alan herkese karşı ileri sürülebilir. Zira tapuya şerh edilmiş ve taşınmazın aynına (Taşınmazın hak ve borçlarına) dahil olmuştur. Alan kişiden bağımsızdır. Yargıtay 13 HD 2015/2064 Sa. Kararı bu ayrıma dikkat çekmektedir. (Aşağıda belirtilmiştir.)

Haksız fiilden doğan davalarda (Örneğin müşavirin taşkın inşaat kaynaklı olarak müvekkili zarara uğratması hususu) haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi alternatif yetkilidir. Yargıtay 13. HD 2015/2064 K sayılı karar '' Davacı, davalıdan villa satın aldığını, taşınmazın sözleşmeye, broşürlere uygun yapılmadığını, bağımsız bölümde, ortak alanlarda eksik ve ayıplı imalatlar bulunduğunu, taşınmazın değer kaybettiğini ileri sürerek, fazlaya dair hakları saklı tutularak ayıp ve eksik işler için 5.000,00 TL.' nin tahsiliyle bedel tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, taşınmaz üzerindeki aynı hakka dair dava olduğu gerekçesiyle taşınmazın bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine yetkisizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı ve davalı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, satın alınan taşınmazın inşaatı sırasında yapılan ayıplı ve eksik imalatlardan doğan zararın tahsiline yöneliktir. Taşınmaz mülkiyetine yönelik istem bulunmamaktadır. Tazminat niteliğindeki davada tüketicinin ikametgahı mahkemesi yetkilidir.'' şeklindedir.

Yetki sözleşmesi hakkında ise her iki tarafın tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerektiği belirtilmelidir. Tacir olmayıp tacir gibi sorumlu olanlar ise bu kapsamda değerlendirilirler. Her iki taraftan en az birisi bu kapsamda değil ise yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır.

2.9. Vekalet Sözleşmesi İle Çalışan Şantiye Şefinin İdari Sorumluluğu

2.9.1. Genel Olarak

Vekalet sözleşmesi yapan şantiye şefi idarenin yapması gereken bir görevin ifasına yardımcı olmaktadır. Yukarıda tüketici hukuku açısından şantiye şefinin kamu yararı (Bölüm 5.2) unsurunun yerine getirilmesindeki rolü anlatılmıştı. İşte imar mevzuatı, iş güvenliği mevzuatı, yapı denetimi mevzuatı, belediyeceilik mevzuatı, çevre mevzuatı vb hususlarda şantiye şefi doğrudan kamu yararına hizmet etmektedir. Şantiye şefinin işini dürüstlükle yapması idarenin kolluk yetkisinin ve görevinin ifasına ilişkindir. Bu sebeple idarenin kolluk yetkisi kavramına girmenin yerinde olacağı kanaatindeyim.

2.9.2. İdarenin Kolluk Görevi ve Yetkisi

Kolluk denildiğinde genel anlamda polis, jandarma, sahil güvenlik, gümrük kolluğu, belediye zabıtası, orman kolluğu vb. görevler akla gelse de idare hukuku anlamında idarenin kolluk yetkisi bundan çok daha geniş anlamlar ifade etmektedir. Konumuz da aslında adli kolluk değil, idari anlamdaki kolluktur. Aşağıda kolluk olarak ifade edilen her bir açıklama idari kolluk olarak anlaşılmalıdır.

İdarenin salgın hastalıklar sırasında aldığı tedbirler, çevre, maliye, tekel, turizm, vb. tüm görevler kolluk hizmetlerinin konusunu oluşturmaktadır. İşte bunun gibi inşaatların gereği gibi inşa edilip edilmediğinin denetimi de idarenin kolluk yetkisine ve görevine girmektedir.

Devletin kolluk yetkisi egemenlik yetkisinin bir uzantısıdır. Zira bu yetkinin varlığının amacı bir başıbozukluğun önüne geçmektir. İdare bu faaliyetleri sırasında bireylerin hareketlerine çekidüzen vermekte serbestçe hareket alanlarını daraltmakta, faaliyetin mevzuata uygunluğunu denetlemektedir. Kısaca kamu düzeninin sağlanması bu kolluk yetkisi ile sağlanmaktadır.

Kamu düzeni kavramı klasik anlayışa göre kamu güvenliği, kamu huzuru ve kamu sağlığı unsurlarından oluşmaktadır⁵⁸. Modern anlayışta ise bu üç unsur yanına genel ahlak, kamusal estetik, insan onuru bireylerin kendilerine karşı korunması unsurları da eklenmiştir.⁵⁹

Kolluk yetkisi/görevi kavramı mevzuatık olmaktan daha çok doktrinel ve yargı kararları ışığında oluşmuştur. Anayasamızın 12. Maddesi “ Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre kişilerin özgürlüğü asıldır. 13. Maddesi ise “ Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Şeklinde düzenlenmiştir. 6. Maddesi “ Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” şeklindeyken, 8. Maddesi ise “ Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar

⁵⁸ GÖZLER, K. K. (2016). *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin. Sf.578

⁵⁹ GÖZLER, K. K. (2016). *İdare Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin. Sf.579

Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” şeklindedir. Tüm bu maddeler bir arada değerlendirildiğinde kişilerin özgürlüğü asıldır, idare bu özgürlükleri kısıtlayıcı tedbirler alacaksa bunu kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye göre yapmalıdır. Dolayısıyla özgürlüklerin kısıtlanması istisnadır. Bir konuda idareye kanun ile yetki verilmemiş ise idare yetkisizdir.

Örneğin herkesin arsasına ev yapma hakkı asıldır. Ancak bu hak kanunlar ile sınırlandırılmıştır. Bu anlamda imar vb bir mevzuat olmasaydı belediyelerin kendi başlarına sağlıklı ve güvenli yapı yapılmasını denetleme yetkisi düşünülemezdi.

Aynı şekilde her bir inşaatta şantiye şefi bulundurma zorunluluğu bir kanuna dayanmaktadır. (İmar Kanunu Md.28, Yapı Denetimi Hakkında Kanun Md.1 vb) Şantiye şefinin görevi ise idarenin kolluk görevinin yerine getirilmesinde yardımcı olmaktır. Burada idarenin kamu gücünün şantiye şefi eliyle kullanılıp kullanılmadığı tartışılabilir.

Örneğin 3194 Sa. İmar Kanununun *Yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarının kuruluşu, yetki alanları ve sorumlulukları* başlıklı 24. Maddesinin Anayasa Mahkemesinin 11/12/1986 tarih ve E. 1985/11, K. 1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmesi konu hakkında aydınlatıcı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi kararı özetle ;

Dava dilekçesinde 21., 22., 24. ve 25. maddelerde sözü edilen yeminli büroların kuruluş ve işleyişlerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasına ilişkin olarak özetle şu görüşlere yer verilmiştir. Anayasa’nın 128. maddesine göre; Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Madde 129 da ise, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile ilgili görev, sorumluluk, disiplin kovuşturması konuları düzenlenmiştir. Yapı izni verme bir kamu görevidir. Polis örgütünün, özellikle tabanca izni, pasaport gibi kimi görevleri nasıl özel dedektif bürolarına bırakılamazsa, kolluk görevi niteliğindeki yapı denetiminin özünü oluşturan yapı ve kullanma izinlerini verme yetkisi de özel kişilere devredilemez. Bir kişinin Devlet memuru sayılabilmesi için herhangi bir kamu kuruluşunda belli bir kadroyu doldurması, ücretini ve benzeri hakları Devlettten ya da belediyeden alması zorunludur. Her türlü çıkar ilişkilerine açık bulunan imar konusundaki rüşvet, görevi kötüye kullanma olayları herkesçe bilinirken böyle bir düzenleme sübjektif niyetlerin gerçekleşmesi amacına yönelik bir durum ifade etmektedir. Bu nedenlerle Yasanın 21., 22., 24. ve 25. maddeleri, Anayasa’nın 128. ve 129. maddelerine aykırı bulunmaktadır.

Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister “bağlı yetki” ister “takdir yetkisi” şeklinde kullanılsın “ruhsat verme” idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, asli ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa’nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. İnşaat ruhsatı ve yapı kullanma izninin hukuki niteliği ve bunun sonucu olarak bu hizmetin ancak memurlar ve

diğer kamu görevlileri tarafından yürütülebileceğinin kabulü yeminli büro elemanlarının hukuki statüsünün belirlenmesini gerektirmektedir. Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan ve açıklığa kavuşturulması gereken husus, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. Yasanın 24. maddesine göre, gerektiğinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yapı ruhsatı ile ilgili görevleri yürütmek üzere kurulacak olan yeminli bürolar ve görevlilerinin imar planı ve proje hazırlayamayacakları, fennî sorumluluk üstlenemeyecekleri, müşavirlik ve müteahhitlik yapamayacakları belirtilmektedir. Bu büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibarıyla serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazı cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, "bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları" ve "işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları" biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara "memur" veya "Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi" sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen "kamu görevlileri" deyimini kapsamına girmedeği anlaşılmaktadır.

Şeklinde. Yani Anayasa Mahkemesi Yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarını kamu kurum ve kuruluşu saymamış, personelini de memurlar ve diğer kamu personeli arasında düşünmemiştir. Dolayısıyla bu kişilerin kamuya ait olması gereken bir kolluk görevi olan inşaat ruhsatı düzenleme faaliyetini üstlenemeyeceğine karar vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi Yapı Denetim Kanununa dayanarak kurulan yapı denetim kuruluşlarını ifa ettikleri görev ışığında incelemiş ve devletin kolluk yetkilerinin bu kuruluşlarca kullanılıp kullanılmadığını karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi AYM, E.2001/377, K.2002/59 sayılı kararında özetle;

Dava konusu kurallarla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları" ikame edilmektedir. Bu kuruluşlar merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösterecekler, faaliyetleri merkezi yönetim tarafından denetlenecektir. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi verilmemiş, mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların

karşılanması için teknik destek sağlanmış, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda var olan yapı denetim yetkileri de kaldırılmamıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir.

İmar kolluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir.

Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır.

Şeklinde ifadeler kullanmıştır. Kısaca Anayasa Mahkemesi Yapı Denetim Şirketlerinin yaptığı işin kolluk yetkisi kapsamına giren ruhsat verilip verilmeyeceğine karar vermek değil görüş bildirmek, inşaat sürecinin sağlıklı yürütülüp yürütülmeyeceğinin tahkiki yapmak olduğunu belirtmiştir.

Bu bilgiler ışığında şantiye şefinin görevinin de aynı yapı denetim şirketlerinde olduğu gibi yapının yasallaşması anlamında yeni bir hukuki durum yaratmak olmadığı söylenebilir. Yani şantiye şefi devlete ait kolluk yetkisini kullanmamaktadır. Şantiye şefinin yaptığı idarenin yapacağı kolluk görevine esas olacak denetimlerin yapılmasıdır. Bu denetimler hem hukuki hem de teknik denetimlerdir. Yapı bu teknik ve hukuki gereklere uygun olarak tamamlanmış ise şantiye şefinin beyanı, idarenin kararı ile binanın yapı kullanma izin belgesi alması sağlanacaktır.

Konumuz şantiye şeflerinin idari sorumluluğu olduğuna göre idari yaptırım uygulamaya ehil kuruluşlar olan meslek odalarının durumunun da incelenmesi gerekmektedir. Meslek odaları, üyelerinin mesleki faaliyetlerini denetlemekle yetkilidir. Üyelerinin bulunduğu hukuki durumu değiştirmeye, geçici olarak haklarını sınırlamaya ve durdurmaya yetkilidir. Bu anlamda devletin kolluk yetkilerini kullanmaktadırlar. Yukarıda belirtilen Anayasa maddelerinde kolluk yetkisinin münhasıran kamu kurum ve kuruluşlarınca kullanılabileceği belirtilmişti. Anayasanın 135. Maddesi “ Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.” Şeklinde düzenlenmiş olup meslek kuruluşlarının kamu kurumu niteliğine vurgu yapılmıştır. Bu vurgunun devamında da mesleki disiplinin korunması görevi anayasal düzeyde bu kuruluşlara verilmiştir.

Serbest meslek mensubu bir inşaat mühendisinin mesleki faaliyet yürütmesi İMO'ya (İnşaat Mühendisleri Odası) üyeliğine bağlıdır. Bu durum Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu Md.33'te *"Türkiye'de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensupları mesleklerinin icrasını iktiza ettiren işlerle meşgul olabilmeleri ve mesleki tedrisat yapabilmeleri için ihtisasına uygun bir odaya kaydolmak ve azalık vasfını muhafaza etmek mecburiyetindedirler."* Şeklinde belirtilmiş ancak maddenin 2. Fıkrasında ve Anayasanın 135/2'de kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel için oda üyeliği zorunluluğuna istisna getirilmiştir. Üyeler odaya kayıt olmak suretiyle meslek odasına, üyeleri hakkında sicil düzenleme olanağı sağlamaktadırlar. Şüphesiz ki oda üyeliğinin zorunluluğu sadece mühendislik-mimarlık açısından mesleki faaliyet yürütecek olan kişiler için zorunludur. Mesleki faaliyet dışındaki aktivitelerde meslek odasına üyelik zorunlu değildir. Danıştay 13. Dairesinin E.2009/5753 Sa. Kararı özetle aşağıdaki gibidir.

"... Anayasa'nın kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyen 135. maddesinde; kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri oldukları belirtilmiştir.

6235 Sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 2. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde, bütün mühendis ve mimarları ihtisas kollarına ayırmak ve her kol için bir oda kurulmasına karar vermek; (b) bendinde, bu suretle aynı ihtisasa mensup meslek mensuplarını bir Odanın bünyesinde toplamak; merkezde idare heyeti, haysiyet divanı ve murakıplar gibi görevlilere yetecek kadar üyesi bulunmayan Odasının merkezini, Umumi Heyetin belirleyeceği yerde açmak; (c) bendinde, mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının, müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlakını korumak için gerekli gördüğü bütün teşebbüs ve faaliyetlerde bulunmak; (d) bendinde, meslek ve menfaatleriyle ilgili işlerde resmi makamlarla işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve tekliflerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı normları, fenni şartnameleri incelemek ve bunlar hakkında görüş ve düşünceleri ilgililere bildirmek, Birliğin kuruluş amaçları arasında sayılmıştır.

Aynı Kanunun 33. maddesinde ise, Türkiye'de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensuplarının mesleklerinin icrasını iktiza ettiren işlerle meşgul olabilmeleri ve mesleki tedrisat yapabilmeleri için ihtisasına uygun bir odaya kaydolmak ve azalık vasfını muhafaza etmek mecburiyetinde oldukları hükme bağlanmıştır.

6235 Sayılı Kanunun 33. maddesiyle, Türkiye'de mühendislik ve mimarlık meslekleri mensuplarının mesleklerinin yerine getirilmesini gerektiren işlerle meşgul olabilmeleri ve mesleki eğitim yapabilmeleri için uzmanlıklarına uygun bir odaya kaydolmak ve üyelik niteliklerini korumak zorunda oldukları hükme bağlanmış olduğundan, mesleklerini ancak odaya kaydolduktan sonra icra edebilecek olan

mühendis ve mimarların, deneyimlerini de odaya kaydolduktan sonra edinebilecekleri ve bu deneyimlerini oda kaydı ile belgeleyebilecekleri kuşkusuzdur.

Öte yandan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak amacını gerçekleştirmek üzere üyeleri üzerinde bir kontrol sistemi bulunduğundan, kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere yapılan ihaleleri alan firmaların sahip olduğu organizasyon yapısının, belirtilen kontrol sistemi içinde mesleklerini icra eden anahtar teknik personel ve teknik personelden oluşmasının, ihale konusu işin, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hizmetin korunması veya kamu ihtiyaçlarının etkin ve güvenilir biçimde sağlanmasında da etkili olacağı açıktır.

Bu durumda; 4734 Sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca, ihale konusu hizmet veya yapım işlerinde isteklinin işi yürütecek anahtar teknik personel ve teknik personelinin eğitimi ve mesleki niteliklerini gösteren belgeler arasında, eğitimi belgelemek üzere diploma veya mezuniyet belgesinin, mesleki nitelikleri ile ilgili ise, özgeçmiş belgesinin istenilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakla birlikte, mühendis ve mimarların mesleklerini serbest olarak icra edebilmesi için 6235 Sayılı Kanun gereğince ilgili odaya kayıt olmalarının zorunlu olması karşısında, mesleki niteliklerden biri olan deneyim süresinin belirlenmesine yönelik olarak meslek odası kaydının istenilmesi gerektiğinden, bu yönde düzenlemeye yer vermeyen uyuşmazlık konusu yönetmelik hükümlerinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”

Bu kararında Danıştay açıkça Türkiye’de serbest mühendislik hizmetleri veren mühendislerin İnşaat Mühendisleri Odasına kayıt olmasını zorunlu tutmuştur.

Türkiye’de sadece meslek mensuplarınca yapılması gereken işler açısından kural olarak Türk Mühendis ve Mimarların çalıştırılması gerekmektedir. Bu husus da Madde 34’te “Yabancı müteahhit veya yabancı kuruluşlar, Türkiye’de Devlet daireleri ile resmi ve özel kuruluş ve şahıslara karşı re’sen veya yerli kuruluşlarla birlikte taahhüt ettikleri mühendislik veya mimarlıkla ilgili işlerde, yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla, Bayındırlık ve İskân Bakanlığının ve Odalar Birliğinin görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile yabancı uzman çalıştırabilirler.” şeklinde belirtilmiştir. Kanunun lafzı incelendiğinde yasağın sadece yabancı müteahhit veya yabancı kuruluşlar ile bunlar ile iş yapan yerli ortakları için getirildiği anlamı çıkmaktadır. İstisna olarak ise Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Odalar Birliğinin görüşü işe Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının onayı ile o iş ile sınırlı olarak yabancı uzman çalışmasına izin verilebilecektir. Ancak kanunun amacı açısından incelendiğinde yabancı mühendis çalıştıran kişinin taabiyetinin önemi bulunmamalıdır. Çalıştıran kişi ister yabancı ya da yerli ortağı ister ise sadece yerli müteahhit olsun yabancı mühendis çalıştırma yasağı kapsamına girmelidir. Zaten 35. Maddede belirtilen “34’üncü madde kapsamına girmeyen işlerde yabancı mühendisler ve yabancı mimarlar, Odalar Birliğinin görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca verilen çalışma izni ile çalıştırılabilir.” şeklindeki hükümler de bu düşünceyle hazırlanmıştır.

Bu maddelerin yanında 2527 Sa. Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun gereğince TSK ve güvenlik hizmetleri hariç olmak

üzere kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmak da dahil tüm işlerde Türk Soylu ve Türk kültürüne bağlı kişiler yabancı gibi değerlendirilmeyecektir.

2.9.3. İdari Yaptırımlar

İdari yaptırımların amacı genel anlamda suç sayılmayan ancak kamu düzeni için de gerekli görülen bazı kuralların uygulanmasının sağlanması, uygulanmasına mani olanlar hakkında da uygulanacak yaptırımların belirlenmesidir. Bu anlamda vatandaşların toplum içerisinde yapmaları ya da yapmamaları gereken şeyler bir norm olarak belirginleştirilmeli ve ilan edilmelidir.

Yaptırım özetle bir kurala uyulmamasının cezasıdır. Bu sayede toplumsal ilişkilerin düzenli bir akış içerisinde devam etmesi için gerekli kuralların ihlali ile yaptırım uygulanmasının önü açılmaktadır.

Türk İdare Hukukunun bir niteliği de idarenin bir yargı kararı olmadan kişiler üzerinde (Gerçek ya da tüzel) yaptırım uygulayabilmesidir. Bu yolla idare kamu gücü ve otoritesini kullanmakta, yapacağı eylemlerde kişiler hukuksal konumları üzerinde kararlar alabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin E:1997/19 Sayılı kararında “... *Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır. ...*” şeklindeki ifadeler ile idareye tanınan yetkilerin olaylara etkin ve zamanında müdahale edebilmesi için gerekli olduğunu vurgulamaktadır.

İdarenin yetkisizliğinin asıl olduğu yukarıda vurgulanmıştı. Bu sebeple idare ne kadar etkin ve zamanında müdahale ihtiyacı doğarsa doğsun eğer kanunla ya da kanunun izin verdiği yetki ile belirtilmemiş ise uygulamaya bir dahli olmayacaktır. Ancak gerekli yetkiyi almışsa da idari yaptırımları uygulamaya yetkili olacaktır.

İdari yaptırımlar kişisel hürriyeti engelleyici nitelikte olamazlar. Anayasamızın 38. Maddesi “... *İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir. ...*” şeklindedir. Kişi hürriyetinin kısıtlanması ise sadece yargı kararları ile olabilecektir.

İdari yaptırımlar, idarenin bir yargısal karara gerek duymadan kendi insiyatifleri ile uygulayabildikleri yaptırımlardır. Bu yaptırımlar bir yargı kararının müdahalesi olmadıkça geçerlidir.

İdarenin bir yaptırım uygulayabilmesi için en önemli unsur o konuda yetkili olmasıdır. Yetkisiz şekilde yaptırım uygulanamaz. Yetki aynı şekilde idari işlemin de en önemli unsurudur. Örneğin İnşaat Mühendisleri Odasının yetkisinde olan mesleki denetim konusunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın karar vermesi düşünülemez. Ya da İşyeri Tescil Belgesi düzenlenmesi işini belediyeler ifa edemez. Bu şekilde yetki unsuru bakımından eksik işlemler iptal edilebilir niteliktedir.

Danıştay 14. Daire 2015/4896E Sayılı kararında özetle “... *Dosyaya sunulan bilgi ve belgelere göre; 13/02/2014 tarihli Gebze jandarma ekipleri tarafından yapılan denetimlerde davacı şirkete ait ... plakalı araçla, "Hafriyat Toprağı, İnşaat ve Yıkıntı*

Atıkları Taşıma İzin Belgesi" ile "Atık ve Taşıma Kabul Belgesi" olmadan yukarıda bahsedilen alana hafriyat toprağı döküldüğünün tespit edildiği ve Jandarma Genel Komutanlığı, Gebze İlçe Jandarma Komutanlığı, Mollafenari Jandarma Karakol Komutanlığında görevli jandarma kıdemli çavuşu ve jandarma eri tarafından tutanak düzenlediği ve bu tutanak dayanak yapılarak dava konusu işlemin tesis edildiği görülmektedir. Yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; Çevre Kanunu kapsamındaki uygulamaların denetlenmesi yetkisinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığına ait olduğu, bu yetkinin, Bakanlıkça; il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına ve 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine devredilebileceği, denetimlerin Bakanlığın belirlediği denetim usul ve esasları çerçevesinde yapılacağı, Çevre Kanununda belirtilen yükümlülüklerin ilgililerce yerine getirilip getirilmediğinin tespiti için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı merkez veya taşra teşkilatı ile Bakanlıkça yetki verilmiş kurum veya kuruluşların yetkili makamı tarafından usulüne uygun olarak iki veya daha fazla kişiden meydana gelen çevre denetim ekibinin görevlendirileceği, Çevre Kanununun ilgili hükümleri çerçevesinde Bakanlık merkez ve taşra teşkilatı veya Bakanlıkça yetki verilmiş kurum veya kuruluşların yetkili makamı tarafından çevre denetimi ile görevlendirilen personel tarafından yapılan denetimler sonucunda tespit edilen ihlallerle ilgili olarak, fiilleri işleyenler hakkında Çevre Denetim Tutanağının; denetim ile görevlendirilen personelin bağlı olduğu ve idari yaptırım kararı vermeye yetkili merciye intikal ettirileceği, idari yaptırım kararı vermeye yetkili merci tarafından, intikal ettirilen Çevre Denetim Tutanağına dayanılarak yaptırım kararının verileceği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, 2872 Sayılı Çevre Kanunu uyarınca Jandarma Genel Komutanlığına yapılan bir yetki devri bulunmadığından, denetim yetkisi bulunmayan kurumda görevli jandarmalar tarafından düzenlenen tutanağa dayanılarak idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık, aksi yöndeki temyize konu Mahkeme Kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Şeklindeki ifadeler ile Jandarma personelinin uyguladığı yaptırımı iptal etmiştir. Görüldüğü üzere bu kararda Danıştay işin esasına hiç girmemiş eylem hakkında bir nitelirmede bulunmamış, sadece yaptırımı uygulayan makamın yetkisi var mı ona bakmış, yetkisiz görünce de işlem iptal edilmiştir. Bu sebeple uygulanan yaptırımın haklılığı tek başına yeterli olmamakta, yaptırım uygulayan tarafın yetkililiği de sorgulanmaktadır.

İdari yaptırımların bir özelliği de özel hukuk ilişkilerinde olduğu şekilde birlikte karar verme şeklinde değil, idarenin tek yanlı iradesi ile meydana gelmesidir. İdare kişilerden bağımsız olarak yaptırımlara karar vermekte ve uygulamaktadır. Kararın uygulanması için bir yargı kararına ihtiyaç yoktur. Ancak uygulanmasının engellenmesi için yargı kararı gerekmektedir. İdari yaptırımların uygulanması için başka bir makamın katkısına da ihtiyaç yoktur. Örneğin bir hukuk yargılamasının sonunda kazanılan tazminatın elde edilebilmesi için icra işlemlerinin yürütülmesi gerekmektedir. Ancak idare kendi karar verdiği idari yaptırımı bizzat uygulayabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari para cezalarının cezalandırıcı ve caydırıcı bir işlem olduğuna işaret etmekte olup bu yaptırımları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinde belirtilen Adil Yargılanma Hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Zira bu kararlar aynı yargı kararları gibi (İptal edilmedikçe) icrai niteliktedir.

İdari yaptırımlar önlem niteliğinde değil ise de diğer kişilere önlem olması bakımından önleyici niteliktedir. Ancak asıl fonksiyonu aykırı davranış karşılığında bedel ödetmektir.

İdari yaptırımlara karşı başvurulabilecek tek yol yargı yoludur. Elbette ki ülkemizde sıklıkla çıkan af kanunları da bir seçenek ise de bu istisnadır. İdari işlemlerin kanuna uygun olması asıl, aykırı olması istisna olduğundan yargı tarafından iptal edilmedikçe bu kararların yasaya uygun ve icra edilebilir olduğu kabul edilmektedir. Özel hukuktaki iyi niyet ile ceza hukukundaki masumiyet karineleri idare hukukunda yer bulmamaktadır. Ancak idare Danıştay'ın birçok kararında belirtildiği üzere yaptırım uyguladığı kişinin haksız olduğunu ispatlamalıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13 Şubat 1991 tarihli ve 1 sayılı İdari Yaptırımlar Hakkında Tavsiye Kararında⁶⁰ idari yaptırım uygulanan kişinin suçlu olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün idareye ait olduğu belirtilmektedir.

İdari yaptırımlar bir yetki belgesinin, ruhsatın ya da ehliyetin askıya alınması ya da iptali, idari para cezaları, mesleki faaliyetin kapsamının sınırlanması, taban ya da tavan fiyat uygulamalarına aykırılıkların telafisi şeklinde uygulanabilmektedir.

Örneğin Çevre Kanunu Kapsamında bir şantiye şefinin ağır ve tehlikeli atığı alıcı ortama kontrolsüz vermesi eylemin ağırlığına göre idari yaptırım ya da cezai yaptırıma tabi olabilmektedir.

Yine örnek vermek gerekirse imar kirliliği bazı durumlar için hem suç hem de idari yaptırım ile karşılık bulan kabahat sınıfındandır. Bir fiil hem kabahat ise Kabahatler Kanunu İçtima başlıklı 15. Maddesinin 3. Fıkrası “ *Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*” Şeklinde düzenlendiğinden sadece suça ilişkin cezanın uygulanması gerekmektedir.

İdari yaptırımlar sınırlı sayılı değildir. Kabahatler Kanunu Md. 16 ya göre “(1) ... *idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. (2) İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.*” Yani idari yaptırım değince idari para cezası ile diğer idari tedbirleri, idari tedbir denilince de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile kanunlarda yer alan diğer tedbirleri anlamamız gerekmektedir. Buradaki sınırlı sayılı olmamanın koşulunun kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak adlandırılmasına dikkat çekilmektedir. Yani idare kanunlarda yer almadıkça idari yaptırımlar yaratamaz.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi için ise mülkiyete konu eşyanın ya kabahat oluşturmaya ya da kabahat oluşumunda kullanılması gerekmektedir. Ancak yine mülkiyetin kamuya geçirilebilmesi için hangi kabahatler için bu mülkiyetin kamuya geçirileceğinin kanun ile belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin gürültüye neden olan bir cihazın mülkiyetinin kamuya geçebilmesi kanunda böyle bir ifade olmadığından mümkün değil iken, orman sahası içerisinde harfiyat yapan bir iş makinasının Orman Kanunu Md. 91'in açık hükmü olduğundan mülkiyetinin kamuya geçmesi mümkündür.

⁶⁰ KARABULUT Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (Doktora Tezi), 2006, Ankara, Sa.20

Kabahatler aksine bir hüküm yok ise hem taksirle hem de kast ile işlenebilir. Aşağıda görüleceği üzere suçlarda kastın varlığı esastır. Eğer kanun bir suçun taksir ile işlenebileceğini belirtmemiş ise kasıt yok ise suç da olmayacaktır. Ancak idari yaptırımlar kişinin taksirli hareketiyle de doğacaktır.

Sonuç olarak idari yaptırımlar, idari bir makam tarafından uygulanan, yargısal denetim ile iptal edilmedikçe geçerliliğini koruyan, geçerli olduğu süre boyunca hukuka uygun olduğu kabul edilen, kamu hizmetlerinin ifa edilebilmesi, kamu güvenliği ve güvenilirliğinin gecikmeden ve etkinliğini yitirmeden sağlanması için kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak idari bir makam tarafından ifa edilebilen işlemlerdir.

2.9.3.1. Odaların Denetim Yetkisi Ve Görevi

6235 Sa. Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu, meslek odalarının ihtisas alanlarına göre ayırmayı ve her bir mesleğin gelişimine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Kanunun 2. Maddesi “ ... Birliğin kuruluş amacı: a) Bütün mühendis ve mimarları ihtisas kollarına ayırmak ve her kol için bir oda kurulmasına karar vermek; Bu suretle aynı ihtisasa mensup meslek mensuplarını bir Odanın bünyesinde toplamak; merkezde idare heyeti, haysiyet divanı ve murakıplar gibi görevlilere yetecek kadar üyesi bulunmayan Odanın merkezini, Umumi Heyetin belirleyeceği yerde açmak; b) Mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının, müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlakını korumak için gerekli gördüğü bütün teşebbüs ve faaliyetlerde bulunmak; c) Meslek ve menfaatleriyle ilgili işlerde resmi makamlarla işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve tekliflerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı normları, fenni şartnameleri incelemek ve bunlar hakkındaki görüş ve düşünceleri ilgililere bildirmektir. (Değişik: 18/6/1997 - 4276/6 md.) Birlik ve organları, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamazlar. “ şeklindedir.

TMMOBK meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasını, mesleki faaliyetlerin kolaylaştırılmasını, meslektaşlar arası ve mühendis/ mimar camiası ile halk arasındaki ilişkilerinde dürüstlük ve güveni tesis etmeyi, mesleki konularda şartname, mevzuat normları düzenlenmesi ve düzenlenenler arasında görüş sunulması gibi işlevleri yerine getirmeyi odalar birliğine emretmektedir. Ayrıca da birlik ve organlarının kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunmalarını da yasaklamaktadır.

Bu anlamda odaların meslektaşlarını ve mesleği ilgilendiren konularda düzenleyici işlem niteliğinde yönetmelik çıkartma hakları mevcuttur. Danıştay 8. Daire 2005/3879 E Sayılı kararında özetle⁶¹ odaların mesleki disiplini sağlama ve bu mesleki

⁶¹ Karar özeti yandadır. “ Anayasanın 124. maddesinde; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabileceği; 135. maddesinde de, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri olduğu hükmüne yer verilmiştir.

faaliyetten yararlananların karşılıklı hak ve menfaatlerini korumak için örgütlendiğini bu sebeple de mimarlık hizmetinin önemi ve özelliği gereği belli bir disiplin içinde yürütülmesinin kaçınılmaz olması karşısında dava konusu maddelerin hizmetin niteliği, sunumu ve bu hizmetten yararlananlar açısından getirdiği kuralların üst hukuk kurallarına aykırılık taşımadığını belirtmektedir.

Elbette ki Danıştay'ın kararına konu olan Mimarlar Odasının yetkili olduğu yönündeki karar diğer meslek odaları için de geçerlidir.

Odaların hazırladığı bazı yönetmelikler örneğin Borçlar Hukukumuzun sözleşme serbestliği ilkesi ve kurallarına ters düşebilmektedir. Buna örnek olarak Asgari Ücret Tarifelerinin müellif ile vatandaş arasındaki sözleşme serbestisi ilkesine ters düştüğü düşünülebilir. Danıştay 8. Dairesinin 2005/5700E⁶² Sayılı kararında bu konuda bir karara

6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu'nun 2. maddesinin (a) fıkrasında, bütün mühendis ve mimarları ihtisas kollarına ayırmak ve her kol için bir oda kurulmasına karar vermek, (b) fıkrasında, mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetleri kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, (c) fıkrasında da, meslek ve menfaatleriyle ilgili işlerde resmi makamlarla işbirliği yaparak gerekli yardımlarda ve tekliflerde bulunmak, meslekle ilgili bütün mevzuatı, normları, fenni şartnameleri incelemek ve bunlar hakkındaki görüş ve düşünceleri ilgililere bildirmek Birliğin kuruluş amaçları arasında sayılmıştır.

Anılan Yasanın 5. Maddesinde, Birlik Yönelim Kurulunun oluşumu, 6. maddesinde Birlik Yönetim Kurulunun Görevleri düzenlenmiş, 19. maddesinde de; odaların bu Yasanın 2. maddesinde belirtilen amaç için Birlik Genel kurulunca kararlaştırılan işlerden yalnız odalarını ilgilendiren kısımlar ile görevli oldukları belirtilmiştir.

TMMOB Ana Yönetmeliğinin 24. maddesinin 2. bendinde de; oda tüzük, ana yönetmelik ve yönetmeliklerini yürürlükteki TMMOB mevzuatına ve ilgili diğer kanuni düzenlemelere göre inceleyerek karara bağlamak Birliğin görev ve yetkileri arasında belirlenmiştir.

Alıntısı yapılan Anayasa ve Yasa kurallarından anlaşılabileceği üzere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, meslek mensuplarının ve bu mesleki faaliyetten yararlananların karşılıklı hak ve menfaatlerini koruyarak belli bir meslek disiplini sağlama amacına yönelik olarak örgütlenmiş olduğu açıktır.

Bu bakımdan mesleğin ve kamu yararının gerçekleşmesini teminen kendi görev alanları ile ilgili konularda odaların yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu, odaların faaliyetleri ile ilgi olarak hazırladıkları düzenleyici kuralların birbiriyle uyumunu sağlamak konusunda da Birliğin denetim yetkisinin olduğu tartışmasızdır. ”

⁶² Karar özeti yandadır. “Dava konusu Yönetmeliğin “Tanımlar” başlığını taşıyan 4. maddesinin (j) bendinde “Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları: Mimarlık ve Mühendislik hizmeti gerektiren yapı ve imalatların her türlü harita, plan, proje resim ve hesaplarının hazırlanması ile ilgili, meslek odalarınca tespit ve itan edilen, ortak norm, standart ve ifade şekilleri ile bunların tanzim ve takdimine ait esasları,”

(k) bendinde; “Mesleki Denetim: Mimarlık ve Mühendislik hizmetlerinin ihtisas dalları arasında uyum ve işbirliği içinde yürütülmesi asgari ücret, asgari çizim ve düzenleme esasları açısından, bu hizmetlerin ilgili meslek odaları ve kontrol bürolarınca denetlenmesini;”

(l) bendinde; “Kontrol Büroları: Bu yönetmeliğin uygulanmasını sağlamak üzere, ilgili oda birimlerince oluşturulan ünitelerini,”

(s) bendinde, “SMMB: Serbest Mühendislik/Mimarlık müşavirlik belgesini,”

(t) bendinde; “BTB: Mimar/Mühendisin kendi meslek odasından almış olduğu büro tescil belgesini” ifade edeceği kuralı yer almıştır.

6. maddenin son fıkrasında ise; “Her türlü Serbest Mimarlık-Mühendislik-Müşavirlik hizmetlerinin yapılabilmesi için, gerçek veya tüzel kişi ve kurumlar ilgili meslek odalarından, meslek odasının öngördüğü BTB ve SMMB'ni almak zorundadırlar” hükmü yer almış;

Asgari Ücretin Belirlenmesi ve Tahsili Başlıklı 7. maddesinin ilk fıkrasında da; “Bu Yönetmelikte belirtilen MMH (Mimarlık-Mühendislik Hizmeti) karşılığı ücretlerin tespiti, tahsili ve denetlenmesi aşağıdaki esaslar uyarınca yapılır” düzenlemesine yer verilerek bentler halinde esaslar sayılıp, ücretlerin tahsili başlığını taşıyan (c) bendinin ilk fıkrasında; “Bu yönetmelikte bahsedilen MMH'ni yüklenen mimar ve mühendisler, yukarıda tespit edilen ücretler karşılığı fatura kesmek ve bu faturalarını odalarına ibraz etmek zorundadırlar. İlgili odalar ve kontrol büroları bu ücretlerin tahsisi ile ilgili esaslar belirler ve gerekli tedbirleri alırlar.” c/3 bendinin son fıkrasında da, “Yapı, sözleşmesindeki süresinde bitirilemez ise, kontrollük ücreti, süre sonunda o yılın fiyatları üzerinden ek sözleşme düzenlenerek hesaplanır”, d/3 bendinde ise; “Mesleki Denetim uygulaması; Mimar ve Mühendislerin hak ve

yer verilmiş ve özetle bu tip fiyat politikalarının 6235 Sa. TMMOBK'na uygun olduğu, mesleki gelişim ve standardın belli düzeyde tutulması açısından gerekli olduğu kanunda da odalara bu konuda yetki verildiği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere odaların yetkisi meslek standartlarının belirlenmesi, mesleki hizmetlerin kapsamı, yetki karmaşasının ortadan kalması ile sınırlı tutulmamış, hangi faaliyetin bedelinin ne olduğunun belirlenmesi yetkisinin de odalarda olduğu açıklanmıştır. Ayrıca da Danıştay bu yetkinin kaynağı olarak yönetmelik ve kanunun yanında Anayasa'yı da göstermiştir.

Odaların denetim yetkisinin -ilgili idarelerce aranmaması halinde dahi- her zaman var olduğu, bu yetkinin oda tarafından kaldırılabilirliği yönünde kararlar mevcuttur. Örneğin bir belediyenin oda vizesi istememesi ancak odanın üyelerine böyle bir zorunluluk getirmesi halinde belediye bu onayı aramasa dahi üyelerin kendi odasının denetim yetkisi karşısında vize yaptırma zorunluluğunun devam etmesi gerektiğine atıfta bulunmaktadır. Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesi 2013/163E Nolu kararında özetle “ *Olayda, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler ile soruşturma raporunun incelenmesi sonucunda, davacının Akyurt Belediyesi'nin 2011 yılı başına kadar, inşaat ruhsatlarında oda vizesi ve mesleki denetim aranmadığı için almış olduğu işler dolayısıyla vize ve mesleki denetimini yaptırmadığını, 2011 yılından itibaren ise anılan Belediyenin oda onayı istemesi sebebiyle tekrar, vize ve denetimlerini yaptırdığını ifade ettiği, bu suretle TMMOB Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetleri Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinin 15. maddesinin (a) bendinde belirtilen mesleki denetim yaptırma yükümlülüğünü Akyurt Belediyesinden almış olduğu işler dolayısıyla 2011 yılı başına kadar yerine getirmediği, diğer taraftan üyelerin meslek odasının kendileri için koyduğu kurallara uymakla yükümlü olduktan, mimarın mesleki denetim yaptırma yükümlülüğünün, iş sahibinin veya ruhsat veren idarelerin bu denetimi aramaması durumunda da ortadan kalkmayacağı anlaşıldığından, davacının 794,43 TL para cezası ile cezalandırılmasına dair işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*” şeklinde karar vermiştir.

yetkilerinin korunması, hizmetlerin disipline edilmesi, gelişen bilim ve teknolojinin imkan ve esaslarına uygun, sağlıklı, ekonomik ve kullanışlı yapı üretiminin gerçekleştirilmesi amacı ile, mimarlık-mühendislik hizmetleri ilgili meslek odaları kontrol bürolarınca denetlenir. Bu denetim, serbest mühendislik, mimarlık ve/veya büro tescil Yönetmelikleri, tip proje sözleşmesi, asgari mimarlık mühendislik ücretleri, kontrolörlük hizmetleri proje ve kontrollük puan sınırlaması gibi düzenlemeler dikkate alınarak ilgili meslek odaları kontrol bürolarınca yapılır. Kontrol bürolarının kurulması Mesleki Denetim Uygulaması Esaslarına ilişkin düzenlemeler ilgili meslek odalarınca hazırlanarak TMMOB Yönetim Kuruluna sunulur. TMMOB Yönetim Kurulunun onayından geçen düzenlemeler ilan edilir.” hükmü bulunmaktadır.

Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenilen maddeleri, serbest mühendis ve mimarların verecekleri hizmet karşılığı asgari ücret altında iş kabul edemeyeceklerine, asgari ücretin kapsamı, mesleki denetim ve kontrol bürolarının, Serbest Mühendislik Mimarlık Belgesinin ve Büro Tescil Belgesinin tanımı yapılarak, asgari ücretin tahsilinin sağlanması için mesleki denetim ve kontrollük ücreti ve ücret sözleşmesine dair düzenlemeleri içermektedir.

Mimarlık ve Mühendislik mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak ve meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile yürürlüğe konulan bu düzenlemeler, Birlik ve Odanın, Anayasa ve 6235 sayılı Yasa ile belirlenen görev alanı ile doğrudan ilgili olup, yürürlükteki mevzuat ile sözleşme yapma hürriyetine ve Rekabet Kanunu'na aykırı değildir.”

Bölge İdare Mahkemesi kararını müellifin kendi üzerinde mesleki denetim yaptırma yükümlülüğüne bağlamıştır. Görüldüğü üzere bu kararda odaya bir haktan değil, üyeye bir yükümlülüğe atıfta bulunmaktadır.

2.9.3.2. Odaların Üyeleri Üzerinde Disiplin Cezası Uygulama Yetkisi

Anayasamızın 135. Maddesi ‘‘ Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.’’ şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasamızda yer aldığı haliyle meslek kuruluşlarının üyeleri üzerinde disiplin yetkisi mevcuttur. Ancak bu yetki;

- Meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak,
- Mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak,
- Mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak,
- Meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere kullanılabilecek bir yetkidir. Örneğin mühendis ya da mimarın özel yaşamına ilişkin bir düzensizliğin işlerine/mesleklerine yansıtmadıkça bu yetki çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

Yukarıda bir mühendisin mesleki faaliyetlerini yürütebilmesi için ilgili meslek odasına üye olması gerektiği belirtilmiştir. Bunun istisnası 6235 Sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu Md. 33’te belirtilen kamu kuruluşlarında çalışan mimar ve mühendislerdir. Bu kişilerin odaya kayıt olmaları kendi inisiyatiflerindedir. Bu kişiler odaya girmeseler de odaya üye meslektaşları ile aynı sorumlulukları taşımaktadırlar.

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB) Disiplin Yönetmeliği Md. 2’ye göre ‘‘... Oda üyesi olmak zorunda olmayan meslek mensupları da Odaya kayıtlı meslek mensuplarının ödevleriyle yükümlü olduklarından, bir olay nedeniyle bağlı bulundukları kamu kurumlarınca disiplin soruşturması açılıp açılmaması ya da disiplin cezası alıp alınması bu Yönetmeliğe göre işlem yapılmasını engellemez. Bu durumda ilgiliye ve ilgilinin çalıştığı kuruluşun en üst amirine, Odaya kayıtlı üyelerin tabi olacağı işlem ve alabileceği cezalar bildirilir.’’. Yani bu maddeye göre oda kurallarına tabi olan kamu kurumu çalışanı meslek sahibi kişinin tabi olacağı işlem ve alabileceği cezalar bildirilecek ancak yaptırım kurumun en üst amiri yaptırımı kendisi uygulayacaktır.

Disiplin işlerinde yetkili kurullar Oda Onur Kurulları ile Yüksek Onur Kuruludur. ... Oda Onur Kurullarınca verilen ağır para, meslek uygulamasının yasaklanması ve Odadan ihraç cezaları Yüksek Onur Kurulunun kararıyla kesinleşir. Yüksek Onur

*Kurulunun yetkisinde bulunan işlemler bu Kurul tarafından onaylanmadan kesinleşmez ve Oda kurullarınca uygulamaya konamaz.*⁶³

Yazılı Uyarı Cezaları

Bu ceza Disiplin Yönetmeliğinin 7. Maddesinde düzenlenmiştir. Disiplin suçları kapsamına girmeyen ve meslek ile ilgili kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği görevleri yerine getirmemek, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ya da Oda birimlerinin, organlarının çalışmalarını aksatıcı tutum ve davranışlarda bulunmak, Onur Kuruluna sevk edilen bir üyeye ilişkin karar kesinleşmeden bu üyenin haklarını sınırlayıcı davranışlarda bulunmak şeklindeki davranışlarda bu ceza uygulanmaktadır. Yani yönetmelik bu ceza için sınırlı sayılı bir davranış tipi sunmamış disiplin suçları kapsamına girmeyen aynı zamanda da mesleki mevzuatın verdiği görevleri yerine getirilmediği durumlarda bu ceza öngörülmüştür. Yine TMMOB'nin ve organlarının çalışmalarının aksatılması uyarı cezası gerektiren bir eylemdir. Bunun yanında Onur Kurulunca kesinleştirilmemiş cezaların tatbikinde de yazılı olarak *meslek mensubunun meslektaşları, üçüncü kişiler, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ve Oda birimleriyle daha düzenli ve uyumlu bir tutum içinde olması ve daha dikkatli davranması gerektiği* yazı ile bildirilmek suretiyle gerçekleşen bir idari cezadır.

Para Cezaları

Para cezası ise yönetmeliğin 8. Maddesinde belirtilmiştir. Bu ceza sınırlı sayılı olarak sayılmış olup meslektaşlar arasında haksız rekabet sonucu doğuran davranışlar sergilemek, büro tescili olmadan ya da geçerliliğini yitirmiş büro tescilleri ile mesleki faaliyette bulunmak, serbest mühendislik/ mimarlık ile ilgili normlara aykırı davranmak, mesleki denetim uygulamasına aykırı davranış, odalarca ya da birlik tarafından belirlenen asgari ücret tarifesinin altında ücret almak, uzmanlık alanı dışında etkinlik yaparak ya da mesleki uygulama sırasında haksız kazanç sağlayarak 3. Şahısları zarara uğratmak, bir üyenin cezası Onur Kurulu kararıyla kesinleşmeden o üyenin haklarını sınırlayıcı davranışlarda bulunmak ya da mesleki itibarını zedelemek, daha önce yazılı uyarı cezası almasına rağmen uyarıyı gerektiren suçu yinelemek şeklindeki davranışlara uygulanmaktadır.

Bu ceza ile ilgili olarak bazı kavramların verilmesi doğru olacaktır. Örneğin haksız rekabet kavramı Türk Ticaret Kanunu Madde ve devamında verilmektedir. TTK Md. 55 de örnekleme yoluyla birçok durum için haksız rekabet şartları açıklanmış ise de bu sayılı durumlardan ziyade 54/2. Maddede haksız rekabet kavramsal olarak çerçevelenmiştir. İlgili fıkra *“Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”* şeklindedir. Tez konumuzda şantiye şefinin aldatıcı yöntemler ile rakip meslektaşların 3. Kişiler ile ilişkisinin etkilenmesinden yararlanıp kendine iş alanı açması haksız rekabet olarak belirlenmiştir.

Bir diğer durum olan uzmanlık alanı dışında etkinlik yaparak ya da mesleki uygulama sırasında haksız kazanç sağlayarak 3. Şahısları zarara uğratmak hali

⁶³ TMMOB Disiplin Yönetmeliği Md. 4

incelendiğinde inşaat mühendisi örneğinde kişinin uzmanlık alan dışında etkinlik yapması ya da mesleki uygulama sırasında haksız kazanç sağlaması para cezası uygulanması için yeterli değildir. Bu hareketleri yapması ve 3. Kişilerin zarara da uğratılması gerekmektedir.

Meslek Uygulamasının Yasaklanması Cezası

Disiplin yönetmeliğinin 9. Maddesinde belirtilmiştir. Amaç üyenin geçici olarak mesleki faaliyetinin yasaklanmasıdır.

Para cezasıyla cezalandırılmış bir suçu bilinçli olarak yinlemek, meslek ya da görevini kişisel ya da bir grup adına çıkar sağlamak için TMMOB mevzuatına, bilime ve meslek tekniğine aykırı biçimde uygulamak ya da mesleğini ve görevini TMMOB mevzuatına, bilime ve meslek tekniğine aykırı biçimde uygulayarak kamuya, halka, üçüncü şahıslara zarar vermek. temelsiz suçlamalarla mesleği, meslek mensuplarını ya da Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Odalar ya da bunların alt birimlerini kamuoyunda küçük düşürmek ya da etkinliklerini engellemek, Mühendislik mimarlık ve şehir planlama disiplinini ilgilendiren plan, proje veya hizmetlerde, bir mühendis mimar ya da şehir plancısı tarafından ya da sorumluluğunda yapılması gereken, ancak yetkisiz kişilerce üretilen plan, proje ve hizmetlerden birine imza atmak ya da attırmak, imzacılık yapmak bu cezanın oluşumu için gerekli eylemlerdir.

İlk durumda yani para cezasıyla cezalandırılmış bir suçu bilinçli olarak yinlemek için hareketin bilinçli yapılması gerekmektedir. İdari para cezası gerektiren suçlar incelendiğinde sadece *geçerliliğini yitirmiş büro tescilleri ile mesleki faaliyette bulunmak, odalarca ya da birlik tarafından belirlenen asgari ücret tarifesinin altında ücret almak durumlarında* mühendisin bilinçsizce hareket edebilmesi, örneğin fiyat belirlerken kazaen hatalı işlem yapması ya da tescil belgesinin süresinin geçtiğini fark edememesi söz konusu olabilir. Diğer durumlarda mühendisin bilinçsizliği kabul edilebilir olmayacaktır.

Meslek ya da görevini kişisel ya da bir grup adına çıkar sağlamak için TMMOB mevzuatına, bilime ve meslek tekniğine aykırı biçimde uygulamak ya da mesleğini ve görevini TMMOB mevzuatına, bilime ve meslek tekniğine aykırı biçimde uygulayarak kamuya, halka, üçüncü şahıslara zarar vermek şeklindeki ceza sebebi incelendiğinde yönetmeliğin mesleki ya da görevini, kendisi ya da bir grubun çıkarına hareket ederek ilgili fiilleri işlemesi gerektiği görülmektedir. Aynı şekilde bu hareketin sonucunda kamunun, halkın ya da 3. Kişilerin zarar görmesi de gerekmektedir. Buradaki çıkar kelimesi hukuka aykırı çıkar olarak anlamlandırılmalıdır.

Temelsiz suçlamalarla mesleği, meslek mensuplarını ya da Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği, Odalar ya da bunların alt birimlerini kamuoyunda küçük düşürmek ya da etkinliklerini engellemek durumu ise muğlak suçlamalara konu olabilecek bir yapıdadır. Bu durumun oluşması için ortada temelsiz bir suçlama olması gerekmektedir. Suçlama TDK sözlüğünde *suçlamak işi, itham* olarak tanımlanmaktadır. Suçlamak kelimesi arandığında ise *bir kimsenin herhangi bir suç işlediğini öne sürmek ifadesi* bulunmaktadır. Öyle ise temelsiz suçlama, somut bir bilgi ya da belgeye dayanmaksızın bir kişinin bir suç ile itham edilmesidir. Buradaki suç kelimesi ceza mevzuatı konusuna giren suç olarak anlamlandırılmamalıdır. Zira cümlenin kalanından bu anlam

çıkılmakta, suçlama sonrasında etkinlik engelleme gibi sonuç doğurucu eylemler de bu anlamda değerlendirilmektedir. Eleştiri haklı olsun haksız olsun bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Birçok AİHM kararına girmiş eleştiri hakkı özellikle siyasiler açısından daha pervasızca kullanılabilir. AİHM Lingens v Avusturya kararında “*aşağılık oportünist, ahlaksız, onursuz*” şeklindeki ifadelerin cezalandırılması karşısında dahi “*Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme’nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır.*” Şeklinde karara imza atmıştır. Bu sebeple oda yöneticilerinin haksız da olsa eleştiriye tahammül göstermesi gerekmektedir.

Mühendislik mimarlık ve şehir planlama disiplini ilgilendiren plan, proje veya hizmetlerde, bir mühendis mimar ya da şehir plancısı tarafından ya da sorumluluğunda yapılması gereken, ancak yetkisiz kişilerce üretilen plan, proje ve hizmetlerden birine imza atmak ya da attırmak, imzacılık yapmak durumu ise oldukça önemli ve gereklidir. Danıştay mühendislik ya da mimarlık meslek gruplarına konu işlerin uzmanlık alanları tarafından ifa edilmesi gerektiğini belirten Danıştay 8. Dairesinin E. 2005/3879 Sa. Kararında⁶⁴ özetle “*Mimarlık hizmetinin önemi ve özelliği gereği belli bir disiplin içinde yürütülmesinin kaçınılmaz olması karşısında dava konusu maddelerin hizmetin niteliği, sunumu ve bu hizmetten yararlananlar açısından getirdiği kuralların üst hukuk kurallarına aykırılık taşımadığı açıktır.*” şeklinde ifadeler kullanmıştır. Bu kararın anlamı müelliflik hizmetlerini bir kamu hizmeti olarak görmüştür. Bu çerçevede değerlendirildiğinde bu kuralın ne kadar haklı olduğu ve mesleğin onur ve şerefi için gerekliliği ortadadır. Maddede anlatılmak istenen ise ilgili uzmanlık koluna yönelik eğitim alan kişiler dışındakilerce verilen hizmetlerin altına imzacı mahiyette hareket ederek hizmetin sahibiymiş gibi davranmaktır. Bu anlamda inşaat mühendisinin yapması gerekli işe yine bir inşaat mühendisinin imza atması bu suç kapsamında değildir. Ancak inşaat mühendisi bir tekniker ya da mimarın hazırladığı ve inşaat mühendisliğinin münhasır yetkisindeki bir çalışmaya imza atarsa sorun burada başlayacaktır.

Odadan İhraç Cezası

Disiplin yönetmeliğinin 10. Maddesi “*Odadan ihraç cezası genel hükümlere göre medeni haklarını kaybetmiş olan, daha önce meslek uygulamasının yasaklaması cezasıyla cezalandırılmış olan ve aynı nitelikte suçu bilinçli olarak yineleyen, meslek topluluğuna zarar vermeyi sürdürerek meslek topluluğuna kazanılamayacağına kanaat getirilen üyeye verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu ceza için ilk şart medeni hakların kaybedilmesidir. Örneğin bir kişinin medeni haklarını kaybetmesidir. Türk Medeni Kanununda bu durumun şartları sayılmıştır. Örneğin TMK Md. 407’de *Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır* ifadeleri ile 1 yıl ve daha uzun süreli hapsin kısıtlılık sebebi olduğunu belirtmiştir.

⁶⁴ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8d-2005-3879.htm>

Bu durumda örneğin 1 yıl ceza alan bir şantiye şefinin odadan ihracı mı gerekmektedir? Disiplin Yönetmeliğindeki maddenin devamında *meslek topluluğuna kazanılamayacağına kanaat getirilen üyeye* bu cezanın verileceği belirtilmektedir. Yani medeni haklardan geçici kısıtlılık sonucunda ayrıca bir de meslek topluluğuna kazandırılmayacağı yönünde kanaat getirilmesi de gerekmektedir.

Bir diğer durum ise *daha önce meslek uygulamasının yasaklaması cezasıyla cezalandırılmış olan ve aynı nitelikte suçu bilinçli olarak yinelenmek* halidir. Burada dikkat edilmesi gereken aynı nitelikteki bir suçun bilinçli şekilde yinelenmesidir. Farklı nitelikte suçun işlenmesi ya da aynı nitelikteki suçun bilinçsiz yinelenmesi durumları bu madde kapsamı dışındadır.

Disiplin yönetmeliğinde sayılan tüm eylemlerin sonunda ayrıca *meslek topluluğuna zarar vermeyi sürdürerek meslek topluluğuna kazanılamayacağına dair kanaat getirilmesi de* gerekmektedir. Tüm eylemleri gerçekleştiren kişinin düzeleceğine kanaat getiriliyorsa bu madde yine uygulama alanı bulamayacaktır. Bunlar yanında zarar verilenin meslek topluluğu yani odalar olması gerektiğine de dikkat edilmelidir.

Disiplin cezasını gerektirecek eylemlerin öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl geçmesi halinde soruşturma başlatılamayacaktır. Ancak disiplin cezasına konu eylem aynı zamanda suç ise zaman aşımı suça göre belirlenir⁶⁵.

Diğer İdari Yaptırımlar

Kabahatler Kanunu ve meslek odaları dışında birçok kanunda idari yaptırım seçenekleri mevcuttur. Örneğin 3194 Sa. İmar Kanununun 32. Maddesi yıkım cezasını, 34. Maddesi inşaat devam ederken alınacak tedbirler ile dikkat edilmesi gereken diğer hususları, 35. Maddesi kazının kotunu, 39. Maddesi yıkılacak derecede tehlikeli yapıları, 40. Madde görüntü kirliliği ile su birikintisi vb şekilde kirliliğe yol açacak aykırılıkları, anlatırken, 42. Maddesi ise bu aykırılıklarda sorumluluğu olanlara uygulanacak idari para cezalarını anlatmaktadır.

Ya da Çevre Kanunun 20. Maddesi hangi aykırılığa ne kadar para cezası uygulanacağını anlatmaktadır. Bunun gibi Orman Kanununda, 2863 Sa. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda ve bunlar gibi birçok kanun ya da yönetmelikte idari para cezası uygulanmasını gerektirecek fiiller sayılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere idari yaptırımlar sınırlı sayılı olmayıp düzenleyici işlemler ile çoğaltılabilecek durumdadır. Yine yukarıda belirtildiği üzere bu fiiller idari yaptırım gerektirmesinin yanında aynı zamanda da suç ise içtima kuralları gereği sadece suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Meslek odalarının suç konusu ile ilgili disiplin cezası yetkilerine ilişkin hükümler ise saklıdır.

⁶⁵ Disiplin Yönetmeliği Madde 13

2.10. Şantiye Şefinin Cezai Sorumluluğu

2.10.1. Cezanın Amacı

Ceza hukukunun aktüel maksadı topluluk halinde yaşayan insanlar için önemli değerlerin ve faydaların korunmasıdır. Korunan hukuki yararlar bağımsız bireylere ya da toplumsal düzene ilişkin menfaatlerdir. Ancak mutlaka bir hukuksal yarar korunmalıdır. Yoksa bir normun hiçbir amaca hizmet etmediği halde kişileri cezaya tabi tutması anlamsızdır. Korunması gereken değerler birden fazla sayıda olabilir.

Konumuza gelindiğinde şantiye şefliğine mevzuatımızda oldukça fazla sorumluluk yüklendiği görülmektedir. Haliyle yüklenen her sorumluluğun yerine getirilmemesinin bir bedeli olması kaçınılmazdır. Bu sorumluluklar bazen bir şeyi yapma bazen de yapmama şeklinde yer almaktadır. İşte yapılması gerekenlerin yapılmaması, sakınılması gerekenlerin de sakınılmamasının bir yaptırımı da cezalandırmadır. Önceki bölümlerde disiplin cezası ya da tazminat gibi hukuksal yaptırımlardan bahsedilmişti. Bu kısımda ise yaptırımı ceza ve güvenlik tedbiri olan yaptırımlar yani ceza mevzuatı değerlendirilecektir.

Cezalandırmanın esas bir amacı suç işleyen kişilerin çektiği ızdırabın diğer kişiler üzerinde bıraktığı etki vasıtasıyla caydırıcılık iken, ıslah amacı, bedel ödetme amacı gibi amaçları da yerine getirmektedir. Bu amaçların yerine getirmesi hem mağdurlar hem de kamu açısından tatmin etkisini de yerine getirmektedir.⁶⁶

Ceza hukukunun temel amacı proaktif şekilde suç işlenmeden caydırıcılık etkisi ile ortaya çıkmaktadır. Buna genel önleme amacı denir. Bundan anlaşılması gereken suç işleme eğilimdeki kişiler üzerinde ibret etkisi ile caydırıcılık yaratmasıdır. Esas itibarıyla suç işlenmesini önleme amacı ile gerçekleştirilmeye çalışılır. Genel önleme dediğimizde anlaşılması gereken suç işleyen kimsenin cezalandırılması ile diğer insanlar üzerinde oluşturulan ‘ibret’⁶⁷ etkisidir. Özel önlemeden kasıt ise suç işleyen kişilere bedel ödetilmesi veya da bu kişilerin ıslahıdır.

Meslektaş olarak inşaat mühendisleri için olması gereken ve temenni edilenin cezalandırmanın önleme amacının işe yaramasıdır. Bu anlamda mevzuatı bilmenin dahi mesleğinde bilgili ve basiretli kişiler için işe yarayacağı herkesin beklentisi olacaktır. Hiç kimse basit tedbirlerin alınmaması ya da yapılmaması gerekli bir şeyin yapılması sonucunda cezai bir yaptırımla karşılaşmak, mesleğini ve kendini lekeleyici bir yafta taşımak istemeyecektir.

Prof. Dr. Hakeri cezanın genel önleme fonksiyonu, özel önleme fonksiyonundan daha önemli olduğunu düşünmektedir. Yazar bu görüşünün sağlam temele oturmasını kolluğun kuvvetine, adli sistemin doğru çalışmasına ve af kanunlarının çıkmamasına bağlamaktadır.

⁶⁶ HAKERİ Hakan Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2016

⁶⁷ HAKERİ Hakan Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2016

İnceleme konumuz şantiye şefliğidir ve konunun muhattapları en azından ön lisans seviyesinde eğitim görmüş kişilerdir. Bu sebeple genel önleme amacı bu kişiler üzerinde diğer potansiyel suçlulara nazaran daha etkili olacaktır. Zira bu kişiler için kusurlu hareketlerinin sonucu diğer kişilere göre daha öngörülebilir olacaktır.

Bu sebeplerle tez konumuz özelinde genel önleme amacının özel önleme amacından daha tesirli olacağı, şantiye şefi konumundaki kişilerin kusurlu hareketlerinin ceza ile ıslahına göre ibret yoluyla daha kolay önlenilebileceği açıktır.

TCK Md. 1 Kanunun amacını açıklamakta olup “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Yani kanunun koruduğu hukuki değerleri” *kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak*”, şeklinde sıralamış ve esas amacın suç işlenmesini önlemek olduğunu belirtmiştir. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin neler olduğunun düzenlendiği belirtilmiştir.

Yani kanunun lafzına göre suçun işlenmesinin önlenmesi amaç iken bu amacın gerçekleştirilmesi için hangi enstrümanlar kullanılacak bunlar açıklanmıştır. Burada belirtmekte fayda vardır ki ceza içeren tek kanun Türk Ceza Kanunu değildir. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Türk Ticaret Kanunu gibi pek çok kanunda da suçlara ve cezalara yer verilmiştir.

2.10.2. Ceza Hukukunun İlkeleri

2.10.2.1. Hukuk Devleti İlkesi

Devlet tüm organları ile yaptığı işlemleri hukuka uygun olarak gerçekleştirmek durumundadır. Her işlem ve eylem hukuk kuralları dahilinde olmalı ve dayanağını bir mevzuattan almalıdır.

Bunun gibi cezai bir sorumluluğun doğması için gerekli mevzuat düzeyi kanun olmalıdır. TCK Md. 2 metni aşağıda verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi

Madde 2- (1) *Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*

(2) *İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*

(3) *Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*

Buna göre bir suçtan bahsedebilmek için fiil kanunda açıkça suç olarak sayılmalıdır. Örneğin kanunlarımıza göre rüşvet suçunun oluşması için -rüşvet alan kişi açısından- failin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Şantiye şefinin kamu görevlisi

olup olmadığı aşağıda irdelenecektir. Bu durumda şantiye şefi eğer kamu görevlisi olarak kabul ediliyor ise rüşvet suçunun –alan konumunda ise- oluşabilecektir. Yok eğer kamu görevlisi kabul edilmiyor ise sağladığı menfaat rüşvet suçum kapsamında değerlendirilmeyecektir. İşte bu örnek suçta ve cezada kanunilik ilkesine atıfta bulunmaktadır.

Maddede önemli bir diğer husus ise idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağıdır. İdarece çıkartılabilecek düzenleyici işlemler tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge vb şeklinde sıralanabilir. Yani bunlar ile neyin suç neyin ceza olduğuna karar verilemeyecektir.

İkinci Fıkra ise kıyas yasağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu da bir şey açıkça suç olarak düzenlenmedi ise başka bir şey referans gösterilerek o eylemin suç olduğuna karar verilemeyeceğini anlatmaktadır. Örneğin kanun TCK Md. 184'te İmar Kirliliğine Neden Olma başlığı ile ruhsat almadan ya da ruhsata aykırı olarak bina yapmak eyleminin yaptırımlarını düzenlemektedir. Bina tanımı ise 3194 Sa. İmar Kanununun 5. Maddesinde *“ kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarıyan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır. ”* Şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma nükleer reaktör yapısı girmemektedir. Zira insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarıyan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardan değildir. Burada bir kıyas yapılarak ev bina sayılıyor ise nükleer reaktör haydi haydi sayılır ve imar kirliliği fazlası ile oluşur denilemez. Denilirse de kıyas yasağı ihlal edilmiş olur.

2.10.2.2. Kanunilik İlkesi

Bu evrensel bir ilkedir. Anayasa Md. 38 *“ Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* Şeklinde. Bu hukuk güvenliğinin temelidir. Bu temel ilke kişileri fiillerinin gelecekte suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği endişesinden kurtarmaktadır.

Örneğin şantiye şefinin görev ve sorumluluklarına ilişkin bir düzenleme, yürürlük tarihinden itibaren sonuç doğuracaktır.

Kanunilik ilkesi hem fiilin tipikliğinin hem de o fiil karşılığındaki yaptırımların kanun ile düzenlenmesini gerektirmektedir. Kanunda fiil esnasında adli ya da idari para cezasına hükmedilmesi emrediliyor ise kişiye hapis cezası verilemez.

Temel ilke serbestlik olduğundan açıkça yasaklanmayan her şey serbesttir. O serbestliğin sınırları ve sınır aşılması halinde uygulanacak yaptırımlar kanun ile belirlenecektir.

Anayasa Mahkemesi 1988/8 K Numaralı kararında *“ Bir disiplin cezası sayılacak meslekten geçici ve sürekli uzaklaştırma (çıkarma) da programa uymama ya da başarılı olamama eylemleri belirlenmişse de 'uymama'nın tanımı yapılmamış hangi eylemlerin 'uymama' sayılacağı açıklanmamıştır. İçeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli 'uymamak' kavramı, buna bağlı disiplin cezalarının uygulanmasında anlayış, yorum ve değerlendirme ayrılıklarına dayalı olarak eşitsizlik, çelişki, haksızlık*

doğurabileceği gibi yönetime, her an keyfiliğe dönüşmesine olanak verecek, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır. ” ifadeleri ile disiplin cezalarında dahi kanunilik ilkesine vurgu yapmıştır.

Bu anlamda tezin konusu olan şantiye şefinin sorumluluğunun kapsamını dikkatlice analiz etmesi ve suç kalıbına uygun eylemlerden kaçınması gerekmektedir.

Suçların ve cezaların halkın temsilcisi TBMM tarafından belirlenmesi ve usulüne uygun olarak ilanı ile ceza içeren kanunların genel önleme fonksiyonu başlamaktadır. Bu haliyle kişiler neyin suç olup neyin suç tanımı dışında kaldığını bilerek buna göre davranacaklardır.

Örf ve Adet Hukuku Ceza Hukukunda Doğrudan Doğruya Bir Kaynak Niteliği Taşımamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken doğrudan kaynak olmayacağı hususudur. Yoksa dolaylı kaynak olabilecektir. Örneğin bir yerde hakaret anlamına gelecek kelimeler başka bir bölgede aynı etkiyi yaratmayabilir. Hakaret suçunun tanımı TCK ile belirlenmiş ise de neyin hakaret olarak algılanacağı konusu bölgeden bölgeye değişebilir.

Yargıtay uygulamasına göre bir bahçedeki ağaçtan yemek amacıyla az miktarda meyve alınması eyleminin gelenek ve göreneklere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olduğu gerekçesiyle suçun oluşmadığına karar vermiştir.

Bir diğer husus ise kıyas yasağı ile yorum arasındaki farka ilişkindir. Yorum serbest iken yasaklanan şey kıyastır. Yorum kanunun amacı ile mevzuatın değişen ihtiyaçlara göre uyarlanmasıdır. Hiçbir şekilde kanunda açıkça suç sayılmayan eylemin suç olarak tasnifi değildir. Kanun “*Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” Şeklinde kaleme alınmıştır. Geniş yorum yasak değil ise de bu genişletici yorum kıyasa dönüştüğünde yasak kapsamındadır. Bu durumda da belirlilik ilkesinin bir anlamı kalmamaktadır.

Bir fiil eylem anında suç değil ise sonradan yürürlüğe giren bir kanun ile suç haline getirilemez. Buna geçmişe yürüme yasağı denilmektedir. Bu da hukuk güvenliğinin bir gereği olarak düşünülebilir. Yasak olan hem suç haline gelen eylemlerin belirlenmesi hem de zaten belirlenmiş olan eylemler için uygulanacak yaptırımlardır. Örneğin şantiye şefinin sorumluluğundaki bir personelin iş kazası geçirmesi durumunda bu suçun cezası sonradan arttığında sanık olan şantiye şefine sonradan arttırılmış olan ceza uygulanamayacaktır. Yani failin aleyhine değişiklikler faili bağlamayacaktır.

2.10.2.3. Orantılılık İlkesi

Hukuk devleti olmanın bir diğer kriteri ise orantılılık ilkesi ile uyumlu düzenleme yapılmasıdır. Fiillere uygulanacak yaptırımlar ağırlıkları ile orantılı olmalıdır. TCK Md. 3/1 “*Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve*

güvenlik tedbirine hükmolunur.'' Şeklinde dir. Korunan hukuki değer başta olmak üzere, fiilin ağırlığı, failin ve mağdurun durumu cezalandırmada göz önünde tutulmaktadır.

Tez konusu örneğinde mühendis ünvanlı bir şantiye şefinin failik durumu incelendiğinde ise şantiye şefinin fiilin ağırlığını hemen her yönleri ile anlayabilecek kapasitede olduğu göz önüne alınacak ve ceza alt sınırından uzaklaşarak tayin edilebilecektir.

Korunan hukuki değer incelendiğinde ise şantiye şefinin komşu parsel taşınmazına zarar vermesi ya da gelip geçene kendi ihmali ile zarar vermesi arasında korunan hukuki değer açısından fark vardır. Birinde malvarlığı korunmak istenirken diğerinde kişilerin bedensel bütünlüğü ya da yaşam hakkı korunmaktadır. Şüphesiz ki ikinci durumda daha önemli bir hukuki değer korunmakta ve olası ceza miktarı artmaktadır.

2.10.2.4. İnsanilik İlkesi

Bu ilke daha çok ceza miktarı ya da ceza türü ile ilgilidir. Anayasamızın 17. Maddesi '*... Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. ...*' şeklinde dir. Burada açıkça devlet gücü ve otoritesi ile de olsa insani olmayan yöntemlerin kullanılamayacağı kesin şekilde belirtilmektedir.

Cezalandırmanın amacı yukarıdaki fıkralarda belirtilmişti. Cezanın ıslah amacına hizmet eder şekilde cezalandırma yapılması hem yazılı hukuk kurallarının hem de evrensel hukuk ilkelerinin bir gereğidir.

2.10.2.5. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

TCK Md. 3/2 '*... Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.*' Şeklinde dir. Madde metnine dikkat edildiğinde kesin ve mutlak bir eşitlik bulunmamaktadır. Sadece sayılan kriterler göz önünde tutularak ayrımcılığın yasak olduğu belirtilmektedir. Bu sayılı kriterler sınırlı sayılı değildir. *Ve diğer* kelimesi ile toplumsal konuma konu kriterler genişletilebilecektir.

2.10.2.6. Kusur İlkesi

Ceza hukukumuz diğer birçok modern ceza hukuku sisteminin benimsediği kusur sorumluluğu ilkesine göre düzenlenmiştir. Eğer kişiye bir kusur yüklenebilmekte ise kişi cezalandırılabilir.

Önceki bölümlerde belirtildiği üzere hukuki sorumlulukta kusursuz sorumluluk mümkündür. Örneğin bir kimsenin hayvanı başkasına zarar vermiş ise TBK Md. 67 ye göre, bir adam çalıştıran ise çalıştırdığı kişiden dolayı TBK Md. 66 ya göre kusursuz sorumlu olmaktadır. Ancak cezai sorumluluk için kusur olmazsa olmazdır.

Kusur sorumluluğu için kişiye kusur isnat edilebilmesi, kişinin kusur yeteneğine haiz olması, eylemi bilerek ve isteyerek işlemesi gerekmektedir.

Örneğin şantiye şefinin kendisine idarece verilen krokiye uygun olarak yaptırdığı kazı sonrası doğalgaz hattının zarar görmesinde –Eğer gerekli tahkik ve araştırmaları da yaptıysa- kusuru olmayacaktır. Ya da çalıştırdığı işyeri için iş güvenliği konularında eksiklik görmesine ve işvereni müteahhidi uyarmasına rağmen şantiye şefine eksikliklerin giderilmesi için yetki verilmemiş ve sonrasında eksiklik giderilmediği için kazası meydana geldi ise şantiye şefinin yine kusuru olmayacaktır.⁶⁸

Kısaca eylemin sonucu kişiye yüklenebilecek ise cezalandırma mümkündür. Bir diğer husus ise kişinin kusur yeteneğinin olmasıdır. Konumuz şantiye şefi olduğundan ve bu kişiler ergin ve akli melekelerle haiz olduğundan bu konuda genelde bir sorun çıkmayacaktır. Ancak örneğin şantiye şefinin kendisinin kusuru olmadan geçici nedenler ile kusur yeteneğini yitirmesi mümkündür. Örneğin istemeden koklamak durumunda kaldığı tiner ya da başka kimyasallar, ilaçların yan etkileri gibi haller buna örnektir. Bu durumlarda verdikleri talimatlardan iradilikleri ölçüsünde sorumlu olacaklardır.

Kişilere verilecek ceza da kusurları oranında tayin edilmektedir. Kusur fiilin işlendiği anda aranır. Eğer fiilin sonuçları sonradan ortaya çıkacak ise eylem ile sonuç arasında kişinin sonucu engelleyebilme durumu kusura etkilidir. Örneğin şantiye şefi zaman ayarlı patlayıcı ile yıkım gerçekleştirmek için sistemi harekete geçirir ve aradan bir miktar zaman geçtikten sonra sistemin patlamasına kadarki süreçte bir hatasını sonradan fark etse patlatma kararını iptal kabiliyeti ölçüsünde kusurundan söz edilebilecektir.

Kanunun emri de kusuru kaldıran nedenlerden birisidir. Örneğin bir parseldeki kötü görünüm ve sağlığı tehlikeye sokacak ya da küçüklerin boğulmasına neden olabilecek lağım çukurunun kapatılması için ya da tehlike yaratan elektrik enerjisinin kesilmesi için malikin kabulünün aranması gerekmeyebilir. Bu durumlarda hukuka uygunluk nedenleri arasında olup kusurlu hareketten söz edilemeyecektir. Özellikle çocukların sıklıkla oynadığı bir yerde gerçekleşmesi muhakkak tehlikenin mevcudiyeti kabul edilmelidir.

2.10.2.7. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi

Bu ilke herkesin kendi fiilinden sorumlu olduğunu anlatmaktadır. Hiç kimseye bir başkasının fiilinin cezası çektirilemez.

Yukarıda iş kazası ile ilgili örneği tekrarlayacak olursak müteahhidin kusurundan şantiye şefi cezalandırılmayacaktır. Ya da babanın suçunun cezası çocuğa verilemeyecektir.

⁶⁸ ŞANTIYE ŞEFLERİ HAKKINDA YÖNETMELİK Md. 8/4 Şantiye şefi görev aldığı yapım işinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemin alınması yetkisine sahiptir. Bu yetkinin yapı müteahhidi tarafından kullanılmaması halinde şantiye şefi sorumlu tutulamaz.

2.10.2.8. Şüphede Özgürlük Lehine Yorum Yapılır İlkesi

Ceza hukuku en son kullanılacak yoldur. Sanık hakkında kesin ve her türlü şüpheden uzak şekilde suçlu olduğu yönünde kanaat oluşmamış ise ceza verilemez. Suçluluk kesin değilse masumiyetin varlığı kabul edilecektir.

İnsanın temel hakları⁶⁹ arasında en önemli haklardan birisi şüphesiz ki özgürlük hakkıdır⁷⁰. Anayasamızın 19. Maddesinde kişi hürriyeti şeklinde zikredilen bu hak kişi tarafından dahi vazgeçilemez nitelikte bir haktır. Bu sebeple devletin temel insan hakları arasında gösterilen bu hakka bağlı kalması ve kişinin suçluluğundan emin değil ise özgürlük lehine tercihte bulunması gerekmektedir.

Bu ilke aynı zamanda eylemi tanımlayan yasa metninin yorumunda da özgürlük lehine yorum yapılmasını gerektirmektedir. Yasa metni açıkça bir eylemin suç olduğu yönünde değil ise yorum özgürlüğün devamını sağlayıcı yönünde yapılmalıdır.

Bu ilkenin uygulama alanı daha çok yeterince belirli olmayan suç tiplerinde etkisini göstermektedir. Örneğin TCK 183'te gürültüye neden olma suçu düzenlenmiş olup madde metni “İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi ...” şeklindedir. Metinde yasak eylem mevzuattaki yükümlülüklerle aykırı olarak başka kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli şekilde gürültüye neden olmayı yasaklamıştır. Burada gürültü tanımı önemlidir. Bu suç tanımında gürültü, sağlık gibi kelimelerin tanımı doğru yapılmalı ve amacı aşacak şekilde cezalandırmaların önüne geçilmelidir.

Gürültü çok basit tanımı ile rahatsız edici ses ya da sesleri ifade etmektedir. Örneğin TRT'nin yayının bittiğini ilan eden 1000 Hz frekansındaki ses birçok için objektif nitelikte rahatsız edicidir. Sağlığın zarar görmesine elverişlilik değerlendirildiğinde ise Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımından yola çıkıldığında tam iyilik halinin bozulması bu frekansta her ses şiddetinde mümkündür. Bu sebeple TCK Md. 183 ün gerçek amacı araştırılmalı ve yasanın hangi yükümlülüğün ihlaline yaptırım uygulamak istediği anlaşılmalıdır.

Bunun gibi belediye hoparlöründen verilen ikaz anonsunun bu kapsamda değerlendirilmesi ya da bir inşaat faaliyeti sırasında yapılan patlatma anında mecburen çıkan ses bu kapsamda olmayacaktır.

2.10.2.9. Karineler İle İspat Olmaz İlkesi

Bu ilke de şüphede özgürlük lehine yorum yapılır ilkesinin bir yansımasıdır. Karinenin Türk Dil Kurumu sözlüğünde 2 tanımı verilmiş olup;

1. Karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu,

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Md. 5 “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.”

⁷⁰ Anayasa Md. 19 “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. ...”

2. Belirti

Şeklinde tanımlanmaktadır. Buna göre belirtilerden yola çıkılarak kişi aleyhinde olumsuz kanaate varılması ve sonrasında cezaya hükmedilmesi mümkün değildir.

Örneğin şantiye şefinin sahada olduğu bir anda vinç operatörünün kusurlu hareketini görmesi gerektiği, hareketin şantiye şefinin bilgisi dahilinde yapılmış olmasının kabul edilmesi gerektiği karinesinden yola çıkılarak şefe ceza verilemeyecektir. Şantiye şefinin fiil ile ilişkisi somut deliller ile kurulmadan şefin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Elbette ki şefin denetim ve gözetim yükümlülüğüne ilişkin kurallar saklıdır. Denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal sonucunda bir zarar doğmuş ise bu fiilin şefin kontrolünde icra edildiğini değil, şefin denetlememesi yüzünden engellenmediğini gösterecektir.

Özellikle iş kazalarına ilişkin birçok raporda karinelere yola çıkılarak isnatlarda bulunulduğu görülmektedir.

2.10.3. Ceza Hukukunun Uygulama Alanı

Bu konuda TCK Md. 7 aşağıdaki şekildedir.

Zaman bakımından uygulama

Madde 7- (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükümlenmişse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/2 md.) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.

1. Fıkra da fiil anında suç sayılmayan bir eylemin sorumluluk doğurmayacağı ve eylem gerçekleştiği anda suç sayılsa dahi infaz aşaması tamamlanmadan o eylemin suç olmaktan çıkması halinde de cezaya hükmedilemeyeceği belirtilmektedir. Eğer bu aşamada infaza geçilmiş ise infaz durdurulacak, suçun neticeleri de ortadan kalkacaktır. Yani şantiye şefi TCK Md. 184 (İmar Kirliliği) yürürlüğe girmeden önce kaçak inşaata başlasa ve sonradan da bu eylem için ceza öngörülse dahi şantiye şefinin TCK Md. 184'e göre ceza sorumluluğu olmayacaktır.

2. Fıkra da ise suçun işlendiği andaki ceza, sonradan değiştiğinde failin lehine olan cezaya hükmedileceği belirtilmektedir. Örneğin Şantiye şefi Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa tabi bir yerde basit onarım niteliğinde bir çalışma yapsa, bu çalışmanın tarihi de 2012 yılı içerisinde olsa 65. Maddede basit onarım ile ilgili ceza düşümü 2013 yılında getirildiği için lehine olan hüküm uygulanacaktır.

3. Fıkra da üç adet istisna dışında infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağına hükmedilmektedir.

4. Fıkra da geçici ya da belli bir süre içerisinde geçerli olması düşünülen kanunlar ile verilen cezaların kanunun geçerliliğini yitirmesi durumunda dahi infazına devam edeceği belirtilmektedir.

2.10.4. Suçun Unsurları

Suç, toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin bilerek ve istenerek ihlalini (kast) veya bu değerleri korumaya yönelik kurallara karşı özensizliği (taksir) ifade eden insan davranışlarıdır. Bu yönüyle suç, bir haksızlık, hukuka aykırı tipik fiildir.⁷¹

Yukarıdaki tanım incelendiğinde suçun belli unsurlardan oluştuğu görülebilmektedir. Bunlardan her biri aşağıda irdelenecek ise de tanımdan yola çıkılacak olursa; korunması gereken hukuki bir değer olması (Ör: Şeref, hayat, sağlık, kamu güvenliği), suçun subjektif unsurları olan kast ya da taksir ile işlenmesi, insan davranışı şeklinde tezahür ettiği için bir failinin olması şeklinde görülebilmektedir. Elbette ki bir eylem olması ve bunun kanunda verilen kalıba uygun olması, eylemin netice doğurması, eylem ile netice arasında illiyet bağı olması da tanımdan dolayı olarak anlaşılmaktadır.

Bir eylemin suç olarak tanımlanabilmesi için aşağıda belirtilecek tüm unsurların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir tanesi bile eksik olsa suç gerçekleşmez. Örneğin faili olmayan bir suç olmayacağı gibi icrai ya da ihmali bir eylem sonucu gerçekleşmeyen netice de suç olmayacaktır. Bunun gibi mağduru olmayan suç da yoktur.

2.10.4.1. Suçun Kanuni Unsurları (Tipiklik)

Suçun tipikliği kanundaki tanımda belirtilen şekle ve şartlara uygunluk olarak tanımlanabilir. Tipiklik, suçu kişiye bağlı olmaksızın tarif etmektedir. Bu olaya uygulanabilir ancak olaya özel olmayan bir tariftir. İncelenmesi gereken fiil olup fiilin hangi durumlarda suç haline geleceği belirtilmelidir.⁷² Bu durumda suç tarifine ve kanunda belirtilen durumların oluşmasına göre bir fiilin suç olup olmadığı araştırılmalıdır. Örneğin TCK Md. 184 de belirtilen imar kirliliği suçu *yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi* hakkında uygulanmaktadır. Bir şantiye şefinin bu suçtan suçlanabilmesi için ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak BİNA yapması ya da yaptırması gerekmektedir. Bina tanımı yukarıda verilmiştir. Buna göre şantiye şefi bina sayılmayan ancak yapı sayılan bir havuz inşa ederse bu suç kapsamında değerlendirilmeyecektir. Havuzun ruhsatsız olup olmaması suç olup olmadığına etki etmeyecektir.

Belirtilen tüm bu madde içeriklerindeki suçun tipiklik unsurunu anlatmaktadır. Tipe uygunluk suçun en önemli unsurudur. Bir eylemin suç sayılabildiğinin bir diğer

⁷¹ ARTUK Mehmet Emin ve GÖKCEN Ahmet Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2017. Sa 195

⁷² ARTUK Mehmet Emin ve GÖKCEN Ahmet Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2017. Sa 222

koşulu ise tipikliğe uyması yanında bu tipe uygun hareket için bir ceza öngörülmüş olmasıdır. Tipe uygun hareket ceza tehdidi ile karşılaşmıyor ise suç yine oluşmayacaktır.

Çevrenin kasten kirletilmesi durumunu düzenleyen TCK Md. 181 incelenecek olursa madde metninin “ *İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi,*” şeklinde kabul edildiği görülmektedir. Suçun oluşabilmesi için çevrenin kirletilmesi ve bunun kasten yapılması yeterli değildir. Eğer şantiye şefi bunu *kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak yaparsa* yani maddedeki tüm unsurlar gerçekleşirse suç oluşacaktır. Şantiye şefimiz atığı kanunda belirtilen teknik usullere uygun olarak atarsa ancak sonradan başka bir eylemin etkisi ile çevrenin kirlenmesi söz konusu ise ya da teknik gerekler yetersiz kalmış ise burada fail suçlanamayacaktır.

Bazı suçlar vardır ki ihmal suretiyle işlenebilir. Örneğin bir kişiyi kasten öldürmek için genellikle icrai hareketler (Ateş etmek, bıçaklamak, zehirlenmek vb) gerekmektedir. Ancak konumuz özelinde örneğin iş kazalarında genellikle ihmal suretiyle işlenebilen suçlar söz konusu olmaktadır. Yani genellikle bir gerekliliği yerine getirmek gerekirken hareketsiz kalmak suretiyle iş kazaları ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tipikliğe ihmal hareketler de girecektir.

2.10.5. Fail

Fail kelimesi fiil kelimesinden gelmekte olup eylemi gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir. TCK Md. 37/1 “ *Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.*” şeklindedir.

Fail olabilmek için olay üzerinde etki sahibi olmak gerekmektedir. Bir hareketi gerçekleştirirken sonuçlarını öngören ya da öngörme durumunda olan kişilerin faillikleri söz konusu olacaktır.

Örneğin şantiyede kule vinç operatörü olarak çalışan K.V. kendisinin göremediği bina arkasına başkasının talimatları ile malzeme indirmek için manevra yapmaktayken – eğer talimatlara uygun manevralar gerçekleştirdiyse- kaza meydana gelirse bunda kusuru olmayacaktır. Zira kendisi başkası tarafından yönlendirilmektedir ve bulunduğu konum itibarı ile göremediği bir noktada çalışma gerçekleşmektedir. Burada operatör K.V.’nin sonucu öngörmesi mümkün değildir. Aynı şekilde hatalı bilgilendirme sebepli başkasının malzemesini inşaatta kullanan şantiye şefinin de kusuru bulunmamaktadır.

Yine bilirkişi raporlarına sıklıkla yansıdığı şekliyle şantiye şefinin inşaat ile ilgili her olayda sorumlu tutulması mümkün değildir.

Suçun faili sadece gerçek kişilerdir. Tüzel kişilerde örneğin şirketlerde suçu işleyenler de gerçek kişilerdir.

2.10.5.1. Özgü Suç Kavramı

Bazı suçlar vardır ki sadece belli kişiler tarafından işlenebilir özelliktedir. Örneğin işkence suçunu işleyebilmek için kamu görevlisi olmak gerekir. Benzer fiilleri kamu görevlisi olmayan bir kişi gerçekleştirdiğinde işkence değil eziyet suçu oluşmaktadır. Bu

tip suçlara (İşkence vb.) özgü suç denilmektedir. Belli durumda kişilerin suçlanabileceği eylemleri anlatmaktadır.

2.10.6. Mağdur

Mağdur suç sonucunda zarara uğrayan değer sahibi olan kişidir. Bir diğer kavram suçtan zarar gören ise de mağdur ile suçtan zarar gören farklı kişiler olabilir. Şantiye şefi bina inşa ederken komşu taşınmaz yapısına zarar verdiğinde suçun mağduru ve zarar göreni aynı kişidir. Ancak iş kazası olayında ihmali bir suç var ise bunun mağduru kazazede iken zarar gören ise mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir.

Mağdur sadece gerçek kişilerden olabilirken, suçtan zarar gören ise tüzel kişilikler olabilir. Bir kişi suçun hem mağduru hem de faili olamaz. Kendini odaya kilitleyen kişi hürriyeti ihlal ile suçlanamaz.

2.10.7. Suçun Konusu

Suç konu hareketin muhatabı zarar gören ya da görmesi muhtemel olan değerlerdir. Örneğin topluma karşı genel güvenliğin tehlikeye atılması şeklinde tasnif edilmiş olan ve TCK Md. 176 da “ *İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almama*” şeklinde ifade edilen suçun konusu genel güvenlik hakkının ihlali tehlikesidir. Dikkat edildiğinde bu suçta bir netice aranmamakta ille de birinin zarar görmesi gerekmemektedir. Tedbir alınmadan inşaat ya da yıkım faaliyetine başlandığı anda suç oluşmaktadır. Bu değerler Ceza Kanunumuzda *insanlığa karşı suçlar, şerefeye karşı suçlar, kamu düzenine karşı suçlar* şeklinde sisteme edilmiştir.

2.10.8. Tipikliğin Objektif Unsuru Fiil

Ceza hukukunun yaptırım imkanının doğabilmesi suç tanımındaki eylemlerin elverişli hareketler şeklinde başlamasına bağlıdır. İnsanların kafasında kurdukları planlar ceza sebebi değildir. Bir takım icrai ya da ihmali hareketler yok ise suç oluşmaz. Yani daha ruhsat almadan malzeme siparişi verilmesi imar kirliliği suçunu oluşturmayacaktır. Suç inşa faaliyetlerine başlanması ile ortaya çıkacaktır. Devletin cezalandırma yetkisi hareket ile başlayacaktır.

2.10.8.1. Hareket

Hareket suç kalıbına uygun şekilde sonuç verecek nitelikte dışa yansımış iradi bir insan işidir. Ceza hukukumuz faili değil fiili cezalandırır. Hareketten kasıt icrai faaliyetler değil yapılması gerekeni yapmamak şeklinde ortaya çıkan ihmali hareketleri de kapsamaktadır.

İnsan tarafından hükmedilemeyen hareketler ceza hukuku anlamında hareket değildir. Örneğin hipnoz ya da ilaç altında gerçekleştirilen eylemler ile refleksif davranışlar hareket sayılmamaktadır. İnsan iradesi ile bilinçli olarak gerçekleşmezler.

Suçların harekete göre birçok tasnifi mevcut ise de teoride kalacak ve tez konusu dışına taşmamak adına bu konulara girilmeyecektir. Ancak birçok kez karşımıza çıktığı

için icrai ve ihmali suç ayırımına girmek gerekmektedir. Zira şantiye şefi örneğinde oluşabilecek birçok suç ihmali suç şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

İhmal, yapılması gereken şeyi savsaklamak ya da boşlamak suretiyle yapmamak anlamındadır. İcrai hareketle işlenen suçlar bir hukuk normu tarafından yapılmaması gereken şeyin yapılması şeklinde ortaya çıkarken ihmali hareketle işlenen suçlar yapılması gerekli bir şeyin yapılmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Saf ihmali suçlar suçun oluşabilmesi için hareketi yapmamanın yeterli olduğu suçlardır. Örneğin TCK Md. 176 da belirtilen İnşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama suçu böyledir.

Garantörsel ihmali suçlarda ise failin neticeyi engellemek için harekete geçme yükümlülüğü mevcuttur. Örneğin kendisine getirilen ağır yaralı hastayı tedavi etme yükümlülüğü olan doktorun hastaya bakmaması halinde bu durum geçerlidir. Buradaki garantörlük kanundan, sözleşmeden ya da fail tarafından başlatılmış tehlikeli olaylar zincirine müdahale zorunluluğundan kaynaklanabilir.

2.10.8.2. Netice

Netice eylem sonrasında dış dünyada oluşan değişikliktir. Yani suç tipinde belirtilmiş olan netice bizim inceleme konumuzdur. Örneğin TCK Md. 183'te belirtilen gürültüye sebep olma suçu için sağlığı etkileyebilecek bir gürültünün meydana gelmesi gerekmektedir. Netice yok ise suç da olmaz.

Bazı suçlar vardır ki netice oluşması ile suç tamamlanır. Bazı suçlarda da herhangi bir neticenin meydana gelmesi birilerinin sağır olması ya da savcılığa sağlık raporu ibraz etmesi gerekmez. Bir diğer örnek; öldürme suçlarının oluşması için ölüm olayı gerekmektedir ve netice gerekir. Ancak tehlike suçlarında birinin zarar görmesi gerekmez. Zarar verme ihtimali olan her olayın faili suç işlemiş olur. Örneğin TCK. Md. 178'de *“Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymayan, konulmuş olan işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişi ...”* şeklinde ifade edilen suçta bu böyledir. Belirtilen hareketleri yapan ya da ihmal eden herkes sonucunda bir netice gerçekleşmese dahi suçu işlemiş olacaktır.

2.10.8.3. Nedensellik (İllyet) Bağı

Bir sonucun bir hareket nedeniyle meydana gelmesidir. Nedensellik bağı yok ise failin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Nedensellik bağının kurulduğu durumlarda ise suçun diğer unsurlarının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.⁷³

Burada neticeden sorumluluk doğabilmesi için fail tarafından icra edilmiş olan bir hareketin mevcudiyeti gerekmektedir. Başkasının ya da başka bir şeyin hareketi ile meydana gelen neticeden fail sorumlu değildir.

Neticenin hareket dolayısıyla meydana gelip gelmediği önemlidir. Bu bağa nedensellik bağı denilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.10.1993 Tarih ve E.

⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.10.1995, E1993/4-153, K 1993/215 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

1993/4-153 sayılı kararına göre *nedensellik bağının bulunup bulunmadığını saptayabilmek için failin hareketinin oluşan sonucu oluşturabilme olanağına sahip olup olmadığı veya bu hareketin sonuç bakımından tamamen rastlantı niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemek gerekir*. Örneğin şantiye şefi elektrik ustasını bir arıza için 5. Kata gönderse elektrikçiye 4. Katta kalıpcı yardıma çağırır ve sonucunda elektrikçi kaza geçirse burada nedensellik bağı kurulabilecektir. Zira şantiye şefi elektrikçiye 5. Kata göndermese elektrikçi kalıpcıyı görmeyecekti denilebilecektir. Ancak araya başka neden girmiş ve öne geçmiştir. Bu nedensellik bağı var gibi gözükse de yeni bir hareket ile yeni bir silsile doğmuştur. Kaza ile nedensel olan hareket artık elektrikçinin talimattan ayrılmasıdır. Bazı özel durumlarda nedensellik yeni bir boyut kazanmaktadır.

Alternatif nedensellikte birbirinden bağımsız birden fazla hareketin ayrı ayrı sonuç doğurabilme imkanındır. Örneğin TCK 183'te yer alan gürültüye neden olabilecek şiddette birden fazla sesin bağımsız kişilerce ortama verilmesinde bu vardır. Hem A hem de B; X dB şiddetinde bir sesi ortama verdiğinde her ikisi de aynı suç bakımından faildir.

Kümülatif nedensellikte ise etkilerin birleşmesi ile limitin aşılması söz konusudur. Örneğin Çevresel Gürültünün Denetimi ve Yönetimi Yönetmeliği Md. 23/d'ye göre *şantiye faaliyeti sonucu oluşabilecek darbe gürültüsü, LCmax gürültü göstergesi cinsinden 100 dBC'yi aşamaz*. Burada şantiye şefi ile taşeronun birbirinden bağımsız olarak farklı alanlarda darbe gürültüsü oluşturması toplam gürültü farklı kaynaklardaki ses şiddeti birleştiğinde 100 dBC sınırını aşması halinde yine gürültüye neden olunacaktır.

Öne geçen nedensellikte ise yukarıda elektrik ustasını 5. Kata yollayan şantiye şefinin durumu örnek gösterilebilir. Elektrikçi kalıpcıya yardım için yolundan saparak öne geçen nedensellik bağı kurmuştur.

2.10.9. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir hareketin suç kalıbına uysa da suç haline gelmemesi mümkündür. Fiilin suç oluşturması için hukuka aykırılığı gerekmektedir. Bir eylem suç tanımına uysa da aynı zamanda hukuka da uygun olabilir. Örneğin TCK Md. 109 '*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, ...*' şeklinde bir suç kalıbı vermiştir. Gerçi bu örnekte hukuka aykırılık aynı zamanda suçun unsurları arasındadır. Maddede suç olarak tanımlanan şey hukuka aykırı şekilde bir kişinin bir yere gitmesi ya da bir yerde kalması hürriyetinden yoksun kılmaktır. Ancak bir şantiye şefi yıkım ya da inşaa çalışmaları için bir bölgeye geçişleri durdurmuş ise burada hukuka aykırılık unsuru oluşmadığı için suç oluşmayacaktır.

Ya da meşru savunma düşüncesi ile kontrolsüzce yıkılma ihtimali olan bir binanın şantiye şefi tarafından tehlikesizce yıkılmasında hukuken korunması gerekli daha yüksek bir değer mevcut olduğu görülmektedir. Şantiye şefi başkalarının yaşam hakkını önde tutarak yaşam hakları zedelenmesin diye mala zarar verme suçuna vücut vermiştir. Bu örnekteki hukuka uygunluk sebebi TCK Md. 25'te '*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*' şeklinde tanımlanan meşru savunmadır.

Hukuka uygunluk sadece ceza mevzuatımızın değil özel hukuk için de geçerli bir nedendir. Önceki bölümlerde görüldüğü üzere hukuka aykırılık haksız fiilin de oluşması için geçerli olup hukuka uygunluk mevcut ise haksız fiil de oluşmayacaktır.

Hukuka Uygunluk Sebepleri:

1-Sınırlı sayılı değildir.

2-Suçun genel unsurları arasındadır. Tipikliğin unsuru değildir.

3-Hukuka uygunluk sebepleri, fiil tipik olmasına rağmen, hukuka uygun olması itibariyle failin cezalandırılmasını engeller ve bu özelliğiyle cezaya engel olan diğer sebeplerden ayrılır.

4-Hukuka uygunluk nedenleri kendi aralarında hiyerarşik değildir.

5-Hukuka uygunluk nedenleri bilinçli bir şekilde yaratılarak bundan istifade edilemez. Örneğin komşu duvarı yıkmayı kafasına koyan bir şantiye şefi önce bunun tehlikeli durum yaratmasına olanak sağlayıp sonra da tehlikeyi bertaraf ediyorum bahanesi ile duvarı yıkması hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmasını sağlamayacaktır.

2.10.9.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Kanun Emrinin İcrası

TCK Md. 24 “ (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilir, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” şeklindedir.

Madde bir hareketin kanun ile emredilmesi ile ifa edilmesi durumunda bu harekete ceza verilmeyeceğinden bahsetmektedir. Bu en doğal yaklaşımdır. Örneğin şantiyede haciz yapmak için gelen haciz memurunu şantiye sahası tehlikeli olduğu için tehlikeli durum ortadan kalkana kadar sahaya sokmamak için direnen şantiye şefi kanunun emrini yerine getirmektedir. Buradaki kanunun emri geniş yorumlanmalıdır. Sadece TBMM’den kanun olarak geçen normatif düzenlemeler değil düzenleyici tüm işlemler bu anlamda kanun gibi kabul edilmelidir.

Meşru Savunma Ve Zorunluluk Hali

Bu durum TCK Md. 25’te düzenlenmiştir. Madde “- (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. (2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” şeklindedir.

İlk fıkrada meşru savunma, ikinci fıkrada ise zorunluluk hali açıklanmaktadır.

Meşru savunma için devam eden bir saldırı olmalı, saldırı müdafada bulunanın ya da başkasının bir hakkına yönelmeli, gerçekleşmeye devam etmeli ya da tekrarı muhakkak olmalı, bu hakka yönelen saldırı haksız olmalı, saldırıyı def ederken orantılı hareket edilmelidir. Meşru savunmada saldırı savunmada bulunanın kusuruyla da başlayabilmektedir.

Örneğin tiner deposunda yangın başladığında yangının yayılmasını engellemek için bir binanın yıkılması talimatını veren şantiye şefinin ceza sorumluluğu doğmayacaktır. O binada kaynak yapılabileceği talimatını kendisinin vermesinin ve yangının da bu sebepten çıkmasının meşru savunmaya etkisi yoktur. Yeter ki yıkım olası zarar ile orantılı bir tedbir olsun.

Meşru savunma kişinin kendi lehine olabileceği gibi başkası yararına da olabilir. Dolayısıyla yukarıdaki örnekler başka birinin daha önemi bir hukuki değerini korumak adına yapan şantiye şefi için de geçerlidir.

Zorunluluk halinde ise (TCK Md. 25/2) zorunlu davranışı yapmak zorunda olan kişinin, engel olunmak istenen harekete bilerek neden olmaması gerekmektedir. Örneğin bilerek hatalı kazı ile bir binanın temelini oynatan şantiye şefinin zorunluluk halinden yararlanabilmesi mümkün değildir. Ya da bilinçli bir tercih ile başlattığı sondaj işi sonrasında su hattını patlatması ile hattın onarımı için komşu şantiyenin iş makinasını alarak müdahale etmesinde diğer suçların yanında TCK Md. 146'da belirtilen kullanma hırsızlığı suçu da oluşacaktır.

Hakkın Kullanılması

TCK Md. 26 “ - (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez. ” şeklindedir.

Maddede belirtilen hak başkalarının hakkı ile çatışsa dahi kanun bu hakkını kullanan kişiden tarafta kalmaktadır. Örneğin Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamında bir kattan karot numunesi alınması ya da kolonda hafif tahribat ile donatı incelemesi yapılması durumunda 634 Sa. Kat Mülkiyeti Kanunu Md. 4/a ya göre ortak yer niteliğindeki elemanların tahribatından söz edilemeyecektir. Bunun gibi Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik (02.03.2019 Tarihli Resmi Gazete) Md.6/4 gereği “ Şantiye şefi görev aldığı yapım işinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemin aldırılması yetkisine sahiptir. ... ” kuralı çerçevesinde bir mahale giriş ya da çıkışı kısıtladığında ya da restorasyon işleri yapmaya haiz bir kişinin onarmak üzere eski esere müdahale etmesi hakkın kullanılmasına örnek olabilecektir.

Rıza

TCK Md. 26/2 “ Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez ” şeklindedir.

Bu maddenin uygulanabilirliği kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olmasında yatmaktadır. Örneğin kendisine emanet edilen stajyerini tedip/terbiye amaçlı döven şantiye şefi bu kapsamda değerlendirilemez. Ancak kendisine emanet edilen ve gerektiğinde kullanılabilme yetkisi verilen cihazı kullanan şantiye şefinin durumu bu kapsamda kalmaktadır. İlk örnekte yetki veren kişinin de dayak atma yetkisi yoktur. Dolayısıyla üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hak olmadığından başkasının da bu şekildeki fiiline rıza açıklaması yapamaz. Ancak ikinci durumda bir mal varlığı üzerinde tasarruf söz konusudur ki kişilerin mal varlıkları üzerinde kullanma yoluyla tasarruf yetkisi mevcuttur.

Bir kişinin bir şeye rıza gösterebilmesi için rızaya ehliyetinin olması, rızasını açıklaması ve rıza gösterdiği eylem üzerinde rıza açıklama hakkı olması gerekmektedir. Rızaya ehliyet konusunda Yargıtay 15 yaşından büyüklerin rıza ehliyetinin bulunduğunu kabul etmektedir. Örneğin şantiye şefi bu yaştaki kişinin nivo aletini o kişinin rızası ile parçalayabilir.

Rıza açıklaması şekle tabi değildir. Açık ya da örtülü olabilir. Rızanın açıklandığı anda, açıklayanın iradesi sakat olmamalıdır.

Varsayılan rıza kavramı ise önemlidir. Bir engel dolayısıyla ilgilinin rızası alınamıyor ise ve o işin yapılması durumunda o kişinin rıza göstereceği olayın durumundan anlaşılıyor ise bir işi yapmaya yetkili kişiler rıza varmış gibi hareket edebileceklerdir. Örneğin işveren komadadır ve şantiye şefi inşaatın devamı sırasında bir olumsuzlukla karşılaşmış ve olumsuzluğu gidermek için işverenin iş ile ilgisiz bir makinasını izinsiz kullanmak durumunda kalmıştır. Böyle bir olayda işverenin rıza göstereceği kuşkusuz ise şantiye şefi kullanma hırsızlığından sorumlu tutulamayacaktır.

2.10.10. Kusur

2.10.10.1. Kusur Yeteneği

Kusur yeteneği özetle fiilin doğru mu eğri mi olduğunu bilmesi ve sonuca göre hareket edebilme ehliyetidir. Fail fiilini ve getireceği sonuçları anlayabilecek derecede mümeyyiz ise kusur yeteneği (Kusurlu hareketi ayırt etme yeteneği) mevcuttur denilebilecektir.

Bu konu ceza hukuku genel hükümlerde genişçe incelenmekteyse de tez konumuz olan şantiye şefinin durumunda akıl sağlığı, sağır dilsizlik ve yaş küçüklüğü kaynaklı kusurluluğu etkileyen haller incelenmeyecektir.

Yaş büyüklüğüne ise ceza mevzuatımızda yer verilmemiştir. Belli yaştan üzerinde olup da sağlık ve algı durumu bozulan kişilerde bu husus yaştan dolayı değil hastalıktan dolayı konu olabilecektir.

Akıl sağlığı konusunda şantiye şefinin durumu irdelenecektir. Buradaki akıl sağlığı eylem ile ilgili olan hastalık ise sonuç doğurabilir. Kusur yeteneğinin akıl sağlıksızlığı kaynaklı olarak ortaya çıkması hareketin yapıldığı sırada ortaya çıkmasına bağlıdır. Sağlıklı iken hatalı karar ile bir suçun oluşmasına meydan veren şantiye şefinin, olay sonucu doğduğunda bir kaza sonucu akıl sağlığını yitirmesi sonucunda ceza sorumluluğu etkilenmeyecektir. Örneğin iksa ya da şev yapmadan kazının başlaması

yönünde karar alan şantiye şefi iş kazası olana kadar kepçenin altında kalsa ve bitkisel hayata girse, sonra da bir işçi kanal göçmesi sonucu yaralansa şantiye şefinin ceza sorumluluğu etkilenmeyecektir. Akıl sağlığı iksa/ şev yapmadan kazı kararı verdiği anda azalmış/ yok olmuşsa bu durumda ceza sorumluluğu azalacak ya da yok olacaktır. Buradaki akıl hastalığı kaza ile ilgili olması gereken bir hastalıktır. Örneğin çalma hastalığı olan birisinin kararı bu hastalıktan etkilenmiyor ise yine hastalık lehe sonuç doğurmayacaktır. Hastalığın düşünme, kavrayışı, düşünmeyi, önlem almayı etkileyebilmesi gerekmektedir. TCK 32/1 “*Akil hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.*” Şeklindedir. Yani kanunda da belirtildiği üzere eğer hastalık işlediği fiilin anlam ve sonuçları ile bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olma şartı aranmaktadır.

2.10.10.2. Geçici Nedenler

Bu hususa ilişkin düzenleme TCK Md. 34’te düzenlenmiş olup “- (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. (2) İradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” şeklindedir.

Bu maddeden yararlanabilmek için alınan alkol ya da uyuşturucu maddenin irade dışı alınması ya da geçici herhangi başka bir nedenin olması gerekmektedir. 2. Fıkra da iradi olarak alınan alkol ya da uyuşturucu alınması ile algılama yeteneğinin zayıflaması halinde bu maddede belirtilen kusur yeteneğinin azalması hükümlerinden yararlanılamayacaktır.

Bu duruma örnek bir vaka sebebiyle depresyona giren şantiye şefinin depresyon etkisi ile hatalı ve hukuka aykırı kararlar alması ve bir suça vücut vermesi gösterilebilir. Alkol ya da uyuşturucu madde konusunda ise diş ağrısını gidermek için alınan alkol, şakayla başkası tarafından içirilen uyuşturucu ya da alkol, kimyasal soluma ile oluşan sarhoşluk, ilaçların karışması ile oluşan sarhoşluk kusur yeteneğini azaltacaktır. Ancak iradi bir şekilde alınan alkol ya da uyuşturucu dolayısıyla failin kusur yeteneğinin tam olduğu kabul edilmektedir.

2.10.11. Hata

Hata fiili ya da hukuki olabilir. Fiili yanılma unsurlar, hukuki hata ise mevzuatın yorumlanması ile ilgilidir. Ceza mevzuatımız kusurlu davranışa yaptırım öngörmektedir. Örneğin yeni işe başlayan şantiye şefine güzergahı üzerindeki tüm kamulaştırmalar tamamlanmadan yer tesliminin yapılması ve kamulaştırması yapılmayan bir araziden geçmesi halinde şantiye şefinin kusuru olmayacaktır. Ya da yanlışlıkla kendi şantiyesine indirilmiş olan ve kendisinin de beklediği malzemenin kullanılması şantiye şefinin kastını ortadan kaldıracaktır. Yargıtay burada failin gerekli dikkat ve özeni gösterip

göstermediğini aramaktadır. ⁷⁴ Aşağıdaki dipnota konu kararda Yargıtay failin suçun unsurlarını bilebilecek durumda olup olmadığını aramaktadır.

TCK Md. 30 da “ (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) (Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” şeklinde lafzedilmiştir.

1.Fıkra kanuni tanımlardaki maddi unsurlarda hataya düşülmesini, 2. Fıkra nitelikli hallerde hataya düşülmesi halinde hatadan yararlanılacağını, 3. Fıkra ceza sorumluluğunu azaltan ya da arttıran nedenlerde hataya düşüldüğünde hatadan yararlanılacağını, 4. Fıkra ise fiilin haksızlık oluşturduğu konusundaki kaçınılmaz nitelikteki hatanın cezalandırılmayacağını belirtmektedir.

2.10.12. Suçun Subjektif Unsurları

Suçun tanımı yapılırken ve unsurlarından bahsedilirken en çok başvuru kavramlardan biri suçun subjektif unsurları olan kast ve taksirdir. Bu unsurlara suçun “*manevi unsurları*” da denilmektedir. Bu kavramlar failin dış dünyaya yansıttığı eylemi ya da eylemsizliğinde, bu eylem ya da eylemsizliği oluşturan iç dünyasının, saikin ve iradesi ile ilgilidir. Sanığın hareketinin kasten mi taksirli mi olduğunun tam ve doğru olarak anlaşılması, her olaya doğru ve isabetli bir şekilde uygulanması gerekir.

Suçun subjektif unsurları temelde ikiye ayrılmaktadır; kast ve taksir. Önemle belirtilmelidir ki, ceza hukukunun kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak bir eylemin suç olarak kabul edilmesi ve failin cezalandırılması için asıl olarak failin kastı aranır. Bir eylemin taksirle işlenmesi halinde de cezalandırılabilmesi için ise kanunda bu eylemin

⁷⁴ YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2014/15-259 K. 2017/449 “ Sanığın görev ve sorumluluğunun, kendisine verilen talimatlar doğrultusunda iş makinasını kullanmakla sınırlı olması, yol genişletme çalışmasını kendisine verilen etüt çalışma planı doğrultusunda gerçekleştirmesi ve bu etüt planında katılanın arazisinin çalışma alanı içerisinde gösterilmesi karşısında; çalışma sınırlarına dahil edilen arazilerin sahiplerinin müdahaleye rızalarının olup olmadığını ayrıca araştırma ve sorgulama yükümlülüğü bulunmayan sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları da nazara alındığında; sanığın katılanın arazisinde çalışma yapılması konusunda rızası bulunduğu dair TCK'nun 30/3. maddesi anlamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve bu kaçınılmaz hatanın atılı mala zarar verme suçuna yönelik kastını ortadan kaldırdığı anlaşıldığından, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Dosyadaki beyanlardan ve Manisa İl Özel İdaresi Yol ve Ulaşım Hizmetleri Müdürlüğünün 26.08.2010 tarih ve 5133-16876 Sayılı yazılarından, yol etüt işini ile'ın yaptıkları, sanığın aldığı talimatla yolu açtığı, katılanın şikâyetçi olması üzerine yol yapımı için hibede bulunmadığının anlaşıldığı ve yolun eski haline getirilmesine çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Sanık kovuşturma aşamasındaki 24.02.2011 tarihli savunmasında; yol şube şefi'ın işaret yaptığı yerlerden geçerek kendisine verilen görevi yerine getirdiğini beyan etmiştir.

Her ne kadar mahkemenin sanığın eylemi taksirle gerçekleştirdiği şeklindeki kabul gerekçesinde isabet yoksa da, işin teknik tarafı ile ilgisi bulunmayan sanığın, katılanın arazisindeki yol genişletme çalışması için hibede bulunup bulunmadığını bilememesi, kendisine verilen talimatı yerine getirmiş olduğunu savunmuş olması ve savunmanın aksine delil bulunmaması karşısında, atılı nitelikli mala zarar verme suçunun kast unsurunun bulunmadığının kabulü gerekir. Bu sebeple mahkemenin sanık hakkındaki beraat kararının değişik gerekçe ile onanması gerektiği" görüşüyle karşı oy kullanmıştır.”

taksirli halinin de suç olarak kabul edilmiş olması gerekir. Yani kanunda bir suç tanımlanmışsa ancak taksirle işlenebileceği belirtilmemişse taksirle hareket eden kişi için suç oluşmaz. Örneğin taksirle yaralama diye bir suç var iken taksirle hırsızlık yoktur. Hırsızın suçu tüm sonuçları ile birlikte bilmesi ve sonucu istemesi gerekir.

2.10.12.1. Kast

Kast ceza hukukunda kusurluluğun temel şeklidir. Bir eylemin suç olarak kabul edilmesi için temel olarak o suçun kasıtlı işlendiğinin kabulü gerekir. TCK md 21 ilk fıkrasının ilk cümlesi “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” ifadesi ile bu hususa işaret etmektedir.

Kast öz olarak; bilerek ve isteyerek hareket etmektir. TCK md 21’de “*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki bu tanım, ceza hukukunda kanunilik ilkesine uygun olarak kast kavramını anlamaya ve uygulamaya elverişlidir. Gerçekten de kast kanunda yazılı bir suçun, o suçun tanımında yer alan unsurlarının suç işleme istek ve iradesi ile sonuçları da istenerek gerçekleştirilmesidir.

Kasten suç işleyen bir fail, gerçekleştirdiği eylem ile kanunda yazılı olan bir suçu işlediğinin farkındadır. Bu farkındalıkla eylemini ifa eden fail, eylemi gerçekleştirmeyi istemekte, çoğu zaman nedeni önemsiz de olsa eyleminin neticesinde gerçekleşecek vakıya ulaşmak istemektedir. Örneğin, nedeni her ne olursa olsun – hukuka uygunluk nedenleri ayrı kalmak üzere-, bir insanı öldürmek isteyen bir kişi, içi dolu olan bir silah ile öldürmek istediği insanın başına hedef alarak ateş edip öldürürse kuşku yoktur ki o kişi kasten adam öldürme suçunu işlemiştir. Bu kişi eylemini kasten gerçekleştirmiştir. Gerçekleştirdiği eylem de TCK md 81’de yer alan kasten öldürme suçudur.

Şantiye şefliğinde de pek çok suç sadece kasten işlenebilir. Doğrudan şahıs varlığını koruyan pek çok suç şekli kasten işlenebileceği gibi, malvarlığına ve kamu düzenine ilişkin suçlar da kasıtlı olarak şantiye şefinin mesleği kapsamında işleyebileceği türdendir. Örneğin, SİT alanında projesine aykırı şekilde inşaat yapan şantiye şefi sadece suçu kasten işliyor ise suçludur. Belediyenin Koruma Kurulundan geçmeyen yanlış projeyi onaylaması ile geçerli olmayan projeye göre inşaat yapılması şantiye şefinin hareketindeki kastı kaldıracaktır.

2.10.13. Kastın Unsurları

Kastın tanımından hareket ile iki ana unsurunun varlığından söz edilebilir; bilme ve isteme unsurları.

2.10.13.1. Bilme

Kastın bilme unsuru failin suçun kanuni tanımındaki tüm maddi unsurları bilmesini gerektirir.⁷⁵ Bilme unsuru kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi ile karıştırılmamalıdır. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, bir kişinin işlediği eylemin kanunda suç olarak tanımlandığını bilip bilmemesi ile ilgilidir. Kişi, suç teşkil

⁷⁵ ARTUK Mehmet Emin ve GÖKCEN Ahmet Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2017. Sa 324

eden bir eylemi gerçekleştirdikten sonra kanunda suç olarak tanımlandığını bilmediğini iddia edemez. Usulünce yürürlüğe girmiş bir kanun hükmünün bilinmediği ve bu nedenle suçun işlenmediği iddia olunamaz.

Kastın bilme unsuru suç olarak tanımlanan eylemin, maddi unsurlarının işlenen eylem kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda bilgi sahibi olunmamasıdır. Örneğin, kişinin kendisinin olmayan bir malı kendi ya da bir başkasının zilyetliğine alması ya da malvarlığına dahil etmesi hırsızlık suçunu oluşturur. Bu bakımdan örneğin, şantiye şefinin iş sahibine ait olduğunu zannederek tamamen başkasına ait olan inşaat eşyasını kullanması ve tüketmesi sonrasında eşyanın iş sahibine ait olduğunu zannettiğini, bu nedenle kullanım yaptığını yanlışlığı farkettiği anda işleri durduğunu iddia ederek eşyanın mülkiyetine dair bilgisizliğinin kastını kaldırdığını iddia etmesi mümkündür.

2.10.13.2. İsteme

Kastın isteme unsuru failin iradesi ile ilgilidir. Kasıtlı suçlarda fail maddi unsurlarını bildiği suçun sonucunu istemekte, suç oluşturan eyleminin getirdiği sonuçlara katlanma iradesi göstermektedir. İsteme unsuru günlük yaşamda kaza olarak tanımlanan ve çoğunlukla taksir olarak kabul edilen birçok suçtan kastı ayırmada önem arz eder. Taksirden farklı olarak kastta fail suç işlediğini bilerek hareket etmekte ve suçun sonucunu gerçekleştirmeyi istemektedir.

2.10.14. Kastın Türleri

Kastın öğretide ve uygulamada, farklı unsurları bakımından çeşitli türlere ayrıldığı görülmektedir. Genel kast-özel kast, doğrudan kast-olası kast, ani kast-tasarlama kastı alternatif kast- kümülatif kast gibi farklı ayrımlarda türleri bulunan kast sadece doğrudan kast-olası kast bakımından incelenecektir.

2.10.14.1. Doğrudan Kast

Doğrudan kast, kastın en genel ve öz halidir. Doğrudan kast halinde fail suçu bilerek ve isteyerek işler. Suçun neticesine ulaşmayı amaçlamaktadır. Suçun neticenin gerçekleşmesini istemekte ve bu amaçla hareket etmektedir.

2.10.14.2. Olası kast

Olası kastta failin suç konusu eylemi işleme iradesi doğrudan kastta olduğu kadar yoğun değildir. Nitekim olası kast esasen bir kast türü olmasına rağmen esasen failin suçun sonucunu istemesi de söz konusu değildir. Olası kastın en belirgin özelliği failin suç konusu eylemi işlerken suçun neticesi açısından olursa olsun demesi gerçekleşmesi muhtemel olan bu sonucu kabullenmesidir. Nitekim fail suçun neticesini istemese de öngörmüş ve kabullenerek önemsememiştir. Öğreti ve uygulamada olası kast tanımında failin “*olursa olsun*” iradesi ile hareket ettiği ifade edilir.

Örneğin; bir şantiye şefinin yıkımı kuvvetle muhtemel olan ve yıkıldığında da işçilerin ölümüne neden olabilecek bir riskli yapıyı inşası halinde bu yapının yıkılacağı ve işçilerin de hayatını kaybedebileceğini öngörmesi ancak işçilerin muhtemel ölümlerini kabullenerek “*olursa olsun*” iradesi ile hareket etmesi halinde olası kastın varlığı söz

konusudur. Olası kastın varlığı araştırılırken failin iradesi irdelenmeli, failin eyleminin sonucu bakımından gerçekleşecek sonuçlara yönelik istek ve saiki dikkate alınmalıdır. İnceleme konumuz olan şantiye şefinin durumu ele alındığında özellikle teknik konularda öngörülebilir risklere katlandığı yönünde kanaat oluşması muhtemeldir.

Olası kast halinde gerçekleşen eylemin sonucu kastı belirler. Bir başka deyişle failin eyleminin sonucunda gerçekleşen netice ne ise fail bu neticeye göre sorumlu olur. Olası kast halinde bu nedenle teşebbüs de mümkün değildir. Zira teşebbüs halinde ortada bir netice bulunmadığından bir suça olası kast ile teşebbüs de mümkün değildir. Bu hallerde kişinin “olursa olsun” şeklindeki düşüncesinde öngördüğü netice gerçekleşmemiştir. Bu nedenle cezalandırılması da söz konusu olmaz.

2.10.15. Taksir

Taksirin kelime anlamı “*Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslekte acemilik veya düzene, buyruklara ve talimata uymazlıktan doğan kusurlu olma durumu*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁶. TCK 22.maddenin 2.fıkrasında ise “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*” Şeklinde tanımlanmıştır.

Kanundaki tanım ceza hukuku anlamında taksiri tanımlamak için uygun bir tanım gözükmektedir. Nitekim taksirde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu olmakla birlikte neticenin öngörüldüğü durumlarda dahi taksirin varlığı mümkündür. Ayrıca kanundaki tanım kastın bilme isteme unsurlarını dışlamış görünmektedir. Belirtilen sebeplerle taksirin ceza hukuku öğretisi ve yüksek mahkeme içtihatları ile süregelen kavramını dikkate almakta fayda bulunmaktadır.

Bu bakımdan taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile, bir eylemin sonucunda suç konusu neticenin gerçekleşeceğinin öngörülmemesi ya da öngörülse bile bu sonucun gerçekleşmeyeceğine inanılarak hareket edilmesi durumlarında neticenin gerçekleşmesi halidir⁷⁷.

Kanunda da belirtildiği üzere taksir ile işlenen fiiller kanunda açıkça yazılı ise cezalandırılır. Yani esasen kastla işlenen bir suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse eylem suç olarak kabul edilemez. Örneğin insan öldürme suçunun kasıtlı hali kanunda düzenlendiği gibi taksirle öldürme de kanunda suç olarak kabul edilmiştir. Bir fail eylemi ile kasten ya da taksirle bir insanı öldürdüğünde cezalandırılacaktır. Ancak hırsızlık suçu bakımından böyle değildir. nitekim hırsızlık suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirle hırsızlık suçunun işlenmesi mümkün değildir.

Taksirde kişinin dikkatsizliği tedbirsizliği özensizliği söz konusudur. Kişi objektif özen kurallarına tamamen uygun olarak hareket etmesi halinde dahi konusu suç teşkil eden bir netice gerçekleşiyorsa bu halde kişinin taksir düzeyinde dahi bir sorumluluğundan söz edilemez. Örneğin trafikte kendi şeridinde hız sınırlarına uygun olarak seyir halinde olan bir aracın önüne, öngöremeyeceği şekilde bir kişinin atlayarak intihar girişiminde bulunması halinde aracın sürücüsü kişinin ölümünden de

⁷⁶ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cdbfea3d397b9.34257026

⁷⁷ ARTUK Mehmet Emin ve GÖKCEN Ahmet Ceza Hukuku Genel Hükümler [Kitap]. - Ankara : Adalet, 2017. Sa 352 vd.

yaralanmasından da sorumlu tutulamaz. Nitekim araç sürücüsünün taksir düzeyinde bir kusuru ve sorumluluğu dahi söz konusu değildir.

2.10.15.1. Bilinçli Taksir

Bilinçli taksir TCK 22.maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır. Ancak bu tanımın yanlış olduğu söylenebilir. Zira taksir halinde zaten fail suçun sonucunu istememektedir. Suçun sonucunun istendiği durumlarda kast var demektir.

Bilinçli taksiri taksirden ayıran husus failin kendi tecrübesine ya da uzmanlığına güven duyarak neticeyi öngörmesine rağmen bu neticenin gerçekleşmeyeceğine inanmasıdır. Bilinçli taksirde de fail taksirde olduğu gibi neticeyi istemez. Ancak fail neticeyi öngörmekte bu neticenin gerçekleşmeyeceğine inanmakta ve şansına güvenerek bu neticenin gerçekleşmeyeceğini düşünmektedir. Bu durumda netice gerçekleşirse fail bilinçli taksir ile hareket etmiş olur.

Bilinçli taksir halinde failin cezası kanunda yazılı miktarın üçte birinden yarısına kadar artırılır. Her suç bakımından ayrı ayrı bilinçli taksir düzenlemesi yapılmamış TCK 22. maddesinde genel bir düzenleme yapılarak bilinçli taksir halinde cezanın taksire göre artırılması amaçlanmıştır.

Bilinçli taksirin, taksire oranla daha ağır ceza ile karşılanmasının sebebi bu halde failin neticeyi öngörebilmesine rağmen eylemi gerçekleştirmesi hareketine devam etmesidir⁷⁸.

2.11. Ceza Hukukumuzda Bazı Özel Suç Tipleri

Türk ceza külliyatında ceza içeren normlar sadece ceza kanunumuzda geçmemektedir. Birçok kanunda ceza hükümleri mevcuttur. Örneğin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, Orman Kanunu, Türk Ticaret Kanunu bunlardan bazılarıdır. Tüm bu mevzuat somut olarak hangi eylemin suç kapsamında kaldığını belirtmekte iken ceza kanunumuz ile ceza içeren tüm mevzuata bu cezaların nasıl uygulanacağını belirleyen hükümler Türk Ceza Kanunun 75. Maddesine kadar olan kısımdaki genel hükümlerdir. Yani genel hükümler tüm suçlara uygulanmaktadır. Özel hükümler ise ayrı ayrı suçları objektif ve sübjektif unsurları ile birlikte belirtmektedir.

Aşağıda şantiye şefi açısından işlenebilmesi muhtemel suç tiplerinden bazıları verilecektir. Elbette ki her insan gibi şantiye şefi de tüm suçları işleyebilecektir. Ancak mesleki olmayan örneğin TCK Md. 76'da belirtilen soykırım ya da TCK Md. 224'te belirtilen Kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali suçlarının bu çalışmada irdelenmesi gereği bulunmamaktadır. Kısaca şantiye şefinin mesleki olarak işleyebileceği suçların bir kısmı aşağıda genel ilkeleri ile irdelenecektir.

⁷⁸ HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, sa 265

2.11.1. TCK Md. 154 – Hakkı Olmayan Yere Tecavüz

Bu suç kanunda ‘‘Bir hakka dayanmaksızın başkasına ait taşınmaz mal veya eklentilerini malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal eden veya sınırlarını değiştiren veya bozan veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olan kimseye, suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine...’’ şeklinde tanımlanmıştır. Ceza kanunumuzda malvarlığına karşı işlenen suçlar kısmında işlenmiştir.

Suç ile korunan hukuki değer başkasının malvarlığı ile zilyet hakkıdır. Maddede belirtilen hak sahibi ifadesi zilyetliği anlatmaktadır. Zilyet TMK Md. 973’te ‘‘Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir.’’ şeklinde tanımlanmıştır. Yani bu suçun oluşması için ille de taşınmazın sahibi olmak gerekmemekte o şeyin zilyedi açısından da hakkı olmayan yere tecavüz suçu oluşabilmektedir.

Suçun unsurları

Suçun maddi konusu sadece taşınmaz mallar açısından suçu işleyen açısından başkasının malı ya da başkasının zilyetliğindeki maldır. YARGITAY 5. CD E. 2014/8360-K. 2017/2567 sayılı kararında özetle ‘‘ Muhtar olarak görev yapan sanığın, kamulaştırma kararı olmaksızın veya malikinin rızası alınmadan, katılanın hissesinin bulunduğu 1617 parsel numaralı taşınmazdan kanalizasyon borusu geçirdiği iddia edilen olayda; görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK’nın 257. maddesi genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması ile oluşacağı nazara alındığında, sanığın eyleminin TCK’nın 154/1. maddesinde düzenlenen hakkı olmayan yere tecavüz veya TCK’nın 261. maddesinde düzenlenen kişilerin malları üzerinde usulsüz tasarruf suçunu oluşturabileceği dikkate alınarak ...’’ şeklinde karar vermiştir. Karar hakkı olmayan yere tecavüz edenin kamu tüzel kişiliği olsa da suçun oluşacağına hükmetmiştir. Bu suç paylı mülkiyet maliklerince de işlenebilecek bir suçtur. Şöyle ki YARGITAY 8. CD E. 2013/15696- K. 2014/18401 kararında özetle ‘‘ Hissedarlarından olduğu Diyarbakır ili Sur ilçesi Karaçalı Mahallesi’nde bulunan 46 parsel sayılı taşınmaza ekip, biçmek suretiyle katılanın payını kullanmasını önleyecek ve kendi payını aşacak biçimde kullanarak tecavüzde bulunduğu anlaşılan sanığın, atılı suçtan mahkumiyeti yerine ...’’ şeklinde karar vermiş ve bir taşınmazdaki paydaşın dahi bu suçu işleyebileceğine vurgu yapmıştır. Yargıtay suçun oluşumunda paydaşın kendi payından fazlasının kullanmasının ve diğer maliklerin haklarının ihlal edilmesinin etkili olduğunu belirtmiştir.

Suçun faili ise özgü suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. İncelememize konu olarak şantiye şefinin de bu suçu işleyebilmesi mümkündür. YARGITAY 8. CD E. 2014/30066- K. 2015/2049 sayılı kararı özetle ‘‘Hazineye ait olduğu ve sanığın ev inşaatı yaparak tecavüz ettiğinden bahisle açılan ancak köylünün ortak kullandığı taşınmaza tecavüz suçundan hüküm kurulan davada, taşınmazın tapu kaydı getirtilip, TCK’nın 154/2. maddesinde sayılan öteden beri köylünün ortak yararlanmasına terk edilmiş mera, harman yeri, yol ve sulak gibi yerlerden olup olmadığı saptandıktan sonra, sonucuna göre 5841 Sayılı Yasayla değişik TCK’ nun 154/1. maddesi de göz önüne alınarak sanığın hukuki durumunun tayini gerektiği’’ şeklindedir. Burada hakkı olmayan yere ev inşaatı yapan kişinin fail olduğu ortadadır. Bu kişi ister mal sahibi isterse şantiye şefi suçun faili olacaktır.

Suçun mağduru ise kamuya ait mallar için kamu tüzel kişiliği, özel kişilere ait mallar ile özel kişilerin zilyetliklerindeki mallar için ise malik ya da zilyettir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki tanımı ile *malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal etmek veya sınırlarını değiştirmek veya bozmak veya hak sahibinin bunlardan kısmen de olsa yararlanmasına engel olmaktır*. Bu hareketlerin her biri seçimlik hareketler olup herhangi birisinin yapılması ile eylem tamamlanmaktadır. Suç mütemadi yani süreklilik arz eden bir suçtur. İşgal ya da faydalanma devam ettiği sürece suç da devam eder. Suçu oluşumuna neden olan hareket sadece işgal ya da faydalanma değildir. Aynı şekilde malik ya da zilyedin buradan yararlanmasının önüne geçilmesi de bu suçun oluşumuna neden olmaktadır.

Suçun manevi unsuruna gelindiğinde suç sadece kasten işlenebilen bir suçtur. Başkasına ait olduğunu bilmeden kendi sınırında sanarak bir yerden istifade bu sonucu doğurmaz. Örneğin Kadastro Kanunu Md. 22.a çalışmaları ile bir yerin sınırının güncellenmesi sonrasında bilmeden güncelleme öncesi sınıra uyarak bir yerden istifade eden kişi için bu suç oluşmaz. Zira taksir ile işlendiği düşünülmelidir. Aynı şekilde şantiye şefi zemin etüd raporuna uyarak bir yerde iksa yapmadan kazı yapsa ve göçme sonrası komşu parselin bir kısmından istifade edilemese şantiye şefinin taksir derecesinde dahi kusuru olmadığı için suç oluşmayacaktır.

Suç maddedeki *suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine* ifadesinden de anlaşılacağı üzere şikayete tabi bir suçtur.

2.11.2. TCK Md. 171 – Genel Güvenliğin Taksirle Tehlikeye Sokulması

TCK Md. 170 aynı suçun kasten işlendiği durum için geçerlidir. Ancak inceleme konumuz şantiye şefi olduğundan bu suçun taksirle işlenebileceği, kasten işlenmesinin mesleki suç kapsamında değil sabotaj vb. kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden sadece taksirli hali incelenecektir.

Madde kanunda “ (1) Taksirle; a) Yangına, b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına, Neden olan kişi, fiilin başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olması halinde ... ” şeklindedir.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer başkasının malvarlığı, hayatı, sağlığıdır. Suçun oluşması için belirtilen hususların yani yangın çıkmasının, bina çömesinin ve diğer hususların gerçekleşmesi yeterli değildir. Oluşan sonucun başkalarının hayatı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından tehlikeli olması gerekmektedir. Başkasının hayatı ya da malvarlığı ise sağlığının zarar görmesi gerekmemekte, bunların tehlikeye düşmesi yeterli olmaktadır.

YARGITAY 9. CD E. 2006/3656- K. 2006/6426 sayılı kararında özetle “ Sanığa atılı 765 sayılı TCK’ nun 383/1. maddesine uygun eylemin 5237 sayılı TCK’ ndaki karşılığı olan 171. maddede yazılı suçun oluşabilmesi için, maddede gösterilen şekilde “başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından” somut bir tehlikenin ortaya çıkmış olmasının gerektiği, 4.11.2003 tarihli tutanak ve ekli kroki, sanık ve tanık

anlatımları ile tüm dosya kapsamına göre; köyde yaşayan sanığın taksirli eylemi ile neden olduğu yangında başka ev ve binaların uzağında yer alan kendi evi ve ahırının yanması dışında başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikenin oluşmadığı gözetilerek, ...” şeklinde ifadeler ile kişiler açısından tehlike oluşturmayacak yangın vb eylemlerin suça vücut vermeyeceği açıklanmıştır. Olayda tehlike potansiyeli olan hareketin başkalarından uzak bir noktada olması bu kararda etkili olmuştur.

Suçun unsurları incelendiğinde bina çökmesi tanımına yer verildiği görülmektedir. YARGITAY 9. CD E. 2007/8398-K. 2007/7111 sayılı kararında özetle *“Dosya kapsamına göre; sanıklar Muzaffer ve Yavuz A.’in inşaatın 4. kat zemin betonunun dökülmesi sırasında, inşaat kalıbının esnemesi sonucu yıkılmasından dolayı mağdur Yaşar K.’ in Gümüşhane Devlet Hastanesi Baştabipliğinin 04.12.2006 tarihli ve 3767/2672 numaralı raporuna göre "basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek" şekilde taksirle yaralanmasına sebep oldukları Kanunun 171/1-a maddesinin (b) bendinde, taksirle bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine sel veya taşkına neden olmanın suç sayıldığı, ancak maddi olayda çöken yerin bina olmadığı ve bu nedenle eylemin anılan madde kapsamına girmediği halde yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle ...*” şeklinde hükme varılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay haklı olarak çöken kalıbı bina çökmesi olarak değerlendirmemektedir.

Suçun faili ise özgü suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. İncelememize konu olarak şantiye şefinin de bu suçu işleyebilmesi mümkündür. YARGITAY 2. CD E. 2006/6438- K. 2006/15790 sayılı kararı özetle *“Sanığın dava konusu yapılan ve 765 sayılı TCK’nun 566/1. maddesine uyan "tesis müdürü olarak çalıştığı Özyapı Beton Santrali isimli işyerinin mutfak olarak kullanılan prefabrik yapı kısmında gerekli tedbirlerin alınmaması sonucunda içeride bulunan tüplerin gaz sıkışmasıyla patlayarak etrafta hasara neden olması" şeklindeki eyleminin başkalarının hayatı, sağlığı ya da malvarlığı bakımından tehlikeli olup olmadığı araştırılarak ... ceza tayinine karar verilmesi gerekirken ...*” şeklindedir.

Suçun mağduru sağlığı, hayatı, malvarlığı tehlikeye düşen ya da düşecek olan kişilerdir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki tanımı ile *Yangına ya da Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına, Neden olan kişinin, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike yaratmasıdır.* Bu hareketlerin her biri seçimlik hareketler olup herhangi birisinin yapılması ile eylem tamamlanmaktadır. Suç ani bir suçtur.

Suçun manevi unsuruna gelindiğinde suç tanımı gereği taksir ile işlenebilen bir suçtur. Kişinin öngörülebilir bir tehlikeye karşı önlem almadan gerçekleştiği fiil ile kanunun tanımındaki sonuç gerçekleşir ise suç oluşmuş olur.

2.11.3 TCK Md. 176 – İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama

TCK Md. 176’da niteliği itibarı ile bir tehlike suçudur. Kanunda *“ İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi, ...*” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun oluşumu açısından bir sonucun gerçekleşmesine gerek yoktur.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer başkasının hayatı veya beden bütünlüğüdür. Suç niteliği itibarıyla tehlike suçu olduğundan insan hayatı ya da beden bütünlüğü açısından tehlike oluşturacak şekilde inşaata ya da yıkıma başlandığı anda başkalarının hayatı ya da beden bütünlüğünün tehlikeye girme ihtimali olduğundan unsurlar gerçekleşmiş olacaktır.

YARGITAY 9. C E. 2008/20142- K. 2010/10413 sayılı kararında özetle “*Emekli öğretmen olup 2 kez beyin ameliyatı olan ve kısmi felç geçiren ölenin, olay tarihinde yürüyüş yolu üzerinde bulunan sanığa ait kaba inşaatı biten binaya girip 4. katın balkonundan aşağı bakarken düştüğü tüm dosya kapsamından anlaşılmış olmakla, sanığın inşaatında koruyucu güvenlik önlemleri almaması ile ölüm olayı arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı, sanığın inşaat faaliyeti sırasında gerekli tedbirleri almamaktan ibaret eyleminin TCK’nın 176. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı, ...*” şeklindedir. Olayda şantiye ile ilgisiz kişinin şantiyeye girmesi ve sonrasında düşmesinden ilgilinin kusuruna gidildiği görülmektedir.

Suçun faili ise özgül suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. Ancak güncel mevzuat kapsamında her binanın bir şantiye şefi olması gerektiğinden ve Şantiye Şefleri Hakkında Yönetmelik Md.8 “(3) *Şantiye şefi, inşaat, tesisat ve yıkım işlerinde ilgili teknik düzenlemelere uygun malzeme ve işin niteliğine uygun makina ve ekipman kullanılmasını sağlar.*(4) *Şantiye şefi görev aldığı yapım işinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemin aldırılması yetkisine sahiptir. Bu yetkinin yapı müteahhidi tarafından kullandırılmaması halinde şantiye şefi sorumlu tutulamaz.*” Ve diğer maddeler gereği şantiye şefi bu suçun oluşumu açısından en riskli kişi görünmektedir.

Suçun mağduru hayatı ya da bedensel bütünlüğü tehlikeye düşen ya da düşecek olan kişilerdir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki tanımlı tedbirsiz olarak inşa faaliyetlerine başlanmasıdır.

Suçun manevi unsuruna gelindiğinde suç tanımı gereği kasıt ile işlenebilen bir suçtur. Ancak şantiye şefi açısından tedbirsiz olarak inşa ya da yıkım ile ilgili tedbirleri almamak şeklindeki ihmali eyleminde kastın varlığının esas olması gerekir.

2.11.4. TCK Md. 178 – İşaret ve Engel Koymama

TCK Md. 178 da niteliği itibarı ile bir tehlike suçudur. Kanunda “*Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymayan, konulmuş olan işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştiren kişi, ...*” şeklinde tanımlanmıştır. Suçun oluşumu açısından bir sonucun gerçekleşmesine yine gerek yoktur.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer kamunun sağlığı ve güvenliğidir. Suç niteliği itibarıyla tehlike suçu olduğundan ve engel ya da işaret koymama şeklinde ihmali veya

konulmuş olan işaret veya engelleri kaldıran ya da bunların yerini değiştirmek şeklinde icrai olarak işlenebilir.

Suçun faili ise özgü suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. Ancak güncel mevzuat kapsamında özellikle örneğin park, yol, üst geçit, şehir içi su dağıtım şebekesi gibi kamuya açık yerlerde icra edilen işlerde işaret koymama eyleminden şantiye şefi doğrudan sorumlu olacaktır.

Suçun mağduru hayatı ya da bedensel bütünlüğü tehlikeye düşen ya da düşecek olan kişilerdir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki sayılan eylemlerden birisi ile tehlike doğuracak yere erişimi engellemek üzere konulan şeyin kaldırılması ya da bu engelin, gerekmesine rağmen tehlikeyi önleyecek yere hiç konulmamasıdır.

Suçun manevi unsuruna gelindiğinde suç tanımı gereği kasıt ile işlenebilen bir suçtur. Ancak şantiye şefi açısından tedbirsiz olarak engel koymadan tehlikeli durumun oluşmasına seyirci kalmak şeklindeki ihmali eyleminde kastın varlığının esas olması gerekir.

2.11.5. TCK Md. 181 – Çevrenin Kasten Kirlenmesi

TCK Md. 181 de niteliği itibarı ile bir netice suçudur. Kanunda ‘‘İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, ...’’ şeklinde tanımlanmıştır. Suçun oluşumu açısından tehlikeli atık ya da atıkların alıcı ortama teknik usüllere aykırı olarak verilmesi gerekmektedir.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer çevrenin korunmasıdır. Suç niteliği itibarıyla netice suçu olduğundan çevrenin zarar göreceği şekilde kirlenmesi gerekmektedir. Bu kirlenmenin ise atıkların teknik usüllere aykırı olarak toprağa, suya ya da havaya kasten vererek gerçekleşmesi gerekir.

YARGITAY 18. CD E. 2015/27487- K. 2017/1574 sayılı kararı özetle ‘‘Ayrıca, atığın, Yönetmelikte belirlenen limit değerleri aşması ve çevre kirliliğine neden olacak içerikte olması, tek başına suçun oluşumu için yeterli değildir. Atığın alıcı ortamlardan hangisine bırakıldığı, alıcı ortama bırakılmadan arıtma ile sonlanacak şekilde kanalizasyon sistemine ya da ortak arıtma sistemine ulaşıp ulaşmadığının da araştırılması gerekir. Dosyada atık suların ulaştığı yere dair bilgi ve belge bulunmamaktadır. ...’’ şeklindedir. Karara göre alıcı ortama kadar gelen bir tehlikenin mevcut olup olmadığının araştırılması gerekmekte olup tehlikeli maddenin deşarjı tek başına yeterli olmayacaktır.

Tehlikeli maddeler ile ilgili olarak Türkiye birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Uluslararası sözleşmelerin yanında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı temel Anayasamızın 56. Maddesinde ‘‘Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. ...’’ şeklinde hüküm altına alınmıştır. Tehlikeli atık

Çevre Kanununda *fiziksel, kimyasal ve/veya biyolojik yönden olumsuz etki yaparak ekolojik denge ile insan ve diğer canlıların doğal yapılarının bozulmasına neden olan atıklar ve bu atıklarla kirlenmiş maddeler* şeklinde tanımlanmıştır. İşte bu maddelerin alıcı ortama havayı, suyu ya da toprağı kirletecek şekilde kasten verilmesi suçun unsurlarıdır. Buradaki hava, su, toprak gibi ifadeler geniş yorumlanmalıdır. Örneğin Ağrı Dağının zirvesinde buza kirletici maddelerin deşarjı da madde kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak uzay boşluğuna kontrolsüz şekilde atık bırakmak bu kapsamda değildir.

Suçun faili, suç özgülü suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. Suçun mağduru kamu güvenliğinin ve sağlığının tehlikeye girme tehlikesinden dolayı kamudur.

Suçun oluşumuna konu eylem ise tehlikeli maddeyi teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağı, suya veya havaya kasten vermektir. Eğer teknik usullere uygun olarak deşarj söz konusu ise ancak örneğin prosesin kendisi hatalı ise şantiye şefinin kusuru olmayacaktır.

Suçun manevi unsuruna gelindiğinde suç tanımı gereğı kasıt ile işlenebilen bir suçtur.

2.11.6. TCK Md. 183 – Gürültüye Neden Olma

Madde kanunda “ *İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi...* ” şeklindedir. Bu suç da tehlike suçu olup bir kişinin sağlığının bozulmasına gerek yoktur.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer sağlıklı çevrede yaşama hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Yargıtay’ın bu konudaki birçok kararı eleştiriye açıktır. Yargıtay’ın bazı kararlarında sağlığın bozulmasına elverişli olup olmadığı yönünde araştırma yapılması gerektiğı, yönetmelikteki limit değerlerin aşılmasının tek başına yeterli olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Ancak ilgili yönetmeliklerdeki değerler zaten bu kriterlere göre belirlenmiştir. Bu sebeple limitlerin aşılmasının cezalandırma için yeterli olması gerekmektedir.

YARGITAY 18. CD E. 2016/15421- K. 2017/2171 sayılı kararı özetle “*Öncelikle suça konu işyerinin havalandırma sisteminin hemen yanında bulunan binada ikamet eden kişinin açık kimliğinin tespiti ile duruşmaya çağrılıp dinlenilerek, CMK 234. maddesindeki yasal hakları hatırlatılmalı, şikayetine dair ayrıntılı anlatımına başvurulmalıdır. Ölçülen gürültü düzeyi, yönetmeliğin belirlediğı limit değer üzerinde ise de, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığının bilimsel ölçütlere göre değerlendirilmesi gerekir. Bu sebeple üniversitelerin, Kulak Burun Boğaz Anabilim dalında uzman Kulak Burun Boğaz hekimlerinden, tercihen odyoloji uzmanlığı bulunan*

iki hekim ve yine bir odyologdan oluşacak üç kişilik heyete dosya tevdi edilerek, somut olayda gürültünün, insan sağlığının zarar görmesine elverişli olup olmadığı yönünde rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken ...” şeklindedir. Bu karar Dünya Sağlık Örgütü’nce yapılmış “Sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir.” Şeklindeki sağlık tanıma da ters düşmektedir. Fan gürültüsü düşük frekansta gürültü yayan ve havalandırma kanalları ile neredeyse sönümlenmeden dışarı salınan bir mekanik gürültüdür. Kişinin tam iyilik hali bozulmuşsa -ki bu gürültü maruziyetinde bozulur- sağlığın etkilenmesi unsuru gerçekleşmiş sayılır. Yargıtay’ın sadece Kulak Burun Boğaz uzmanı tarafından sorunun anlaşılabilir olacağı yönündeki kararı hatalıdır. Gürültünün fizyolojik olduğu kadar psikolojik etkileri de konu ile ilgili herkesin malumudur. Kulak çevreye karşı pasif davranış sergiler. Örneğin gözümüz ışığa karşı aktif davranış sergileyerek kendini adapte etmeye ya da göz kapaklarını kapatarak maruziyeti kesmeye çalışırken kulağın böyle bir şansı yoktur. Gürültü, birçok literatürde rahatsızlık veren ses şeklinde tanımlanmaktadır (Babalık 2016).⁷⁹ Hal böyleyken oldukça subjektif bir nitelikteki gürültüyü tanımlama konusunda Yargıtay’ın hayır Kulak Burun Boğaz uzmanı sağlıklı diyorsa ceza verilemez mealindeki kararı kanaatimce hatalıdır.

Suçun faili ise özgü suç niteliğinde olmadığı için herkes olabilir. İncelememize konu olarak şantiye şefinin de şantiye faaliyetleri çerçevesinde bu suçu işleyebilmesi mümkündür.

Suçun mağduru sağlığı, hayatı, malvarlığı tehlikeye düşen ya da düşecek olan kişiler ile kamudur.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki tanımı ile *kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmaktır*. Serbest hareketli bir eylemdir. Kanunda gürültünün nasıl yapılacağı tanımlanmamıştır.

Manevi unsuruna gelindiğinde kasıt ile işlenebilen bir suçtur.

2.11.7. TCK Md. 184 – İmar Kirliliğine Neden Olma

Madde kanunda “(1) *Yapı ruhsatıyesisi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır. (5) Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar...*” şeklindedir. Bu suç da netice suçudur.

Suçun unsurları

⁷⁹ BABALIK, Fatih, C., 2016, Mühendisler İçin Ergonomi ve İş Bilim, Dora Yayınları, Bursa, 189 s.

Suç ile korunan hukuki değer sağlıklı çevrede yaşama hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Zaten imar kirliliği suçu da ‘Çevreye İlişkin Suçlar’ arasında gösterilmiştir.

Suç konu eylem ruhsatsız ya da ruhsata aykırı şekilde bina inşa etmektir. Bina inşa etme eyleminin belediye sınırları içerisinde ya da özel imar rejimine tabi yerlerde olması gerekmektedir. 6360 Sayılı yasa ile Büyükşehir Belediyesi sınırları il mülki sınırları ile eşleştirilmiştir. Dolayısıyla büyükşehirlerde belediye sınırları içerisinde olup olmadığının aranması gereksizdir. Ancak büyükşehir sınırlarında olmayan yerler için bina inşa edilen yerin belediye ya da özel imar rejimine tabi yerlerden olup olmadığı incelenmelidir.

Bina 3194 Sa. İmar Kanunun 5. Maddesinde tanımlandığı şekliyle değerlendirilmekte olup yapı tanımından daha dardır. Bina İmar Kanununda ‘*kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır.*’ Şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda üzeri örtülülük, kendi başına kullanılabilme gibi yapısal unsurların yanında hangi amaçla kullanıldığını belirten fonksiyonel unsurlara da yer verilmiştir. Örneğin bu tanıma göre nükleer reaktör inşa etmek bina inşa etmek değildir ama kümes binadır.

YARGITAY 18. CD E. 2015/14176- K. 2015/9910 sayılı kararında özetle ‘*Somut olayda, bilirkişi raporuna ekli fotoğraftan; İmar Kanununun 5. maddesinde tanımlanan "eşyaların korunmasına yarayan yapı" olduğu anlaşılan, baz istasyonu güç ünitesinin içine konduğu etrafı çevrili, üstü örtülü yapıların, inşa tarihi araştırılarak ve bina niteliğinde olup olmadığı konusunda ek rapor alınarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi, ...*’ şeklinde hüküm verilmiştir. Kısaca karara göre baz istasyonu bina vasfında değilse de güç ünitesi için inşa edilen yapının bina sınıfından olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Suçun faili ise ruhsata aykırı olarak bina yapan ya da yaptıran kişilerdir. Ruhsatsız binalar için şantiye şefi bulundurma zorunluluğu yok ise de ruhsata aykırı binalar için ruhsat alındığı için şantiye şefi de sorumlular arasında kabul edilecektir.

Suçun mağduru bina inşa edilmesinden mağdur olan kişiler ile kamudur. Örneğin bir binada statik sistem etkilenecek şekilde kaçak inşaat söz konusu ise binada oturanlar mağdur sayılabilecektir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise kanundaki tanımı ile ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak bina yapmak ya da yaptırmaktır. Burada bina yapmak inşa etmek olarak anlaşılmalıdır. Prefabrik yapılar ile ilgili olarak YARGITAY 4. CD E. 2013/35981- K. 2014/4957 Sayılı kararda ‘*... Tarihli yapı tatil tutanağı ve ekindeki fotoğraflar ile teknik bilirkişi raporundan da anlaşılacağı üzere, sökülüp taşınabilir nitelikte olmakla beraber mevcut durumu itibarıyla radial temel üzerine prefabrik olarak yapılan tek katlı yapının kalıcı nitelikte olduğunun belirlenmesi karşısında, suça konu yapının 3194 Sayılı Kanunun 5. maddesine göre bina niteliğinde olduğu gözetilmeden...*’ şeklinde hükme varılmıştır. Yani kararda Yargıtay’ın bina prefabrik de olsa temelinin radye olması, yapının kalıcı amaçla inşa edilmesi gerekçe gösterilerek imar kirliliği suçunun oluştuğu yönünde hükme varılmıştır.

Projeye aykırılıklar konusunda ise Yargıtay’ın tavrı bina içerisinde dışarıya taşma yapmadan yapılan değişikliklerin suçu oluşturmayacağı yönündedir. YARGITAY 4. CD E. 2010/9713- K. 2012/7321 sayılı karar özetle “ TCK nun 184. Maddesinde yapılan ruhsatsız bölümün bina vasfında bulunması gerektiği suçun unsuru olarak kabul edilmiştir. Mevcut bina içerisinde herhangi bir taşma olmaksızın binanın bölümleri ayrılarak bina vasfını taşımayan değişiklikler yapılmasının bu yasa maddesi kapsamında kabul edilmesi mümkün olmadığından, sanığın beraatine karar verilmesi hukuka uygundur. ” şeklindedir.

Manevi unsuruna gelindiğinde kasıt ile işlenebilen bir suçtur.

2.11.8. TCK Md. 203 – Mühür Bozma

Madde kanunda “Kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mührü kaldıran veya konuluş amacına aykırı hareket eden kişi,” şeklindedir. Bu suç da netice suçudur.

Tarafımızca incelenecek olan yanı ise yapı tatil tutanağı ile mühürlenmiş binadaki faaliyetin devam etmesidir.

Suçun unsurları

Suç ile korunan hukuki değer çevrenin korunmasına bağlı kamu güvenliğidir. Doğal olarak ilk suç imar kirliliği olup mühürleme sonrasında faaliyetin devamı ile bu suç oluşmaktadır.

Suç konu eylem kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin saklanması veya varlığının aynen korunmasını sağlamak için konulan mührü kaldırmak veya konuluş amacına aykırı hareket etmektir. 3194 Sa. İmar Kanunun 32. Maddesi “ Bu Kanun hükümlerine göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. ... ” şeklindedir. Yani kanuna göre yapı mühürlenerek durdurulmalıdır.

Buradaki mühürlemeden kasıt inşaatın seviyesinin ilerlemesinin engellenmesidir. Mühürleme sonrasında inşaata girilmesinde sakınca yoktur. Zira kanunda o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadelerden amacın inşaatın ilerlemesinin durdurulması seviyenin muhafazası olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay yapı yerinde fiili bir mühürleme yapılmasını istemektedir. YARGITAY 11. CD E. 2012/11506- K. 2013/9368 sayılı kararı “Ruhsatsız olduğu gerekçesiyle mühürlenmesine karşın, suç tarihinde mührü bozarak inşaata devam ettiği iddia olunan sanığın, kendisinin olmadığı bir sırada işçilerinin çalıştığını ve her hangi bir mühürlemenin de olmadığını savunması ve dosyada mühürleme tutanağının bulunmaması karşısında: gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi için ilgili kurumdan tutanağa konu inşaatın suç tarihinden önce mühürlenip mühürlenmediği sorulup varsa mühürleme tutanağı getirtilerek, denetime olanak verecek şekilde dosyaya

konulduktan sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir.” Şeklindedir. Mühürleme yapının görünür bir yerinde yapılmalıdır.

Mührün bozulması için inşaattaki seviyenin ilerlemesi sonucunu doğuracak eylemlere girişilmesi gerekmektedir. Binaya tutanak düzenlenmesine yol açan sorunlarını giderme amaçlı olarak müdahale etmek mührün bozulması sonucunu doğurmayacaktır. Zira İmar Kanunu Md. 32/ fıkrası *bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührünün kaldırılmasını ister* şeklindedir. Dolayısıyla kanunun emri yerine getirilmektedir.

Suçun faili ise mühürlemenin amacına aykırı hareket ederek aykırılıkların devamını sağlayan kişilerdir. Ruhsatlı binalarda şantiye şefi olması zorunlu olduğundan failler arasında şantiye şefi de girecektir.

Suçun mağduru bina inşa edilmesinden mağdur olan kişiler ile kamudur. Örneğin bir binanın malikinin taleplerinin tersine kiracının yer kazanma gayreti var ise ve mühürleme yapılmış ise mevzuata aykırı inşa faaliyetinin mağduru bina malikidir.

Suçun oluşumuna konu eylem ise mühürleme amacına aykırı şekilde inşaat seviyesinin ilerlemesine yol açacak faaliyetlerdir. Mühürlenmiş inşaata girmek suç değildir. Hatta binanın mevzuata uygun hale getirilebilmesi için içinde çalışmak da mühür bozma kapsamına girmez.

Manevi unsuruna gelindiğinde kasıt ile işlenebilen bir suçtur.

3. BULGULAR VE TARTIŞMA

Bu çalışmada elde ettiğimiz bulguların en önemlisi vekalet sözleşmesi ile bir işin görülmesini üstlenen mühendisin gerek işi kabul ederken gerekse işin yürütülmesi sırasında oldukça dikkatli davranması gerektiğidir.

Özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, özellikle vekalet sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerinin uygulanabilir olmadığı anlaşılmaktadır. İdari açıdan ise içtihat bilgi bankalarında yeterli veri bulunmadığı, bunun nedeninin ya idari kusurlara uygulanan yaptırımların kısa süreli olmalarından dolayı yargıya taşınmanın anlamsız olacağının düşünülmesi ya da yargıya taşınan yaptırımlara ilişkin içtihatların öne çıkarılmaması olabilir.

Cezai açıdan yapılan incelemede suç tiplerinin birçoğunun genel suç olduğu görülmektedir. Bunun sonucunda ilgili gözüken içtihatların bir serbest meslek erbabına ilişkin olması gerekmediği için teze katkı sunacak içtihatların tespitinde zorluklar yaşanmıştır. İchtihat bilgi bankaları konuya ilişkin tüm kararları değil aralarından hukukçular tarafından seçilmiş içtihatları kapsadığından konu ile ilgili kararlar uzun bir elemekten sonra tespit edilebilmiştir.

Serbest meslek erbabı için aleni olmayan içtihatların, ilgili hukukçular tarafından da zor tespit ediliyor olması mevzuatın yargısal yorumlayıcısı olan mahkemelerin tavrının ilgililerce yeterince anlaşılamamasına neden olmaktadır. Mevzuat içerikleri kural olarak soyut metinler olup her zaman olay ile birebir örtüşmemektedir. Birçok durumda olayın hukuki mi hukuka aykırı mı olduğu kırmızı çizgilerle birbirinden ayırt etmek imkansız haldedir. Bu durumda davranışın yaptırım gerekip gerekmediği mahkemelerce yorumlanmakta konunun ilgilileri ise bu içtihatlar ile hareketlerinin sonuçları hakkında fikir sahibi olmaktadır.

Ancak her durumda mesleki bir faaliyeti yürütmek üzere görev alan serbest meslek erbabının tecrübeli olsun ya da olmasın risk aldığını bilmesi gerekmektedir. Riskin bilinirliğinden kasıt riske konu hareketin, neticenin ve neticeye bağlı dolaylı sonuçların bilinmesidir.

Tez konusu özellikle vekalet sözleşmesi kapsamında bir inşaat mühendisi şantiye şefinin hukuki, cezai ve idari sorumluluğu olarak gözüke de temelde tüm iş görme sözleşmelerine uygulanacak hükümler ile tüm serbest meslek mensuplarına uygulanabilecek nitelikte hükümler incelenmiştir.

Tezin sonucunda uygulamaya dönük olarak vekalet sözleşmesinin kapsamının belirlenmesinin önemli olduğu düşünülmektedir. Zira sözleşmenin türünün belirlenmesi birçok ilişkide tarafların üzerine düşen sorumlulukların belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Yargıtay birçok kararında sözleşmenin adının önemli olmadığını, içeriğine bakılarak sözleşmenin türünün belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Türk Borçlar Kanunu' nun ilgili maddesi ve Türk Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri de esasen sözleşmenin ismi ya da başlığı ile değil sözleşmenin içeriği ve tarafların sözleşme iradelerine önem vermektedir. Hal böyleyken aslın vekalet sözleşmesi hükümleri esas alınarak hazırlanmış ve hizmet sözleşmesi olarak adlandırılmış bir sözleşmeye göre çalışmış vekil mühendis, iş süresi sonunda ya da ortasında bir takım tazminatlar hak kazandığı düşünmekte iken sırf vekil sıfatıyla iş gördüğü için hak mahrumiyeti yaşayabilecektir. Hal böyle iken özellikle birbirine benzer nitelikteki eser, hizmet ve vekalet sözleşmelerinin hangi unsurlar ile birbirinden farklılaştığının bilinmesi önemlidir.

Yine aynı şekilde sırf sözleşmenin başlığından dolayı vekalet sözleşmesi ile çalıştığını sanan ancak yüklendiği edimler itibarı ile eser sözleşmesine konu yüklemeler altına giren meslek erbabının karşılaşacağı yaptırımlar ve bunun dolaylı sonuçları beklediğinden farklı olacaktır.

Bu bakımdan şantiye şefinin ve mühendisin taraf olduğu ya da karşı karşıya kaldığı sözleşmelerin hukuki hüküm ve sonuçları tespit edilirken sözleşmenin içeriği ve sözleşmenin taraflarının iradeleri dikkatle incelenmelidir. Sözleşmenin yorumunda yukarıda ayrıntısı açıklanan güven teorisine göre hareket edildiğinden de sözleşme içeriği belirlendikten sonra olası uyuşmazlıklar bu içeriğe göre değerlendirilecektir. Anlatmak istediğimiz husus içeriğe en başta müdahale şansı olduğu, sonrasında karşı tarafın rızası olmadan değişikliğe gidilemeyeceği için sözleşmenin taraflarının haklarını ve yükümlülüklerini önceden bilmesi gerektirir.

Bunun yanında sorumluluğun hangi durumlarda hukuki, hangi durumlarda idari ya da cezai sorumluluk olarak adlandırıldığı da yaptırımların niteliği bakımından önemlidir. Özellikle yaptırım kapasitesinin düşük olması sebebiyle idari yaptırımlar ile muhatap olan ve sonrasında cezası kesinleşen birçok meslek mensubunun sırf itiraz süresi kısa diye bir daha cezalara itiraz edemedikleri ve cezanın kesinleştiği sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ayrıca idari ya da cezai yaptırıma muhatap olanların itiraz prosedürü ve sonrasındaki hukuki sürecin uzunluğu ve meşakkati nedeni ile itiraz etmekten imtina ettikleri görülmektedir. Bu durumun da haksız ve hakkaniyetsiz sonuçlara sebebiyet verdiği muhakkaktır. Örneğin en sıklıkla karşılaşılan mağduriyet kişiye verilen bir aylık meslekten yasaklama kararına: " *zaten bir aya kadar cezam bitecek, neden dava açıp masraf edeyim ki* " saiki ile hareket edilmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Hal böyle olduğunda da birçok kanunda geçici ya da sürekli mesleki yasaklı olmama şartı gereği türev birçok faaliyeti yürütemedikleri de gerçektir. Buna en güncel örnek ise Bilirkişilik Kanunundaki Bilirkişiliğe kabul şartları başlıklı Md. 10/ç fıkrasıdır. Fıkra şartlardan birisini " *Disiplin yönünden meslekten veya memuriyetten çıkarılmamış ya da sanat icrasından veya mesleki faaliyetten geçici ya da sürekli olarak yasaklanmamış olmak,* " şeklinde düzenlemiştir.

Hal böyle olunca da aslında geçici ya da sürekli olarak yasaklanan bir eylemden, farklı bir başka eylemin de yasak kapsamına girdiği sonucu çıkmaktadır ki oldukça ağır bir yaptırımdır. Hele ki asıl yasaklanan eylem geçici iken konu dışı eylemin asıl eylemden bağımsız olarak sürekli yasaklanması gibi bir durum temel haklara müdahale niteliğindedir.

İşin cezai boyutu ise en ağır yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza ilke olarak en son uygulanması gereken yaptırımdır. Kural olarak sadece kasıtlı hareketler cezalandırılabilirken inşaat ile ilgili birçok suç taksirle de işlenebilir yapıdadır. Taksirli suçların özelliği gereği kişilerin taksirli suçlarda kastına bakılmaksızın dikkati, özeni sonucun öngörülebilirliği ve ezcümle kusuru dikkate alındığından işini iyi niyetle ancak dikkatsiz ve acemice yapanların cezai sorumlulukla karşılaşma olasılıklarının bulunduğunu bilmeleri önemlidir. İşte vekalet sözleşmesi ile edimini ifa eden bir mühendisin sorumluluklarını bilmesi gerektiği kadar haklarını da bilmesi gerektiği düşüldüğünde çalışmanın katkı sağlayacağı öngörülebilir.

Özellikle hukuk camiasının inşaatteki temel kavramlara yabancı olduğu, şantiye şefi gibi eski ve yerleşik bir kavrama dahi mesafeli olduğu düşünüldüğünde şantiye şeflerinin ve diğer serbest meslek erbaplarının kendileri anlatmak yerine başlarının çaresine kendilerinin baktıkları sıklıkla görülmektedir. Zira kastettikleri ile karşının anladığı yani iradeleri ve karşı tarafın iradesi birbirini çoğu zaman tutmamaktadır. Farklı kavramlar, disiplinler arasında farklı anlaşılmakta bazı teknik konular ise hiç anlaşılammamaktadır. Bu durumda da işin çözümü sorun hukuki olsa dahi bilirkişiye bırakılmaktadır.

Esasen 6235 Sayılı Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu' nun verdiği yetki ve sorumluluk gereği üyelerinin karşılaşabileceği riskler sonucunda çalışma bilgilendirme, araştırma grupları ve toplandırmalar düzenleyip bilgilendirme gibi görevleri olan odalarında bu konulara yabancı kaldığı görülmektedir. Odalar her nedense sadece teknik konularla ilgilenmekte ancak her bir farklı teknik konuyu ayrı ayrı ilgilendiren hukuki, cezai ve idari sorumluluklara ilişkin alanlarda kendisini kurumsal olarak saha dışında görmektedir. Kanaatimce meslek odalarının da öncülüğüyle bu konuda yeterli bilince ulaşmak mümkündür.

Literatürde konunun kapsamın genişliğinden dolayı bütünsel olarak işlenmediği göz önüne alındığında oldukça geniş bir boşluk olduğu ortadadır. Ancak her kadar inceleme konumuz bütünsel incelenmemiş ise de parça parça birçok araştırmanın konusu olduğu görülmektedir. Yine de bu bilgilerin tasnifi ve incelenmesi zaman alacağından konu ile doğrudan ilgisiz meslek mensuplarının bu araştırmaları yapabilmesi, araştırma sonucunu derleyebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple yazı konusunun ilgili olaya uyarlanabileceği ölçüde doğrudan fayda sağlayacağı, doğrudan uygulanmadığında da en azından bir bakış açısı ya da istikamet göstereceği kanaatindeyim.

4. SONUÇLAR

Yukarıda vekalet sözleşmesi kapsamında iş gören vekilin mesleki faaliyetleri çerçevesinde karşılaşılabileceği hukuki, idari ve cezai sorunlar ile ilgili genel ve bazı özel durumlar irdelenmiştir. Şantiye şefi görevin ifası sırasında hukuki açıdan neredeyse kusursuz sorumluluk sahibidir. Cezai açıdan ise kusura dayalı sorumluluğu olsa da kanunların atıfta bulunduğu yönetmelikler *durumun icap ettirdiği her türlü önlemin alınması* mealinden düzenlemeler içerdiğinden cezai açıdan dahi kusursuz sorumluluk anlamına gelebilecek durumlar karşımıza çıkabilmektedir.

Kusur durumu hukuki açıdan özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınması mesleki kariyerlerinin başındaki mühendisler için oldukça risklidir. Zira özenli hareket edip etmedikleri kendilerinin tecrübesine sahip ortalama mühendisler ile değil benzer alanda faaliyet gösteren basiretli vekil ile kıyaslanacaktır. Bu gibi birçok durumda da vekaleten iş gören şantiye şefinin hukuki sorumluluğuna gidilecektir.

Cezai açıdan ise kıyas kişi benzer alanda faaliyet gösteren ortalama bir şantiye şefidir. Tecrübesiz şantiye şefleri için yine tecrübesizlikleri cezasızlık sebebi teşkil etmeyecektir. Bunun gibi idari sorumlulukta da aynı durum geçerli olacaktır.

Bu sebeple şantiyede görev alacak mühendislerin sorumluluklarının farkında olmaları ve buna göre hareket etmeleri hem kendileri hem de kamu güvenliği ve sağlığı açısından önemlidir.

İnşaat sektörünün geldiği nokta incelendiğinde ekonomik ve teknik olarak ne denli büyük yatırımlara girişildiği herkesin ve her kesimin malumudur. Gelişen hukuk sistemlerinde tüketici hukuku, çevre hukuku, insan hakları hukuku, sözleşmesel yükümlülükler, iş güvenliği hukuku, iş ve çalışma hukuku gibi birçok alanda kusurlu davranışlar hem hukuki, hem idari hem de cezai anlamda yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Hal böyleyken sektörün her alanında görev alan kişilerin daha dikkatli hareket etmesi, kendisinin olduğu kadar temsil ettiği kişilerin de menfaatinedir. Birçok meslek mensubunun inşaatın yürütümü sırasında çeşitli sebeplerden cezai, hukuki ve idari yaptırımlara tabi tutulduğu, mesleki faaliyetten yasaklandığı herkesin malumudur.

İnşaat sektörü tüm Dünyada olduğu gibi hatta daha da fazla olarak Türkiye’de ekonomi için belirleyici niteliktedir. Hatta yukarıda belirtildiği üzere tek başına inşaat sektörünün dahi desteklenmesiyle birçok alt sektör tetiklenmekte ve ekonomi canlanmaktadır. Ülkemizde özellikle son yıllarda Tapu Kanununun değişmesiyle yabancılara yönelik konut satışının, Kentsel Dönüşüm Kanununun yürürlüğe girmesiyle eski ve yıpranmış binaların yenilenmesinin, dev projeler ile şehir merkezlerinin yeni yerlere kaymasıyla yeni yapıların inşa edilmesinin, ulaşım projelerinin (Hızlı tren, köprü, tünel vb) inşasıyla şehre daha uzak noktalarda yeni yerleşim merkezlerinin cazip hale gelmesinin, elektronik ortamlarda çalışma imkanlarının artması yine uzak noktalarda yeni yerleşim merkezlerinin cazip hale gelmesinin, konsept binalardaki ofislerin cazip hale gelmesi bu tip binalara dönüşün ortaya çıkmasının yolunu açmış ve inşaat sektörünü geliştirmeye devam etmiştir. Bunlar dışında Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarının taşınmazları bir yatırım aracı olarak görüp hisselendirerek bir yatırım aracına

dönüştürmesi, Mortgage gibi yeni taşınmaz finans enstrümanlarının eklenmesi, taşınmaz finansmanında kredilerin kullanılmasının artması da inşaat piyasasına doğrudan ve dolaylı destek niteliğindedir.

Ayrıntısı yukarıda anlatıldığı şekilde böylesine büyük ekonomi yaratan iş kollarını yürüten- idare eden meslek mensuplarının üstlendikleri riskler sonucunda maruz kalacakları hukuki yaptırımlardan haberdar olması önemlidir. Bu çalışmada sadece vekalet sözleşmesi ile şantiye yönetimini üstlenen bir İnşaat Mühendisinin basiretli yöneticinin öngörebildiği tedbirleri almaması sebebiyle maruz kalacağı yaptırımlar incelenmiştir. Aynı zamanda vekil konumundaki inşaat mühendislerinin kendilerini riske atarak iş yapmaları halinde ekstra kazançlarının vekalet verene ait olacağı, ancak işin rast gitmeyerek hukuki, cezai, idari müeyyidelere uğranması halinde bunlardan vekilin sorumlu olacağının gösterilmesinin önemli olduğu tartışmasıdır. Vekilin risklere girmeden önce sorumsuzluk anlaşması yapmasının da kendini kurtarmayacağı düşünüldüğünde, meslek mensuplarının kendilerini aşan işleri üstlenmemesi gerektiği, özellikle öngörülebilir risklere girmemeleri gerektiği açıktır.

5. KAYNAKLAR

Anonim 1: Googleearth programı ,[Son erişim tarihi: 15.05.2019].

Anonim 10: <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhendishane-i-berri-i-humayun>, [Son erişim tarihi: 01.05.2019].

Anonim 2: <http://www.anbarapor.com/index.php/kapak-konusu/item/1074-261-proje-20-milyar-dolar-turk-muteahhitlerin-yurt-disi-basarisi>, [Son erişim tarihi: 13.01.2017].

Anonim 3:
http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5cdbf5ea3d397b9.34257026, [Son erişim tarihi: 04.8.2018].

Anonim 4: <http://www.kazanci.com> içtihat bilgi bankası, [Son erişim tarihi: 02.6.2018].

Anonim 5: <https://www.insaatderyasi.com/turk-muteahhitlere-libya-yolu-gozuktu-10773h.htm>, [Son erişim tarihi: 11.10.2017].

Anonim 6: https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf, [Son erişim tarihi: 04.07.2018].

Anonim 7: https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf, [Son erişim tarihi: 04.07.2018].

Anonim 8: https://www.tmb.org.tr/arastirma_yayinlar/tmb_bulten_ocak2016.pdf, [Son erişim tarihi: 06.09.2018].

Anonim 9: <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhendishane-i-bahri-i-humayun>, [Son erişim tarihi: 01.05.2019].

Aral, F ve Ayrancı, H, 2014, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara.

Artuk, M., E., ve Gökçen A., 2013, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, İstanbul.

Babalık, F., C., 2016, Mühendisler İçin Ergonomi ve İş Bilim, Dora Yayınları, Bursa.

Bridge, Nicole. 2017,Mimarlık 101, Say Yayınları, İstanbul.

Eren, F., 2013, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.

Gözler, K. K., 2016, İdare Hukuku Dersleri, Ekin, Bursa.

Gözler, K., 2012, Hukuka Giriş, Ekin, Bursa.

Gözler, K., 2014, Yorum İlkeleri Makalesi, [Son erişim tarihi: 10.12.2017].

Gözler, K., Yorum İlkeleri Makalesi.

Güran, T., 2017, İktisat Tarihi, Der Yayınları, İstanbul.

Hakeri, H., 2016, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara.

<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/tr/pdf/2018/01/sektorel-bakis-2018-insaat.pdf>, [Son erişim tarihi: 01.11.2017].

https://webdosya.csb.gov.tr/db/strateji/editordosya/Mehmet_Ali_Simsek-Uzmanlik_Tezi.pdf, [Son erişim tarihi: 01.11.2017].

Karabulut, M., İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi

Orta, S., Dünyada ve Türkiye’de İnşaat Mühendisliği Eğitimi, http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/18103_54_25.pdf, [Son erişim tarihi: 02.03.2019].

Parasız, İ., 2015, İktisat Tarihinin Arka Yüzü, Ezgi, Bursa.

Pekcanitez, H. , Atalay, O., Özekes, M., 2014, Medeni Usûl Hukuku, Yetkin, Ankara.

Sander, O., 2015, Siyasi Tarih, İmge Kitabevi, Ankara.

Şanlı, C., 2015, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat, İstanbul.

Şimşek, M. A., 2017, IPA Projelerinde Teknik Müşavirlik Hizmetlerinin Ekonomi Politikası, [Son erişim tarihi: 15.02.2018].



ÖZGEÇMİŞ

Orkun ŞAHİN

sahinorkun@yandex.com



ÖĞRENİM BİLGİLERİ

Yüksek Lisans	Akdeniz Üniversitesi
2016- Devam Ediyor	Fen Bilimleri Enstitüsü, İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı, Antalya
Lisans	Akdeniz Üniversitesi
2012-2016	Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, Antalya
Lisans	Yıldız Teknik Üniversitesi
1992-1997	İnşaat Fakültesi, İnşaat Mühendisliği Bölümü, İstanbul

MESLEKİ VE İDARİ GÖREVLER

2015-Devam Ediyor	Serbest İnşaat Mühendisi ve Avukat
2003-2015	Antalya, Side Belediye Başkanlığı
2000-2001	Beykoz Belediyesi
1997-2000	Nida İnşaat A.Ş.